OLG Bamberg, Beschluss v. 18.09.2023 – 7 UF 120/23

**Titel:**

## Notwendige Ermittlungen vor dem Unterlassen einer Kindesanhörung

**Normenketten:**

FamFG § 26, § 158 Abs. 2 Nr. 1, § 159 Abs. 2 S. 2
SGB VIII § 8a Abs. 3, 1
BGB § 1666 Abs. 1, Abs. 3

**Leitsätze:**

**1. Wurde ein Verfahrensbeistand fehlerhaft entgegen der zwingend gesetzlichen Regelung des § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG nicht hinzugezogen, ist das betroffene Kind nicht ordnungsgemäß am Verfahren beteiligt worden. Diesem gegenüber ist daher auch keine Entscheidung in der Sache getroffen worden, weshalb die erstinstanzliche Entscheidung auch ohne Antrag aufgehoben und zurückverwiesen werden kann. (Rn. 9 – 11)**

**2. Eine Kindesanhörung ist nicht lediglich deshalb entbehrlich, weil der Aufenthalt des Kindes derzeit nicht bekannt ist. Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht gem. § 26 FamFG wäre zur Ermittlung des Aufenthaltes eine Befragung derjenigen Personen angezeigt, in deren Obhut sich das Kind zuletzt befand. Das Gericht ist auch nicht gehindert, einen Termin für die Kindesanhörung zu bestimmen und die Ladung an diejenige Person, in deren Obhut sich das Kind zuletzt befand – ggf. unter Hinweis auf Zwangsmittel – zuzustellen. (Rn. 13)**

**Schlagworte:**

Beschwerde, Amtsermittlungspflicht, Kind, Sorgerecht, Kindesmutter, Kindesvater, FamFG, Zwangsmittel, Kindeseltern, Aufhebung, Polizeibeamter, Verfahren, Aufenthalt, Ermittlung, Aufenthalt des Kindes, erstinstanzliche Entscheidung, Einstweilige Anordnung, Entziehung der elterlichen Sorge, Vormundschaft, Kindeswohlgefährdung, Kindesanhörung, Aufhebung der Entscheidung, Zurückverweisung

**Vorinstanz:**

AG Schweinfurt, Beschluss vom 20.07.2023 – 001 F 412/23

## Tenor

1. Auf die Beschwerde der Kindeseltern wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Schweinfurt vom 20.07.2023 aufgehoben.

2. Das Verfahren wird zur weiteren Behandlung und Entscheidung – auch über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens – an das Amtsgericht zurückverwiesen.

3. Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden nicht erhoben.

4. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.000,00 Euro festgesetzt.

## Gründe

I.

1
Mit Beschluss vom 22.05.2023 wurde im Wege der einstweiligen Anordnung ohne Anhörung durch das Amtsgericht – Familiengericht – Schweinfurt den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern die elterliche Sorge für das Kind B., geboren am … vorläufig entzogen, Vormundschaft angeordnet und das Kreisjugendamt Schweinfurt zum Vormund bestellt. Vorausgegangen war eine Mitteilung des Landratsamtes Schweinfurt, Amt für Jugend und Familien gem. § 8a Abs. 3, 1 SGB VIII i. V. m. § 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB wonach eine Entziehung der elterlichen Sorge aufgrund bestehender akuter Kindeswohlgefährdung angeregt wurde. Wegen der Einzelheiten wird auf die Stellungnahme verwiesen. Aus der Stellungnahme ergibt sich, dass sich das Kind wohl in Frankreich aufhalte.

2

Mit Schreiben vom 23.05.2023 wurde durch den Verfahrensbevollmächtigten der Kindsmutter Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 54 Abs. 2 FamFG gestellt. Am 19.07.2023 fand vor dem Familiengericht eine mündliche Verhandlung statt. In dieser wurden die Kindeseltern sowie der Vertreter des Jugendamtes und ein Polizeibeamter als Zeuge angehört. Letztere erklärten, dass keine Kenntnis über den Aufenthalt des Kindes gegeben sei. Der Vertreter des Jugendamtes wies darauf hin, dass sich K. wohl zuletzt in Obhut des Herrn D. bzw. E. befunden habe. Der derzeit inhaftierte Kindesvater hat im Termin über seinen Verfahrensbevollmächtigten sein Einverständnis damit erklärt, dass das Sorgerecht auf die Mutter übertragen wird. Ein Verfahrensbeistand für das Kind wurde nicht bestellt. Eine Kindesanhörung ist nicht erfolgt.

3
Mit Beschluss vom 20.07.2023 hat das Familiengericht den Beschluss vom 22.05.2023 aufrechterhalten, soweit den Eltern das Sorgerecht entzogen, Vormundschaft angeordnet und das Kreisjugendamt zum Vormund bestellt wurde; die Kosten des Verfahrens wurden den Kindeseltern auferlegt.

4
Der Beschluss wurde den Kindeseltern jeweils am 21.07.2023 zugestellt. Mit Schreiben vom 21.07.2023, eingegangen beim Amtsgericht jeweils am selben Tag, legten der Kindesvater und die Kindesmutter hiergegen Beschwerde ein. Die Kindesmutter erstrebt die Aufhebung des Beschlusses. Mit Schreiben vom 18.08.2023 hat sie die Beschwerde weiter begründet. Eine Begründung der Beschwerde des Kindesvaters ist nicht eingegangen.

5
Wegen der Einzelheiten wird auf die genannten Beschlüsse und Schreiben verwiesen.

6
Der Senat forderte eine Stellungnahme des Jugendamtes an, das sich für die Aufrechterhaltung der Entscheidung ausspricht.

II.

7
Die nach §§ 58 ff FamFG zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten Beschwerden der Kindeseltern gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Schweinfurt vom 20.07.2023 sind (vorläufig) begründet und führen zur Aufhebung der getroffenen Entscheidung, gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG.

8
Grundsätzlich hat das Beschwerdegericht nach § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG in der Sache selbst zu entscheiden. Allerdings darf die Sache nach § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG auch ohne Antrag unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens dann an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückverwiesen werden, wenn dieses Gericht in der Sache noch nicht entschieden hat.

9
An einer Sachentscheidung fehlt es immer dann, wenn eine Entscheidung über das dem Verfahren zugrundeliegende Rechtsverhältnis – gleich aus welchen Gründen – nicht getroffen worden ist. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn eine Sachentscheidung ohne die Hinzuziehung von notwendig zu beteiligenden Personen getroffen wurde (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 9. September 2019 – 13 UF 452/19 –, juris, OLG Köln FamRZ 2011, 753).

10
Vorliegend hat das Familiengericht dem betroffenen Kind entgegen der vorliegend zwingend gesetzlichen Regelung des § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG keinen Verfahrensbeistand bestellt. Zudem wurde die Entscheidung auch ohne die nach § 159 Abs. 2 Satz 2 FamFG erforderliche Kindesanhörung getroffen.

11
Da ein Verfahrensbeistand fehlerhaft nicht hinzugezogen wurde, ist das betroffene Kind nicht ordnungsgemäß am Verfahren beteiligt worden. Diesem gegenüber ist daher auch keine Entscheidung in der Sache getroffen worden, weshalb die erstinstanzliche Entscheidung auch ohne Antrag aufgehoben und zurückverwiesen werden kann (vgl. OLG Rostock FamRZ 2014, 2020).

12
Der Senat übt das ihm zustehende Ermessen dahingehend aus, das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen, um den Beteiligten nicht eine Tatsacheninstanz zu nehmen.

13
Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass eine Kindesanhörung nicht lediglich deshalb entbehrlich ist, weil der Aufenthalt des Kindes derzeit nicht bekannt ist. Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht, § 26 FamFG wäre zur Ermittlung des Aufenthaltes eine Befragung derjenigen Personen angezeigt, in deren Obhut sich das Kind zuletzt befand. Das Gericht ist auch nicht gehindert, einen Termin für die Kindesanhörung zu bestimmen und die Ladung an diejenige Person, in deren Obhut sich das Kind zuletzt befand – ggf. unter Hinweis auf Zwangsmittel – zuzustellen.

14
Falls nach den durchgeführten Ermittlungen weiterhin von einem Aufenthalt des Kindes K. im Ausland auszugehen wäre, dürfte der Entzug der elterlichen Sorge für das Kind kein erforderliches Mittel zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung darstellen, denn dieser wäre nicht geeignet, eine mögliche Gefährdung zu verhindern. Entscheidend für die Frage der Eignung einer gerichtlichen Maßnahme zur Regelung der elterlichen Sorge sind nicht nur die, den Erlass der Maßnahme begründenden Umstände, sondern insbesondere auch die Möglichkeit der Durchsetzbarkeit der zu erlassenden Entscheidung. Ist diese Möglichkeit nicht gegeben, weil sich das Kind mit unbekanntem Aufenthalt im Ausland befindet, geht jede Entscheidung, die die faktische Ausübung der elterlichen Sorge durch die Eltern beschränkt oder sonst beeinträchtigt, ins Leere. Sie lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass sie für den Fall des späteren Bekanntwerdens des Aufenthalts des Kindes ihre Durchsetzbarkeit wiedererlangt mit der Folge, dass dann ein sofortiges Eingreifen möglich ist. Zum einen steht nicht fest, ob die Voraussetzungen für die Entziehung der elterlichen Sorge im Zeitpunkt des Bekanntwerdens des Aufenthalts des Kindes überhaupt noch gegeben sind. Zum anderen besteht für derartige vorbeugende Maßnahmen auch kein rechtliches Bedürfnis, denn den mit einem neuen Verfahren auf Entzug der elterlichen Sorge verbundenen zeitlichen Verzögerungen kann ausreichend durch die Möglichkeit des Erlasses einer entsprechenden einstweiligen Anordnung und den Vollzug derselben begegnet werden (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 25. August 2005 – 2 UF 240/05 –, juris, m. w. N.).

III.

15
Eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bleibt dem Amtsgericht vorbehalten (Keidel-Sternal, FamFG, 20. Aufl., § 69 Rn. 39a m.w.N.).

16
Die Festsetzung des Verfahrenswertes beruht auf §§ 40 Abs. 1, 41, 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG.

17
Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst, § 70 Abs. 2 FamFG.