

§ 1671 [Übertragung der Alleinsorge nach bisheriger gemeinsamer elterlicher Sorge bei Getrenntleben der Eltern]

(1) **Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, daß ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt.**

(2) **Dem Antrag ist stattzugeben, soweit**

1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, daß das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht, oder

2. zu erwarten ist, daß die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(3) **Dem Antrag ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muß.**

Schrifttum: *Bach/Gildenast*, Internationale Kindesentführung, 1999; *Balloff*, Beratung, Unterstützung und Mitwirkung im Scheidungsfall bei der Ausgestaltung der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts, ZfJ 1995, 160; *ders.*, Methodische Grundlagen der gerichtsgewöhnlichen Sachverständigentätigkeit in Familiensachen, FPR 1998, 207; *ders.*, Regelung der elterlichen Sorge, wenn jeder der beiden Elternteile allein mit den Betreuungs-, Versorgungs- und Erziehungsaufgaben überfordert ist, FPR 1999, 164; *ders.*, Allgemeine Kommunikationsregeln sowie Gesprächstechniken mit Kindern und Jugendlichen bei strafrechtlich relevantem Hintergrund, FPR 2000, 3; *Balloff/Walter*, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall?, Einige theoretische und empirische Grundannahmen, FamRZ 1990, 445; *Bergmann/Gutdeutsch*, Zur Anordnung der Kindesanhörung im Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag, FamRZ 1999, 422; *Born*, Gemeinsames Sorgerecht: Ende der "modernen Zeiten"?, FamRZ 2000, 396; *Bruch*, Das Haager Kindesentführungsabkommen - erreichte Fortschritte, künftige Herausforderungen, DEuFamR 1999, 90; *Böhmer/Siehr/Finger*, Das gesamte Familienrecht/Das internationale Recht, 4. Aufl. 2000; *Brüggemann*, Familiengerichtsbarkeit - Verfahren in Ehesachen im allgemeinen - Verfahren in anderen Familiensachen, FamRZ 1977, 1; *Büdenbender*, Elterliche Entscheidungsautonomie für die elterliche Sorge nach geltendem Recht und nach dem Entwurf eines Kindschaftsrechtsreformgesetzes, AcP 197 (1997), 197; *Büttner*, Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, 585; *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983; *ders.*, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, Verfassungsrechtliche Überlegungen und internationale Erfahrungen, EuGRZ 1982, 256; *ders.*, Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung, FuR 1991, 70; *ders.*, Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, 253; *ders.*, Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption, FamRZ 1995, 1245; *ders.*, Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der

Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 1996, 1181; *ders.* Neues Kindschaftsrecht in Deutschland, DEuFamR 1999, 3; *Coester-Waltjen*, Einführung in die Reform des Kindschaftsrechts, JURA 1998, 436; *Derleder*, Die Beratung von Ehegatten im Trennungskonflikt - Überlegungen zur Struktur ehelicher Trennungskrisen und zum erforderlichen Beratungsangebot, FPR 1998, 213; *ders.*, Das Jahrhundert des deutschen Familienrechts, KJ 2000, 1; *Dethloff*, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, 2200; *Dickmeis*, Jugendhilfe und Ehescheidung, ZRP 1989, 210; *ders.*, Gefahren für das Kindeswohl ehelicher Kinder, ZfJ 1991, 164; *ders.*, Familiengerichtbarkeit versus Familientherapie?, ZfJ 1995, 55; *ders.*, Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 1996, 1181; *ders.*, Strukturen des deutschen Kindschaftsrechts im Kontext der europäischen Rechtsentwicklung, ZfJ 1998, 41; *ders.*, Neues Kindschaftsrecht in Deutschland, DEuFamR 1999, 3; *Dieckmann*, Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge, vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe, AcP 178 (1978), 298; *ders.*, Fragwürdige Begründungen im Streit um die Verfassungsgebundenheit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung der Elternehe, NJW 1981, 668; *Diederichsen*, Ehegattenunterhalt im Anschluß an die Ehescheidung nach dem 1. EheRG, NJW 1977, 353; *ders.*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461; *ders.*, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1; *ders.*, Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, 1977; *Ditzen*, Gedanken zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1987, 239; *Dürr*, Verkehrsregelungen gem. § 1634 BGB, 2. Aufl. 1978; *Enders*, Elterliche Sorge im Verbund - Anwaltsgebühren, FuR 2000, 466; *Engelhardt*, Offene Fragen zum Verfahrenspfleger für das Kind (§ 50 FGG); *Fegert*, Kindeswohl - Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen?, in: Dreizehnter Deutscher Familiengerichtstag, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 11, 2000, S. 33; *Fehmel*, Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1979, 380; *ders.*, Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 IV S. 1 BGB) verfassungswidrig?, FamRZ 1980, 758; *ders.*, Nochmals: Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1981, 116; *ders.*, Die Anhörung des Kindes im Sorgerechtsverfahren, DAVorm. 1981, 170; *ders.*, Kindschaftsrecht und Gleichberechtigung, FamRZ 1983, 971; *Finger*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung - eine Umfrage bei den hessischen Familiengerichten, DRiZ 1985, 91; *ders.*, Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung - eine Nachfrage bei den hessischen Familiengerichten, DRiZ 1988, 12; *ders.*, § 1632 Abs. 4 BGB - Zuordnungskonflikte bei Pflegekindern, FuR 1998, 37 und 80; *ders.*, Scheinehen - Die Entschließung des Rates der Europäischen Union zum Ausländerrecht, FuR 1998, 289; *ders.*, Gutachten in gerichtlichen Sorge- und Umgangsrechtsverfahren - Erwartungen an psychologische Sachverständige, FPR 1998, 224; *ders.*, Schutz von Pflegekindern bei Zuordnungskonflikten (§ 1632 Abs. 4 BGB), JR 1998, 275; *ders.*,

Familienrechtliche Rechtsanwendung im Verhältnis zum Iran, *FuR* 1999, 58, 158 und 215; *ders.*, ausländische Rechtshängigkeit und inländisches Scheidungsverfahren (einschl. Scheidungsfolgen), *FuR* 1999, 310; *ders.*, §§ 1626 a ff., 1672 BGB idF KindRG - verfassungswidrig?, *FamRZ* 2000, 1204; *ders.*, Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters - verfassungswidrige Reform?, *ZfJ* 2000, 183; *Fthenakis*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, in: *Remschmidt* (Hrsg.), *Kinderpsychiatrie und Familienrecht*, 1984, S. 36; *ders.*, Kindeswohl - gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit, in: *Fünfter Deutscher Familiengerichtstag*, *Brühler Schriften zum Familienrecht*, Bd. 3, 1984, S. 33; *ders.*, Zum Stellenwert der Bindungen des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium gem. § 1671 BGB, *FamRZ* 1985, 662; *ders.* (Hrsg.), 5 Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung - Bericht über das Symposium in München am 3. 11. 1987 im Staatsinstitut für Frühpädagogik und Familienforschung, 1989; *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung. Konsequenzen für Eltern und Kinder, 1982; *Gruber*, Die "ausländische Rechtshängigkeit" im Scheidungsverfahren, *FamRZ* 1999, 1563; *Gutdeutsch/Rieck*, Kindesentführung im Ausland verboten - im Inland erlaubt?, *FamRZ* 1998, 1488; *Harnack/Beck*, Zur Mitwirkung des Jugendamtes im familienrechtlichen Verfahren - diagnostische Aufgaben der Fachkräfte sozialer Arbeit, *FPR* 1998, 230; *Heiderhoff*, Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehescheidungsverfahren, Diss. 1998; *Hessler*, Die Berücksichtigung der Zugehörigkeit eines Elternteils zu den Zeugen Jehovas im Sorgerechtsverfahren, *NJW* 1997, 2930; *Hinz*, Kinderschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht, 1976; *ders.*, Elternverantwortung und Kindeswohl - Neue Chancen zu ihrer Verwirklichung für die Rechtsprechung?, *ZfJ* 1984, 529; *Holtgrave*, Das neue Recht der elterlichen Sorge, *JZ* 1979, 665; *Huber, Berthold*, Kindeswohl und Ausländerrecht, *Arnoldshainer Texte* Bd. 107, S. 47; *Huber, Peter*, Die elterliche Sorge zwischen Veränderung und Kontinuität, *FamRZ* 1999, 1625; *Jopt*, Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl - Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebendem Regelfall, *FamRZ* 1987, 875; *ders.*, Jugendhilfe und Trennungsberatung, *ZfJ* 1998, 286; *Jopt/Behrend*, Das Parental Alienation Syndrome (PAS) - Ein Zwei-Phasen-Model, *ZfJ* 2000, 223 und 258; *Kaltenborn*, Die personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium, *FamRZ* 1987, 990; *Klußmann/Stölzel*, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen, 2. Aufl. 1985 (mit Besprechung *Ballof* *FamRZ* 1996, 850); *ders.*, Der verfassungsmäßige Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 IV S. 1 BGB), *FamRZ* 1982, 118; *Knieper*, Personensorge für Kinder und Scheidung der Eltern, *JZ* 1976, 158; *Knöpfel*, Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung, *NJW* 1983, 905; *Kodjoe*, Zum Wohle des Kindes - Je jünger, desto weniger Kontakt?, *ZfJ* 1997, 233; *Kodjoe/Koepfel*, The Parental Alienation Syndrome (PAS), *DAVorm.* 1998, 9; *Koechel*, Die Bindungen des Kindes - doch ein sorgerechtsrelevantes Kriterium, *FamRZ* 1986, 637; *Kramer*,

Verfassungswidriges Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils bei Übertragung der elterlichen Gewalt, FamRZ 1974, 8; *Kropholler*, Übereinstimmender Elternvorschlag und Sorgerecht, NJW 1984, 271; *ders.*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und ausländischen Recht, JR 1984, 89; *Kumme*, Zwei gegensätzliche familienrechtliche Entscheidungen des Kammergerichts über die Verteilung der elterlichen Sorge nach der Scheidung, ZBlJugR 1980, 85; *Lempp*, Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671, NJW 1963, 1659; *ders.*, Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440; *ders.*, Die Ehescheidung und das Kind, 1976; *ders.*, Das gemeinsame Sorgerecht aus kinderpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 305; *ders.*, Die Bindungen des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. § 1671 BGB, FamRZ 1984, 741; *Lidle-Haas*, Das Kind im Sorgerechtsverfahren bei der Scheidung, Diss. 1987; *Limbach*, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, 1988; *dies.*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis - Eine Rechtstatsachenstudie, 1989; *Limbrock*, Das Umgangsrecht im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens und des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens, FamRZ 1999, 1631; *Lipp*, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), FamRZ 1998, 65; *Logar*, Halt der Männergewalt - Wegweisende Gesetze in Österreich, Streit 1999, 99; *Lüderitz*, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605; *Luthin*, Aus der Praxis zum SorgeRG, FamRZ 1981, 111; *ders.*, Nochmals: Zu den durch das SorgeRG normierten Anhörungspflichten, FamRZ 1981, 1149; *ders.*, Elterliche Sorge, Umgangsbefugnis und Kindeswohl, FamRZ 1984, 114; *ders.*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1985, 565; *ders.*, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, 1987 (vgl. dazu die Bespr. von *Finger* JR 1988, 226 und *Fthenakis* FamRZ 1988, 578); *Maccoby/Mnookin*, Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung, FamRZ 1995, 1; *Mach-Hour*, Deutsch-ausländische Familien im Spannungsfeld zwischen Ausländerrecht und Familienrecht, FamRZ 1998, 139; *dies.*, Das Ausländergesetz im Licht der Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 2000, 1341; *Magnus/Dietrich*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung - eine Erhebung beim Familiengericht Hamburg-Mitte, FamRZ 1986, 416; *Motzer*, Die gerichtliche Praxis der Sorgerechtsentscheidung seit der Neufassung von § 1671 BGB, FamRZ 1999, 1101; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht, 1962; *ders.*, Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Regelung der elterlichen Gewalt, JZ 1979, 339, 396; *Neuhaus*, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, FamRZ 1980, 1089; *Oelkers*, Die Rechtspr. zur elterlichen Sorge - Eine Übersicht über die letzten 5 Jahre, FamRZ 1995, 1097; *ders.*, Das neue Sorgerecht in der familienrechtlichen Praxis, FuR 1999, 349 und 413; *ders.*, Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 2000; *Oelkers/Kraeft*, Sorgerechtsübertragung auf einen Zeugen Jehovas?, FuR 1997, 161; *Pflüger*, Therapie, Beratung und Mediation - Aufgaben von Psychologen außerhalb

gerichtlicher Verfahren, FPR 1998, 241; *Philippi*, Doppelte Scheidungsprozesse im In- und Ausland, FamRZ 2000, 525; *Prinz zu Wied*, Das Vermittlungsverfahren nach § 52 a FGG, FuR 1998, 193; *Pötz-Neuburger*, Ein Jahr Sorgerechtsreform: Entwicklungen und Erfahrungen, Streit 1999, 147; *Puls*, Beteiligung von Psychologen und Psychiatern als Sachverständige in familiengerichtlichen Verfahren, ZfJ 1984, 8; *Proksch*, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) - ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe - Vorschläge zu einem kooperativen Entscheidungsmodell am Beispiel der Scheidungsfolgensache "elterliche Sorge", FamRZ 1989, 916; *Rabaa*, Kindeswohl im Elternkonflikt - Wege zur Konfliktlösung in der Familienkrise, Diss. 1988; *Recker*, Der Paradigmenwechsel bei der elterlichen Sorge, DAVorm. 1996, 671; *Rauscher*, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung - Was bewirkt das Kinder- und Jugendhilfegesetz?, NJW 1991, 1087; *Rolfs*, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in isolierten FGG-Verfahren, FamRZ 1978, 225; *Roth/Döring*, Zur geplanten Revision des Haager Minderjährigenschutzabkommens von 1961, FuR 1999, 195; *Rummel*, Das Kindeswohl in der Neufassung des § 1671 II 2 BGB, DAVorm. 1998, 753; *Salgo*, Der Anwalt des Kindes, 1993; *ders.*, 10 Jahre UN-Konvention über die Rechte des Kindes - Auswirkungen am Beispiel von Art. 12, Kind-Prax 1999, 179; *Salzgeber/Partale*, Relevanz von Alkoholproblemen bei Sorge- und Umgangsregelungen aus psychologischer und psychiatrisch-psychologischer Sicht, FuR 1991, 324; *Schade/Friedrich*, Die Rolle des psychologischen Gutachters nach Inkrafttreten des neuen KindschaftsrechtsG, FPR 1998, 237; *Schmidt-Räntsch*, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern - keine gesetzgeberischen Maßnahmen, FamRZ 1983, 17; *Schüller*, Zum Anwaltszwang für den Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge, ein unvermutetes Problem des neuen Kindschaftsverfahrensrechts, FamRZ 1998, 1287; *Schütz*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, durch Gesetz zum Regelfall zu erhebende Chance für Eltern und Kind oder für die Praxis ungeeignetes Ausnahmmodell?, ZfJ 1987, 189; *Schwab, Dieter*, Kindschaftsrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 1998, 437; *ders.*, Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, FamRZ 1998, 457; *ders.*, Eingetragene Lebenspartnerschaft - Ein Überblick, FamRZ 2001, 385; *Schwab/Wagenitz*, Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 1997, 1377; *Schwoerer*, Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5; *Siehr*, Die Rechtslage der Minderjährigen im internationalen Recht und die Entwicklung in diesem Bereich - zur Revision des Haager Minderjährigenschutzabkommens, FamRZ 1996, 1047; *Steindorff-Classen*, Das subjektive Recht des Kindes auf seinen Anwalt, 1998 (Bespr. *Oberloskamp* FamRZ 2000, 17); *Strätz*, Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie, FamRZ 1975, 541; *Stempel*, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern - Rechtstatsachen und gesetzliche Regelung, 1990; *ders.*; Vom Entscheiden zum Verhandeln - Paradigmenwechsel juristischer Methodik, FPR 1998, 248; *Treitz*, Die

Verteilung der elterlichen Gewalt bei Auflösung der Elternehe und bei dauerndem Getrenntleben der Eltern, 1974; *Ullmann*, Elterliche Sorge und Menschenrechte, 1986; *ders.*, Die völkerrechtlichen Prämissen der Regelung der elterlichen Sorge bei Auflösung von Ehen, FamRZ 1987, 434; *ders.*, Kindeswohlbeurteilung in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren aus medizinrechtlicher Sicht, FamRZ 1987, 1109 (mit Entgegnung von *Rönn* FamRZ 1988, 463 und Erwiderung von *Ullmann* FamRZ 1988, 1127); *Weber, Peter*, Die Anwesenheit des neuen Ehegatten oder "Lebensgefährten" eines Elternteils bei Ausübung des Besuchsrechts nach § 1634 BGB, FamRZ 1973, 285; *Weber, Ursula*, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, FamRZ 1975, 401; *Weyhardt*, Die familienrechtliche Regelung der elterlichen Verantwortung, ZfJ 1999, 268 und 326; *Wiesner*, Konsequenzen der Reform des Kindschaftsrechts für die Jugendhilfe, ZfJ 1997, 29.

Übersicht

RdNr.	
I. Normzweck	1-9
1. Grundzüge von § 1671	1-4
2. Ziele	5
3. Entstehungsgeschichte	6-9
a) 1. EheRG	6
b) SorgeRG	7
c) KindRG	8, 9
II. Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge für gemeinschaftliche Kinder; "Regel" und "Ausnahme"	10-21
1. Gemeinschaftliche Kinder	10
2. Trennung/Scheidung - Aufhebung der Ehe	11, 12
3. Regel - Ausnahme	13
4. Gerichtliche Feststellung der gemeinsamen elterlichen Sorge	14
5. Anordnung des Fortbestands der gemeinsamen Elternsorge	15
6. Gestaltungsmöglichkeiten für das Gericht	16-20
a) Gemeinsame elterliche Sorge	16
b) Alleinige elterliche Sorge eines Elternteils	17
c) Aufteilung in Einzelbereiche	18
d) Festgelegte Einzelbefugnisse bei sonst bestehender gemeinsamer Elternsorge	19
e) Vermögenssorge	20
7. Wirkungen der gerichtlichen Entscheidung	21
III. Allgemeine Gesichtspunkte für eine gerichtliche Regelung der elterlichen Sorge	22-53
1. Gleichrangigkeit von Mutter und Vater	22-27

a)	Erwerbstätigkeit und Betreuungssituation	22-24
b)	Teilnahme dritter Personen	25
c)	Alter und Geschlecht des Kindes	26
d)	Ausl. Recht	27
2.	Förderungsprinzip	28, 29
3.	Kontinuitätsgrundsätze	30-36
a)	Allgemeines.	30-33
b)	Persönlich	34
c)	Sachlich/örtlich	35
d)	Lebensalter des Kindes	36
4.	Kindesbindungen/Elternbindungen	37-41
5.	Geschwisterbindungen	42-45
6.	Kindesbindungen an andere Verwandte, insbes. an die Großeltern	46
7.	Kindeswille; Kindesentscheidung; Kindesvorstellungen	47-53
a)	Allg.	47, 48
b)	Kindeswille und Kindesalter	49
c)	Zuneigung; Abneigung	50-52
d)	Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes	53
IV. Alleinige elterliche Sorge für einen Elternteil nach		
	§ 1671 Abs. 2	54-124
1.	Antrag und Antragsberechtigung	54-61
a)	Antrag	54-57
b)	Antragsberechtigung	58-60
c)	Bisherige Alleinsorge	61
2.	Zustimmung des anderen Elternteils	62-64
3.	Widerspruch des 14 Jahre alten Kindes	65-67
4.	§ 1671 Abs. 2 Nr. 2	68-117
a)	Verhältnis zu Nr. 1	68, 69
b)	Entscheidungskriterien für Nr. 2	70-117
aa)	Kooperations-/Konfliktfähigkeit der Eltern	71, 72
bb)	§ 1671 Abs. 4 aF nach der Entscheidung des BVerfG	73
cc)	Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf den Antragsgegner	74
dd)	Zweckmäßigkeitserwägungen	75
ee)	Regelung der elterlichen Sorge für einen Elternteil	76-116
(1)	Häme und besondere Gemeinheit	77, 78
(2)	Gleichgültigkeit	79
(3)	Untätigkeiten	80
(4)	Äußere Lebensverhältnisse	81

(5)	Vorbildfunktion.....	82
(6)	Fehlende Kooperationsfähigkeit/Kooperationsbereitschaft	83, 84
(7)	Gewalttätigkeiten	85
(8)	Missbrauch der elterlichen Sorge	86
(9)	Wille des Kindes	87
(10)	Aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei Ausländern.....	88
(11)	Behinderungen des Umgangsrechts	89
(12)	Kindesentführung	90
(13)	Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppierung/Sekte	91
(14)	Politisches Engagement	92
(15)	Erziehungsstile	93
(16)	Ausbildungsziele und -inhalte.....	94
(17)	Körperliche oder geistige Behinderung eines Elternteils	95
(18)	Krankheiten.....	96
(19)	Unterschiedliche kulturelle Verwurzelung	97
(20)	Umzug	98
(21)	Entführungsgefahren	99
(22)	Alkoholismus	100
(23)	Drogenabhängigkeit	101
(24)	Transsexualität	102
(25)	Homosexualität.....	103
(26)	Neue Partnerschaft	104
(27)	Wiederheirat eines Partners.....	105
(28)	Abstammungsfragen.....	106
(29)	Anfechtung der Vaterschaft.....	107
(30)	Partnerlosigkeit	108
(31)	Geschwisterbindungen	109
(32)	Vermögensstraftaten.....	110
(33)	Selbstmordabsichten	111
(34)	Alter und Geschlecht des Kindes	112
(35)	Minderjährigkeit eines Elternteils.....	113
(36)	Berufliche Entwicklung/ berufliche Abwesenheit eines Elternteils	114, 115
(37)	Vorrang für die Mutter?.....	116
ff)	Elterneinigung	117
5.	Alleinige elterliche Sorge für Teilbereiche	118-121
a)	Voraussetzungen.....	118
b)	Schulische Betreuung/ärztliche Versorgung	119
c)	Aufenthaltsbestimmungsrecht	120, 121
6.	Gesonderte Zuweisung der Vermögenssorge für ein gemeinschaftliches	

Kind	122, 123
7. Sonstige Rechtsbefugnisse des sorgeberechtigten Teils, §§ 823, 1004.	124
V. Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 3	125-130
1. Verhältnis zu § 1671 Abs. 1 und Abs. 2	125, 126
2. Gerichtliche Entscheidung nach Abs. 3	127
3. Insbesondere: Bestellung eines Pflegers oder Vormunds	128-130
VI. Verfahren	131-172
1. Zuständigkeit	131-137
a) Sachlich	131
b) Örtlich	132, 133
c) Internationale Zuständigkeit	134
d) Internationale Zuständigkeit für Verbundsachen	135, 136
e) Anerkennung ausländischer Entscheidungen	137
2. Entscheidungsverbund, amtswegige Folgesache	138, 139
3. Verfahrensdauer	140
4. Anwaltszwang	141
5. Gerichtliche Vorentscheidungen	142-146
a) Elterliche Sorge	142
b) Vormundschaft bzw. Pflegerschaft	143
c) Verfahrensablauf; Beweisregeln	144-146
6. Sozialpflegerische Beratung	147
7. Anhörung der Verfahrensbeteiligten	148-150
a) In erster Instanz	148, 149
b) In der Beschwerdeinstanz	150
8. Mitwirkung des Jugendamtes	151
9. Öffentliche Hilfen; insbesondere Beratung und Unter- stützung bei Trennung und Scheidung	152
10. Vermittlungsaufgaben des Gerichts, § 52 FGG	153
11. Anwalt des Kindes	154
12. Rechtsmittel	155-166
a) Statthaftigkeit	155
b) Form und Frist	156, 157
c) Änderungsbefugnis des FamG	158
d) Beschwerdeberechtigt	159, 160
e) Anschlussbeschwerde	161
f) Amtsermittlungsprinzipien im Beschwerdeverfahren	162
g) Beschwerde gegen die Einsetzung eines Verfahrenspflegers	163
h) Weitere Beschwerde	164
i) Außerordentliche Beschwerde	165

13.	Abänderung von Sorgerechtsentscheidungen	166
14.	Einstweilige Anordnung	168-170
a)	Ablauf	168, 169
b)	Amtsermittlungsgrundsätze	170
15.	Prozeßkostenhilfe	171
16.	Kosten	172
	VII. Sorgerechtsverfahren mit Auslandsbezug	173
	VIII. Art. 234 § 11 EGBGB	174

I. Normzweck

- 1 **1. Grundzüge von § 1671.** Durch das KindRG ist § 1671 grundlegend verändert worden. Für Eltern, die sich trennen oder scheiden lassen, ist grundsätzlich der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge vorgesehen, die das BVerfG zuvor (zu § 1671 Abs. 4 aF) nur "ausnahmsweise" und unter engen Voraussetzungen (insbesondere: im Einverständnis beider Elternteile) zugelassen hatte.¹ Dabei müssen Regelungsanträge bei Gericht nicht (mehr) ausdrücklich gestellt werden. Amtswegige Folgesache ist allein der **Versorgungsausgleich**. Im übrigen knüpfen die gesetzlichen Vorschriften nicht erst an die **Scheidung** verheirateter Partner an, sondern an die **Trennung**, die sie zum Ausgang wählen. Schließlich sind auch nichteheliche Eltern erfasst, die **Sorgeerklärungen** nach §§ 1626 a ff. abgegeben haben und so die gemeinsame elterliche Sorge ausüben, während sonst für sie (bei alleiniger elterlicher Sorge der Mutter, § 1626 a Abs. 2) § 1672 gilt; danach kann das FamG dem Vater nur mit Zustimmung der Mutter die alleinige Sorge übertragen, zu verfassungsrechtlichen Bedenken dabei § 1672 RdNr. 11 ff.
- 2 **§ 1671 Abs. 2** gibt dem FamG die Befugnis, falls sich die Eltern nicht geeinigt haben oder einigen können und entspr. Anträge bei ihrer Trennung/Scheidung stellen, die elterliche Sorge insgesamt oder in einzelnen Ausschnitten auf einen von ihnen zu übertragen. Mit der **Abweisung** eines Antrags bleibt die gemeinsame elterliche Sorge dagegen fortbestehen, wenn nicht ausdrücklich eine andere Anordnung durch das Gericht erfolgt. Ist **§ 1666** erfüllt, dazu **Abs. 3**, ist eine eigene Sorgerechtsentscheidung zu treffen, die sich am **Kindeswohl** orientiert, zuweilen aber als "Verengung des legislatorischen Ansatzes" eingeschätzt wird,² da alleinige Entscheidungsgrundlage im Ergebnis jedenfalls **§ 1666** sei.³ Zulässig ist auch die gerichtliche **Feststellung** des Fortbestandes der gemeinsamen elterlichen Sorge, dazu RdNr. 14. – Insgesamt sollte mit diesen Vorschriften "das neue Konzept (der) gemeinsamen Elternsorge nach Trennung und Scheidung begünstigt" wer-

¹ NJW 1983, 101.

² Dazu Schwab FamRZ 1998, 457, 465 f.

³ Vgl. dazu Palandt/Diederichsen RdNr. 1 (zu § 1671 Abs. 3 vgl. unten RdNr. 125 f.).

den,⁴ wobei sich für das Verhältnis von Regel und Ausnahme allerdings schon bis her unterschiedliche Vorstellungen fanden. In der Zwischenzeit hat der BGH erhebliche Einschränkungen angebracht⁵ und die Richtung gewiesen; nach wie vor scheiden danach Eltern als (gemeinsame) Sorgerechtsinhaber aus, wenn sie in ständigem Streit leben und ihnen jede **Kooperationsfähigkeit** abgesprochen werden muss, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 71 f.

- 3 Durch gerichtliche Anordnung oder in einer Vereinbarung der Eltern wird, wenn die Dinge nicht ohnehin schon geklärt sind, festzulegen sein, wo sich das Kind tatsächlich aufhält, aufhalten soll und seinen **Lebensmittelpunkt** findet; von dieser Entscheidung hängen weitere, materiell-rechtliche Folgen ab (**Prozessstandschaft** für Unterhaltsstreitigkeiten nach § 1629 Abs. 3; **Unterhaltshöhe** bzw. Kürzungen für den sonst zu leistenden **Unterhalt**;⁶ **Krankenversicherung**, **Haushaltsfreibetrag**,⁷ um nur einige Beispiele zu nennen, während **Kindergeld** ohnehin jeweils zur Hälfte beim Unterhalt zu berücksichtigen ist - Verteilung der Barunterhaltungspflichten, Kürzung des Ehegattenunterhalts wegen Betreuungsleistungen durch den anderen Elternteil?).⁸ Gelingt den Eltern keine Einigung, kann das Gericht auch das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** regeln und einem von ihnen zuweisen, obwohl sonst die gemeinsame Elternsorge erhalten bleibt; zudem können andere **Teilbereiche** aus der umfassenden Sorgebefugnis ausgegliedert und einem Elternteil zugeordnet werden,⁹ während nach altem Recht eine Aufgliederung nur für die **Vermögenssorge** vorgesehen war, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 18 f.
- 4 **Verfahrensrecht** folgt schließlich den materiell-rechtlichen Vorgaben in §§ 1671 ff., zu weiteren Einzelheiten unten RdNr. 131 ff.; insbesondere ist der **Verfahrensverbund** zwischen Scheidung und Regelung der elterlichen Sorge aufgelöst, und in der Antragschrift ist lediglich anzugeben, ob aus der Ehe eheliche Kinder hervorgegangen sind.

⁴ So Schwab FamRZ 1998, 457, 462; einschränkend nun allerdings BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 und mit Bspr. Born FamRZ 2000, 396, Anm. Coester DEuFamR 2000, 53 und Oelkers MDR 2000, 31; ausführliche Übersicht auch bei Staudinger/Coester RdNr. 4 f.

⁵ BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. Born FamRZ 2000, 396, Anm. Coester DEuFamR 2000, 53 und Oelkers MDR 2000, 31; ausführlich zum Verhältnis von Regel und Ausnahme auch Staudinger/Coester RdNr. 113 ff., 118 und 131 f.

⁶ Vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 74.

⁷ Knapp Breithaupt Streit 1999, 119, 129; vgl. (noch zum alten Recht) AG Landstuhl FamRZ 1998, 313 (§ 1629 Abs. 2 S. 2 ist für die gemeinsame elterliche Sorge nicht entsprechend anwendbar), aA OLG Hamm FamRZ 1998, 313 (§ 1629 Abs. 2 S. 2 ist entsprechend anwendbar); vertretungsberechtigt ist dann der Elternteil, der das Kind tatsächlich betreut, weitere Einzelheiten bei § 1629 RdNr. 94 f. Ausführlich zu diesem Punkt Schwab/Motzer (Handbuch) III RdNr. 63 f.

⁸ Zur Zuständigkeit eines Elternteils, Ansprüche gegen den anderen bei Bezug von Unterhaltsvorschüssen geltend zu machen, Kemper DAVorm. 1999, 447, 448; vgl. inzwischen allerdings die Veränderung zu § 1612 b Anm. 5, bereits eingearbeitet in die neuen Unterhaltssätze der Düsseldorfer Tabelle, die ab 1.7.2001 gilt.

- 5 **2. Ziele.** Der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge soll zu weniger Streit unter den Eltern und engagierterer Übernahme von Verantwortung durch (meist) Väter führen, die ihren Kindern erhalten bleiben sollen, damit zu einer deutlichen Reduzierung von Konflikten, weil nicht ein Elternteil als der schon fast sichere Verlierer dasteht, der andere aber als Gewinner, und für Kinder die gute und wichtige Chance bereithalten, Kontakt zu beiden Eltern¹⁰ und so bessere Aussichten für eine glückliche und zufriedene Entwicklung zu haben.¹¹
- 6 **3. Entstehungsgeschichte. a) 1. EheRG.** Zu § 1671 Abs. 4 aF (1. EheRG), in Kraft seit 1.7.1977 und nochmals verändert ab 1981, hat schon das BVerfG¹² wesentliche Einschränkungen angebracht, die für die jetzige Neuregelung weiterhin bestimmend sind, vgl. dazu gleich RdNr. 7; für die damalige Lösung hat sich allerdings nur eine recht kleine Zahl von Eltern entscheiden können.
- 7 **b) SorgeRG.** 1981 wurde § 1671 Abs. 4 erneut geändert. Ziel war, das **Wohl des Kindes** klarer als früher zur Geltung zu bringen und bei der gerichtlichen Entscheidung zum Maßstab werden zu lassen.¹³ Andererseits wurde Abs. 4 verschärft und zu einer Bestimmung umgestaltet, die für das FamG zumindest (wenn nicht sogar verbindlich vorschrieb) nahelegte, sich bei der Regelung der elterlichen Sorge nach der Scheidung für einen und damit in der Sache auch gegen den anderen Elternteil auszusprechen und ihm allein die elterliche Sorge zu übertragen,¹⁴ so dass die gemeinsame elterliche Sorge praktisch ausschied. Eher skeptisch wurden Möglichkeiten und Fähigkeiten der Eltern bewertet, sich angesichts oft heftiger persönlicher Konflikte und erbitterter Streitigkeiten miteinander zu verständigen und das unbedingt notwendige Mindestmaß an Kooperationsbereitschaft aufzubringen, da eine klare Trennung beider Ebenen – Streit als **Eheleute**; Zusammenarbeit als **Eltern** – meist nicht möglich sei und ständige Grenzüberschreitungen Nachteile für die künftige Entwicklung des Kindes befürchten ließen. Nach der bereits genannten Entscheidung des BVerfG¹⁵ war § 1671 Abs. 4 in dieser Form ver-

⁹ Erste Übersicht insoweit bei *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4 f. mit Nachw.; vgl. auch *Schwab FamRZ* 1998, 457, 460 und 466.

¹⁰ BT-Drucks. 13/4899 S. 62.

¹¹ Mit durchaus eigener Skepsis etwa BT-Drucks. 13/4899 S. 63, denn dort ist auf amerikanische Untersuchungen Bezug genommen, die das zunächst gezeichnete schöne Bild doch erheblich eintrüben, vgl. etwa *Maccoby/Mnookin FamRZ* 1995, 1; auch der Schluß ist eher zurückhaltend: "Die Vorteile der gemeinsamen Sorge werden heute eher in einer längerfristigen Bewußtseinsänderung gesehen: Die Kinder haben nicht das Gefühl, einen Elternteil zu verlieren, und die Väter fühlen sich von der Verantwortung für ihre Kinder nicht länger ausgeschlossen". Übersicht über internet-Adressen bei INTERNET@aktuell für Juristen 2001, 50 ff.

Streit 2000, 166 stellt eine Übersicht über neue Gerichtsentscheidungen zu § 1671 Abs. 2 zusammen, und im übrigen werten *Oldenbach/Straub* Streit 2000, 164 "Tendenzen der Rechtsprechung" nach der Reform des Kindschaftsrechts aus.

¹² NJW 1983, 101.

¹³ BT-Drucks. 8/2788 S. 40, 61.

¹⁴ BT-Drucks. 8/2788 S. 40, 61.

¹⁵ NJW 1983, 101.

fassungsrechtlich nicht haltbar; zumindest Ausnahmen sollten möglich bleiben, insbesondere dann, wenn beide Eltern die gemeinsame elterliche Sorge fortführen wollten, zu den Schwächen dieser Lösung vgl. gleich RdNr. 8.

8 **c) KindRG.** Mit dem 1.7.1998 ist § 1671 nochmals umgestaltet, vgl. dazu schon RdNr. 1 und 2.¹⁶ Die Vorgaben, die das BVerfG in seiner Entscheidung zu § 1671 Abs. 4 aF geliefert hat, hat die Neuregelung dabei aufgenommen, ist ihnen andererseits aber nur zu Teilen gefolgt, denn sie wiesen eine offenkundige Schwäche¹⁷ auf: Verweigerte sich ein Elternteil entschieden und unbelehrbar, konnte die gemeinsame elterliche Sorge nicht gegen seinen Widerstand aufrechterhalten werden, wobei nicht einmal seine Gründe und die Berechtigung seiner Ablehnung zu überprüfen waren; allenfalls konnten Eingriffe nach § 1666 erfolgen, aber die Zugangsbarrieren zu dieser Bestimmung sind hoch.

9 Auch **Art. 21 EGBGB** ist (seit dem 1.7.1998) **geändert**. Nun knüpft dt. autonomes Kollisionsrecht Rechtsbeziehungen des Kindes zu seinen Eltern über den **gewöhnlichen Aufenthaltsort** (des Kindes) wie schon früher das Haager Übereink. über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen v. 5.10.1961¹⁸ (**MSA**) an. Dabei soll das MSA in Kürze durch das KSÜ¹⁹ (**Kinderschutzübereinkommen**) ersetzt werden, das (noch) deutlichere **Aufenthaltszuständigkeiten** als bisher begründet und somit eher als früher Aufenthaltsrecht des Kindes zur Anwendung bringt.

II. Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge für gemeinschaftliche Kinder; "Regel" und "Ausnahme"

10 **1. Gemeinschaftliche Kinder.** § 1671 erfaßt **gemeinschaftliche** - also leibliche und angenommene, vgl. § 1754 Abs. 1 - **Kinder** der Eheleute/von unverheirateten Eltern. Nicht einbezogen sind dagegen **Pflegekinder**, vgl. zu den Voraussetzungen ihres Verbleibs in der Pflegefamilie § 1632 Abs. 4, selbst wenn den **Pflegeeltern** einzelne Ausschnitte aus der elterlichen Sorge übertragen sind,²⁰ vgl. dazu § 1630 Abs. 3.

11 **2. Trennung/Scheidung - Aufhebung der Ehe.** Leben die Eltern nicht nur vorübergehend voneinander getrennt, kann jeder von ihnen Anträge nach **§ 1671 Abs. 1** mit dem Ziel stellen, ihm die alleinige elterliche Sorge zu übertragen, wenn beiden bisher die gemeinsame Elternsorge zustand. Sorgerechtsanträge können auch mit

¹⁶ Inzwischen mit erheblichen Einschränkungen in der Sache BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 sowie *Oelkers* MDR 2000, 31.

¹⁷ Vgl. auch den Bericht aus der Rspr. von *Weyhardt* ZfJ 1999, 268 und 326; Übersicht über Internet-Adressen bei INTERNET@aktuell für Juristen 2001, 50 ff.

¹⁸ BGBI. 1971 II S. 217, in Deutschland in Kraft seit 17.9.1971.

¹⁹ In dt. Übersetzung abgedruckt in *RabelsZ* 62 (1998), 502, dargestellt bei *Siehr* *RabelsZ* 62 (1998), 464; vgl. auch *Roth/Döring* FuR 1999, 195; zum Vorentwurf - inhaltlich gleich - *Siehr* FamRZ 1996, 1047.

²⁰ Dazu *Palandt/Diederichsen* RdNr. 8.

der Scheidung verbunden sein oder mit einem Aufhebungsantrag, wobei für diesen allerdings die Verbundvorschriften nicht maßgeblich sind. Einzelheiten für die **Trennung** der Eheleute bestimmt § 1567, so daß auch eine Aufteilung der Räumlichkeiten in der **Ehewohnung** ausreichen kann,²¹ um diese Wirkungen herbeizuführen. Dagegen bleibt § 1567 Abs. 2 ohne Bedeutung,²² denn die Bestimmung ist auf das Scheidungsverfahren hin konzipiert²³ und soll **Versöhnungsversuche** fördern. **Mindestzeiten** sind sonst nicht vorgesehen,²⁴ und "der ernsthafte - sc. dem anderen mitgeteilte oder ihm zumindest ohne weiteres erkennbare - Wille ... eines Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft auf Dauer zu beenden,"²⁵ genügt. Bloße Absichten zur Trennung bleiben für sich ebenso bedeutungslos wie Anträge bei Gericht auf **Wohnungszuweisung** nach § 1361 b,²⁶ um in der Ehewohnung allein und/oder mit den Kindern und ohne den Ehepartner leben zu können.²⁷ Allerdings kann ein Elternteil in dieser Situation Anträge nach § 1628 mit dem Ziel stellen,²⁸ zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht für ein Kind/die Kinder zu erhalten,²⁹ um dann auszuziehen. Auf die elterliche Sorge selbst in ihrem Bestand und ihrer internen Verteilung hat der Ausgang dieses Verfahren aber keinen Einfluss. Sind die Eltern trotz ihrer Trennung in der Lage, Sorgeangelegenheiten einvernehmlich zu lösen und ist nicht zu sehen, dass sich dies ändern wird, kann für eine gleichwohl betriebene Auseinandersetzung nach § 1671 das **Rechtsschutzbedürfnis** fehlen.³⁰ In der Sache wird § 1671 Abs. 2 Entscheidungsgrundlage, wenn nicht weitergehende Eingriffe erforderlich sind, § 1666.

- 12 Haben die Partner zu keiner Zeit zusammengelebt, sind die erklärten oder deutlich gewordenen **Trennungsabsichten** eines Teils allein maßgeblich;³¹ wichtig kann dies vor allem für unverheiratete Eltern werden.
- 13 **3. Regel-Ausnahme.** Schon während des **Gesetzgebungsverfahrens** ist über die praktischen Auswirkungen der Neufassung von § 1671 heftig diskutiert worden, wobei für die jetzige Regelung meist ein "praktischer Vorrang"³² in Anspruch genommen

²¹ Palandt/Diederichsen RdNr. 10 im Anschluß an Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

²² Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

²³ Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

²⁴ Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

²⁵ Schwab FamRZ 1998, 457, 461 unter Bezug auf § 1567 Abs. 1 S. 1.

²⁶ Zu den Veränderungsplänen zu § 1361 b im Anschluß an Erfahrungen in Österreich und dem Projekt "Bekämpfung der Gewalt gegen Frauen" vgl. die Übersicht bei Logar Streit 1999, 99 und Finger ZRP 2000, 274; zur Verbesserung des zivilen gerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung vgl. BR-Drucks. 11/01 und BT-Drucks. 14/5429.

²⁷ Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

²⁸ Schwab FamRZ 1998, 457, 461 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 98.

²⁹ Schwab FamRZ 1998, 457, 461.

³⁰ OLG Bamberg FamRZ 1997, 104, allerdings noch zu § 1672 aF.

³¹ So auch Palandt/Diederichsen RdNr. 10.

³² So etwa BT-Drucks. 13/4899 S. 61 f.; "starke Begünstigung" der gemeinsamen elterlichen Sorge stellt Schwab FamRZ 1998, 457, 462 fest; noch weitergehend Pa-

wurde. Ob dabei die (vorgesehenen) Änderungen tatsächlich zu einem bestimmten, festgelegten Verhältnis von "Regel" und "Ausnahme" führen sollten, war allerdings schon im Vorfeld umstritten. Inzwischen hat der BGH eigene Schwerpunkte gesetzt,³³ und die Streitfrage ist damit für die Anwendungspraxis im wesentlichen geklärt. Nach seiner Auffassung bringt auch die jetzige Regelung des "Rechts der elterlichen Sorge durch das KindschaftsrechtsreformG... kein Regel-Ausnahme-verhältnis in dem Sinne (mit sich), daß eine Priorität zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge bestehen und die Alleinsorge eines Elternteils nur in Ausnahmefällen als ultima ratio in Betracht kommen sollte".³⁴ Nicht einmal "eine gesetzliche Vermutung (bestehe) dafür, daß die gemeinsame elterliche Sorge im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung" ist,³⁵ dazu und zu den Einschränkungen vgl. RdNr. 71 f.

- 14 **4. Gerichtliche Feststellung** der gemeinsamen elterlichen Sorge ist in § 1671 nicht vorgesehen, sollte aber, § 256 ZPO, möglich sein, insbesondere wenn in einem Abänderungsverfahren nach § 1696 eine frühere Sorgerechtsregelung aufgehoben werden soll, weil beide Elternteile nun zusammenarbeiten und Verantwortung tragen wollen.³⁶
- 15 **5. Anordnung des Fortbestands der gemeinsamen Elternsorge.** Verlangt ausländisches Recht eine gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge, kann diese **Anordnung** bei uns ergehen, um die Anerkennung des Scheidungsurteils im Heimatland sicherzustellen.³⁷
- 16 **6. Gestaltungsmöglichkeiten für das Gericht.**³⁸ a) **Gemeinsame elterliche Sorge.** Stellen die Eltern keinen Antrag oder weist das FamG einen Antrag zur Zuweisung

landt/Diederichsen RdNr. 18 - normativer Regelfall; zu ersten Erfahrungen aus anwaltlicher Sicht vgl. den Bericht von *Pötz-Neuburger* Streit 1999, 147, vgl. zu dieser Einschätzung auch OLG Stuttgart FamRZ 1999, 39; OLG Bamberg ZfJ 1999, 393 und eine unveröffentlichte Entscheidung des OLG Frankfurt, berichtet bei *Weychardt* ZfJ 1999, 268, 272. Sehr ausführliche Übersicht bei *Oelkers* § 1 RdNr. 42 ff. mit Nachw. auch über die bisherige statistische Verbreitung; vgl. im übrigen *Staudinger/Coester* RdNr. 113 ff., 118 und 131 (zum Verhältnis von Regel und Ausnahme mit weit. Nachw.).

Nach BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 sind die sehr kritischen Bemerkungen von *Willutzki* in seiner Eröffnungsansprache zum 13. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 11 S. 1, 3 im wesentlichen erledigt.

³³ BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31.

³⁴ BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 63.

³⁵ So auch BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646.

³⁶ Zu dieser Situation *Palandt/Diederichsen* RdNr. 7 im Anschluß an *Schwab* FamRZ 1998, 457, 460; vgl. auch *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 90 f. Im übrigen kann sie in Frage kommen, wenn von einer Entscheidung zur elterlichen Sorge die Anerkennung des Ehescheidungsurteils im Ausland abhängt, vgl. im übrigen Fn. 37.

³⁷ Vgl. dazu - im Verhältnis zur Türkei - AG Königswinter 7 F 68/2000; *Finger* FuR 1998, 398, 402.

³⁸ Zu Einzelheiten *Schwab* FamRZ 1998, 457.

der alleinigen elterlichen Sorge zurück, bleibt sie wie bisher erhalten; auch die Feststellung des gemeinsamen Sorgerechts nach § 256 ZPO kann erfolgen, dazu gerade RdNr. 14.

- 17 **b) Alleinige elterliche Sorge eines Elternteils.** Ist das FamG überzeugt, daß nur die Übertragung der **alleinigen elterlichen Sorge** auf einen Elternteil dem **Wohl** des Kindes gerecht wird, ist einem entspr. Sorgerechtsantrag nach **Abs. 2** stattzugeben oder nach **Abs. 3** vorzugehen, so daß der andere Elternteil vom Sorgerecht ausgeschlossen und auf **Umgangs-** und **Auskunftsrechte** nach §§ **1684, 1686** verwiesen ist.
- 18 **c) Aufteilung in Einzelbereiche.** Im übrigen kann die elterliche Sorge auch in **Einzelbereiche** aufgegliedert und so jeweils dem einen oder dem anderen Elternteil übertragen werden, wobei nicht einmal gemeinsame Reste bleiben müssen.³⁹ Maßstab ist wie stets das Wohl des Kindes.
- 19 **d) Festgelegte Einzelbefugnisse bei sonst bestehender gemeinsamer Elternsorge.** Schließlich kann die elterliche Sorge im Kern weiterhin bestehen, aber das FamG kann **Einzelbefugnisse** jeweils gesondert behandeln und einem Elternteil zuweisen,⁴⁰ wobei die Aufteilung abgestimmt zu erfolgen hat,⁴¹ denn die Übertragung einzelner Sachgebiete trotz sonst bestehender gemeinsamer Elternsorge wird schnell an Grenzen stoßen,⁴² weil Verbindungen durchbrochen sind, die nicht durchbrochen werden sollten. So wird die **Ausbildung** eines Kindes häufig mit seinem **Aufenthalt** und letztlich auch mit seiner Ausstattung durch **Unterhalt**⁴³ zusammenhängen. Von der gemeinsamen elterlichen Sorge und Verantwortung kann so vor allem das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** gelöst werden. Oft ist ohnehin eine gerichtliche Entscheidung oder eine ausdrückliche gesonderte Vereinbarung der Eltern für den **Aufenthalt** des Kindes notwendig, schon um andere anstehende Fragen zu klären (Wohnsitz; Kinderfreibeträge; Haushaltsfreibeträge; Krankenversicherung u.ä., dazu RdNr. 2), **Lebensmittelpunkt**,^{44,45} vgl. auch § 1629 Abs. 2 S. 2. Verlegt ein Elternteil, bei dem sich die Kinder tatsächlich aufhalten, seinen eigenen Aufenthaltsort, gewinnt bei Kleinkindern meist die persönliche Betreuungskontinuität Übergewicht vor dem Erhalt der notwendigen Umwelt (**Ortskontinuität**).⁴⁶ Ist die Übersiedlung mit schulpflichtigen Kindern ins **Ausland** geplant,

³⁹ Zu diesen Gestaltungsmöglichkeiten *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4 und 7 im Anschluß an *Schwab FamRZ* 1998, 457.

⁴⁰ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4 mit Nachw. im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 99. *Schwab FamRZ* 1998, 457, 459.

⁴¹ *Schwab FamRZ* 1998, 457, 459; Beispiele auch bei *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 81 f.

⁴² *Schwab FamRZ* 1999, 457, 459; zur Gesundheitsfürsorge vgl. *Schwab FamRZ* 1998, 457, 465.

⁴³ OLG Nürnberg MDR 1999, 300 als Beispiel; ausführlich *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 63 f.

⁴⁴ Zu den Gesichtspunkten dabei *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4.

⁴⁵ OLG Köln NJW 1999, 224.

kann die Übertragung des **Aufenthaltsbestimmungsrechts** auf den in Deutschland bleibenden Elternteil in Frage kommen, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 99, um den Umzug zu verhindern oder wenigstens von der Zustimmung des anderen Elternteils abhängig werden zu lassen. Unter dem Blickwinkel der **Verhältnismäßigkeit** kann auch sonst die Übertragung (nur) des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Antragsteller ausreichen, wobei bei **Eilbedürftigkeit** eine entspr. einstwAnO nach § **620 Nr. 1 ZPO** ergehen kann, um endgültige Rechtsverluste zu vermeiden.⁴⁷

20 **e) Vermögenssorge.** Schon immer konnte für die **Vermögenssorge** für ein Kind eine besondere Regelung getroffen werden, und innerhalb der Vermögenssorge sind weitere Aufteilungen - **Grundbesitz**; Gesellschaftsbeteiligungen; werbende Unternehmen - möglich und häufig geboten, vgl. dazu im übrigen RdNr. 122 f.

21 **7. Wirkungen der gerichtlichen Entscheidung. Gestaltungswirkungen** erzielen nur statusändernde **Gerichtsentscheidungen**. Heiraten die Eltern (einander) wieder, wird eine zuvor für einen von ihnen getroffene Sorgerechtsregelung gleichwohl gegenstandslos, und wie sonst werden beide mit ihrer Eheschließung (wieder) sorgeberechtigt für ihre gemeinsamen Kinder.⁴⁸ Ist ein **Vormund** oder **Pfleger** tätig, bleibt seine Bestellung dagegen wirksam, denn die tatsächlichen Voraussetzungen für seine Einsetzung müssen sich nicht geändert haben;⁴⁹ doch kann auf Antrag oder von Amts wegen Aufhebung nach § 1696 erfolgen und geboten sein.

III. Allgemeine Gesichtspunkte für eine gerichtliche Regelung der elterlichen Sorge

22 **1. Gleichrangigkeit von Mutter und Vater. a) Erwerbstätigkeit und Betreuungssituation.** Einhellig anerkannt ist inzwischen, dass Mutter und Vater für die Regelung der elterlichen Sorge zumindest im Ausgang gleichrangig sind. Allerdings können **Erwerbstätigkeit** und **Betreuungssituation** Einfluß gewinnen, doch müssen stets besondere Auswirkungen für das Kind und seine Entwicklung festgestellt werden. Die schlichte Ankündigung eines Vaters, er werde seine Erwerbstätigkeit reduzieren,⁵⁰ wenn er die elterliche Sorge erhalte, stellt zwar äußere Chancengleichheit mit einer ebenfalls teilzeitbeschäftigten Mutter her, reicht für sich aber nicht aus, sondern muss zusätzlich auf ihre Ernsthaftigkeit und Realisierbarkeit überprüft werden. **Fremdbetreuung** steht hinter der Betreuung durch einen Elternteil (meist) zurück, denn so muß das Kind (wiederum: meist) erst neue Bindungen aufbauen und Vertrauen gewinnen. Bestehen liebevolle und tragfähige Beziehungen zu einem "neuen" Partner, einem **Stiefelternteil**, einem anderen Verwandten oder einem anderen Betreuer (**Tagesmutter**, Kindermädchen etc.), können

⁴⁷ OLG Hamm FamRZ 1999, 393; ebenso *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4.

⁴⁸ Vgl. dazu KG FamRZ 1982, 736.

⁴⁹ OLG Stuttgart FamRZ 1976, 557; KG FamRZ 1982, 736; zu § 1684 und den Regeln der EMRK (Besuchsbefugnisse zwischen nichtehelichem Vater und Kind) EuGHMR FamRZ 2001, 341.

⁵⁰ Dazu OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550.

gerade sie die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Elternteil rechtfertigen, der sie für sich ins Feld führen kann. Im übrigen läßt sich oft nur so wirklich **Gleichbehandlung** berufstätiger Väter mit (oft) nicht berufstätigen Müttern herstellen.

- 23 Betreuungsmöglichkeiten und äußere Lebensumstände können gerade für den Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge Gewicht gewinnen, weil so Lösungen möglich sind, die an die tatsächliche Lebensführung anknüpfen und den Bedürfnissen des Kindes gerecht werden. Auch die Aufteilung der elterlichen Sorge und die Zuweisung einzelner Teile an den einen oder anderen Elternteil kann sich so rechtfertigen lassen.⁵¹
- 24 Sind beide Eltern in gleichem Maße **erziehungsgeeignet** und **erziehungsfähig**, kann das Verhältnis zu den **Großeltern**⁵² den Ausschlag geben, die zumindest zu großen Teilen bisher für die Betreuung der Kinder zuständig waren und weiterhin sein sollen. Dabei rückt ihre längerfristige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes in den Vordergrund, so daß (auch) ihr **Lebensalter** und ihre besondere **Belastungsfähigkeit** wichtige Gesichtspunkte abgeben können. Andererseits sollte nicht selbstverständlich nun diese Form von **Familienbetreuung** den Vorzug erhalten; Aufnahme in eine junge **Stieffamilie** wird für das Kind häufig bessere Möglichkeiten bieten.
- 25 **b) Teilnahme dritter Personen.** Auch die Teilnahme dritter Personen an der Betreuung des Kindes in anderer Form kann wichtig werden, denn manchmal stellt nur sie die verantwortliche **Versorgung** durch einen Elternteil sicher. Manchmal sind ältere Menschen Kindern gegenüber zu nachsichtig (oder umgekehrt zu intolerant), und deshalb ist eine andere Lösung oft besser,⁵³ etwa die Aufnahme in eine junge Stieffamilie. Doch darf ein Elternteil nicht allein wegen seiner "raschen Wiederverheiratung" bei der Sorgerechtsregelung bevorzugt werden⁵⁴ (und schon gar nicht benachteiligt). Hat ein Partner während der Trennungsphase die Kindeserziehung ohne eigenen Einfluß der Großmutter überlassen und kann das Kind vom anderen Elternteil gut betreut und erzogen werden, stehen **Kontinuitätsgrundsätze** einer Übertragung der elterlichen Sorge auf diesen für sich nicht entgegen.⁵⁵
- 26 **c) Alter** und **Geschlecht** des Kindes begründen auch sonst keine Vorrechte eines Elternteils, die ihre grundsätzliche Gleichstellung in der Folgezeit dann wieder entwerten, etwa für die Mutter und bei Kleinkindern; beide Gesichtspunkte können aber bei der **Gesamtabwägung** herangezogen werden, wobei allerdings zu verhindern ist, dass doch wieder (angeblich) natürlich begründete Vorrangverhältnisse entstehen.

⁵¹ Nochmals *Motzer FamRZ* 1999, 1101, 1102.

⁵² Dazu *OLG Hamm FamRZ* 1996, 1096.

⁵³ *OLG Hamm FamRZ* 1980, 485 und *OLG Hamm FamRZ* 1985, 637 mit Anm. *Luthin*.

⁵⁴ *OLG Stuttgart FamRZ* 1976, 282; *OLG Köln OLGZ* 1973, 181.

- 27 **d) Ausländisches Recht.** Wenden wir in einem Scheidungsverfahren **ausl. Recht** für die Regelung der elterlichen Sorge an, weil Art. 21 EGBGB nicht eingreift und das MSA ohne Bedeutung bleibt,⁵⁶ können Rechtsbestimmungen dort gegen unseren **ordre public** verstoßen, **Art. 6 EGBGB**, wenn sie ohne Rücksicht auf die Umstände im einzelnen einem Elternteil alters- und geschlechtsbezogene Vorrechte einräumen.⁵⁷ Doch geht eine "feinere" Verteilung (**Anpassung**) der Ersetzung ausl. Rechts durch deutsche Bestimmungen vor.⁵⁸ Nur so stellen wir (häufig) die **Anerkennung** unserer Entscheidungen im Ausland sicher. Nach unseren Vorstellungen unwirksam ist der **Stichentscheid** des türkischen Vaters nach **Art. 263 türk. ZGB**,⁵⁹ vgl. im übrigen RdNr. 173 a.E.
- 28 **2. Förderungsprinzip.**⁶⁰ Unter dem Blickwinkel des Kindeswohls kann sich eine Sorgerechtsentscheidung nur rechtfertigen, wenn sie sich um die **Förderung** des Kindes und seiner weiteren **Entwicklung** bemüht.⁶¹ Danach ist die elterliche Sorge dem Elternteil zu übertragen, der am besten zur Erziehung und Betreuung geeignet erscheint und dem Unterstützung und Hilfe beim Aufbau der Persönlichkeit des Kindes zugetraut werden können. Dabei sind die Lebensverhältnisse beider Eltern zu prüfen, gegeneinander abzuwägen und auf das Kind zu beziehen. Wichtig kann auch der (weitgehende) Verzicht auf eigene Interessen werden,⁶² vor allem wenn so besondere Verantwortungsbereitschaft gegenüber dem Kind deutlich wird. Schließlich spielt die Bereitschaft eine Rolle, das Kind zu sich zu nehmen und für seine Versorgung, Erziehung und Beaufsichtigung Verantwortung zu tragen.⁶³ Zeitlich begrenzte Faktoren wie etwa das Alter des Kindes haben dagegen zurückzutreten.⁶⁴ Unterschiedliche Erziehungsauffassungen - strengere, **leistungsorientierte** Vorstellungen des Vaters auf der einen, eher ungebundene, den emotionalen Bereichen des Kindes zugewandte Haltung der Mutter auf der anderen Seite - stehen gleichwertig nebeneinander.⁶⁵ Ohnehin kann die emotionale Absicherung größere Bedeutung haben als die schulische Unterstützung.⁶⁶ **Vor- und Ausbildung** eines Elternteils sind für die Erziehungseignung meist weniger wesentlich als seine Verantwor-

⁵⁵ OLG Hamm FamRZ 1980, 487.

⁵⁶ Für das Verhältnis zum Iran *Finger* FuR 1999, 58, 158 und 215 sowie *Schotten/Wittkowski* FamRZ 1995, 264.

⁵⁷ Für den Iran und Art. 1168 ff. iran. ZGB *Finger* FuR 1999, 215, 219 f.; zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 307 mit Nachw.

⁵⁸ Dazu OLG Bremen NJW-RR 2000, 3 = FamRZ 1999, 1520.

⁵⁹ Dazu *Finger* FuR 1998, 398, 402 mit Nachw. und (als Beispiel) OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1318; zur Sorgerechtsregelung für die Dauer des Getrenntlebens sonst nach türkischem Recht *Odendahl* FamRZ 1999, 1327.

⁶⁰ Knappe Übersicht bei *Schwab* FamRZ 1998, 457, 464; vgl. ausführlich dazu *Staudinger/Coester* RdNr. 178 f.

⁶¹ Dazu OLG Frankfurt FamRZ 1994, 920 bei kulturellen Brüchen - Pakistan.

⁶² Zum alten Recht *Schwoerer* FamRZ 1958, 433, 437.

⁶³ OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827.

⁶⁴ BayObLG FamRZ 1980, 482.

⁶⁵ OLG Celle FamRZ 1984, 1035.

tungsbereitschaft und -fähigkeit⁶⁷ und seine Absicht, das Kind in allen Zusammenhängen zu fördern; im übrigen haben öffentliche Einrichtungen ihre Aufgaben wahrzunehmen. Schlechte deutsche Sprachkenntnisse sind für sich kein ausreichender Grund, einen Partner von elterlichen Sorgebefugnissen auszuschließen;⁶⁸ allerdings ist das Kind dann in anderer Hinsicht zu fördern (Sprachunterricht). Dauernde **Krankheit** oder abnorme seelische Veranlagung (**Selbstmordgefahr**) stehen einer Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil dagegen entgegen,⁶⁹ denn das Kind ist gefährdet.⁷⁰ Zu berücksichtigen sind schließlich (auch) die Wohnverhältnisse und die - für sich nicht ausschlaggebende⁷¹ - wirtschaftliche Situation⁷² der Eltern. Doch geraten **Unterhaltungspflichten** des anderen Elternteils dabei ebenso ins Blickfeld wie öffentliche **Unterstützungsleistungen**, und wie sonst sind sämtliche Umstände miteinander abzuwägen.

29 Insgesamt steht jedenfalls die gute **Förderung** des Kindes im Vordergrund.⁷³ Deshalb ist die elterliche Sorge als **kindeswohlgerichte** Regelung dem Elternteil zuzusprechen, der den damit verbundenen Erziehungs- und Betreuungsaufgaben voraussichtlich am besten nachkommen wird. **Kontinuitätsgrundsätze** greifen dagegen (eher) ein, wenn sich Erziehungseignung und Lebensumstände bei beiden Elternteilen als gleichwertig erweisen,^{74,75} dazu RdNr. 30 f.

30 **3. Kontinuitätsgrundsätze.**⁷⁶ **a) Allgemeines.** Grundsätze der **Kontinuität** können in unterschiedlicher Form bedeutend werden, nämlich örtlich, sachlich/persönlich, bezogen auf das Alter des Kindes u.ä. Im übrigen sind sie mit den anderen Erziehungskriterien für die Sorgerechtsentscheidung abzuwägen und in ihr Verhältnis zu bringen, zum Förderungsprinzip vgl. gerade RdNr. 28 f. Dem Kind sind soweit wie möglich bisherige Umstände und Verhältnisse zu erhalten, die für seine Entwicklung wesentlich waren, und deshalb ist auch die Fähigkeit zur **Bindungstoleranz** eines Elternteils wichtig, nämlich seine Bereitschaft, Kontakte

⁶⁶ OLG Frankfurt FamRZ 1978, 261.

⁶⁷ OLG Bamberg FamRZ 1998, 1462.

⁶⁸ OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 1019 = NJWE-FER 1999, 235 und Oelkers § 1 RdNr. 248.

⁶⁹ OLG Hamm FamRZ 1980, 484; vgl. zu weiteren Einzelheiten ausführlich Schwab/Motzer (Handbuch) III RdNr. 176 mit Nachw.

⁷⁰ OLG Köln FamRZ 1971, 186 und BayObLG FamRZ 1976, 534 (zur erst kürzlich überwundenen Alkoholabhängigkeit); jede Vorstellung, ein Elternteil, der sich gerade in diesem Zusammenhang stabilisiert habe, müsse "unterstützt" werden, ist von vornherein unzulässig, da sie Gesichtspunkte des Kindeswohls zur Seite schiebt.

⁷¹ BGH NJW 1951, 875 noch zu § 74 EheG.

⁷² BayObLG FamRZ 1980, 482.

⁷³ KG FamRZ 1983, 1159; aA *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 52: Keine Rangordnung, sondern kindbezogene Bewertung und Abwägung der gesamten Umstände - aber sie erfolgt stets; durchgesetzt hat sich jedenfalls die Überzeugung vom (relativen) Vorrang persönlicher Elemente vor den materiellen Umständen.

⁷⁴ OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550.

⁷⁵ Knappe Übersicht bei Schwab FamRZ 1998, 457, 467 f.

zum anderen Elternteil (oder sonstigen, für das Kind wichtigen Personen) zuzulassen oder sie zu unterstützen.⁷⁷ Andererseits stehen **Umgangsbefugnisse** nicht für sich. Ein Elternteil verliert daher seinen Vorrang, den er sonst bei der Abwägung gewonnen hat, nicht notwendig durch sein "Versagen" in Teilbereichen. Zunächst sind deshalb dort, Gesichtspunkte des Kindeswohls und der **Verhältnismäßigkeitsgrundsätze**, die Dinge zu regeln und gerichtlich zu entscheiden, ohne dass die elterliche Sorge selbst in Frage gerät. Meist wird ein Wechsel in der Person des Sorgeberechtigten für das Kind abträglich sein, so dass er sich nur bei Vorliegen triftiger Gründe rechtfertigen lässt (Änderung der tatsächlichen Lebenssituation).⁷⁸ Daher wird die elterliche Sorge (für die Zukunft und allein) meist dem Elternteil zu übertragen sein, der das Kind bereits längere Zeit vor der Trennung/Scheidung betreut hat, wenn es dort in geordneten Verhältnissen lebt, ausreichend und liebevoll versorgt wurde und wird und sich der Übergang zum anderen Elternteil und die Umstellung auf eine andere Erziehungsart nicht unmittelbar aufdrängen oder vielleicht für das Kind sogar schädlich wirken müssten.⁷⁹

- 31 **Kontinuitätsgrundsätze** bergen allerdings die Gefahr in sich, daß ein Elternteil mit schnellem Zugriff auf das Kind bei der Trennung die spätere Sorgerechtsentscheidung vorwegnimmt. Deshalb ist stets auf eine längerfristige Zeitspanne abzustellen,^{80,81} und im übrigen ist darauf zu achten, dass nicht zu einfach vollendete Tatsachen geschaffen werden. Eine Regelung der elterlichen Sorge während der Dauer des Getrenntlebens etwa durch einstwAnO ist folglich wegen dieser Wirkungen für die endgültige Sorgerechtsentscheidung (erst) nach einer in die Zukunft gerichteten Betrachtung zu treffen, die sämtliche Merkmale einbezieht.⁸² Ohnehin sind differenzierte **Übergangslösungen** vorzuziehen. Stetigkeitsgrundsätze sollten andererseits den sonst nach § 1671 berufenen Elternteil nicht hindern, die tatsächliche Sorge etwa bei **Krankheit, Wohnungswechsel** oder **Auslandsaufenthalt** auf begrenzte Zeit dem anderen Teil zur Ausübung zu überlassen; weitere Folgerungen etwa für eine Abänderung nach § 1696 ergeben sich so allein noch nicht.⁸³
- 32 **Zeitliche Abstufungen**, die den Aufenthalt des Kindes zunächst für einen Elternteil vorsehen und dann später, aber jetzt schon festgelegt, den anderen berech-

⁷⁶ Dazu OLG Celle FamRZ 1994, 924; gut beschrieben von *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 65 als "Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit und Stabilität der Erziehungsverhältnisse".

⁷⁷ So *Palandt/Diederichsen* RdNr. 21 im Anschluß an OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, vgl. zu diesem Punkt auch OLG Brandenburg ZfJ 2001, 234.

⁷⁸ BGH FamRZ 1976, 446, 448; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234.

⁷⁹ Vgl. dazu zuletzt OLG Brandenburg ZfJ 2001, 234.

⁸⁰ KG FamRZ 1990, 1383.

⁸¹ OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1985, 637.

⁸² OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 726.

tigen, sind wenig sinnvoll. Ist ein Wechsel geboten, können **Abänderungsanträge** gestellt und entsprechende Entscheidungen vorgenommen werden oder Eingriffe nach § 1666 zu erfolgen haben. Meist ist die zukünftige Entwicklung ohnehin unübersehbar. Verschiedene religiöse **Bekenntnisse**⁸⁴ der Eltern oder die Zugehörigkeit zu verschiedenen **Religionen** – oder andere erhebliche Unterschiede zwischen ihnen, die sich auf das Kind auswirken – sind für sich unerheblich, können aber unter Kontinuitäts-, aber auch unter Gesichtspunkten der **Förderlichkeit** für die weitere Kindesentwicklung Gewicht gewinnen.

- 33 Insgesamt sollten Gesichtspunkte der Kontinuität aber nicht überbewertet werden. Bei regelmäßigen **Besuchskontakten** mit dem anderen Elternteil kann ein Aufenthaltswechsel völlig unschädlich⁸⁵ sein; viele Kinder wünschen ihn mit zunehmenden Lebensalter sogar, um den anderen Elternteil kennenzulernen und so zusätzliche Erfahrungen zu sammeln und vielleicht auch Druck in der bisherigen Umgebung auszuweichen. Im übrigen wird Beständigkeit häufig gerade über die innere **Stabilität** eines Elternteils hergestellt und nicht durch die äußere Form der Lebensumstände;⁸⁶ deshalb verdient ertrotzte **Kontinuität**⁸⁷ (Verweigerung/Behinderung der Beziehungen zum anderen Elternteil) von vornherein keinen Schutz.⁸⁸
- 34 **b) Persönlich.** Unter dem Blickwinkel der Kontinuität kommt der **persönlichen Betreuung** eines Kindes durch einen Elternteil eine besondere Rolle zu, denn sie soll in der ohnehin schwierigen Zeit des Zerbrechens der Elternehe/Elternbeziehung erhalten bleiben, um weitere Verluste zu vermeiden; sie ist, namentlich für **Kleinkinder**, meist wichtiger als das äußere Umfeld wie **Schule, Freundeskreis, Sportclub** etc.^{89,90} Tendieren Kinder ohnehin zur Mutter, kann die Zuweisung der elterlichen Sorge an sie geboten sein, wenn die Eltern sonst heftigst zerstritten sind und nur sie eine "stabile innere emotionale Entwicklung im Gefühl der Geborgenheit" sichern kann. Doch darf so nicht wieder ein (angeblich) natürlich begründetes Vorrecht für sie auf Umwegen entstehen. Schulischer Erfolg, den der Vater für das Kind erreicht hat und auch künftig erreichen will, kann daher ebenso zurückzutreten haben wie die berufliche Förderung, für die er sich einsetzt, wenn damit gleichzeitig Beeinträchtigungen der kindlichen seelischen Entwicklung verbunden sind oder sein können.⁹¹ Stets ist ein "abrupter

⁸³ BayObLG FamRZ 1966, 247.

⁸⁴ Dazu *Palandt/Diederichsen* RdNr. 26. Zur Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppierung/Sekte allgemein RdNr. 91.

⁸⁵ Richtig *Palandt/Diederichsen* RdNr. 26.

⁸⁶ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 25 im Anschluß an OLG Frankfurt FamRZ 1981, 531.

⁸⁷ Dazu knapp *Palandt/Diederichsen* RdNr. 22; OLG München FamRZ 1991, 1343.

⁸⁸ Zu weiteren Einzelheiten vgl. die Nachw. bei *Palandt/Diederichsen* RdNr. 22; *Staudinger/Coester* RdNr. 136 f.

⁸⁹ Zu diesen Merkmalen bei der Sorgerechtsregelung vgl. OLG Köln FamRZ 1998, 1461 (Kind: 11 Jahre).

⁹⁰ OLG Bamberg FamRZ 1998, 1462.

⁹¹ So OLG Bamberg FamRZ 1998, 1462; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1999, 320.

Wechsel" zu vermeiden⁹² und ein vorsichtiger **Übergang** zu suchen, vgl. dazu auch § 1632 Abs. 4.

- 35 **c) Sachlich/örtlich.** Sind beide Eltern für das Kind und seine Entwicklung in gleichem Maße erziehungsgerecht, bestehen gleichartige gesicherte **Bindungen** zu jedem von ihnen und sind auch sonst keine für die Sorgerechtsentscheidung wesentlichen Unterschiede zu finden, kann das äußere **Umfeld** Bedeutung gewinnen, das dem Kind nicht (zusätzlich) genommen werden soll.⁹³ Maßgeblich sind dabei seine persönliche Lebenssituation und seine Kontakte sowie sein Alter und seine Interessen, so daß Kindergarten, Schule, Musikgruppe, Sportverein, die Nachbarschaft und **Freundschaften** zu anderen Kindern ebenso in die Abwägung einzubeziehen sein können wie die "schöne Wohnung" bei einem Elternteil und ihre Ausstattung (ländliche Gegend in Großstädten, Garten; **Reitstallnähe**) und/oder besondere enge Verbindungen zu anderen Verwandten (**Großeltern**), die leicht erreichbar sind.⁹⁴ Andererseits ist stets Zurückhaltung geboten; (fast) alles ist ersetzbar.
- 36 **d) Lebensalter des Kindes.** Oft wird die Entscheidung für Kinder in unterschiedlichem **Lebensalter** auch unterschiedlich ausfallen müssen. Für kleinere Kinder wird eher die persönliche **Kontinuität** beim bisher schon betreuenden Elternteil wichtig werden, während bei älteren Kindern andere Merkmale (eher sachlicher Art - **Lebensumfeld**) entscheidend sind. Für Kleinkinder schaffen alltägliche Beständigkeit und **Verlässlichkeit** der Betreuung die notwendigen **Lebensgrundlagen**, Grundvertrauen. Ihr Bedürfnis nicht nur nach dauerhaften Gefühlsbindungen, sondern auch nach gleichbleibenden Umwelteinflüssen und stabilen äußeren Verhältnissen erlaubt einen Betreuungswechsel meist nur, wenn damit deutlich bessere Entwicklungschancen für die Zukunft geschaffen werden können. Dabei nimmt ihre Trennungsempfindlichkeit von der zweiten Hälfte des 1. Lebensjahres bis zum 3. Lebensjahr noch zu; im übrigen hängt sie von den seelischen Anlagen, dem Entwicklungsstand und der Art der bisherigen Betreuung ab, so daß die Frage nach der Wahrscheinlichkeit erheblicher Dauerschäden bei einer Trennung vom betreuenden Elternteil regelmäßig nicht ohne kinderpsychologisches Gutachten zu beantworten sein wird und schon gar nicht auf Alltagserfahrungen des Gerichts oder anderer Verfahrensbeteiligter gestützt werden darf. Jeder Wechsel der Umgebung und des Beziehungsumfeldes ist, wenn sich ein solcher Wechsel überhaupt rechtfertigen läßt, jedenfalls behutsam und allmählich zu vollziehen und hat auf Bedürfnisse des Kindes Rücksicht zu nehmen. Etwa vom **zwölften Lebensjahr** an kann aber ein Wechsel von einem Elternteil zum anderen auch einem Bedürfnis des Kin-

⁹² So Schwab FamRZ 1998, 457, 464/465.

⁹³ OLG Köln FamRZ 1998, 1461; vgl. auch Schwab FamRZ 1998, 457, 464.

⁹⁴ OLG Köln FamRZ 1980, 1153; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531 und OLG Hamburg FamRZ 1986, 715.

des entsprechen,⁹⁵ und diese Chance nutzen Kinder tatsächlich gar nicht selten. Eltern sollten ihre Wünsche nicht als Absage oder Distanz empfinden und sie daher nicht abblocken, sondern sich gelassen, stabil und bindungstolerant auf sie einstellen.

- 37 **4. Kindesbindungen/Elternbindungen. § 1671** erwähnt die Bindungen des Kindes an seine **Eltern**, an Geschwister und an andere Verwandte, insbesondere an seine Großeltern, nicht mehr ausdrücklich, vgl. noch § 1671 Abs. 2 S. 2 aF, doch ist zweifelsfrei, daß gerade sie bei der Sorgerechtsregelung besonders zu beachten sind und häufig ausschlaggebend werden. Eigene Verdienste eines Elternteils um sie spielen dagegen keine Rolle; Zuneigung und Bindung entstehen eben unabhängig von solchen Leistungen und werden nicht verdient. **Fehlende Verlässlichkeit**⁹⁶ in anderen Zusammenhängen, Schuld an der **Trennung**, sonstige **Unfähigkeit**, mit den Verlusten beim Scheitern der Verbindung umzugehen oder "weitergegebener Haß" gegen den anderen Elternteil⁹⁷ können dabei wichtige Anhaltspunkte liefern. Notwendig sind allerdings stets Auswirkungen auf das Kind; denn auch zu diesem Elternteil, der im persönlichen Verhältnis zum anderen Partner eher versagt, können tragfähige und verlässliche Bindungen bestehen.
- 38 **Sprachliche Zusammenhänge**⁹⁸ - ein Elternteil und das Kind sprechen eine gemeinsame Sprache, die der andere Elternteil nicht beherrscht - können wesentlich werden, können aber auch ganz bedeutungslos bleiben, denn Sprachen können Kinder schnell lernen; manchmal sollten sie auch aufgelöst werden, wenn sonst die **Eingliederung** in die Umwelt behindert oder erschwert ist.⁹⁹
- 39 Ist ein Elternteil zur Erziehung weniger geeignet als der andere, kann ihm die elterliche Sorge übertragen werden, wenn das Kind zu ihm **engere Bindungen** hat. Oft sind allerdings graduelle Unterschiede in der Erziehungseignung ebenso schwer zu erfassen wie der Grad der Bindung des Kindes zu einem Elternteil. Ohnehin kann ein nicht ganz unbeträchtliches Defizit bei der Erziehungseignung nur aufgewogen werden, wenn sich erheblich stärkere Bindungen des Kindes gerade zu diesem Elternteil feststellen lassen. Erweist sich ein Elternteil allerdings als ungeeignet zur Erziehung, darf ihm das Sorgerecht nicht übertragen werden, ohne daß dann noch die Bindungen des Kindes eine Rolle spielen. Erzieherisches Versagen in Teilbereichen ist dagegen stets für sich zu bewerten, so dass eine Abwä-

⁹⁵ KG FamRZ 1990, 1383; *Fehmel* FamRZ 1986, 531.

⁹⁶ Wenig überzeugend OLG Köln FamRZ 1982, 1232 - Scheitern in drei Ehen soll danach gegen die Mutter sprechen.

⁹⁷ BGH NJW 1985, 1702.

⁹⁸ OLG Köln FamRZ 1982, 1232 für Slowenien.

⁹⁹ Dazu OLG Frankfurt FamRZ 1999, 182 - pakistanische Mädchen, Vater lebt in islamischer Tradition, während sich die Kinder in Deutschland gut eingelebt haben und hier ihren Lebensmittelpunkt sehen, vgl. auch OLG Frankfurt FamRZ 1994, 920 - Zeuge Jehovas; weitere Nachweise bei *Schwab* FamRZ 1998, 457, 464 insbes. Fn. 34.

gung notwendig wird,¹⁰⁰ die sich auf das Kind und seine Interessen bezieht. Im übrigen sind gerichtliche Eingriffe dort vorzunehmen, wo sie notwendig werden, etwa bei Besuchsblokaden, **Verhältnismäßigkeitsgrundsätze**.

- 40 Sind enge **Kindesbindungen** zu beiden Elternteilen festzustellen und sind auch sonst keine Unterschiede für **Erziehungseignung** und -bereitschaft nachweisbar, kann nach den **Absichten** und den Wünschen des Kindes zu entscheiden sein, wenn seine Erklärungen zuverlässig erscheinen, wiederholt werden und nicht erkennbar von sachfremden Überlegungen beeinflusst sind,¹⁰¹ ohne daß das Alter des Kindes schlechthin ausschlaggebend wäre. Andererseits kommt gerade seinem Alter eine gewisse "**Richtigkeitsgewähr**" zu.
- 41 Für die gerichtl. Sorgerechtsentscheidung ist stets eine Abwägung aller Umstände notwendig, die auf das Kind zu beziehen sind. **Zweckmäßigkeitserwägungen** für sich genügen dagegen nicht.¹⁰² Auch "gegen" die vorrangigen Bindungen eines Kindes kann die elterliche Sorge zuzuweisen und seine Absichten und ausdrücklichen Vorstellungen zu durchbrechen sein, wenn Verschlungenheiten und ein zu enges Beziehungsgeflecht mit einem Elternteil aufzulösen sind und das Kind aus ihnen herausgenommen werden muß. Doch sind umgekehrt auch **Grenzen** zu beachten,¹⁰³ denn gerade ältere Kinder haben eigene **Persönlichkeitsrechte**, denen **Verfassungsrang** zukommt. Geben sie in der Anhörung bei Gericht eindeutige Erklärungen ab, kann das ausreichen, ohne daß weitere Nachfragen geboten wären.¹⁰⁴
- 42 **5. Geschwisterbindungen.** Auch Bindungen an die Geschwister sind in § 1671 nicht mehr erwähnt, aber nach wie vor für die Sorgerechtsregelung wichtig. Eltern neigen manchmal zu einer **Aufteilung** der Kinder, um sich so eigene Auseinandersetzungen und Verluste zu ersparen und für jeden wenigstens ein Kind zu erhalten. Sicherlich sind Wertungen nach § 1671 auf jedes Kind für sich zu beziehen,¹⁰⁵ und diese Wertungen müssen nicht einheitlich ausfallen.¹⁰⁶ Doch kann die gelebte Geschwisterbeziehung gerade in der schwierigen Zeit des sonstigen Zerbrechens des Lebensumfeldes wichtige Stabilisierungsaufgaben übernehmen. Deshalb dient in aller Regel das gemeinsame Aufwachsen und die gemeinsame Erziehung mit seinen Geschwistern dem Wohl jedes einzelnen Kindes. Stets ist zu prüfen, wie weit Geschwister ihre eigene Trennung als belastend empfinden.¹⁰⁷

¹⁰⁰ BGH NJW 1985, 1702.

¹⁰¹ Beispiele OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193 und KG FamRZ 1993, 1383.

¹⁰² OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

¹⁰³ KG FamRZ 1990, 1383, 1385.

¹⁰⁴ KG FamRZ 1990, 1383, 1385.

¹⁰⁵ *Erman/Michalski* RdNr. 26.

¹⁰⁶ *Erman/Michalski* RdNr. 26; vgl. zu diesem Punkt auch *Staudinger/Coester* RdNr. 112.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 7/2060 S. 62; vgl. für die "Entscheidung" eines 4jährigen Kindes, allein zur Mutter zu gehen, während sein Geschwister beim Vater bleibt, OLG Hamm FamRZ 2000, 1599 (diese Entscheidung soll danach für eine entspr. gerichtl. Regelung ausreichen); weitere Einzelheiten bei *Erman/Michalski* RdNr. 26.

- 43 Einem Elternteil allein ist daher die elterliche Sorge für ein Kind zu übertragen, wenn die Familie bisher zusammen gelebt hat und zwischen den Kindern eine enge, nachweisbare Bindung besteht.¹⁰⁸ Sind Betreuungs- und Förderungsmöglichkeiten bei dem Elternteil besser, zu dem das Kind weniger starke emotionale Bindungen hat, kann die elterliche Sorge ihm übertragen werden, wenn so eine für das Kind wichtige Geschwisterbeziehung auch zu einem **Halbgeschwister** bestehen bleibt.¹⁰⁹
- 44 Ist der **Altersabstand** zwischen den Kindern groß, ist auch ihre innere Distanz oft beträchtlich. Deshalb kann die Bindung an einen Elternteil wichtiger sein als die Beziehung zu einem Bruder oder einer Schwester. Bei geringem Altersabstand sollten Kinder nur dann getrennt werden, wenn ihr gemeinsames Aufwachsen bei einem Elternteil ausscheidet.¹¹⁰
- 45 Sind **Spannungen** zwischen den Kindern deutlich oder vertragen sie sich gar nicht, kann eine gesonderte Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil sogar geboten sein.¹¹¹ Sonstige "Ausgewogenheit" der Entscheidung im Elterninteresse spielt dagegen wie sonst keine Rolle.¹¹² Bei gleichstarken Bindungen an die Eltern kann die Geschwisterbindung den Ausschlag geben;¹¹³ auch außerfamiliäre Bindungen können entscheiden.¹¹⁴
- 46 **6. Kindesbindungen an andere Verwandte, insbesondere an die Großeltern.** Ist ein Kleinkind nach der Trennung der Eltern beim Vater eher von dessen Mutter betreut worden, können diese Bindungen an die **Großmutter** verlangen, die elterliche Sorge dem Vater zu übertragen, selbst wenn die emotionalen Beziehungen zu ihm sonst nicht so stark wie zur Mutter sind.¹¹⁵ Bei gleichstarker Zuneigung des Kindes zu beiden Elternteilen können intensive Bindungen an eine Großmutter für eine Sorgerechtsentscheidung sprechen, auch dann, wenn das Kind später allmählich aus dem großmütterlichen Beziehungsumfeld zu diesem Elternteil wechseln soll.¹¹⁶ Andere **Bezugspersonen** des Kindes zählen zu seinem äußeren **Umfeld**, und ein enger und herzlicher Kontakt zu ihnen kann erhaltenswert sein und so die Sorgerechtsentscheidung festlegen.

¹⁰⁸ OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; vgl. dazu OLG Hamm EzFamRaktuell 2000, 198.

¹⁰⁹ OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 726.

¹¹⁰ OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282; vgl. zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 172 mit Nachw.; OLG Naumburg FamRZ 2000, 1595 mit umfangreicher Auswertung verschiedener Testverfahren.

¹¹¹ So schon BT-Drucks. 7/2060 S. 31; ebenso bei entschiedener Ablehnung eines Kindes durch einen Elternteil BT-Drucks. 7/2788 S. 62.

¹¹² So wohl OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 726; wie hier *Palandt/Diederichsen* RdNr. 22.

¹¹³ OLG Hamm FamRZ 1979, 853.

¹¹⁴ BT-Drucks. 7/2788 S. 62.

¹¹⁵ OLG Hamm FamRZ 1980, 485 und OLG Bamberg FamRZ 1998, 498.

¹¹⁶ OLG Hamm FamRZ 1985, 637.

- 47 **7. Kindeswille; Kindesentscheidung; Kindesvorstellungen. a) Allgemein.** Neben den **Neigungen** und Bindungen des Kindes kommt seinem **Willen** und seinen **Vorstellungen** für die Regelung der elterlichen Sorge besondere Bedeutung zu;¹¹⁷ schlechthin ausschlaggebend werden seine Äußerungen und seine eigene Entscheidung allerdings erst mit zunehmendem Lebensalter, denn gegen das Ergebnis aus der Anhörung eines (etwa) 15- oder 16jährigen Kindes wird das FamG nur entscheiden können, wenn völlig unverantwortlich erscheint, so zu verfahren und/oder sichere Anhaltspunkte belegen, daß das Kind durch ganz andere Absichten bewegt wird, etwa eigene **Schuldgefühle** oder die Furcht, diesen Elternteil zusätzlich zu verletzen. Wesentlich und belastend können auch **Loyalitätskonflikte**¹¹⁸ werden, die oft mit der Vorstellung verbunden sind, gerade so besondere **Verantwortung** (für die Eltern) übernehmen zu müssen. Nicht ganz selten sind auch schlichte, sachfremde Vordergrundigkeiten, insbesondere materielle Erwartungen oder Versprechungen durch einen Elternteil, doch sind Kinder meist weniger beeinflussbar als angenommen.
- 48 Auch ein Kind ist im übrigen **Grundrechtsträger**,¹¹⁹ und die Entscheidung über die elterliche Sorge im Konflikt zwischen Vater und Mutter berührt seine Lebensstellung in ihren Grundzügen, so daß (auch) **Art. 2 GG** betroffen ist. Schon deshalb ist selbstverständlich,¹²⁰ daß seine Vorstellungen zu ermitteln sind und bei der gerichtlichen Regelung Berücksichtigung finden müssen; diesem Ziel dienen die besonderen Anhörungsregeln, vgl. dazu §§ 50 ff. FGG. Selbst kleine Kinder sind zu hören; wird ein 4jähriges Kind im Verfahren nicht angehört, stellt dies einen erheblichen **Verfahrensmangel** dar, der zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache führen muß.¹²¹ Ein Bericht eines Jugendamtes ist grundsätzlich dann nicht für eine Sorgerechtsentscheidung ausreichend, wenn die örtlichen Verhältnisse sowie das Umfeld beider Elternteile nicht durch einen Hausbesuch geklärt worden sind,¹²² zu weiteren Einzelheiten RdNr. 144 f.
- 49 **b) Kindeswille und Kindesalter.**¹²³ Eigene Wünsche des Kindes gewinnen nur dann Bedeutung, wenn sie frei und unbeeinflusst sind. Sicherlich gelten für viele Entscheidungen von Erwachsenen ähnliche Vorbehalte, aber im **Sorgerechtsstreit** der Eltern wird Kindern häufig mehr oder weniger absichtsvoll eine Aufgabe zugeschoben, die sie nicht erfüllen können, wobei sie letztlich so auch **Macht** über ihre Eltern gewinnen, die sie nicht ausüben dürfen. Umgekehrt überrascht immer wie-

¹¹⁷ Schwab FamRZ 1998, 457, 465 und ausführlich Staudinger/Coester RdNr. 233 f. mit Nachw.

¹¹⁸ Dazu OLG Hamm FamRZ 1997, 957; zur "Identifizierungsnotwehr" eines Kindes AG Stuttgart FamRZ 1981, 597.

¹¹⁹ BGH NJW 1985, 1702; vgl. auch OLG Hamm EzFamRaktuell 2000, 198.

¹²⁰ Vgl. BVerfG NJW 1974, 1609.

¹²¹ OLG Köln EzFamRaktuell 1999, 34.

¹²² OLG Köln EzFamRaktuell 1999, 34.

¹²³ Zur Beachtlichkeit des Kindesalters (und der notwendigen Abstufung) Staudinger/Coester RdNr. 238 f.

der, wie frei sich Kinder in der **Anhörung** äußern, klar sagen, wie sie die Dinge einschätzen, und dabei gern die Chance nutzen, im Gespräch unbeeinflusst ihre Position zu erläutern. Ab einem gewissen Alter des Kindes ist im übrigen seine eigene Entscheidung ein Akt der Selbstbestimmung, und dieser Gesichtspunkt kann bei älteren Kindern völlig in den Vordergrund treten,¹²⁴ Art. 2 GG.

50 **c) Zuneigung; Abneigung.** Auch weniger klare **Äußerungen** des Kindes können bei der Sorgerechtsregelung wesentlich werden, also seine **Vorstellungen** und vor allem seine **Zuneigungen**, Vorlieben, Tendenzen oder seine (umgekehrt) **Abneigungen**. Ohne klare Erkenntnisse dabei ist eine vernünftige Entscheidung über sein **Wohl** und seine gute künftige Entwicklung kaum möglich.¹²⁵ Einstellungen dieser Art sind auch bei kleinen Kindern nachweisbar, ohne daß sichere Altersgrenzen bestehen, und deshalb ist auch ihre persönliche **Anhörung** geboten.

51 Häufig sind Kindesäußerungen allerdings völlig unrealistisch; nur schwer gelingt die Einsicht, dass sich die Eltern endgültig getrennt haben und Harmonie nicht wieder herzustellen ist. Ausschlaggebende Bedeutung ist dem **Kindeswillen** auch dann nicht beizumessen, wenn die Entscheidung von der Erwartung geprägt ist, der "gewünschte" Elternteil werde die im Rahmen des Umgangsrechts gegebenen "Sonn- tagsbedingungen" auf den Alltag übertragen, während der andere eben nur ein häßliches "Alltagsgesicht" hat.¹²⁶

52 Kinder müssen sich mit den **Trennungs-** bzw. **Scheidungsabsichten** ihrer Eltern oder der vollzogenen Trennung/Scheidung jedenfalls inhaltlich auseinandersetzen. Gerade in dieser Situation kann die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** (§ 50 **FGG**)¹²⁷ für sie wichtig werden, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 154

53 **d) Vollendung des 14. Lebensjahres.** Mit der **Vollendung** des 14. Lebensjahres steht Kindern nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 eine (beschränkte) eigene Befugnis bei der weiteren Verfahrensgestaltung zu; einem Antrag eines Elternteils, ihm allein die elterliche Sorge zu übertragen, können sie **widersprechen**. Dann kann das Gericht den Antrag zurückweisen oder nach Abs. 3 vorgehen, zu Einzelheiten RdNr. 65 f.

IV. Alleinige elterliche Sorge für einen Elternteil nach § 1671 Abs. 2

54 **1. Antrag und Antragsberechtigung. a) Antrag.** Anträgen auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge ist nach den Veränderungen in § 1671 nach Abs. 2 stattzugeben, also bei **Zustimmung** des anderen Elternteils, wobei eine Rücknahme für den **Widerspruch** eines 14 Jahre alten Kindes eingeführt ist, zur Reich-

¹²⁴ OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 506, auch bei einer Sorgerechtsänderung (allerdings ohne alleinige Entscheidungsgrundlage zu werden).

¹²⁵ Lempp NJW 1973, 1659; 1672; kritisch dazu Schwöerer NJW 1964, 5, 6 mit Erwiderung Lempp NJW 1964, 440.

¹²⁶ OLG Bamberg FamRZ 1988, 750; ebenso Palandt/Diederichsen RdNr. 24.

weite RdNr. 65 f., oder unter den Voraussetzungen aus Nr. 2, wenn "zu erwarten ist, daß die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht". Sind diese Grenzen nicht überschritten, bleibt die gemeinsame elterliche Sorge erhalten, denn eine Entscheidung des Gerichts ohne Anträge der Eltern (**amtswegige Folgesache**) im Entscheidungsverbund ist nicht mehr vorgesehen.¹²⁸ Damit wird die gemeinsame Elternsorge zumindest tatsächlich begünstigt,¹²⁹ zum Verhältnis von Regel und Ausnahme vgl. dabei RdNr. 13; zur fehlenden Konfliktfähigkeit RdNr. 71 f.

55 **Abs. 3** läßt auch eine antragsunabhängige Sorgerechtsregelung zu, zu Einzelheiten RdNr. 125 f.; letztlich wird § 1666 Entscheidungsgrundlage.

56 Mit seinem **Regelungsantrag** an das Gericht eröffnet ein Elternteil den Zugang zu **Abs. 2**, aber auch zu **Abs. 3**, denn das Gericht hat nun die Voraussetzungen aus Abs. 2 im einzelnen zu prüfen und ist gleichzeitig in ein besonderes Verfahren eingetreten,¹³⁰ so daß der Antragsteller damit rechnen muß, letztlich das "genaue Gegenteil"¹³¹ zu seinen Vorstellungen zu erreichen und die gerichtliche Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil auszulösen.¹³²

57 Bietet die gemeinsame elterliche Sorge keine erkennbaren Nachteile gegenüber der beantragten **Alleinsorge** eines Elternteils, ist der Sorgerechtsantrag zurückzuweisen,¹³³ und die gemeinsame elterliche Sorge bleibt bestehen, wenn nicht weitergehende Eingriffe, Ausübung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 GG,¹³⁴ nach Nr. 2 oder Abs. 3 geboten sind.

58 **b) Antragsberechtigung.** Antragsberechtigt nach § 1671 Abs. 2 sind allein die Eltern¹³⁵ des Kindes, nicht das **Jugendamt** und auch nicht das Kind.¹³⁶ Ist ein **Ver-**

¹²⁷ Deshalb ist zumindest in streitigen Sorgerechtsverfahren nach den Änderungen in § 1671 "in der Regel" auch die Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 121 Abs. 3 ZPO erforderlich, OLG Hamm FamRZ 1999, 393; zu weiteren Einzelheiten unten RdNr. 171.

¹²⁸ Für eine offene Wertung BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anmerkung *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31; zu eng jedenfalls AG Chemnitz FamRZ 1999, 322, denn eine Sorgerechtsentscheidung "gegen" Elternteil kommt nicht erst dann in Betracht, wenn bei ihm schwerwiegende Mängel in seiner Erziehungseignung festgestellt werden können, sondern auch schon bei nachhaltiger Verweigerung jeder Kooperation, dazu etwa die gerade genannte Entscheidung des BGH NJW 2000, 203.

¹²⁹ So *Schwab* FamRZ 1998, 457, 462 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 61 f.; wesentlich zurückhaltender BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646; zur Regel-Ausnahme-Diskussion vgl. auch *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 125 f.

¹³⁰ Antrag ist Sach-, aber auch Verfahrensantrag, so *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11.
¹³¹ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11.

¹³² OLG Karlsruhe EzFamRaktuell 1999, 66 und AG Rheinbach FamRZ 2000, 511 (wobei allerdings diese Entscheidung durch Beschluß des OLG Köln - 26 UF 128/99 - wegen eines Formfehlers aufgehoben worden ist und das AG über die Sache erneut zu entscheiden hat); kritisch *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11; wenig überzeugend OLG Rostock FamRZ 1999, 1599.

¹³³ So OLG Brandenburg FuR 1998, 124.

¹³⁴ OLG Brandenburg FuR 1998, 124.

¹³⁵ Dazu *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11.

¹³⁶ Insoweit kritisch *Willutzki* Rpfleger 1997, 338.

fahrenspfleger nach § 50 FGG bestellt (**Anwalt des Kindes**, zu weiteren Einzelheiten vgl. RdNr. 154), muß er, wenn er im Sorgerechtsverfahren der Eltern Tätigkeiten für das Kind für geboten hält, wie das Jugendamt - oder das Kind - nach § 1671 Abs. 3, 1666 vorgehen und in diesem besonderen Verfahren Anträge stellen.¹³⁷

59 Eltern können, wenn sie eine gerichtliche Regelung erstreben, nur widerstreitende Anträge stellen; bei **Gleichläufigkeit** liegt daher Zustimmung des anderen Teils vor.¹³⁸ Weitere Beschränkungen sind möglich. Ist die Aufteilung sinnvoll und sind die Voraussetzungen aus Abs. 2 nachgewiesen, bleibt für den "Rest" die gemeinsame elterliche Sorge erhalten.¹³⁹ Doch kann für weitere Ausschnitte der andere Elternteil nun seinerseits Anträge auf Übertragung der alleinigen Sorgebefugnis verfolgen, die gleichfalls nach Abs. 2 zu behandeln sind.

60 Dagegen kann der Antragsteller nicht erreichen, daß auf seinen Antrag die elterliche Sorge allein auf den Antragsgegner übertragen wird. Zwar legt § 1626 Abs. 1 S. 1 vorrangig die **Pflicht** der Eltern fest, Verantwortung für ihre Kinder zu übernehmen und für sie zu sorgen. Weigert sich aber der Antragsgegner im Sorgerechtsverfahren, seine Aufgaben tatsächlich zu erledigen, sind die Voraussetzungen für eine gerichtliche Entscheidung "für" ihn nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 nicht erfüllt,¹⁴⁰ so daß er als Sorgerechtsträger nicht in Betracht kommt. Die Abweisung eines entspr. Sorgerechtsantrags durch das FamG reicht dann für sich nicht aus; der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge wird bei Eltern, die sich gegenseitig "die Kinder" zuschieben, so kaum in Betracht kommen. Deshalb ist nach **Abs. 3** nach anderen Lösungen zu suchen und eine entspr. gerichtliche Entscheidung zu treffen.

61 **c) Bisherige Alleinsorge.** Stand bisher einem Elternteil **allein** die elterliche Sorge zu, kann ein "Änderungsantrag" nicht auf § 1671 Abs. 2 gestützt werden, da eben der Bestand der gemeinsamen elterlichen Sorge Voraussetzung ist.¹⁴¹ Grundlage wird vielmehr § 1696.¹⁴²

62 **2. Zustimmung des anderen Elternteils.** Durch die Zustimmung des anderen Elternteils zum Sorgerechtsantrag ist das FamG gebunden, ohne daß weitere inhaltliche **Kontrollen** zulässig sind, ein **Auswahlermessen** besteht oder die Absichten oder Beweggründe der Eltern erforscht werden dürfen,¹⁴³ zu **Amtsermittlungsgrundsätzen** (§ 12 FGG) RdNr. 144. Diese Beschränkung ist auch nicht schädlich; liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß die Eltern sachfremd handeln oder Ziele verfolgen, die nicht aus der Sicht des Kindes bestimmt sind und sein Wohl verwirklichen

¹³⁷ So auch *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11.

¹³⁸ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 11.

¹³⁹ Dazu *Motzer* FamRZ 1999, 1101; vgl. auch *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 111.

¹⁴⁰ Anders OLG Karlsruhe EzFamRaktuell 1999, 66; vgl. im übrigen Fn. 173.

¹⁴¹ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 461.

¹⁴² *Schwab* FamRZ 1998, 457, 461.

¹⁴³ Zu weiteren Voraussetzungen für die Zustimmung *Staudinger/Coester* RdNr. 75 f.

wollen, kann nach **Abs. 3** entschieden werden oder ein Verfahren nach § 1666 einzuleiten sein.

- 63 Stets muß sich die **Zustimmung** gerade auf den Sorgerechtsantrag des anderen Elternteils in der vorliegenden Form beziehen. Vages **Einverständnis** reicht ebenso wenig aus wie ein Hinweis auf andere **Erklärungen** in anderer Form und/oder an anderer Stelle.¹⁴⁴ Dabei muss sich das Gericht im Rahmen seiner Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen, **§ 12 FGG**, ein eigenes Bild machen und Reichweite, Ernsthaftigkeit und Freiwilligkeit der Zustimmung feststellen.¹⁴⁵ Bis zur letzten Tatsachenverhandlung ist die Zustimmung frei **widerruflich**,¹⁴⁶ denn sie soll eine Entscheidung zum Wohl des Kindes ermöglichen, vgl. auch **§ 1697 a**. Wird die Zustimmung "zurückgenommen" oder später verweigert, kann das Gericht nur nach Abs. 3 oder § 1666 vorgehen. Sinneswandel nach der gerichtl. Entscheidung ist bedeutungslos; allenfalls kann nun ein Verfahren nach **§ 1696** betrieben werden.
- 64 An den Antrag eines Elternteils ist das FamG ebensowenig gebunden wie an die erklärte Zustimmung der anderen Seite. Daher kann ein Verfahren nach **§ 1666** eingeleitet werden, das von den gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien abweicht, und das Gericht kann auch nach § 1671 Abs. 3 entscheiden, obwohl die Eltern für sich Sorgerechtsanträge gestellt haben. Schließlich kann der Antrag zurückzuweisen sein, so daß die gemeinsame elterliche Sorge fortbesteht. Ist die Aufteilung sinnvoll, kann die alleinige elterliche Sorge, die ein Elternteil für sich beantragt hat, auf **Ausschnitte** und einzelne Lebensbereiche beschränkt werden, etwa auf die Bestimmung des Aufenthaltsorts, den **Schulbesuch**,¹⁴⁷ ärztliche Heileingriffe u.ä. Bei späteren Veränderungen kann eine Änderung der Sorgerechtsentscheidung geboten sein, **§ 1696**, oder ein Eingriff von Amts wegen nach § 1666 erfolgen.
- 65 **3. Widerspruch des 14 Jahre alten Kindes.** Mit seinem **Widerspruch** zum Antrag eines Elternteils auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge beseitigt ein 14 Jahre altes Kind (nur) die **Bindungswirkung**, die mit der Zustimmung des anderen für das Gericht entsteht; weitere Folgen werden dagegen nicht ausgelöst. Sprechen die besseren Gründe für die beantragte Regelung, hat das Gericht so zu entscheiden, **§ 1697 a**,¹⁴⁸ denn mit dem Widerspruch ist (eben) allein die Zustim-

¹⁴⁴ Dazu *Schwab FamRZ* 1998, 457, 461.

¹⁴⁵ Nicht ganz so weit *Schwab FamRZ* 1998, 457, 461.

¹⁴⁶ So entschieden *Schwab FamRZ* 1998, 457, 461 mit ausf. Nachw. in Fn. 17; zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 102; vgl. auch *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 24 und 25; zu weiteren Einzelheiten (Widerruf der Zustimmung) *Staudinger/Coester* RdNr. 81 f.; anders ist die Situation allerdings im Verfahren der weiteren Beschwerde, dazu BGH NJWE-FER 2000, 278.

¹⁴⁷ Beispiel BayObLG FuR 1999, 472 und OLG Nürnberg EzFamRaktuell 1999, 114.

¹⁴⁸ *Schwab FamRZ* 1998, 457, 461.

mung eines Elternteils hinfällig¹⁴⁹ und um ihre besonderen Wirkungen gebracht, nicht aber dem Antrag schlechthin der Boden entzogen.¹⁵⁰

- 66 Wie die Zustimmung des anderen Elternteils muß sich der **Widerspruch des Kindes** auf einen bestimmten Sorgerechtsantrag beziehen und in eindeutiger Form geäußert¹⁵¹ werden. Eher unklare Absichten oder Tendenzen sind ebenso bedeutungslos wie in der Anhörung vorgebrachte Zuneigungen zu einem Elternteil oder "Präferenzen" zu ihm oder zum anderen. Allerdings sollte das Gericht in der Anhörung nachfragen, um die Vorstellungen des Kindes tatsächlich in Erfahrung zu bringen, **§ 1697 a.** Im übrigen kann der **Verfahrenspfleger**¹⁵² des Kindes tätig werden, doch werden die eigene Haltung (des Kindes) und seine Einstellung ausschlaggebend, wenn sich zwischen beiden Unterschiede oder Abweichungen zeigen. Auch der Widerspruch kann bis zur letzten Tatsachenverhandlung zurückgenommen/widerrufen werden;¹⁵³ doch ist ein Verzicht auf seine Ausübung für die Zukunft rechtlich wirkungslos.¹⁵⁴
- 67 Widerspricht ein Kind dem Sorgerechtsantrag eines Elternteils, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, löst sein Widerspruch keine Folgen für das Gericht nach Nr. 2 aus. Doch sollte wiederum die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** erwogen werden, denn die Haltung des Kindes ist unklar und Interessenkonflikte mit den Eltern (oder unter ihnen) werden deutlich. Im übrigen kann aus anderen Gründen, vgl. § 1697 a, die Zurückweisung des Elternantrages in Betracht kommen oder ein Verfahren nach **§ 1666** einzuleiten sein.¹⁵⁵
- 68 **4. § 1671 Abs. 2 Nr. 2. a) Verhältnis zu Nr. 1.** Fehlt die Zustimmung des anderen Elternteils, kann die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf den Antragsteller nach Nr. 2 erfolgen, wenn zu erwarten ist, daß die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die beantragte Regelung dem Wohl des Kindes am besten entspricht; so kann auch der **Widerspruch** des 14 Jahre alten Kindes neutralisiert¹⁵⁶ werden. Dabei ist nicht nur eine "coupierte"¹⁵⁷ Prüfung des Willens des Kindes zulässig und lediglich ein Vergleich zwischen gemeinsamer elterlicher Sorge und alleiniger Elternsorge nach Antrag anzustellen,¹⁵⁸ denn die Regelungsmöglichkeiten des Gerichts sind insgesamt vielfältiger (§§ 1671 Abs. 3, 1666).

¹⁴⁹ So *Palandt/Diederichsen* RdNr. 15 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 99: Kein Vetorecht.

¹⁵⁰ Vgl. dazu aber OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 506, das für den "Durchschnittstypus" eines 14 Jahre alten Kindes eine gewisse Selbstbestimmungsfähigkeit annimmt und dabei § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB aF zum Vorbild wählt.

¹⁵¹ So ausdrücklich *Schwab* FamRZ 1998, 457, 461; aA *Palandt/Diederichsen* RdNr. 15.

¹⁵² *Palandt/Diederichsen* RdNr. 15.

¹⁵³ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 461.

¹⁵⁴ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 461.

¹⁵⁵ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 15.

¹⁵⁶ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 16.

¹⁵⁷ So ausdrücklich *Palandt/Diederichsen* RdNr. 16.

¹⁵⁸ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17 mit dieser Gegenüberstellung.

Verantwortliche Eltern werden sich um verantwortungsvolle Lösungen für ihre Kinder bemühen und vernünftige Hinweise aufnehmen; das Gericht muß zudem Beratungsaufgaben wahrnehmen und Hinweispflichten erfüllen (§ 139 ZPO), dazu auch RdNr. 152 und 153. Störend und ausgesprochen schädlich würde sich dagegen gerade in diesem Zusammenhang die – vielleicht immer noch übliche, aber gerade nach der Entscheidung des BGH¹⁵⁹ so nicht mehr haltbare – Einschätzung auswirken, § 1671 stelle eine bestimmte Rangfolge auf, lege ein bestimmtes Verhältnis von Regel und Ausnahme fest und entscheide sich vorrangig für einen "normativen Regelfall".^{160,161}

- 69 Auch das Verfahren nach **Nr. 2** setzt einen Antrag eines Elternteils voraus, ihm die alleinige elterliche Sorge zu übertragen; ohne diesen Antrag kann keine gerichtliche Entscheidung erfolgen (vgl. aber Abs. 3). Mit dem Antrag ist in der Sache ein **Amtsverfahren** eröffnet, das sich am Kindeswohl orientiert,¹⁶² aber unterhalb der Eingriffsschwelle aus **§ 1666** bleibt.¹⁶³
- 70 **b) Entscheidungskriterien für Nr. 2.** Nach Nr. 2 hat das FamG zu entscheiden, wenn die **Aufhebung** der gemeinsamen elterlichen Sorge geboten ist; zudem muss gerade die Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge oder von Ausschnitten aus ihr an einen Elternteil notwendig werden, denn sonst ist Abs. 3 berufen. "Normativer Vorrang" kommt jedenfalls der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht zu,¹⁶⁴ auch wenn sie durch **§ 1671** (vielleicht) begünstigt wird,¹⁶⁵ dazu gerade RdNr. 68.
- 71 **aa) Kooperations-/Konfliktfähigkeit der Eltern.** Gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung oder der Scheidung der Eltern setzt stets ein Mindestmaß an Verständigungsbereitschaft unter den Eltern, an Kooperations- und **Konfliktfähigkeit**¹⁶⁶ voraus und die ernsthafte Absicht zur gemeinsamen Übernahme von Verant-

¹⁵⁹ BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646.

¹⁶⁰ So *Palandt/Diederichsen* RdNr. 18.

¹⁶¹ Vgl. dazu BGH NJW 2000, 384 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31.

¹⁶² *Palandt/Diederichsen* RdNr. 16.

¹⁶³ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 16.

¹⁶⁴ Vgl. BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und mit Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31; zu weiteren Einzelheiten *Staudinger/Coester* RdNr. 113 f. und 127 f. für das gemeinsame Sorgerecht trotz entgegenstehendem Elternwillen.

¹⁶⁵ Deutlich inzwischen BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31.

¹⁶⁶ Zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 in diesem Zusammenhang OLG Köln FamRZ 2000, 499; die schlichte Äußerung der Parteien, man "könne nicht mehr miteinander reden", und Absprachen seien nur mit Hilfe von Anwälten möglich, soll dagegen nicht ausreichen, die gemeinsame elterliche Sorge aufzulösen und sie auf einen Ehegatten allein zu übertragen, dazu OLG Schleswig NJW-RR 2000, 813; zur fortbestehenden Kooperationsfähigkeit der Eltern als Voraussetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge KG FuR 2000, 269; Streit in Nebenfragen, die unter Einschaltung eines Vermittlers gelöst werden können, reichen nicht aus, um von der gemeinsamen elterlichen Sorge abzugehen, OLG Bamberg NJW 1999, 1873. Fehlt jede Kooperation, kann das ge-

wortung für das Kind. Eigene Standpunkte dürfen dabei nicht schon im Ausgang für sich gesetzt und als unverrückbar richtig gegen jede sachliche Kritik abgeschottert werden; vielmehr ist ihre Relativierung notwendig und ihre Ausrichtung auf die Erfordernisse des Kindes. Abstimmung mit dem jeweils anderen ist ernsthaft zu suchen. Offenheit und gelassene Entgegnung fallen aber in der äußerst konfliktträchtigen Trennungs- und Scheidungsphase besonders schwer. Deshalb ist auch die These, Eltern dürften ihre eigenen Spannungen nicht auf ihr Verhältnis zu den Kindern übertragen, sondern müßten für eine strenge Sonderung der einzelnen Bereiche sorgen, kurzschlüssig und verkennt die Zusammenhänge. Der persönlich "entwertete" Partner kann eben auch für die nötige Zusammenarbeit für die Kinder nicht mehr in der gebotenen Form wahrgenommen werden und/oder erscheint insgesamt wenig verlässlich. Dabei verlaufen die Entwicklungen ohne bewußtes Zutun und sind jedenfalls schwer steuerbar. Manche Entfremdung mag selbstverständlich erscheinen, und manche Entwicklung ist für das Kind auch (eher) folgenlos. Nehmen Haß und Ablehnung unter den Eltern nach der Trennung aber noch zu, und dabei kann ein besonders streitig geführtes Scheidungsverfahren mit seinen Verschärfungen seinen eigenen Beitrag leisten, wird die elterliche Sorge kaum für beide gemeinsam fortbestehen können; sie ist dann auf Antrag einem Elternteil allein oder in Ausschnitten zu übertragen, wenn nicht nach Abs. 3 zu entscheiden ist.

- 72 Ist ein Elternteil bereits Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts für ein Kind, muß bei der Frage, ob ihm nun das alleinige Sorgerecht eingeräumt werden soll, berücksichtigt werden, daß er nach § 1687 Abs. 1 S. 2 für Angelegenheiten des täglichen Lebens für das Kind allein entscheiden kann.¹⁶⁷ Soll der andere Elternteil vom Sorgerecht ausgeschlossen werden, ist aber auch hier konkreter, nachprüfbarer **Tatsachenvortrag** erforderlich,¹⁶⁸ denn beide Elternteile können sich auf verfassungsrechtliche Garantien berufen, **Art. 6 GG**.
- 73 **bb) § 1671 Abs. 4 aF** nach der **Entscheidung** des **BVerfG**. Für § 1671 (nF) spielen die vom BVerfG¹⁶⁹ zu § 1671 Abs. 4 aF entwickelten Kriterien für den Fortbestand der elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung (immer noch) eine Rolle, dazu RdNr. 5, obwohl sich die gesetzliche Neufassung von der früheren Regelung deut-

meinsame Sorgerecht nicht aufrechterhalten werden, dazu auch OLG Düsseldorf NJW 1999, 2682, ebenso OLG Bamberg NJW 1999, 3495.

¹⁶⁷ OLG München NJW 2000, 368.

¹⁶⁸ OLG München NJW 2000, 368 und *Oelkers* § 1 RdNr. 214 mit Nachw.

¹⁶⁹ NJW 1983, 101; zur Erinnerung: Das BVerfG verlangte, dass jeder Elternteil für sich zur Ausübung der elterlichen Sorge geeignet und bereit sein muss, gegen eine Übertragung der elterlichen Sorge auf ihn aus Sicht des Gerichts keine Einwände bestehen und sich die von den Eltern abgesprochene Lösung vor dem Kindeswohl bewähren muss, wobei die sachlichen Gesichtspunkte weiterhin wichtig sind, die gemeinsame Elternentscheidung aber nach der Neuregelung von § 1671 nicht (mehr) notwendig ist.

lich unterscheidet. Allerdings ist die gemeinsame **Absicht**¹⁷⁰ der Eltern unerheblich, weiterhin in Absprache und Verantwortung die elterliche Sorge gemeinsam ausüben zu wollen, eine erkennbare Schwäche der früheren "Lösung", für die sich das BVerfG eingesetzt hatte.¹⁶⁹ Gesichtspunkte des Kindeswohls sind vielmehr vorrangig. Entschiedener **Widerstand** und die erklärte und praktizierte Verweigerung jeder Zusammenarbeit läßt die gemeinsame elterliche Sorge aber scheitern. Keineswegs sicher ist dann aber, daß die alleinige Elternsorge dem Elternteil zu übertragen ist, der sie für sich erstrebt und mit dem anderen nichts zu tun haben will; denn gerade durch dieses Verhalten kann er sich als erziehungsunfähig erwiesen, so daß elterliche Befugnisse dem anderen, kooperationsbereiten und (eher) konfliktfähigen Teil einzuräumen sein können. Andererseits verliert ein Elternteil mit seiner stark ablehnenden Haltung gegenüber dem anderen nicht ohne weiteres den Vorrang, den er sonst hat, nur weil er in diesem Teilbereich versagt,¹⁷¹ vgl. auch RdNr. 89.

- 74 **cc) Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf den Antragsgegner.** Stets muß für eine Entscheidung nach Nr. 2 die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil geboten sein, **Verhältnismäßigkeitsgrundsätze**. Die Zuweisung von Sorgebefugnissen auf den Antragsgegner¹⁷² gegen seinen **Widerspruch** scheidet dagegen (in aller Regel) aus, selbst wenn § 1626 Abs. 1 S. 1 die **Pflichtenseite** elterlicher Verantwortung besonders betont und in den Vordergrund rückt,¹⁷³ zu Einzelheiten schon RdNr. 60.
- 75 **dd) Zweckmäßigkeitserwägungen.** Für eine gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge reicht jedenfalls nicht die Feststellung, ein Elternteil sei für das Kind "besser", sondern sämtliche Einzelheiten sind - von Amts wegen - zu ermitteln und zu überprüfen und auf das Wohl des Kindes in nachvollziehbarer Form zu beziehen.¹⁷⁴ Streiten die Eltern um ihre Erziehungskompetenz, müssen die von ihnen genannten Tatsachen deshalb aufgeklärt und ihre Folgerungen überprüft wer-

¹⁷⁰ Kritisch zu diesem Punkt *Schwab FamRZ* 1998, 457, 463; die Begründung in BT-Drucks. 13/4899 S. 62 ist wenig überzeugend, denn das FamG hat die Möglichkeit, sich im Verfahren ein eigenes Bild zu verschaffen und unterstützend tätig zu werden, vgl. dazu auch *Bergmann/Gutdeutsch FamRZ* 1999, 422, vgl. im übrigen § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO.

¹⁷¹ S. Fn. 169.

¹⁷² OLG Karlsruhe *EzFamRaktuell* 1999, 66.

¹⁷³ Diesen Gesichtspunkt rückt OLG Karlsruhe *EzFamRaktuell* 1999, 66 in den Vordergrund. OLG Karlsruhe *EzFamRaktuell* 1999, 66 behandelt letztlich auch eine besondere Situation - das "Kind" war 17 Jahre alt und lebte wohl bei keinem Elternteil zusammenhängend, hatte sich aber in "seiner Not" an seinen Vater gewandt, der "helfen wollte" (also kein ganz unterschiedener Widerstand); im übrigen wäre Heimunterbringung oder betreutes Wohnen in Betracht gekommen, und wie die Dinge dann tatsächlich im weiteren Verlauf gehandhabt worden sind, sagt das OLG Karlsruhe nicht; zu weiteren Einzelheiten zu diesem Punkt vgl. die Ergebnisse des Arbeitskreises 16 des 13. DFGT, *Brühler Schriften zum Familienrecht* Bd. 11 S. 116-

¹⁷⁴ Dazu *Palandt/Diederichsen RdNr.* 16 und OLG München *NJW* 2000, 368.

den.¹⁷⁵ Wie sonst steht dem Gericht kein "**Auswählermessen**" zu.¹⁷⁶ Weitergehende Eingriffe in Elternbefugnisse können nur unter den Voraussetzungen aus Abs. 3 oder nach § 1666 erfolgen.¹⁷⁷ Fehlende Umgangstoleranz eines **Elternteils** liefert Anzeichen für Erziehungsdefizite, die sich auch bei der Zuweisung der elterlichen Sorge auswirken können.¹⁷⁸ Stets spielt aber § 1687 mit seiner internen Verteilung eine Rolle.¹⁷⁹ Weitere Streitigkeiten sollten daher gar nicht erst aufkommen können. Doch können ständige Auseinandersetzungen dabei umgekehrt dazu führen, die elterliche Sorge nicht für beide fortbestehen zu lassen, sondern sie einem Elternteil allein zuzuweisen. Denn ihnen gelingt schon in unbedeutenden Nebenfragen keine Einigung,¹⁸⁰ und für ihre Zusammenarbeit ist wie stets eben ein (gewisser) **Grundkonsens**¹⁸¹ notwendig, vgl. auch RdNr. 83. Reibereien¹⁸² oder/und in **Nebenpunkten** der elterlichen Sorge stellen dagegen zwar nicht die grundsätzliche Fähigkeit der Eltern in Frage, für die Kinder in gemeinschaftlicher Verantwortung zu sorgen. Übersteigen die Auseinandersetzungen aber ein gewisses Maß, kann dies wiederum zu Belastungen führen, die für das Kindeswohl insgesamt nachteilig sind, selbst wenn jede Einzelheit für sich nicht sonderlich wichtig erscheint. Dann ist der Alleinsorge der Vorzug zu geben.¹⁸³ Auch Teilbereiche der gemeinsamen Elternsorge können bei ständigem Streit kaum "aufrechterhalten" werden.¹⁸⁴ Doch kann die gemeinsame elterliche Sorge in einer solchen Situation zumindest dann fortbestehen, wenn Entscheidungsbefugnisse nach § 1687 ausreichen¹⁸⁵ und Gefährdungen für das Kindeswohl (eher) ausscheiden oder unbedeutend erscheinen.

76 **ee) Regelung der elterlichen Sorge für einen Elternteil.** Für die Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil auf seinen Antrag kann die fehlende Bereitschaft beider zu jeder vernünftigen **Zusammenarbeit** sprechen,¹⁸⁶ wenn ihm bei

¹⁷⁵ OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2001, 59, 60.

¹⁷⁶ OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

¹⁷⁷ OLG Hamm ZfJ 1999, 226.

¹⁷⁸ OLG Hamm ZfJ 1999, 226.

¹⁷⁹ OLG Nürnberg FuR 1999, 334 (bei Streitigkeiten der Eltern um das Umgangsrecht - ist das aber eine Nebensache?); OLG München NJW 2000, 368.

¹⁸⁰ KG FamRZ 1999, 737.

¹⁸¹ KG ZfJ 1999, 395; mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31 zu BGH NJW 2000, 203.

¹⁸² Erste Übersicht bei *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17; vgl. im übrigen *Schwab* FamRZ 1998, 457, 458 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 63.

¹⁸³ BT-Drucks. 13/4899 S. 63, wiedergegeben auch bei *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463; vgl. im übrigen BGH FamRZ 1999, 1646; anders in der Gewichtung OLG Hamm FamRZ 2000, 26; vgl. auch *Bode* FamRZ 1999, 1400 (zu Vermittlungslösungen).

¹⁸⁴ KG ZfJ 1999, 395.

¹⁸⁵ OLG Stuttgart FamRZ 1999, 1596.

¹⁸⁶ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463, dabei kann gerade die eigene Antragstellung schon ein wichtiger Hinweis auf fehlende Kooperationsbereitschaft sein, dazu *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 37 (ohne daß der Antragsteller nun die Dinge in dieser Form allein nach seinem Willen festlegen kann); umgekehrt lastet auf ihm aber auch kein Rechtfertigungsdruck, seinen eigenen Antrag nun unbedingt besonders be-

der Abwägung nach Gesichtspunkten des Kindeswohls ein deutlicher Vorrang zukommt. Ohnehin lässt sich "Gemeinsamkeit nicht verordnen",¹⁸⁷ ist aber Voraussetzung für die Übernahme von Verantwortung für das Kind, selbst wenn Elternschaft und Partnerschaft zu trennen sind,¹⁸⁸ getrennt werden sollten,¹⁸⁹ aber letztlich nicht getrennt werden können.¹⁹⁰ Doch rechtfertigt die abgebrochene **Verständigung** zwischen den Eltern noch nicht allein die "Annahme von **Erziehungsunfähigkeit**".¹⁹¹ Notwendig sind stets schwere Störungen oder Verweigerungshaltungen,¹⁹² die sich auf die Entwicklung des Kindes auswirken. Sicherlich sind Eltern zum Konsens verpflichtet, und sie haben dafür zu sorgen, ihre Partnerkonflikte zu bearbeiten und von ihren Aufgaben als Eltern zu trennen,¹⁹³ aber ihr Verhalten steht nicht im Mittelpunkt, sondern die Erziehung des Kindes und seine glückliche und ungestörte Entwicklung. Dabei können auch die nach § 17 SGB VIII anzubietenden Hilfen eine Rolle spielen; jedenfalls ist elterliche Aufgabe, entspr. Hilfeangebote zu nutzen.¹⁹⁴ So erscheint selbst die Auffassung, verweigerte Kooperation dürfe nicht zur Folge haben, nun den anderen aus der elterlichen Verantwortung verdrängen zu "dürfen", nicht richtig,¹⁹⁵ denn nicht dieser Elternteil ist vor Verlusten zu schützen, sondern (nur) das Kind.

gründen zu müssen, so daß aus der Tatsache, keine überzeugenden Anhaltspunkte liefern zu können, nun nicht seinerseits fehlende Erziehungseignung gefolgert werden kann, *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 39; vgl. dazu OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1157 und OLG Köln EzFamRaktuell 2000, 115; OLG Hamm EzFamRaktuell 2000, 198.

¹⁸⁷ Dazu BT-Drucks. 13/4899 S. 63.

¹⁸⁸ Vgl. die Nachw. bei *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17.

¹⁸⁹ AG Offenbach KindPrax 1999, 98.

¹⁹⁰ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17; skeptisch von vornherein *Oelkers* FuR 1999, 349, 352 f.; OLG Zweibrücken NJW 1998, 3786.

¹⁹¹ OLG Zweibrücken NJW 1998, 3786; OLG München FamRZ 1999, 1006.

Zur Verpflichtung der Eltern, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, in Angelegenheiten, die für das Kind bedeutsam sind, Konsenz zu suchen und zu einer Einigung zu gelangen, vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei *Weber* NJW 2001, 1320, 1322 f.

¹⁹² KG ZfJ 1999, 395.

¹⁹³ OLG Zweibrücken NJW 1999, 3786 und OLG München FamRZ 1999, 1006; offensichtlich zustimmend *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17, viel zurückhaltender *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463.

¹⁹⁴ OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 957.

¹⁹⁵ Dazu AG Chemnitz FamRZ 1999, 321 und *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17; etwas vorsichtiger OLG Karlsruhe EzFamRaktuell 2000, 30 (31) - mangelnde Kooperationsbereitschaft gebietet nicht "zwangsläufig" eine Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts, sondern zu prüfen ist, ob so Belange des Kindes berührt werden. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.11.1999, 5 UF 88/99 leitet aus der vorrangigen Elternautonomie eine beschränkte gerichtliche Entscheidungsbefugnis erst für den Fall ab, daß eine Einigung überhaupt nicht gelingt; zuvor allerdings müssen die Eltern die aus § 17 SGB VIII "abzuleitenden Hilfen" angenommen und entspr. Versuche nachgewiesen haben; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.7.1999, 1 UF 345/98 mit ausf. Begründung (abrufbar über www.olgfamsen.de).

- 77 (1) **Häme** und besondere **Gemeinheit** bei und in der Auseinandersetzung zwischen den Partnern und/oder im **Sorgerechtsstreit**¹⁹⁶ gewinnen eigenes Gewicht, denn Auswirkungen auf das Kind und seine Entwicklung, das alle Einzelheiten miterlebt, sind nahezu zwangsläufig. Solche Hässlichkeiten können gegen den Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge sprechen, aber auch gegen die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf den Elternteil, dem sie zuzurechnen sind. Sachfremde Überlegungen und Motive bei der Antragstellung sind ebenfalls zu erfassen, etwa die Verklammerung mit dem Partner und die weiterhin versuchte Annäherung, die vom anderen entschieden abgelehnt wird.¹⁹⁷ So kann sich die fehlende Eignung eines Elternteils zur Übernahme elterlicher Verantwortung gerade aus seiner besonders hasserfüllten Einstellung zum anderen Partner ergeben,¹⁹⁸ ohne dass eine gewisse **Distanzierung** für sich schon schädlich sein müsste. Offene **Entwertungen** und **Abfälligkeiten**¹⁹⁹ vielleicht sogar in Gesprächen mit dem Kind stellen Erziehungsfähigkeit aber zumindest in Frage.
- 78 Schlüsse aus dem Verhalten der Eltern in der Vergangenheit auf die überschaubare Zukunft sind zulässig und geboten,²⁰⁰ wobei Gespräche und Eindrücke aus diesen Gesprächen im Verfahren wichtig werden können.²⁰¹ Andererseits zieht die Weigerung, an einem **Sorgeplan** mitzuarbeiten, nicht notwendig die **Erziehungsfähigkeit** und -eignung eines Elternteils in Zweifel;²⁰² für diese Haltung mögen "gute Gründe" bestehen, und ein Sorgeplan ist zwar häufig sinnvoll, aber nicht immer notwendig oder nur geboten. Können sich Eltern nicht über den **gewöhnlichen Aufenthalt** des Kindes einigen, kann eine gerichtliche Entscheidung erfolgen; haben die Eltern sonst keine Streitpunkte und wünscht jeder herzlichst, dass das Kind bei ihm lebt, sollte die gemeinsame elterliche Sorge sonst fortgeführt werden, wenn sich diese Lösung begründen lässt²⁰³ oder zumindest nichts gegen sie spricht, so dass der gerichtliche Eingriff auf das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** beschränkt bleibt.
- 79 (2) **Gleichgültigkeit** (in gewissem Umfang) kann Entscheidungsmerkmal werden, muss aber nicht wesentlich sein, wenn Eltern sonst zusammenarbeiten können und ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit und Interesse vorhanden ist. Denn ein Elternteil

¹⁹⁶ Zu wechselseitigen Strafanzeigen OLG Nürnberg NJWE-FER 1999, 234.

¹⁹⁷ OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40 und *Staudinger/Coester* RdNr. 133.

¹⁹⁸ BGH NJW 1985, 1702.

¹⁹⁹ Parental Alienation Syndrome, doch werden so die Zusammenhänge eher verkürzt (oder verborgen), dazu OLG Brandenburg ZfJ 1998, 28 mit umfangreichen Nachw.; OLG Frankfurt EzFamRaktuell 1999, 373; Übersicht bei *Ursula Schröder* FamRZ 2000, 592; zum PAS auch *Jopt/Behrend* ZfJ 2000, 223 und 258; vgl. zudem KG FamRZ 2000, 1606, 1607. Zum PAS - bei Besuchsbefugnissen - ausführlich *Staudinger/Rauscher* § 1684 RdNr. 37 f. mit vielen Nachw.

²⁰⁰ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463.

²⁰¹ *Bergmann/Gutdeutsch* FamRZ 1999, 422; vgl. auch *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463.

²⁰² *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463.

²⁰³ Anders wohl aber *Schwab* FamRZ 1998, 457, 463.

kann für das Kind eher weniger wichtig bleiben, während der andere für die alltägliche Erziehungsarbeit zuständig war und ist. Oft haben sich die Eltern für dieses "Modell" schon vor der Trennung entschieden, und dann sind keine weiteren Änderungen notwendig. Motivlage und tatsächliche Hintergründe entziehen sich einer Bewertung von außen zudem fast notwendig. Im Verfahren verändern sich die Dinge manchmal ganz entscheidend, und ein Elternteil, dem sein bisheriges Desinteresse²⁰⁴ vorgeworfen wird, kann an der weiteren Entwicklung seines Kindes nun besonders "interessiert" sein oder zumindest Interesse vorgeben.²⁰⁵ Erkennbare **Zurückhaltung** ist andererseits kein Zeichen von **Verantwortungslosigkeit**; Verzicht kann wohlbedacht sein, und Elternstile sind oft unterschiedlich.

- 80 **(3) Untätigkeiten. Untätigkeit** eines Elternteils für das Kind über einen gewissen Zeitraum und die faktische Übernahme der Verantwortung durch den anderen können ausreichen, diese Regelung für die Zukunft beizubehalten²⁰⁶ und den untätigen Teil von Elternbefugnissen (weitgehend) auszuschließen, zur "Gleichgültigkeit" vgl. RdNr. 79.
- 81 **(4) Äußere Lebensverhältnisse.** Wichtig sind die äußeren **Lebensverhältnisse**, wenn auch nicht allein ausschlaggebend. So kann die weite räumliche **Entfernung** der Eltern gemeinsame Elternverantwortung erschweren, vor allem bei Kleinkindern, aber auch erleichtern. Manchmal trägt größerer Abstand sogar erheblich zur Beruhigung bei.
- 82 **(5) Vorbildfunktion.** Kann ein Elternteil für Kinder kein **Vorbild** sein und für sie angemessenes, altersgerechtes **Sozialverhalten** entwickeln, kann ein Eingriff in sein Sorgerecht in Frage kommen, so dass die elterliche Sorge dem anderen zu übertragen ist.²⁰⁷ Nur wenn dieser Elternteil vorhandene Mängel ausgleichen kann, ist der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge erwägenswert.
- 83 **(6) Fehlende Kooperationsfähigkeit/Kooperationsbereitschaft.** Fehlt jede **Kooperationsfähigkeit** und **-bereitschaft** unter den Eltern, kann die gemeinsame elterliche Sorge selbst dann keinen Bestand haben, wenn ein Partner sich verweigert, der andere aber seine guten Absichten und Bereitschaft zur Zusammenarbeit be-

²⁰⁴ Staudinger/Coester RdNr. 142.

²⁰⁵ Dazu Schwab FamRZ 1998, 457, 463; schwere Verletzungen der Unterhaltspflicht können nach Oelkers bei der Sorgerechtsentscheidung eine Rolle spielen, dazu § 1 RdNr. 218 – aber die einzelnen Bereiche sollten voneinander getrennt werden.

²⁰⁶ Lüderitz RdNr. 929 im Anschluß an OLG Frankfurt FamRZ 1996, 889 und OLG Bamberg FamRZ 1997, 48; *Jahr-Bendges Streit* 1995, 151.

Neigt die Mutter "immer wieder dazu", die Kinder ohne ausreichende Betreuung und Aufsicht zu lassen und verhält sich sonst willkürlich, muss sie gerichtliche Eingriffe in ihr Sorgerecht hinnehmen, OLG Frankfurt Kindeswohl 2001, 21 (entschieden in einem Pflegekindfall für einen Rückführungsantrag nach § 1632 Abs. 4).

²⁰⁷ BayObLG FamRZ 1999, 179, 180 für Roma; deutlich auch OLG Oldenburg FamRZ 1999, 38.

tont.²⁰⁸ Meist sind die Zusammenhänge ohnehin komplexer, und zudem wird die Seite, die im Verfahren zu "verlieren" droht, schon aus vordergründiger Prozeßtaktik zur Beschönigung neigen. Anders ist zu entscheiden, wenn **Streit** und **Mißgunst** der Parteien (eher) **Nebensächlichkeiten**²⁰⁹ betreffen, die sich für die Entwicklung des Kindes nicht nachteilig auswirken oder die anders geregelt werden können. Ist die **Erziehungsfähigkeit** eines Elternteils im Kern berührt, können Streitigkeiten um **Nebensächlichkeiten** hingegen schon ausreichen, die gemeinsame elterliche Sorge für sie scheitern zu lassen,²¹⁰ denn insoweit ist auch das Kind in seiner Entwicklung gefährdet. Anhaltspunkt kann dabei sein, dass sich die Eltern bisher mehrmals in wichtigen Erziehungsfragen, vgl. § 1628 Abs. 1, nicht einigen konnten und (sogar) gerichtliche Verfahren geführt haben, selbst wenn jeder Punkt für sich nicht ganz wesentlich geworden ist.²¹¹ Streiten sich die Eltern um ihre **Erziehungskompetenz**, reicht nicht die "bloße Feststellung" ohne weitere Ermittlungen durch das Gericht aus; vielmehr müssen - wie sonst - im einzelnen ihre Gründe aufgeklärt und bewertet werden, um eine sichere Grundlage zu finden.²¹²

84 § 1687²¹³ kann bei der Abwägung bedeutsam werden. Insgesamt verbietet sich allerdings - wie sonst bei Elternstreitigkeiten und einer gerichtl. Entscheidung nach § 1671 - jede Bagatellisierung, etwa mit der (eher falschen) Vorstellung, Eltern, die sich trennen, lebten meist im Streit miteinander, und dabei sei ein gewisses Maß an gegenseitiger Abneigung und Entwertung (fast) selbstverständlich²¹⁴ (**Parental Alienation Syndrome - PAS**). Denn im Mittelpunkt steht das Kind

²⁰⁸ Dazu OLG Stuttgart FamRZ 1999, 1596 und OLG Dresden FamRZ 1999, 324. Sehr ausführlich zu diesen Gesichtspunkten auch *Oelkers* § 1 RdNr. 201 f. mit weiteren Nachw.; vgl. auch *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 127 f. mit Nachw.; BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646 mit Bspr. *Born* FamRZ 2000, 396 und Anm. *Coester* DEu-FamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31; sehr kritisch *Bode* FamRZ 2000, 478; vgl. im übrigen OLG Köln FamRZ 499; AG Hamburg FamRZ 2000, 499; OLG Dresden FamRZ 2000, 501; OLG Hamm FamRZ 2000, 501 (massive körperliche Auseinandersetzungen unter den Eltern teilweise in Anwesenheit des Kindes); KG FamRZ 2000, 502; KG FamRZ 2000, 504; KG FamRZ 2000, 504/505; AG Ratzeburg FamRZ 2000, 505 (Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge, obwohl der Vater Alkoholprobleme hat und der Mutter für das Kind keinen Unterhalt zahlt - die Eltern haben sich sonst aber gut verstanden, hatten keinen Streit und konnten für das Kind "vernünftig" zusammenarbeiten, wobei auch das Jugendamt stets eingeschaltet war).

²⁰⁹ Dazu *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17; die Abgrenzung ist schwierig, vgl. auch OLG Oldenburg FamRZ 1998, 1464 und gleich im folgenden; besonders skeptisch *Born* FamRZ 2000, 396, 398; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 507.

²¹⁰ Das ist anerkannt, dazu OLG Bamberg NJW 1999, 1873; vgl. auch OLG Dresden FamRZ 1999, 324 und 1156; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1157 und 1598; OLG Hamm FamRZ 1999, 1597; sehr entschieden BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646.

²¹¹ Vgl. dazu OLG Karlsruhe, NJW-RR 2001, 507, 508.

²¹² OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2001, 60.

²¹³ Vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 38 und OLG München NJW 2000, 368.

²¹⁴ OLG Brandenburg NJWE-FER 1998, 223 = FamRZ 1998, 1047 (mit sehr umfangreicher Begründung); dazu im übrigen *Kodjoe/Koepfel* DAVorm. 1998, 9 und *Kopatsch* ZfJ

und seine Entwicklung, auf die die Auseinandersetzungen der Eltern zu beziehen sind.

- 85 **(7) Gewalttätigkeiten** gegen den Partner schon während des Zusammenlebens werden dazu führen (müssen), die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben, vor allem dann, wenn sie das Kind selbst miterlebt hat. Häufig setzen sich diese Streitereien nach der Trennung fort; wer dazu neigt, sich bei Differenzen mit Gewalt durchzusetzen, hat kaum eigene **Konfliktfähigkeit** entwickelt und wird sie daher auch nicht weitergeben können.
- 86 **(8) Missbrauch der elterlichen Sorge.** Missbraucht ein Elternteil seine elterliche Sorge, sind (sogar) Eingriffe nach § 1666 geboten, vgl. dort RdNr. 58 ff., wenn Befugnisse nicht schon nach Nr. 2 auf den anderen Elternteil allein übertragen werden können und gerichtliche Anordnungen insoweit ausreichen; zu Besuchsbefugnissen und **sexuellem Mißbrauch** vgl. § 1684 RdNr. 63 und § 1666 RdNr. 61. Stets muss verhindert werden, dass "das Fortbestehen des gemeinsamen Sorgerechts als Mittel zur Fortsetzung von Bedrückung und Qual des Vaters gegen die Mutter oder umgekehrt"²¹⁵ eingesetzt wird. Gerichtsfeste Nachweise sind allerdings notwendig,²¹⁶ aber manchmal schwer zu führen; im übrigen ist die **Dunkelziffer** hoch.²¹⁷ Jedenfalls hat das Gericht die Dinge von Amts wegen zu ermitteln und aufzuklären.²¹⁸ Meist wird ein Sachverständigengutachten einzuholen sein; bis zu seinem Abschluss sind Maßnahmen zu treffen, die einen möglichen Schaden des Kindes sicher verhindern.²¹⁹ Sicher ist jedenfalls, dass die gemeinsame elterliche Sorge in dieser Situation nicht fortbestehen kann; dazu ist das Misstrauen zwischen den Eltern zu hoch (geworden), zu weiteren Einzelheiten dabei § 1684 RdNr. 63. **Missbrauch** der elterlichen Sorge liegt (auch) vor - wobei das Personensorgerecht insgesamt und beiden Elternteilen entzogen werden kann, **§ 1666 -**, wenn ein Elternteil ein noch minderjähriges Kind mit einem (etwa: albanischen) Partner verheiraten will, das Kind Heirat und Partner jedoch ablehnt und so das Verhältnis zu den Eltern tiefgreifend gestört ist, selbst wenn diese später auf der Heirat nicht mehr ausdrücklich bestehen,²²⁰ zum Missbrauch der elterlichen Sorge im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch der Tochter vgl. § 1666 RdNr. 62 f. mit Nachw.

1998, 246; *Brinck* ZfJ 1998, 287 und zur Entwicklung in der tschechischen Republik *Bakalar* ZfJ 1998, 268.

²¹⁵ So *Schwab* FamRZ 1998, 457, 464.

²¹⁶ Allgemein zu diesem Punkt OLG München NJW 2000, 368; vgl. im übrigen OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2001, 60.

²¹⁷ *Oelkers* § 1 RdNr. 249; *Carl* 1995, 1183, 1185.

²¹⁸ *Oelkers* § 1 RdNr. 249 mit Nachw.

²¹⁹ Vgl. *Oelkers* § 1 RdNr. 249, aber Kontakte sollten zu beiden Elternteilen erhalten werden, zumindest über betreute Besuchsbefugnisse, vgl. § 1684.

²²⁰ OLG Köln NJW-RR 2001, 221, 222.

- 87 **(9) Wille des Kindes.** Wie andere Gesichtspunkte kann der **Wille** des Kindes²²¹ Bedeutung gewinnen, wobei mit zunehmendem **Lebensalter** seine Entscheidung größeres Gewicht erhält, dazu im übrigen RdNr. 49.
- 88 **(10) Aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei Ausländern.** Bei **Ausländern**, die mit einem Deutschen oder in Deutschland aufenthaltsberechtigten Partner verheiratet sind oder in nichtehelicher Verbindung zusammengelebt haben, kann der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge für **aufenthaltsbeendende** Maßnahmen wichtig werden, wenn **Bindungen** zum Kind bestehen, die geschützt und erhalten werden müssen.²²² Umgekehrt können diese Auswirkungen nun ihrerseits bei der Frage eine Rolle spielen, ob die gemeinsame Elternsorge aufzulösen ist, denn nicht einmal **Umgangsbefugnisse**, die für beide Seiten – Kind und Vater/Mutter – wichtig sind, sind sonst gesichert, vgl. im übrigen § 1684 RdNr. 40. Andererseits lässt sich die Kinderschutzklausel, § 1568, mit dieser Begründung (allein) noch nicht zur Anwendung bringen.²²³
- 89 **(11) Behinderungen des Umgangsrechts.** Dauerhafte **Behinderungen** des **Umgangsrechts**²²⁴ des Kindes oder des anderen Elternteils können Hinweise liefern und Anlaß für eine Sorgerechtsänderung sein, wenn dieser Teil insgesamt verlässlicher erscheint und den Umgang fördern will. Hartnäckige Kontaktverweigerung wird allerdings ebensowenig wie nachdrücklich abgelehnte Kooperation in Erziehungsfragen für gemeinsame Kinder einem Partner allein zugeschrieben werden können, so dass allenfalls erste Anzeichen für (mögliche) Erziehungsdefizite deutlich werden.²²⁵ Im Verfahren muß das FamG jedem Hinweis nachgehen;²²⁶ im übrigen ist vorrangig die Frage, über die sich Eltern streiten, zu klären, also der Umgang zu regeln, Verhältnismäßigkeitsgrundsätze, so dass Eingriffe in die Elternbefugnisse lediglich dann erfolgen dürfen, wenn sie unabdingbar notwendig sind. Schlägt jede vernünftige Vermittlung fehl, kann für die gerichtliche Entscheidung der bisherige Anschein ausreichen.^{227,228} Ebenso ist die "**systematische Störung** der Bindungen des Kindes an den anderen Elternteil"²²⁹ zu beurteilen.

²²¹ Schwab FamRZ 1998, 457, 464.

²²² BVerfG FamRZ 1999, 1577, vgl. im übrigen HessVGH FamRZ 2001, 420 und VGH Bad.-Württemberg, FamRZ 2001, 420; Rechtsprechungsübersicht bei Reinecke FPR 2001, 56, 67 und in Streit 2001, 37.

²²³ OLG Köln FamRZ 1998, 827.

²²⁴ Dazu OLG München FamRZ 1997, 45 und OLG Köln FamRZ 1998, 1463 und Heiß/Heiß 9 RdNr. 277 mit Nachw.; OLG Hamm FamRZ 2000, 1239; OLG Frankfurt FamRZ 2001, 638 sowie OLG Düsseldorf FamRZ 2001, 512; vgl. auch OLG Brandenburg ZfJ 2001, 234. Dazu OLG Hamm ZfJ 1999, 226.

²²⁶ Allgemein zu diesem Punkt OLG München NJW 2000, 368.

²²⁷ Zu einem Mißhandlungsfall BayObLG FamRZ 1999, 178.

²²⁸ Vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1999, 38.

²²⁹ Wie hier Palandt/Diederichsen RdNr. 17; aA im Ausgang OLG Bamberg FamRZ 1997, 102, allerdings mit der Einschränkung, daß "Gesichtspunkte der Kontinuität so schwer wiegen, daß die Trennung des Kindes von der Mutter dessen Wohl in massiv-

- 90 **(12) Kindesentführung.** **Kindesentführung** ist ein schwerer Eingriff in Elternrechte und gefährdet und verletzt das Kind, doch schließt sie einen Elternteil nicht für alle Zukunft²³⁰ von der Ausübung der elterlichen Sorge aus. Denn sie kann ebenso Ausdruck überfließender, uneinsichtiger **Zuneigung** zum Kind sein wie Zeichen zunehmender Verzweiflung. **Rückführung** allein sollte aber nicht allein als Nachweis für bessere Einsicht genommen werden, die die Erziehungsfähigkeit eines Elternteils²³¹ belegt.
- 91 **(13) Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppierung/Sekte.** Gehört ein Elternteil zu einer **religiösen Gruppierung** (Fundamentalisten; Freikirchen) oder einer **Sekte**²³² an, kann das seine Erziehungsfähigkeit beeinträchtigen. Dabei hat aber eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der Lebensführung dort zu erfolgen.²³³ Allerdings tragen Kinder zumindest nach einiger Zeit die Vorstellungen ihrer Eltern in sich und vertreten sie selbst, **Art. 4 GG**. Schützende Eingriffe sind wie sonst möglich und/oder geboten, § 1666, dazu dort RdNr. 77 ff., doch auf das notwendige Maß zu beschränken. Deshalb muss die elterliche Sorge nicht selbst entzogen und auf den anderen Elternteil übertragen werden, wenn eine **Bluttransfusion** ansteht, denn gerade sie kann gerichtlich angeordnet werden; bei religiös bedingter Verweigerung oder eine bisher abgelehnten **Krebsbehandlung**²³⁴ ist ebenso zu entscheiden.
- 92 **(14) Politisches Engagement.** **Politisches** oder weltanschaulich geprägtes **Engagement** eines Elternteils spielt für die Regelung der elterlichen Sorge keine Rolle. Anders ist erst zu entscheiden, wenn Grenzen zur für das Kind unerträglichen Indoktrination überschritten werden.
- 93 **(15) Erziehungsstile.** Unerheblich bleiben Besonderheiten des elterlichen **Erziehungsstils**, selbst wenn sie sich von den bisher dem Kind vertrauten Formen deut-

ter Weise beeinträchtigen würde", und so ist das Ergebnis (wohl) auch überzeugend.

²³⁰ Ähnlich *Palandt/Diederichsen* RdNr. 26; vgl. auch OLG Hamm FuR 1998, 410; zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 139; weitere Nachw. bei *Ermann/Michalski* RdNr. 23 aE.

²³¹ Dazu AG Groß-Gerau FamRZ 1991, 1169; vgl. im übrigen OLG Stuttgart FamRZ 1999, 39.

²³² *Palandt/Diederichsen* RdNr. 26 mit einer ersten Übersicht; vgl. dazu im übrigen *Hessler* NJW 1997, 2430 (Zeugen Jehovas) und *Lüderitz* RdNr. 931; weitere Nachw. bei *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 150 f.; zu weiteren Einzelheiten in diesem Zusammenhang *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 59 f.; ausführlich zu diesem Punkt *Staudinger/Coester* RdNr. 193; vgl. auch AG Meschede NJW 1997, 2962 und OLG Oldenburg NJW 1997, 2962.

²³³ Dazu *Oelkers/Kraeft* FuR 1997, 161, 165.

²³⁴ Zu diesen Punkten vgl. *Garbe* FamRZ 1996, 684 in seiner Anm. zu OLG Bamberg FamRZ 1996, 684 - Zeugen Jehovas - und aus der Rspr. OLG Frankfurt FamRZ 1987, 573 - Scientology; OLG Hamm NJWE-FER 1997, 54 - ebenfalls Zeugen Jehovas; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284 - Bhagwan; 4weitere Nachweise bei *Oelkers/Kraeft* FuR 1997, 161; zu weiteren Einzelheiten *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 60 mit Nachw.; nicht ausreichend ist von vornherein allein die Mitgliedschaft eines Elternteils bei den Zeugen Jehovas, dazu OLG Koblenz NJWE-FER 2000, 276.

lich absetzen. Erst bei weiteren Übergriffen können die Dinge anders zu bewerten sein. Bei schweren Verstößen sind Eingriffe nach § 1666 notwendig und geboten. Repressives **Erziehungsverhalten** kann die künftige Entwicklung des Kindes stören,²³⁵ und dann ist die elterliche Sorge dem Elternteil zu übertragen, der mit den Schwierigkeiten des Kindes gelassener umgeht und insgesamt bessere Zukunftschancen bietet; doch müssen die Auswirkungen für die kindliche Entwicklung deutlich sein. Im übrigen gleichen sich die Vorstellungen und Stile beider Elternteile - wie schon zuvor - meist aus.

- 94 **(16) Ausbildungsziele und -inhalte.** Für ihre Kinder bestimmen Eltern **Ausbildungsziele** und **-inhalte**, wobei sie an die allg. Regeln gebunden sind, vgl. dazu § 1631 a. Grober Unverstand, Ehrgeiz eines Elternteils oder die Absicht, über das Kind eigene, aber unerreichte Ziele zu verwirklichen, stellen daher für sich noch kein Hindernis dar, ihm die elterliche Sorge zu übertragen, auch wenn der Einfluß des anderen Partners als Ausgleich fehlt und/oder Maßnahmen nach § 1628 ausscheiden.
- 95 **(17) Körperliche oder geistige Behinderung eines Elternteils.** **Körperliche** oder **geistige Behinderung** eines Elternteils ist (noch) kein Grund, ihn von der elterlichen Sorge auszuschließen, **Art. 3 Abs. 3 GG**. Leiden beide Elternteile an erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die ihre Erziehungsfähigkeit berühren, kann sogar sinnvoll sein, für sie elterliche Verantwortung in ihrer bisherigen Verbindung beizubehalten, um die Belastungen so weit wie möglich zu verteilen²³⁶ und für das Kind auszugleichen. Ist Hilfe notwendig, ist sie zu leisten, und nur wenn die Behinderung ein Ausmaß erreicht, dass Gefährdungen für das Kind naheliegen oder zu erwarten sind, kann eine andere Entscheidung notwendig werden. Jugendämter und öffentliche Einrichtungen sind in dieser Situation im übrigen besonders gefordert.
- 96 **(18) Krankheiten.** Krankheit eines Elternteils allein, beseitigt seine Erziehungseignung ebenfalls nicht, und das gilt auch für AIDS.²³⁷ Drohen aber besondere Gefährdungen für das Kind - **Ansteckung** -, kann zumindest für Übergangszeiten anders zu entscheiden sein, und dann können auch Umgangsbefugnisse ausgeschlossen werden. Im übrigen sind (öffentliche) Hilfen und Unterstützung vorrangig gefordert. Ist langfristig das Kind bei dem anderen Elternteil besser aufgehoben,

²³⁵ OLG Frankfurt FamRZ 1994, 924 - Zeugen Jehovas; zu weiteren Nachweisen *Oelkers* § 1 RdNr. 238 mit sehr ausführlichen Nachweisen in Fn. 309 für Zeugen Jehovas, für Scientology und Bhagwan; vgl. zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 151; zu Lebensbedürfnissen des Kindes, die bei der Zuteilung der elterlichen Sorge nach § 1671 eine Rolle spielen können, vgl. *Johannsen/Henrich/Jaeger* RdNr. 48 f.

²³⁶ OLG Zweibrücken EzFamRaktuell 2000, 378 (denn nur so können sie die elterliche Verantwortung weiterhin ausüben).

²³⁷ Dazu OLG Stuttgart NJW 1988, 2620 und *Palandt/Diederichsen* § 1671 RdNr. 26.

kann die elterliche Sorge ihm zu übertragen sein (spastische Lähmungen, multiple Sklerose u.ä.).

- 97 **(19) Unterschiedliche kulturelle Verwurzelungen.** Unterschiedliche **kulturelle Verwurzelungen** der Elternteile können wesentlich werden, wenn die Verbindung zu einer Kultur für einen Partner, der sie für die Kinder weitergibt, stark prägend wirkt, und dann kann ihm die alleinige elterliche Sorge einzuräumen sein. Anders ist aber zu entscheiden, wenn diese Verbindung für den anderen und für die Kinder weitgehend ihre Bedeutung verloren hat oder vielleicht sogar bedrückend geworden ist;²³⁸ **Staatsangehörigkeitswechsel** oder sonstige äußerliche Maßnahmen sind dagegen bedeutungslos.²³⁹
- 98 **(20) Umzug.** Meist wird ein **Umzug**²⁴⁰ allein für Eltern und Kinder keine weiteren Belastungen mit sich bringen, auch bei der Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland. Doch kann abrupter Wechsel schädlich sein, dann aber wegen dieser Form, nicht wegen der Lebensverhältnisse am neuen Wohnort. **Freizügigkeit** spielt ohnehin ihre eigene Rolle. Erschwernisse bei Besuchen des anderen Elternteils sind zwar zwangsläufig, aber eben unvermeidliche Folge. Gerade bei kleineren Kindern ist **Kontinuität** in der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil wichtiger als der Erhalt des äußeren Lebensumfeldes.²⁴¹ Weigert sich ein Kind, zum Vater ins Ausland zu gehen (etwa: **USA**),²⁴² kommt eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter in Betracht, wobei Kindeswünsche und Kindeswille ausschlaggebend werden können. Die Zugehörigkeit des Heimatstaates zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung kann im übrigen eine Rolle spielen.²⁴³
- 99 **(21) Entführungsgefahren.** Eher abstrakte **Entführungsgefahren**, etwa weil der andere Elternteil Ausländer ist, spielen bei der Regelung der elterlichen Sorge (noch) keine Rolle. Werden diese Gefahren allerdings handfester, kann zumindest das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** dem anderen Elternteil zu übertragen sein. Eingriffe in "Miterziehungsrechte" reichen zwar aus, um **Rückführungsanträge** nach

²³⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 182 für Pakistan.

²³⁹ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 182 - der Vater hat in der Zwischenzeit die dt. Staatsangehörigkeit erworben, wollte aber weiterhin dafür sorgen, daß seine Töchter in "islamisch-traditioneller" Form erzogen werden.

²⁴⁰ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1084; vgl. früher schon - für Italien - BGH FamRZ 1990, 392; eher einschränkend - Portugal - OLG Hamm FamRZ 1999, 394; vgl. auch Art. 8 EMRK, dazu *Palandt/Diederichsen* § 1684 RdNr. 7.

²⁴¹ OLG Köln FamRZ 1998, 1461 und FamRZ 1999, 181; nach AG Detmold FamRZ 2000, 1605 rechtfertigt jedenfalls die Absicht eines Elternteils, ein (sieben Jahre altes) Schulkind für einen längeren Zeitraum (sechs bis sieben Wochen) mit in sein Heimatland (hier: Pakistan) mitzunehmen, um dort Familie und Umwelt kennenzulernen, nicht den Ausschluss des Besuchsrechts unter dem Blickwinkel der Kindeswohlgefährdung.

²⁴² AG Würzburg FamRZ 1998, 1319 (noch zum alten Recht).

dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vorzubringen und durchzusetzen. Sicherer Schutz ist damit allerdings nicht erreicht.

- 100 **(22) Alkoholismus.** Krankhafter Alkoholismus eines Elternteils kann vielfältige Gefahren für die Entwicklung des Kindes mit sich bringen. Deshalb beseitigt nicht einmal die begonnene Behandlung oder Therapie bisher eben fehlende Erziehungseignung.²⁴⁴ Ist die Stabilisierung nachhaltig, sind die Dinge anders zu beurteilen; kann dieser Elternteil dann für sich einen Vorrang bei der notwendigen Abwägung nachweisen, ist ihm die elterliche Sorge einzuräumen, wenn Gefährdungen für das Kind ausgeschlossen sind.
- 101 **(23) Drogenabhängigkeit.** Auch Drogenabhängigkeit läßt einen Elternteil ungeeignet erscheinen, die elterliche Sorge auszuüben.²⁴⁵ Gelegentlicher Haschischkonsum sollte aber anders bewertet werden.²⁴⁶ Beginn einer Therapie ändert an dieser Einschätzung nichts, vgl. zu entspr. Maßstäben bei Alkoholabhängigkeit gerade RdNr. 100.
- 102 **(24) Transsexualität.** Transsexualität²⁴⁷ eines Elternteils ist kein Grund, ihn vom Sorge- und Umgangsrecht mit gemeinsamen Kindern auszuschließen. Diskriminierung wäre schon im Ausgang unzulässig und nähme dem Kind die Möglichkeit, sich mit wichtigen Anteilen seiner Lebensgeschichte auseinanderzusetzen. Sind die Lebensumstände bei diesem Elternteil allerdings sonst problematisch, ist die elterliche Sorge dem anderen einzuräumen.
- 103 **(25) Homosexualität.** Auch Homosexualität²⁴⁸ eines Elternteils schließt ihn nicht von Sorgebefugnissen aus, wobei allerdings sonst schwierige Umstände in der Lebensführung bei ihm zu einem anderen Ergebnis führen können. In der eingetragenen Lebenspartnerschaft ist dem Lebenspartner inzwischen eine Beteiligung am Sorgerecht des anderen eingeräumt, **kleines Sorgerecht**, und schon diese gesetzge-

²⁴³ AG Würzburg FamRZ 1998, 1319, 1320; vgl. dazu auch den Vorentwurf eines Eur. Übereink. über den Umgang mit Kindern (Stand März 2001), BMJ I A 2 - 9311/29-1-13679/2001.

²⁴⁴ Zu Einzelheiten in diesem Zusammenhang *Salzgeber* FuR 1991, 324; Übersicht auch bei *Oelkers* § 1 RdNr. 221 mit Nachw.; zur Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge trotz erheblicher Alkoholprobleme des Vaters (der im übrigen keinen Unterhalt für das bei der Mutter lebende Kind zahlt) AG Ratzeburg FamRZ 2000, 505 (weil die Eltern sich in allen Punkten sonst einig waren).

²⁴⁵ Dazu *Staudinger/Coester* RdNr. 183, insbesondere zur Rückfallgefahr und zur "Trennungsbedingtheit" des elterlichen Verhaltens, dazu auch KG FamRZ 1983, 1159, 1161.

²⁴⁶ Dazu OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 1019 = NJWE-FER 1999, 235 und (zustimmend zu dieser Entscheidung) *Oelkers* § 1 RdNr. 221.

²⁴⁷ Ausführlich dazu *Staudinger/Coester* RdNr. 185.

²⁴⁸ Als Beispiel AG Mettmann FamRZ 1985, 529 - lesbische Mutter; zur Geschlechtsumwandlung vgl. auch OLG Schleswig FamRZ 1990, 433 und *Luthin* FamRZ 1990, 435; zu beiden Punkten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 153; vgl. auch *Staudinger/Coester* RdNr. 184 ("problematisch").

berische Grundentscheidung beweist, dass Gleichgeschlechtlichkeit kein Hinderungsgrund bei der Ausübung elterlicher Sorge sein kann.²⁴⁹

- 104 **(26) Neue Partnerschaft.** Ist ein Elternteil eine neue Partnerschaft eingegangen, können zusätzliche Spannungen entstehen,²⁵⁰ doch kann sie auch entlastend wirken. Jedenfalls ist sie für seine Erziehungsfähigkeit bedeutungslos, auch wenn sich der andere, verletzte Teil hartnäckig sträubt. Sind die Kontakte des Kindes zu diesem Partner nachhaltig schlecht oder wird er grundsätzlich abgelehnt, kann ein **Sorgerechtswechsel** dagegen in Frage kommen, wenn der andere Elternteil erziehungsfähig ist.
- 105 **(27) Wiederheirat eines Partners.** Plant ein Partner die **Heirat**²⁵¹ mit einem neuen Partner, sind seine Absichten für die Regelung der elterlichen Sorge ohne Auswirkungen. Lehnt das Kind den (vorgesehenen) Ehepartner dagegen nachhaltig ab und sind deshalb Gefährdungen für seine Entwicklung zu befürchten, ist die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn sonst nichts gegen ihn spricht und das Kind bei ihm eine glückliche Entwicklung finden kann. Bei **Wiederheirat** kann unter denselben Voraussetzungen ein Sorgerechtswechsel in Betracht kommen.
- 106 **(28) Abstammungsfragen.** Im Sorgerechtsverfahren hat das FamG die **Abstammung** des Kindes vom Vater nicht zu klären. Sind **Anfechtungsfristen** verstrichen und haben beide Eltern das Kind bisher wie ihr eigenes Kind behandelt, ist die Entscheidung nach den üblichen Bestimmungen und Abwägungskriterien zu treffen. Bestreitet der "Vater" seine **Vaterschaft**, wird er schon mangels Bereitschaft bzw. Eignung zur Übernahme der Erziehungspflichten zur Ausübung von Sorgebefugnissen ausscheiden.²⁵² Hält er aber an seiner Elternposition fest, ist der Konflikt zwischen sozialer und genetischer bzw. biologischer Elternschaft aufzulösen; bleiben Zweifel, gewinnt die "soziale", gelebte Elternschaft ihr Übergewicht, und selbst bei **Offenkundigkeit** der (fehlenden) Abstammung fallen die Ergebnisse nicht anders aus, denn mit **Fristablauf** ist das Kind mit allen Folgen als eheliches Kind seiner Eltern zu behandeln. In ihre Familie war das Kind früher einge-

²⁴⁹ Zu Einzelheiten dabei vgl. *Schwab FamRZ* 2001, 385, 394.

²⁵⁰ Beispiel AG Heidelberg *FamRZ* 1999, 1660 - der Ehemann hat im Sorgerechtsstreit die Behauptung aufgestellt, seine Frau unterhalte schon seit längerer Zeit "Beziehungen zu einem Mann aus dem Rotlichtmilieu;" vgl. auch *Erman/Michalski RdNr.* 23 - bei "schlechtem Verhalten" des neuen Partners/ Ehepartners können wichtige Einwände entstehen, die elterliche Sorge gerade diesem Elternteil zu übertragen. Grundsätzlich ohne Bedeutung ist auch die Wiederheirat eines Elternteils oder beider Eltern, zu Einzelheiten *Erman/Michalski RdNr.* 36, vgl. gleich *RdNr.* 105.

²⁵¹ Vgl. zu Einzelheiten *Staudinger/Coester* § 1696 *RdNr.* 86 mit Nachw.

²⁵² Entschieden anders die Voraufl. *RdNr.* 46 mit Nachw., zumindest bei offenkundig fehlender Abstammung, dann Art. 6 GG für die Mutter, aber wann liegt Offenkundigkeit schon vor?

Zum Abstammungsstreit vgl. auch *Staudinger/Coester RdNr.* 186.

gliedert, ohne daß der Mutter nun bei der Regelung der elterlichen Sorge ein Vorrang zukäme und sie den Vater verdrängen könnte.

- 107 **(29) Anfechtung der Vaterschaft.** Erklärt ein anderer Mann mit Zustimmung der Mutter des Kindes und des Ehemannes, der zur Zeit der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet war, nach § 1599 Abs. 2 S. 2 sein Anerkenntnis der Vaterschaft oder wird die Zuordnung des Kindes zum Ehemann durch **Anfechtung** beseitigt, kann, wenn zuvor keine Entscheidung nach § 1671 "für" die Mutter ergangen war, die gemeinsame elterliche Sorge der Eheleute fortbestehen,²⁵³ wenn dies sonst möglich ist. Im übrigen kommt eine **Abänderung** der Sorgeentscheidung in Betracht, § 1696, wenn sich die Ehepartner auf die gemeinsame elterliche Sorge verständigen und dartun können, daß sie dem Wohl des Kindes entspricht.²⁵⁴ Ist oder bleibt die Vaterschaft angefochten, kann, solange die Mutter den Vater nicht heiratet, die elterliche Sorge nur ihr übertragen werden.
- 108 **(30) Partnerlosigkeit.** Partnerlosigkeit ist für die Sorgerechtsregelung unwichtig, und häufiger **Partnerwechsel** kann, muß aber nicht gegen die **Bindungsfähigkeit** dieses Elternteils sprechen und kann im übrigen unwichtig sein, wenn das Verhältnis zum Kind selbst intakt ist.
- 109 **(31) Geschwisterbindungen.** Wie sonst sind Geschwisterbindungen²⁵⁵ zu beachten, dazu RdNr. 42 und 45; zum Alter und Geschlecht des Kindes vgl. RdNr. 112.
- 110 **(32) Vermögensstraftaten.** Gegen die erzieherische Eignung eines Elternteils sprechen von ihm begangene Vermögensstraftaten nicht notwendig,²⁵⁶ selbst wenn sie der andere für besonders schwerwiegend hält. Sonst sind Straftaten in ihren Auswirkungen auf das Kind und seine gute und ungestörte Entwicklung zu beziehen.
- 111 **(33) Selbstmordabsichten.** Äußert ein Elternteil Selbstmordabsichten etwa noch mit der Ankündigung, "die Kinder mitzunehmen", ist die elterliche Sorge dem anderen zu übertragen; im übrigen ist sofortiges Eingreifen des FamG notwendig.²⁵⁷
- 112 **(34) Alter und Geschlecht.** Alter und Geschlecht von Kindern schaffen weder für den einen noch für den anderen Elternteil einen besonderen Vorrang. Doch können beide Punkte bei der Abwägung eine Rolle spielen, ohne daß nun auf Umwegen die Mutter "für Kleinkinder" bevorzugt werden darf. Mit dieser Einschränkung ist (häufig) davon auszugehen, daß ein Kind in den ersten Lebensjahren nicht von der

²⁵³ Veit FamRZ 1999, 902, 908.

²⁵⁴ AA Veit FamRZ 1999, 902, 908.

²⁵⁵ OLG Frankfurt FamRZ 1994, 920; dazu auch Schwab FamRZ 1998, 457, 464; etwas zurückhaltender OLG Hamm FamRZ 1999, 1599; sehr ausführlich Staudinger/ Coester RdNr. 226 f.; vgl. dazu auch OLG Hamm EzFamRaktuell 2000, 198.

²⁵⁶ OLG Hamm FamRZ 1999, 1597.

²⁵⁷ Dazu BayObLG NJWE-FER 1999, 92; über diesen Punkt ist in Frankreich im Zusammenhang mit der Entführung von Mathias und Caroline T. diskutiert worden, aber bei uns ging dies ein wenig unter, vgl. die ausführliche Wiedergabe der in Deutschland und in Frankreich ergangenen Gerichtsentscheidungen in DEuFamR 1999, 55 f. (AG Sulingen; OLG Celle; BVerfG; Trib. de Grande Instance Blois; Cour d' Appel Orléans).

Mutter getrennt werden sollte, die bisher Betreuungsaufgaben wahrgenommen hat. Ebenso kann bei hoher Empfindsamkeit oder **Krankheitsanfälligkeit** des Kindes zu entscheiden sein,²⁵⁸ namentlich dann, wenn der Vater für tatsächliche Betreuungsaufgaben eher ausfällt und er diese Aufgaben anderen Personen überlassen muss.

113 **(35) Minderjährigkeit eines Elternteils.** Ist ein Elternteil minderjährig, scheidet er nicht deswegen schon bei der Sorgerechtsregelung aus, zu weiteren Einzelheiten vgl. § 1673 RdNr. 2 f.,²⁵⁹ aber für das Kind ist dann § 1773 Abs. 1 ein Vormund zu bestellen.²⁶⁰ Im übrigen wird in dieser Situation eine abgestufte Regelung erforderlich, die sich um das Wohl des Kindes bemüht, und beide Elternteile soweit wie möglich in ihren Elternbefugnissen lässt.²⁶¹

114 **(36) Berufliche Entwicklung/berufliche Abwesenheit eines Elternteils.** Kann ein Elternteil wegen ständiger oder häufiger **beruflicher Abwesenheit** das Kind nicht selbst betreuen, wird er meist nicht für eine Zuweisung der elterlichen Sorge in Betracht kommen; Ausnahmen sind möglich, wenn für anderweitige und gute Unterbringung und Betreuung des Kindes gesorgt ist.²⁶² Einem Elternteil, der in der Lage ist, ein Kleinkind auch tagsüber zu versorgen, kommt deshalb meist ein (tatsächlicher) Vorzug vor einer Betreuung durch dritte Personen zu, selbst wenn diese mit dem Kind nahe verwandt sind und sich liebevoll um ihre Aufgaben kümmern und kümmern können.²⁶³ Bei gerade schulpflichtigen Kindern mag eine Rolle spielen, dass sie bei der Mutter besser gefördert werden können, wenn sie nicht erwerbstätig ist. Diese Einschätzung darf aber nicht dazu führen, daß der berufstätige Vater, der das Kind während der Arbeitszeit ordnungsgemäß unterbringen könnte, grundsätzlich für die Übernahme der elterlichen Sorge ausscheidet. Andernfalls hätte er angesichts der immer noch vorherrschenden Rollenverteilung nur bei schwerwiegendem Versagen der Mutter eine Chance, Sorgebefugnisse für ein gemeinsames Kind zu erhalten. Beide Eltern sind zur Pflege und Erziehung von Kindern verpflichtet, und bei der Sorgerechtsentscheidung sind sie gleichrangig, auch wenn sich der eine für die Haushaltsführung und der andere für eigene Erwerbstätigkeit entschließt.²⁶⁴

115 Die Ankündigung eines Elternteils, etwa des Vaters, er werde seine Berufstätigkeit für den Fall der Sorgerechtsübertragung reduzieren und nur noch halbtags arbeiten, bleibt Ankündigung, die im Ausgang die Wiederherstellung der "Chancen-

²⁵⁸ Zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 171 f.

²⁵⁹ *Erman/Michalski* RdNr. 17 mit Nachw.

²⁶⁰ LG Stuttgart FamRZ 1965, 365; ebenso KG FamRZ 1968, 262 - die elterliche Sorge kann auf einen Elternteil übertragen werden, der sie aus tatsächlichen Gründen nicht ausüben vermag, sofern die Aussicht besteht, dass die Verhinderungen wegfallen, skeptischer allerdings *Erman/Michalski* RdNr. 17.

²⁶¹ *Erman/Michalski* RdNr. 17 mit Nachw.

²⁶² Zur notwendigen Gleichberechtigung insoweit *Staudinger/Coester* RdNr. 165 f.

²⁶³ OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282.

²⁶⁴ BGH FamRZ 1990, 392.

gleichheit" mit der teilzeitbeschäftigten Mutter herstellt, aber nicht ausreichende Grundlage für die Zuweisung der elterlichen Sorge werden sollte;²⁶⁵ stets ist sie im übrigen auf Ernsthaftigkeit und Verlässlichkeit zu überprüfen.

- 116 **(37) Vorrang der Mutter?** Selbst bei kleinen Kindern kann die **Mutter** für sich allein aus dieser Eigenschaft daher keinen Vorrang herleiten, die alleinige Grundlage für die Sorgerechtsregelung sein könnte.²⁶⁶ Wie sonst sind vielmehr Lebensumstände und Erziehungseignung bei beiden Elternteilen zu berücksichtigen und inhaltlich zu bewerten.
- 117 **ff) Elterneinigung.** Haben sich **Eltern** über die künftige Ausübung der alleinigen elterlichen Sorge geeinigt (**Elterneinigung**), liegen für sich allein keine Anhaltspunkte vor, daß diese **Einigung** aus sachfremden Erwägungen zustande gekommen ist. Erweist sie sich als kindgerecht und förderlich für die weiteren Entwicklungschancen des Kindes/der Kinder, ist das Gericht (in diesen Grenzen) festgelegt.²⁶⁷ Eingriffe sind dann nur nach Abs. 3 möglich,²⁶⁸ wobei die Eingriffsschwelle niedriger ist als unmittelbar bei **§ 1666**.²⁶⁹ Für einen Elternteil und die **Übertragung** der alleinigen elterlichen Sorge auf ihn unter Ausschluss des anderen, Abs. 3, können die Gründe sprechen, die auch bei einer Entscheidung nach **Abs. 2 Nr. 2** maßgeblich sind.
- 118 **5. Alleinige elterliche Sorge für Teilbereiche. a) Voraussetzungen.** Soll einem Elternteil ein **Teil** der elterlichen²⁷⁰ Sorge allein übertragen werden, während sie im übrigen gemeinsam fortbesteht, oder ist die gemeinsame Elternsorge aufzulösen und in ihren Teilbestandteilen (aber eben insgesamt) jeweils gesondert durch gerichtliche Entscheidung zu regeln, wird - wie sonst - § 1671 Abs. 1 und 2 bestimmend. Spricht nichts gegen einen **Vorschlag** der Eltern, ist er in den üblichen Grenzen, Abs. 3 und § 1666,²⁷¹ vorrangig. Im übrigen muß sich jeder Elternteil in seinem Teilbereich bewähren und unter dem Blickwinkel des Kindeswohls als zuverlässig erweisen. Zu kurz greift die Vorstellung, die **Verhältnismäßigkeitsgrundsätze** wahren möchte, gemeinsame elterliche Sorge sei "soweit wie möglich" beizubehalten,²⁷² denn sie verliert Gesichtspunkte des Kindeswohls und der vorrangigen Entscheidungsautonomie der Eltern aus den Augen.

²⁶⁵ OLG Hamm FamRZ 1990, 550.

²⁶⁶ AG Landstuhl FamRZ 1990, 1025; zur notwendigen (?) Gleichberechtigung insoweit *Staudinger/Coester* RdNr. 165 f.

²⁶⁷ OLG Rostock ZfJ 1999, 351; ähnlich OLG Hamm ZfJ 1999, 226.

²⁶⁸ OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

²⁶⁹ Mit dieser Unterscheidung OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

²⁷⁰ Zur Beratungstätigkeit der Notare dabei und ihren Regelungsvorschlägen *Schwab* DNotZ 1998, 437, insbesondere 442 f.

²⁷¹ OLG Rostock ZfJ 1999, 351 und OLG Hamm ZfJ 1999, 226.

²⁷² Vgl. zu Einzelheiten *Coester* DEuFamR 2000, 53 und *Oelkers* MDR 2000, 31 (Anm. zu BGH NJW 2000, 203 = FamRZ 1999, 1646) mit weiteren Nachw., etwa mit der Vorstellung, "so viel Alleinsorge wie nötig, so viel gemeinsame Sorge wie möglich" müsse erreicht werden, dazu *Willutzki* KindPrax 1998, 8, 11, denn "im Zweifel" sollte

- 119 **b) Schulische Betreuung/ärztliche Versorgung.** Gesondert geregelt und abgespalten von der elterlichen Sorge kann danach etwa die schulische **Betreuung** eines Kindes oder seine ärztliche **Versorgung**²⁷³ werden - vielleicht durch den Vater, der Lehrer, die Mutter, die Ärztin ist -, so daß die Eltern "nicht mehr zu einer totalen Revision des Sorgerechts gezwungen sind, wenn der Konflikt zwischen ihnen sich möglicherweise auf einen Teilbereich beschränkt."²⁷⁴ Bei der **Vermögenssorge**, die ohnehin für sich gesondert übertragen werden kann, zu weiteren Einzelheiten vgl. RdNr. 122 f., kann eine zusätzliche Beschränkung auf einzelne Teile des Kindesvermögens sinnvoll sein.
- 120 **c) Aufenthaltsbestimmungsrecht.** Auch das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** für ein Kind kann gesondert geregelt und einem Elternteil zugewiesen werden. Ohnehin ist sein tatsächlicher **Lebensmittelpunkt** festzulegen, zu Einzelheiten knapp oben RdNr. 2 mit Beispielen, da an ihn weitere Folgen angeknüpft sind. Ausschlaggebend ist wie sonst das **Kindeswohl**, doch gewinnen **Verhältnismäßigkeitsgrundsätze**²⁷⁵ zusätzliches und eigenes Gewicht, da oft schon für die weitere gute und ungestörte Entwicklung des Kindes ausreichen wird, seinen **Aufenthalt** bei einem Elternteil einzurichten, ohne daß ihm die elterliche Sorge insgesamt zugewiesen werden muß, vgl. auch **§ 1687**, und die gemeinsame elterliche Sorge im übrigen fortbestehen kann.²⁷⁶ Entsprechende Anordnungen kann das Gericht auch treffen, wenn ein Elternteil für sich die elterliche Sorge in vollem Umfang beantragt hat, aber die "Einräumung der Alleinsorge nur für einen Teilbereich... dem Wohl des Kindes am besten entspricht."²⁷⁷
- 121 Doch darf das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** nicht allein deshalb einem Elternteil übertragen werden, damit dieser vielleicht noch von ihm verursachte Umgangskonflikte einseitig entscheiden kann.²⁷⁸ Bestehen Streitigkeiten um das Umgangsrecht, sind sie im Umgangsverfahren zu lösen.
- 122 **6. Gesonderte Zuweisung der Vermögenssorge für ein gemeinschaftliches Kind.** Schon nach bisherigem Recht konnte die **Vermögenssorge** für ein gemeinschaftliches Kind einem Elternteil bei **Trennung** bzw. **Scheidung** allein übertragen werden; in-

die ungeteilte Sorge erhalten bleiben, dazu *Coester DEuFamR 2000, 53, 55* und *Oelkers MDR 2000, 31*; vgl. im übrigen *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17 - Kindeswohlbestimmung aus dem "Ethos der gemeinsamen Sorge", und das soll wohl heißen, dass nach den jetzigen Festlegungen für sie ein gewisser Vorrang besteht, so dass sich Eltern aus der Sache rechtfertigen müssen, wenn sie für sich abweichende Regelungen festlegen wollen.

²⁷³ Zur Bestimmung des weiteren schulischen Werdegangs (eines Kindes) bis zur Beendigung der Hauptschule OLG Nürnberg EzFamR aktuell 1999, 114.

²⁷⁴ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4 im Anschluß an BT-Drucks. 13/4899 S. 99; vorsichtiger - zu Recht - *Schwab FamRZ 1998, 457, 459 und 465*.

²⁷⁵ *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4.

²⁷⁶ Wiederum *Palandt/Diederichsen* RdNr. 17 - Ethos der gemeinsamen elterlichen Sorge.
²⁷⁷ *Schwab FamRZ 1998, 457, 465*; vgl. zu weiteren Einzelheiten *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 81 f.

²⁷⁸ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1042.

soweit war stets der Grundsatz der sorgerechtlichen **Alleinzuständigkeit** durchbrochen. Erfasst war die Vermögenssorge insgesamt, also die aus ihr fließenden tatsächlichen Befugnisse, und die (rechtliche) **Vertetungsmacht**. **Unterhaltsansprüche** waren dagegen dem Inhaber der Personensorge zugewiesen, vgl. § 1629 Abs. 2 S. 2, und er mußte sich um ihre Durchsetzung kümmern, soweit keine besondere **Unterhaltspflegschaft** eingerichtet war.

- 123** Nach den gesetzlichen Veränderungen kann weiterhin die Vermögenssorge einem Elternteil allein zugewiesen werden, obwohl der andere Inhaber der elterlichen Sorge ist. Nach § 1671 ist aber auch die Aufteilung in Einzelbestandteile möglich, um das **Vermögen** des Kindes in der gebotenen Form zu schützen und zu erhalten. So kann einem Elternteil die Personensorge und zusätzlich ein Grundbestand aus der Vermögenssorge übertragen werden, sie sonst aber "teilweise" oder in Ausschnitten dem anderen Elternteil einzuräumen sein. Mit der **Teilübertragung** ist auch die Vertretung des Kindes in den jeweiligen Einzelbereichen erfasst. Wie sonst dürfen allerdings nicht bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zum Maßstab werden.²⁷⁹ Eigene gerichtliche Anordnungen können sich danach auf Gesellschafts- und **Unternehmensbeteiligungen**²⁸⁰ sowie auf Wertpapiere beziehen oder die Verwaltung eines **Mietshauses**, einer wertvollen Sammlung u.ä. gesondert regeln.
- 124** **7. Sonstige Rechtsbefugnisse des sorgeberechtigten Teils, § 823, 1004.** Ein sorgeberechtigter Elternteil muss nicht hinnehmen, dass der andere eine Internetseite mit persönlichen Angaben zum Kind unter dessen Namen einrichtet.²⁸¹ Ansprüche kann der Geschädigte im Hauptsacheverfahren und im Wege der **einstweiligen Verfügung**²⁸² nach § 823 Abs. 1, 1004 durchsetzen. Sonstige Übergriffe des anderen oder Außenstehender können so ebenfalls abgewehrt werden, denn die elterliche Sorge ist eine absolut geschützte Rechtsposition nach § 823 Abs. 1.²⁸³

V. Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 3

- 125** **1. Verhältnis zu § 1671 Abs. 1 und Abs. 2.** Nach § 1671 Abs. 3 kann eine Sorgerechtsentscheidung nach Nr. 2 nicht ergehen, wenn aus anderen Gründen eine abweichende gerichtl. Regelung zu erfolgen hat. Maßstab ist wie sonst das **Wohl des Kindes**, § 1697 a. Eingriffe in die Pläne der Eltern oder eines Elternteils sind dabei nicht erst gerechtfertigt, wenn § 1666 für sich bereits verwirklicht wäre, falls das Gericht zu entscheiden hätte, denn die Bestimmung ist nicht als selbständiger **Anordnungstatbestand** betroffen (ähnlich früher § 1632 Abs. 4 aF). Vielmehr ist eine offene Abwägung der vorgebrachten und der sonst erkennbaren, **Amtsermittlung**, Gesichtspunkte und Merkmale nötig, um zu einem sachbezogenen, am

²⁷⁹ OLG Hamm ZfJ 1999, 351.

²⁸⁰ Dazu *Palandt/Diederichsen* RdNr. 4.

²⁸¹ AG Witten Streit 2001, 35.

²⁸² AG Witten Streit 2001, 35.

Kindeswohl orientierten Ergebnis zu gelangen.²⁸⁴ Im übrigen kann § 1666 zum Einsatz kommen,²⁸⁵ wenn die Voraussetzungen aus dieser Bestimmung erfüllt sind. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen²⁸⁶ reichen für beide gesetzliche Bestimmungen jedoch nicht aus. Bei der gerichtlichen Entscheidung kommt im übrigen den Gründen Gewicht zu, die auch sonst bei der Sorgerechtsentscheidung eine Rolle spielen - **Förderungsprinzip, Bindungen** des Kindes und **Bindungstoleranz, Kontinuitätsüberlegungen**, eigener **Wille** des Kindes und seine Vorstellungen u.ä. -, doch sind die Eingriffsschwellen insgesamt hoch.

126 Für eine Anordnung nach Abs. 3 ist nicht notwendig, dass das Sorgerechtsverfahren nach § 1671 durch die (vorrangige) Feststellung abgeschlossen wird, die gemeinsame Elternsorge bestehe nicht fort, oder dass ein Regelungsantrag eines Elternteils (zuvor) abgewiesen wird. Vielmehr sind die Dinge einheitlich zu behandeln und abzuschließen, und ein Antrag nach Abs. 2 wird von **Amts wegen** zur Grundlage einer Regelung der elterlichen Sorge nach Abs. 3.²⁸⁷ Zerstreuen sich im Verlauf die Bedenken gegen einen Elternteil, ist eine Entscheidung "für" ihn auf seinen Antrag möglich, und kann die elterliche Sorge gemeinsam fortbestehen, bleibt sie erhalten, obwohl das Gericht zunächst Ermittlungen nach Abs. 3 aufgenommen hat und abweichende Anordnungen inhaltlich für geboten hielt.

127 **2. Gerichtliche Entscheidung nach Abs. 3.** Nach **Abs. 3** kann das Gericht die elterlichen Sorge insgesamt oder in Teilbereichen auf einen Elternteil übertragen,²⁸⁸ der Antragsteller gewesen ist, aber auch auf den Antragsgegner,²⁸⁹ wobei diese Lösung gegen seinen nachhaltigen Widerstand allerdings nicht möglich ist,²⁹⁰ einen **Pfleger** bestellen und/oder als äußerste Maßnahme die **Entziehung** der elterlichen Sorge für beide Eltern und die Einrichtung von **Vormundschaft** anordnen.²⁹¹ § 1671 Abs. 5 aF ist zwar aufgehoben, aber inhaltlich in Abs. 3 aufgegangen. Die gesetzlichen Bestimmungen gehen dabei davon aus, dass "§ 1666 .. eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Abweichung vom Elternvorschlag ist und dass das Familiengericht dem Antrag auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 2 nicht stattgeben darf, soweit die Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss."²⁹²

128 **3. Insbesondere: Bestellung eines Pflegers oder Vormunds.** Grundlage für die Anordnung einer **Vormundschaft** ist § 1666, und sie kommt mit dem **Entzug** der elter-

²⁸³ AG Witten Streit 2001, 35, 36 mit Nachw., insbesondere BGHZ 111, 168, 172.

²⁸⁴ Dazu OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

²⁸⁵ Schwab FamRZ 1998, 457, 465, vgl. dazu auch OLG Hamm FamRZ 2000, 1239.

²⁸⁶ OLG Rostock ZfJ 1999, 351.

²⁸⁷ Motzer FamRZ 1999, 1101, 1102.

²⁸⁸ Dazu schon Schwab FamRZ 1998, 457, 466; zu weiteren Einzelheiten Schwab/ Motzer (Handbuch) III RdNr. 174 f.

²⁸⁹ Beispiel OLG Karlsruhe EzFamRaktuell 1999, 66.

²⁹⁰ Ohne diese Einschränkungen vielleicht Palandt/Diederichsen RdNr. 21.

²⁹¹ Schwab FamRZ 1998, 457, 465.

lichen Sorge in Betracht, wenn²⁹³ weniger weitreichende Eingriffe nicht ausreichen, um Interessen des Kindes und sein Wohl sicherzustellen. Dagegen hat ein **Pfleger** eher die Aufgabe, einen Elternteil zu unterstützen, "für" den er seinen Auftrag erhalten hat; allerdings sind auch dabei Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Tätigkeit des Pflegers kann die elterliche Sorge eines Elternteils insgesamt erfassen; doch kann sie auch auf einzelne Teilausschnitte beschränkt werden, etwa (weiterhin) **Unterhalt, Gesundheitsfürsorge** etc.²⁹⁴ Ist ein Pfleger für einen bestimmten, sachlich abgegrenzten Bereich eingesetzt, können die restlichen Befugnisse aus der elterlichen Sorge für das Kind den Eltern gemeinsam zustehen; aber das Gericht kann sie (auch) einem von ihnen allein zu übertragen haben, wenn nur so eine Gefährdung des **Kindeswohls** auszuschließen ist.²⁹⁵

- 129 Dabei ist das FamG auch für die **Auswahl** des Vormunds im einzelnen zuständig, § **1697**. Bestellung, Aufsicht und Beratung hat aber weiterhin das Vormundschaftsgericht zu leisten.²⁹⁶
- 130 Als Pfleger können auch **Verwandte** eingesetzt werden, insbesondere die **Eltern** (Großeltern des Kindes); zeigen sie keine Einsicht in die Bedürfnisse des Kindes, kann die Anordnung geändert und eine andere Maßnahme getroffen werden, die für das Wohl des Kindes erforderlich ist und zu seiner guten Entwicklung beiträgt.²⁹⁷ Im übrigen gilt § **1630**.

VI. Verfahren

- 131 **1. Zuständigkeit a) Sachlich.** Für Regelungen der elterlichen Sorge und Entscheidungen über sie ist in isolierten Verfahren und im **Entscheidungsverbund** im Ehescheidungsverfahren, § 623 ZPO, nach entspr. Antrag das FamG sachlich zuständig, wobei der Verbund eben nur so (auf Antrag) hergestellt wird. Seine Zuständigkeit umfasst inzwischen auch die Auswahl eines Vormundes oder Pflegers, § 1697, dazu gerade RdNr. 128, vgl. allerdings weitere Einzelheiten bei § 1693.
- 132 **b) Örtlich** ist in isolierten Sorgerechtsverfahren das FamG zuständig,²⁹⁸ in dessen Bezirk die Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, § **45 Abs. 1 FGG**; diese Zuständigkeit gilt nach Abs. 2 auch dann, wenn kein gemeinsamer Aufenthalt begründet ist, und dann entscheidet der erste Zugriff. Maßgebend ist der Zeitpunkt, zu dem das Gericht erstmals mit einer Angelegenheit befaßt wird, § **45**

²⁹² BT-Drucks. 13/4899 S. 99.

²⁹³ Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe, dazu *Schwab FamRZ* 1998, 457, 466.

²⁹⁴ *Schwab FamRZ* 1998, 457, 466.

²⁹⁵ Dazu schon *Schwab FamRZ* 1998, 457, 466.

²⁹⁶ Sehr kritisch in diesem Zusammenhang *Schwab/Motzer* (Handbuch) III RdNr. 201. Zur früheren Anordnung des Vormundschaftsgerichts zu den Handlungsbefugnissen des Vormunds OLG Köln NJWE-FER 2000, 158.

²⁹⁷ BayObLG FuR 1999, 472.

²⁹⁸ Zu weiteren Einzelheiten *Oelkers* § 1 RdNr. 295 f.

Abs. 5 FGG. Für Vormundschaft und Pflegschaft bestehen Sonderregeln, vgl. §§ 86 a ff. FGG; zur internat. **Zuständigkeit** § 35 b FGG und RdNr. 134, zum **doppelten Wohnsitz** des Kindes RdNr. 133.

- 133 Wird das Scheidungsverfahren betrieben und wird dabei die Regelung der elterlichen Sorge nach besonderen Anträgen der Eltern oder eines Elternteils Verhandlungs- und Entscheidungsgegenstand, greift **§ 621 Abs. 2 ZPO** ein und begründet die Zuständigkeit des "Scheidungsgerichts". Verzieht ein Elternteil in einen anderen Gerichtsbezirk und liegen beide Familiengerichte in den Zuständigkeitsbereichen unterschiedlicher Oberlandesgerichte, ist das zuständige Gericht nach **§ 36 Abs. 1 S. 1 FGG** zu bestimmen, wenn das Kind einen doppelten Wohnsitz genommen hat.²⁹⁹ In der Sache hat das zunächst befaßte Amtsgericht zu entscheiden. Jedenfalls ist die Frage nicht durch § 1687 geregelt. Wird nachträglich Scheidungsantrag gestellt, gilt wiederum § 621 Abs. 2 ZPO.³⁰⁰
- 134 **c) Internationale Zuständigkeit.** Die **internat. Zuständigkeit** dt. Gerichte ergibt sich in isolierten Sorgerechtsachen aus §§ 35 b ff. FGG; in Scheidungsverfahren folgt sie aus § 606 a ZPO, wobei die Bestimmungen des **MSA**³⁰¹ mit ihrer Orientierung auf den gewöhnlichen **Aufenthaltort** des Kindes vorrangig werden,³⁰² Aufenthaltszuständigkeit, zur Verbundzuständigkeit RdNr. 135. Ausländische **Rechtshängigkeit** haben wir zu beachten, wenn die **Streitgegenstände** identisch sind;³⁰³ ausländische Gerichte verfahren bei dt. **Rechtshängigkeit** ebenso.³⁰⁴ Dabei haben wir

²⁹⁹ BayObLG NJW 2000, 166 im Anschluß an BGH FamRZ 1967, 606 und BGH NJW 1984, 971 sowie NJW 1995, 1224. Hat ein Elternteil mit den unter gemeinsamer Sorge stehenden Kindern ohne Einverständnis des anderen einen neuen Wohnsitz begründet und beim dortigen Gericht eine Sorgerechtsregelung beantragt, ist gleichwohl das FamG am bisherigen Wohnsitz der Kinder zuständig, wenn zwar dort der Sorgerechtsantrag des verbleibenden Elternteils später eingegangen, aber durch Zustellung an den anderen Elternteil früher behandelt worden ist, OLG Bamberg, FamRZ 2001, 777.

³⁰⁰ Wiederum BayObLG NJW 2000, 166.

³⁰¹ Vgl. dazu auch KG IPRax 1998, 274; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 689 (Australien) und AG Würzburg FamRZ 1998, 1319 (USA, und die USA sind kein Mitgliedsland des MSA), vgl. auch OLG Hamm FuR 1999, 421 (Barbados) mit Anm. *Henrich* FamRZ 1999, 1520; zur internationalen Zuständigkeit ausführlich *Staudinger/Coester* RdNr. 305, auch zur subsidiären Geltung des FGG; zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen nach dem Eur. Übereink. v. 20.5.1980 *Staudinger/Coester* RdNr. 318.

³⁰² Dazu insbesondere und ausführlich *Böhmer/Siehr/Finger* Art. 17 EGBGB RdNr. 130 f.; zu weiteren Einzelheiten *Finger* FuR 1999, 310 und *Gruber* FamRZ 1999, 1563; früher schon *Jayme* IPRax 1984, 121.

³⁰³ Dazu *Finger* FuR 1999, 310, 313 f. mit einer ersten Übersicht; vgl. auch *Philippi* FamRZ 2000, 525; für einen Sorgerechtsantrag, der in einem Scheidungsverfahren betrieben wird, OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2000, 13; vgl. aber auch *Jayme* IPRax 1984, 121; zum Verhältnis zur Türkei vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2000, 35.

³⁰⁴ Für das Verhältnis zur Türkei vgl. dabei - als Beispiel - FamG Istanbul FamRZ 1998, 919 und *Rumpf* IPRax 1985, 182, 184; OLG Frankfurt FamRZ 2000, 35; zu weiteren Einzelheiten *Böhmer/Siehr/Finger* Art. 17 EGBGB RdNr. 131 f.; zur - wegen Art. 14, 15 cc - besonderen Situation zu Frankreich OLG Karlsruhe IPRax 1992, 171 und Cour d' Appel Colmar IPRax 1992, 173 - zu beiden Entscheidungen *Sonnenberger*

dem fremden Verfahrensrecht die Rechtshandlung zu entnehmen, die die nach unserem Verständnis wesentlichen Folgen auslöst, denn insoweit ist die *lex fori* berufen, **Doppelqualifikation**.³⁰⁵ Verändern sich nachträglich die Anknüpfungsvoraussetzungen für die Zuständigkeit, hat das angerufene Gericht gleichwohl zur Sache zu entscheiden, **perpetuatio fori**; im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die Dinge aber anders geregelt, und deshalb lässt ein Aufenthaltswechsel des Kindes in einen anderen Vertragsstaat des MSA die zunächst bei uns gegebene internationale Zuständigkeit entfallen.³⁰⁶ Im Verhältnis zu EU-Staaten zueinander gilt seit dem 1.3.2001 - Ausnahme: Dänemark - die EheGVO.³⁰⁷

135 **d) Internationale Zuständigkeit für Verbundsachen.** Dt. Gerichte können für **Verbundsachen** international zuständig sein, selbst wenn ein ausl. Gericht das Scheidungsverfahren zu betreiben hat und für Verbund- und Folgesachen grundsätzlich die eigene Zuständigkeit in Anspruch nimmt; doch muß diese Zuständigkeit auch tatsächlich ausgeübt werden.³⁰⁸ Bei unzumutbarer oder unvorhersehbar langer **Verfahrensdauer** im Ausland kann ohnehin die Angelegenheit im Inland betrieben werden.³⁰⁹ Ein im Ausland anhängiges Verfahren sperrt nicht die Auseinandersetzung als **Folgesache** bei uns, wenn sonst die Zuständigkeit dt. Gerichte begründet ist, § 621 Abs. 2 ZPO,³¹⁰ denn diese Bestimmung legt keine internationale Verbundzuständigkeit für uns fest. Umgekehrt beanspruchen wir allerdings die internationale Zuständigkeit (**Annexzuständigkeit**)³¹¹ für Familiensachen nach § 621 Abs. 2 ZPO, wenn und solange das Scheidungsverfahren im Inland geführt wird.³¹²

IPRax 1992, 154 und *Finger* FuR 1999, 310, 313 f; für die Schweiz (Kanton Zug als Beispiel - Verfahrensrecht dort ist kantonales Recht) *Siehr* IPRax 1989, 93. Voraussetzung ist allerdings stets, daß der "Streitgegenstand" identisch ist, damit ein Ehescheidungsverfahren in einem Land das Verfahren im anderen Land unter dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit blockieren kann, dazu *Philippi* FamRZ 2000, 525, der weitgehend die Verfahren voneinander trennen will und einen Antrag, der sich auf Schuldgesichtspunkte stützt, von einem anderen Antrag sondert und für rechtl. selbständig hält, der (etwa) das Einverständnis der Parteien zur Grundlage nimmt, denn insoweit blieben die Rechtsfolgen (vielleicht) ähnlich oder gleich, aber der Sachvortrag der Parteien sei deutlich voneinander unterschieden, ein Umstand, der dann auch zu unterschiedlichen Streitgegenständen führen müsse, vgl. zu diesen Punkten auch *Heiderhoff* Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehescheidungsverfahren, Bielefeld 1998, die von einer (notwendigen) "spezifisch internationalen funktionalen Auslegung" des Begriffs der Identität der Streitgegenstände ausgeht, S. 211, dazu *Philippi* FamRZ 2000, 525, 527.

³⁰⁵ Dazu *Böhmer/Siehr/Finger* Art. 17 EGBGB RdNr. 133 mit Nachw.

³⁰⁶ OLG Frankfurt, 6 WF 11/01.

³⁰⁷ Dazu zuletzt *Wagner* IPRax 2001, 73; zu weiteren Einzelheiten *Finger* JR 2001, 177.

³⁰⁸ BGH FamRZ 1993, 176; zu einem Sorgerechtsantrag in einem ausländischen Scheidungsverfahren (Kroatien) und der internat. Zuständigkeit der Gerichte bei uns OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2000, 13.

³⁰⁹ BGH FamRZ 1983, 366, 368; OLG Hamm FamRZ 1994, 774.

³¹⁰ Dazu *Zöllner/Geimer* § 606 a ZPO RdNr. 34 und OLG Düsseldorf IPRax 1983, 129 für ein Hausratsverfahren.

³¹¹ *Finger* FuR 1999, 310, 316 mit Nachw.

³¹² *Zöllner/Geimer* § 606 a ZPO RdNr. 19; *Schulz* IPRax 1999, 21 gegen KG IPRax 1999, 37, 38; vgl. auch BGH FamRZ 1993, 176 mit Anm. *Henrich* IPRax 1993, 189; ist das

Dabei ist die so begründete Zuständigkeit wiederum nicht ausschließlicher Art.³¹³ Für **Sorgerechtsstreitigkeiten** sind die Bestimmungen des **MSA** vorrangig, die an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anknüpfen; dieser Vorrang gilt auch im Scheidungsverfahren,³¹⁴ zur **perpetuatio fori** vgl. gerade RdNr. 134 aE. Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem ausl. Staat gewählt, der dem MSA angehört, sind deutsche Gerichte daher nicht zuständig, **Aufenthaltszuständigkeit im Ausland**,³¹⁵ selbst wenn hier das Scheidungsverfahren betrieben wird.

- 136 **Abänderung** einer gerichtlichen Entscheidung zum Sorge- und Umgangsrechts kann bei uns auch dann erfolgen (Aufenthaltszuständigkeit), wenn die ursprüngliche Entscheidung im Ausland getroffen worden ist.³¹⁶
- 137 **e) Anerkennung ausländischer Entscheidungen.** Ausländische Entscheidungen in **Ehesachen** sind in Deutschland anerkennungsfähig, wobei das Verfahren in **Art. 7 § 1 FamRÄndG 1961** (Zuständigkeit der Präsidialabteilung des OLG oder der Landesjustizverwaltung nach Landesrecht) geregelt ist,³¹⁷ während für andere Familiensachen **§ 328 ZPO** Grundlage wird. Für die Anerkennung auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt **§ 16 a FGG**, und die Abgrenzung (**Qualifikation**) nehmen wir nach unseren Vorstellungen vor, so daß **§ 328 ZPO** eingreift, selbst wenn die ausländische gerichtliche Maßnahme in einem dortigen fG-Verfahren ergangen ist. **§ 16 a Abs. 4 FGG** schließt wie **§ 328 ZPO** die Anerkennung aus, wenn sie zu Folgen führt, die mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar sind, **ordre public**, insbesondere wenn die Anerkennung der Entscheidung **Grundrechte** aus dem Grundrechtskatalog des **GG** verletzt oder nicht in der sonst üblichen Form berücksichtigt. Im Anwendungsbereich der **EheGVO** werden gerichtliche Entscheidungen aus dem eigenen Anwendungsbereich allerdings "ohne weiteres" anerkannt.³¹⁸

Scheidungsverfahren abgeschlossen (oder können aus anderen Gründen im Ausland Regelungen zu einzelnen Folgesachen nicht erfolgen), bestimmen wir unsere Zuständigkeit nach den allg. Regeln, für den Versorgungsausgleich nach **§ 45 FGG**, für güterrechtliche Ansprüche nach den Bestimmungen der **ZPO**, zu Einzelheiten dabei dabei AG Berlin-Schöneberg, Vfg. v. 28.2.2000, 20 F 49/00.

³¹³ OLG Köln FamRZ 1992, 75.

³¹⁴ Vgl. dazu *Jayme* IPRax 1984, 121, 123 für die unterschiedlichen Fallkonstellationen (gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Deutschland; gewöhnlicher Aufenthalt des dt. Kindes in einem ausländischen Vertragsstaat; gewöhnlicher Aufenthalt des ausländischen Kindes im Vertragsausland - mit jeweils differenzierenden Lösungen).

³¹⁵ *Jayme* IPRax 1984, 121 mit einer Gegenüberstellung der einzelnen Fallsituationen.

³¹⁶ Dazu *Finger* FuR 1999, 310, 316 f.

³¹⁷ Ausführlich zu weiteren Einzelheiten *Gruber* FamRZ 1999, 1563, 1566 f.; Besonderheiten bringt seit dem 1.3.2001 die EheGVO mit sich,

³¹⁸ Zu Einzelheiten *Wagner* IPRax 2001, 73; vgl. auch *Hohloch* FF 2001, 45; zu den Mitgliedstaaten für die einzelnen Abk. vgl. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm> (für das ESorgeÜ, und sonst ist der aktuelle Stand jeweils beim Generalbundesanwalt zu erfragen).

- 138 **2. Entscheidungsverbund; amtswegige Folgesache.** Amtswegige Folgesache ist nur noch der Versorgungsausgleich. Andere in § 623 Abs. 2 ZPO beschriebene Familiensachen und damit auch die Regelung der elterlichen Sorge bedürfen dagegen eines besonderen Antrages, um in den Verfahrensverbund einbezogen zu werden. Nach § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO hat das Gericht eine Folgesache nach S. 1 (elterliche Sorge) vom Scheidungsverfahren abzutrennen, um frühzeitig eine Regelung für sie zu erreichen, aber sichergestellt ist so nicht einmal, dass eine Entscheidung vor der **Ehescheidung** erfolgt; zumindest in "Missbrauchsfällen" sollte dem FamG daher Handlungsspielraum eingeräumt werden,³¹⁹ anders vorzugehen. Im übrigen kann während der **Anhängigkeit** des Scheidungsverfahrens oder eines entspr. Antrages auf Bewilligung von PKH Erlass einer einstwAnO nach § 620 Nr. 1 ZPO beantragt werden, wobei das Verhältnis der beiden Verfahren (einstwAnO und § 623 ZPO) zueinander weitgehend ungeklärt ist.³²⁰
- 139 Nach § 622 Abs. 2 Nr. 1 ZPO muss die **Antragschrift** zur Scheidung nur noch die Angabe enthalten, ob gemeinschaftliche minderjährige (auch angenommene) Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind. Geändert ist zudem § 630 ZPO. Soll das Scheidungsverfahren im **Einvernehmen** beider Ehegatten betrieben werden, reicht, § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, ihre übereinstimmende Erklärung, dass Anträge zur Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teils der elterlichen Sorge für die Kinder auf einen Elternteil und zur Regelung des Umgangs der Eltern mit den Kindern nicht gestellt werden sollen.
- 140 **3. Verfahrensdauer.** Bei kindschaftsrechtlichen Streitverfahren, die Sorge- oder Umgangsbefugnisse betreffen, ist bei der Beurteilung, welche **Verfahrensdauer** als angemessen anzusehen ist, zu beachten, dass jede Verzögerung wegen der Entfremdung, die zwischen Eltern und Kind eintritt, häufig schon rein tatsächlich zu einer Vorentscheidung in der Sache führt oder führen kann, noch bevor ein richterlicher Spruch vorliegt;³²¹ deshalb hat sich die Bestimmung der "angemessenen Zeit", wie sie der Anspruch auf Gewährung effektiven **Rechtsschutzes** fordert, nicht an den objektiven Maßstäben eines Erwachsenen zu orientieren, sondern am kindlichen Zeitempfinden,³²² vgl. auch RdNr. 166 (**Untätigkeitsbeschwerde**).
- 141 **4. Anwaltszwang.** In Scheidungsverfahren besteht für den Sorgerechtsantrag **Anwaltszwang**; im selbständigen **fG-Verfahren** kann jeder Elternteil dagegen ohne Anwalt tätig werden und seine Vorstellungen verfolgen.³²³
- 142 **5. Gerichtliche Vorentscheidungen. a) Elterliche Sorge.** Nach § 1671 aF mußte eine Sorgerechtsentscheidung bei der Scheidung der Eltern auch getroffen werden, wenn FamG oder Vormundschaftsgericht zuvor schon in ihre Sorge oder in die Sorge

³¹⁹ Zu Einzelheiten insbesondere *Büttner FamRZ* 1998, 585, 592 f.

³²⁰ *Büttner FamRZ* 1998, 585 und *MünchKommZPO/Finger* § 623 RdNr. 8 mit Nachw.

³²¹ BVerfG NJW 1997, 2811.

³²² BVerfG NJW 2001, 961.

eines Elternteils eingegriffen und die Dinge eigenständig geregelt hatten.³²⁴ Verwicklungen konnten dabei für die **Zuständigkeit** eintreten, etwa wenn das FamG von einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abweichen wollte, vgl. dazu §§ 23 b Abs. 2 S. 1, 23 c S. 1 GVG, denn dabei bestanden keine eigenen Änderungsbe-fugnisse, so dass zunächst erneut das Vormundschaftsgericht eingeschaltet werden musste. Nun wirken sich § 1671 Abs. 1 und (insbesondere) Abs. 3 aus; folglich gilt für den Ablauf, wenn gerichtliche Anordnungen bereits bestehen:

- Stellen die Eltern keinen Sorgerechtsantrag, auch nicht auf Feststellung des Fortbestandes ihrer gemeinsamen Sorge, ist wie sonst nichts weiter zu veranlassen; die früheren Anordnungen bleiben erhalten,
- wenn kein Verfahren nach § 1666 von Amts wegen zu betreiben ist und betrieben wird.
- Sollen die Anordnungen geändert werden, müssen sich beide Eltern oder einer von ihnen in der gebotenen Form zur Wehr setzen, § 1696,
- wenn nicht eine Abänderung von Amts wegen geboten ist.
- Beantragt ein Elternteil, ihm die alleinige Elternsorge zu übertragen, und liegen die Voraussetzungen aus § 1671 Abs. 2 vor, kann seinem Antrag stattgegeben werden, denn unbeschränkt zuständig ist inzwischen allein das **FamG**,
- wenn nicht Abs. 3 eine eigene Regelung fordert, wobei allerdings § 1666 nicht verdrängt wird, sondern Antragsverfahren und Verfahren von Amts wegen nebeneinander stehen können (§ 1671 Abs. 3 ist dann als "Kollisionsvorschrift"³²⁵ zu verstehen). § 1671 BGB besagt, daß Anträgen aus § 1671 nicht stattgegeben werden darf, wenn unter dem Blickwinkel des Kindeswohls aus Sicht des Gerichts eine andere Entscheidung geboten erscheint;³²⁶ zu Vorentscheidungen nach § 1672 aF vgl. § 1696 RdNr. 17.

- 143 **b) Vormundschaft bzw. Pflegschaft.** Sind **Vormundschaft** oder **Pflegschaft** gericht-lich angeordnet, kann das mit der Sache befaßte FamG die Anordnung bestätigen oder nach § 1697 vorgehen und eine andere Person einsetzen, selbst wenn die "Erstentscheidung" das Vormundschaftsgericht erlassen hat, kann aber auch erst-malig entspr. Maßnahmen treffen; für die Bestellung und zur Kontrolle der Amts-führung selbst bleibt weiterhin das Vormundschaftsgericht zuständig, dazu **§§ 1793 ff.**³²⁷
- 144 **c) Verfahrensablauf; Beweisregeln.** Für den **Ablauf** des Verfahrens und für die **Be-weiserhebung** werden die Bestimmungen des FGG maßgeblich, und somit kommen **Amt-sermittlungsgrundsätze**, § 12 FGG, und **Freibeweise** (statt der Beweisregeln/Be-weislastregeln der ZPO) ins Spiel. Soll der andere Elternteil vom Sorgerecht ausgeschlossen werden, ist gleichwohl konkreter, nachprüfbarer **Tatsachenvortrag** erforderlich, denn beide Elternteile können sich auf verfassungsrechtliche Ga-rantien berufen, **Art. 6 GG.**³²⁸ Jedenfalls ist das AG von Amts wegen verpflichtet, alle zur Aufklärung dienlichen Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben.

³²³ Dazu *Schüller* FamRZ 1998, 1287.

³²⁴ BayObLG FamRZ 1990, 550, 551.

³²⁵ So *Schwab* FamRZ 1998, 457, 466.

³²⁶ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 466.

³²⁷ *Schwab* FamRZ 1998, 457, 466/467.

³²⁸ OLG München NJW 2000, 368 und *Oelkers* § 1 RdNr. 214 mit Nachw.

Dabei darf die Erforschung des Sachverhalts nicht einer anderen Einrichtung zur selbständigen Erledigung überlassen werden, doch ist nicht jedem ganz fernliegenden Hinweis nachzugehen, sondern Aufklärungs- und Ermittlungsverpflichtungen bestehen nur, soweit das Vorbringen der Beteiligten oder der Sachverhalt bei sorgfältiger Überlegung zu weiteren Ermittlungen Anlaß gibt.³²⁹ Nachforschungen sind andererseits nicht (mehr) geboten, wenn nicht zu erwarten ist, dass das Ergebnis beeinflusst werden könnte.³³⁰ Deshalb darf das Gericht eine vom Jugendamt vorgelegte Stellungnahme im Wege des Freibeweises berücksichtigen, darf aber hierauf seine Entscheidung nicht stützen,³³¹ ohne eigene Ermittlungen anzustellen. Schließlich darf sich das FamG nicht auf die Einschaltung des Jugendamtes und auf seinen Bericht beschränken, wenn nach der Sachlage andere Maßnahmen bessere Aufklärung versprechen und daher angezeigt sind. Wollen beide Elternteile zumindest zeitweise die Betreuung der Kinder ihren Müttern überlassen, muß das Gericht auch deren Fähigkeit und Bereitschaft zur Betreuung überprüfen.³³² Stets hat das FamG seine Entscheidung näher zu begründen, auch wenn sie auf einem übereinstimmenden Elternvorschlag beruht, der nur eine gewisse Verbindlichkeit für sich in Anspruch nehmen kann.³³³ Ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Eltern kann ein Bericht des Jugendamtes nicht Entscheidungsgrundlage werden.³³⁴ Ebenso wenig darf sich das FamG ausschließlich auf die Ergebnisse eines Gutachtens stützen, die selbst nicht weiter bewertet sind, denn damit wird die Entscheidung dem Sachverständigen übertragen,³³⁵ die dem Gericht vorbehalten ist.

- 145 Ob das Gericht ein **kinderpsychiatrisches** oder **-psychologisches Gutachten** einholt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen; Begutachtung ist allerdings anzuordnen, wenn eigene hinreichende Sachkunde fehlt (und das wird regelmäßig der Fall sein).³³⁶
- 146 Streiten die Eltern über die elterliche Sorge, darf nicht nur die Mutter gehört werden; dann liegt Einseitigkeit der Befunderhebung nahe.³³⁷ Auch die anderen Verfahrensbeteiligten sind vielmehr in die Bewertung bzw. die Datenerhebung des Sachverständigen einzubeziehen, damit ihre Vorstellungen und ihre Lebenssituati-

³²⁹ Vgl. für die notwendige Ermittlung der Erziehungskompetenz der Eltern OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2001, 59, 60 zu weiteren Einzelheiten *Erman/Michalski* RdNr. 65 f.

³³⁰ BGH NJW 1963, 1927 und BayObLG FamRZ 1975, 223; ausführlich zum Verfahren und seinem Ablauf *Staudinger/Coester* RdNr. 265 ff.

³³¹ BayObLG FamRZ 1975, 223, 226; vgl. auch KG FamRZ 1960, 500.

³³² OLG München FamRZ 1979, 71.

³³³ Zur Ermittlung der Erziehungskompetenz der Eltern, vgl. OLG Nürnberg EzFamRaktuell 2001, 59, 60.

³³⁴ OLG Celle FamRZ 1978, 54; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 56; OLG Nürnberg FamRZ 1986, 1247.

³³⁵ OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827.

³³⁶ BGH FamRZ 1965, 433.

on bei seinen Ergebnissen Berücksichtigung finden können. An die Schlußfolgerungen eines Gutachtens ist das Gericht nicht gebunden. Vielmehr muß die Entscheidung mit eigenen Erwägungen abgesichert sein und eigene Überlegungen erkennen lassen, und folgt sie dem Gutachten nicht, sind die Gründe für die nun entwickelten Unterschiede im einzelnen anzugeben.³³⁸ Wird eine stationäre Untersuchung des Kindes erforderlich, ist familiengerichtliche Anordnung nach **§ 1631 b** Voraussetzung; lehnt der sorgeberechtigte Elternteil die Unterbringung ab, muß ein Pfleger bestellt werden.³³⁹ Auf andere Beratungsangebote hat das FamG hinzuweisen, **§ 52 FGG**, und die Beteiligten so schnell wie möglich zu hören,³⁴⁰ zu weiteren Einzelheiten RdNr. 147 f.

147 **6. Sozialpflegerische Beratung.** Hat das FamG nicht geprüft, ob das Verfahren ausgesetzt werden muß, um **sozialpflegerischen Beratungseinrichtungen** Gelegenheit zu geben, mit den Eltern ein gemeinschaftliches Konzept zur Regelung der elterlichen Sorge zu erarbeiten, kann die gleichwohl getroffene Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden (müssen).³⁴¹ Jedenfalls fordert der Vorrang der Elternautonomie, gerichtlich nur dann einzugreifen, wenn sich die Sorgeberechtigten nicht einigen können, ob das der Fall ist, läßt sich erst beurteilen, wenn die nach **§ 17 SGB VIII** anzubietenden Hilfen nicht angenommen worden oder sämtliche Vermittlungsversuche erfolglos geblieben sind.³⁴² Dabei kann die Ablehnung dieser Angebote durch einen Elternteil eine eigene Rolle bei der Sorgerechtsregelung spielen. Verweigerungen dabei können als kindeswohlfeindliche Unterlassung zu Lasten des Elternteils gehen, der sich entspr. Vorwürfe gefallen lassen muss,³⁴³ zu weiteren Einzelheiten RdNr. 152.

148 **7. Anhörung der Verfahrensbeteiligten. a) In erster Instanz.** In einem Verfahren, das die Personen- oder die Vermögenssorge für ein Kind betrifft, hat das Gericht die **Eltern** anzuhören, **§ 50 a FGG**; das **Kind** ist nach **§ 50 b FGG** persönlich zu hören, wenn seine Neigungen, Bindungen oder sein Wille bei der Entscheidung eine Rolle spielen können oder wenn "es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, dass sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft", Abs. 1.³⁴⁴ Kleinkinder sind ebenfalls zu hören, denn aus den Kontakten mit ihnen ergeben sich oft tragfähige Anhaltspunkte für die gerichtliche Rege-

³³⁷ BayObLG FamRZ 1975, 223, 226.

³³⁸ BayObLG FamRZ 1975, 223, 226; zu den Anforderungen an die Fachlichkeit eines Gutachtens vgl. BGH FamRZ 1999, 1648.

³³⁹ Zu ähnlichen Fragen bei der Einholung eines kindespsychologischen Gutachtens vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2001, 638.

³⁴⁰ Zu Einzelheiten *Fröhlich* BRAK-Mitt. 2000, 70.

³⁴¹ OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 957.

³⁴² OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 957.

³⁴³ *Weber* NJW 2001, 1320, 1323.

³⁴⁴ Für ein Kind, das das 14. Lebensjahr bereits vollendet hat, gilt Abs. 2.

lung. Allerdings hat das Gericht auf ihre Situation besonders Rücksicht zu nehmen. § 50 c FGG regelt die Anhörung der **Pflegeperson**, wenn das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege lebt, vgl. § 1632 Abs. 4. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Verfahren betrieben und eine gerichtliche Entscheidung nachge- sucht wird. Deshalb sieht nach den Veränderungen in § 1671 (erst) § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO die persönliche Anhörung der **Eltern** im Scheidungsverfahren vor, damit das Gericht ein Bild von der Sache gewinnt und insbesondere beurteilen kann, ob der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge so "hinzunehmen" ist oder ob gerichtliche Eingriffe notwendig werden.³⁴⁵ Nicht vorgesehen ist dagegen beim Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge die Anhörung des Kindes, obwohl **Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention** dies verlangt ("zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder geeig- nete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden"), und deshalb sollten wir § 613 Abs. 1 ZPO ändern und auch dem Kind, das vom Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge ohne Gerichtsentscheidung besonders betroffen ist, Gelegenheit zur Stellungnahme geben.³⁴⁶

- 149 Anhörung im Wege der **Rechtshilfe** ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen; doch scheidet sie aus, wenn das Gericht selbst einen Eindruck über Neigungen und Bin- dungen des Kindes gewinnen muss und die Anhörung durch eine dritte Person ihn nicht vermitteln kann.³⁴⁷
- 150 **b) In der Beschwerdeinstanz.** Auch in der **Beschwerdeinstanz** sind die Beteiligten mündlich anzuhören, und eine wiederholte Anhörung ist insbesondere dann erfor- derlich, wenn die Sitzungsniederschrift des erstinstanzlichen Gerichts oder die Beschlußgründe den persönlichen Eindruck nicht ausreichend vermitteln (oder die Anhörung völlig unterblieben ist).³⁴⁸ Sonst muß das **Beschwerdegericht** in nach- prüfbarer Weise darlegen, um selbst keine Verfahrensfehler zu begehen, warum "ausnahmsweise" von der Anhörung abgesehen worden ist.³⁴⁹ Auch vor einer einstw. **Regelung** eines Teilbereichs der elterlichen Sorge (etwa: zum Aufenthaltsbestim-

³⁴⁵ Dazu auch *Bergmann/Gutdeutsch* FamRZ 1999, 422; zu den Folgen für die Kosten RdNr. 172.

³⁴⁶ Dazu *Salgo* Kind-Prax 1999, 179, vgl. auch Art. 1 des Eur. Übereink. v. 25.1.1996 über die Ausübung von Kinderrechten, dazu BT-Drucks. 14/5438, wobei allerdings nach Abs. 6 dieser Bestimmung "die Vertragsparteien nicht (gehindert sind), Re- geln anzuwenden, die für die Förderung und die Ausübung von Kinderrechten günsti- ger sind", also etwa Gespräche/Erörterungen mit dem Jugendamt oder anderer Bera- tungseinrichtungen; zur Anhörung des Kindes in Entführungsfällen (nach dem Haager Abk. über die zivilrechtl. Aspekte internat. Kindesentführung) vgl. *Schweppe* FPR 2001, 203.

³⁴⁷ OLG Frankfurt FamRZ 1988, 98.

³⁴⁸ OLG Hamm FamRZ 2000, 494; vgl. im übrigen OLG Köln EzFamRaktuell 1999, 34; zur Beiordnung eines Anwalts nach § 121 Abs. 3 ZPO OLG Hamm FamRZ 1999, 399.

³⁴⁹ OLG Hamm FamRZ 2000, 494.

mungsrecht) hat das Gericht das betroffene Kind in der Regel persönlich anzuhören, § 50 b FGG.³⁵⁰

- 151 **8. Mitwirkung des Jugendamtes.** Für die Mitwirkung des **Jugendamtes** gilt § 49 a Abs. 2 Nr. 2 FGG. Dabei soll über die tatsächlichen Verhältnisse berichtet und so dem FamG die notwendigen tatsächlichen Grundlagen für die Entscheidung geliefert werden, und im übrigen soll eine fachkundliche Äußerung ergehen, auf die sich das Gericht verlassen kann. Mit der Einschaltung des Jugendamtes kommt das Gericht seiner Amtsermittlungspflicht nach, § 12 FGG, aber weitere Nachforschungen können nötig werden. In der Regel wird das Jugendamt eigene Ermittlungen anstellen müssen und sich nicht auf seine Akten verlassen können; dazu zählen **Hausbesuche**, und die Befugnis für sie ergibt sich nicht erst aus richterlichem Auftrag, sondern aus der eigenen Aufgabenstellung und der Fachlichkeit des Jugendamtes.³⁵¹ Jedenfalls hat das FamG dem Jugendamt nicht nur Gelegenheit zur Stellung zu geben, sondern muß darauf hinwirken, daß ein ausreichender Bericht vorgelegt wird.
- 152 **9. Öffentliche Hilfen; insbesondere Beratung und Unterstützung bei Trennung und Scheidung.** Nach § 17 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ist Müttern und Vätern **Beratung** in Fragen der Partnerschaft anzubieten. Diese Beratung soll nach S. 2 Nr. 3 helfen, bei Trennung oder Scheidung die Grundlagen für eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen förderliche Wahrnehmung der Elternverantwortung zu schaffen. Nach Abs. 2 sind die Eltern bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts zu unterstützen, das auch für die richterliche Entscheidung hilfreich sein kann.³⁵² Durch frühzeitige Einschaltung des Jugendamtes oder anderer Beratungseinrichtungen soll erreicht werden, dass Eltern sich in größerem Umfang als bisher für die gemeinsame elterliche Sorge entscheiden oder sonst einvernehmlich handeln und so ihrer Verantwortung für das Kind gerecht werden.³⁵³ In die gleiche Richtung wirkt § 52 FGG³⁵⁴ mit den **Aussetzungsmöglichkeiten** aus Abs. 2 und das in § 52 a FGG beschriebene besondere **Vermittlungsverfahren** im Streit um Umgangsbefugnisse, dazu § 1684 RdNr. 87.

³⁵⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 511.

³⁵¹ OLG Köln FamRZ 1981, 599; zu den Aufgaben der Fachkräfte des Jugendamtes in familiengerichtlichen Verfahren zur Regelung der elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung vgl. *Ferdinand Kaufmann* FamRZ 2001, 12 und *ders.* ZfJ 2001, 8.

³⁵² BT-Drucks. 11/5948 S. 58 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG NJW 1983, 101; dabei kann gerade Teil der Elternpflicht sein, die gesetzlich vorgesehenen Angebote auch tatsächlich anzunehmen, dazu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.11.1999, 5 UF 88/99; ähnlich in der Einschätzung OLG Hamm FamRZ 2000, 1239; zu den Aufgaben der Jugendhilfe im Verfahren *Wabnitz* ZfJ 2000, 329.

³⁵³ Zu den Aufgaben des Jugendamtes und anderer Beratungseinrichtungen vgl. *Lohrentz* (Jugendhilfe bei Trennung und Scheidung, Neuwied 1999) mit Bspr. *Röchling* FamRZ 2000, 803; im übrigen *Wabnitz* ZfJ 2000, 329.

³⁵⁴ So etwa *Palandt/Diederichsen* RdNr. 18; vgl. im übrigen *Weyhardt* ZfJ 1999, 268 und 326.

- 153 **10. Vermittlungsaufgaben des Gerichts, § 52 FGG.** Nach § 52 FGG hat das Gericht "in einem die Person eines Kindes" betreffenden Verfahren besondere **Vermittlungsaufgaben**. So früh wie möglich soll Einvernehmen zwischen den Beteiligten hergestellt werden, und so früh wie möglich ist auf **Beratungsangebote** "durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hinzuweisen", Abs. 1 S. 1 und 2. Dabei bestehen vielfältige öffentliche **Hilfen**, dazu RdNr. 152. Soweit keine für das Kind nachteiligen Verzögerungen zu befürchten sind, soll das Gericht im übrigen das Verfahren aussetzen, wenn die Beteiligten bereit sind, außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen oder nach seiner freien Überzeugung Aussicht auf (künftiges) Einvernehmen besteht, § 52 Abs. 2 FGG. Noch weiter reichen **Vermittlungsaufgaben** des Gerichts in **Umgangsrechtssachen**, dazu § 52 a FGG,³⁵⁵ vgl. im übrigen § 1684 RdNr. 87.
- 154 **11. Anwalt des Kindes.**³⁵⁶ § 50 FGG sieht die Einsetzung eines besonderen **Verfahrenspflegers** für das Kind vor, **Anwalt des Kindes**, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Abs. 2 regelt, wann - typisiert - seine Bestellung erforderlich ist, und das ist insbesondere der Fall, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht oder Gegenstand des Verfahrens Maßnahmen nach § 1666 sind, mit denen die Trennung des Kindes von seiner Familie oder die Entziehung der gesamten Personensorge verbunden ist. Maßgeblich ist dabei nicht ein Interessengegensatz unter den Eltern, sondern entscheidend wird, ob sie die Interessen des Kindes ausreichend

³⁵⁵ Zu Einzelheiten *Prinz zu Wied* FuR 1998, 193.

³⁵⁶ Dazu die grundlegende, gleichnamige Arbeit von *Salgo* zur Rechtstatsachenforschung; wichtig auch die Untersuchungen von *Steindorff-Classen* zur Situation in Frankreich (mit Bespr. von *Oberloskamp* FamRZ 2000, 17); zur Stellung des Verfahrenspflegers *Salgo* FPR 1999, 313; vgl. auch *Rakete-Dombek* FPR 1999, 328; zur Vergütung des Verfahrenspflegers *Ballof* FPR 1999, 328 und *Fricke* KindPrax 1999, 121 und *ders.* ZfJ 1999, 457; erste Erfahrungen aus anwaltlicher Sicht bei *Marquardt* FPR 1999, 338; zu Rechtsprechungstendenzen zu § 50 FGG *Reinecke* FPR 1999, 349; ausführlich zum Anwalt des Kindes auch *Staudinger/Coester* RdNr. 290 f. Jugendamt bzw. Mitarbeiter des Jugendamtes können nicht nach § 50 FGG bestellt werden, wenn gerade in diesem Verhältnis Interessenkollisionen deutlich sind, dazu OLG Naumburg FamRZ 2000, 300; bei der Bestellung eines Verfahrenspflegers für ein minderjähriges Kind in einem Verfahren über das Umgangsrecht ist nicht maßgeblich auf den Interessengegensatz der Eltern abzustellen, sondern darauf, ob die eigenständigen Interessen des Kindes von den Eltern in ausreichender Form wahrgenommen werden oder nicht, OLG Düsseldorf EzFamRaktuell 2000, 90; zu Beschwerdemöglichkeiten vgl. unten RdNr. 175 und OLG Köln FamRZ 2000, 487; OLG Naumburg MDR 2000, 1322 mit Anm. *Marquardt*, ausführlich zu § 50 FGG *Hohmann-Dennhardt* ZfJ 2001, 77 und *Engelhardt* FamRZ 2001, 525. Dem Eur. Übereink. vom 25.1.1996 über die Ausübung von Kinderrechten (im Verfahren) ist die Bundesrepublik beigetreten, vgl. dazu jetzt auch BT-Drucks. 14/5438 v. 6.3.2001 und BR-Drucks. 12/01, zum Aufgabenbereich gleich Fn. 360.

wahrnehmen können oder ob sie dazu aus Eigennutz nicht in der Lage sind.^{357,358}

Nach § 50 Abs. 3 FGG soll die Bestellung dagegen unterbleiben, wenn die Interessen des Kindes (schon) von einem Rechtsanwalt oder einem anderen Verfahrensbvollmächtigten angemessen vertreten werden; zur Beschwerdebefugnis vgl. RdNr. 164. Ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers geboten, darf das FamG ihn von der Anwesenheit bei der im Beisein einer Sachverständigen durchgeführten persönlichen Anhörung des Kindes nicht ausschließen, weil er sonst seine Verpflichtungen nicht ordentlich erfüllen kann.³⁵⁹ Inhaltlich ist seine Tätigkeit "anwaltsähnlich" und auf die (subj.) Interessen des Kindes bezogen;³⁶⁰ der Pfleger verfehlt danach seine Aufgabe, wenn er diesen Rahmen überschreitet und (etwa) nach der obj. am Kindeswohl orientierten sachrichtigen Lösung sucht.³⁶¹ Im Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1671 Abs. 3 ist regelmäßig ein Pfleger nach § 50 FGG zu bestellen, und sieht das Gericht ausnahmsweise von dieser Maßnahme ab, ist eine nachprüfbare Entscheidung beizufügen.³⁶²

155 **12. Rechtsmittel. a) Statthaftigkeit.** Gegen ein Urteil, das dem Scheidungsantrag stattgibt und über die elterliche Sorge nach § 1671 auf Antrag (Folgesache) entscheidet, ist **Berufung**, gegen das Berufungsurteil **Revision** statthaft, selbst wenn Bereiche betroffen sind, für die sonst FGG-Verfahrensrecht maßgeblich wird. Zur isolierten Anfechtung der Folgeentscheidung allein nach § 1671 sehen §§ 629 a Abs. 2 S. 1, 621 e Abs. 1 ZPO die **Beschwerde** vor, für die sich die Bezeichnung als "**Berufungsbeschwerde**" eingebürgert hat. **Weitere Beschwerde** kommt als **Rechtsbeschwerde** in Betracht, wenn das Beschwerdegericht sie zugelassen oder die Be-

³⁵⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1298; zur Abgrenzung des Aufgabenbereiches eines Verfahrenspflegers und eines gerichtlich bestellten Sachverständigen vgl. KG FamRZ 2000, 1300 und OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692; zur möglichen Konkurrenz bei der Verfassungsbeschwerde vgl. *Walter* FamRZ 2001, 1, zu den Aufgaben der Fachkräfte des Jugendamtes *Ferdinand Kaufmann* FamRZ 2001, 7.

³⁵⁸ Zu Kostenfragen (Vergütungsansprüche richten sich nach dem BVormVG) OLG Köln Ez-FamRaktuell 2000, 126; vgl. im übrigen die Ergebnisse des Arbeitskreises 16 des 13. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 17 S. 118 f. Der Stundensatz eines anwaltlichen Verfahrenspflegers für die Tätigkeit bis 31.12.1998 beläuft sich auf (bis zu) DM 60,--, seit dem 1.1.1999 auf (bis zu) DM 75,--, OLG Koblenz NJW-RR 2000, 658. Ein vorher im Verfahren vom Gericht eingeschalteter Gutachter kann nicht zum Anwalt des Kindes bestellt werden, aA AG Groß-Gerau, 71 F 378/98, aufgehoben durch OLG Frankfurt, 6 UF 105/99; vgl. im übrigen *Weyhardt* FamRZ 2000, 844.

³⁵⁹ OLG Bremen FamRZ 2000, 1298.

³⁶⁰ OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692 nach KG FamRZ 2000, 1300 und OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294, sehr deutlich zu den (beschränkten) Aufgaben des Verfahrenspflegers auch Art. 10 Abs. 1 des Eur. Übereink. v. 25.1.1996 über die Ausübung von Kinderrechten, dazu Fn. 356, und danach hat der "besondere Vertreter" dem Kind alle sachdienlichen Auskünfte zu erteilen, Erläuterungen zu den möglichen Folgen einer Berücksichtigung seiner Meinung und zu den Folgen einer Handlung des Vertreters zu geben und die Meinung des Kindes festzustellen und der Justizbehörde diese Meinung vorzutragen, vgl. BT-Drucks. 14/5438 S. 11.

³⁶¹ OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692.

³⁶² OLG Hamm FamRZ 2001, 850.

schwerde als unzulässig verworfen hat, § 621 e Abs. 2 ZPO. Über Berufung und Beschwerde entscheidet das **OLG**, § 119 Abs. 2 Nr. 1, 2 GVG; für Revision und weitere Beschwerde ist der **BGH** zuständig, § 133 GVG, und diese Punkte hat ein gerichtl. bestellter Sachverständiger zu klären.³⁶³

- 156 **b) Form und Frist. Beschwerde** wird durch Einreichung einer **Beschwerdeschrift** beim Beschwerdegericht eingelegt, § 621 e Abs. 3 S. 1 ZPO; für sie gilt Anwaltszwang, § 78 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.³⁶⁴ Durch die Verweisung in § 621 e Abs. 3 S. 2 ZPO wird das Rechtsmittel §§ 516, 517, 519 Abs. 1 und 2 ZPO unterstellt und so berufungsförmig ausgestaltet.³⁶⁵ Beschwerdefrist ist ein Monat, § 516 ZPO, und die Beschwerde ist binnen eines weiteren Monats zu begründen, § 519 Abs. 1 und 2 ZPO. Die **Begründungsfrist** kann nach § 519 Abs. 2 S. 3 ZPO verlängert werden. Dabei sind die Vorschriften über den notwendigen Inhalt von Rechtsmittelschrift und -begründung nach §§ 518, 519 Abs. 3 - 5 ZPO von den sonstigen Verweisen ausgenommen. Für die **weitere Beschwerde** gelten §§ 552, 554 Abs. 1 und 2 ZPO, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 165.
- 157 Der Sache nach ist die Beschwerde also **sofortige Beschwerde** mit einer **Monatsfrist** anstelle der Zweiwochenfrist aus § 22 Abs. 1 FGG und aus § 577 Abs. 2 ZPO.³⁶⁶ Für die **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand bei unverschuldeter Verhinderung an der Einhaltung der Beschwerdefrist sind **§§ 233 ff. ZPO** maßgeblich, nicht § 22 Abs. 2 FGG.³⁶⁷
- 158 **c) Änderungsbefugnis des FamG.** § 621 e Abs. 3 S. 2 ZPO verweist (auch) auf § 577 Abs. 3 ZPO, und danach ist das Gericht zu einer Änderung einer der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidung nicht befugt. **§ 1696** behält seine eigene Bedeutung. Ist Beschwerde eingelegt, ist eine Abänderung danach nicht zulässig; doch kann das erstinstanzliche Gericht nach § 1696 BGB vorgehen (auch von Amts wegen). Jedenfalls ist die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis der Beteiligten über ihr Rechtsmittel jedenfalls nicht beeinträchtigt.³⁶⁸
- 159 **d) Beschwerdeberechtigt** sind die Eltern³⁶⁹ und das beschränkt geschäftsfähige Kind nach Vollendung des 14. Lebensjahres, § 59 FGG. Das Kind kann Beschwerde auch in vermögensrechtlichen Angelegenheiten einlegen. Für die Personensorge kann das Jugendamt tätig werden und Beschwerde führen, § 57 Abs. 1 Nr. 9, 64 Abs. 3 S. 3 FGG. Großeltern haben dagegen kein Beschwerderecht, und auch Vereine

³⁶³ KG FamRZ 2000, 1300 und OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692.

³⁶⁴ Dazu BGH NJW 1979, 766.

³⁶⁵ Dazu *Brüggemann* FamRZ 1977, 1, 20.

³⁶⁶ MünchKommZPO/*Finger* § 621 e RdNr. 2 mit Nachw.

³⁶⁷ BGH NJW 1999, 109 und FamRZ 1981, 657.

³⁶⁸ BGH NJWE-FER 1999, 329.

³⁶⁹ Eltern können nach §§ 19, 20 FGG auch die Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 50 FGG für das Kind anfechten, OLG Köln FamRZ 2000, 487; die Bestellung selbst nach § 50 FGG bedarf jedenfalls der Begründung, OLG Köln FamRZ 2000, 487.

zur Förderung von Kindesinteressen sind nicht beschwerdeberechtigt.³⁷⁰ Entscheidungen des FamG sind dem Beschwerdeberechtigten zuzustellen; einem 14jährigen, nicht geschäftsunfähigen Kind, das nach § 59 Abs. 1, 3 FGG selbständig das Beschwerderecht ausüben kann, sind sie dagegen (nur) "bekanntzumachen", § 59 Abs. 2 S. 1 FGG. Schließlich ist auch das Jugendamt zu unterrichten, §§ 49 a Abs. 2, 49 Abs. 3 FGG, denn ihm steht ein eigenes Beschwerderecht zu. Die **Beschwerde** kann auf Teilbereiche der elterlichen Sorge beschränkt werden.

FGG-Beschlüsse zum Sorgerecht werden schon "existent", wenn der Gerichtsvorsitzende oder der Beamte der Geschäftsstelle den Inhalt bei ordentlicher Unterschriftsleistung einem Verfahrensbeteiligten fernmündlich mitgeteilt hat,³⁷¹ §§ 16 FGG, 329 ZPO.

- 160 Bei der Regelung der elterlichen Sorge für mehrere Kinder ist der Verfahrensgegenstand teilbar; jeder Elternteil ist für sich beschwerdeberechtigt (und jedes Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat).
- 161 **e) Anschlussbeschwerde.** Unselbständige **Anschlußbeschwerde** ist zulässig,³⁷² hat aber im Sorgerechtsverfahren auf den Umfang der Nachprüfung keinen Einfluß, weil die Anträge der Beteiligten nur die Bedeutung von Anregungen haben, an die das Gericht nicht gebunden ist.³⁷³
- 162 **f) Amtsermittlungsgrundsätze im Beschwerdeverfahren. Amtsermittlungsgrundsätze** sind auch für das Beschwerdeverfahren maßgeblich.³⁷⁴ Nach pflichtgemäßem Ermessen kann die Sachaufklärung dem beauftragten Richter übertragen werden; der Senat darf den persönlichen Eindruck von den Beteiligten, den der Einzelrichter dabei gewonnen hat, der Entscheidung aber nicht als eigenen zugrunde legen. Wird - wie gerade in Sorgerechtsangelegenheiten häufig - dieser Eindruck maßgeblich, reicht die Anhörung durch den beauftragten Richter nicht aus; vielmehr muß sie vor dem Beschwerdegericht in voller Besetzung wiederholt werden.³⁷⁵ Anhörungspflichten bestehen jedenfalls in jeder Tatsacheninstanz,³⁷⁶ selbst dann, wenn in einer früheren Instanz Eltern oder Kinder bereits angehört worden sind, zu weiteren Einzelheiten RdNr. 148 f.
- 163 **g) Beschwerde gegen die Einsetzung eines Verfahrenspflegers.** Auch die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** nach § 50 FGG kann von den Eltern nach §§ 19, 20 FGG mit der **Beschwerde** angefochten werden.³⁷⁷

³⁷⁰ BGH FamRZ 1988, 54.

³⁷¹ BGH NJW-RR 2000, 877.

³⁷² BayObLG FamRZ 1976, 36.

³⁷³ BGH NJW 1982, 226

³⁷⁴ OLG Hamm 1981, 202.

³⁷⁵ BGH FamRZ 1985, 169, 172.

³⁷⁶ Oelkers § 1 RdNr. 337.

³⁷⁷ OLG Köln FamRZ 2000, 487 im Anschluß an OLG München FamRZ 1999, 667 und OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293 mit kritischer Anm. Spangenberg/Dormann FamRZ 1999, 1294, dagegen wiederum Weychardt FamRZ 2000, 844; aA OLG Celle FamRZ 1999, 1589

- 164 **h) Weitere Beschwerde.** Weitere **Beschwerde** kann nach § 621 e Abs. 2 S. 2 ZPO nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden. Sind die tatsächlichen Grundlagen maßgeblich, ist in der Beschwerdeinstanz folglich allein zu prüfen, ob die Entscheidung den Sachverhalt ausreichend und fehlerfrei aufgeklärt hat, die für die Erörterung der Sache wesentlichen Umstände berücksichtigt sind und die Abwägung insgesamt (nicht) gegen Denkgesetze verstößt und/oder ob Schlüsse gezogen sind, die mit einer feststehenden Auslegungsregel oder mit der allgemeinen Lebenserfahrung unvereinbar bleiben; dann liegt eine Gesetzesverletzung ebenso vor wie bei sonstiger fehlerhafter Würdigung gesetzlicher Bestimmungen. Nicht ausreichend ist, dass die vom Tatrichter gezogene Folgerung möglich, aber nicht zwingend ist, und ein anderer Schluß nähergelegen hätte;³⁷⁸ dann mag die tatsächliche Würdigung falsch sein, aber ein Gesetzesverstoß liegt nicht vor. **Ermessensentscheidungen** unterliegen der Kontrolle (auch) insoweit, als vorgebracht wird, die vorgeschriebenen Ermessengrenzen seien nicht eingehalten und/oder von der Ermächtigung zur Ermessensausübung sei kein zweckentsprechender Gebrauch gemacht worden.³⁷⁹ Ein übereinstimmender Vorschlag zur elterlichen Sorge kann im Verfahren der weiteren Beschwerde von einem Elternteil nicht mehr widerrufen werden; neue und nach der letzten Tatsacheninstanz eingetretene Entwicklungen sind vielmehr im Abänderungsverfahren nach § 1696 BGB geltend zu machen.³⁸⁰
- 165 **i) Außerordentliche Beschwerde.** Für besonders krasse Rechtsverstöße kann die **außerordentliche Beschwerde** wegen grober/greifbarer Gesetzesverletzung statthaft sein.³⁸¹ Entscheidet über die Beschwerde gegen einen Beschluss, den das Amtsgericht/FamG erlassen hat, das Landgericht, ist ausnahmsweise die weitere Beschwerde statthaft,³⁸² und da dem Rechtsbeschwerdegericht die Entscheidungskompetenz in der Sache fehlt, ist die vom unzuständigen Beschwerdegericht getroffene

mit umfangreichen Nachw., denn die Anordnung sei eine "verfahrensleitende Zwischenentscheidung" des FamG, die der sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des minderjährigen Kindes diene und seine Stellung im Verfahren stärken solle (und die Eltern seien weiterhin am Verfahren beteiligt und könnten eigene Anträge stellen, wobei sie sogar die - vermeintlichen - Interessen des Kindes wahrnehmen könnten); weitere Rspr. OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1295; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1296; OLG Dresden FamRZ 2000, 1296; KG FamRZ 2000, 1298, sämtlich für die Statthaftigkeit der einfachen Beschwerde, aA KG FamRZ 2000, 1295 (19. ZS), und danach ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 50 FGG lediglich "eine den Fortgang des Verfahrens vorbereitende und fördernde Zwischenentscheidung", die nicht gesondert anfechtbar ist, vgl. auch BT-Drucks. 13/4899 S. 172; OLG Naumburg MDR 2000, 1322 mit Anm. Marquardt.

³⁷⁸ OLG Köln FamRZ 1971, 186.

³⁷⁹ KG FamRZ 1968, 98.

³⁸⁰ BGH NJWE-FER 2000, 278.

³⁸¹ Dazu *Finger* MDR 2000, 247 (zu § 628 ZPO und der außerordentlichen Beschwerde bei abgelehnter oder unterbliebener Abtrennung nach Abs. 3); vgl. auch BGH NJW 2000, 590.

³⁸² BayObLG FamRZ 2001, 716.

Entscheidung aufzuheben und das Verfahren zurückzuverweisen.³⁸³ Beschwerde ist auch statthaft, **Untätigkeitsbeschwerde**, wenn das Verfahren nicht in angemessener Zeit zum Abschluss gebracht wird, Effektivität des Rechtsschutzes, abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG, **Rechtsstaatsprinzip**;³⁸⁴ maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, und gerade in einem Umgangsverfahren sind Verzögerungen mit so herben Verlusten verbunden, dass Beschleunigung geboten ist.³⁸⁵

166 **13. Abänderung von Sorgerechtsentscheidungen, § 1696.** Sie ist möglich, wenn sie aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist, § 1696 Abs. 1. Treffen die Eltern eine Vereinbarung, nach der die gemeinsame elterliche Sorge nur bis zu ihrer Trennung gelten soll und nehmen sie dabei an, dass bei der Scheidung eine Neuregelung erfolgt, hat das Gericht (allerdings) nach § 1671 vorzugehen, nicht nach § 1696.³⁸⁶ Dabei richtet sich die Abänderung nach dt. Recht, falls wir zuständig sind, selbst wenn die Ausgangsentscheidung nach ausl. Recht erfolgt ist.³⁸⁷

167 **14. Einstweilige Anordnung. a) Ablauf** Bei schweren **Gefährdungen** des Kindes sind, auch wenn noch nicht alle Ermittlungen in der Sache durch das Gericht abgeschlossen sind, oft sofortige Eingriffe unverzichtbar, die im anhängigen Scheidungsverfahren ergehen können, wobei ein Antrag auf Bewilligung von PKH als Grundlage ausreicht, vgl. § 620 a Abs. 2 ZPO. In isolierten Familiensachen sind vorläufige Anordnungen möglich, die von selbst außer Kraft treten, wenn in der Hauptsache eine Entscheidung ergeht. Ohne weitere Verzögerung kann so einem Elternteil zumindest das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** übertragen werden, damit er seine Verantwortung ungestört wahrnehmen und Schaden vom Kind abwenden kann.³⁸⁸ Droht eine Entführung des **Kindes** oder befürchtet ein Elternteil sie und liegen vernünftige Anhaltspunkte für seine Ängste vor, kommt eine eigene Regelung des **Aufenthaltsbestimmungsrechts** für des Kindes auch im Hauptsacheverfahren in Betracht, ergänzt um die Anweisung an den anderen Elternteil, das Kind nicht ins Ausland zu verbringen.³⁸⁹ Kind und Jugendamt sind zu hören; ist dies wegen der besonderen Eilbedürftigkeit der Sache nicht möglich, ist die Anhörung unverzüglich nachzuholen, § 620 a Abs. 3 S. 1 und 2 ZPO. Nach § 620 b ZPO hat eine Aufhebung der getroffenen Entscheidung auf Antrag oder von Amts zu erfolgen; dies

³⁸³ BayObLG FamRZ 2001, 716, 717 und KG OLGZ 1990, 266, 270.

³⁸⁴ BVerfG NJW 2001, 961.

³⁸⁵ BVerfG NJW 2001, 961.

³⁸⁶ OLG Hamm DAVorm. 2000, 328.

³⁸⁷ Vgl. *Hohloch* DEuFamR 1999, 193.

³⁸⁸ Dazu OLG Köln FamRZ 1998, 1463; BayObLG FamRZ 1999, 178.

³⁸⁹ Vgl. dazu einen Vorentwurf zu einem Europ. Übereinkommen über den Umgang mit Kindern, dazu BMJ I A 2 - 9311/29 - 1 - 13679/2001 v. 12.4.2001 mit Vorschlägen und Anregungen für die einzelnen Mitgliedsstaaten, grenzüberschreitenden Umgang zu ermöglichen und gleichzeitig "Sicherungsmaßnahmen" festzulegen (Hinterlegung von Ausweispapieren, Fahrzeugpapieren, sonstige Sicherungsmaßnahmen wie Grundstücksbelastung, Bankbürgschaft u.ä.).

kann auch im Berufungsverfahren geschehen, wenn die Ehesache in der Berufung beim Berufungsgericht anhängig ist. Gegen eine ohne mündliche Verhandlung ergangene einstwAnO ist Antrag auf erneute Beschlußfassung nach mündlicher Verhandlung statthaft, § 620 b Abs. 2 ZPO, und in den Grenzen aus § 620 c ZPO steht **sofortige Beschwerde** zur Verfügung, wobei jeweils die Vollziehung ausgesetzt werden kann, § 620 e ZPO. Mit Wirksamwerden der endgültigen Regelung oder bei Beendigung des Eheverfahrens ohne Scheidungsausspruch tritt die einstwAnO außer Kraft, und diese Folge ist auf Antrag durch Beschluß auszusprechen, § 620 f ZPO.

168 Eilanträge setzen dringendes Regelungsbedürfnis für ein sofortiges Einschreiten des Gerichts voraus, das weiteres Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung in der Sache nicht gestattet, weil diese zu spät kommen und das Interesse des Kindes nicht mehr genügend wahren könnte. Vorläufige Prüfung muß eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür ergeben, daß die Endentscheidung gleichen oder ähnlichen Inhalt haben wird; vollendete Tatsachen dürfen keinesfalls und zu früh geschaffen werden. Deshalb darf die einstwAnO/ vorläufige Anordnung auch nicht über das zur Abwendung der dem Kind drohenden Nachteile und Gefahren erforderliche Maß hinausgehen, Grundsätze der **Verhältnismäßigkeit**. Ist eine Regelung für die Dauer des Getrenntlebens getroffen und bestandskräftig geworden, hat das FamG bei der Scheidung die Dinge nicht erneut zu überprüfen und zu entscheiden, vgl. dazu früher § 1672 aF. Veränderungen sind nur nach § 1696 möglich. Im übrigen ist, wenn nur eine vorläufige Regelung erfolgt ist, wie sonst zur Hauptsache zu entscheiden, § 1671, wobei nun § 620 f Abs. 1 ZPO ins Spiel kommt, so dass die einstweilige Anordnung nun außer Kraft tritt.

169 **b) Amtsermittlungsgrundsätze** gelten auch für Eilverfahren, § 12 FGG.³⁹⁰ Durch einstwAnO darf das FamG das Aufenthaltsbestimmungsrecht als eine aus der Personensorge folgende Teilbefugnis regeln,³⁹¹ wobei wie sonst sofortige Beschwerde statthaft ist, § 620 c S. 1 ZPO,³⁹² weil eine Regelung zur elterlichen Sorge getroffen wird. Nicht mit der Beschwerde angegriffen werden können nach Abs. 2 Entscheidungen, mit denen ein Antrag auf Erlaß einer **einstwAnO** oder auf Abänderung einer bereits ergangenen Anordnung (§ 620 b ZPO) zurückgewiesen wird; so soll die Verlagerung streitiger Nebenverfahren in die Beschwerdeinstanz verhindert werden.³⁹³ Die Aufhebung einer einstwAnO nach § 620 b ZPO ist nach § 620 c S. 2 ZPO unanfechtbar.

170 **15. Prozeßkostenhilfe.** Im Sorgerechtsverfahren ist den Beteiligten in aller Regel **PKH** wegen der besonderen Bedeutung der Sache zuzusprechen und ein Anwalt³⁹⁴

³⁹⁰ OLG München FamRZ 1978, 54.

³⁹¹ OLG Hamm FamRZ 1979, 177; vgl. auch BGH NJW 1981, 126.

³⁹² OLG Hamm FamRZ 1979, 157.

³⁹³ OLG Hamm FamRZ 1988, 1194; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 295; zu weiteren Einzelheiten insoweit MünchKommZPO/Finger § 620 c RdNr. 4.

³⁹⁴ Dazu Weyhardt ZfJ 1999, 326, 336.

beizuordnen, falls nicht ohnehin schon die PKH-Bewilligung für ein Scheidungsverfahren die Folgesache Sorgerecht erfaßt, § 624 ZPO; dies gilt selbst dann, wenn die Eltern einen einverständlichen Regelungsvorschlag unterbreiten wollen. Nur bei besonderer Übersichtlichkeit und allenfalls dann, wenn sich die Eltern in allen Punkten einig sind, können die Dinge anders zu beurteilen sind. Auch die Beiordnung eines Anwalts nach § 121 Abs. 3 ZPO ist meist geboten.³⁹⁵

- 171 **16. Kosten.** Für die Bemessung des Gegenstandswertes sind §§ 1 Abs. 2, 12 Abs. 1, 2 GKG maßgeblich. Auszugehen ist daher regelmäßig von einem Wert von DM 1.500,-,^{396,397} der angesichts des mit dem Verfahren häufig verbundenen Aufwands und der Wichtigkeit der Sache meist viel zu niedrig ist. Deshalb sollte bei besonderen tatsächlichen Schwierigkeiten und/oder rechtlicher Verwicklung ein höherer Wert zugrunde gelegt werden.³⁹⁸ Im Scheidungsverfahren richtet sich die Kostenverteilung zwischen den Parteien nach dem Ausgang der Scheidungssache und nach **Billigkeitsgesichtspunkten**, § 93 a Abs. 1, 2 ZPO. Für die Berufungsinstandz gilt § 97 ZPO. In selbständigen **FGG-Verfahren** findet dagegen durchgängig kein **Kostenausgleich** statt, vgl. § 13 a FGG. Anordnung der **Kostenerstattung** kommt nur bei ei-

³⁹⁵ Dazu OLG Hamm FamRZ 1999, 393; anders ist allerdings zu entscheiden, wenn zwischen den Eltern Übereinstimmung bei der elterlichen Sorge besteht, sie also lediglich eine Erklärung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 - Zustimmung zur Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge an den anderen Partner - im gerichtlichen Verfahren abgeben wollen, OLG Bamberg FamRZ 2000, 763.

³⁹⁶ Für isolierte Sorgerechtsverfahren nach den Bestimmungen des FGG, deren Geschäftswert sich nach § 94 Abs. 2 S. 1 iVm § 30 Abs. 2 KostO bestimmt, beträgt der Regelwert DM 5.000,-; er kann unter Berücksichtigung sämtlicher streiterheblicher Umstände allerdings niedriger oder höher angesetzt werden, OLG Brandenburg FuR 2000, 136. Ähnlich sind Vereinbarungen zum Umgangsrecht zu bewerten; zu weiteren Einzelheiten *Enders* FuR 2000, 466.

³⁹⁷ Zu den Kosten des besonderen Pflegers nach § 50 FGG vgl. OLG Köln EzFamRaktuell 2000, 126 (maßgeblich sind die Bestimmungen des BVormVG). Der Stundensatz eines anwaltlichen Verfahrenspflegers für die Tätigkeit bis 31.12.1998 beläuft sich auf (bis zu) DM 60,-, und seit dem 1.1.1999 auf (bis zu) DM 75,-, OLG Koblenz NJW-RR 2000, 658. Die für die Verfahrenspflegschaft erforderliche Zeit ist nach den Umständen des konkreten Falls zu ermitteln; eine Herabsetzung auf den durchschnittlich erforderlichen Aufwand ist nicht möglich, OLG Köln NJW-RR 2001, 74. Im übrigen ist das BVormVG maßgeblich, und der übliche Vergütungssatz von DM 60,- (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 BVormVG) ist auch dann zu gewähren, wenn eine Fachschulbildung in der ehemaligen DDR durch ein Fachhochschulstudium nach der Wiedervereinigung ergänzt worden ist, OLG Köln NJW-RR 2001, 74; vgl. dazu auch OLG Dresden FamRZ 2001, 188, vgl. auch KG NJW-RR 2001, 73. Allerdings kann der bestellte Verfahrenspfleger eine Vergütung aus der Staatskasse nur für die Tätigkeit erhalten, die für die subjektive Interessenvertretung des Kindes erforderlich ist, und dazu gehören nicht die umfassende Ermittlung der dem objektiven Kindeswohl am besten entsprechenden Entscheidung oder Vermittlungsversuche zwischen den Eltern, KG NJW-RR 2001, 73. Die Regelung, nach der ein Rechtsanwalt als Verfahrenspfleger nach § 1 BVormG einen Stundensatz von DM 60,- erhält, ist mit Art. 3, Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, BayObLG AnwBl. 2001, 181; allein die Tatsache, dass sich ein zum Betreuer eines vermögenden Betreuten bestellter Rechtsanwalt zur Prüfung der Sach- und Rechtslage in eine schwierige Situation einarbeiten muss, rechtfertigt noch nicht die Überschreitung der Stundensätze aus § 1 Abs. 1 BVormVG, BayObLG AnwBl. 2001, 182.

ner das Verfahren abschließenden Verfügung, bei Erledigung der Hauptsache, bei Antragsrücknahme oder Vergleichsschluss in Betracht,³⁹⁹ nicht aber beim (schlichten) Ruhen der Sache.⁴⁰⁰ Werden die Eltern in der Ehesache angehört, entsteht eine Beweisgebühr, § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO, und deshalb löst auch die inzwischen für sie vorgesehene Anhörung bei Gericht nach § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO eine **Beweisgebühr** aus, wobei der Wert der Ehesache und des Sorgerechtsverfahrens zusammenzurechnen sind.⁴⁰¹ Einigen sich beide Elternteile auf einen gemeinsamen Vorschlag zur Regelung der elterlichen Sorge, hat der Anwalt auch Anspruch auf eine Vergleichsgebühr, wenn er am Zustandekommen dieser Vereinbarung mitgewirkt hat.

VII. Sorgerechtsverfahren mit Auslandsbezug

172 **Art. 21 EGBGB** ist durch das KindRG ebenfalls geändert. Maßgeblich wird nun allein das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes, und entscheiden dt. Gerichte, haben sie nach § 1671 vorzugehen, selbst wenn für das Scheidungsverfahren ausländisches Recht bestimmend wird, **Art. 17 EGBGB**, und danach die elterliche Sorge anders zu verteilen wäre als wir das für richtig halten oder dort der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung völlig unbekannt ist. Vorrangig ist allerdings wie bisher in weiten Teilen das Haager **Minderjährigenschutzabk.**, MSA, das demnächst durch das KSÜ ersetzt wird, zu Einzelheiten knapp RdNr. 9 mit Nachw. Andere Übereink. können allerdings ihren eigenen Vorrang begründen. Deshalb wenden wir im Verhältnis zum **Iran** die Bestimmungen des MSA nicht an, dt.-iranisches Niederlassungsabkommen, so daß insoweit (auch) iranisches Heimatrecht zur Anwendung kommen kann, wenn beide Eltern-

³⁹⁸ Zu näheren Einzelheiten vgl. MünchKommZPO/*Finger* § 620 g RdNr. 20 mit Nachw.

³⁹⁹ *Keidel/Zimmermann* § 13 a FGG RdNr. 3.

⁴⁰⁰ OLG Frankfurt, 1 WF 249/00.

⁴⁰¹ Dazu jetzt AG Euskirchen FamRZ 1999, 1683 mit Nachw. und OLG Koblenz Streit 1999, 161 unter Hinweis auf § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO, aA allerdings OLG Koblenz NJW-RR 2000, 887 = FuR 2000, 138 (zwar entsteht eine Beweisgebühr, aber keine Gebühren aus § 31 Nr. 1 oder 2 BRAGO); ebenso KG NJW-RR 2000, 886; vgl. auch BT-Drucks. 13/4899 S. 161; weitere Rspr. OLG Celle FamRZ 2000, 1383; OLG Köln FamRZ 2000, 1383, OLG Koblenz NJW-RR 2001, 509, jeweils mit dem Ergebnis, dass die Anhörung zur elterlichen Sorge im Rahmen von § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO eine Beweisgebühr für den Anwalt auslöst, selbst wenn die Parteien keine Anträge zur elterlichen Sorge gestellt haben; ebenso OLG Hamm FamRZ 2001, 694 und OLG Stuttgart FamRZ 2001, 695; AG Rendsburg FamRZ 2001, 694; aA OLG Stuttgart FamRZ 1999, 1359 m. Anm. *Driest* FamRZ 2000, 1384, die vorschlägt, den Streitwert der Ehesache, § 12 Abs. 2 GKG, angemessen zu erhöhen, damit die zusätzliche Tätigkeit des Anwalts in der notwendigen Form abgegolten wird; das OLG Stuttgart selbst will zumindest dann keine Beweisgebühr zusprechen, wenn die Eltern keine Anträge auf Übertragung der elterlichen Sorge gestellt haben, vgl. dazu auch *Maurer* FamRZ 2001, 508; OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1384 und OLG Saarbrücken FamRZ 2000, 1385; OLG Frankfurt FamRZ 2001, 506 gewährt dem Anwalt für seine Mitwirkung bei der Elternanhörung nach § 613 Abs. 1 S. 3 ZPO weder eine Beweisgebühr noch eine Prozessgebühr, so auch OLG Nürnberg NJW-RR 2001, 508; vgl. im übrigen *Enders* FuR 2000, 466.

teile (nur) iranische Staatsangehörige sind.⁴⁰² Unangemessene Regelungen verdrängen wir über **Art. 6 EGBGB** (ordre public), doch kann **Anpassung** allein zu vernünftigen Ergebnissen führen und – etwa – dem (iranischen) Vater die elterliche Sorge (und die **Vermögenssorge**) belassen, der Mutter aber die tatsächliche **Personensorge** einräumen.⁴⁰³ Ordre public-widrig ist der Stichentscheid des türkischen Vaters, Art. 263 türk. ZGB.⁴⁰⁴ Eine im Ausland getroffene Sorgerechtsentscheidung kann abgeändert werden, und dann kann einem der Beteiligten ein Teilbereich der elterlichen Sorge zu übertragen, im übrigen aber das gemeinsame Sorgerecht zu bestimmen sein, wobei §§ 1696, 1671 und Art. 2 MSA Grundlage werden, vgl. im übrigen § 1696 RdNr. ●.⁴⁰⁵

VIII. Art. 234 § 11 EGBGB

173 **Art. 234 § 11 EGBGB.** Mit dem Beitritt der neuen Bundesländer ist das bisherige **Erziehungsrecht** der Eltern, §§ 42 ff. FGB, zum Sorgerecht nach unserem Verständnis geworden. Entscheidungen aus der Zeit davor bleiben aber weiterhin wirksam, Abs. 1 S. 1. Für Änderungen für die Zukunft gilt **§ 1696**. Ist die Sorgerechtsregelung ausgesetzt (gewesen), §§ 25, 26 FGB, kann jetzt eine gerichtliche Regelung nach § 1671 (erstmalig) erfolgen; ohne Antrag der Eltern besteht die elterliche Sorge dagegen gemeinsam fort. Für Fälle des **§ 1631 b** benötigen die Eltern – nach dem Beitritt – eine gerichtliche Entscheidung. Ist sie nicht erfolgt, ist spätestens nach Ablauf von sechs Monaten die Unterbringung zu beenden, Abs. 4 S. 3.⁴⁰⁶

⁴⁰² Finger FuR 1999, 58; 1999, 158 und 215.

⁴⁰³ OLG Bremen NJW-RR 2000, 3 = FamRZ 1999, 1520 nach OLG Bremen NJW-RR 1992, 1288 = FamRZ 1992, 343; ausführlich zu diesem Punkt Schwab/Motzer (Handbuch) III RdNr. 307 mit Nachw.

⁴⁰⁴ Zur Sorgerechtsregelung für die Dauer des Getrenntlebens nach türk. Recht Oden-dahl FamRZ 1992, 1327; sonst als Beispiel OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1318.

⁴⁰⁵ OLG Frankfurt, 3 UF 229/00.

⁴⁰⁶ Zur Überprüfung einer strafrechtlichen Unterbringung BezG Dresden DtZ 1993, 31.