

RA Josef A. Mohr, München

Vortrag am 30.08.2014 beim VafK Kreisgruppentreffen in Fulda

Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge
nicht miteinander verheirateter Eltern

Erfahrungen in der Rechtsprechung
ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes

Am 19.05.2013 ist das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheiratete Eltern in Kraft getreten. Seitdem eröffnet der maßgebliche § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht miteinander verheirateten Eltern die Möglichkeit der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gerichtliche Entscheidung. Der ebenfalls neue § 155a FamFG regelt die verfahrensrechtlichen Fragen.

Die Gesetzesreform geht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2010 zurück, FamRZ 2010,14103 ff., und beendet damit die vom Bundesverfassungsgericht mit diesem Beschluss angeordnete Zwischenlösung, nach der eine gerichtliche Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge vorläufig geschaffen worden war, „soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht“, BVerfG, FamRZ 2010,1403, 1410. Hier hatte das Bundesverfassungsgericht noch eine so genannte positive Kindeswohlprüfung angeordnet, mit der es die schutzwürdigen Belange des Kindes berücksichtigen wollte.

Mit dem am 19.05.2013 in Kraft getretenen § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB hat der Gesetzgeber zum ersten Mal selbst die Möglichkeit geschaffen, dass Familiengerichte bei nicht miteinander verheirateten Eltern das gemeinsame Sorgerecht durch Entscheidung herbeiführen können. Es hat die neu geschaffene Regelung mit dem Wörtchen "soweit" versehen und damit deutlich gemacht, dass das Gericht gegebenenfalls auch nur Teilbereiche der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen kann. Anders als zuvor das Bundesverfassungsgericht mit seinem positiven Prüfungsmaßstab, der erforderte, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, geht der Gesetzgeber nun von einem negativen Prüfungsmaßstab des Kindeswohls aus: Gemäß § 1626a Abs. 2 Satz 1 BGB überträgt das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils dann die elterliche Sorge oder einen Teil davon beiden Eltern gemeinsam, „wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht“. Dieser neue Prüfungsmaßstab stellt geringere Anforderungen an die Kindeswohlprüfung als dies noch bei der Übergangsregelung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2012 mit der positiven Kindeswohlprüfung der Fall war. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers wurde mit dieser Regelung zum Ausdruck gebracht, „dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht und ihm verdeutlicht, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen“, vgl. BT-Drucks. 17/11048, S. 17.

Die Gesetzesmaterialien zum Gesetzgebungsverfahren bringen ferner zum Ausdruck, dass die Familiengerichte im Rahmen der negativen Kindeswohlprüfung auch künftig häufig zu entscheiden haben werden, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspräche, weil die Eltern nicht die für eine gemeinsame elterliche Sorge erforderliche Kooperationswilligkeit und oder Kooperationsfähigkeit aufbrächten. Allerdings dürfe nicht schon alleine die Ablehnung der gemeinsamen elterlichen Sorge der Kindesmutter dazu führen, dass eine gemeinsame Sorge nicht dem Kindeswohl entspräche, weil es die Mutter ansonsten nach wie vor allein in der Hand habe, ob es zu einer gemeinsamen Sorgetragung kommt oder nicht.

Auch bereits vorhandene Kommunikationsschwierigkeiten dürften als solche nicht zu einer Ablehnung der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge führen. Von den Eltern müsse nämlich erwartet werden können, dass sie Mühen und Anstrengungen auf sich nehmen, um gemein-

same Lösungen für Ihr Kind zu finden. Dies müsse notfalls auch durch Inanspruchnahme öffentlicher Hilfen geschehen, vgl. ebenda.

Eine gemeinsame elterliche Sorge komme aber dann nicht in Betracht, wenn eine schwerwiegende und nachhaltige Störung vorliege, die befürchten lasse, dass den Eltern künftig eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sei und das Kind dadurch erheblich belastet würde, vgl. ebenda.

Wenn der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung entgegenstehen, und solche Gründe dem Gericht auch sonst nicht ersichtlich sind, wird gemäß § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Durch diese gesetzliche Vermutung wird der grundsätzlich nach § 26 FamFG geltende Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt. Die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge wird in diesen Fällen in einem vereinfachten Verfahren allein auf der Grundlage des Vortrags des antragstellenden Elternteils und unter Berücksichtigung der dem Gericht auf sonstige Weise bereits bekannten Gegebenheiten ermöglicht. Es ergeht dann eine Entscheidung im vereinfachten Verfahren ohne mündliche Erörterung, ohne persönliche Anhörung der Eltern, ohne Anhörung oder Beteiligung des Jugendamts, ohne Beschwerderecht des Jugendamts und in der Regel ohne Bestellung eines Verfahrensbeistands. Lediglich die persönliche Anhörung des betroffenen Kindes ist nach § 159 FamFG möglich.

Werden jedoch solche Gründe substantiiert vorgetragen oder sind sie dem Gericht sonst wie bekannt, führt dies nicht zu einer automatischen Zurückweisung des Antrags. Vielmehr leitet das Gericht das vereinfachte Verfahren nach § 155a FamFG über in ein reguläres Verfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz und alle die im vereinfachten Verfahren ausgeschlossene Maßnahmen zu berücksichtigen sind.

Dies sind zusammengefasst die Voraussetzungen des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.

Nach einem Jahr seit Inkrafttreten dieses Gesetzes ist es schwierig, eine klare Richtung der Rechtsprechung aufzuzeigen. Viele Entscheidungen sind gar nicht veröffentlicht. Viele Verfahren haben noch nicht das Entscheidungsstadium erreicht. Soweit veröffentlichtes Material vorliegt, lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Zunächst einmal kam es bei einigen Gerichten zu Unklarheiten, ob nach altem oder nach neuem Recht zu entscheiden sei. So hatte das OLG Koblenz am 06.06.2013, also nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern über eine vor der Reform im April 2013 eingelegte Beschwerde zu entscheiden. Das OLG machte zwar Ausführungen zu dem Reformgesetz. Es hat aber die nach dem Reformgesetz geforderte negative Kindeswohlprüfung nicht durchgeführt, sondern seine Entscheidung mit der so genannten positiven Kindeswohlprüfung, also auf dem Stand der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 21.07.2010 begründet, indem es feststellte, dass "eine gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes ... nicht entspricht" vgl. OLG Koblenz FamRZ 2014, 319, 320.

Das OLG Karlsruhe hat zwar in seiner Entscheidung vom 20.06.2013, FamRZ 2014, 490, 492, die vom Reformgesetz geforderte negative Kindeswohlprüfung durchgeführt. In seiner Begründung stellt es dann jedoch wieder auf die positive Kindeswohlprüfung der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts ab.

Mir sind seit Inkrafttreten des Reformgesetzes am 19.05.2013 nur drei veröffentlichte Verfahren bekannt, in denen die gesamte elterliche Sorge durch die Gerichte auf beide Elternteile übertragen wurde. In einem davon erging durch das OLG München, FamRZ 2013, 1747, das eine Entscheidung des AmtsG Landshut bestätigte. Das OLG hatte über den Antrag eines Kindesvaters eines ca. eineinhalbjährigen Kindes zu entscheiden, der von Anfang an Ver-

antwortung für das gemeinsame Kind übernehmen wollte. Die Eltern hatten zwar Vorbehalte gegeneinander, trotzdem gelang es ihnen, sich über Angelegenheiten des Kindes zu verständigen. Für den Kindesunterhalt hatte der Vater eine Jugendamtsurkunde errichtet. Auch der Umgang funktionierte und der Vater hatte nichts gegen den Lebensmittelpunkt des Kindes bei der Mutter einzuwenden.

Das Amtsgericht Freiburg, BeckRS 2013, 21361, bestätigt durch OLG Karlsruhe, Beck RS 2014, 08930, hatte ebenfalls über einen Fall zu entscheiden, in dem die Eltern zwar Meinungsverschiedenheiten austrugen. Das Familiengericht ging jedoch davon aus, dass die Auseinandersetzungen sich bei einer gemeinsamen elterlichen Sorge nicht verschärfen würden, sondern eher abnähmen. Erforderlichenfalls sollten die Eltern Beratung durch das Jugendamt oder eine Erziehungsstelle in Anspruch nehmen. Es übertrug daher ebenfalls die gemeinsame elterliche Sorge auf beide Elternteile.

Das OLG Hamm hatten weder die unklare Erwerbsbiografie des Kindesvaters noch dessen fehlende Unterhaltszahlungen oder eine behauptete psychische Erkrankung davon abgehalten, die gemeinsame elterliche Sorge auf beide Elternteile zu übertragen, BeckRS 2014, 09227.

Eine nur teilweise Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf beide Elternteile hat das OLG Nürnberg vorgenommen, FamRZ 2014, 571 ff. Von der Übertragung war die Gesundheitsfürsorge ausgenommen, nachdem der Vater sich in der Beschwerdeinstanz bereit erklärt hatte, die Gesundheitsfürsorge bei der Mutter zu belassen.

Das OLG Brandenburg hat die gemeinsame elterliche Sorge mit Ausnahme der Vermögenssorge übertragen, FamRZ 2014, 1122. Auf diese hatte der Vater in der Beschwerdeinstanz verzichtet.

Überwiegend handelt es sich jedoch bei den veröffentlichten Entscheidungen um solche, in denen keine Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge stattfand. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 107, 150, 169 = FamRZ 2003, 285, 286, forderten das OLG Koblenz, FamRZ 2014, 319, das OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490 f., das AmtsG Freiburg, BeckRS 2013, 21361, das OLG Frankfurt, BeckRS 2013, 19509, und das OLG Schleswig, FamRZ 2014, 1374, ein Mindestmaß an tragfähiger sozialer Beziehung zwischen den Eltern, die in den wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge übereinstimmen müssten. Dies betreffe insbesondere die Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind und die Fähigkeit der Eltern, sich am Kindeswohl zu orientieren.

Dazu lange nach OLG Nürnberg, FamRZ 2014, 571 ff., aber nicht, dass Verfahrensbeteiligte diese Fähigkeiten beim anderen Elternteil während des Verfahrens in Frage stellten. Vielmehr sei das tatsächliche Verhalten der Eltern in der Vergangenheit zu betrachten. Konnten sie trotz Meinungsverschiedenheiten in wichtigen Bereichen Einigungen erzielen, sei grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge zu übertragen. Das OLG verlangt für eine Abweisung des Antrags auf gemeinsames Sorgerecht, dass im Zeitpunkt der Entscheidung die hohe Wahrscheinlichkeit vorliege, dass die Eltern auf Dauer nur mit Hilfe Dritter in der Lage seien, zu gemeinsamen Lösungen zu kommen.

Nach OLG Koblenz, FamRZ 2014, 319, 320, und OLG Brandenburg, JAmt 2013, 541, 542, müsse es sich um schwerwiegende, nachhaltige Störungen der elterlichen Kommunikation handeln, die befürchten lassen, dass eine gemeinsame Entscheidungsfindung der Eltern nicht möglich sei und dass das Kind bei einer zwangsweise den Eltern verordneten elterlichen Sorge durch die nachhaltige Kommunikationsstörung der Eltern erheblich belastet würde.

Eine schwerwiegende, nachhaltige Störung sei bei hoffnungslos zerstrittenen Eltern anzunehmen, die stark in ihrem Paarkonflikt verhaftet seien, so das OLG Frankfurt, FuR 2014, 183, 184. Diesbezügliche Hinweise könnten sich aus dem Scheitern von Gesprächen in der Elternberatung ergeben, die darauf schließen lassen, dass eine gemeinsame Sorge nur eine Verschärfung der Konflikte bewirke.

Eine schwerwiegende, nachhaltige Störung könne sich auch durch zahlreiche vorausgegangene Gerichtsverfahren zeigen, so das OLG Schleswig, FamRZ 2014, 1374 das OLG Brandenburg, JAmt 2013,541 f., OLG Frankfurt, FamRZ 2014, 1120.

Ein Beleg für derartige Störungen seien nach OLG Frankfurt, BeckRS 2013, 19509, auch Vorwürfe, Ablehnung und grenzverletzendes Verhalten und in diesem Zusammenhang auch der Streit über die Möglichkeit der gemeinsamen elterliche Sorge.

Auch der Streit über den Lebensmittelpunkt des Kindes stellt für einige Gerichte einen Ausschlussgrund für ein gemeinsames Sorgerecht dar, so OLG Frankfurt, FamRB 2013, 283, OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490, 491.

Dem OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490, 491, langte als Ausschlussgrund schon die Meinungsverschiedenheit der Eltern wegen der Namensgebung des Kindes.

Das OLG Frankfurt hebt in mehreren Entscheidungen hervor, dass es nicht darauf ankomme, welcher Elternteil für die mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit verantwortlich sei, BeckRS 2013, 19509, FuR 2014,183, FamRZ 2014, 1120, 1121, und betont in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht, dass weder Belohnungs- noch Bestrafungsgesichtspunkte bei der Entscheidung eine Rolle spielen dürften. Es sei alleine auf das Kindeswohl abzustellen.

Nach OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490, 492, ist allerdings nicht so sehr darauf abzustellen, wie gut die Vaterrolle in der Vergangenheit ausgefüllt wurde. Es komme vielmehr darauf an, ob und inwieweit er in der Lage sei, auch in Konfliktsituationen mit der Mutter zu Entscheidungen zu gelangen, ohne dass das Kind oder die Eltern durch den Entscheidungsprozess unangemessen belastet werden. Das OLG Karlsruhe hebt auch hervor, dass die Eltern durchaus in einzelnen Fragen der Erziehung unterschiedlicher Meinung seien oder sein könnte, OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490, 491.

Im gleichen Verfahren entschied das OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 490, 492, ein Vater dürfe nicht ohne vorherige intensive außergerichtliche Bemühungen um das gemeinsame Sorgerecht den gerichtlichen Sorgerechtsantrag stellen. Lediglich eine erfolglose vorausgegangene Erörterung mit der Mutter über dieses Thema sei nicht ausreichend für die Beschreitung des Gerichtsweges. Es bestätigte damit die Entscheidung des AmtsG Freiburg.

Nach OLG Hamm, BeckRS 2014,09227, und OLG München, FamRZ 2013, 1747, können Schwierigkeiten aufgrund bestehenden Paarkonfliktes beim Umgang gegen eine Übertragung der gemeinsamen Sorge sprechen.

Das AmtsG Gießen, BeckRS,2014, 02320, lehnte die Übertragung der gemeinsamen Sorge ab, weil einem Vater die Bedürfnisse eines Kleinkindes offensichtlich völlig fremd gewesen seien und er die elterliche Sorge nur deswegen beantragt habe, weil er dann in völliger Verkenntung der rechtlichen Gegebenheiten davon ausging, seine Besuchszeiten alleine bestimmen zu können.

In gleicher Weise stehen Eigeninteressen eines Vaters der gemeinsamen Sorge entgegen, so OLG Brandenburg, JAmt 2013, 541, 543. Es stellte dabei auf die Ausführungen des Vaters ab, der der Auffassung war, dass seine persönlichen Umgangskontakte und seine telefonischen Umgangskontakte Vorrang vor der Freizeitgestaltung der Kinder hätten.

Noch ein Hinweis: Gegen Ende der Bearbeitung dieser Zusammenstellung erschien ein Aufsatz von Lack, FamRZ 2014,1337 ff., der eine gute Übersicht über die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des Reformgesetzes gibt, auch wenn die dortigen Bewertungen teilweise kritisch zu betrachten sind. Ich habe meine eigene Zusammenstellung an diesem Aufsatz überprüft.

Die vorstehende Zusammenstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit wird keine Gewährleistung übernommen.