

Wie wahrscheinlich muss der „Schaden“ sein?

Perspektive Familienrecht

RiKG Dr. *Stephan Hammer*, Berlin

Funktion der „Kindeswohlgefährdung“

- ✓ Markiert **Schwelle**, ab welcher das Familiengericht von Amts wegen in die elterliche Sorge eingreifen darf (§ 1666 BGB = Art. 6 Abs. 2 GG)
- ✓ Daher Regelung § 1666 Abs. 1 BGB (Fassung seit 12.07.2008):

Tatbestand:

1. Wird das körperliche, geistige oder seelische **Wohl des Kindes** oder sein Vermögen **gefährdet**
2. und sind die **Eltern** nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr **abzuwenden**,

Rechtsfolge:

so hat das Familiengericht die **Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind**.

- ✓ Folgerichtig BGH 21.09.2022, Rn. 21:
Für die Frage, **ob** eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, hat das Gewicht der zur Beseitigung dieser Gefährdung zu treffenden Maßnahme nach § 1666 BGB keine Bedeutung.

Gefährdungsbegriff

- ✓ Einheitliche Formel von BGH (seit 1956) und BVerfG (seit 2009 unter Bezugnahme auf BGH):

„Eine für den Entzug des ABR / der Trennung des Kindes von den Eltern erforderliche (nachhaltige/erhebliche), gegenwärtige Kindeswohlgefährdung setzt voraus, dass
 - bereits ein **Schaden** des Kindes **eingetreten ist**
 - oder eine Gefahr gegenwärtig in einem solchen Maße besteht, dass sich bei ihrer weiteren Entwicklung eine **erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.**“
- ✓ nur **für Fälle der Fremdunterbringung** = gewisse Vermischung von Rechtsfolge und Tatbestand, weil Prüfung als (Verfassungs-)Rechtsbeschwerdeinstanz **vom Ergebnis her** erfolgt (Art. 6 Abs. 3 GG)

Unterschiedliche Gefährdungsmaßstäbe?

- ✓ Einigkeit von BGH und BVerfG, dass bei Maßnahmen **unterhalb der Fremdunterbringung weniger strenge Anforderungen** zu stellen sind
- ✓ BGH (23.11.2016, 6.2.2019, 21.09.2022)
 - auf **Tatbestandsebene** reiche, dass eine künftige erhebliche Schädigung mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** zu erwarten ist
 - **Rechtsfolge** der Entziehung der elterlichen Sorge aber nur bei einer höheren – einer ebenfalls im Einzelfall durch Abwägung aller Umstände zu bestimmenden **ziemlichen** – **Sicherheit eines Schadenseintritts** verhältnismäßig
- ✓ BVerfG 14.9.2021 (einzige) Entscheidung ohne Fremdunterbringung (Teilsorgeentzug)
 - Das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verdient aber dort keinen Schutz, wo sich Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind entziehen und eine Vernachlässigung des Kindes droht. Wenn Eltern in dieser Weise versagen, **greift das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ein**, denn das Kind als Grundrechtsträger hat Anspruch auf staatlichen Schutz vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts. (= **Tatbestand**: Eingriffsschwelle)
 - Dabei bestimmen sich die **Schutzmaßnahmen** nach dem Ausmaß des elterlichen Versagens und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist. Jede zum Zwecke der Abwendung einer Kindeswohlgefährdung getroffene staatliche Maßnahme muss den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** beachten. (= **Rechtsfolge**: Auswahl der Schutzmaßnahmen)

Unterschiedliche Gefährdungsmaßstäbe?

Ergebnis

- ✓ Problem von BGH und BVerfG ist Formulierung eines allgemeinen Kindeswohlgefährdungsmaßstabs unter Beibehaltung des bisherigen Maßstabs der „ziemlichen Sicherheit“
- ✓ Aussage zu einer „höheren“ Sicherheit durch BGH „schief“, BVerfG hinsichtlich Definition der Eingriffsschwelle schwammig, aber **im Ergebnis gleiche Maßstäbe**
- ✓ **Nach BGH 21.09.2022, Rn. 21 = BVerfG 16.09.2022, Rn. 45 zentraler Prüfungsmaßstab:**
„Dabei kann das erforderliche **Maß der Gefahr nicht abstrakt generell** festgelegt werden. Denn der Begriff der Kindeswohlgefährdung erfasst eine Vielzahl von möglichen, sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen. Erforderlich ist daher seine Konkretisierung mittels **Abwägung der Umstände des Einzelfalls** durch den mit dem Fall befassten Tatrichter. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind dabei **umso** geringere Anforderungen zu stellen, **je** schwerer der drohende Schaden wiegt.“
- ✓ Zwischen BGH und BVerfG passt beim Kinderschutz „kein Blatt“ = **keine Schutzlücke**

Verhältnis zu richterlichen Überzeugungsmaßstäben

„hinreichende Wahrscheinlichkeit“ und „ziemliche Sicherheit“	„richterliche Überzeugung“ und „überwiegende Wahrscheinlichkeit“
<p>Gelten sowohl für Hauptsacheverfahren wie für eA-Verfahren</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Richterliche Überzeugung im Hauptsacheverfahren (37 Abs. 1 FamFG = § 286 ZPO) • überwiegende Wahrscheinlichkeit im eA-Verfahren (§ 51 Abs. 1 S. 2 FamFG)
<p>Betreffen Wertung: Prognoseentscheidungen, die Ergebnis einer umfassenden Abwägung sind</p>	<p>Betreffen Tatsachenfeststellungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bestehen von Schäden • Verursachung der Schäden durch die Eltern (vgl. BVerfG v. 16.9.2022)

Folgerungen für Ermittlungen und Prognosen

- ✓ Amtsermittlung durch Familiengericht (und Jugendamt im Rahmen des § 8a SGB VIII) nicht vom Ergebnis her, sondern **induktiv** (auch: Beweisbeschluss SV-Gutachten!)
 - Worin besteht die Gefährdung des Kindeswohls?
 - Feststellung: Art und Schwere bereits eingetretener Schäden
 - Prognose: Art und Schwere künftiger Schäden, Prognosesicherheit
 - Feststellung: Sind die Eltern zur Gefahrabwendung bereit bzw. in der Lage? (Eltern als Ursache der Gefahr bzw. Fähigkeit zur Abwehr äußerer Gefahren?)
 - Feststellung: Welche staatlichen Maßnahmen kommen zur Gefahrabwendung in Betracht?
 - Prognose: Eignung der Maßnahmen zur Gefahrabwehr (soweit mögl. Feststellungen zu pos. Wirksamkeit ambulanter Maßnahmen, neg. Folgen einer Fremdunterbringung)
 - Gesamtabwägung: Schwere bestehender und künftiger Schäden, Prognosesicherheit, schwere mögl. Maßnahmen und Eignung zur Gefahrabwehr

Fehlende Mitwirkung der Eltern an der Gefahrerforschung

- ✓ **Fälle:**
keine Zustimmung zur Begutachtung der Eltern / des Kindes, kein Zugang des VB zum Kind, kein Hausbesuch des Jugendamtes, keine gerichtliche Anhörung des Kindes
- ✓ **Verfahrensrechtliche Durchsetzung**
(fast) keine Möglichkeiten (selbst Durchsetzung Kindesanhörung zuletzt str.;
ausf. Cirullies, FamRZ 2023, 489)
- ✓ **Materiellrechtliche Durchsetzung**
unproblematisch: Ersetzung von Zustimmung des Kindes § 1666 BGB
unklar: Entzug verfahrensrechtlicher Vertretungsbefugnis (§ 1666 / § 1789 Abs. 2 S. 3 und 4 BGB?)
prakt. selten: einstw. Entzug ABR (§ 1666 / § 1789 Abs. 2 S. 3 und 4 BGB?), vgl. aber BVerfG
16.2.2023 (ABR-Entzug bei völligem „Untertauchen“ der Mutter)
- ✓ **Absehen von grds. möglichen Gefahrerforschungsmaßnahmen?**
keine Beweislastentscheidung, aber bei hinreichender Tatsachengrundlage ggf. keine
weitergehenden Erhebungen (EGMR 10.1.2019: keine Ermittlung zu Lernstand und sozialen
Kontakten der Kinder bei Widerstand der Eltern, vgl. auch BVerfG 16.2.2023; OLG Celle FamRZ
2021, 427)