

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Februar 2019 durch die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der weiteren Beteiligten zu 2 wird der Beschluss des 18. Zivilsenats – Senat für Familiensachen – des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. August 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Wert: 3.000 €

Gründe:

A.

- 1 Die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Mutter) wendet sich unter anderem gegen die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für ihre im September 2007 geborene Tochter S.
- 2 Die Mutter ist Inhaberin des alleinigen Sorgerechts für S. Sie hat ein weiteres Kind aus einer anderen Beziehung, den im Januar 2002 geborenen K. Im Mai 2016 zog die Mutter mit ihrer Tochter bei Herrn G. (im Folgenden: Lebensgefährte) ein, mit dem sie seit Februar 2016 eine Beziehung unterhält. Ihr Lebensgefährte unterrichtete sie davon, dass er unter anderem wegen sexuellen

Missbrauchs von Kindern verurteilt worden war. Im Zeitraum zwischen Mai 2009 und April 2013 war dieser unter verschiedenen Aliasnamen in einem Internetforum angemeldet und hatte dort Kontakt zu Mädchen im Alter zwischen zehn und 13 Jahren gesucht. Er hatte sie veranlasst, sich bei Skype mit ihm auszutauschen, sich zu entblößen und ihm Bilder ihres Intimbereichs zu übersenden. Die Bildsequenzen hatte er aufgenommen und sie in seinem Computer gespeichert. Eine Geschädigte hatte er unter Druck gesetzt, nachdem diese freiwillig nicht bereit gewesen war, Aufnahmen von sich zu fertigen, indem er ihr mitgeteilt hatte, er werde Aufnahmen der Geschädigten aus anderer Quelle an Freunde oder die Eltern der Geschädigten weiterleiten oder sie veröffentlichen. In zwei Fällen hatte sich die Geschädigte darauf eingelassen. Eine Begutachtung durch den Sachverständigen D. hatte ergeben, dass der Lebensgefährte an einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung litt und bei ihm eine pädo-/hebe- phile Nebenströmung festzustellen war, ohne dass damit ein Ausschluss oder eine Einschränkung der Schuldfähigkeit verbunden gewesen sei. Wegen dieser Taten wurde der Lebensgefährte im Oktober 2015 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren rechtskräftig verurteilt; ihre Vollstreckung wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Bewährungszeit wurde auf drei Jahre festgesetzt. Dem Lebensgefährten wurde jede Kontaktaufnahme zu Kindern und Jugendlichen über Internet-Plattformen untersagt.

- 3 Nachdem das Familiengericht von dem Zusammenleben der Mutter mit ihrer Tochter und dem Lebensgefährten Anfang Januar 2018 unterrichtet worden war, fand am 23. Januar 2018 ein Gespräch statt, an dem das Jugendamt, die Mutter und ihr Lebensgefährte teilnahmen. Letzterer erklärte sich im Rahmen einer Schutzvereinbarung bereit, aus der gemeinsamen Wohnung ausziehen. Am 24. Januar 2018 nahm das Jugendamt S. gleichwohl in Obhut. Seither befindet sie sich in einer stationären Einrichtung der Jugendhilfe.

4 Das Amtsgericht hat nach Einholung zweier schriftlicher Gutachten der Sachverständigen D. und Sch. und Anhörung der Beteiligten sowie ergänzender Befragung der Sachverständigen Sch. entschieden, dass sorgerechliche Maßnahmen nicht zu ergreifen seien. Ferner hat es die Herausgabe von S. an die Mutter angeordnet. Auf die hiergegen vom Jugendamt eingelegte Beschwerde hat das Oberlandesgericht der Mutter das Recht zur Aufenthaltsbestimmung und das Recht zur Antragstellung nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch für S. entzogen. Im Umfang der Entziehung des Sorgerechts hat das Oberlandesgericht Ergänzungspflegschaft angeordnet und das Jugendamt zum Pfleger bestellt. Hiergegen wendet sich die Mutter mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B.

5 Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

6 Das Oberlandesgericht hat seine in FamRZ 2018, 1830 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

7 Aus dem Zusammenleben der Mutter mit ihrem Lebensgefährten resultiere die zwar nicht überwiegende, aber doch signifikante Wahrscheinlichkeit eines sexuellen Übergriffs des Lebensgefährten auf S. Es genüge die "hinreichende Wahrscheinlichkeit" eines Schadenseintritts, die bei hoher Intensität des

drohenden Schadens - insbesondere im Fall drohenden sexuellen Missbrauchs - auch bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von rund 30 % bereits bejaht werden könne. Dies gelte unabhängig vom Gewicht der zur Beseitigung dieser Gefährdung zu treffenden Maßnahme. Ausdrücklich offen gelassen habe der Bundesgerichtshof allerdings, ob eine nach diesen Kriterien gegebene hinreichende Wahrscheinlichkeit deckungsgleich sei mit der "ziemlichen Sicherheit" des Schadenseintritts, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Voraussetzung des mit einer Trennung verbundenen Entzugs von Sorgerechtsbefugnissen sei, das heiÙe, ob trotz Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung die (vollständige oder teilweise) Entziehung der elterlichen Sorge zusätzlichen Anforderungen auch an die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens im Lichte der Verhältnismäßigkeit unterliege.

8 Es bestünden konkrete tatsächliche Anhaltspunkte, aus denen sich die Gefahr eines sexuellen Missbrauchs zum Nachteil von S. ergebe, wobei der drohende Schaden erheblich wäre. Die gleichzeitig gegebenen Schutzfaktoren wögen die bestehenden Risikofaktoren nicht auf. Nach Ausschöpfung aller vorhandenen Erkenntnismöglichkeiten könne der Eintritt eines – schwerwiegenden - Schadens im weiteren Verlauf zwar nicht als wahrscheinlicher angesehen werden als ein Verlauf, in dem sich die bestehenden Risiken nicht realisierten. Damit sei aber eine hinreichende Gefahr im Sinne des Tatbestands letztlich zu bejahen.

9 Die maßgeblichen Risikofaktoren lägen in der Persönlichkeit des Lebensgefährten verbunden mit der ständigen räumlichen Nähe und engen persönlichen Beziehung, die aus dem häuslichen Zusammenleben von S. mit ihm resultierten, sowie der Verletzbarkeit von S. Hinzu komme, dass S. gerade von der Person des Lebensgefährten ein ausgesprochen positives Bild habe. Es könne davon ausgegangen werden, dass das Leben von S. seit dem Beginn

der Beziehung ihrer Mutter mit deren Lebensgefährten eine positive Wendung genommen habe. Prognostisch könnten allerdings nicht die Augen davor verschlossen werden, dass die Hemmschwelle für S., etwaigen Übergriffen des Lebensgefährten frühzeitig energisch entgegenzutreten, sehr hoch sein dürfte.

10 Zugleich liege ein bedeutender Schutzfaktor in der positiven Lebenssituation des Lebensgefährten. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass er sich in einer befriedigenden beruflichen, privaten und vor allem partnerschaftlichen Situation befinde. Es bestehe eine größere Bereitschaft, Konflikte anzusprechen, und er sei nach jetzigem Wissensstand psychisch stabil. Nicht nur die Berichte des Bewährungshelfers über den Verlauf der Bewährung, sondern auch die Einschätzungen des intensiv mit dem Fall befassten Verfahrensbeistands (Rechtsanwältin B.) und des erfahrenen Kriminalhauptkommissars T. zeichneten ein Gesamtbild, das von einer positiven Entwicklung in dem Leben des Lebensgefährten zeuge. Sehr plausibel seien gerade auch die Ausführungen des Sachverständigen D., dass der Lebensgefährte durch die Idealisierung, die ihm sowohl die Mutter als auch S. entgegenbrächten, eine Bestätigung erfahre, die angesichts seiner Selbstwertproblematik besondere Bedeutung für ihn habe und die ihm in früheren Zeiten ganz offensichtlich gänzlich gefehlt habe. Ein weiterer Schutzfaktor ergebe sich nach den Ausführungen beider Sachverständiger aus der emotionalen Bindung des Lebensgefährten an die Mutter und auch an S. selbst. Für den Sachverständigen D. habe sich der Eindruck ergeben, dass sowohl S. als auch K. für den Lebensgefährten wichtige Personen seien. Er nehme sie in ihrem Lebenszusammenhang wahr und sehe sie – anders als die früheren anonymen Opfer – nicht nur als Objekt. Bei ihm sei jedoch ein erhebliches Bedürfnis wahrzunehmen, einen "Schlussstrich" zu ziehen und die Frage seiner pädosexuellen Neigungen ohne gesicherte Grundlage für endgültig geklärt zu halten. Dies stehe jedoch einem angemessenen Umgang des Lebensgefährten mit den vorhandenen Risikofaktoren ob-

ektiv im Weg und relativiere deswegen den Schutz, den der durchaus andauernde Eindruck der Verurteilung auf ihn vermittele. Nach der Beurteilung der Sachverständigen Sch. gäbe es auch in der Person von S. hinsichtlich ihrer großen Kontaktbereitschaft und Offenheit durchaus Schutzfaktoren.

- 11 Nach den Ausführungen des Sachverständigen D. seien bei Fortdauer der derzeitigen günstigen Lebenssituation des Lebensgefährten erneute Sexualstraftaten "sehr unwahrscheinlich". Komme es zu einer Abschwächung der Zufuhr von Anerkennung, erscheine die Begehung erneuter Sexualstraftaten, gar zum Nachteil von S., angesichts der engen emotionalen Beziehung und des Eindrucks, den die Verurteilung 2015 auf ihn gemacht habe, immer noch "eher unwahrscheinlich". Der Lebensgefährte gehöre zu einer Gruppe, bei der der Sachverständige von einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 10 % bis 15 % ausgehe. Zusammenfassend befürchte der Sachverständige beim momentanen Stand der Dinge keinen Rückfall. Wenn protektive Faktoren wegfielen, stiege das Risiko deutlich über 10 % bis 15 %. Daraus sei zu schließen, dass eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 BGB bereits bejaht werden müsse. Für den Fall eines Fortbestehens günstiger Rahmenbedingungen sei davon auszugehen, dass es – bei Vorhandensein eines Restrisikos – nicht zu einem Übergriff auf S. kommen würde. Allerdings müsse in eine Prognose gleichermaßen auch das Szenario eines Auftretens "ernsterer" oder "sehr ernster" Schwierigkeiten einbezogen werden, da die Fortdauer günstiger äußerer Rahmenbedingungen in keiner Hinsicht gesichert sei. In diesem Fall müsse das Risiko für einen Schadenseintritt mit weniger als 50 % angesetzt werden. Angesichts der Unvorhersagbarkeit einer Fortdauer günstiger Rahmenbedingungen sei zusammenfassend von einer bereits gegenwärtigen signifikanten verbleibenden Missbrauchsgefahr auszugehen, falls S. weiterhin mit dem Lebensgefährten ihrer Mutter in einer Wohnung lebte. Damit liege ein Risiko vor, das

deutlich über einem unvermeidlichen Restrisiko liege und dessen Hinnahme nicht als vertretbar erachtet werde.

12 Die Mutter sei als alleinige Sorgeberechtigte zur Abwendung der Gefahr teilweise nicht gewillt und im Übrigen nicht in der Lage. Sie befinde sich im Verhältnis zu ihrem Lebensgefährten in einem tiefen Loyalitätskonflikt. Die Mutter habe durch die Aufnahme und Fortführung ihrer Beziehung zu ihm und deren Intensivierung in Form des Einzugs bei ihm entscheidenden Anteil daran, dass es zu der Kindeswohlgefährdung in ihrer konkret bestehenden Form gekommen sei. Sie habe weder das Strafurteil noch das im Strafverfahren erstattete Gutachten gelesen. Ihr Hinweis auf eigene Missbrauchserfahrungen mache die Abneigung, sich mit entsprechenden Themen im Detail auseinanderzusetzen, zwar verständlich, verstärke aber die Zweifel an ihrer Bereitschaft oder Fähigkeit, Risiken in diesem Bereich wahrzunehmen und damit angemessen umzugehen. Außerdem habe die Mutter von Anfang an dazu geneigt, eine Bewertung des Risikos von außen zu erschweren. Hinzu komme, dass die Mutter im Verhältnis zu S. noch an ihrer Bereitschaft arbeiten müsse, zuzuhören und nachzufragen, wenn S. Andeutungen über belastende Erlebnisse mache. Schließlich ergäben sich aus den beigezogenen Akten betreffend K. Anhaltspunkte, die gewisse Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Mutter begründeten.

13 Derzeit sei allein die Fortdauer der Fremdunterbringung von S. geeignet, die bestehende Kindeswohlgefährdung abzuwenden. Insbesondere das vom Amtsgericht für ausreichend gehaltene und von den Sachverständigen befürwortete Schutzkonzept sei nach intensiver Abwägung des Für und Wider nicht ausreichend, solange die Mutter und ihr Lebensgefährte einen gemeinsamen Hausstand hätten. Auch eine Flankierung des Schutzkonzepts durch Weisungen gegenüber der Mutter und/oder ihrem Lebensgefährten, die auf eine Aufhebung der gemeinsamen Wohnung hinausliefen, komme nicht in Betracht, weil

sie jede kritische Auseinandersetzung mit den Taten ihres Lebensgefährten vehement abgewehrt habe und weil sich ihre Kooperationsbereitschaft letztlich darauf reduziert habe, "Spielchen mitzuspielen" und "alles zu unterschreiben". Die Fremdunterbringung sei auch nicht ihrerseits mit derart negativen Folgen für S. verbunden, dass diese in der Abwägung gegen die Maßnahme sprechen würden. Zwar habe der Verfahrensbeistand nachvollziehbar dargestellt, dass die Fremdunterbringung S. belaste und diese sich sehr wünsche, in den Haushalt ihrer Mutter zurückzukehren. Dies habe S. auch bei der Anhörung, ersichtlich emotional bewegt, zum Ausdruck gebracht. Aus den Berichten des Jugendamts und der Einrichtung ergebe sich aber auch, dass sich S. im Alltag durchaus integriere und Freunde gefunden habe. Es gäbe keine Anhaltspunkte für eine psychische Entwicklung, die in Richtung einer Depression ginge.

II.

14 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

15 1. Gemäß § 1666 Abs. 1 BGB hat das Familiengericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Norm ist der besondere Schutz zu beachten, unter dem die Familie nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG steht. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung. Die Erziehung des Kindes ist damit primär in ihre Verantwortung gelegt, wobei dieses "natürliche Recht" den Eltern nicht vom Staat verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird. Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entschei-

den, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen. In der Beziehung zum Kind muss aber das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 10 mwN).

16 2. Dem trägt die angefochtene Entscheidung nicht hinreichend Rechnung.

17 a) Allerdings ist im Ergebnis nichts dagegen zu erinnern, dass das Oberlandesgericht eine Kindeswohlgefährdung bejaht und damit ein Eingreifen des Staates für zulässig erachtet hat.

18 aa) Generell ist für Maßnahmen nach § 1666 BGB erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, zu deren Abwendung die sorgeberechtigten Personen nicht gewillt oder in der Lage sind. Eine solche besteht bei einer gegenwärtigen, in einem solchen Maß vorhandenen Gefahr, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 13 mwN). 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 (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 14 mwN). Für die Frage, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, kann das Gewicht der zur Beseitigung dieser Gefährdung zu treffenden Maßnahme nach § 1666 BGB hingegen keine Bedeutung erlangen. Erst wenn eine Kindeswohlgefährdung feststeht, stellt sich die Frage nach der erforderlichen

derlichen und geeigneten Maßnahme und nach deren Verhältnismäßigkeit (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 15 mwN).

19 Die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit muss in jedem Fall auf konkreten Verdachtsmomenten beruhen. Eine nur abstrakte Gefährdung genügt nicht. Schließlich muss der drohende Schaden für das Kind erheblich sein. Selbst bei hoher Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines nicht erheblichen Schadens sind Maßnahmen nach § 1666 BGB nicht gerechtfertigt. In solchen Fällen ist dem elterlichen Erziehungs- und Gefahrabwendungsprimat der Vorrang zu geben (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 16 mwN).

20 bb) Gemessen hieran liegt die vom Oberlandesgericht getroffene Einschätzung, dass eine Gefahrenlage i.S.v. § 1666 Abs. 1 BGB vorliege, noch im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Beurteilung.

21 (1) Das Oberlandesgericht hat richtig erkannt, dass das staatliche Eingreifen gemäß § 1666 BGB die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts erfordert und dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der drohende Schaden wiegt.

22 Der drohende Schaden für S. wiegt nach den vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen schwer. Er läge in einem sexuellen Missbrauch der S. und den damit für sie einhergehenden Folgen. Deshalb ist das Oberlandesgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht besonders hoch sind.

23 Dass das Oberlandesgericht im Rahmen der von ihm in tatrichterlicher Verantwortung vorgenommenen Gefährdungsprognose eine mögliche Ver-

schlechterung der familiären Situation einbezogen hat, ist rechtsbeschwerde-rechtlich noch vertretbar. Dabei hat es maßgeblich das Hinzutreten "ernsterer" oder "sehr ernster" Schwierigkeiten in seiner Prognose mit der Begründung berücksichtigt, dass die Fortdauer günstiger äußerer Rahmenbedingungen und damit die gegen einen Rückfall des Lebensgefährten sprechende Bestätigung nicht gesichert seien. Allerdings hat es sich nicht die Frage vorgelegt, ob diese – auf eine Verschlechterung der familiären Situation bezogenen – abstrakten Erwägungen überhaupt konkrete Verdachtsmomente begründen können.

24 Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es in der Familie zu solchen Schwierigkeiten kommen könnte, sind nach den getroffenen Feststellungen – wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt – nicht gegeben. Vielmehr haben die beiden Gutachter das Familienleben als für alle Beteiligte positiv dargestellt. S. hat sich in der Zeit des Zusammenlebens in jeder Hinsicht vorteilhaft entwickelt. Der Verfahrensbeistand hat dies bestätigt und sich ebenso wie die Sachverständigen für eine Rückführung des Kindes in die Familie ausgesprochen. Die frühere Klassenlehrerin war ausweislich der Angaben der Sachverständigen Sch. sogar "fassungslos", als sie von der Herausnahme S. aus der Familie erfahren habe. Hinzu kommt, dass die Familie von Mai 2016 bis Januar 2018, also über ein- einhalb Jahre zusammengelebt hatte, ohne dass nach den getroffenen Feststellungen das Geringste passiert wäre.

25 Gleichwohl lässt sich die vom Oberlandesgericht vorgenommene Gefährdungsprognose vor dem Hintergrund des drohenden Schadens noch vertreten. Denn die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit beruht jedenfalls insoweit auf konkreten Verdachtsmomenten, als der Lebensgefährte mehrere Mädchen, die sich in einem ähnlichen Alter wie S. befanden, im Zeitraum von 2009 bis 2013 mit Hilfe des Internets sexuell missbraucht hat. Auch wenn die Gefahr, dass sich die familiäre Situation verschlechtern könnte, auf abstrak-

ten Überlegungen beruht, vermag sie doch nach den sachverständigen Einschätzungen einen Anhalt für einen etwaigen Rückfall des Lebensgefährten zu geben und damit die bereits bestehenden konkreten Verdachtsmomente zu erhärten. Auch ist eine Verschlechterung namentlich der familiären Situation – wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat – tatsächlich jederzeit möglich.

26 Wenn das Oberlandesgericht in tatrichterlicher Verantwortung aufgrund der getroffenen Feststellungen zu dem Ergebnis gelangt, der Lebensgefährte könnte sich auch an der mit ihm in einer Wohnung lebenden S. vergehen, obgleich er seine Taten bislang nur über das Internet begangen hat und ihm wohl deshalb auch nur jede Kontaktaufnahme zu Kindern und Jugendlichen über Internet-Plattformen im Strafurteil untersagt worden ist, hält sich dies noch im rechtsbeschwerderechtlich hinzunehmenden Rahmen.

27 (2) Entgegen den Angriffen der Rechtsbeschwerde ist auch gegen die Einschätzung des Oberlandesgerichts, die Mutter sei zur Abwendung der Gefahr nicht in der Lage, im Ergebnis rechtsbeschwerderechtlich nichts zu erinnern.

28 Allerdings rügt die Rechtsbeschwerde zu Recht, das Oberlandesgericht habe nicht aufgrund der von der Mutter berichteten eigenen Missbrauchserfahrungen auf eine geringere Bereitschaft oder Fähigkeit schließen dürfen, Risiken in diesem Bereich wahrzunehmen und damit angemessen umzugehen. Hierzu hätte es der Darlegung entsprechender Sachkunde bedurft.

29 Soweit das Oberlandesgericht auf das Sorgerechtsverfahren betreffend des weiteren Kindes K. Bezug genommen und aus diesem Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Mutter hergeleitet hat, ist dies für die vorzunehmende Prüfung, ob sie eine Gefahr sexuellen Missbrauchs von S. abwenden kann, rechtlich nicht tragfähig. Denn das Verfahren betrifft ein anderes Kind und eine

andere Ausgangslage. Zur Frage, ob die Mutter ihre Tochter vor etwaigen Übergriffen Dritter schützen kann, hat die Sachverständige Sch. in ihrem Gutachten ausgeführt, dass die bereits in einem befriedigenden Maß vorhandene elterliche Kompetenz und Förderkompetenz der Mutter durch die Partnerschaft mit ihrem Lebensgefährten "noch stärker hervorgetreten zu sein" scheine. Demgegenüber ging es in dem anderen Sorgerechtsverfahren um die Frage, ob die Erziehungs- und Förderkompetenz der Mutter ausreicht, um der schwerwiegenden Erkrankung K.s an ADS und der bei ihm bestehenden Bindungsstörung gerecht werden zu können. Im Übrigen führte der Gutachter in jenem Verfahren aus, dass die Defizite im Erziehungsverhalten der Mutter nicht so zu werten seien, dass diese "allein (oder erheblich) als kindeswohlgefährdend anzusehen" seien. Der Hinweis des Beteiligten zu 4 in seiner Rechtsbeschwerdeerwiderung auf ein sexualisiertes Verhalten des K. ist im Rechtsbeschwerdeverfahren unbeachtlich. Insoweit weist der Beteiligte zu 4 bereits selbst darauf hin, dass es sich um neuen Tatsachenvortrag handelt, der in der Rechtsbeschwerdeinstanz grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist, zumal es sich hier nicht einmal um Tatsachen handelt, die sich erst während der Rechtsbeschwerdeinstanz ereignet haben (vgl. Senatsurteil vom 26. Juni 2013 - XII ZR 133/11 - FamRZ 2013, 1366 Rn. 47 mwN zur Revision; s. auch Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017 - XII ZB 40/17 - FamRZ 2017, 1599 Rn. 22).

30 Indessen steht das Gutachten der Sachverständigen Sch. – anders als die Rechtsbeschwerde meint – der Einschätzung des Oberlandesgerichts, die Mutter könne die Gefahr für S. nicht abwenden, auch nicht entgegen. Nach dem Sachverständigengutachten ist ihr zwar zuzutrauen, dass sie bei dem Verdacht eines Übergriffs handeln und sich für ihre Tochter entscheiden werde, so dass sie damit die Rolle einer kritischen Schutzperson für S. wahrnehmen könne. Diese Ausführungen beinhalten nur die Aussage, dass sie einen Missbrauch

ihrer Tochter durch den Lebensgefährten nicht hinnehmen würde, nicht aber, dass die Mutter in der Lage wäre, diesen auch zu verhindern.

- 31 Zu Recht führt das Oberlandesgericht zudem aus, dass die Mutter durch ihren Einzug bei ihrem Lebensgefährten entscheidenden Anteil daran hat, dass es zu der Kindeswohlgefährdung gekommen ist. Dabei durfte das Oberlandesgericht auch auf den Umstand abstellen, dass sie weder das Strafurteil noch das diesem zugrundeliegende Gutachten gelesen hat, ungeachtet der Frage, aus welchem Grunde sie von deren Lektüre abgesehen hat. Denn je geringer ihre Kenntnisse von der konkreten Tatbegehung und den ihr zugrundeliegenden Motiven bzw. Ursachen sind, desto schwieriger ist es für sie, eine mögliche Gefahr bereits im Vorfeld zu erkennen und ihr angemessen zu begegnen.
- 32 b) Jedoch ist die vom Oberlandesgericht angeordnete Maßnahme, der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen mit der Folge, dass das Kind von ihr getrennt wird bzw. bleibt, unverhältnismäßig.
- 33 aa) Jeder Eingriff in das Elternrecht muss dem – für den Fall der Trennung des Kindes von der elterlichen Familie in § 1666 a BGB ausdrücklich geregelt – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Er gebietet, dass Art und Ausmaß des staatlichen Eingriffs sich nach dem Grund des Versagens der Eltern und danach bestimmen müssen, was im Interesse des Kindes geboten ist. Die anzuordnende Maßnahme muss zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist gegeben, wenn der Eingriff unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zumutbar ist. Hierbei ist insbesondere auch das Verhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen, dem Gewicht des dem Kind drohenden Schadens und dem Grad der

Gefahr zu berücksichtigen. Die – auch teilweise – Entziehung der elterlichen Sorge als besonders schwerer Eingriff kann daher nur bei einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes mit einer höheren – einer ebenfalls im Einzelfall durch Abwägung aller Umstände zu bestimmenden ziemlichen – Sicherheit eines Schadenseintritts verhältnismäßig sein. Die Anordnung weniger einschneidender Maßnahmen kann dagegen bereits bei geringerer Wahrscheinlichkeit verhältnismäßig sein (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 27 mwN). Auch sind die negativen Folgen einer Trennung des Kindes von den Eltern und einer Fremdunterbringung zu berücksichtigen; sie müssen durch die hinreichend gewisse Aussicht auf Beseitigung der festgestellten Gefahr aufgewogen werden, so dass sich die Situation des Kindes in der Gesamtbetrachtung verbessert (BVerfG FamRZ 2018, 1084 Rn. 16 mwN).

34 Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts hat der Senat die Frage, ob die Begriffe der "hinreichenden Wahrscheinlichkeit" und der "ziemlichen Sicherheit" des Schadenseintritts deckungsgleich sind, nicht offen gelassen. Vielmehr hat er darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des Grades der Wahrscheinlichkeit einer Kindeswohlgefährdung zwischen der Tatbestandsebene, die Voraussetzung für ein staatliches Handeln – egal welcher Intensität – ist, und der Rechtsfolgenseite, die sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren hat, zu unterscheiden ist (aA BeckOGK/Burghart [Stand: 1. November 2018] § 1666 BGB Rn. 85; s. auch BeckOK BGB/Veit [Stand: 1. August 2018] § 1666 Rn. 26). Für eine (teilweise) Entziehung des Sorgerechts bedarf es danach einer ziemlichen Sicherheit des Schadenseintritts (s. auch BVerfG FamRZ 2018, 1084 Rn. 16 mwN; Jarass/Pieroth/Jarass GG 15. Aufl. Art. 6 Rn. 65 mwN [zu Art. 6 Abs. 3 GG]; Rake FamRZ 2017, 285, 286; Finke FF 2017, 118, 119; s. auch zur Differenzierung des Gefahrenbegriffs bei der Kindeswohlgefährdung Radtke DRiZ 2019, 56, 59).

35 Die Differenzierung der Wahrscheinlichkeitsgrade auf der Tatbestands-
ebene und der Rechtsfolgenseite ist geboten, um dem Staat einerseits ein
– gegebenenfalls nur niederschwelliges – Eingreifen zu ermöglichen, anderer-
seits aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Korrekturmöglichkeit zur
Verfügung zu stellen, mittels derer ein übermäßiges Verhalten des Staates
vermieden werden kann, und zwar letztlich auch zum Wohle des Kindes.

36 bb) Gemessen hieran ist die vom Oberlandesgericht angeordnete Ent-
ziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts unverhältnismäßig.

37 (1) Die vom Oberlandesgericht als Ausgangspunkt wiedergegebene
Rückfallwahrscheinlichkeit von 10 % bis 15 % beruht nach den von ihm ge-
troffenen Feststellungen auf Basisraten, bei denen es sich nach den vom Ober-
landesgericht wiedergegebenen Einschätzungen des Sachverständigen D. al-
lein um statistische, "relativ grob gestrickte" Zahlen handelt, die eine individuelle
Untersuchung und Beurteilung nicht entbehrlich machen. Hinzu kommt, dass
sich das Oberlandesgericht nicht hinreichend mit der Frage auseinandergesetzt
hat, mit welcher Begehungsform im Falle eines möglichen Rückfalls zu rechnen
ist. Hinsichtlich der von dem Lebensgefährten der Mutter begangenen Strafta-
ten hätte es nahegelegen, Missbrauchstaten zu besorgen, die er via Internet
zum Nachteil von – für ihn anonymen – Opfern begehen könnte. Dem wäre eine
Gefährdung der mit ihm in einem Haushalt lebenden S., zu der er eine persönli-
che Beziehung unterhält, gegenüberzustellen gewesen.

38 (2) Auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststel-
lungen ist die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel der
Fremdunterbringung nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, weil es an einer
nachhaltigen Gefährdung des Kindes mit einer ziemlichen Sicherheit eines
Schadenseintritts fehlt. Das Oberlandesgericht hat unter Bezugnahme auf das
Gutachten des Sachverständigen D. ausgeführt, für den Fall eines Fortbeste-

hens der bei der Herausnahme von S. aus der Familie vorgefundenen günstigen Rahmenbedingungen sei ein sexueller Missbrauch zum Nachteil von S. "sehr unwahrscheinlich"; selbst bei einer – aktuell nicht konkret zu befürchtenden – Verschlechterung der familiären Situation sei ein Schadenseintritt "gar zum Nachteil von S." als "eher unwahrscheinlich" anzusehen. Wenn das Oberlandesgericht dann trotz der gebotenen Gesamtschau der Gefährdungssituation zu dem Schluss kommt, eine Fremdunterbringung sei gerechtfertigt, was die ziemliche Sicherheit eines sexuellen Missbrauchs zu Lasten der S. voraussetzt, überschreitet es seinen trichterlichen Beurteilungsspielraum.

39

(3) Außerdem hat das Oberlandesgericht die negativen Folgen, die die Herausnahme aus der Familie für S. hat, nicht hinreichend in seine Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen. Von der Entziehung des Sorgerechts und der damit einhergehenden Fremdunterbringung ist nicht nur die Mutter betroffen, sondern besonders nachteilig auch ihr Kind. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen, insbesondere unter Einbeziehung der Kindesanhörung, des Gutachtens der Sachverständigen Sch. und der Stellungnahme des Verfahrensbeistands, ist davon auszugehen, dass S. erheblich unter der Herausnahme leidet. Soweit das Oberlandesgericht hierzu ausführt, im Alltag finde S. gleichwohl auch zur Fröhlichkeit und es gäbe keine Anhaltspunkte für eine psychische Entwicklung, die in Richtung etwa einer Depression ginge, bleibt das Gericht bereits den Nachweis schuldig, woher es die diesbezügliche Sachkunde nimmt. Schließlich geht auch das Oberlandesgericht davon aus, dass S. die Fremdunterbringung als "Bestrafung" empfindet. Es lässt sich schon jetzt nicht mehr ausschließen, dass S. durch die Fremdunterbringung einen erheblichen Schaden erlitten hat. Damit hätte sich die Situation des Kindes in der Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die bestehende Gefährdungsprognose aber nicht verbessert, sondern eher verschlechtert

(vgl. auch Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 - XII ZB 247/11 - FamRZ 2012, 99 Rn. 29 mwN).

40 c) Ebenso wenig hält die Entziehung des Rechts zur Antragstellung nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch für S. einer rechtlichen Überprüfung stand.

41 Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung insoweit allein damit begründet, dass diese Maßnahme für die Durchführung der Fremdunterbringung erforderlich sei. Da nach dem vorstehend Gesagten schon die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als rechtliche Grundlage für eine Fremdunterbringung einer Überprüfung nicht standhält, entfällt damit auch die rechtliche Grundlage für die als Annex angeordnete Entziehung des Rechts zur Beantragung von Jugendhilfemaßnahmen.

42 3. Gemäß § 74 Abs. 5 und 6 Satz 2 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Oberlandesgericht noch weitere Feststellungen im Rahmen des § 1666 BGB zu treffen hat.

43 a) Die Zurückverweisung gibt dem Oberlandesgericht Gelegenheit, unter Beachtung der vorstehenden Erwägungen des Senats zu prüfen, ob anstelle der nach derzeitiger Sachlage unzulässigen Fremdunterbringung andere Maßnahmen in Betracht kommen, um der Gefährdung des Kindeswohls zu begegnen.

44 Zu Recht weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass es – als Vorstufe zu einem etwaigen Rückfall – maßgeblich auf die Verschlechterung der familiären Situation ankommt. Auch wenn es noch hinnehmbar erscheint, diesen an sich auf abstrakten Erwägungen beruhenden Zwischenschritt in die Gefährdungsprognose einzubeziehen, ändert das nichts daran, dass diese besondere

Konstellation die Möglichkeit eröffnet, der drohenden Gefahr mit milderer Maßnahme als einer Fremdunterbringung des Kindes zu begegnen.

45 aa) Danach erscheint es etwa denkbar, zur Unterstützung der Familie einen regelmäßig in der Familie verkehrenden sozialpädagogischen Familienhelfer i.S.v. § 31 SGB VIII hinzuzuziehen, der am ehesten bemerken dürfte, ob und in welchem Maße sich die familiäre Situation verschlechtert. Auch wenn ein Kontrollauftrag nach dem vom Beteiligten zu 4 in seiner Rechtsbeschwerdeerwidernng in Bezug genommenen Abschlussbericht zum Staufener Missbrauchsfall vom September 2018 (veröffentlicht unter <https://www.breisgau-hochschwarzwald.de> – S. 27 f.) nicht originäres Ziel einer sozialpädagogischen Familienhilfe ist, hindert das einen Familienhelfer nicht, dem Familiengericht zeitnah von möglichen Veränderungen zu berichten, so dass hinreichend Gelegenheit bestünde, den Sachverhalt aufzuklären und angemessen zu reagieren. Schließlich ist eine Weisung, die Familienhilfe in Anspruch zu nehmen, in § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausdrücklich geregelt (Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 25).

46 Der Hinweis des Beteiligten zu 4 auf den vorgenannten Abschlussbericht, wonach eine sozialpädagogische Familienhilfe in der Regel nur stundenweise und nicht täglich in einer Familie anwesend und die mit der Installation einer solchen Betreuung einhergehende Kontrolldichte meist gering und zudem abhängig von der Beobachtungsgabe, Aufmerksamkeit und Fähigkeit der jeweiligen Fachkraft sei, zum Beispiel Anzeichen für sexuellen Missbrauch bei einem Kind wahrzunehmen und richtig zu deuten, vermag den Einsatz einer Familienhilfe nicht in Frage zu stellen. Zum einen dürfte danach in besonders gelagerten Fällen ein zeitlich umfangreicherer Einsatz ("in der Regel nur stundenweise") möglich sein. Zum anderen sollte ein solcher Einsatz fachlich versierteren Familienhelfern mit entsprechender Beobachtungsgabe vorbehalten bleiben.

Schließlich ist nach den getroffenen Feststellungen nicht mit einem jederzeit möglichen Übergriff zu rechnen. Maßgeblich ist vielmehr die diesem vorgelegte Verschlechterung insbesondere der familiären Situation.

47 bb) Ergänzend hierzu käme die Umsetzung einzelner von den Sachverständigen unterbreiteter und vom Oberlandesgericht in seinem Beschluss referierter Vorschläge mit folgender Maßgabe in Betracht:

48 (1) Soweit es die Durchführung einer Therapie seitens des Lebensgefährten anbelangt, dürfte hierfür § 1666 Abs. 3 und 4 BGB als Rechtsgrundlage zwar nicht genügen (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 213, 107 = FamRZ 2017, 212 Rn. 23). Allerdings hat er die Therapie ersichtlich freiwillig aufgenommen und den Therapeuten unter Entbindung der Schweigepflicht dazu ermächtigt, das Jugendamt darüber zu informieren, falls er die bereits begonnene Therapie gegen fachlichen Rat abbricht.

49 (2) Zudem könnte der Erziehungsbeistand, der das Kind gemäß § 30 SGB VIII bei der Bewältigung von Entwicklungsproblemen möglichst unter Einbeziehung des sozialen Umfelds unterstützen und unter Erhaltung des Lebensbezugs zur Familie seine Verselbständigung fördern soll, bereits frühzeitig von Veränderungen der Familiensituation Kenntnis erhalten und so schon im Vorfeld eines etwaigen Missbrauchs die dann erforderlichen Maßnahmen anregen.

50 (3) Ebenso wenig bestehen Bedenken gegen eine Familienberatung. Das Oberlandesgericht hat hiervon ersichtlich Abstand genommen, weil unklar sei, "ob es in hinreichender Zeit zu einer relevanten Änderung der Risikolage kommen würde". Da es jedoch auf der Grundlage der bislang bestehenden Fa-

miliensituation an einer unmittelbaren Gefährdung fehlt, erscheint auch die Inanspruchnahme einer Familienberatung jedenfalls unter Hinzuziehung der weiteren Maßnahmen durchaus angezeigt.

51 (4) Dass Weisungen bzw. Auflagen i.S.d. § 1666 Abs. 3 BGB an der fehlenden Kooperation der Mutter bzw. ihrem Lebensgefährten scheitern könnten, findet nach Auffassung des Senats in den getroffenen Feststellungen keine hinreichende Grundlage.

52 Bezogen auf die vom Oberlandesgericht angedachten Weisungen, die das Zusammenleben der Familie einschränkten, verweist die Rechtsbeschwerde zu Recht auf die Bereitschaft des Lebensgefährten, aus seiner Wohnung auszuziehen und sogar seine Beziehung zur Mutter aufzugeben. Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat allerdings darauf hin, dass in Anbetracht der bisherigen Erwägungen Maßnahmen unverhältnismäßig erschienen, die darauf abzielten, dass entweder die Mutter mit ihrer Tochter oder deren Lebensgefährte selbst aus der Wohnung auszieht, die also ein Zusammenwohnen der Familie unmöglich machten. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Familie ausweislich der getroffenen Feststellungen der Tochter Halt gibt und ihre bisherige Entwicklung erheblich gefördert hat.

53 Anders als das Oberlandesgericht meint, lässt sich den Feststellungen vielmehr entnehmen, dass sich die Mutter und ihr Lebensgefährte kooperativ verhalten haben. Zwar haben sie tatsächlich nicht immer offengelegt, dass der Lebensgefährte wegen Sexualdelikten zum Nachteil Minderjähriger verurteilt worden ist. Daraus und aus dem Umstand, dass er unter seine Verurteilung gerne einen Schlussstrich ziehen würde, kann aber nicht zwingend gefolgert werden, dass sie den Ernst der Lage nicht erkannt hätten, gerade auch unter dem Eindruck dieses Sorgerechtsverfahrens. Der Verfahrensbeistand, Rechtsanwältin B., hat hierzu in der Anhörung vor dem Oberlandesgericht ausgeführt,

sie habe die Mutter und ihren Lebensgefährten in dem Gespräch als offen erlebt. Für sie sei ihre Kooperationsbereitschaft kein Lippenbekenntnis gewesen. Sie seien auf das Alte, auf die früheren Erlebnisse zurückgeworfen worden und hätten sich damit auseinandergesetzt. Sie habe keine Bagatellisierung erlebt. Der Lebensgefährte habe vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass es ihm bewusst sei, wie sich seelisches Leid von Eltern anfühle, und dies habe er in Bezug zu seinen früheren Taten gesetzt. Sie hätten in dem Gespräch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie bereit seien, alles zu unternehmen, damit sie weiter als Familie zusammenleben könnten. Wenn die Mutter in Anbetracht der für sie schwer verständlichen Fremdunterbringung von S. insbesondere gegenüber dem Jugendamt mitunter ablehnend reagiert hat, erscheint dies vor dem Hintergrund des gesamten Verfahrens noch nachvollziehbar.

54 (5) Soweit die Sachverständige Sch. allerdings eine vollständige Unterrichtung von S. über die von dem Lebensgefährten begangenen Taten empfiehlt, hält der Senat eine tatrichterliche Überprüfung dieser Einschätzung für geboten. Insoweit wird es womöglich weniger um die Details als um die Bedeutung der Taten gehen. Wie das Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit dem Verfahrensbeistand und wohl auch der Rechtsbeschwerdeerwiderung richtig sieht, stellte die vollständige Offenlegung der Taten eine große Belastung für S. dar und könnte überdies eine mögliche Quelle familiärer Konflikte sein.

55

b) Schließlich wird sich das Oberlandesgericht die Frage vorzulegen haben, ob der in der Geburtsurkunde als Vater eingetragene F. H. K. womöglich doch der rechtliche Vater von S. und damit gemäß § 7 FamFG an dem Sorgerechtsverfahren zu beteiligen bzw. gemäß § 160 Abs. 1 Satz 2 FamFG anzuhören ist. Nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 54 Abs. 1 PStG beweist diese Beurkundung die rechtliche Vaterschaft (Senatsbeschluss vom 23. Januar 2019 - XII ZB 265/17 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; OLG Hamm FamRZ 2018, 1036, 1037 mwN; vgl. auch Hepting/Dutta Familie und Personenstand 2. Aufl. S. 357 ff.).

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Freiburg, Entscheidung vom 16.05.2018 - 48 F 59/18 -

OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 03.08.2018 - 18 UF 91/18 -