



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 328/15

vom

16. November 2016

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1632 Abs. 4; GG Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3

Pflegeeltern können eine Rückführung des Pflegekindes nach § 1632 Abs. 4 BGB nur dann beanspruchen, wenn zwischen der Herausnahme des Kindes aus ihrem Haushalt und der Einleitung des Verfahrens auf Anordnung des Verbleibs ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang besteht.

BGH, Beschluss vom 16. November 2016 - XII ZB 328/15 - OLG Hamm  
AG Iserlohn

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. Juli 2015 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 3.000 €

Gründe:

A.

- 1 Die Antragstellerin begehrt im Rahmen einer Verbleibensanordnung die Rückführung ihrer früheren Pflegekinder in ihren Haushalt.
- 2 Im Jahr 2009 nahm die Antragstellerin gemeinsam mit ihrem Ehemann die beiden Geschwister Al., geboren im Mai 2008, und An., geboren im Oktober 2009, als Pflegekinder auf. Im Jahr 2013 wurde gegen sie und ihren Ehemann ein Ermittlungsverfahren wegen Verbreitung, Erwerbs und Besitzes kinderpornographischer Schriften eingeleitet. Anlässlich einer bei ihnen im Oktober 2013 durchgeführten Hausdurchsuchung wurde im Ermittlungsbericht festgehalten, dass sich der Haushalt in der Tendenz zum "Messie-Tum" entwickeln könne. Auf den im Haushalt der Antragstellerin sichergestellten Datenträgern befand sich eine Vielzahl von Daten, die von den Ermittlungsbeamten als kinderporno-

graphisch eingestuft wurden. Zudem wurde ein Chatverlauf pädophilen Inhalts gefunden, welcher dem Ehemann der Antragstellerin zugeordnet wurde. Nachdem das Jugendamt hierüber benachrichtigt worden war, nahm es die Pflegekinder am 30. Oktober 2013 in Obhut.

3 Die Antragstellerin stellte am 4. November 2013 beim Amtsgericht einen Antrag, die sofortige Rückführung und den Verbleib der Pflegekinder in ihrem Haushalt einstweilen anzuordnen. Nach Hinweis des Gerichts, wonach der Antrag gegen die sorgeberechtigten Eltern zu richten sei, nahm die Antragstellerin im Termin vom 8. November 2013 ihren Antrag zurück und kündigte die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens an.

4 Am 21. Februar 2014 stellte die Staatsanwaltschaft das gegen die Antragstellerin eingeleitete Ermittlungsverfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO ein. Mit einstweiliger Anordnung vom 26. März 2014 und Beschluss vom 9. Mai 2014 wurde der Mutter das Sorgerecht für die beiden Kinder entzogen und das Jugendamt als Vormund bestellt.

5 Am 10. April 2014 hat die Antragstellerin beantragt, anzuordnen, dass die Kinder Al. und An. in ihren Haushalt zurückgeführt werden und dort verbleiben. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. § 1632 Abs. 4 BGB sei nicht einschlägig, da keine Rückführung in die Ursprungsfamilie aus der Pflegefamilie erfolgen solle. Ebenso wenig erforderten §§ 1666, 1666 a BGB eine Rückführung der Kinder in den Haushalt der Antragstellerin, weil ihr dortiger Verbleib nicht geboten sei; vielmehr könne eine Gefährdung der Kinder nicht ausgeschlossen werden. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen, soweit sich die amtsgerichtliche Entscheidung auf § 1632 Abs. 4 BGB gründet; im Übrigen hat es sie verworfen. Gegen die Zu-

rückweisung der Beschwerde als unbegründet wendet sich die Antragstellerin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B.

6 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

I.

7 Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

8 Der Antrag der Antragstellerin auf Rückführung der Kinder nach § 1632  
Abs. 4 BGB sei unbegründet.

9 § 1632 Abs. 4 BGB könne zwar grundsätzlich auch dem Herausgabever-  
langen eines Vormundes, eines zur Ausübung des Aufenthaltsbestimmungs-  
rechts bestellten Pflegers oder eines sonstigen gesetzlichen Vertreters entge-  
gegenghalten werden. Eine Rückführung der Kinder nach dieser Norm scheitere  
im vorliegenden Fall aber daran, dass es an dem erforderlichen unmittelbaren  
zeitlichen Zusammenhang zwischen der Herausnahme der Kinder aus dem  
Haushalt der Antragstellerin und der Einleitung des vorliegenden Hauptsache-  
verfahrens fehle.

10 Zwar könne der Erlass der Verbleibensanordnung mit der Anordnung ei-  
ner Rückführung des Kindes zu den Pflegeeltern verbunden werden. Dies gelte  
aber nur, wenn die Beendigung des Aufenthalts des Kindes bei den Pflegeel-  
tern in einem unmittelbaren, insbesondere zeitlichen Zusammenhang mit dem  
Verfahren über die Verbleibensanordnung stehe.

- 11            Sei das Kind dagegen bereits längere Zeit vor Einleitung eines Verfahrens nach § 1632 Abs. 4 BGB von der Pflegeperson getrennt worden und fehle es insoweit an einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen der Trennung und dem Antrag der Pflegeperson, käme eine Anordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB einem Herausgabeanspruch der Pflegeperson gleich, der nach dem Wortlaut und dem Schutzzweck der Vorschrift nicht bestehe. § 1632 Abs. 4 BGB solle allein eine Herausnahme zur Unzeit abwehren. Dieser Schutzzweck der Norm könne nicht mehr erreicht werden, wenn das Pflegekind die ihm vertraute Umgebung bereits seit längerer Zeit verlassen habe und es sich inzwischen in einer neuen gefestigten Lebenssituation befinde.
- 12            Das am 4. November 2013 von der Antragstellerin eingeleitete einstweilige Anordnungsverfahren auf Rückführung der Kinder habe diese nicht durchgeführt. Sie habe nach Erörterung der Sache ihren Antrag zurückgenommen und angekündigt, die Angelegenheit in einem Hauptsacheverfahren zu verfolgen. Ein solches habe sie zeitnah zu der Herausnahme der Kinder nicht eingeleitet. Bei Eingang des Hauptsacheantrags am 10. April 2014 habe eine Herausnahme zur Unzeit und eine damit verbundene Kindeswohlgefährdung – fünf Monate nach Inobhutnahme der Kinder – nicht mehr verhindert werden können. Die Herausnahme der Kinder aus dem Haushalt der Antragstellerin sei bei Einleitung des vorliegenden Verfahrens in jeder Hinsicht abgeschlossen gewesen.
- 13            Dem Grundrecht der Pflegefamilie aus Art. 6 Abs. 1 GG werde im Rahmen des § 1632 Abs. 4 BGB dadurch Rechnung getragen, dass einem Herausnahmeverlangen bzw. einer tatsächlichen Herausnahme zeitnah mit einem eigenen Antrag auf Verbleiben des Kindes begegnet werden könne. Die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 GG erfordere nicht, dass die Pflegeperson unabhängig von der Beendigung des Pflegeverhältnisses unbefristet eine Herausnahme beanspruchen könne.

II.

14 Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

15 Zutreffend führt das Oberlandesgericht aus, dass die Pflegeeltern nach § 1632 Abs. 4 BGB eine Rückführung des Pflegekindes nur dann beanspruchen können, wenn die Beendigung des Aufenthalts des Kindes bei ihnen in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Verfahren über die Verbleibensanordnung steht (ebenso BayObLG FamRZ 1997, 223, 224; OLG Hamm NJW 1985, 3029, 3030; OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1501; aA AG Neuss Beschluss vom 13. Juli 2009 - 48 F 204/09 - juris Rn. 11; wohl auch OLG Frankfurt FamRZ 1983, 1164, 1165).

16 1. Dies ergibt sich aus der Auslegung der Norm.

17 a) Gemäß § 1632 Abs. 4 BGB kann das Familiengericht – wenn die Eltern das Kind von der Pflegeperson wegnehmen wollen – von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, dass das Kind, das seit längerer Zeit in der Familienpflege lebt, bei der Pflegeperson verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde.

18 aa) Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass § 1632 Abs. 4 BGB einen Verbleib des Kindes, also einen der Sache nach ununterbrochenen Aufenthalt bei den Pflegeeltern erfasst.

19 Dem steht nicht entgegen, dass die Vorschrift auch die Anordnung einer Rückführung des Kindes zu seinen Pflegeeltern ermöglicht, wenn die Beendigung des Aufenthalts des Kindes bei der Pflegeperson in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Verfahren über die Verbleibensanordnung steht (vgl. etwa BayObLG FamRZ 1997, 223, 224). Denn eine in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgte und damit bezogen auf die Antragstellung

nach § 1632 Abs. 4 BGB nur kurzfristige bzw. vorübergehende Herausnahme des Kindes stellt dessen Verbleib bei den Pflegeeltern – vorausgesetzt der Antrag hat auch in der Sache Erfolg – nicht in Frage.

20           bb) Dass die Herausgabe des Kindes in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Einleitung des Verfahrens nach § 1632 Abs. 4 BGB stehen muss, folgt ebenfalls aus einer teleologischen Auslegung der Norm. Das Gesetz will das Kind vor einer Herausnahme aus einer Pflegefamilie zur Unzeit schützen (BT-Drucks. 8/2788 S. 40, 52). Ein zwischen Kind und Pflegeeltern seit längerer Zeit bestehendes Familienpflegeverhältnis soll nicht zum Schaden des Kindes zerstört werden (BVerfG FamRZ 1989, 31, 32; Senatsbeschluss BGHZ 200, 86 = FamRZ 2014, 543 Rn. 21). Ist hingegen die Herausnahme des Kindes aus dem Haushalt der Pflegefamilie in dem Sinne abgeschlossen, dass der Lebensmittelpunkt des Kindes nunmehr an anderer Stelle eingerichtet ist, lässt sich die Herausnahme zur Unzeit nicht mehr durch Maßnahmen nach § 1632 Abs. 4 BGB abwenden.

21           cc) Einer extensiven Auslegung des § 1632 Abs. 4 BGB stehen zudem systematische Erwägungen entgegen. Die Herausgabe des Kindes wird in § 1632 Abs. 1 BGB geregelt. Absatz 4 enthält demgegenüber keinen Herausgabeanspruch, sondern stellt letztlich eine Einwendung gegen die verlangte Kindesherausgabe dar. Als verfahrensrechtliche Sonderregelung und zugleich milderer Mittel zu § 1666 BGB soll sie eine Entziehung oder Einschränkung des Sorgerechts entbehrlich machen, wenn die sorgeberechtigten Eltern das Kind gemäß § 1632 Abs. 1 BGB unter Gefährdung des Kindeswohls von den Pflegeeltern herausverlangen (BayObLG FamRZ 1997, 223, 224; OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1501 f.; vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 200, 86 = FamRZ 2014, 543 Rn. 21).

- 22 Hielte man von § 1632 Abs. 4 BGB einen Herausgabeanspruch der Pflegeeltern auch für den Fall erfasst, in dem – wie hier – bereits ein neuer Aufenthaltsort des Kindes eingerichtet ist, so würde man den Pflegeeltern einen – für sie in § 1632 Abs. 1 BGB gerade nicht vorgesehenen – Herausgabeanspruch zubilligen. Dies wäre jedoch mit Blick auf § 1632 BGB systemwidrig.
- 23 dd) Das gefundene Auslegungsergebnis bedarf auch keiner Korrektur in Form einer verfassungskonformen Auslegung.
- 24 (1) Zwar weist die Rechtsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass sich die Pflegefamilie nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich auf Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG berufen kann (siehe etwa BVerfG FamRZ 1999, 1417, 1418; vgl. auch Senatsbeschluss vom 26. September 2007 - XII ZB 229/06 - FamRZ 2007, 1969 Rn. 31). Diesem Schutz trägt § 1632 Abs. 4 BGB indessen – wie das Oberlandesgericht zu Recht ausgeführt hat – hinreichend Rechnung. Denn damit wird beim Vorliegen der materiellen Voraussetzungen gewährleistet, dass das Kind in seiner Pflegefamilie verbleiben kann, vor allem wenn die Pflegeeltern das Kind etwa während einer jahrelangen Dauerpflege betreut haben oder andere ins Gewicht fallende Umstände von Verfassungs wegen eine Auflösung der Pflegefamilie mit der damit verbundenen Trennung des Pflegekindes von den Pflegeeltern verbieten (vgl. BVerfG FamRZ 1989, 31, 33). Wegen der im Übrigen aber schwächeren Ausgestaltung von Pflegekindschaftsverhältnissen, die institutionell auf Zeit angelegt sind, bedarf es von Verfassungs wegen eines gesonderten Herausgabeanspruchs der Pflegeeltern nicht; bei der Einführung des § 1632 Abs. 4 BGB sollte weniger die Stellung der Pflegeeltern gestärkt, als vielmehr dem Wohl des Kindes entsprechen werden (BVerfG FamRZ 1989, 31, 32; Senatsbeschluss vom 26. September 2007 - XII ZB 229/06 - FamRZ 2007, 1969 Rn. 33).



25           (2) Ob etwas anderes gelten muss, wenn das Pflegekind selbst Beschwerde einlegt, kann hier dahinstehen.

26           Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 12. Oktober 1988 (BVerfG FamRZ 1989, 31) bei der Prüfung der Beeinträchtigung von Grundrechten der Pflegeeltern einerseits und des Pflegekindes andererseits allerdings unterschiedliche Maßstäbe aufgestellt. Während es in dem von ihm entschiedenen Fall bei den Pflegeeltern eine Verletzung ihrer eigenen Grundrechtsposition aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG verneint (BVerfG FamRZ 1989, 31, 32 f.), hat es bei dem Pflegekind eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 bejaht (BVerfG FamRZ 1989, 31, 33).

27           b) Gemessen hieran ist es nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht bezogen auf den über fünf Monate nach Herausnahme der Pflegekinder gestellten Antrag nach § 1632 Abs. 4 BGB einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang verneint und deshalb auch nicht in eine weitere Prüfung in der Sache eingetreten ist.

28           aa) Dabei ist das Oberlandesgericht zu Recht davon ausgegangen, der Anwendung des § 1632 Abs. 4 BGB stehe nicht entgegen, dass sich der Antrag nunmehr, nachdem der Mutter das Sorgerecht entzogen worden ist, der Sache nach gegen das Jugendamt als Vormund richte. Nach zutreffender Auffassung ist § 1632 Abs. 4 BGB auch anwendbar, wenn nicht die Eltern, sondern ein Vormund oder ein Pfleger die Herausgabe des Kindes verlangen (s. etwa OLG Hamm NJW 1985, 3029, 3030).

29           bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ändert der Umstand, dass die Antragstellerin in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Inobhutnahme der Kinder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Ver-

bleibensanordnung gestellt, diesen aber nach Hinweis des Amtsgerichts zurückgenommen hat, an der vorstehenden Bewertung nichts.

30           Zwar gebietet es der Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 GG, dass sich das Gericht nicht widersprüchlich verhalten und insbesondere nicht aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen Verfahrensnachteile für eine Partei ableiten darf (MünchKomm-ZPO/Rauscher 5. Aufl. Einleitung Rn. 255 mwN). Ob dieser Gedanke überhaupt dazu führen könnte, den Anwendungsbereich des § 1632 Abs. 4 BGB zugunsten der Pflegeeltern zu erweitern, kann hier dahinstehen. Denn die von der Rechtsbeschwerde gerügten Verstöße liegen nicht vor.

31           (1) Der Hinweis des Amtsgerichts, wonach der Antrag "gegen die" sorgeberechtigten Eltern zu richten sei, mag missverständlich formuliert gewesen sein, meint in der Sache aber nichts anderes, als dass die Eltern an dem Verfahren auf Rückführung bzw. Anordnung des Verbleibs zu beteiligen sind. Dieser Hinweis war jedenfalls seinerzeit auch zutreffend, weil der Mutter das Sorgerecht erst mit Beschluss vom 26. März 2014 entzogen worden ist, so dass sie zum Zeitpunkt des Hinweises am 8. November 2013 noch Sorgerechtsinhaberin war.

32           Zwar führt der Umstand, dass die Antragstellerin die Eltern in ihrer Antragsschrift nicht aufgeführt hat, nicht zwingend zur Unzulässigkeit ihres Antrags. Bei dem von der Antragstellerin eingeleiteten Verfahren auf Erteilung einer Verbleibensanordnung handelt es sich vielmehr um ein Amtsverfahren, so dass das Familiengericht von Amts wegen gehalten war, die gesetzlich vorgesehenen Personen gemäß § 7 FamFG an dem Verfahren zu beteiligen.

33           Jedoch ergibt sich weder aus der angefochtenen Entscheidung noch aus der Begründung der Rechtsbeschwerde, dass das Amtsgericht in Aussicht ge-

stellt hatte, den Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Im Übrigen würde die Rücknahme des Antrags im Eilverfahren nicht auf einem vermeintlich unzutreffenden Hinweis beruhen. Denn der anwaltlich vertretenen Antragstellerin, die im Übrigen selbst Rechtsanwältin ist, blieb es unbenommen, an ihrem Antrag festzuhalten und auf eine Beteiligung der Mutter zu bestehen oder aber unverzüglich – wie von ihr angekündigt – das Hauptsacheverfahren einzuleiten.

34           (2) Soweit sich die Rechtsbeschwerde darauf beruft, dass der Hinweis des Amtsgerichts auch fehlende Erfolgsaussichten zum Gegenstand gehabt habe, weil sich die Antragstellerin nicht hinreichend von ihrem Ehemann distanziert habe, ergibt sich dies nicht aus dem Protokoll. Zudem zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf, dass ein solcher Hinweis unzutreffend gewesen wäre.

35           cc) Soweit die Antragstellerin schließlich darauf hinweist, dass sie den Hauptsacheantrag erst habe stellen wollen, nachdem das gegen sie geführte Ermittlungsverfahren – am 21. Februar 2014 – gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden sei, ist auch dieser Einwand nicht geeignet, den Anwendungsbereich des § 1632 Abs. 4 BGB zugunsten der Pflegeeltern in zeitlicher Hinsicht zu erweitern.

36

2. Da bereits im Zeitpunkt der Antragstellung der erforderliche zeitliche Zusammenhang mit der Herausnahme der Pflegekinder fehlte, kann die Frage dahinstehen, wie zu verfahren wäre, wenn der Antrag zwar zeitnah gestellt worden, der erforderliche unmittelbare zeitliche Zusammenhang zur Herausnahme aber im Zeitpunkt der über den Antrag zu treffenden Entscheidung nicht mehr gegeben wäre.

Dose

Schilling

Nedden-Boeger

Botur

Krüger

Vorinstanzen:

AG Iserlohn, Entscheidung vom 23.09.2014 - 132 F 37/14 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 03.07.2015 - II-5 UF 198/14 -