

Vortragsmanuskript zur elterlichen Verantwortung

von Dr. Dieter Wilhelm Weyhardt, Vorsitzender Richter des 6. Senats für Familiensachen des OLG Ffm i. R. bzw. a. D.

Stand bzw. Auswertung der FamRZ bis Heft 4/2006

Zur Einstimmung:

- Gajus in Dig.50,16,152: Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur
- Luhmann: Es geht „nur“ um Orientierungswissen
Reduktion von Komplexität
Gerechtigkeit durch Verfahren
- Holmes: Leben in der ‚Unschärfe‘, es geht um eine zutreffende Prognose

Literatur allgemein:

- Arntzen: „Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern - Ein Grundriß der forensischen Familienpsychologie“, 2.Aufl.,1994, Verlag C.H.Beck
- Büttner: „Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das KRRG“, FRZ 98, 585
- van Els: Das Kind im einstweiligen Rechtsschutz im Familienrecht, FamRZ-Buch 13
- FamRZ-Buch 6, 1998, Greßmann: „Neues Kindschaftsrecht“
- Gaul: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“ in FamRZ 1997, 1441
- **Gerhardt u.a.: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 5. Auflage, 2005**
- **Gießler/Soyka, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe....Sachen, 4.Aufl., NJW-Schriftenreihe, 2005**
- Greßmann: „Neues Kindschaftsrecht“, FamRZ-Buch Nr.6, 1998
- Henrich: „KRRG und IPR“, FRZ 1998, 1401
- Janzen: Das Kinderrechtsverbesserungsgesetz, FamRZ 2002, 785
- Kodjoe/Koeppel: „Das Parental Alienation Syndrome“ in DAVorm. 1998,9
- Lipp: „Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz“ in FamRZ 1998, 65
- Kropholler: „Das Kindeswohl als Rechtsbegriff“, JZ 1984, 164
- **Motzer:**
 - - Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiete von Sorge- u. Umgangsrecht: FamRZ 1999,1101;2000,925;2001, 1034
 - - **Die Rechtsprechung zur Elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit 2004 in**

FamRZ 2006, 73

- Oelkers: „Formelle und materiell-rechtliche Fragen des Umgangsrechts“ FRZ 95,449
- Oelkers: „Die Rechtsprechung zur elterlichen Sorge - eine Übersicht über die letzten fünf Jahre“ in FamRZ 1995,1087
- Oelkers: „Die Rechtsprechung zum Umgangsrecht - eine Übersicht über die letzten fünf Jahre“ in FamRZ 1995, 1386
- Oelkers: „Die Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrecht - zweites Halbjahr
- Quantus: „Die Ehelichkeitsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind“, FRZ 98, 1145
- Raucher: „Das Umgangsrecht im KRRG“, FRZ 1998, 329
- Salzgeber u.a.: „Zur Frage der Erziehungsfähigkeit aus medizinisch-psychologischer Sicht ...“ in FRZ 1995, 1331
- **Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 4. Aufl., 2005**
- Schwab: „Elterliche Sorge bei Trennung u. Scheidung der Eltern“, FRZ 1998, 457
- Schwab/Wagenitz: „Einführung in das neue Kindschaftsrecht“ in FRZ 1997, 1378
- **Schwab/Wagenitz: „Familienrechtliche Gesetze - Synoptische Textausgabe mit dem neuen Kindschaftsrecht“, Giesecking Verlag, aktuelle 4. Auflage, 2002**
- Söpfer: Rechtsprechungsübersicht zur Vergütung von Verfahrenspflegern, FamRZ 2002, 1535
- Wagenitz: „Zum Wandel des Kindesnamensrechts“, FRZ 1998, 1545
- Weinreich/Klein: Kompaktcommentar zum Familienrecht, 2. Auflage, 2005
- Weyhardt: Die familienrechtliche Regelung der elterlichen Verantwortung – Eine Handreichung für die Praxis, Zentralblatt für Jugendrecht, 1999, 268 und 326 ff
- Wieser: „Zur Anfechtung der Vaterschaft nach neuem Recht“, FRZ 1998, 1004

Gliederung:

A. Materielles Recht

- I. Abstammungsrecht
- II. Sorgerecht, III. Umgangsrecht
- IV. Internationales Privatrecht; V. Beistandschaft

B. Verfahrensrecht

Vorbemerkung:

Zum **1.Juli 1998** ist das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG)“ vom 16.12.1997 in Kraft getreten, abgedruckt im Bundesgesetzblatt Teil I Seite 2942

Es handelt sich um ein Artikel-Gesetz, das zahlreiche Gesetze ändert wie BGB, GVG, ZPO, FGG, GKG, BRAGO, EGBGB (IPR), etc.

Dazu gibt es als Gesetzesmaterialien:

- Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Kindschaftsrecht, abgedruckt in

BT-Drucksache 13/4899 vom 13.6.1996

- „Beschlußempfehlung und Bericht“ des Rechtsausschusses, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/8511, vom 12.9.1997;
- „Zusammenfassende Darstellung des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts Eine Information des Bundesministeriums der Justiz“

Die nachfolgende Darstellung geht von der ab dem 1.7.1998 gegebenen Rechtslage aus.

A. Materielles Recht

Vorab zur Wiederholung und zur Festlegung der Themen dieser Ausarbeitung:

Das Vierte Buch des BGB „Familienrecht“ gliedert sich wie folgt:

Erster Abschnitt: Bürgerliche Ehe §§ 1297 ff

Zweiter Abschnitt: Verwandtschaft §§ 1589 ff

Erster Titel: Allgemeine Vorschriften §§ 1589 und 1590

Zweiter Titel: *Abstammung §§ 1591 ff = Gegenstand dieser Ausarbeitung*

Dritter Titel: Unterhaltspflicht §§ 1601 ff

Vierter Titel: Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde

im allgemeinen §§ 1616 ff: betreffend -->>

Namensrecht, Beistand und Rücksicht, Dienstleistungspflicht, Schenkung und Ausstattung

Fünfter Titel: *Elterliche Sorge §§ 1626 bis 1698b = Gegenstand d. Ausarbeitung*

Sechster Titel: aufgehoben

Siebter Titel: Beistand §§ 1712 ff

Achter Titel: aufgehoben

Neunter Titel: Annahme als Kind §§ 1741 ff

Dritter Abschnitt: Vormundschaft §§ 1773 ff

I. Das Abstammungsrecht: §§ 1591 ff BGB

< Dieser Abschnitt ‚I‘ muß neu bearbeitet werden >

Die bisherige Unterscheidung zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung besteht nicht mehr: es gibt nur noch ‚Kinder‘.

1. Mutterschaft: § 1591 BGB

Der seitherige § 1591 BGB mit der nichtamtlichen Überschrift „Ehelichkeit, Vermutung der Vaterschaft“ wird durch einen einzigen Satz ersetzt: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“ - d.h. -->>

- das Gesetz spricht sich gegen die genetische Mutter aus; das Gesetz will auf zivilrechtlichem Wege die Leihmutterschaft erschweren/unterbinden;

- die genetische Mutter, die „wahre“ Mutter, also die Spenderin hat kein Anfechtungsrecht;

- die gebärende Mutter hat ebenfalls kein Anfechtungsrecht;

- der römisch-rechtliche Satz „mater semper certa est“ ist nunmehr aufgehoben zu Gunsten einer *rechtlichen* Mutterschaft - d.h. -->>

das bisher auf genetischer Abstammung beruhende Verwandtschaftsrecht ist jetzt gespalten; gleichwohl ist die Mutter auch jetzt immer ‚sicher‘.

2. Vaterschaft: § 1592 ff BGB

Neuregelung durch Gesetz vom 23.4.2004.

a) Begründung der Vaterschaft

Die genetische Vaterschaft führt zur Vaterschaft im Rechtssinne nur in den in § 1592 BGB n.F. vorgesehenen Fällen, nämlich

„Vater eines Kindes ist der Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat, oder
3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d BGB oder § 640 h Abs. 2 ZPO gerichtlich festgestellt ist“.

Daraus folgt u.a.:

- Die Geburt des Kindes *in* der Ehe macht den Ehemann schlechthin zum Vater.

- Die Geburt des Kindes *nach* der Rechtskraft der Scheidung macht den seitherigen Ehemann nicht mehr zum Vater, also keine die Ehe überdauernde Empfängniszeit;

das bedeutet auch, daß der geschiedene Ehemann zunächst nicht nach § 1570 BGB der Mutter unterhaltspflichtig ist, auch wenn das Kind von ihm gezeugt ist.

- Die Geburt des Kindes *während* der Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens kann wie folgt „reguliert“ werden:

Es endet die Vaterschaft, wenn ein anderer Mann die Vaterschaft anerkennt und der seitherige Ehemann *sowie* die Mutter zustimmen. Diese Vaterschaftsanerkennung ist also während bestehenden Ehebandes und schon vor der Geburt des Kindes möglich. Damit will der Gesetzgeber Vaterschaftsprozesse vermeiden - dies um den Preis, daß die Statusfrage voll der Privatautonomie anheimgestellt wird. Das Kind selbst wird nicht - über einen Pfleger - gefragt. Wird die Scheidung nicht rechtskräftig, dann entfällt die Anerkennung.

Weitere Details sind im Gesetzestext nachzulesen.

b) Anfechtung der Vaterschaft: § 1600 BGB

d) Die *Zulässigkeit* der entsprechenden Feststellungs- oder Anfechtungsklage ergibt sich aus § 1600e BGB -->> einheitliches Institut der *Vaterschaftsanfechtung* i.V.m. den §§ 640 ff ZPO mit der vorangestellten Überschrift: „Verfahren in Kindschaftssachen“.

Zuständig sind die Familiengerichte mit dem Rechtsmittelzug zum Familiensenat des Oberlandesgerichts: § 23b I S.2 Nr.12 GVG, § 119 GVG; § 621 I Nr. 10 ZPO.

e) Zum Abstammungsrecht bei Auslandsbezug siehe Artt. 19 und 20 EGBGB.

f) Zu „Unterhaltsrechtliche Folgen des scheidungsakzessorischen Statuswechsels nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz“, siehe Wagner in FRZ 1999, 7 ff.

3. Namensrecht

Das Namensrecht des Kindes ist in den §§ 1616 ff BGB geregelt.

Das System der Namenserlangung ist detailliert dargestellt bei Wagenitz in FRZ 98,1546:

- ◆ Es kommt nicht auf die eheliche oder nichteheliche Geburt an.
- ◆ Haben die Eltern einen gemeinsamen Namen, so erhält diesen auch das Kind.
- ◆ Haben die Eltern keinen gemeinsamen Namen und haben sie die gemeinsame Elterliche Sorge, so können sie den Namen des Vaters oder den der Mutter wählen.
- ◆ Können die Eltern sich nicht einigen, überträgt das Familiengericht das Namensgebungsrecht auf einen Elternteil allein.
- ◆ Bei Alleinsorge eines Elternteils erlangt das Kind ohne weiteres den Namen des alleinsorgberechtigten Elternteils.

Die **Einbenennung**, also die Namenserteilung durch einen Dritten, findet sich in § 1618 BGB.

Mit der Einbenennung soll die Integration des Kindes in die Stieffamilie gefördert werden! Durch die Möglichkeit des Doppelnamens soll dem leiblichen Vater die Zustimmung erleichtert werden. Die Einbenennung kann zum *Verlust der seitherigen Identität* des Kindes führen, d.h. das Kind wird nun auch noch namensmäßig vom anderen Elternteil getrennt - während das Gesetz andererseits in § 1626 III BGB die besondere Bedeutung des Umgangsrechts des nichtsorgberechtigten Elternteils hervorhebt.

Details werden ausführlich im Sorgerecht abgehandelt

II. Die elterliche Verantwortung, das Sorgerecht

In Zweiten Abschnitt des Vierten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches lautet der Fünfte Titel -->> Elterliche Sorge §§ 1626 ff

1. Vorbemerkung

Die frühere rechtliche Unterscheidung zwischen ehelichen und *nichtehelichen* Kindern besteht ab dem 1.7.1998 nicht mehr; die früher im Gesetz getrennt behandelten nichtehelichen Kinder sind jetzt in die allgemeinen Vorschriften zum Sorgerecht inkorporiert. Für alle Kinder und ihre Eltern ist nunmehr einheitlich die Familiengerichtsbarkeit zuständig (AG, OLG, BGH). Das Verfahren richtet sich nach dem FGG -> u.a. Amtsermittlungsgrundsatz.

2. Die Pflichten und Rechte der Eltern, das Recht des Kindes

„Das Rechtsverhältnis zwischen einem Kinde und seinen Eltern unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“ (Art. 21 EGBGB).

Der gemeinsame *Oberbegriff* für alles Folgende ist die ‚*elterliche Verantwortung*‘, welche letztere auch besteht, wenn einem Elternteil alleine die elterliche Sorge zusteht. Dies zeigt sich beispielsweise beim Umgangsrecht, beim Kindesunterhalt. In § 52 FGG verwendet das Gesetz beide Begriffe.

Während sich die *elterliche Sorge* auf die rechtliche Zuordnung des Kindes bezieht, betrifft die ‚*Obhut*‘ die tatsächliche Inhaberschaft (quasi Eigentum/Besitz).

Die elterliche Sorge umfaßt die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und für das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

Das Gesetz geht in den §§ 1626 und 1626a grundsätzlich von der *gemeinsamen* elterlichen Sorge der Eltern für ihr minderjähriges Kind aus: es favorisiert die gemeinsame elterliche Verantwortung. Das entspricht der Vorstellung des BVerfG in FRZ 1982, 1179. Der BGH setzt die Akzente insoweit etwas anders: BGH FRZ 2005, 1646.

Die weiteren Einzelheiten sind in §§ 1626 ff BGB geregelt.

Ergänzend kommt noch aus dem Bereich der UNO in Betracht das ‚*Gesetz zu dem Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes vom 17.1.1992*‘, abgedruckt in FRZ 1992, 253; dazu gibt es noch eine Erklärung der Bundesregierung in FRZ 1992, 266. Diese Konvention spielt in der Praxis keine Rolle, weil die deutschen Gesetze diesem ‚Standard‘ bereits voll entsprechen. Auch *das Europäische Übereinkommen vom 25.1.1996 über die Ausübung von Kinderrechten*, in der BRD in Kraft seit dem 1.8.2002, spielt aus den gleichen Gründen in der Praxis keine Rolle.

Eine immer stärkere Rolle spielt inzwischen der ***Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte***: ‚Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines ...

Familienlebens...‘. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EuGHMR) hat denn auch schon wiederholt die deutschen Gerichte in Sorgerechtsverfahren gerügt und die BRD zu Schadensersatz wegen immateriellen und materiellen Schadens verurteilt: EuGHMR FRZ 2005, 585 Haase ./BRD 45.000,- € (Fall des § 1666 BGB); EuGHMR FRZ 2004, 1486 Görgülü ./BRD 15.000,- € (Umgangsrecht). Hinzukommen in

beiden Fällen hohe Zahlungen für Kosten und Auslagen. Auf die Sachverhalte selbst wird später noch näher eingegangen werden.

3. Primäre = originäre *Alleinsorge* eines Elternteils, d.h. der nicht-ehelichen Mutter

Positiv ausgedrückt ist es in aller Regel so, daß bei Geburt eines nichtehelichen Kindes die elterliche Sorge für dasselbe seiner Mutter zusteht: der Status dieses Kindes ist also von Anfang an klar.

Die Mutter kann sich zum Nachweis ihrer alleinigen Sorgezuständigkeit vom Jugendamt ein Negativ-Attest ausstellen lassen.

Kraft Gesetzes steht der nicht-ehelichen Mutter die *Alleinsorge* gemäß dem Abs.2 des § 1626a BGB aber nur zu,

- (1) wenn sie mit dem Vater des Kindes *nicht* verheiratet ist,
- (2) wenn die Eltern auch nach der Geburt des Kindes *nicht* einander heiraten,
- (3) wenn sie auch *keine* „Sorgeerklärung“ abgeben (Antragsprinzip).

Das ist also eine dreifache *negative* Prämisse (so Schwab). Der Gesetzgeber sieht wohl die *Alleinsorge* als Ausnahme von der Regel an.

Das Antragsprinzip beugt aber dem Zwang zur Gemeinsamkeit vor.

Wenn die ne-Mutter also nicht will, gibt es kein Sorgerecht für den ne-Vater!

Im Extremfall ‚hilft‘ § 1666 BGB.

Nach der Gesetzesabsicht soll auch der nicht-eheliche Vater ein u.U. originäres gemeinsames Sorgerecht habe dürfen (s.u.), eine originäre *Alleinsorge* des nicht-ehelichen Vaters läßt das Gesetz jedoch nicht zu.

Der *nicht-eheliche Vater* kann die *Alleinsorge* jedoch im Falle des Getrenntlebens von seiner Lebensgefährtin (= Mutter) auf *Antrag* vom Familiengericht übertragen erhalten, wenn die bis dahin alleinsorgeberechtigte Mutter *zustimmt* und dies dem *Wohl des Kindes dient* (§ 1672 BGB), also eine nur *derivative* *Alleinsorge*.

Bereits die Zulässigkeit des Antrags des Vaters hängt davon ab, daß die Mutter *zustimmt*.

Weitere Voraussetzung ist, daß die Eltern *getrenntleben*.

In diesem Falle ist also - im Gegensatz zur Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts - eine materielle *Kindeswohlprüfung* vorzunehmen, welche positiv verlaufen muß. Es genügt nicht, daß die Übertragung dem Kindeswohl „nicht widerspricht“.

Nach Abschluß des Verfahrens nach Abs.1 des § 1672 BGB läßt der Abs.2 ein weiteres Verfahren auf Einräumung eines gemeinsamen Sorgerechts zu.

Ein „*Rückerwerb*“ der Alleinsorge durch die Mutter ist nur im Rahmen des § 1696 BGB möglich (AG Fürstfeldbruck FRZ 2002,117).

Leben die Eltern zusammen, besteht kein Anlaß, daß sich die Mutter des Sorgerechts entledigt; in diesem Falle können die Eltern ja eine Sorgerechtsklärung auf gemeinsame Sorge abgeben.

Generell greift Alleinsorge subsidiär Platz, wenn ein sorgeberechtigter Elternteil etwa durch Tod „ausfällt“: vergleiche die Differenzierungen in den §§ 1678 und 1680, 1681 BGB.

4. Primäre = originäre *gemeinsame Sorge* der beiden Eltern

Das gemeinsame Sorgerecht wird *begründet*,

- (1) wenn das Kind *während der Ehe* geboren wird (Regelfall), oder
- (2) wenn die Eltern nach der Geburt einander *heiraten*:
 hier bedarf es keiner weiterer Rechtshandlungen; die früheren Vorschriften über die Legitimation sind entfallen; Voraussetzung ist allerdings, daß der Ehemann zuvor die Vaterschaft nach § 1592 Nr.2 BGB anerkannt hat (so Niepmann in MDR 1998, 565); oder
- (3) wenn die nicht miteinander verheirateten Eltern vor oder nach der Geburt des Kindes ein „*Sorgeerklärung*“ abgeben, und zwar ohne zeitliche Limitierung.
- (4) Ferner ist ein gemeinsames Sorgerecht ohne Abgabe einer Sorgeerklärung mit Hilfe des Familiengerichts möglich: § 1672 Abs.2 BGB.

Die *Modalitäten* zu dieser Art der Sorgerechtsbegründung (Sorgerechtsklärung) ergeben sich aus den §§ 1626 b bis 1626 e BGB. Hinzuweisen ist u.a. auf -->>

- eine Prüfung des Kindeswohls findet nicht statt, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen des Mißbrauchstatbestandes des § 1666 BGB vor;
- weder ist ein gemeinsamer Hausstand noch Ledigkeit der Eltern nötig;

- die Erklärung kann pränatal abgegeben werden und wirkt ex natu;
- die beiden Erklärungen müssen vom Notar/Jugendamt öffentl. beglaubigt werden; es sind parallele Willenserklärungen -->> dazu noch näher:
- es gibt den Begriff der „Genuinen Sorgegeschäftsfähigkeit“ (so Lipp)
- eine *spätere Korrektur* der gemeinsamen Sorgeerklärung ist dann nur noch durch das Familiengericht möglich: §§ 1671, 1666 BGB - die reine konsensuale Elternautonomie ist also nur einmal (1) gegeben (wie bei einer Eheschließung);
- nach Erlaß einer gerichtlichen Entscheidung ist eine (weitere) Sorgeerklärung ausgeschlossen;
- zusätzliche Erklärungen können nicht Bestandteil der SO-Erklärung sein; sie ist bedingungsfeindlich.

5. Fortbestand der gemeinsamen Sorge nach Trennung oder Scheidung der Eltern

Trennen sich verheiratete oder nur als Lebensgefährten zusammenlebende Eltern, so hat dies auf die bisherige Regelung oder Zuständigkeit für das gemeinsame Sorgerecht keinen Einfluß, d.h. alles bleibt wie bisher! Es findet kein Einschreiten des Familiengerichts von Amts wegen statt.

Der bisherige Zwangsverbund im *Scheidungsverfahren* ist abgeschafft. Es gibt jetzt nur noch das *Antragsystem* !! Wird kein Antrag gestellt, so verbleibt das gemeinsame Sorgerecht ohne weiteres auch nach der Scheidung bei beiden Eltern.

Von Amts wegen ist also nur der VA zu bescheiden.

War schon während der Trennungszeit eine gerichtliche Sorgerechtsregelung getroffen worden, so bleibt es so lange dabei, wie kein Abänderungsantrag gestellt wird.

Allerdings hat der Familienrichter im Scheidungsverfahren *das Sorgerecht zu thematisieren*, die Eltern frühestmöglich zu belehren und sie auf ihr Recht auf Beratung durch Beratungsstellen hinzuweisen, „insbesondere zur Entwicklung eines *einvernehmlichen Konzepts* für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge“: § 613 ZPO, § 52 FGG. Der Gesetzgeber setzt also auf die Eigenverantwortung der Eltern!

6. Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts zwecks Alleinsorge eines Elternteils: sekundäres, derivatives Sorgerecht – also: zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern bei streitiger Entscheidung durch das Familiengericht:

a) Vorbemerkung

Das ist das eigentliche Feld der anwaltlichen Beratung und der gerichtlichen Tätigkeit.

Hier ist insbesondere auch die *Taktik* des Anwalts gefragt, nämlich die Problematik des „ersten Zugriffs“ und seiner Folgen. Es gibt nur einen (1) ersten Durchgang, keine Wiederholung im Scheidungsverbund; spätere Änderungen sind nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 1696 BGB möglich.

Zum „ersten Zugriff“ gehört natürlich auch die Ausschöpfung des *einstweilen bzw. vorläufigen Rechtsschutzes* nach ZPO und FGG.

Polemisch: Wer das Sorgerecht hat, hat vielfach ausgesorgt - man denke nur an die vielfachen „Privilegien“, die das Gesetz an die Obhut eines Kindes knüpft wie z.B.:

- *Wohnungszuweisung*: § 1361b BGB, § 2 HausratsVO „...das Wohl der Kinder...“;
- *Stundung der Ausgleichsforderung*: § 1382 I BGB „...Lebensverhältnisse gemeinschaftlicher Kinder ...“;
- *Aufhebung einer Gemeinschaft*, einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung: § 180 III ZVG „...des Wohls eines gemeinschaftlichen Kindes...“;
- *Ehegattenunterhalt*: §§ 1570, 1579 BGB „... Pflege oder Erziehung... eines gemeinschaftlichen Kindes“ - das Gesetz geht nur davon aus, daß dies dem Unterhaltsberechtigten „anvertraut“ ist.

b) Der § 1671 BGB normiert:

„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“

Dies betrifft →

- ◊ sowohl Eheleute während der Trennungszeit oder innerhalb eines Scheidungsverfahrens (= eheliche Kinder),
- ◊ als auch nicht miteinander verheiratete Eltern (= nicht-eheliche Kinder).

Das Verfahren nach § 1671 BGB ist ein reines Antragsverfahren, also kein amtswegiges Einschreiten. Subsidiär kann allerdings von Amts wegen entsprechend der höheren Eingriffshürde des § 1666 BGB eingeschritten werden.

Der Antrag kann nur von einem Elternteil gestellt werden; weder vom Kinde noch vom Jugendamt (diesen hilft nur der § 1666 BGB).

N.b.: Hat das Familiengericht einmal (1) entschieden, dann ist eine *spätere Korrektur der Entscheidung* nur noch durch das Familiengericht möglich.

Der *Antrag zielt* auf „Aufhebung der gemeinsamen Sorge und Übertragung auf den Antragsteller“ = voller Antrag, sonst etwa auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bzw. des ‚gewöhnlichen Aufenthalts‘.

Es gibt auf Antrag so viel an Alleinsorge wie nötig, aber es bleibt so viel an Gemeinsamkeit wie möglich. Es gilt also der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs (OLG München FRZ 1999, 111/112).

Sowohl bei der Antragstellung wie auch bei der richterlichen Entscheidung sind Differenzierungen möglich, etwa →

- ◆ der Antrag kann auf ein (1) Kind von mehreren Kindern beschränkt werden,
 - ◆ es kann *ein Teil* der Sorge einer gerichtlichen Regelung zugeführt werden,
 - ◆ also keine Alles- oder Nichts-Entscheidung, z.B. →
 - ◆ nur Aufenthaltsbestimmungsrecht, Obhut, Alltagssorge, oder
 - ◆ medizinische Betreuung etwa bei Jehovas Zeugen (Stichwort: Bluttransfusion)
- ◁ bei gemeinsamer Sorge kann die Vermögenssorge auf einen (1) Elternteil übertragen werde (OLG Ffm B.v.12.7.2000 in 6 UF 92/00).

Das § 1671 BGB setzt eine auf Dauer angelegte Trennung voraus. In konkreten Streitfällen *ohne* dauernde Trennung hilft ein Antrag nach § 1628 BGB, wobei dem Antragsteller auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen werden kann. Das wäre also im Vorfeld einer dauerhaften Trennung möglich.

Wird im *Scheidungsverfahren* rechtzeitig ein Antrag auf völlige oder partielle *Übertragung der Alleinsorge* gestellt, so ist das Sorgerecht als Folgesache in das Verbundverfahren einzubeziehen und mit dem Scheidungsausspruch zu bescheiden.

Auf § 613 ZPO und § 52 FGG wird hingewiesen.

Jeder Ehegatte kann jedoch die *Abtrennung* dieser Folgesache verlangen: § 623 Absatz 2 Satz 2 ZPO → Verfahrensverbund # Entscheidungsverbund.

Scheidungsverfahren können also jetzt schneller und unbelasteter abgewickelt werden.

Bei einer offenen Konventionalscheidung ist § 630 I Nr.2 ZPO zu beachten.

Sind die Eltern *nicht miteinander* verheiratet und löst sich ihre nichteheliche Lebensgemeinschaft auf und ist aufgrund einer Sorgerechtserklärung ein *gemeinsames* Sorgerecht vorhanden, so kann auch dieses nur auf Antrag durch Richterspruch abgeändert werden. Das alleinige Sorgerecht kann auch auf den nichtehelichen Vater übertragen werden. Auch bei ursprünglicher Alleinsorge der Mutter muß nun nicht im Sinne des status quo ante entschieden werden. Auch hier gilt § 52 FGG.

c) Die Fall-Konstellationen des § 1671 BGB

Dem Antrag des einen Elternteils hat das Familiengericht zu entsprechen, wenn →

(1) **unstreitig**: *zwingend* wenn der andere Elternteil zustimmt,

eine Prüfung des Kindeswohls findet hier nicht statt, also keine positive staatliche Richtigkeitskontrolle: OLG Hamm FRZ 98, 1315

- es sei denn, die Voraussetzungen des § 1666 BGB lägen vor (s.u.), oder:
- es sei denn, daß das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht (siehe auch § 50 b II FGG: Anhörung des Kindes);

Ebenso unstreitig:

Gemäß § 1672 BGB kann der nicht-eheliche Vater auf seinen Antrag hin das alleinige Sorgerecht vom Familiengericht übertragen erhalten, auch wenn es bisher ausschließlich der Mutter zustand. Voraussetzung ist, daß sich die seither zusammen lebenden Eltern nicht nur vorübergehend getrennt haben und die Mutter zustimmt und „wenn die Übertragung *dem Wohl des Kindes dient*“.

oder

(2) **streitig**: wenn „zu erwarten ist, daß die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller *dem Wohl des Kindes am*

besten entspricht“.

d) Zur streitigen Sorgerechtsentscheidung

(1) *Erster Schritt*: Zunächst geht es darum zu prüfen, ob auf Grund der seitherigen Streitigkeiten der Eltern die *Aufhebung* der gemeinsamen Sorge für das Kind das beste ist. Da die Elternrechte beider Elternteile gleichwertig sind, kann nur das Kindeswohl einen Eingriff in das Elternrecht des jeweils benachteiligten Elternteils rechtfertigen: BVerfG FRZ 1999,85/89.

(2) *Zweiter Schritt*: Danach ist zu prüfen, ob die *Übertragung gerade auf den Antragsteller* für das Kind das beste ist – wenn nein, dann ist der Antrag zurückzuweisen und nicht etwa die Alleinsorge auf die Antragsgegnerin zu übertragen.

Letzteres ginge nur, wenn die Antragsgegnerin einen eigenen Übertragungsantrag gestellt hat, also selbst Antragsteller ist. Der Richter könnte allerdings auch gemäß § 625 ZPO einen Anwalt beordnen.

Geht man davon aus, daß der Antrag kein Sachantrag, sondern ein reiner Verfahrensantrag ist (wie z.B. bei der HVO), dann wäre der Richter bei der Zuteilung der elterlichen Sorge frei

Ist allerdings auch die Antragsgegnerin (= Antragsteller) nicht „die Beste“, dann bleibt es beim bisherigen gemeinsamen Sorgerecht.

e) Von welcher Grundkonzeption des Gesetzes ist nun bei der weiteren Argumentation auszugehen? → Ist das gemeinsame Sorgerecht der Regelfall oder nur der Ausgangsfall?

Zu dieser Frage hatte sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung seit dem 1.7.1998 eine umfangreiche Kasuistik gebildet, bis dann der **BGH in FRZ 1999, 1646** = NJW 2000,203 eine erste **Grundsatzentscheidung** fällte.

Die *seitherige* Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des Belassens des *gemeinsamen Sorgerechts* ist z. B. wiedergegeben in OLG Ffm 1.FS FRZ 1983, 758 und OLG Ffm 6.FS FRZ 1993, 1352 unter Hinweis auf die seitherige BGH-Rechtsprechung (FRZ 1993, 314):

Danach war/ ist Voraussetzung:

- ein hohes Maß an „subjektiver Kooperationsbereitschaft der Eltern“; d.h. es muß der Wille zur gemeinsamen Elternverantwortung vorhanden sein; gegen den

- Willen eines Elternteils gibt es also kein gemeinsames Sorgerecht!,
- beide Eltern müssen gleicherziehungsfähig sein;
 - sie müssen als Einheit auftreten;
 - keine unterschiedlichen Erziehungsziele;
 - keine zu große räumliche Entfernung („Familienkonferenz“ muß möglich sein);
 - psychologische Scheidung der Eltern ist erforderlich;
 - wendet sich ein Elternteil gegen die gemeinsame Sorge, stellt er also einen diesbezüglichen Abweisungsantrag, so ist die Motivation des ablehnenden Elternteils zu hinterfragen;
 - es muß der aktuelle Aufenthalt des Kindes geklärt sein und damit die Umgangsbezugnis des abwesenden Elternteils: Nestmodell = Eingliederungsmodell oder Pendelmodell. Die diesbezüglichen Details regelt jetzt der neue § 1687 BGB.

Gegenwärtiger Ausgangspunkt für die Interpretation des § 1671 Abs.2 Nr. 2 BGB ist also die BGH-Entscheidung in FRZ 1999, 1646 = NJW 2000, 203, wonach sich aus dieser Norm kein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne ergibt, daß eine Priorität zu Gunsten des gemeinsamen Sorgerechts besteht.

Diese Auffassung hat der BGH in FRZ 2005, 1167 (dazu meine Anmerkung in FRZ 2005, 1533/1534) erneut bestätigt→

Zum Sachverhalt: Der Junge ist am 12.4.2002 geboren, die Mutter ist katholisch und Deutsche, der Vater ist Moslem und Pakistani.

BGH: ‚In solchen Fällen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge praktisch nicht ‚funktioniert‘ ... ist der Alleinsorge eines Elternteils gegenüber dem Fortbestand der gemeinsamen Sorge der Vorzug zu geben. Die Übertragung der Alleinsorge setzt allerdings konkrete tatrichterliche Feststellungen voraus... Formelhafte Wendungen ... können solche Feststellungen nicht ersetzen.‘

Der BGH führt dann weiter aus: ‚Das OLG hat keine konkreten Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergibt, daß die Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter im vorliegenden Fall geboten ist‘.

Letztlich argumentiert der BGH doch vom Regelfall her, d.h. die gemeinsame Sorge ist der **Ausgangsfall**, jedenfalls de facto. Wie sollte man den sonst anders argumentieren?

So spricht z.B. der 2. FS des OLG Ffm in FRZ 2002, 1727 von der gemeinsamen Sorge als der ‚Ausgangslage‘.

OLG Hamm FRZ 2005, 537:

Es bedarf eines *konkreten Tatsachenvortrags* für eine Sorgerechtsübertragung. ‚Der

allgemeine Hinweis des betreuenden Elternteils, aus persönlichen Gründen würden Gespräche mit dem anderen Elternteil abgelehnt, reicht nicht aus’.

Das Problem für den RA ist eben, wie hoch setzt nun ‚sein’ Familiengericht bzw. das zuständige OLG die Schwelle an, ab der das gemeinsame Sorgerecht kippt.

Aus BGH a.a.O. und z.B. aus OLG Hamm a.a.O. ergibt sich, daß der Vortrag, die Eltern seien ‚tief zerstritten’ nicht ausreicht. Dabei kommt es allein auf die objektive Situation an, geht es doch bei der Kindeswohlprüfung nicht um eine quasi strafrechtliche Sanktionierung des elterlichen Fehlverhaltens.

Der Rechtsanwalt muß im Rahmen des § 1671 BGB schon einiges Substantielles vortragen, um die hohe Hürde dieser Norm zu überspringen. Hilfsweise sollten die leichter darzulegenden Voraussetzungen des § 1628 BGB mit eingeführt werden.

Ein gewisses Maß an schmutziger Wäsche wird sich beim Antrag auf Vollübertragung des Sorgerechts letztlich doch nicht vermeiden lassen. Der RA muß also in detektivischer Kleinarbeit die Hintergründe des elterlichen Zwistes ausleuchten und entsprechend aufbereiten. Der RA kann sich also nicht damit beruhigen, daß das Gericht gemäß § 12 FGG von Amts wegen zu ermitteln hat.

Diese grundsätzliche Linie des BGH hat das BVerfG in den nachfolgenden Entscheidungen bestätigt -->

BVerfG FRZ 2004, 354:

LS: Bei rechtskräftiger Verurteilung des Kindesvaters wegen massiver Gewalttätigkeiten gegen die Kindesmutter, die bei dieser zu erheblichen psychischen Problemen führen, kommt mangels Vorliegens einer *tragfähigen sozialen Beziehung* zwischen den Eltern ein gemeinsames Sorgerecht nicht in Betracht.

Das AG hatte der Mutter das alleinige Sorgerecht übertragen. Auf die Beschwerde des Vaters ordnete das OLG das gemeinsame Sorgerecht an. Die abstrakte Befürchtung der Mutter, es könne künftig einmal zu konträren Positionen kommen, rechtfertigt nicht die Aufhebung der gemeinsamen Sorge. Hiergegen richtete sich die Verfassungsbeschwerde der Mutter. Das Verfassungsgericht rügt, daß das OLG das Elternrecht der Mutter grundlegend verkannt habe; einzelne Äußerungen des OLG bezeichnet es als befremdlich. Das OLG hätte sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob in wichtigen Sorgerechtsfragen eine Verständigung

zwischen den Eltern überhaupt möglich ist in Anbetracht der früheren Vorkommnisse (Vergewaltigung, massivste Gewaltanwendung) und der fortdauernden Angst der Mutter vor erneuten Gewalttätigkeiten ihres geschiedenen Mannes. Die Frau ist noch in psychischer Behandlung.

Die Mutter wollte im ST-Termin nicht mit dem Vater zusammentreffen. Das OLG hat nur den Vater angehört und gleich am Schluß der Sitzung entschieden. Dazu das BVerfG: In derartigen Fällen sind die Eltern u.U. auch getrennt (d.h. zu verschiedenen Terminen) anzuhören.

Während das OLG in der vorstehenden Entscheidung das gemeinsame Sorgerecht überbetont hatte, hat das OLG der nachfolgenden Entscheidung der Alleinsorge ein zu großes Gewicht beigemessen -->

BVerfG FRZ 2004, 1015:

LS: Art. 6 II GG erfordert die Berücksichtigung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* bei der Entscheidung über einen Antrag auf Übertragung der Alleinsorge. Die Gerichte haben sich deshalb mit Teilentscheidungen als milderer Mittel zu begnügen, wo immer dies dem Kindeswohl genüge tut.

Der vom Einsender formulierte LS ist insofern nicht ganz korrekt, als er von 'Teilentscheidungen' spricht. Es geht vielmehr um eine Endentscheidung, in der die einzelnen Teile der elterlichen Verantwortung unterschiedlich geregelt werden. Der Streit der Eltern ging hauptsächlich um den Wohnort der Kinder (Mutter Spanierin, Vater deutscher Pilot; Spanien oder Deutschland?). Die beiden Instanzgerichte hatten u.a. 'lapidar auf die weite Entfernung verwiesen' und der Mutter das alleinige Sorgerecht übertragen. Das BVerfG hob das OLG auf und ging davon aus, daß das gemeinsame Sorgerecht zu belassen gewesen wäre und es ausreichend sei, der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu geben verbunden mit einer Umgangsregelung zu Gunsten des Vaters. Da der Vater Pilot sei, könne auch in Spanien den Kontakt zu seinen Kindern aufrechterhalten. Ich: man denke auch ans eMail, SMS, Fax.

Noch einige Judikate zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:

OLG Naumburg FRZ 2002,564 und OLG Hamm FRZ 2002, 565:

Eine große räumliche Entfernung rechtfertigt nicht ohne weiteres die Alleinsorge.

OLG Brandenburg FRZ 2002, 567:

Wenn keine grundlegenden Entscheidungen für das Kind in nächster Zeit zu erwarten sind, dann reicht die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts aus.

OLG Dresden FRZ 2002, 973:

Desinteresse am Umgang mit dem Kinde spricht gegen das gemeinsame Sorgerecht.

OLG Karlsruhe FRZ 2002, 1209:

Ein einmaliger ‚Aussetzer‘ in der Trennungsphase führt nicht automatisch zur Alleinsorge des anderen Elternteils.

OLG Dresden FRZ 2005, 125:

LS: Zu den Vor- und Nachteilen der gemeinsamen elterlichen Sorge in Gestalt des auf einer (hier gerichtlich genehmigten) Elternvereinbarung beruhenden *Wechselmodells*.

Die Eltern hatten vereinbart, daß die 1997 und 2000 geborenen Kinder in der geraden Kalenderwoche bei der Mutter und in der ungeraden Kalenderwoche beim Vater aufenthältlich sein sollten. Das OLG hat diese Vereinbarung genehmigt. Wie ist das zu verstehen? Wenn kein Antrag zum Sorgerecht gestellt wird, bleibt es ohne weiteres beim gemeinsamen Sorgerecht, das Gericht hat insoweit also überhaupt nichts zu tun, zu entscheiden. Die Parteien hatten also ums Umgangsrecht gestritten und insoweit eine Vereinbarung getroffen, die der Senat dann 'genehmigt' hat, was eben Voraussetzung ist für eventuell später erforderlich werdende Sanktionen (§ 33 FGG).

Der Senat stellt die Vor- und Nachteile von Wechselmodell und Residenzmodell näher dar. Der Senat stellte fest, daß die Eltern die nötige Bindungstoleranz besitzen und sich über Konfliktpotentiale wie Kindergeldbezug, Kindesunterhalt und Steuerklasse geeinigt hatten. Über die ‚Einigung‘ zur Steuerklasse hätte man gern Näheres erfahren. Haben Sie dazu eine Erklärung, Hinweis, Anregung?

Dazu BFH FRZ 2005, 618:

Beim Begriff der ‚Haushaltsaufnahme‘ i. S. des § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG kommt es darauf an, in wessen Haushalt das Kind sich überwiegend aufhält und seinen Lebensmittelpunkt hat: nur dieser Elternteil ist kindergeldbezugsberechtigt.

f) Anregung zur Tenorierung beim gemeinsamen Sorgerecht:

Gewöhnlicher Aufenthalt # Aufenthaltsbestimmungsrecht. Siehe Fall Hönig in 6 UF 107/02

oder:

OLG Ffm 6.FS B.v. 22.12.1998 in 6 UF 80/98:

Die Beschlußformel lautet:

„Die elterliche Sorge für die beiden Kinder xy bleibt beiden Eltern belassen (gemeinsames Sorgerecht). Das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Alltagsorge) wird auf den Antragsteller (Vater) übertragen.“

Aus den Gründen:

„...daß ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern für sie <die Kinder> eine Entlastung in diesem Zwiespalt bedeutet... der Senat bezieht die Mutter aber auch deswegen in die Mitverantwortung für die Kinder mit ein, weil so das Gefühl von Sieg und Niederlage in diesem Sorgerechtsverfahren vermieden wird, insbesondere aber, daß die Mutter gewisse Defizite auf Seiten des Vaters ausgleichen kann ...

Das für ein gemeinsames Sorgerecht erforderliche Mindestmaß an Gemeinsamkeit der Eltern sieht der Senat u.a. darin gegeben, daß...“

Zu den gegenseitigen Vorwürfen heißt es: „Dies beruht aber in erster Linie auf ihrer psychologisch noch nicht aufgearbeiteten Trennungssituation und dem unbewußten Drang, bei Gericht obsiegen zu müssen. Der Abschluß dieses Sorgerechtsverfahrens dürfte den Eltern und damit auch den Kindern diesen Druck nehmen“.

Der Begriff des „Kindeswohls“ wird unten im 10. Abschnitt näher entfaltet werden.

7. Ausgestaltung der gemeinsamen Sorgerechtszuständigkeit und die Vertretung des Kindes bei getrennten oder geschiedenen Eltern

a) Zusammenleben der Eltern

Leben die Eltern (noch) zusammen und haben sie bei der Kindererziehung einzelne, konkrete Meinungsverschiedenheiten, so gelten die §§ 1627 und 1628 BGB: Nur bei Meinungsverschiedenheiten von *erheblicher Bedeutung*, kann der Familienrichter auf Antrag einschreiten und konkrete Detailregelungen treffen.

Details zu § 1628 BGB werden unten im 12. Abschnitt dargestellt.

b) Getrenntleben der Eltern

Trennen sich die Eltern auf Dauer, dann gilt § 1687 BGB.

Das Gesetz differenziert in *dreifacher Abstufung* wie folgt:

(1) „in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von *erheblicher Bedeutung* ist, ist ihr <d.h. der Eltern> gegenseitiges *Einvernehmen* erforderlich“.

Für diesbezügliche „Meinungsverschiedenheiten“ hält § 1628 eine Regelung mittels des Familiengerichts bereit.

KG zu § 1628 BGB in FRZ 2006, 142:

LS: ‚Ob und wogegen das Kind **geimpft** werden soll, gehört zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung‘.

Details zu § 1628 BGB werden unten im 12. Abschnitt dargestellt.

(2) ‚in Angelegenheiten des **täglichen Lebens**‘ entscheidet *allein* derjenige Elternteil, in dessen *rechtmäßiger Obhut* sich das Kind befindet = Aufenthalts-Elternteil = Obhüter.

- Hier ist der Elternteil uneingeschränkt vertretungsbefugt, und zwar ohne

Nachprüfungsmöglichkeit des Familiengerichts, eben weil es bei diesen Angelegenheiten keine Konflikte im Rechtssinne geben kann.

- Auch die *tatsächliche Betreuung* wird von dem obhutsberechtigten Elternteil alleine ausgeübt.

- Es handelt sich also um eine *Alleinentscheidungskompetenz*, auch *Kleines Sorgerecht* oder *Alltagssorge* genannt.

(3) *Eine weitere Abstufung* trifft der Satz 4 des Abs.1 des § 1687 für den sein Umgangsrecht ausübenden ‚anderen‘ Elternteil, der Mitinhaber der elterlichen Sorge ist: Hier bezieht sich die Alleinentscheidungsbefugnis auf Angelegenheiten der *tatsächlichen Betreuung*. Das ist ein Minus gegenüber der Alleinentscheidungsbefugnis des Obhutsinhabers.

§ 1687 a BGB regelt die Befugnisse des Elternteils, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist, bei dem sich aber das Kind aufhält.

Die tatsächliche **Obhut** ist eine rechtmäßige i. S. des Gesetzes, wenn sie folgt herbeigeführt wird:

- Einverständnis der Ehegatten/Eltern,

- Hauptsacheverfahren nach § 1628 BGB oder nach § 1671 BGB auf Übertragung eines Teils der elterlichen Sorge, etwa auf Übertragung der ‚Obhut‘ oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts.

- Im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 620 ZPO direkt, wenn eine Ehesache anhängig ist, oder einer sonstigen einstweiligen Anordnung nach § 621 g ZPO i.V.m. §§

620 ff ZPO.

Natürlich muß auch die *Abgrenzung* der einzelnen Regelungsbereiche im Streitfall vom Familiengericht vorgenommen werden!

Was gehört nun zum *täglichen Leben*?

Das Gesetz hält in Satz 3 des Abs.1 des § 1687 folgende *Legaldefinition* bereit:

„Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben“ .

In der „Information des Bundesministeriums der Justiz“ heißt es hierzu auf Seite 13:

„Angelegenheiten des täglichen Lebens können z.B. die Betreuung des Kindes, schulische und medizinische Fragen betreffen. Dies bedeutet, daß der Elternteil, bei dem das Kind überwiegend lebt, sich über die praktisch ganz im Vordergrund stehenden Fragen des Alltags nicht mit dem anderen Elternteil verständigen muß. Umgekehrt wird der andere Elternteil, bei dem sich das Kind etwa am Wochenende oder in den Ferien aufhält, eine auf Fragen der tatsächlichen Betreuung beschränkte Alleinentscheidungsbefugnis haben. Eine wirklich gemeinsame Zuständigkeit der getrenntlebenden Eltern wird es künftig nur bei Entscheidungen in Angelegenheiten geben, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist“.

Schwab stellt in FRZ 1998, 457 auf Seite 469 einen detaillierten *Katalog* auf:

Zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung dürften danach gehören:

Aufenthalt / freiheitsentziehende Unterbringung;

Gesundheit (Probleme bei einer *Bluttransfusion* bei Jehovas Zeugen);

Impfung: KG FRZ 2006, 142

Schule / Ausbildung / Berufswahl: OLG München FRZ 1999, 111/112:

Die Entscheidung über den *Schulwechsel* gehört nicht zu den sogenannten Alltagsfragen im Sinne des § 1687 I BGB.

Teure Klassenfahrten?

Fragen der Religion/Taufe: BGH FRZ 2005, 1167

Dazu gibt es das „Gesetz über die Religiöse Kindererziehung“ vom 15. Juli 1921. Zuständig ist nach wie vor das Vormundschaftsgericht: siehe Schwab in FRZ 1998, 345, was aber demnächst geändert werden soll.

Urlaub: OLG Köln FRZ 1999, 249:

Die Entscheidung, daß ein dreijähriges Kind mit einem Elternteil einen zweiwöchigen Ferienaufenthalt in Ägypten verbringen soll, betrifft keine Angelegenheit des täglichen Lebens, sondern ist eine Entscheidung von erheblicher Bedeutung, für die das gegenseitige

Einvernehmen der Eltern, denen die gemeinsame Sorge zusteht, erforderlich ist (Hinweis auf Gesundheitsgefahren).

OLG Köln FRZ 97, 386 und OLG Stuttgart in FRZ 1999, 39:

Aus dem gemeinsamen Sorgerecht folgt nicht die Befugnis, eine bisherige einverständliche Aufenthaltsregelung einseitig abzuändern.

Zu den Angelegenheiten des täglichen Lebens dürfen gehören:

Organisation des täglichen Lebens: Arztbesuche (aber keine Impfung: KG FRZ 2006, 142), Hausaufgaben, Kleidung, Freizeitgestaltung

Schwab a.a.O.: „So kann die prägende Kraft der Wiederholung dem Alltag erhebliche Bedeutung für die Zukunft verleihen“. Deshalb -->

Notbremse des Abs.2 des § 1687 BGB:

Das Familiengericht kann die Befugnisse des obhutsberechtigten Elternteils „einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist“.

Ultima ratio: Es kann sich aber auch ergeben, daß ein gemeinsames Sorgerecht doch nicht durchzuhalten ist und ein Verfahren auf Zuteilung der Alleinsorge der einzige Ausweg ist, und zwar nach § 1671 BGB = Erst-Verfahren, nicht nach § 1696 BGB = Abänderung einer bereits gerichtlich getroffenen Entscheidung.

Weitere Details werden im Rahmen des § 1628 BGB unten dargestellt.

c) Die Gesetzliche Vertretung des Kindes:

Sedes materiae ist § 1629 BGB: die elterliche Sorge umfaßt die Vertretung des Kindes.

(1) Das Gesetz weist die *Vertretung* für den *Unterhaltsanspruch* des Kindes dem Elternteil zu, in dessen Obhut das Kind sich befindet (§ 1629 II 2 BGB). Dies gilt generell, solange die gemeinsame Sorge besteht.

(2) Sind die Eltern des Kindes miteinander verheiratet und leben sie getrennt oder in Scheidung, dann kann der Obhutsinhaber *nur in eigenem Namen* gegen den anderen Elternteil vorgehen: gesetzliche Prozeßstandschaft (§ 1629 III BGB).

(3) Nach der Scheidung der Eltern oder bei ne-Eltern bleibt es bei der gesetzlichen Vertretung des Obhutsinhabers

(4) Die traute Gemeinsamkeit endet bei *Gefahr im Verzug*: jeder Elternteil wird dann quasi alleinsorgeberechtigt (§ 1629 I 4 BGB). Auch Streit ums Geld begründet Gefahr: der Unterhaltsanspruch des Kindes verlangt Sicherung = Notvertretungsrecht.

(5) Daneben gibt es noch das Vertretungsrecht der Pflegeeltern und des Stiefelternteils.

N.b.: Eine von einem Elternteil erwirkte gerichtliche Entscheidung und ein zwischen den Eltern geschlossener gerichtlicher Vergleich wirkt auch für und gegen das Kind.

Ein weiteres Vertretungsproblem beleuchtet Wagner in FRZ 1999, 7: „Unterhaltsrechtliche Folgen des scheidungsakzessorischen *Statuswechsels* nach dem KRRG“.

d) Vermögenssorge

Speziell zur Zuständigkeit der Eltern und des Familiengerichts zur Sorge für das Vermögen des Minderjährigen : §§ 1638 BGB ff

8. „Sorgerecht“ bzw. eigene Rechte von Bezugspersonen

§ 1632 Abs. 4 BGB knüpft die Herausnahme eines Kindes aus der bisherigen *Familiepflege* durch seine Eltern an die Gefährdung des „*Kindeswohls*“. Ergänzend hierzu trifft § 1688 BGB Regelungen zur Vertretung: Der Berechtigte darf in Angelegenheiten des täglichen Lebens entscheiden.

Windel: „Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege“ in FRZ 97, 713

§ 1682 BGB befaßt sich mit der *Stieffamilie* des Kindes sowie mit umgangsberechtigten Verwandten. Fällt der leibliche Sorgerechtsträger aus, so kann das Kind von dem nunmehr alleinsorgeberechtigten anderen Elternteil nicht ohne weiteres aus seiner bisherigen Stiefelternfamilie herausgenommen werden. Vielmehr prüft das Familiengericht, ob durch die Wegnahme das *Kindeswohl* gefährdet würde.

Bezüglich der Vertretung gilt § 1688 BGB: Der Berechtigte darf in Angelegenheiten des täglichen Lebens entscheiden.

9. Der Ausfall des/der Sorgeberechtigten bei Verhinderung, Ruhen, Tod:

Subsidiäres Sorgerecht

Nähere Einzelheiten ergeben sich aus den §§ 1673 ff BGB.

10. Das „Wohl“ des Kindes

Grundsätze für die Zuweisung der elterlichen Sorge an einen einzigen Elternteil bzw. des Aufenthaltsbestimmungsrechts, aber auch im Rahmen des Umgangsrechts

a) Allgemeines

Der Ausgangspunkt:

BVerfG FRZ 1993, 1420 Nr.809, speziell Seite 1421; siehe auch BVerfG FRZ 1999,85/86: „Das in Art. 6 II GG gewährleistete Elternrecht ist durch eine Verknüpfung von Rechten und Pflichten geprägt. Die Ausgestaltung des elterlichen Sorgerechts im BGB wird der *Stellung des Kindes als Grundrechtsträger* mit eigener Menschenwürde und eigenem Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit...nur dann gerecht, wenn die elterliche Sorge nicht als Machtanspruch der Eltern gegenüber ihren Kindern zu verstehen ist...Das wird mit dem Begriff „elterliche Sorge“ in den §§ 1626 ff BGB klargestellt...Ist in einem länger andauernden Pflegeverhältnis zwischen dem Kind und seinen Pflegeeltern eine gewachsene Bindung entstanden, so ist auch die Pflegefamilie durch Art. 6 I GG geschützt...“. Dementsprechend ergeben sich als gesetzlichen Vorgaben →

Das Grundprinzip:

Der § 1697a BGB stellt das *Kindeswohl* als Grundprinzip aller gerichtlichen Entscheidungen heraus; § 50b FGG weist auf weitere Gesichtspunkte hin, auf die es bei der Anhörung des Kindes ankommen soll.

Die Regelungsdichte:

Zu beachten ist, daß die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen eine *unterschiedliche Dichte* der materiellen Kindeswohlprüfung vorsehen, z.B.:

Während es in § 1671 Abs.2 heißt: „... dem Wohl des Kindes am besten *entspricht*“, und es in § 1672 Abs.1 heißt: „... dem Wohl des Kindes *dient*“ (hier geht es um überwiegende Vorteile für das Kind),

heißt es in § 1672 Abs.2: „...wenn dies dem Wohl des Kindes *nicht widerspricht*“ (eine neutrale Situation für eine Sorgerechtsänderung reicht aus).

In § 1684 Abs. 4 heißt es: „... soweit dies zum Wohl des Kindes *erforderlich* ist“, und im Absatz 5 heißt es: „...wenn andernfalls das Wohl des Kindes *gefährdet* wäre“; auch der subsidiäre § 1666 BGB stellt auf die *Gefährdung* des Kindes ab;

in § 1618 S.4 BGB heißt es dagegen wieder: “erforderlich“.

Verschiedene Ebenen der Argumentation:

Die *Eltern-Ebene* ist von der (Ehe-)Paar-Ebene zu unterscheiden: Eheunfähigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Erziehungsunfähigkeit, es ist also zu differenzieren! Dazu:

OLG Zweibrücken in FRZ 1999, 40:

LS: „Elternschaft und Partnerschaft sind im Blick auf die elterliche Sorge für ein gemeinsames minderjähriges Kind auseinanderzuhalten“.

Die Chancengleichheit beider Elternteile:

Dazu führt das OLG Ffm in DAVorm 1980, 944 aus: *Beide Elternteile haben gleiche Chancen* bei der Sorgerechtszuweisung: es gibt kein biologisches, natürliches Vorrecht der Mutter, oder ein patriarchalisches Vorrecht des Vaters, wobei darauf hinzuweisen ist, daß der statistische Normalfall, nämlich elterliche Sorge bei der Mutter, nicht der juristische Normalfall ist. Deshalb -->>

- Auch ein bisheriger „Freizeitvater“ hat Chancen auf das alleinige Sorgerecht (OLG Ffm FRZ 1994, 920 Nr.539); er findet sich schon in seine neue Rolle als Alleinerziehender hinein! Im ersten Durchgang (§ 1672 BGB a.F.) hatten wir diesem Vater die Kinder anvertraut, da er jedoch beim Umgangsrecht der Mutter ständig Schwierigkeiten machte, haben wir dann im zweiten Durchgang (§ 1671 BGB a.F.) der Mutter wieder die Kinder anvertraut. Das sollten die RAe mit ihren Mandanten besprechen!

- Stellt der bisher voll berufstätige Vater auf halbtags / Teilzeit um, so steht seine bisherige Vollerwerbstätigkeit einer Sorgerechtsübertragung nicht mehr im Wege: OLG Ffm FRZ 1990, 550.

Das ‚Wohl‘ des Kindes als unbestimmter Rechtsbegriff:

Das vom Gesetz verwendete Wort ‚Wohl‘ ist eine Generalklausel, ein Leseerbegriff. Da es vielfach schwer ist, denselben mit positivem Inhalt zu füllen, wird oft gefragt, welcher Elternteil für die weitere Zukunft des Kindes

„die weniger schädliche Alternative“ darstellt.

Dazu beispielsweise Beschluß des OLG Ffm vom 27.3.2000 in 6 UF 60/00: Unter Umständen muß das bisher alle Gerichtsbeschlüsse mißachtende Verhalten eines iranischen Vaters,, hingenommen werden, obwohl er erziehungsunfähig ist, um das 12jährige Mädchen, welches

auf Grund der Gehirnwäsche des Vaters seine Mutter haßt, nicht noch weiter kaputt zu machen. Aber Hinweis des Senats, daß gemäß § 1666 BGB eine Unterbringung in einem Heim infrage kommen kann. Näheres dazu unten unter der Rubrik ‚Instrumente zur Durchsetzung des Umgangsrechts‘ unter Hinweis u.a. auf OLG Ffm FRZ 2005,1700.

Die Zukunftsperspektive:

Die Entscheidungssuche ist *prospektiv* orientiert, nicht retrospektiv, sodaß das Waschen schmutziger Wäsche in gewissen Anwaltsschriftsätzen wie auch das Positionsdenken fehl am Platze ist.

OLG Ffm B.v.22.9.1995 in 6 UF 171/ 94:

„...Es ist nicht Aufgabe des beschließenden Senats, alle Zankäpfel der Eltern zu pflücken und/oder zu zerpfücken, da diese nur ihr gestörtes Verhältnis zueinander betreffen, sich auf der Elternebene abspielen...“.

OLG Düsseldorf FRZ 2005, 2087:

Es kommt bei der Beurteilung des Kindeswohls auf das künftige Leben des Kindes in seinem jeweils konkreten Umfeld an.

Das Gesamtmosaik:

Rechtsprechung und Literatur haben für die Entscheidungsfindung mehrere Gesichtspunkte, *Kriterien, Aspekte, Topoi* herausgearbeitet, die dann zu einem Gesamtmosaik zu verweben sind, was letztlich keine reine Kognition mehr ist, sondern auch volitive Deziision.

Oder anders: Es werden in *einer Argumentations-Buchhaltung*, also auf einem Konto zunächst alle Pro und Kontras aufgelistet, Ja-/Nein-Aspekte bzw. Mehr-oder-Weniger-Aspekte, um sie dann gegeneinander abzuwägen, zu gewichten; eine Rangordnung der Kriterien läßt sich allerdings nicht aufstellen (Kropholler a.a.O.).

Vorläufiges Fazit:

Es handelt sich um „einen schwierigen Balanceakt zwischen dem autonomen Persönlichkeitsrecht des Kindes, dem natürlichen Elternrecht und den Obsessionen mehrerer Beteiligter“ (vgl. die Anmerkung Weycharchts zu einer OLG-Ffm-Entscheidung in FRZ 1997, 444/445; OLG Ffm B.v. 4.2.1997 in 6 UF 258/96).

b) Zu einzelnen Kriterien für die Abwägung des Kindeswohls

Rechtsprechung zu den Kriterien: OLG Ffm DAVorm. 1980, 944; BGH FRZ 1985, 169

(1) Die Bindungen des Kindes, sein Beziehungsgeflecht, sein Urvertrauen

- an seine *Eltern* - aber: overprotection, overprotectiveness, Partnerersatz,;
- an seine *Geschwister* (Restfamilie) - aber: u.U. *Geschwistertrennung* (s.u.):

Bei der Prüfung der geschwisterlichen Situation sind folgende Gesichtspunkte mitzubedenken (vgl. Spangenberg FRZ 2002, 1007):

- - Rückkopplungseffekt
- - koexistierende Konkurrenz
- - Familie als Subsystem

Das Zusammenbleiben der Geschwister nach der Trennung ihrer Eltern ist aber kein Dogma. Es kommt vielmehr stets auf den Einzelfall an. Bei einem großen Altersunterschied spielt das Zusammenaufwachsen keine Rolle mehr: OLG Zweibrücken FRZ 2001, 184/185

OLG Ffm 6.FS B.v.16.7.1997 in 6 UF 277/96:

Die *Konkurrenzsituation* zwischen (sprach-)behindertem und nichtbehindertem Geschwisterteil kann eine Trennung der Kinder, d.h. die Anordnung der Alleinsorge für jeweils ein Kind rechtfertigen. Der Überdruck des „Sprecherkindes“ kann für eine Entlastung des schwächeren Kindes sprechen.

Die Geschwistertrennung hat u.U. auch positive Auswirkungen auf die *Umgangsregelung*, weil nur so die zerstrittenen Eltern zur Kooperation veranlaßt werden können (Beispiel in OLG Ffm DAVorm. 1980, 944). Ein Instrument zur Durchsetzung des Umgangsrechts?

OLG Celle FRZ 2005,39: Geschwisterbindung gilt nicht bei Stiefgeschwistern

Weiterhin zu den Bindungen des Kindes:

- an die Großeltern, an die Pflegefamilie (BVerfG a.a.O.),
- an den neuen Lebensgefährten eines Elternteils
 - - u.U. aber Ablehnung,
 - - wenn der Stiefvater eine überstarke Rolle spielt und dies die Mutter nicht unterbindet,

kann dies den Ausschlag für eine Sorgerechts-/Aufenthaltsrechtsübertragung auf den anderen Elternteil geben: OLG Ffm Beschluß v. 13.3.2000 in 6 UF 105/99

- an einen festen Bezugsrahmen, Milieu, Geborgenheit in Vereinen, (Schul-)freunde;

< speziell zum „Kontinuitätsgrundsatz“ siehe weiter unten >

- Bindungstoleranz Kooperationsbereitschaft:

Welcher Elternteil gibt die Gewähr der Erhaltung der Beziehungen des Kindes zum abwesenden Elternteil? Wird der andere Elternteil abgedrängt? Besteht die Fähigkeit, die Bindung des Kindes an den anderen Elternteil zu respektieren? Dazu nachfolgendes Beispiel:

OLG Fm B.v.17.3.1997 in 6 UF 26/97:

Die Mutter hatte den Kindern keinen „*belastungsfreien Freiraum*“ gewährt, hatte Schwierigkeiten bei der bisherigen Umgangsvereinbarung gemacht, gab ihrer „jetzigen Familie ... Priorität“ vor den Belangen des Vaters; nach Sitzungsende herrschte sie das eine Kind an: „Du mußt jetzt wieder zu Deinem Vater“, was einen Weinkrampf des Kindes und der anderen Kinder ihres Lebensgefährten provozierte -->> das Sorgerecht wurde dem Vater übertragen.

Stichwort hierzu: Parental Alienation Syndrome (**PAS**), Näheres wird beim Umgangsrecht abgehandelt werden.

(2) Äußere Voraussetzungen wie etwa die Wohnungssituation

(3) Förderungsprinzip, Förderungsfähigkeit der Elternteile:

Zum Beispiel schulischen Bereich (siehe aber OLG Bamberg FRZ 1998, 1462),

Grundsätzlich sind die *Erziehungsmethoden* der Eltern nicht vom Staat zu bewerten; sie stellen mithin kein Abwägungskriterium dar (OLG Stuttgart FRZ 1985, 1258); m.E. aber nur soweit ein gewisser Toleranzspielraum eingehalten wird: siehe nachstehend:

OLG Ffm 6.FS FRZ 1994, 920 Nr.540 LS:

„Zur Regelung der elterlichen Sorge für mehrere Kinder während des Getrenntlebens der Eltern (hier: *repressiver Erziehungsstil* der Mutter als Angehörige der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas; Geschwistertrennung)“ – siehe auch weiter unten.

Zum Förderungsprinzip gehört auch die *Bindungstoleranz* (Details: s.u.):

OLG Ffm 6.FS B.v.16.7.1997 in 6 UF 277/96:

Ausländische Mutter hat Sorgerecht, Kind ist sprachbehindert, Mutter schließt deutschen Vater bei entsprechenden *Therapiemaßnahmen* aus -->> Abänderung der Sorgerechtszuständigkeit auf Vater.

Bei *gemischt-nationalen*, gemischt-religiösen Eheleuten stellt sich die Frage, wie das Kind insoweit bisher erzogen wurde, und welcher Elternteil diese bisherige Erziehung künftig besser gewährleisten, fortsetzen kann. Dieser Gesichtspunkt gehört bereits zum *Kontinuitätsgrundsatz* (Details: siehe weiter unten).

(4) *Verlässlichkeit, Beständigkeit, Stabilität eines Elternteils*

OLG Ffm 6.FS FRZ 1994, 920 Nr.539 LS:

„Bei im übrigen zwischen den Eltern *gleichgewichtigen Abwägungskriterien* kann für die Sorgerechtsübertragung maßgebend sein, welcher Elternteil für die Kinder die stabilere und verlässlichere Bezugsperson zu sein verspricht“.

(5) *Kooperationsbereitschaft der Eltern; speziell zum PA-Syndrom (PAS)*

Diese Problematik spielt sowohl bei der Sorgerechtszuteilung als auch beim Umgangsrecht eine Rolle.

Vorab sei darauf hingewiesen, daß die Kooperationsbereitschaft der Eltern sich nicht auf alle relevanten Bereiche der elterlichen Verantwortung beziehen muß. Wenn es etwa nur um die Wahl der Schulart im nächsten Jahr geht, dann kann diese Problematik auf das Verfahren nach § 1628 BGB verlagert werden (so eine meiner Vereinbarungen mit sich insoweit streitenden Eltern). Auch hat der BGH die Frage, ob das Kind gemischt-nationaler und gemischt-religiöser Eltern getauft werden soll, dem Verfahren nach § 1628 BGB überlassen: BGH FRZ 2005, 1167 mit meiner Anmerkung auf Seite 1533.

Es geht vielmehr generell um die *Bindungstoleranz* der Eltern, also darum, ob der Obhüter bereit ist, die Bindungen des Kindes zum abwesenden Elternteil aktiv zu unterstützen, oder ob er ihn abdrängt, d.h. ob die Eltern die Elternebene von der Paarebene trennen können.

Das ganze läuft vielfach unter dem Stichwort **PAS** = Parental Alienation Syndrome =

Elterliches Entfremdungssyndrom = Eltern-Feindbild-Syndrom

Literatur:

- Kodjoe/Koeppel: ‚Das Parental Alienation Syndrom‘, DAVorm. 1998,9
- Schröder zum Entstehen des sog. PA-Syndroms: FRZ 2000,592

OLG Ffm 6.FS in ZfJ 1998, 343:

Die Bindungstoleranz (PAS) ist eine wesentliche Voraussetzung für die Übertragung der elterlichen Sorge.

Im Themen-Heft: ‚Familie, Partnerschaft, Recht, 6/2002; auf Seite 256 unter dem Titel ‚Induzierte Umgangsverweigerung (PAS) und richterliche Kreativität‘ berichten die Eheleute Spangenberg von zwei PAS-Fällen (darunter mein Landesmuseums-Fall).

Einige **PAS-Fälle** aus meiner Praxis:

- Hessisches Landesmuseum in Darmstadt:

Mein diesbezügliches Vorgehen ist abgedruckt bei Spangenberg (a.a.O.)

Der Vater hatte angeblich den Jungen aus dem Boot gestoßen,

Vater hätte hinter dem Schrank eine Videokamera eingebaut;

Das Kind in der Gerichtskantine auf die ‚Dinos‘ im Landesmuseum angesprochen,

ist bereit, mit dem Vater - inzwischen händchenhaltend -

am kommenden Samstag die Ausstellung zu besuchen.

Quasi als Illustration dazu BVerfG FRZ 2005, 1057:

Der Wille eines 8 ½ Jahre alten Kindes muß hinterfragt werden, etwa durch ein SG.

Interessant für die Ablehnung des Kindes, mit seinem Vater zusammenzusein, ist

dessen Begründung, der Vater habe seine Angel zerbrochen; auf Nachfrage des

Amtsrichters hatte sich herausgestellt, daß dies ihm von seiner Mutter erzählt

worden war.

- Tischfußball mit Mädchen im Kinderspielzimmer des Senats, welches seinen Vater seit zwei Jahren nicht mehr gesehen hatte; anschließend Kinobesuch von Vater und Tochter
- Entführungsfall Contreras, abgedruckt in FRZ 1997,1100

Kodjoe/Koeppel a.a.O.: Bei Umgangsvereitelung bzw. Umgangserschwerung sollte das Sorgerecht neu geregelt werden.

OLG Köln FRZ 1998, 1463 Nr.944:

Bei Behinderung des Umgangsrechts kann als ultima ratio der Entzug der elterlichen Sorge in Betracht kommen.

Ob das Umpolen der Sorgerechtszuständigkeit im Hinblick auf das Kindeswohl kontraproduktiv ist, weil es den geschützten Raum des Kindes zerstört, wie gelegentlich eingewandt wird, ist eben im konkreten Fall genau zu hinterfragen – jedenfalls →

Kodjoe/Koeppel und Schröder a.a.O.: ‚Einen Wechsel von einem Elternteil zum anderen können Kinder in der Regel verkraften. Dem manipulierenden Verhalten eines Elternteils ausgesetzt zu bleiben, beeinträchtigt ihre Lebensqualität erheblich und das lebenslang...‘

So zum Beispiel OLG Ffm 6. FS Beschluß vom 19.4.2005 in 6 UF 155/04

Diese vorstehenden Fälle zeigen, daß man konsequent handeln muß.

Weitere Beispiele:

OLG Ffm B.v.16.7.1997 in 6 UF 277/96:

Ausländische Mutter läßt deutschen Vater eines sprachbehinderten Kindes nicht am entsprechenden Facharztgespräch teilnehmen; u.a. deswegen wurde die ursprüngliche Sorgerechtsregelung nun zu Gunsten des Vaters abgeändert.

OLG Ffm B.v.27.1.1998 in 6 UF 151/97:

„... Vor allem aber kann der Senat bei der Abwägung aller relevanten Kriterien nicht übersehen, daß der Vater bisher weniger Kooperationsbereitschaft mit seiner geschiedenen Frau bei der Ausübung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung für M. gezeigt hat...“
Es gibt im Sorgerechtsverfahren zwar keine Beweislast – aber:

OLG Ffm B.v.22.9.1995 in 6 UF 171/94:

Wer an einer Begutachtung nicht mitwirkt, zeigt mangelnde Kooperationsbereitschaft, mit der Konsequenz:

OLG Naumburg FRZ 2006, 282:

Die Weigerung, an der Begutachtung mitzuwirken, ist nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung zu beurteilen.

OLG Düsseldorf FRZ 2001, 512:

Stichworte: Loyalitätskonflikt, Boykothaltung der Mutter → Einholung eines SG

OLG Düsseldorf FRZ 2005, 2087:

LS Nr. 2: ‚Zum ‚klassischen Arsenal‘ umgangsverweigender Mütter‘.

OLG Zweibrücken FRZ 2006, 144:

Die Mutter drängt den farbigen nicht-deutschen Vater ab. Stichworte: Entfremdungssymptome, Koalitions- und Solidaritätsdruck, die Kinder teilen die Hautfarbe ihres Vaters, und brauchen ihn als Identifikationsperson. Der Umgang kann nicht wegen Sprachschwierigkeiten abgelehnt werden, wie es das AG gemacht hat. Die Verfahrenspflegerin meint, die psychischen und physischen Auffälligkeiten der Kinder würden sich bei Durchführung des Umgangsrechts steigern - sic! Ich Solidarisierung der Verfahrenspflegerin mit der Mutter? Die Mutter darf aus der von ihr herbeigeführten Situation keine ‚Vorteile‘ ziehen. Feststellung des Senats auf die partielle Einschränkung der Erziehungseignung und Förderungskompetenz der Mutter; Hinweis auf entsprechende gerichtliche Maßnahmen. Also Anordnung des UR des Vaters, aber zunächst nur als betreuter oder beschützter Umgang.

In FRZ 2005, 1768 setzt sich das KG in der Gestalt einer Einzelrichterin, die, wie sie ausführt, über eine langjährige Erfahrung als Familienrichterin verfügt, mit dem PA-Syndrom auseinander, insbesondere mit Gardner, der den Begriff geprägt hatte. Sie hält dessen Theorie für nicht überzeugend. Ob das die Aufgabe eines ER-Beschlusses sein sollte?

Ferner führt der Beschluß in der Sache selbst aus:

Das Sachverständigengutachten hatte eine Überidentifizierung des Kindes mit der Mutter festgestellt und die Übernahme der durch die Mutter gezeigten Feinseligkeiten festgestellt und dieses Verhalten als eine in der Nähe eines PA-Syndroms liegende Konstellation angesehen, aber zugleich hat das SG das Verhalten des 14jährigen Mädchens als Strategie zur Bewältigung der konflikthaften Trennung der Eltern beurteilt.

Die ER'in führt weiter aus, diese Strategie führe zu einer Komplexitätsreduktion und zu einer kognitiven und

emotionalen Entlastung des Kindes.

Richtig an diesen Ausführungen ist natürlich, daß man die Ursachen für eine kindliche Verweigerungshaltung nicht allein bei der Mutter suchen darf und der Vater allein das unschuldige Opfer ist. Ein auslösender ehelicher Konflikt, an dem beide Partner ihren Anteil haben, ist natürlich zu berücksichtigen.

Richtig ist auch, daß für die Kinder in diesen Situationen die eigene Abwehrhaltung einen Selbstabwehrmechanismus darstellt, um in einem geschützten Raum innere Ruhe zu finden.

Soweit so gut.

Aber was in diesem konkreten Falle auffällt, ist die Feststellung des Gerichts: ‚Unstreitig läßt sich für den abrupten Abbruch des Kontakts zum Vater nach den Sommerferien 2002 kein Ereignis benennen, welches es den Beteiligten, insbesondere dem Vater, ermöglichen würde, dieses Verhalten ... erklärbar und damit auch einer Bewältigung zugänglich zu machen. Andererseits lag die Trennung der Eltern zu diesem Zeitpunkt drei Jahre zurück‘. Dann folgen im FRZ-Text drei Pünktchen.

In diesem Beschluß ging es ‚nur‘ um die Frage, ob die Mutter das alleinige Sorgerecht haben sollte, was das Gericht dann auch bejahte (der Vater bestand auf dem gemeinsamen Sorgerecht). Letztlich wurde dies damit begründet, daß das Kind es ‚entwürdigend‘ empfinde, wenn der Vater kraft gemeinsamen Sorgerechts bei der Lehrerin vorspreche und diese dann das Kind auf die häusliche Situation anspreche; das gelte auch für den Konfirmationsunterricht.

Das ganze scheint mir eine sehr vordergründige Argumentation zu sein. Wie mag die Psyche der Frau ER'in aussehen?, wie hätte sie sich bezüglich des väterlichen Umgangsrechts entschieden?

Im Anschluß daran könnte man schon hier die ‚Instrumente zur Durchsetzung des Umgangsrechts‘ durchsprechen, oder dies erst später im Rahmen des Umgangsrechts abhandeln (s. u.).

Im Vermittlungsverfahren des § 52a FGG hat nach dessen Absatz 3 der Familienrichter auf die Möglichkeit der ‚Einschränkung oder des Entzugs der Sorge‘ hinzuweisen. Auch dies sollte in die anwaltliche Beratung miteinfließen!

(6) *Der Wille des Kindes*

OLG Ffm FRZ 1984, 614 LS:

„Das Wohl des Kindes <i.S. des § 1634 BGB a.F.> ist nicht nur aus der subjektiven Sicht des Kindes (Wohlbefinden), sondern auch objektiv-normativ (Zukunftsperspektive) zu beurteilen“.

Kodjoe/Koepfel a.a.O. weisen darauf hin, daß der ‚Wille des Kindes‘ vielfach von einem Elternteil vorprogrammiert ist, also stets kritisch zu hinterfragen ist.

OLG Ffm B.v.4.2.1997 in 6 UF 258/96:

- Der *Wunsch des 5jährigen Bubens*, beim Vater bleiben zu wollen, wurde respektiert, weil dies der Kontinuität im seitherigen Milieu des Vaters (Großeltern mütterlicherseits und Bruder der Mutter - sic!) entsprach,
- wobei der *neue Lebensgefährte* dem Kinde freistellte, ihn statt mit dem Vornamen auch *Vater zu nennen*, was der Senat für bedenklich hält, eben weil dadurch der leibliche Vater leicht abgedrängt wird;
- der Senat hat auch darauf hingewiesen, daß die Begründung des Kindes für sein Verbleiben beim Vater, daß dieser sonst „weine“, zwar vordergründig sein mag, oft würden dadurch die *wahren Gründe verdeckt*, die ein Kind nicht nennen wolle.

Dagegen hat der 6. FS des OLG Ffm im B.v.30.12.1998 in 6 UF 124/98 den vom Vater erwähnten eigenen „Tränendruck“ eher negativ bewertet.

OLG Bamberg FRZ 1998, 1462:

Die Tendenz des Kindes zu Mutter ist beachtlich, wenn diese die emotionalen Bedürfnisse des Kindes besser befriedigt als der Vater, der schulisch besser fördern kann.

KG FRZ 2005, 483:

Zu § 1666 BGB: Der Wille 16 und 15 Jahre alter Kinder, im Rahmen der inzwischen nahezu zweijährigen Fremdunterbringung in ihrer derzeitigen Wohngruppe zu bleiben, kann für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter wesentlich mitbestimmend sein.

OLG Ffm FRZ 2004, 132:

Zur (hier: nicht für entscheidend gehaltenen) Bedeutung des Willens des (hier: 16-jährigen) Kindes, bei seinem Vater leben zu wollen, für die Frage von Maßnahmen nach § 1666 BGB zum Nachteil der nichtehelichen Mutter.

Der Junge war ein Tunichtgut, der lieber bei seinem Laissez-faire-Vater leben wollte.

Entscheidend ist hier, daß kein Fall der §§ 1671, 1696 BGB vorliegt, sondern der Gefährdungstatbestand des § 1666 BGB.

Demgegenüber liegt die nachfolgende Entscheidung des OLG Koblenz auf einer anderen Ebene, wenn sie im Ergebnis auch falsch ist.

OLG Koblenz FRZ 2004, 288:

Ein gegen den Willen eines knapp *neunjährigen* Kindes durchgeführter Umgang gefährdet dessen Wohl.

Wie eine Antwort hierauf →

BVerfG FRZ 2005, 1057

LS: Bevor das Gericht seine Entscheidung zum elterlichen (hier: väterlichen) Umgangsrecht (hier: befristeter Umgangsausschluß) auf den geäußerten Willen des (hier: 8 ½ Jahre alten) Kindes stützt, hat es zu prüfen, inwiefern der Wille des Kindes mit seinem Wohl in Einklang steht.

Hinweis auf Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Prüfung eines begleiteten Umgangs, Einholung des SG *oder* Bestellung eines Verfahrenspflegers.

In seiner Anmerkung zum OLG Ffm, a.a.O. amüsiert sich Spangenberg über den vom OLG verwendeten Begriff des '*unreifen Kindeswillens*'. Bezüglich der Beachtung des Kindeswillens unterscheidet er das Analogiemodell (7.,12.,14.,18. Lebensjahr) vom Stufenmodell.

Vielfach findet sich ein ablehnender Kindeswille bei den PAS-Fällen, wie z. B. auch nachfolgend:

OLG Zweibrücken FRZ 2006, 144:

Der ablehnende Umgangswille zweier neun und acht Jahre alter Kinder darf nicht ungeprüft übernommen werden; es ist die wirkliche Einstellung der Kinder zu erforschen.

Weiteres zum Kindeswillen wird bei § 1696 BGB erörtert: Bumerang-Effekt, Pubertät.

(7) Hilfe Dritter

Muß ein Elternteil bei der Ausübung seiner Sorge/Obhut auf die Hilfe Dritter zurückgreifen und steht aber der andere leibliche Elternteil uneingeschränkt zur Verfügung, dann hat der biologische Elternteil in der Regel den Vorzug, auch wenn die Großeltern noch so besorgt sind. Oft wird das Kind von diesen als „Sonnenschein“ gehalten, welche das Kind in eine nicht zu billigende Sonderstellung drängt (OLG Ffm B. v. 27.1.1998 in 6 UF 151/97).

(8) Einige Negative Gesichtspunkte (und ihr Gegenteil)

- Alkoholismus, Drogen, z.B. OLG Brandenburg FRZ 2002, 120

- Krankheiten, Psychische Defekte:
z.B. krebskranke Mutter benutzt Kinder zum eigenen Halt
- Religiöser Fanatismus; Näheres bei: Sekten und Psychogruppen
- Instrumentalisierung des Kindes:
z.B. - Durchsetzung der erstinstanzlichen Entscheidung mit Hilfe der
Polizei (OLG Ffm FRZ 1984, 296);
- Verlesen der Jugendamtsberichte;
- Indoktrination: dazu Kodjoe/Koeppel a.a.O.: „The Parental Alienation
Syndrome“ zum Zwecke des Ausschlusses des Umgangsrechts des
abwesenden Elternteils; Näheres bei der Darstellung von PAS
- *Sexueller Kindesmißbrauch*: diese Problematik wird hauptsächlich beim
Umgangsrecht relevant und dort abgehandelt – siehe unter III.
Dort auch zum angeblich pädophilen Vater: BVerfG FRZ 2005, 1816
- aber: *Gleichgeschlechtliche Beziehungen* eines Elternteils sind für sich allein
kein Grund, dessen Geeignetheit für die Kindererziehung in Frage zu
stellen: OLG Ffm B.v.15.3.1993 in 1 UF 209/92 (hier hatte die Mutter
eine feste intime Beziehung zu einer anderen Frau);
- dazu aber: wenn der Vater der Schulleitung seine homosexuelle (Neu-)
Orientierung bekannt gibt, dann kann das gegen ein gemeinsames Sorgerecht
sprechen: Beschluß des 6. FS OLG Ffm (Zitat leider nicht mehr greifbar)
- Es soll *kein negativer Gesichtspunkt* sein, daß der obhutsberechtigte
Elternteil nach der Scheidung den bisherigen Wohnort verläßt und damit
der umgangsberechtigte Elternteil *Schwierigkeiten bei der Ausübung seines
Besuchsrechts* haben wird: BGH DAVorm. 1990,55.
- ebenso OLG Ffm B.v.7.8.1990 in 1 UF 154/90:
„...bei gemischt-nationalen Ehen ist es nichts Außergewöhnliches, daß
nach Trennung oder Scheidung der Eltern das Kind *im Heimatland eines
Elternteils* lebt, und die USA sind jedenfalls kein Land, dessen Aufsuchen
mit dem Wohl des Kindes unvereinbar wäre...“
- dazu aber: Bei der Gesamtabwägung aller Umstände hat das OLG Ffm im B. v.
30.12.98 in 6 UF 124/98 den Wegzug vom Odenwald nach
Norddeutschland u.a. negativ bewertet, weil damit das von der SV befür-
wortete wöchentliche Umgangsrecht der Mutter vom Vater unterlaufen
wurde.

- AG Duisburg FRZ 2001, 1635:
,Das Gericht hält es für unerträglich, einen arabischen Mitbürger allein auf Grund seiner Heimat (Syrien) als potentiellen Kindesentführer zu betrachten’.
- Inländische Kindesentführung: Gutdeutsch/Rieck plädieren in FRZ 1998, 1488 für eine analoge Anwendung des Haager Kindesentführungsübereinkommens → also stante pede wieder zurück zum bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes! Dafür gibt es den einstweiligen bzw. vorläufigen Rechtsschutz des § 621 g ZPO

(9) Speziell: Religion, Weltanschauung, Religiöser Fanatismus

Literatur:

- Abel: „Die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zu neueren Glaubensgemeinschaften“ in NJW 1996, 91 und in 1997, 426 und 1999,331
- Deutscher Bundestag, Drucksache 13/8170 vom 7.7.1997: „Zwischenbericht der Enquete-Kommission ‘Sogenannte Sekten und Psychogruppen’“ - das ist eine Fundgrube zur gesamten Problematik.

Vorbemerkung:

Neben der allgemeinen Kindeswohlprüfung ist auch das „Gesetz über die religiöse Kindererziehung“ vom 15.7.1921 zu beachten - abgedruckt bei Schwab/Wagenitz, Synopse, 4. Auflage, Seite 317; dazu gibt es die Kommentierung von Palandt im Anhang zu § 1631 BGB, in der 50.Auflage, 1991. Diesbezügliche Streitfragen sind weiterhin dem Vormundschaftsgericht anvertraut (vgl. Schwab FRZ 1998, 345), was aber geändert werden soll. Das Gesetz spielt aber in der Praxis kaum eine Rolle, wie der Islam-Beschluß des BGH in FRZ 2005, 1167 zeigt.

Grundlegender Hinweis:

Im allgemeinen sind die Gerichte im Hinblick auf die Glaubensfreiheit sehr zurückhaltend, es wird konkret geprüft und nur im *Einzelfall* eingeschritten, d.h. es bedarf einer konkreten Darlegung des nicht-organisierten Elternteils, daß über die formelle Zugehörigkeit zu einer Religion, Sekte, Weltanschauungsgemeinschaft hinaus, besondere Gefahren und/oder Nachteile für das Kind zu befürchten sind. Dies ist auch die Tendenz im Islam-Beschluß des BGH: FRZ 2005, 1167.

(a) Zu den Jehovas Zeugen bzw. Zeugen Jehovas :

Zum wahren Gesicht dieser fundamentalistischen Religionsgemeinschaft hat das OLG Ffm 6. FS in FRZ 1994, 920 Nr. 540 das Entsprechende ausgeführt.

Frühere Entscheidungen:

BayObLG NJW 1976, 2017; EuGH FRZ 94, 1275; OLG Stuttgart
FRZ 1995, 1290; OLG Düsseldorf FRZ 1995, 1511; OLG Saarbrücken
FRZ 1996, 561; OLG HH FRZ 1996, 684; AG Nettetal FRZ 96,1104
AG Meschede FRZ 97, 958 LS: „Eine (Teil-)Entziehung des Sorgerechts
(hier: ‘*medizinisches Sorgerecht*’ allein wegen der Zugehörigkeit des betr.
Elternteils zur Gesellschaft der ‘Zeugen Jehovas’ ist nicht angezeigt“. Dies
dürfte ab dem 1.7.1998 anders zu beurteilen sein: nur teilweise Übertragung
der elterlichen Sorge.
BVerwG NJW 1997,2396: Die Jehovas Zeugen haben keine Loyalität zum Staat.

Neuere Entscheidungen:

EUGHMR FRZ 2004, 765:

Eine Sorgerechtsregelung, die sich *ausschließlich auf die abstrakte Behauptung* einer angeblichen Einschränkung der Erziehungsfähigkeit eines Elternteils aufgrund der Religionszugehörigkeit (hier. Zeugen Jehovas) stützt und nicht durch das tatsächliche Verhalten dieses Elternteils und eine von ihm ausgehende negative Beeinflussung der Kinder konkret und unmittelbar belegt werden kann, verletzt Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.

AG Düren FRZ 2004, 970:

Nur LS: Die Tatsache, daß ein umgangsberechtigter Elternteil. der der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas angehört. seine (hier: 1992 und 1997 geb.) Kinder im Rahmen der üblichen (14-tägigen) Umgangszeiten mit zu seinem sonntäglichen Gottesdienst nimmt, kann eine zeitliche Einschränkung des Umgangsrechts nicht rechtfertigen.

AG Osnabrück FRZ 2005, 645:

Dem betreuenden Elternteil kann nicht untersagt werden, das Kind zu den Veranstaltungen der Zeugen Jehovas mitzunehmen.

AG Ravensburg FRZ 2004, 133:

Es ging darum, ob die Mutter, eine Zeugin Jehovas, das gemeinsame Kind indoktriniert, weswegen er eine Abänderung der ursprünglich vereinbarten alleinigen

Sorgerechtszuständigkeit der Mutter erstrebte. Dies konnte der Vater nicht beweisen, weswegen der Vater die 'Hürde' des § 1696 BGB 'nicht genommen' habe.

En passant: Auf die engen Voraussetzungen des § 1696 BGB weist auch das OLG Thüringen in FRZ 2005, 52 hin.

Das AG Ravensburg wies darauf hin, 'daß die Mutter in letzter Zeit die Umgangskontakte großzügig handhabt und das Mädchen auch die vom Vater begangenen Feiertage, wie Weihnachten und Geburtstage, bei diesem verbringen darf.....Es wird eindringlich davor gewarnt, die Sorgerechtsposition dahingehend auszunutzen, daß die zuletzt angelaufenen Umgangskontakte wieder eingeschränkt werden.....Denn die.....hohe Bindungstoleranz der Mutter gegenüber dem Vater wird mit der vorliegenden Entscheidung honoriert'.

Warum hat das AG nicht wenigstens das gemeinsame Sorgerecht angeordnet mit Aufenthalt des Mädchens bei der Mutter, wie es der Vater zuletzt beantragt hatte? Die Mutter hat das Gericht ganz schön an der Nase herumgeführt.

Zum wahren Gesicht dieser fundamentalistischen Religion hat das OLG Ffm 6. FS in FRZ 1994, 920 Nr. 540 das Entsprechende ausgeführt →

Der RA muß also beispielsweise ganz konkret zur Ghettoisierung der Kinder vortragen: Geburtstage, Klassensprecherwahlen etc.

Zur Verpflichtung zum umfassenden diesbezüglichen Vortrag des RA siehe auch BGH FRZ 2005, 1167 mit meiner Anmerkung in FRZ 2005, 1533/1534.

Auch der Richter muß die diesbezüglichen Schwachpunkte abklopfen, weswegen er sich nicht befangen macht: so. z.B. OLG Bamberg FRZ 1998,172 (betreffend die Zeugen Jehovas).

Abschließend noch eine BGH-Entscheidung zu dem Wörtchen allein

BGH FRZ 2005,265:

Die Zugehörigkeit zu einer Partei oder Religionsgemeinschaft kann *für sich allein* nicht die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.

(b) Sonstige Sekten und Psychogruppen:

Das Vorstehende gilt in gleicher Weise auch bei der Zugehörigkeit eines Elternteils zur **Scientology-church**.

Insoweit hatte der 3. FS des OLG Ffm in FRZ 1997, 573 ebenfalls auf das Wörtchen 'allein'

abgestellt. LS: „*Allein* die Scientology-Zugehörigkeit eines Elternteils rechtfertigt nicht den Ausschluß des Sorgerechts, wenn keine konkrete Beeinflussung der Kinder i.S. der Scientologen festgestellt werden kann“.

Österr. OGH FRZ 97, 958 LS: „Die Entziehung der Obsorge *allein* wegen der Mitgliedschaft der Mutter bei der Scientology-Kirche widerspricht der EMRK“.

(c) Islam:

BGH FRZ 2005, 1167 mit blasser Anmerkung von Luthin, sowie mit meiner geharnischten Anmerkung in FRZ 2005, 1533/1534; ferner Anmerkung von Fröhlich in FORUM Heft 6/7 in 2005

Zum Sachverhalt: Der Junge ist am 12.4.2002 geboren, die Mutter ist katholisch und Deutsche, der Vater ist Moslem und Pakistani. Das AG hat im Verbundurteil die Ehe der Eltern geschieden und elterliche Sorge allein auf die Mutter übertrage, was das OLG bestätigt hat. Auf die Rechtsbeschwerde des Vaters hat der BGH die OLG-Entscheidung aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen zwecks Feststellung weiterer ganz konkreter Tatsachen.

Der BGH wörtlich: ‚Auch die Meinungsverschiedenheit der Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes ist – jedenfalls für sich genommen – nicht angetan, die Alleinsorge der Mutter als die für das Kindeswohl beste Lösung erscheinen zu lassen‘.

Daß es in diesem Verfahren entscheidend um einen Richtungsstreit der Eltern über die künftige Entwicklung des Kindes ging, also letztlich um einen clash of civilisations, hat der BGH nicht gesehen

Probleme, die sich aus der unterschiedlichen Ausrichtung der Eltern ergäben (so der BGH), könnten auch im Verfahren nach § 1628 BGB oder durch eine Teilübertragung des Sorgerechts gelöst werden.

Letzteres wäre dann der Fall, wenn es *nur* um die Taufe und um die reine Konfessionszugehörigkeit geht; so scheinwohl der RA-Vortrag gewesen zu sein.

Es ist insoweit wohl nicht nach ‚den Regeln der Kunst‘ vorgetragen worden.

Diese BGH-Auffassung ist eben Ausfluß des Grundsatzes vom geringstmöglichen Eingriff in die fortwährende gemeinsame Elternverantwortung. Damit bestätigt der BGH incidenter, daß die gemeinsame elterliche Verantwortung doch der Regelfall ist.

Nicht ventiliert hat der BGH das *Gesetz über die religiöse Kindserziehung* vom 15.7.1921:

Abgesehen von der Fristenregelung bezüglich der Religionsmündigkeit und daß Verträge über die religiöse Erziehung eines Kindes ohne zivilrechtliche Wirkung sind, gehören alle Fragen, die mit dem religiösen Umfeld des Kindes im Zusammenhang stehen, zum Inhalt der elterlichen Sorge. So prüft auch der BGH in der vorstehenden Entscheidung das angebliche Verbot des Vaters des Schweinefleischessens nur im Rahmen des § 1671 Abs.2 Nr. 2 BGB.

Im Referentenentwurf zum FGG-Reformgesetz wird nun ‚Vormundschaftsgericht‘ durch ‚Familiengericht‘ ersetzt.

EuGHMR zu Art. 9 EMRK in FRZ 2006, 93: Das ‚Kopftuchverbot‘ in der Türkei verstößt nicht gegen das Recht auf freie Religionsausübung.

Zu einigen Entscheidungen auf OLG-Ebene zu diesem Problemkreis:

OLG Ffm 6.FS FRZ 1999, 182 LS: „Es entspricht nicht dem Wohl zweier Mädchen, sie der Obsorge ihres Vaters anzuvertrauen, nur damit dieser sie in der islamisch/pakistanischen Tradition erziehen kann, obwohl die Mädchen hier geboren sind, hier leben, deutsche Staatsangehörige sind; die Mutter Deutsche ist; der pakistanische Vater inzwischen die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat“.

Dieses Verfahren betrifft die Sache Q... mit Original-Senatsentscheidung. Dazu gibt es:

- den ursprünglichen Beschlußentwurf,
- sowie im Anhang das Interview mit Frau Noelle-Neumann und
- die Entscheidung des türkischen Staatsgerichtshofs zum Tragen ‚islamischer Kopftücher‘ vom 7.3.1989 (bestätigt durch den EuGHMR vorstehend).

OLG Celle FRZ 2004, 1667 LSe:

1. Im Sorgerechtsverfahren gilt das Verbot der Schlechterstellung des Beschwerdeführers nicht. Sie!!
2. Die massive Verweigerung jeglicher direkter Kommunikation mit dem Vater durch die Mutter und einseitig durch sie getroffene Entscheidungen (hier: unmotivierter Wegzug mit den Kindern; Hinführung der Kinder zum Islam) können die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater rechtfertigen.

Zum SV: Die Eltern hatten die gemeinsame elterliche Sorge. Der Vater begehrt die alleinige e.Sorge. Das AG hat nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die drei Kinder auf den Vater

übertragen. Die Beschwerde der Mutter wurde vom OLG zurückgewiesen und das OLG überträgt nun das gesamte Sorgerecht auf den Vater. Das ist im FGG-Verfahren zulässig.

Achtung RA!

Kritikpunkte des OLG: Keine Abstimmung der Mutter mit dem Vater wegen ihres Wegzugs, Kopftuchtragen der beiden Mädchen, Besuch des Arabisch-Unterrichts in der Moschee statt in der Schule, sehr eng ausgelegtes Verständnis des Islam. Über die Staatsangehörigkeit der Beteiligten sagt der Beschluß nichts. Die Mutter war während der Ehe zum Islam übergetreten. Der Vater?

Der Vater hatte schon nach der AG-Entscheidung eine größere Wohnung angemietet, die Anmeldung in einer nahegelegenen Schule mit einem Hortplatz vorgenommen, bei beruflicher Verhinderung springt seine Schwester ein, er hat glaubhaft gemacht, daß er einem engen Verhältnis der Kinder zu Mutter nicht im Wege stehen werde.

N. b.: Es ist also Aufgabe des Rechtsanwalts, den Mandanten entsprechend zu beraten und unter Umständen auch selbst detektivisch zu recherchieren (siehe auch meinen obigen Hinweis in FRZ 2005, 1533/1534).

Das Verhalten der Mutter berührte auch die Problematik des PA-Syndroms, wenn sich die Kinder die mütterliche Ablehnung des Vaters bereits zueigen gemacht hätten. So war es hier aber noch nicht, weswegen auch aus diesem Grunde die Herausnahme der Kinder angezeigt war.

Dazu paßt gut die Entscheidung des

OLG Hamm FRZ 2004, 1396:

Ein afghanisches Mädchen kommt kriegsverletzt hierher, es folgen mehrere schwere Operationen, es ist hier seit 4 Jahren, seit 3 Jahren in Familienpflege. Die leiblichen Eltern wollen das Kind zurück. Das OLG erläßt eine Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB i.V.m. § 1666 BGB.

Das Kind hat inzwischen seine afghanische Identität gegen die deutsche eingetauscht, hat hiesige Zukunftspläne. Die SV weist auf autoaggressive Durchbrüche unter Einschluß möglicher Suizidversuche hin. Der Senat verweist auf einen erneuten Kulturschock, weitere Traumatisierung, Perspektivenarmut im Herkunftsland.

Ich: Man stelle sich vor, das Mädchen würde in Afghanistan gezwungen die **Burka** zu tragen. Entscheidend ist, daß der Senat 'den schutzwürdigen Kindesbelangen den Vorrang gegenüber den Elternrechten eingeräumt' hat.

Leider hat der Senat diese seine Entscheidung 'vorerst auf den 31.12.2006 befristet'. Das Mädchen muß also weiterhin zittern. Warum nicht Nägel mit Köpfen? - immerhin gibt es ja den § 1696 BGB! Dazu Näheres unten unter B VI

Zum Spannungsverhältnis von deutschen Sorgerechtsvorstellungen und insoweit islamischen Vorstellungen -->

Der BGH weist in FRZ 2004, 1952 erneut darauf hin, daß das *deutsch-iranische Niederlassungsabkommen* von 1929 dem deutschen autonomen Kollisionsrecht vorgeht. Bezüglich des *Sorgerechts* nimmt er Bezug auf seine frühere Entscheidung in FRZ 1993, 316 'Zur Frage, wann ausländisches Recht, das die elterliche Sorge nach der Scheidung dem Vater beläßt, wegen Verstoßes gegen den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) nicht anzuwenden ist'. Das ist insoweit der Fall, wie das iranische Recht gegen den deutschen Gleichheitssatz verstößt. Aber auch dann ist die dann entstehende Regelungslücke unter Beachtung des Restbestandes der ausländischen Rechtsordnung zu schließen, also daß die Mutter die Personensorge einschließlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und der Vater die Vermögenssorge erhält. Das ist m.E. ganz schön blauäugig, wenn man die Mentalität gewisser südländischer Väter berücksichtigt, wie ich sie im Laufe meines Berufslebens kennengelernt habe. Aber so ist der BGH nun mal: siehe oben die in FRZ 2005, 1167 abgedruckte Entscheidung zu einer deutsch-pakistanischen Ehe.

Exkurs:

Ansonsten gilt das MSA bzw. jetzt das KSÜ, das allein auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes abstellt, also, wenn das Kind hier lebt, auf deutsches Recht.

Ab dem 1.3.2005 gilt bezüglich der internationalen Zuständigkeit die 'Brüssel IIa-VO'. Der Wortlaut ist abgedruckt in FRZ 2004, 1443.

Näheres dazu in den Aufsätzen von Coester-Waltjen in FRZ 2005, 241; Solomon in FRZ 2004, 1409

(d) Stammessitten: Beschneidung von Mädchen

BGH FRZ 2005, 344:

Zum SV: Das 1998 geborene Mädchen und seine nicht miteinander verheirateten Eltern sind Gambier muslimischen Glaubens. Die Mutter hat inzwischen einen Deutschen geheiratet und will Altenpflegerin werden. Das Kind soll zur Großmutter nach Gambia. Ich meine, daß das Mädchen der Mutter hier wohl im Wege steht. Das Verfahren wurde vom JA eingeleitet.

BGH: Die Gefahr, daß ein Mädchen gambischer Staatsangehörigkeit während seines Aufenthalts in Gambia eine Beschneidung vorgenommen wird, rechtfertigt es, der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemäß § 1666 BGB insoweit zu entziehen, als es um die Entscheidung geht, ob das Kind nach Gambia verbracht wird. Ob diese Maßnahme allein ausreicht, um einen effektiven Schutz des Kindes zu gewährleisten, hat der Tatrichter im Rahmen seines Auswahlermessens zu entscheiden.

Der BGH denkt an öffentliche Hilfen im Sinne einer beaufsichtigenden Pflegschaft .

Es sei auch nicht auszuschließen, daß die Mutter das Kind über einen anderen EU-Staat mittels eines Ersatzpasses nach Gambia verbringen läßt.

Das ist m.E. der springende Punkt. Die Hinterlegung des Passes, wie es auch vielfach praktiziert wird, nützt nicht viel, weil dann oft über einen 'Onkel' das Kind doch noch außer Landes gebracht wird. Mit der Hinterlegung des Passes sollte man also nicht einverstanden sein!!

(10) Die Vorstellungen der Eltern

Ihre Vereinbarungen zum künftigen alleinigen oder gemeinsamen Sorgerecht bezüglich ihres Kindes sind zu respektieren: § 1671 II Nr. 1 BGB. Dazu sagt § 1671 III BGB, daß subsidiär der § 1666 BGB zu prüfen ist.

(11) *Kontinuitätsgrundsatz*

Was geschieht nun, wenn sich bei Abwägung aller Gesichtspunkte eine *Gleichgewichtslage*, also ein „non-liquet“ ergibt? Es gibt keine Entscheidungsregeln bei Gleichgewichtslagen!

In diesem Falle wird oft als ultima ratio auf eben diesen Kontinuitätsgrundsatz zurückgegriffen. „Lohnt“ sich also der „erste Zugriff“?

Die Einfachheit dieses Kriteriums sollte also nicht dazu verführen, die notwendige Analyse vorzeitig abubrechen (Kropholler a.a.O.).

Der BGH betont in FRZ 1985,169 die *Stetigkeit in Erziehung und Betreuung* als ein (1) Kriterium.

Das OLG München FRZ 1991, 1343/1345

warnet vor einer *Überbewertung* dieses Gesichtspunktes und fährt fort: „Dabei ist davon auszugehen, daß es keinen gesicherten Erfahrungsgrundsatz gibt, daß die Auswechslung der Hauptbezugsperson in der Regel mit negativen Langzeitfolgen für die Entwicklung des

Kindes verbunden ist...Allerdings kommt es beim Wechsel der primären Bezugsperson auf die psychische Konstitution und Belastbarkeit des Kindes im Einzelfall sowie auf die Modalitäten der Trennung an“.

OLG Zweibrücken FRZ 2001, 184/185 weist auf die relative Bedeutung des Kontinuitätsgrundsatzes hin; Absprachen der Eltern bei ihrer Trennung dürfen sich später nicht zum Nachteil des weichenden Elternteils auswirken.

OLG Hamm NJW-RR 1998, 80 LS:

„Wenn ein siebenjähriges Kind seit der Trennung der Eltern mehrere Jahre bei der Mutter gelebt hat, eine starke Bindung an beide Eltern hat und sich nicht ausdrücklich für einen Elternteil entscheidet, gebietet es das Kindeswohl, das Kind in seinem alltäglichen, gewohnten Umfeld zu belassen“.

OLG Köln FRZ 1999,181:

Bei kleinen Kindern überwiegt die persönliche Betreuung gegenüber der Ortskontinuität.

Abzustellen wäre also auf die bisherigen Lebensverhältnisse des Kindes - etwa:

- wie wurde es in einer *national und/oder religiös gemischten Ehe* bisher erzogen?

Islamischer arabischer Vater und deutsche christliche Mutter haben das Kind bisher „neutral“ erzogen, insoweit bestand also eine Gleichgewichtslage, weswegen der Senat auf die Verlässlichkeit des Vaters abstellte, die er aber später enttäuscht hat (Beispiel aus OLG Ffm FRZ 1994, 920 Nr.539).

- bisheriger Kindergartenbesuch, Vereine, Freundschaften – siehe oben die Hinweise zu den Bindungen des Kindes.

11. Einschränkung oder Entziehung des Sorgerechts, d.h.

Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls: § 1666 BGB

Während es bei den §§ 1671, 1672 BGB „nur“ um die *Aufteilung* der elterlichen Sorge zwischen den getrenntlebenden und zankenden Eltern geht, befassen sich die §§ 1666, 1666a BGB mit dem *Versagen der Eltern*, wodurch das *Kindeswohl* gefährdet wird.

§ 1666 BGB dient quasi auch als subsidiärer Auffangtatbestand gegenüber den §§ 1671 und 1672 BGB.

Gegenüber der bis zum 30.6.1998 geltenden Rechtslage hat sich durch das KRRG in der Sache selbst nichts geändert. Der Regelungsbereich ist nur klarer strukturiert worden. Neu ist, daß statt des Vormundschaftsgerichts ab dem 1.7.1998 nunmehr die Familiengerichtsbarkeit zuständig ist.

Nachdem § 1631 a II BGB durch das KRRG aufgehoben worden ist, dürften auch Fragen der Berufswahl und Ausbildung im Rahmen des § 1666 BGB zu erörtern sein.

OLG Koblenz FRZ 2006, 143:

Die das Verfahren nach § 1666 BGB einleitende Verfügung ist nicht anfechtbar. Das Gericht hat in Ausübung des staatlichen Wächteramtes von Amts wegen zu handeln.

Es gilt bei allen Maßnahmen *der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*: OLG Hamm FRZ 1999, 36; OLG Oldenburg FRZ 1999, 38 Nr.18; OLG Hamm FRZ 2002, 692.

Dieser Grundsatz ist auch bei einer einstweiligen Anordnung auf Herausnahme des Kindes zu beachten: OLG Thüringen FRZ 2006, 280

So ist die Verbleibensanordnung gemäß § 1634 IV BGB gegenüber § 1666 BGB das mildere Mittel: OLG Ffm FRZ 2000, 1037; daß damit aber eine Stabilisierung zu Gunsten der Pflegeeltern eintreten kann, darf nicht übersehen werden: OLG Ffm FRZ 2002, 1277.

Die *persönliche Anhörung* der Beteiligten, der mündliche Kontakt, der persönliche Eindruck von den Beteiligten gehört zu den wesentlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung: OLG Oldenburg FRZ 1999, 35 Nr.16; OLG Hamm FRZ 1999, 36.

Im Verfahren nach § 1666 BGB kann das Gericht auch einstweilige/*vorläufige Anordnungen* erlassen: BayObLG FRZ 1999, 178 (siehe aber vorstehend OLG Thüringen FRZ 2006, 280); auch kann eine *Ergänzungspflegschaft* eingerichtet werden: OLG Ffm FRZ 2000, 1240.

Das Familiengericht kann gegen Dritte eine „*Go-Order*“ (,Wegweisung’) erlassen.

Grundlage dafür ist § 1666 a BGB als *lex specialis* gegenüber dem Gewaltschutzgesetz (siehe dort § 3). Details bei Janzen in FRZ 2002, 785; ferner Greßmann a.a.O. RNr. 275 i.V.m. OLG Zweibrücken FRZ 1994, 976.

EuGHMR FRZ 2005, 585:

Durch in die Inpflegungnahme eines Kindes darf keine irreversible Entfremdung von Kindern

und ihrer Familie in Gang gesetzt werden. Strenge Anforderungen an die Herausnahme eines Kindes.

OLG Naumburg FRZ 2004, 1806:

Zum Schwangerschaftsabbruch bei einer Minderjährigen: Grundsätzlich wird das Kindeswohl nicht gefährdet, wenn der Sorgeberechtigte das Austragen des Kindes erlangt

OLG Ffm FRZ 2004, 132 (s.o. auch zum Kindeswillen):

Der Wille eines 16jährigen Tunichtgut, der von seiner Mutter zu seinem ne-Vater wechseln zu wollen, also dieser noch 'unreife Kindeswille' rechtfertigt nicht den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der ne-Mutter.

OLG Hamm FRZ 2004, 1664 Nr. 1211:

Im Hinblick auf Art. 8 MRK sind staatliche Eingriffe nur unter engen Voraussetzungen möglich. Stichworte: Persönlichkeitsstörung der Mutter, Impulskontrollstörung.

In dieser Entscheidung wurde die 'Achtung des Familienlebens' favorisiert. Anders in der nachfolgenden Entscheidung des

OLG München FRZ 2004, 1597:

LS: Auch eine nur schubweise auftretende psychische Erkrankung des sorgeberechtigten Elternteils kann die (Teil-)Entziehung der Personensorge rechtfertigen.

OLG Hamm FRZ 2004, 1310:

Die Inpflegenahme von Kindern darf nicht schematisch zu einem Kontaktabbruch mit den leiblichen Eltern führen. Hinweis auf MRK.

OLG Hamm FRZ 2004, 1396:

Bei dem afghanischen Mädchen - s.o. beim Stichwort Islam - wurde (wörtlich:) 'den schutzwürdigen Kindesbelangen der Vorrang gegenüber den Elternrechten eingeräumt'.

OLG Celle FRZ 2004, 1667:

Hinführung der Mädchen zum Islam - s.o. beim Stichwort Islam.

Die Entscheidung ist zwar im Rahmen des § 1671 BGB getroffen worden, das Verhalten der Mutter stellte aber auch eine Kindesgefährdung i.S. des § 1666 BGB dar.

Speziell zur Familienpflege: § 1634 Absatz 4 BGB

„Probleme im Spannungsfeld zwischen Elternrecht und Kindeswohl im Rahmen des § 1632 IV BGB“ behandelt Siedhoff in NJW1994, 616

OLG Brandenburg FRZ 2004, 720 Nr. 534:

Zu § 1632 IV BGB. Nur LS: Zur Pflegefamilie des Kindes kann eine gewachsene Bindung entstehen, die durch Art. 6 GG geschützt ist. Hintanstellen des Elternrechts.

OLG Ffm FRZ 2004, 720 Nr. 535 mit Anm. Doukani-Bördner:

Zu § 1632 IV BGB: Vorrang des Kindeswohls vor dem natürlichen Recht der leiblichen Eltern auf die persönliche Betreuung ihres Kindes. Es ging um die primäre Bindung eines 18 Monate alten Kindes an seine Pflegeeltern.

OLG Karlsruhe FRZ 2004, 722:

Zu § 1632 IV BGB: Vorrang des Kindeswohls vor dem Elternrecht.

12. § 1628 BGB: Gerichtliche Entscheidungen bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern

a) Zu den Voraussetzungen dieser Norm:

Können sich die Eltern nicht i.S. von § 1627 BGB einigen, dann können sie sich an das Familiengericht wenden, welches einen Elternteil bestimmt, der dann die konkret anstehende Entscheidung treffen darf.

Voraussetzung ist zunächst, daß das Sorgerecht beiden Eltern *gemeinsam* zusteht.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob das Kind ehelich oder nicht-ehelich ist.

Gleichgültig ist, ob die Eltern zusammenleben oder ob sie sich getrennt haben. Allerdings kommt während des Zusammenlebens nur der Regelungsmechanismus des § 1628 BGB in Betracht, denn § 1671 BGB setzt ein dauerndes Getrenntleben voraus. Bis zum Eingreifen des § 1671 BGB kann im Rahmen des § 1628 auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht geregelt werden.

Es geht um die Ausgestaltung des Sorgerechts nur zwischen den Eltern selbst. Streiten sich beide Elternteile mit dem Kind, dann ist § 1628 nicht einschlägig. Insoweit müßten sie sich um Hilfen nach dem KJHG bemühen oder sich eine Freiheitsentziehungsmaßnahme gemäß § 1631 b vom Familiengericht genehmigen lassen.

Weitere Voraussetzung ist, daß es sich um eine *Angelegenheit ,von erheblicher Bedeutung'* handelt. Das Tätigwerden des Familiengerichts setzt also voraus, daß sich der Konflikt der Eltern auf eine Angelegenheit von ‚erheblicher Bedeutung‘ für das Kind handelt. Kleinere Querelen reichen also nicht aus; in diesem Falle bleibt es beim Status quo, bzw. beim Veto des anderen Elternteils (z.B. AG Lübeck FRZ 2003, 549). Das Gericht trifft dann eine Negativentscheidung. Insoweit ist § 1628 BGB das Pendant zu § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Leben die Eltern nicht getrennt, und handelt es sich um ein Problem ‚des täglichen Lebens‘ dann hilft weder § 1687 noch § 1628 BGB; es gilt das Recht des Stärkeren, d.h. das Veto des einen Elternteils verhindert, daß in concreto etwas geschieht: AG Lübeck: siehe unten

Während § 1671 eine dauerhafte und personenorientierte Lösung anstrebt, geht es bei **§ 1628** um die Bewältigung **einer situativen, konkreten, einzelfallbezogenen Konfliktlage**: OLG Zweibrücken FRZ 2001, 186. In Zweifelsfällen sollte das Verfahren nach § 1628 betrieben werden, um den schärferen Eingriff nach § 1671 BGB zu vermeiden.

Die Wortwahl des § 1628 entspricht der ‚*erheblichen Bedeutung*‘ in § 1687 Abs. 1 BGB, d.h. Konflikte bei ‚Ausübung der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben‘ können so abgefangen werden. Konflikte bei der Ausgestaltung des Umgangsrechts werden im Rahmen des § 1684 geregelt. Im Rahmen des Kleinen Sorgerechts, also der Alltagsorge hat der Aufenthaltelternteil, also der Obhüter ohnedies das Sagen: § 1687 Abs. 1 S.2 BGB.

ES bleiben also nur die Konflikte, die darüber hinausgehen. Dafür ist also das Einzelverfahren des § 1628 das ideale Instrument, um es grundsätzlich beim gemeinsamen Sorgerecht der Eltern belassen zu können: OLG Zweibrücken FRZ 1999, 40.

Dieses Instrument erleichtert die Vereinbarung bzw. das Belassen bei der gemeinsamen elterlichen Sorge, wenn es nur um einen einzelnen Punkt geht, über den sich die Eltern nicht einigen können, der allerdings von erheblicher Bedeutung sein muß.

b) Zum Inhalt der Entscheidung

Der Richter hat sich dabei an § 1697a BGB (Wohl des Kindes) zu orientieren; vgl. auch BVerfG FRZ 2003, 511.

Das Gericht darf keine eigene Sachentscheidung treffen, sondern darf nur einem Elternteil die Kompetenz zuweisen, eine bestimmte Sachentscheidung zu treffen. Nicht entscheidend ist angeblich, wie der Richter selbst entscheiden würde. Hierzu BVerfG FRZ 2003, 511 (Wahrung der Elternautonomie). Ebenso KG FRZ 2006, 142 betreffend einen Impf-Fall: Die Abwägungen, die das Gericht bei der Auswahl des Elternteils vornimmt, sind im Ergebnis aber doch so, als ob das Gericht selbst in der Sache entschieden haben würde.

Da es sich hier nicht um einen Sachantrag sondern einen Verfahrensantrag handelt, kann das Gericht die Entscheidungskompetenz auch dem Antragsgegner zuweisen.

Das Gericht darf die Kompetenzzuweisung mit Beschränkungen oder Auflagen versehen, z.B. von dem Ergebnis einer Therapie dem Gericht Anzeige zu machen.

Mit der Zuweisung der Entscheidungskompetenz an einen (1) Elternteil, erlangt dieser insoweit, also für die konkrete einzelne Angelegenheit die *alleinige elterliche* Sorge, also die alleinige Vertretungsberechtigung: § 1629 Abs.1 Satz 3 BGB.

Taugen weder der Vorschlag des Antragstellers noch der des Antragsgegners etwas, dann kann das Gericht unter den Voraussetzungen der §§ 1666, 1666a BGB von Amtswegen Maßnahmen ergreifen.

c) Es besteht einen Normenkonkurrenz zu §§ 1671, 1666 BGB; § 2 RKEG (hier Vormundschaftsgericht). Diese Normen dürfen durch § 1628 BGB nicht unterlaufen werden.

d) Verfahren

Es handelt sich um eine selbständige Familiensache: van Els FRZ 2003, 174

Die Entscheidung in der Hauptsache unterliegt der Monatsbeschwerde des § 621e ZPO.

Auch das Abänderungsverfahren des § 1696 ist möglich.

Das JA ist wohl nicht zu beteiligen: Katalog § 49a FGG; wohl kein Verfahrenspfleger: § 50 FGG; kein Vermittlungsverfahren: § 52a FGG

Aber Anhörung der Eltern und Kinder: §§ 50a, 50 b FGG; BVerfG FRZ 2003, 511

Es gibt auch die Möglichkeit der *Einstweiligen Anordnung*: § 621g ZPO i.V.m. §§ 620a ff; aber keine sofortige Beschwerde nach § 620c ZPO.

Beispiele:

OLG Hamm mit Anm. von van Els in FRZ 2003, 172 ff.:

EA im Rahmen des § 1628 BGB zwecks Ausschlagung einer Erbschaft. Im Hauptsacheverfahren wurde die EA wieder aufgehoben, die Mutter hatte aber sofort ausgeschlagen (vgl. auch § 16 FGG), was wegen der Gestaltungswirkung nicht mehr zu reparieren war. Insoweit ist also im summarischen Verfahren Vorsicht am Platze!

OLG Karlsruhe FRZ 2005, 1187:

LS: Weigert sich ein Elternteil, bei der Ausstellung eines **Kinderausweises** mitzuwirken, kann gemäß § 1628 BGB dem anderen Elternteil das entsprechende Recht zur alleinigen Ausübung übertragen werden. Aus den Entscheidungsgründen:

- Eine *Eilentscheidung* ist unter den Voraussetzungen des § 621 g ZPO möglich.
- Eine *Einstweilige Verfügung* ist unzulässig; denn beide Verfahren sind wesensverschieden und haben verschiedene Streitgegenstände:
- eV: Sicherung eines Anspruchs; das Verfahren ist selbständig;
- die eA i.V.m. § 1628 BGB geht auf vollständige Übertragung eines Teils der elterlichen Sorge, die eA ist verfahrensabhängig.
- Deshalb kann der Antrag auf Erlaß einer eV nicht in einen solchen auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung umgedeutet werden. Dies kritisiert van Els in FRZ 2005, 2076 und weist auf die Verpflichtung des Gerichts gemäß § 139 ZPO hin, damit die Beteiligten nicht unnötig neue Anträge stellen müssen, zumal oft die Zeit drängt.

e) Zur Abgrenzung der Angelegenheiten des ‚täglichen Lebens‘ von solchen von ‚erheblicher Bedeutung‘:

Vgl. etwa den Katalog von Schwab in FRZ 1998, 457/469:

- Eine ‚einzelne Angelegenheit‘ von erheblicher Bedeutung ist z.B.:
Wahl des Vornamens,

-Religionsbekenntnis (Gesetz über die religiöse Kindererziehung von 1921; dazu Schwab FRZ 1998, 345)

-Schul- und Berufsausbildung; Schulwechsel: OLG München FRZ 1999, 111/112; dabei sind auch die Rückwirkungen auf das soziale Umfeld des Kindes zu berücksichtigen: BVerfG FRZ 2003, 511

So habe ich in einem Sorgerechtsverfahren die Eltern zur Vereinbarung des Gemeinsamen Sorgerechts bewegen können. Die in einem Jahr anstehende zur Zeit unüberwindbare Hürde der konkreten Schulform habe ich ausgeklammert und dem Verfahren nach § 1628 BGB überlassen.

-ärztliche Behandlung, Operation, Impfung

-Anlegung eines größeren Kindesvermögens

-Auslandsreise mit mehrstündigem Flug; z.B. Flugreise mit dreijährigem Kind nach Ägypten: OLG Köln FRZ 1999, 249; anders bei einem älteren Kind nach Ägypten: OLG Karlsruhe FRZ 2002, 1272

-Ausschlagung einer Erbschaft: OLG Hamm FRZ 2003, 172 mit Anm. von van Els FRZ 2003, 174

-Freiheitsentziehende Maßnahmen (§ 1631 b BGB)

- Ob ein Kind überhaupt **getauft** werden soll, - dazu Näheres weiter unten! -

ist von erheblicher Bedeutung (= Zuständigkeit des Familiengerichts), wann der Termin aber stattfinden soll, ist nicht mehr von erheblicher Bedeutung (= keine Zuständigkeit des Gerichts: das Veto eines Elternteils verhindert den Termin): AG Lübeck FRZ 2003, 549

- Ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 1628 BGB fällt eine ‚bestimmte Art von Angelegenheiten‘, also ein bestimmt umgrenzter Bereich von Fragen, ist z.B.: Regelung des Umgangs mit Bezugspersonen.

Nicht von erheblicher Bedeutung, also unter die Alltagssorge fallend:

Organisation des täglichen Lebens: Arztbesuche, Hausaufgaben, Kleidung, Freizeitgestaltung – aber insoweit gibt es die Notbremse des § 1687 Abs. 2 BGB, wenn die Eltern dauernd getrenntleben: gewisse Einschränkungen.

Neuere Beispiele:

AG Lemgo FRZ 2004, 49 Nr. 31:

Umschulung der Kinder auf eine **Waldorfschule**. Diese und die Regelschule sind in etwa gleichwertig. Die Kinder leben bei der Mutter. Das Gericht überließ also der Mutter die

Entscheidung, die sie ja auch alle mit Umschulung zusammenhängenden Probleme selbst lösen müsse. Sie regelt auch die finanziellen Angelegenheiten; der Vater leistet nur beschränkt Kindesunterhalt.

Ich: Das Kind sollte im nächsten Jahr eingeschult werden. Die Eltern waren sich während des Sorgerechtsverfahrens nicht einig, welche Schule bzw. Schulform für das Mädchen die richtige sei. Wir haben diesen Punkt ausgeklammert und ihn einem späteren Verfahren nach § 1628 BGB überlassen.

AG Rosenheim FRZ 2004, 49 Nr. 32:

Es ging um eine Urlaubsreise des Vaters mit den Kindern zu Pfingsten zu den **Philippinen**. Das eine Kind lebte beim Vater, das andere bei der Mutter (geb. 1990 und 1992). Der Vater war bisher immer mit beiden Kindern zu Pfingsten ins Ausland gereist. Die wollte nun kurzfristig 'ihr' Kind nicht mitlassen wegen der Gefahr von SARS. Das AG gab insoweit das Bestimmungsrecht dem Vater (Flugroute über Dubai, nach Rückkehr bleibt Kind bei Vater und dieser läßt es medizinisch untersuchen).

Ganz wichtig: Wegen der kurzfristigen Absage der Mutter erließ das AG eine eA auf Herausgabe des Kindes: § 1632 BGB. Die Mutter hätte gegen die eA gemäß § 620c ZPO vorgehen können, was sie aber nicht tat.

OLG Köln FRZ 2005, 644:

Die Reise nach **Katar** ist eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung (Kinder geb. 1997 und 1999), auch wenn beide Elternteile arabischer Herkunft sind. Zwar fremder Kulturkreis, aber der Kontakt zur schwerkranken Großmutter wiegt schwerer. Die Mutter wurde also ermächtigt, die entsprechenden Kinderpässe zu beantragen und die Befugnis gegenüber dem Vater zugesprochen, die Reise durchführen zu dürfen.

Der Vater hatte noch auf die Entführungsfahr hingewiesen, was das OLG nicht als durchschlagend ansah. Ich kann mir auch nicht vorstellen, daß eine Frau freiwillig in Arabien verbleibt, anders beim Mann.

AG Freising FRZ 2004, 968:

Ob ein Kind eine Flugreise in ein am Krieg (wohl **Irak**) beteiligtes Land unternehmen darf, ist eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung i.S. des § 1628 BGB. Näheres ist in FRZ nicht mitgeteilt worden.

OLG Karlsruhe FRZ 2005, 1004:

Eine Reise nach **China** kann eine Angelegenheit des täglichen Lebens sein, wenn dies dem seitherigen Familienzuschnitt entspricht.

KG FRZ 2006, 142:

Ob und wie ein Kind geimpft werden soll, ist eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung.

Ob ein Kind überhaupt **getauft** werden soll, ist von erheblicher Bedeutung (= Zuständigkeit des Familiengerichts), wann der Termin aber stattfinden soll, ist nicht mehr von erheblicher Bedeutung (= keine Zuständigkeit des Gerichts: das Veto eines Elternteils verhindert den Termin): AG Lübeck FRZ 2003, 549

OLG Schleswig FRZ 2003, 1948 mit Anmerkung von Ewers in FRZ 2004, 394:

Ob das Kind einer christlichen Mutter und eines moslemischen Vaters **getauft** werden soll/darf, hatte das OLG im Rahmen der Frage erörtert, ob es beim gemeinsamen Sorgerecht (mit Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter) verbleiben kann oder ob ihr wegen dieser Streitfrage das alleinige Sorgerecht zu übertragen ist. Das OLG hatte gemeint, das könne bei seiner Religionsmündigkeit mit 14 Jahren entscheiden.

Ewers wirft nun dem OLG vor, daß es diesen Punkt nicht dem Verfahren nach § 1628 BGB überlassen hat.

Nunmehr hat der BGH in FRZ 2005, 1167 die Frage der Taufe ausdrücklich dem Verfahren nach § 1628 BGB zugewiesen (ergangen in der oben näher dargestellten Entscheidung zum Islam).

13. § 1618 BGB: Einbenennung des Kindes

a) Einleitung:

Das Kind und sein leiblicher Vater müssen zum Zeitpunkt des Einbenennungsantrags denselben Namen tragen – oder anders: hat sich der Vater inzwischen einen anderen Namen zugelegt, dann kommt es auf seine fehlende Einwilligung nicht mehr an: OLG Brandenburg FRZ 2002, 1735

Man unterscheidet die substituierende und als milderes Mittel die additive Einbenennung.

Letzteres kann nicht von Amts wegen vorgenommen werden; es muß zumindest ein Hilfsantrag vorliegen, denn die additive ist ein aliud: BGH FRZ 2002, 1330.

Neben der zivilrechtlichen Einbenennung kommt auch die öffentlich-rechtliche Namensänderung nach § 3 NÄndG in Betracht. Dies ist etwa der Fall, wenn die nicht wiederverheiratete Mutter wieder ihren Geburtsnamen annimmt.

Auch insoweit muß die Umbenennung des Kindes für sein Wohl **erforderlich** sein: BVerwG FRZ 2002, 1104 und 2002, 1624 Nr. 1033.

Es gibt also einen Gleichlauf zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Namensänderung!

b) Zum Verfahren:

Für die Entscheidung über die Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils ist der Rechtspfleger des Familiengerichts zuständig.

Gegen seine Entscheidung gibt es die befristete Monatsbeschwerde zum Familiensenat des OLG.

Vor Erlaß der Ersetzungs-Entscheidung sind die Eltern, u.U. auch das Kind, stets, d.h. zwingend persönlich – und zwar gemeinsam – anzuhören. Verstöße führen zur Zurückverweisung an das Erstgericht: BGH FRZ 1999, 1648 Nr. 1097 und FRZ 2002, 94 Nr. 48; OLG Ffm, 6. FS, FRZ 1999, 1376 und OLG Ffm FRZ 1999, 1379

Hinweis: Es sind alle früheren Akten beizuziehen. Daraus ergibt sich in aller Regel, daß der Obhüter den abwesenden Elternteil immer weiter abdrängen will, um dann als krönenden Abschluß den Einbenennungsantrag zu stellen. Manche Frauen sind in ihren Neuen so verliebt, daß sie schon vor Eheschließung den Abänderungsantrag beim AG stellen.

c) In der Sache selbst:

Es kommt nicht darauf an, daß die Einbenennung dem Kindeswohl dienlich ist, sie muß vielmehr für das Wohl des Kindes **erforderlich** sein.

Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die aktuelle psychosoziale Situation des Kindes spielt ebenso eine Rolle wie die Kontinuität der Namensführung (die ‚Wurzeln‘ des Kindes sind zu wahren – zu diesem Begriff: EuGHMR FRZ 2004, 1456).

Zu einzelnen Entscheidungen:

BGH FRZ 2002, 1330; BGH FRZ 2005, 889:

Die Einwilligung des anderen Elternteils kann erst dann ersetzt werden, wenn konkrete Umstände vorliegen, die das Kindeswohl gefährden, und wenn die Einbenennung daher unerlässlich ist, um Schäden von dem Kind abzuwenden.

Es geht um eine umfassende Abwägung der Interessen aller Beteiligten: einerseits Integration in die ‚Stief‘-Familie, andererseits Kontinuität der Namensführung als Ausdruck der Aufrechterhaltung der Beziehungen des Kindes zu seinem leiblichen Vater.

Die Mutter wollte den leiblichen Vater von seinem Kinde abschneiden. Der Empfehlung des OLG zu einer additiven Einbenennung ist sie nicht gefolgt. Da sie insoweit keinen Antrag gestellt hat, blieb es bei der Ablehnung der Einbenennung durch das OLG (bestätigt vom BGH).

OLG Hamm FRZ 2004, 1748:

LS: Die Ersetzung der Einwilligung nach § 1618 S.4 BGB setzt voraus, daß die Einbenennung für das Kindeswohl *unabdingbar erforderlich* ist. Um das beurteilen zu können, ist eine persönliche Anhörung der Beteiligten unter Einbeziehung des JA nötig. Das OLG wirft der Rechtspflegerin vor, daß sich die Sachbearbeitung nicht mit den Ermittlungsergebnissen der vorausgegangenen Verfahren auseinandergesetzt hat, nämlich Umgangsrecht, Sorgerecht, Vermittlungsverfahren. Der Ablauf ist typisch für das Hinausdrängen des Vaters durch die Mutter. Das OLG empfiehlt dem AG sogar die Einholung eines familienpsychologischen Sachverständigengutachtens.

Ich: Warum nimmt die Mutter nicht einfach einen Doppelnamen an? Und das Problem wäre entschärft!

OLG Stuttgart FRZ 2004, 1990:

1. Eine Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Elternteils zu einer *additiven* Einbenennung nach § 1618 S. 2 BGB kommt unter weniger schwerwiegenden Voraussetzungen in Betracht als zu einer exklusiven Einbenennung nach S. 1 der Vorschrift.
2. Die Anträge auf Ersetzung der Einwilligung zur Einbenennung in der einen oder anderen Form können im Eventualverhältnis miteinander verbunden werden.
3. Die Durchführung eines Ersetzungsverfahrens setzt nicht voraus, daß die erforderlichen Erklärungen bereits in der gesetzlich gebotenen Form (Satz 5) abgegeben sind.

OLG Zweibrücken FRZ 2004, 1747:

Der Sinn des § 1618 BGB ist die Integration des Kindes in die neue Familie. Ist der Stiefvater verstorben, entfällt natürlich eine Einbenennung, d.h. dessen fehlende Erklärung kann nicht ersetzt werden.

BGH FRZ 2004, 449:

Durch die Einbenennung wird der neue Geburtsname des Kindes - vorbehaltlich einer weiteren Einbenennung - grundsätzlich unwandelbar fixiert. Nimmt der sorgeberechtigte Elternteil nach Scheidung seiner Ehe wieder seinen Geburtsnamen an, kann sich das Kind dieser Namensänderung nicht anschließen. Hinweis des BGH auf die Namenskontinuität. Weiter weist der BGH auf die Möglichkeiten des NAG hin.

14. Die Abänderung von Sorgerechtsentscheidungen wird im verfahrensrechtlichen Teil abgehandelt.

III. Umgangsrecht

Vorbemerkung:

An die Stelle des seitherigen § 1634 BGB sind für die Zeit ab dem 1.7.1998 die §§ 1626 Abs.3, 1684 und 1685 BGB getreten. Auf eine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern sowie zwischen sorgeberechtigten und nichtsorgeberechtigten Elternteilen kommt es nicht (mehr) an: Einheitslösung. Einzelheiten stellt Rauscher in FRZ 1998, 329 dar.

1. Aufgaben, Rechte und Pflichten der *Eltern*, Rechte des Kindes

Sedes materiae, d.h. die Grundnorm ist § 1626 Abs.3, wo es heißt: „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist“

Dementsprechend schärft der zweite Absatz des § 1684 BGB den Umgangsberechtigten ein, „alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert“.

Merke: Aufenthaltseelternteil <> Umgangseelternteil!

Die weiteren Details regelt § 1684 BGB wie folgt:

Signalwirkung soll zunächst die Aussage im ersten Absatz entfalten:

“Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil;...“. Das ist ein subjektives Recht!
Das Kind hat aber kein eigenes Antragsrecht.

Dem korrespondiert der zweite Teil des ersten Absatzes: „...jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt“. Die Verpflichtung ist eigens hervorgehoben.

Zur Sicherung des beiderseitigen Umgangsrechts der verfeindeten Eltern kann im Sorgerechtszuteilungsverfahren auch eine *Geschwister-Trennung* in Frage kommen: OLG Ffm DAVorm. 1980, 944.

Sinn und Zweck des Umgangsrechts ist (im Anschluß an Ell a.a.O.)

- die Pflege der verwandtschaftlichen Beziehungen,
- die Pflege des natürlichen Liebesbedürfnisses (Erkaltung als Alternative?),
- Augenscheinseinnahme über den leib-seelischen Zustand des Kindes,
- Ergänzung durch den gegengeschlechtlichen Elternteil.

Dazu gehören auch Brief- und Telefonkontakte, was das Familiengericht näher regeln kann.

Nichteheliche Väter:

Da nicht mehr zwischen ehelichen oder nichtehelichen Kindern unterschieden wird, ist der nichteheliche Vater nicht (mehr) vom Willen der nichtehelichen Mutter abhängig. Andererseits wird es zu Konflikten kommen, wenn ein jahrelang uninteressierter und unsolidarischer Vater sich plötzlich bei der Mutter meldet. Hier kann nur der Absatz 4 des § 1684 helfen, nämlich die Einschränkung oder Ausschließung des Umgangsrechts betreffend, „soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist“ - s.u.; auch an § 1666 BGB ist zu denken. Andererseits darf aber auch dem feministischen Egoismus nicht Vorschub geleistet werden (Rauscher a.a.O S.336).

Dazu näher: OLG Karlsruhe FRZ 1999, 184; OLG Braunschweig FRZ 1999, 185

OLG Ffm B.v.14.12.1987 in 1 UF 307/87:

Auch der *Gilt-Vater* bei heterologer Insemination hat ein Umgangsrecht.

Bei der Umgangsregelung wird nicht zwischen sorgeberechtigten oder nichtsorgeberechtigten Eltern unterschieden: Der sorgeberechtigte Elternteil behält daher sein Umgangsrecht auch dann, wenn sich das Kind mit seiner Zustimmung bei Dritten aufhält.

Der Antrag auf Umgangsregelung ist ein Verfahrensantrag, kein Sachantrag (OLG Brandenburg FRZ 2005, 2011).

2. Weitere Beteiligte: das „Umgangsrecht“ Dritter, d.h.

der Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen: § 1685 BGB

Eine Neufassung des Abs. 2 galt ab dem 1.8.2001; durch Gesetz vom 23.4.2004 ist Absatz 2 des § 1685 BGB erneut geändert worden: Ausdehnung des Umgangsrechts auf eine sozial-familiäre Beziehung. Es gibt keine enumerative Einschränkung.

Es geht um Kinder aus 'Patchwork-Familien'.

Näheres dazu im Aufsatz von Höfelmann in FRZ 2004, 745.

§ 1685 gewährt also als Reflexrecht ein Umgangsrecht auch anderen nahen Personen. Der Antrag, die Anregung kann auch von einem Elternteil kommen.

Während bei den Eltern ohneweiteres das Umgangsrecht gegeben ist, hängt es bei diesem Personenkreis davon ab, daß der Umgang „*dem Wohl des Kindes dient*“.

Hier muß des Kindeswohl positiv festgestellt werden! Wichtig ist, daß das Kind nicht zwischen zahlreichen Umgangsberechtigten hin- und hergerissen wird: Umgangs-Tourismus!

Andererseits:

- Dieser Personenkreis hat jedoch keine Pflicht zum Umgang.
- Das Kind hat kein Recht auf Umgang mit diesem Personenkreis.

AG Reinbek FRZ 2004, 55:

Eine **sozial-familiäre Beziehung** liegt nicht vor, wenn die Mutter das Kind nur zwei Wochen im Krankenhaus betreut hat, bevor es zu Adoptiveltern gegeben wurde.

BVerfG FRZ 2004, 1705:

Eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater und dem Kind liegt nur dann vor, wenn der leibliche Vater zumindest eine Zeitlang tatsächlich Verantwortung für sein Kind getragen hat und daraus eine soziale Beziehung zwischen ihm und dem Kind entstanden ist.

An diese Entscheidung und an die Neufassung des Abs. 2 des § 1685 BGB anknüpfend:

BGH FRZ 2005, 705:

einen biologischen aber nicht rechtlichen Vater betreffend. In der diesbezüglichen Anmerkung faßt Luthin die konkreten Voraussetzungen dieser Norm zusammen.

OLG Düsseldorf FRZ 2004, 290:

Es liegt keine sozio-familiäre Beziehung vor, wenn der biologische, aber nicht rechtliche Vater nur neun vereinzelte Kontakte in einem Zeitraum von etwa drei Monaten zum Kinde hatte; er hat keine tatsächliche Verantwortung getragen..

OLG Hamm FRZ 2004, 57:

Es handelt sich um uneinsichtige **Großeltern**, denen das UR versagt wurde.

AG Konstanz FRZ 2004, 290:

Umgangskontakte mit den Großeltern dienen bei massiver Störung ihrer Beziehung zu den Eltern regelmäßig nicht dem Wohl des Kindes.

So auch OLG Hamm FRZ 2005, 2012 (Loyalitätskonflikt des Kindes).

OLG Dresden FRZ 2005, 1275:

Einigen sich die Eltern bei gemeinsamem Sorgerecht nicht über die Umgangsberechtigung von Großeltern, so ist dies keine Angelegenheit des täglichen Lebens. Hierüber muß also zunächst gemäß § 1628 BGB entschieden werden (Vorabentscheidung). Solange dies nicht geschehen ist, ist der Antrag der Großeltern auf Umgang zurückzuweisen.

OLG Hamm FRZ 2000, 1601; OLG Karlsruhe FRZ 2002, 1210:

Die ‚**Beweislast**‘ für das ‚dienen‘ liegt bei den Großeltern.

An sich gibt es im FGG-Verfahren keine Beweislast bzw. Beweisführungslast, sondern nur eine Feststellungslast (was aber letztlich auf dasselbe hinausläuft): so Luthin in FRZ 2005, 2011 rechts unten

3. Konkrete Ausgestaltung des Umgangsrechts

a) Allgemeines und ältere Rechtsprechung

Bei gemeinsamer Sorge bestimmen die Eltern auch den Umgang mit Dritten: § 1632 II BGB.
Bei einseitigem Sorgerecht bestimmen sich die Kompetenzen des Umgangselternteils nach § 1687 a BGB.

Daß sich die Umgangsberechtigten *loyal* zu verhalten haben, besagen § 1684 Abs.2,
§ 1685 Abs.3 BGB.

Dementsprechend heißt es dann im Abs.3 des §1684 BGB:

„Das Familiengericht kann über den *Umfang* des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Es kann die Beteiligten durch Anordnungen zur Erfüllung der in Absatz 2 geregelten Pflicht anhalten“.

AG Monschau FRZ 2004, 287:

Der sorgeberechtigte Elternteil ist verpflichtet, im Rahmen der Umgangskontakte mit dem anderen Elternteil die Kinder mit den notwendigen Gegenständen (Ersatzkleidung u.a.) auszustatten. Dies ergibt sich aus der Wohlverhaltenspflicht des § 1684 II S.1 BGB.

Maßstab ist allein das Wohl des Kindes: § 1697a BGB.

BVerfG FRZ 1993, 662 Nr.389 LS:

„(1) Die Ausgestaltung der Umgangsbefugnis ist in erster Linie daran auszurichten, welche Regelung dem Wohl des Kindes in seiner *konkreten Situation* gerecht wird.

(2) Über Dauer und Häufigkeit der Umgangskontakte kann nur nach den jeweiligen Umständen des *Einzelfalles* unter Berücksichtigung des Kindeswohls und unter Beachtung der berechtigten Wünsche der Eltern und des Kindes sachgerecht entschieden werden.

(3) Auf allgemeine Richtwerte ohne Bezug zum *konkreten Fall* und auf gerichtliche Vermutungen kann die Entscheidung nicht gestützt werden“

OLG Ffm 1.FS FRZ 1984, 614 LS:

“Das Wohl des Kindes <i.S. des § 1634 BGB a.F.> ist nicht nur aus der subjektiven Sicht des Kindes (Wohlbefinden), sondern auch objektiv-normativ (Zukunftsperspektive) zu beurteilen“.

Stichworte: Kein Kontakt seit zwei Jahren, Tischfußball mit Senat, anschließend Besuch des Kinos des Kindes mit seinem Vater (**PAS-Fall** s.o.).

Und: Zur staunenden Verärgerung des Sorgeberechtigten wollen die Kinder meistens den Kontakt, insbesondere wenn sie dem Umgangsberechtigten bei der Anhörung real begegnen (Ell a.a.O.).

Dabei spielt auch der Wille des Kindes eine seinem Alter entsprechende Rolle ist (OLG Düsseldorf FRZ 1998, 1460). Eine ablehnende Willensäußerung ist jedoch stets kritisch zu hinterfragen. Es sind die Gründe zu prüfen, die das Kind zu seiner ablehnenden Haltung veranlassen. Dem Kind ist die Bedeutung des Umgangsrechts vor Augen zu führen.

OLG Ffm 6.FS FRZ 1993, 729 LS:

„Dem nichtsorgeberechtigten Vater ist *auch gegen den Willen von Mutter und Tochter* die Umgangsbefugnis in aller Regel zu gewährleisten (im Anschluß an OLG Ffm FRZ 1984, 614)“.

Stichworte: Kind „wollte nicht“; Senat gibt der Mutter auf, die Aversionen abzubauen; detaillierter Besuchsplan; Eltern der Mutter standen im Hintergrund, unsere Entscheidung wirkte entlastend.

OLG Ffm B.v.20.1.1998 in 6 UF 236/97:

Auch gegen den Willen eines 16jährigen Mädchens und ihrer etwas jüngeren Schwester wurde der Umgang des Vaters konkret angeordnet. Die Kinder gaben nur an, „nicht zu wollen“, ohne konkrete Gründe angeben zu können. Hier wurde die Kindesanhörung in Gegenwart des Vaters durchgeführt; die eine Tochter vermied Blickkontakt.

Die Kinder müssen eben auf den jeweiligen Besuchkontakt positiv vorbereitet werden (OLG Ffm vorstehend, ferner z.B. OLG Hamm FRZ 1993, 1233/1234).

Der Umgang muß im Gerichts-Beschluß ganz konkret geregelt werden nach Zeit, Ort, Bereithalten durch den Sorgeberechtigten, Zurückbringen durch den Umgangsberechtigten, Übernachtungen, Ferien ...

Dazu beispielsweise:

OLG Ffm FRZ 1996, 876; OLG Zweibrücken FRZ 1996, 877 Nr.551;

AG Holzminden FRZ 1997, 47 recht interessant; OLG Ffm B.v. 21.2.1994 in 6 UF 258/93:
Die großen Schulferien sind nicht exakt aufzuteilen, Kind braucht Ruhe- und Sammelphase einiger weniger Tage.

OLG Düsseldorf B.v.8.5.1978 in 2 UF 84/78:

Während der *Trennungsphase* muß der Umgang besonders *großzügig gehandhabt* werden, um keine „faktischen Verhältnisse“ im Hinblick auf die spätere Sorgerechtsregelung zu schaffen.

OLG Zweibrücken FRZ 97, 45:

Bei einem nicht schulpflichtigen Kinde kann ein *Wochenrhythmus* angezeigt sein, andererseits darf die „Pendelsituation“ nicht dazu führen, daß es im Bewußtsein des Kindes einen „Sonntagselternteil“ und einen „Werktagseelternteil“ gibt.

Ell a.a.O. weist auch auf den *Bumerang-Effekt* hin, der in der Pubertät eintreten kann, wenn der seither sorgeberechtigte Elternteil sein „Pulver schon verschossen hat“, während der Umgangsberechtigte pädagogisch noch nicht „verbraucht“ ist. Auch diesen Gesichtspunkt sollte der Anwalt mit der Mandantschaft erörtern.

b) Neuere Rechtsprechung zum grundsätzlichen Recht des abwesenden Elternteils auf Umgang mit seinem Kinde: §§ 1626 Abs. 3, 1684, 1685 BGB

BVerfG FRZ 2005, 429:

Das Umgangsrecht des abwesenden Elternteils hat einen so hohen Rang, daß bei *Transportunfähigkeit des Kindes* der Vater sein Kind auch in der Wohnung der Mutter besuchen darf, obwohl dies an sich Art. 13 Abs. 1 GG (Unversehrtheit der Wohnung) verletzt. Das OLG, dessen Entscheidung von der Mutter angegriffen worden war, hatte auch diesen Fall in seiner Umgangsregelung mitberücksichtigt.

RA: Auch daran sollte man bei einer Vereinbarung zum UR denken.

EuGHMR FRZ 2005, 585:

Die Verweigerung von Umgangskontakten kann zu einer irreversiblen Entfremdung von Kindern und ihrer Familie führen. Strenge Anforderungen an einen zeitweiligen Ausschluß. Hier entschieden im Rahmen des § 1666 BGB.

EuGHMR FRZ 2004, 1456:

Zu Artt. 6 und EMRK: Es entspricht dem Kindesinteresse, die familiären Beziehungen eines in Adoptionspflege befindlichen Kindes zu seinem leiblichen Vater aufrechtzuerhalten, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen **Wurzeln** bedeutet, was nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt ist.

Die effektive Achtung des Familienlebens erfordert, daß zukünftige Beziehungen zwischen einem Elternteil und seinem Kind nicht durch bloßen Zeitablauf bestimmt werden.

Zu diesem Fall BVerfG FRZ 2005, 173 (zuvor schon BVerfG FRZ 2004, 1857):

Die vom OLG für einen Ausschluß des Umgangsrechts des Vaters angeführte Kindeswohlgefährdung könne durch die Anwesenheit einer geschulten Begleitperson gebannt werden. - Fall des Türken Görgülü -

Gegen die Kindeswohlgefährdung spricht zudem, daß das fünfjährige Kind, das von seinem vierten Lebenstag an bei den Pflegeeltern aufgewachsen ist, zu diesen eine stabile Bindung aufgebaut haben dürfte, die es ihm ermöglicht, auch Kontakt mit ihm nicht (so) vertrauten Personen aufzunehmen, ohne dadurch in seiner psychischen Verfassung gefährdet zu werden. Von einem 'Herausreißen' kann bei einem Umgang von zwei Stunden in der Woche indes nicht die Rede sein.

Dem BVerfG war gegenüber dem störrigen OLG so der Geduldsfaden gerissen, daß es selbst eine eA erlassen hat (Wiederherstellung der amtsgerichtlichen positiven eA).

OLG Rostock FRZ 2004, 968 B.v. 28.1.2004:

Das Kind ist 1997 geboren, wohl 7 Jahre alt. 'Dem Wunsch des Vaters nach Kontakt steht der Wille der Mutter, diesen Kontakt keinesfalls zuzulassen, gegenüber. Wie ernsthaft es der Mutter ist, keinerlei Kontakt zu Vater zuzulassen, hat ihr erneuter Wohnortwechsel mit einer zusätzlichen Auskunftssperre zum Wohnsitz zeigt....Mit einem solchen zwangsweisen Umgang würde allerdings in die Mutter-Kind-Beziehung eingegriffen.

Diese krasse Fehl-Entscheidung hat das BVerfG sofort kassiert -->

BVerfG FRZ 2004, 1166:

1. Es verstößt gegen Art. 6 II S. 1 GG, einen Umgangsausschluß vorrangig auf die ablehnende Haltung des betreuenden Elternteils zu stützen, ohne die Belange des Kindes und das Elternrecht des anderen Elternteils hinreichend zu berücksichtigen.

Ganz wichtig → 2. Weigert sich ein Elternteil, an der zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Begutachtung mitzuwirken, gebietet Art. 6 II S. 1 GG die Prüfung der Frage, welche Konsequenzen daraus für das weitere Verfahren zu ziehen sind.

Ich: § 12 FGG sieht zwar die Amtsermittlung vor, d.h. es gibt keine Beweislast im ZPO-Sinne, die Weigerung des Elternteils ist aber ein Abwägungskriterium bei der Prüfung seiner Erziehungsfähigkeit (OLG Naumburg FRZ 2006, 282)! RA sollte also entsprechend beraten.

BVerfG FRZ 2004, 523:

Die zwangsweise Durchführung von Umgangskontakten im Beisein eines Sachverständigen verstößt gegen Art. 2 I GG.

OLG Koblenz FRZ 2004, 288:

Ein gegen den Willen eines knapp 9jährigen Kindes durchgeführte Umgang gefährdet dessen Wohl, sodaß das Umgangsrecht für längere Zeit auszuschließen.

Siehe dagegen die nachfolgende gegenteilige Handhabung durch das OLG Rostock.

BVerfG FRZ 2005, 1815:

LS: Das Elternrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils ist verletzt, wenn das Gericht eine Regelung des Umgangsrechts ablehnt, ohne daß ersichtlich ist, für welche Dauer eine erneute Prüfung des Umgangsrechts begehrt werden kann.

c) Instrumente zur Durchsetzung des Umgangsrechts

Das OLG Ffm 1.FS hatte früher in einem Fall aus dem Odenwald (DAVorm.1980, 944) die Geschwister getrennt, um so das wechselseitige Umgangsrecht der Eltern zu gewährleisten. Ein gangbarer Weg?, ein brauchbares Instrument?

Anregung: Oft ist es besser durchzuentcheiden, als die Eltern stundenlang zu einer Vereinbarung weiczuklopfen →

OLG Ffm 6. FS FRZ 1993,729:

Dem nichtsorgeberechtigten Vater ist auch gegen den Willen von Mutter und Tochter die Umgangsbefugnis in aller Regel zu gewährleisten. Hier standen die Eltern der Mutter im

Hintergrund. Unser Beschluß wirkte *entlastend* für die Mutter.

AG Ffm FRZ 2005, 295:

Bei Weigerung des Kindes, mit einem Elternteil Umgang zu pflegen, kann es angezeigt sein, diesen gerichtlich anzuordnen, aber von (Androhung von) Zwang abzusehen.

Zum SV: Das Kind war durch früheres Verhalten der Mutter traumatisiert. Das Meiden von Kontakt zu ihr ist als Bewältigungsstrategie zu werten. Hier hülften nur therapeutische Mittel. Die Mutter lehnte ein begleitetes Umgangsrecht als persönliche Abwertung ab. Das war natürlich dumm von der Mutter.

OLG Rostock FRZ 2004, 54:

Es geht um das Umgangsrecht eines nichtehelichen Vaters. Die Eltern hatten von 1991 bis 1998 zusammengelebt. Das Kind ist 1995 geboren. Die Mutter will nicht.

Der Senat hat der Mutter das Sorgerecht gemäß § 1666 I BGB hinsichtlich des Umgangs entzogen und diesen Teilbereich auf das Jugendamt als Pfleger übertragen (§ 1909 BGB).

Nach § 1684 II BGB trifft die Mutter die Pflicht, den Umgang zwischen Vater und Sohn zu fördern. Sie hat durch ihre Autorität den Widerstand des Kindes zu überwinden. Sie darf die Entscheidung nicht dem 8jährigen Kind überlassen, das sonst in einen schweren Loyalitätskonflikt geriete.

Die Ergänzungspflegschaft wird aufzuheben sein, sobald sich die Situation entspannt hat.

OLG Karlsruhe FRZ 2005, 295:

Ein Elternteil kann durch Zwang auch dazu angehalten werden, einen dem Umgang mit dem anderen Elternteil entgegenstehenden Willen eines Kindes durch erzieherische Maßnahmen zu beeinflussen.

OLG Zweibrücken FRZ 2004, 53:

1. Eine Entscheidung des Familiengerichts über Umfang und Ausübung des Umgangsrechts muß eine konkrete, d.h. vollständige und vollstreckbare Regelung treffen. Diese soll deshalb möglichst genaue Angaben über zeit, Ort und Häufigkeit des Umgangs sowie die Umstände der Abholung des Kindes enthalten.

Das gilt genauso bei einer entsprechenden Vereinbarung der Eltern. RA also aufgepaßt

2. Bei Anordnung eines betreuten Umgangs (§ 1684 Abs. 4 Satz 3 BGB) gilt nichts anderes. Das Gericht darf die Regelung des Umgangs nicht dem Dritten überlassen, denn dieser hat

keine eigene Entscheidungskompetenz.

Dazu ich: Der Richter sollte vorab mit - z.B. dem **Kinderschutzbund** - die einzelnen Begegnungstermine konkret vereinbaren und diese in den Beschluß hineinschreiben, natürlich mit Zwangsgeldandrohung; bei Vereinbarung mit gerichtlicher Genehmigung.

Zum „beschützten Umgang“ sagt § 1684 IV Satz 3 BGB:

„Das Familiengericht kann insbesondere anordnen, daß der Umgang nur stattfinden darf, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist. Dritter kann auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein; dieser bestimmt dann jeweils, welche Einzelperson die Aufgabe wahrnimmt“.

Das Jugendamt kann aber wohl nicht zur Teilnahme verpflichtet werden.

Zur „Beratung und Unterstützung durch das Jugendamt“ – siehe Greßmann RNr. 226 ff, 346 ff, 374.

Das OLG Ffm hatte in dem in FRZ 2002, 1585 abgedruckten Beschluß einer renitenten Mutter teilweise das Sorgerecht entzogen, soweit es um die fachpsychologisch begleitete Umgangsanhörung geht und hat gemäß §§ 1666, 1909 BGB eine Pflegschaft angeordnet: Umgangspflegschaft. Die Mutter hat sich nicht an den OLG-Beschluß gehalten. Nun geht es um den Entzug der elterlichen Sorge. -->

AG Ffm FRZ 2004, 1595:

Auf Grund der hartnäckigen und grundlosen Ablehnung jeglicher Kontakte der Kinder mit dem Vater hat das AG der Mutter nun die Personensorge entzogen und diese auf das Jugendamt übertragen. Dies soll gewährleisten, daß ein weiteres Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Mutter eingeholt wird. Danach wird entschieden, ob ein Aufenthaltswechsel zum Vater realisierbar ist. Im diesbezüglichen Beschwerdeverfahren hat das OLG die Herausgabe der Kinder angeordnet, die sich 'seitdem in einer Einrichtung' befinden.

Interessant sind insbesondere die folgenden Ausführungen des AG: *Das Gericht nimmt in Kauf, daß die Trennung der Kinder von der Mutter diese erheblich beeinträchtigen würde.* Diese Konsequenz wird auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für angemessen und vertretbar gehalten, da auf andere Weise offenbar kein Zugang zu den Kindern möglich ist und die Zwillinge jeweils eine Hauptbezugsperson, nämlich den anderen Zwilling, bei sich haben werden.

Dazu nun die Beschwerdeentscheidung

des OLG Ffm FRZ 2005, 1700:

LS: ‚Zum Verbleib der (hier: 1992 als Zwillinge geborenen) Kinder bei der für erziehungsungeeignet gehaltenen Mutter unter gleichzeitiger Übertragung der elterlichen Sorge auf den USA (Kalifornien) lebenden Vater mit Ausnahme des auf einen Ergänzungspfleger übertragenen Aufenthaltsbestimmungsrechts‘ (d.h. der Vater darf die Kinder nicht nach USA holen).

- Die Mutter hatte die Kinder aus dem Heim entführt und war mit Ihnen mehrere Wochen untergetaucht. Diese sind jetzt wieder im Haushalt der Mutter. Leider lebt der Vater in Kalifornien. Ein Verfrachten der Kinder nach dort würde dem Kindeswohl widersprechen (insofern ist deren aktueller Wille zu beachten).

- Der Vater hat aber nun alle Befugnisse bei Angelegenheiten ‚von erheblicher Bedeutung‘, wie z.B. Schulwahl, gewichtige ärztliche Behandlung (insoweit kommt es auf den entgegenstehen Willen der Zwillinge nicht an). Der Senat setzt nun alle Hoffnung nun auf den Ergänzungspfleger.

- Solange der Ergänzungspfleger damit einverstanden ist, daß die Kinder bei der Mutter leben, ergeben sich **deren Befugnisse aus § 1687 a BGB**, d.h. die Mutter darf nur Entscheidungen **in Angelegenheiten von tatsächlicher Bedeutung** treffen.

- Wenn die Mutter ihr ‚Omnipotenzverhalten‘ und die Verteufelung des Vaters fortsetzt, dann wird einer Internatslösung der Vorzug zu geben sein.

OLG Ffm FRZ 2004, 1311:

Zur Gewährleistung der Umgangskontakte des Vaters mit den (hier: knapp siebenjährigen) Kindern wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter (bei alleiniger Sorge im übrigen) auf das Jugendamt übertragen, welches auch das Auskunftsrecht für den Vater ausübt.

OLG Hamm FRZ 2004, 1797: ein abschreckendes Beispiel

Wenn die Mutter auf das 12jährige Kind nicht mit erzieherischen Mitteln einwirken kann, verbietet sich die Anordnung von Zwangsmitteln.

Allerdings war schon im Vermittlungsverfahren gemäß § 52a FGG die Frage der Verhängung von Zwangsmitteln erörtert worden.

Das Vermittlungsverfahren diene der Mutter wohl nur zu Verzögerungszwecken. Auch war der Kinderschutzbund bereits tätig.

Gerade dieses Beispiel zeigt, daß ein längeres Hinundher letztlich nichts nutzt. Man sollte schneller durchgreifen und gegebenenfalls die Sorgerechtszuständigkeit umpolen.

So zum Beispiel: OLG Ffm 6. FS Beschluß vom 19.4.2005 in 6 UF 155/04

Dieser Fall läßt sich auch als eine **PAS-Situation** begreifen bzw. darstellen.

PAS-Fälle : diese sind bereits im Rahmen der Kooperationsbereitschaft der Eltern oben erörtert worden.

Nochmals die obigen Beispiele zur Wiederholung:

- Landesmuseum, Dinos, Vater hatte angeblich den Jungen aus dem Boot gestoßen, er hätte hinter dem Schrank eine Videokamera eingebaut

Quasi als Illustration dazu BVerfG FRZ 2005, 1057:

Der Wille eines 8 ½ Jahre alten Kindes muß hinterfragt werden, etwa durch ein SG.

Interessant für die Ablehnung des Kindes, mit seinem Vater zusammenzusein, ist dessen Begründung, der Vater habe seine Angel zerbrochen; auf Nachfrage des Amtsrichters hatte sich herausgestellt, daß dies ihm von seiner Mutter erzählt worden war.

Themen-Heft: 'Familie, Partnerschaft, Recht, 6/2002; auf Seite 256 berichten die Spangenberg von zwei PAS-Fällen (darunter mein Landesmuseums-Fall).

- Tischfußball, Otto-Film
- Contreras FRZ 1997, 1100

d) Bei einer *Vereinbarung* der Eltern zum Umgangsrecht sollte folgendes beachtet werden:

- Die Vereinbarung sollte vor der Entscheidung des Gerichts zum Sorgerecht geschlechtsneutral, also quasi „blind“ getroffen werden, denn in diesem Verfahrensstadium sind die Eltern meistens kooperativer als danach;
- die Vereinbarung ist möglichst *konkret* (s.o.) zu fassen, um
 - um späteren Detailstreit zu vermeiden,
 - um sie vollstreckungsfähig zu machen, d.h. die Termine und die diesbezüglichen Pflichten der Elternteile sind *konkret* festzulegen – dazu:
 OLG Zweibrücken FRZ 97, 1548 LS: „Bei Entscheidungen über das persönliche Umgangsrecht eines Elternteils ... muß die Anordnung insbesondere genaue und erschöpfende Bestimmungen über Art, Ort und Zeit des Umgangs mit dem Kinde enthalten“;
- „flexible“ Regelungen können auch leicht zum Erliegen des Umgangsrechts führen - so OLG Ffm B.v.26.8.1993 in 6 UF 133/93; siehe nochmals unten!

- die Vereinbarung muß anschließend vom Familienrichter genehmigt, bzw. bestätigt, bzw. gebilligt werden, um so die spätere Vollstreckung gemäß § 33 FGG zu gewährleisten,
- in den Bestätigungsbeschluß sollte schon jetzt die Zwangsgeldandrohung als Voraussetzung des § 33 FGG mit aufgenommen werden, eben um spätere Komplikationen (neuer Instanzenzug, Zeitablauf) zu vermeiden; denn nach Ablauf von 11 Monaten gibt es weder eine Bestätigung noch eine Androhung: OLG Ffm B.v. 16.3.1987 in 1 WF 42/86.

Der BGH zu einer **Elternvereinbarung**: FRZ 2005, 1471 mit Anm. von Hammer
 Ferner Aufsatz von Hammer in FRZ 2005, 1209: 'Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen'. Der Autor hat dazu Mustervereinbarungen ins Internet gestellt.
 Aus dieser BGH-Entscheidung ergibt sich im Anschluß an Hammer u.a. folgendes:

- Eine Vereinbarung muß vom Gericht übernommen werden, um den Charakter einer ‚Verfügung‘ i.S. des § 33 FGG zu erlangen.
- Die gerichtliche Bestätigung einer Umgangsvereinbarung ist ein Beschluß gemäß § 1684 III BGB und wie jede andere gerichtliche Umgangsregelung zu behandeln
- Eine Abänderung derselben erfolgt nach § 1696 BGB. Das setzt dann aber triftige Gründe voraus; gelegentliche atmosphärische Störungen reichen nicht: OLG Naumburg FRZ 2005, 1771
- Auf das ‚Stammrecht‘ zum Umgang kann nicht rechtsverbindlich verzichtet werden. Nur die nähere Ausgestaltung des Umgangs ist rechtsverbindlich möglich – so wie es das Gesetz auch im Falle des § 1671 II Nr. 1 und des § 1687 I S. 1 BGB vorsieht.
- Die Kinderschutzvorschriften der §§ 1666 und 1684 IV BGB dürfen aber nicht tangiert werden.
- Eine Vertragsstrafe kann nicht wirksam vereinbart werden.
- Der BGH hat keine abschließende Bewertung privater Umgangsvereinbarungen getroffen, etwa ob die Verletzung zu Schadensersatzansprüchen führen kann.
- Inwieweit solche Absprachen generell privatrechtlich verbindlich sind, ist weiterhin umstritten.

Auf zwei wichtige Gesichtspunkte sei noch hingewiesen:

Die konkrete Ausgestaltung des UR erfolgt im Erkenntnisverfahren, die konkrete Durchsetzung erfolgt im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 33 FGG. Wenn beispielsweise die Mutter anschließend wegzieht, ist für das Verfahren nach § 33 FGG ein anderes Amtsgericht zuständig. Der dann zuständige Familienrichter könnte die vor dem anderen AG abgeschlossene Vereinbarung als nicht hinreichend konkret genug ansehen. Deshalb so konkret wie möglich vereinbaren, auch wenn der ursprünglich protokollierende Familienrichter meint, seine Formulierung sei bei ihm ausreichend.

Dem Kind muß ein eigenes Wochenende eingeräumt werden, also neben dem Mutter-Wochenende, dem Vater-Wochenende auch ein Kindeswochenende als eigenem Freiraum, etwa wenn das Kind in einem Alter ist, wo es am Wochenende eigene Aktivitäten entfalten kann wie etwa im Sportverein. Das Umgangsrecht darf eben auch nicht zum ständigen Ballast des Kindes werden.

Das leitet über zu der Frage, wie statisch bzw. wie dynamisch sollte die Umgangsregelung sein. Wenn ein statischer Rhythmus bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres stur durchgehalten werden muß, kann es passieren, daß das Kind am Tag seines Geburtstages diesen Ballast abwirft und das Zusammensein mit dem abwesenden Elternteil beendet wird. Deshalb könnte man eine Art *Schiedsklausel* vereinbaren zwecks Anpassung des UR des Vaters an die veränderte Lebensphase des Kindes.

OLG Nürnberg FRZ 2005, 920:

LS: Die richterliche Billigung einer Umgangsvereinbarung, die Voraussetzung für ihre Vollstreckbarkeit nach § 33 FGG ist, kann in der Feststellung des Familiengerichts über das Zustandekommen eines Vergleichs nach § 278 VI ZPO liegen.

Zu den möglichen Sanktionen:

Das Familiengericht kann den Umgang *erzwingen*:

Zur Gewährung des Umgangs verhilft, wenn Zwangsgeld nicht wirkt, zur Not die Gewalt (§ 33 FGG), welche letztere sich allerdings nicht gegen das Kind selbst richten darf (§ 33 II Satz 2 FGG).

Zwang ist jedoch nur als letztes Mittel gedacht: ihm geht auf Antrag ein *Vermittlungsverfahren* voran (§ 52a FGG) - s.u..

Im *Zwangsgeldfestsetzungsverfahren* könnte der andere Elternteil mit einem Antrag auf Abänderung der Umgangsregelung gemäß § 1696 BGB reagieren, und dies garniert mit einem Antrag auf eine Einstweilige Anordnung.

Wohlverhaltensklausel

OLG Karlsruhe FRZ 2005, 633:

Das OLG weist darauf hin, daß die in § 1684 Abs.2 BGB statuierte Wohlverhaltensklausel auf Antrag eines Elternteils durch Gebots- und Unterlassungsverfügungen so konkretisiert werden kann, daß sie gemäß § 33 FGG vollstreckt werden kann.

OLG Brandenburg FRZ 2005, 2011:

Die Verletzung der Wohlverhaltenspflicht kann gemäß § 33 ZPO sanktioniert werden.

Bei *Verletzung der Umgangsbefugnis* durch den sorgeberechtigten Elternteil kann als Sanktion auch die *Abänderung* und Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil in Betracht kommen: OLG München FRZ 1991, 1343; siehe auch oben bei den ‚Instrumenten‘ zur Durchsetzung des UR.

4. Einschränkung oder Ausschluß des Umgangsrechts

a) Die *gesetzliche Grundlage* findet sich im Absatz 4 des § 1684 BGB.

Wichtig ist vorab festzuhalten, daß es um ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis* geht.

Das Gesetz sieht eine unterschiedliche Dichte der Kindeswohlprüfung vor, es verlangt ein *gestuftes* Vorgehen, und zwar im Sinne der Anwendung des zunächst milderen Mittels (BGH FRZ 1994, 158/160), nämlich -->>

- der Umgang mit dem Kinde wird nur in „beschützter“ Form durchgeführt:

zu diesem „milderen“ Mittel: siehe oben;

- gibt es bereits eine gerichtlich titulierte Umgangsregelung, dann kann das Familiengericht den *Vollzug* derselben einschränken oder ausschließen, d.h. die alte Regelung als solche bleibt aufrechterhalten - dies als ebenfalls milderes Mittel;

- ist erstmals zu entscheiden, so kann das gesetzlich gegebene *Recht* auf Umgang eingeschränkt oder ausgeschlossen werden;

und zwar in diesen Fällen, „soweit es dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist“, eben weil der (weitere) Umgang des einen Elternteils mit dem Kinde dem Kindeswohl widerspricht.
 - kommt dagegen eine Einschränkung oder ein Ausschluß des Umgangs „für längere Zeit oder auf Dauer“ in Betracht, dann kann eine entsprechende gerichtliche Entscheidung „nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre“.

Die Eingriffsschwelle ist nunmehr höher angesetzt als bei § 1634 BGB alte Fassung.

OLG Köln FRZ 97,1097:

Der *vollständige Ausschluß* des Umgangsrechts kommt *nur als äußerste Maßnahme* zur Abwendung einer Gefährdung der körperlichen oder geistig-seelischen Entwicklung des Kindes in Betracht.

OLG Köln FRZ 2005, 2011:

Der Ausschluß des Umgangsrechts ist nur in extremen Ausnahmefällen zulässig; vorab müssen weniger einschneidende Mittel geprüft werden.

Ein Ausnahmefall ist z. B. eine Persönlichkeitsstörung des Vaters, welche zu Gewalttätigkeiten gegen die Mutter führt und der Vater sich nicht behandlungswillig zeigt.

BGH FRZ 1994, 158:

LS: „Das zur Regelung des Umgangsrechts angerufene Familiengericht muß im Regelfall entweder Umfang und Ausübung der Umgangsbefugnis *konkret regeln* oder, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, die Umgangsbefugnis ebenso *konkret einschränken* oder ausschließen; *es darf sich nicht auf die Ablehnung einer gerichtlichen Regelung beschränken*“.

Es ist danach also nicht zulässig, einen Umgangsregelungsantrag einfach nur abzuweisen.

Allerdings läßt der BGH andere Regelungen für extreme Ausnahmefälle

zu. Ausnahmefälle von einer konkreten Anordnung: OLG Hamm FRZ 1997, 307 Nr.205

OLG Ffm 2.FS FRZ 1995, 1431

b) Einzelne Fallgruppen:

(1) *Sexueller Hintergrund:*

OLG Hamm FRZ 1993, 1233 LS:

„Kein (völliger) Ausschluß der Umgangsbefugnis mit dem (hier: fast 6jährigen) Sohn bei pädophiler Neigung des Vaters“.

OLG Ffm 6.FS FRZ 1995, 1432 LS: „Zur Auswirkung eines (bisher nicht erhärteten) Verdachts des *sexuellen Mißbrauchs* des Kindes durch den Vater auf dessen Umgangsbefugnis“.

Dazu die negative Anm. von Schulze in FRZ 1997, 42; dagegen wiederum Weyhardt in FRZ 1997, 444.

Ebenso OLG Ffm 6.FS B.v.23.12.1997 in 6 UF 243/97: Nur weil sich das Institut des Dr. Arntzen „gerichtsmedizinisches Institut“ nennt, hat es noch keine besseren Erkenntnisquellen i.S. des § 244 IV StPO als andere Sachverständige.

Dazu einige Hinweise in loser Form:

- So schlimm der sexuelle Mißbrauch von Kindern ist, ebenso schlimm ist aber auch eine grundlose Verdächtigung des geliebten Elternteils;
- die Fremdsuggestion der Kinder spielt eine große Rolle;
- Fast immer ist der beschuldigende Elternteil subjektiv vollständig davon überzeugt, daß der andere den sexuellen Mißbrauch tatsächlich begangen hat (Rösner a.a.O.), auch wenn das Gutachten etwas anderes ergibt - das ist einfach fatal;
- „Mißbrauch des sexuellen Mißbrauchs“? etwa:
 - Jugendamt zieht aus der Äußerung des Jungen „...als der Papa auf mir lag...“ den Schluß „sexuelle Ausbeutung und sexuelle Überforderung durch Dritte“;
 - gewisse Professionelle überinterpretieren etwa Zeichnungen der Kinder;
 - oft ist es das Ziel des Vorwurfs, den anderen Elternteil auszuschalten, um nach Durchführung einer langatmigen Beweisaufnahme dann mit dem Einwand der Entfremdung kommen zu können (Kodjoe/Koeppel a.a.O.),
 - oft wird erst in zweiter Instanz der Vorwurf erhoben, nachdem man in erster Instanz verloren hat: RA'in zur Mutter: was könnten wir denn vortragen, die Mutter verweist auf eine Äußerung des Jungen im Frauenhaus, ich höre das Kind an, es weint fürchterlich, Mutter ist endgültig die Liebe des Kindes los!, Verantwortung der Anwaltschaft!?!

- zunächst ist im Rahmen der richterlichen Anhörung mit allen Beteiligten zu sprechen, auch etwa mit den Betreuerinnen des Frauenhauses, wobei hier besondere Vorsicht am Platze ist, weil hier vielfach Berufsblindheit vorherrscht, - dabei sind

- die Alternativen eines Abbruchs der bisherigen Umgangs sind zu bedenken:

- Kind verliert auf lange Zeit den geliebten Elternteil,

- das Kind wird stigmatisiert,

- der Abbruch löst im Kinde Schuldgefühle aus -->> dann ist doch eher die

„weniger schädliche Alternative“ eines „beschützen Umgangs“ zu wählen:

siehe die in § 1684 IV 3 BGB vorgesehenen Möglichkeiten des Richters,

- weitere Konsequenzen sind natürlich auch der soziale Abstieg, Verlust des Arbeitsplatzes, Wegfall der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit,

- wichtig ist die richtige Auswahl eines kompetenten Gutachters, u.U. ergänzt durch ein Glaubwürdigkeitsgutachten - wichtig ist dies, um späteren Ablehnungsverfahren und sonstigen Einwänden vorzubeugen;

geht das Gutachten für den Anzeigerstatter negativ aus, dann wird vielfach zunächst über ein Befangenheitsverfahren versucht, den Gutachter hinauszuschießen, bei einem solchen „Beweisinterlokut“ machen wir allerdings nicht mit !

All' dies gehört eigentlich schon in den verfahrensrechtlichen Teil - s.u. Aber schon hier sei auf BVerfG in FRZ 2005, 1816 hingewiesen: umfassende Aufklärung, auch mittels SG, beim Vorwurf der Pädophilie bezüglich des Vaters.

(2) „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ etwa beim Wechsel vom Kindergarten in die Schule, weiterführende Schule, Umzug eines Elternteils -->> nur Anpassung!

(3) *Mangelnde Kooperationsbereitschaft* des umgangsberechtigten Elternteils, z.B. nicht Einhalten von Diätvorschriften, Unpünktlichkeiten, Schlechtmachen des sorgeberechtigten Elternteils, Aushorchen des Kindes

Beispiel: OLG Ffm 6.FS B.v. 22.12.1998 in 6 UF 300,98: der Umfang des bisherigen Umgangsrechts des Vaters wurde für ein Jahr eingeschränkt, weil das Mädchen das ständige Aushorchen über die Mutter und ihren Freund nicht mehr verkraften konnte.

(4) Entführung

OLG Hamm FRZ 2002, 1585:

Nur eine ganz konkrete *Entführungsgefahr* ins Ausland kann zu einer Einschränkung des UR führen.

(5) Regelmäßige Überprüfung:

Im Falle des Umgangausschlusses sind die Gerichte nach EUGHMR verpflichtet, in regelmäßigen Abständen, längstens nach einem Jahr, die weitere Rechtfertigung für den Ausschluß zu überprüfen. Siehe Anm. der FRZ zu BVerfG in FRZ 2004,1166/1168; neuestens dazu EuGHMR FRZ 2005, 585.

BVerfG FRZ 2005, 871:

LS: Der generelle Ausschluß des Umgangs während der Ferienzeiten ohne diesbezügliche Begründung verstößt gegen das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG.

5. Neuanbahnung des Umgangsrechts

Diese Problematik stellt sich etwa dann, wenn wegen des Verdachts des sexuellen Kindesmißbrauchs das Umgangsrecht längere Zeit ausgesetzt worden war. Siehe dazu den Hinweis Weycharchts in FRZ 1997, 444.

Lipp a.a.O. schreibt auf Seite 74: „Andererseits kann es trotz des ‘Rechts auf Umgang’ kaum möglich sein, einem jahrelang interesselosen Vater, der möglicherweise der Mutter des Kindes eine Schwangerschaftsunterbrechung angeraten, sie vielleicht unter Druck gesetzt und elterliche Solidarität nicht gezeigt hat, nunmehr zu gestatten, über ‘sein Recht’ die Beziehungen zwischen Mutter und Kind zu belasten und in die persönliche Entwicklung des Kindes einzugreifen“.

6. Zur Umgangspflicht des nichtsorgeberechtigten, abwesenden Elternteils

BVerfG FRZ 2004, 523/524:

Es kann dahingestellt bleiben, ob die in § 1684 statuierte Umgangsverpflichtung die zwangsweise Durchführung eines Umgangskontakts gegen den Willen des betreffenden Elternteils legitimieren kann.

OLG Nürnberg FRZ 2002, 413:

Wenn der Vater widerwillig ist, liegt eine Umgangsverpflichtung nicht im Kindesinteresse.

OLG Köln FRZ 2002, 979:

Die Anordnung der Umgangsverpflichtung hat Signalwirkung.

OLG Brandenburg FRZ 2005, 293:

Die gerichtliche Regelung des Umgangs gegen den Willen dieses Elternteils und die Androhung eines Zwangsgeldes verstoßen nicht gegen die Verfassung.

OLG Köln FRZ 2004, 53:

Das Recht des Kindes kann auch gegen den Willen des auf Umgang in Anspruch genommenen Elternteils durchgesetzt werden. Zwangsmittel sind ultima ratio.

Zum SV: Die Mutter wollte in ihrem Interesse eine weitere Ausdehnung des bereits bestehenden und praktizierten Umgangsrechts des Vaters, was der Vater aus guten Gründen ablehnte. Der Senat hielt einen unter Zwang herbeigeführten Umgang für problematisch.

VerfGH Berlin FRZ 2004, 970:

Keine Umgangspflicht, wenn der Vater für seine Ablehnung nachvollziehbare Gründe hat. Die Mutter hatte den Vater bisher mit allerlei Strafanzeigen etc. verfolgt.

OLG München FRZ 2005, 2010:

Der Umgang kann auch gegen den Willen des Umgang verpflichteten Elternteils angeordnet und notfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden – aber: auf Einschränkungen auf Seiten des Umgangspflichtigen ist bei der näheren Ausgestaltung Rücksicht zu nehmen (z.B. gesundheitlicher Art bei einem betagten Vater).

7. Auskunft

§ 1686 BGB sagt: „Jeder Elternteil kann vom anderen Elternteil bei *berechtigtem Interesse* Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen, soweit dies dem Wohl des Kindes *nicht widerspricht*. Über Streitigkeiten entscheidet das Familiengericht“.

Dazu Oelkers: „Der Anspruch des nichtsorgeberechtigten Elternteils ... auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes“, NJW 1995, 1335

OLG Koblenz FRZ 2002, 980:

Kein Anspruch auf Führung eines Tagebuchs.

OLG Ffm B.v.14.7.1999 in 6 UF 182/99:

Zur Auskunftspflicht gehört auch die Übersendung von Bildern; es sei denn, der 16jährige Junge weigert sich, weil er Angst vor einer väterlichen Entführung hat.

8. Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Umgangsrechts

a) Kostenregelung zwischen den Eltern

Die Kosten für das Holen und Bringen eines Kindes können Gegenstand einer Vereinbarung der Eltern untereinander sein: OLG Zweibrücken FRZ 1998, 1465.

b) Verwirkung bzw. teilweise Herabsetzung des Ehegattenunterhalts wegen Vereitelung des Umgangsrechts, z.B.:

OLG Celle FRZ 89, 1194 und 1997, 614; OLG Ffm FRZ 1995, 234 ;OLG Nürnberg FRZ 97, 614; OLG Schleswig FRZ 2003, 688

c) Schadensersatz wegen vergeblicher (Mehr-)Aufwendungen auf Grund (teilweiser) Vereitelung des Umgangsrechts

Grundsatzentscheidung des BGH FRZ 2002, 1099:

LS: ‚ Der umgangsberechtigte Elternteil kann vom anderen Elternteil Schadensersatz verlangen, wenn ihm der andere Elternteil den Umgang nicht in der vom Familiengericht vorgesehenen Art und Weise gewährt und ihm daraus Mehraufwendungen entstehen‘.

AG Essen FRZ 2004, 52:

1. Die durch einen Elternteil bewirkte Vereitelung des Umgangs des Kindes mit dem anderen Elternteil kann zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichten (hier: nutzlose Aufwendungen für geplanten Musik-Unterricht).
2. Ist der Umgang nur durch einstweilige Anordnung geregelt, so kann es im Hinblick auf ein Mitverschulden geboten sein, daß der umgangsberechtigte Elternteil sich mit aufwendigen Planungen zunächst zurückhält.

d) Laufende Kosten für die Ausübung des Umgangsrechts

Es geht nur um die Berücksichtigung dieser Kosten im Ehegattenunterhalt, nicht dagegen bei der Berechnung des Kindesunterhalts!

Während der BGH es in der Vergangenheit abgelehnt hatte, die Kosten des umgangsberechtigten Elternteils bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts bezüglich des Aufenthaltselternteils mitzuberechnen (und erst recht nicht beim Kindesunterhalt),

so: BGH FRZ 1995, 215 mit ablehnender Anmerkung von Weyhardt in FRZ 1995, 539; ferner noch BGH FRZ 2002, 1099,

hat er nun am 23.2.2005 eine Kehrtwende eingeleitet: FRZ 2005, 706.

Der LS lautet:

Die angemessenen Kosten des Umgangs eines barunterhaltspflichtigen Elternteils mit seinem Kinde können dann zu einer maßvollen Erhöhung des Selbstbehalts oder einer entsprechenden Minderung des unterhaltsrelevanten Einkommens führen, wenn dem Unterhaltspflichtigen das anteilige Kindergeld gemäß § 1612 b Abs. 5 BGB ganz oder teilweise nicht zugute kommt und er die Kosten nicht aus den Mitteln bestreiten kann, die ihm über den notwendigen Selbstbehalt hinaus verbleiben.

Begründet wird dies mit der Reform des Kindschaftsrechts zum 1.7.1998, wonach jetzt auch eine Umgangspflicht für beide Elternteile besteht (§ 1684 Abs. 1 BGB), und mit der (teilweisen) Nichtanrechnung des Kindergeldes in § 1612 b Abs. 5 BGB aufgrund des Kindesunterhaltsgesetzes in der Fassung mit Wirkung zum 1.1.2001.

Das Urteil bezieht sich in concreto auf den Kindesunterhalt. D.h. das Kind bezahlt teilweise auch sein Zusammensein mit dem abwesenden Elternteil.

Daß der BGH beim UKi auf das Kindergeld bzw. die Erhöhung des Selbstbehalts abgestellt hat, ist akzeptabel, weil beim UKi an die aktuelle Lebensstellung des barunterhaltspflichtigen Elternteils angeknüpft wird und dieser mit dem Minderjährigen quasi das letzte Hemd teilen muß.

Dementsprechend heißt es in den ab dem 1.7.2005 geltenden Frankfurter Unterhaltsgrundsätzen (FRZ 2005, 1329) unter Nr. 21.2 betreffend den Kleinen Selbstbehalt:

‚Verursacht der Umgang des Unterhaltspflichtigen mit den minderjährigen Kindern besondere Kosten, die er nur unter Gefährdung seines Selbstbehalts aufbringen könnte, kommt eine maßvolle Erhöhung in Betracht (BGH FRZ 2005, 706 ff)‘.

BGH und OLG Ffm verraten allerdings nicht, was denn ‚maßvoll‘ ist.

Im BGH-Fall betrug die einfache Fahrtstrecke des Vaters zu den Kindern nur 15 km. Der BGH meint zudem, in der Regel dürfte dafür das anteilige Kindergeld ausreichen.

Da kenne ich allerdings andere Entfernungen, etwa vom Odenwald zur Nordsee, weil das Kind angeblich wegen seiner Atembeschwerden die gute Nordseeluft benötigt.

Nicht entschieden ist vom BGH, ob genauso zu verfahren ist, wenn es um den Ehegattenunterhalt geht.

Der 1. FS des OLG Ffm hat in FRZ 2004, 1397 beide Fallkonstellationen gleichbehandelt. Das halte ich für falsch im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG in FRZ 2002, 809, in dessen LS es heißt:

‚Kann der Umgang aufgrund unterschiedlicher Wohnorte der Eltern nur unter einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand ausgeübt werden, so obliegt es dem Gericht zu prüfen, ob der sorgeberechtigte Elternteil anteilig zur Übernahme des für das Holen und Bringen der Kinder zur Ausübung des Umgangsrechts erforderlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwandes zu verpflichten ist...‘.

Daraus folgt für mich, daß beim UE ein anderes Verfügungseinkommen zugrunde zulegen ist als beim UKi. Ich würde also vor Bildung der UE-Quote das Verfügungseinkommen um den Mehraufwand entsprechend reduzieren; d.h. der Ehegatte beteiligt sich daran mit 3/7.

Stichworte für meine Rechtsauffassung:

- Surrogationsgedanke: das Familiäre Zusammensein mit den Kindern schlägt in ein Umgangsrecht um, was nun mal Geld kostet.
- Eheliche Schicksalsgemeinschaft: BGH FRZ 1983, 140/141;
- Gleichbehandlungsgrundsatz BGH FRZ 1985, 908/910
- Die naheheilige Solidarität wird ja auch sonst so hochgehalten!!!!

OLG Dresden FRZ 2005, 927:

LS: Bei infolge Umzugs der Mutter mit dem Kind größerer Entfernung der Wohnsitze der Eltern (Dresden – Rostock) und beengten finanziellen Verhältnissen des umgangsberechtigten Vaters kann es angemessen sein, daß die Mutter das Kind jeweils bei ihm auf ihre Kosten abholt.

Das OLG verweist auf die wechselseitige Loyalitätsverpflichtung (§1684 II S. 1 BGB) und zitiert dazu BVerfG FRZ 2002, 809: siehe oben

OLG Karlsruhe FRZ 2005,2091:

Geringe Umgangskosten i.H.v. etwa 15,- € monatlich hat der Unterhaltspflichtige selbst zu verkraften.

9. Die *Abänderung* von Umgangsrechtsregelungen gemäß § 1696 BGB wird im verfahrensrechtlichen Teil abgehandelt.

IV. Internationales Privatrecht, IPR

Ausländerbeteiligung, Auslandsbezug

Lit.: Henrich: „Kindschaftsrechtsreformgesetz und IPR“ in FRZ 1998, 1401

1. Nationales Recht:

Durch das KindRG vom 16.12.1997 sind die Artt. 19 bis 21 EGBGB neu gefaßt worden. Der seitherige einschlägige Absatz 2 des Art. 19 EGBGB ist entfallen, stattdessen hat der Art. 21 EGBGB nunmehr zum 1.7.1998 folgende Überschrift erhalten: „Wirkungen des Eltern-Kind-Verhältnisses“, der Text selbst lautet:

„Das Rechtsverhältnis zwischen einem Kind und seinen Eltern unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“.

Aufgrund dessen kann es zu einer Weiter- oder Rückverweisung kommen.

OLG Ffm 20. ZS FRZ 1997, 571 LS:

„(1) Die Anordnung der Herausgabe eines für das Kind ausgestellten Reisepasses verstößt nicht gegen die ausländische *Paßhoheit*.

(2) Artt. 1,2,8,13 MSA...“

2. MSA

Gemäß Art. 3 Abs.2 EGBGB geht dieser Norm aber das Haager „Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen“ (MSA) vom

5.10.1961 vor. Der Text ist abgedruckt bei Palandt als Anhang zu Art. 24 EGBGB und bei Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Textausgabe im Beck-Verlag, Nr.35.

Hier gibt es keine Weiter- oder Rückverweisung.

3. Kindesentführungsübereinkommen

Haager „Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung“ vom 25.10.1980, welches in Deutschland am 1.12.1990 in Kraft getreten ist -->>

Der Text ist abgedruckt bei Jayme/Hausmann, a.a.O. Nr. 114

Einen sehr guten *Überblick* über alle Details gibt *Bach* in FRZ 1997, 1051.

Dazu als konkreten Fall: *Contreras* OLG Ffm 6.FS FRZ 1997,1100.

Zum Sonderfall gegenläufiger Rückführungsanträge mit weiteren Einzelheiten zu diesem Abkommen: BVerfG B.v. 29.10.1998 2 BvR 1206/98 = FRZ 1999, 85

Exkurs:

- Ansonsten gilt das MSA bzw. jetzt das KSÜ, das allein auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes abstellt, also, wenn das Kind hier lebt, auf deutsches Recht.

- Ab dem 1.3.2005 gilt bezüglich der internationalen Zuständigkeit die 'Brüssel IIa-VO'. Der Wortlaut ist abgedruckt in FRZ 2004, 1443.

Näheres dazu in den Aufsätzen von Coester-Waltjen in FRZ 2005, 241; Solomon in FRZ 2004, 1409

- Die Anschrift der Zentralen Behörde in Deutschland ist abgedruckt in FRZ 2002, 1543

V. Aufgaben des Jugendamtes, Beistandschaft

1. Aufgaben des Jugendamtes

Lit.: Greßmann: RNr.: 226 ff, 346 ff, 374 ff.

OLG Ffm 5.FS DAVorm. 1991, 1075 LS:

„(1) In Sorgerechtsverfahren nach §§ 1671, 1672 BGB hat das Jugendamt nicht nur die Aufgabe, die Eltern zu beraten. Es hat auch durch fachkundigen Rat das Familiengericht zu unterstützen und aktiv bei der Vorbereitung einer Sorgerechtsregelung mitzuwirken.

(2) Es ist Aufgabe des Gerichts, den Sachverhalt selbst zu ermitteln. Nur ausnahmsweise darf es sich dabei der Hilfe Dritter, hier: des Jugendamtes bedienen.“

2. Beistandschaft

Mit dem flankierenden *Beistandsgesetz vom 4.12.1997* wurde die seitherige Amtspflegschaft aufgehoben; ebenfalls aufgehoben wurden die seitherigen Beistandsvorschriften der §§ 1685 bis 1692 BGB. Stattdessen gibt es jetzt einen eigenen Sechsten Titel im Zweiten Abschnitt des Vierten Buchs des BGB mit der Überschrift: *Beistand* --> 1712 ff BGB (mit Änderungen vom 9.4. 2002). Details: siehe Gesetzestext.

Die Beistandschaft ist freiwillig und

- wird auf Antrag gewährt,
- nur für alleinsorgeberechtigte Elternteile (auch bei gemeinsamer Sorge),
- für die Feststellung der Vaterschaft und des Kindesunterhalts, nicht erbrechtliche Ansprüche ,
- durch das Jugendamt, ein freier Träger kommt nur kraft Landesrechts in Frage.

B. Verfahrensrecht

I. Zuständigkeit

1. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Familiengerichts

Die Familiengerichtsbarkeit ist für das gesamte Sorgerecht, insbesondere auch hinsichtlich der nichtehelichen Kinder, sowie für das gesamte Abstammungsrecht zuständig.

In § 1697 heißt es: „Ist auf Grund einer Maßnahme des Familiengerichts eine Vormundschaft oder Pflegschaft anzuordnen, so kann das Familiengericht auch diese Anordnung treffen und den Vormund oder Pfleger auswählen“.

2. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bei Ausländerbeteiligung oder Auslandsberührung ergibt sich aus dem Haager „Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen“ vom 5.10.1961 - MSA. Der Text ist abgedruckt bei Palandt als Anhang zu Art. 24 EGBGB und bei Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Textausgabe im Beck-Verlag, Nr. 35.

Das MSA hat auch Vorrang vor der Scheidungsverbundzuständigkeit, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Vertragsstaat hat, auch wenn alle Beteiligten Deutsche sind (OLG Düsseldorf FRZ 93, 1108; OLG Bamberg FRZ 1996, 1224).

Eine konkurrierende Heimatzuständigkeit für deutsche Auslandskinder, einschließlich deutscher Doppelstaater, kann sich allerdings aus Art. 4 MSA ergeben: BGH FRZ 1997, 1070

Lebt das Kind nicht in einem MSA-Vertragsstaat, dann folgt die deutsche Heimatzuständigkeit aus § 35 b und § 36 Abs.2 FGG

Ab dem 1.3.2005 gilt bezüglich der internationalen Zuständigkeit die 'Brüssel IIA-VO'. Der Wortlaut ist abgedruckt in FRZ 2004, 1443.

Näheres dazu in den Aufsätzen von Coester-Waltjen in FRZ 2005, 241; Solomon in FRZ 2004, 1409

3. Örtliche Zuständigkeit

Der Wohnsitz des Kindes bestimmt sich nach § 11 BGB: OLG Thüringen FRZ 2002,625

Ein minderjähriges Kind teilt den *Wohnsitz der Eltern*, denen die Personensorge zusteht: *abgeleiteter Wohnsitz; bei getrenntlebenden Eltern* bedeutet dies, daß das Kind einen *Doppelwohnsitz* hat.

Die Aufgabe des Wohnsitzes setzt, neben der Aufgabe der tatsächlichen Niederlassung am bisherigen Ort, den Willen voraus, den Wohnsitz nicht mehr an diesem Ort zu haben: BayObLG FRZ 97,833; OLG Hamm FRZ 97, 1294 (längerer Aufenthalt im Frauenhaus kann Wohnsitz begründen);

Gemäß § 4 FGG gebührt unter mehreren zuständigen Gerichten demjenigen der Vorzug, welches zuerst mit der Sache befaßt worden ist.

OLG Hamm FRZ 97, 1295 LS: „*Gerichtsstandsvereinbarungen* in Sorgerechtsverfahren sind unzulässig und binden das Gericht daher nicht“.

Ab dem 1.3.2005 gilt bezüglich der internationalen Zuständigkeit die 'Brüssel IIa-VO'. Der Wortlaut ist abgedruckt in FRZ 2004, 1443.

Näheres dazu in den Aufsätzen von Coester-Waltjen in FRZ 2005, 241; Solomon in FRZ 2004, 1409

II. Beteiligte, Jugendamt

1. **Das Jugendamt** ist gemäß dem Katalog des § 49a FGG vom Familiengericht anzuhören.

2. § 50 FGG: Verfahrenspfleger für das Kind; sog. **Anwalt des Kindes**

Literatur:

- Eine zusammenfassende Darstellung von Hannemann/Kunkel: Der Verfahrenspfleger - das 'unbekannte Wesen', in FRZ 2004, 1833;
- Menne: ‚Der Anwalt des Kindes – Entwicklungstendenzen und Perspektiven im Recht der Verfahrenspflegschaft‘ in FRZ 2005, 1035
- Söpper: Rechtsprechungsübersicht zur Vergütung des Verfahrenspflegers: FRZ 2002, 1535

Gemäß § 50 FGG kann das Gericht „dem minderjährigen Kind einen Pfleger für ein seine Person betreffendes Verfahren bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist“

„Die Bestellung ist in der Regel erforderlich, wenn ...“.

In der geplanten Neufassung des FGG wird der Verfahrenspfleger in § 166 FGG n. F. als **Verfahrensbeistand** bezeichnet: Söpper in FRZ 2005, 1787/1796

Aus der nachfolgend zitierten Rechtsprechung ergeben sich dazu folgende Gesichtspunkte:

Der Anwalt des Kindes ist parteilicher Interessenvertreter, Dolmetscher, der nur dem Kindeswillen verpflichtet ist; dagegen hat das JA Allparteilichkeit zu wahren. Kurz gesagt, hat der Verfahrenspfleger die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Partei-Anwalt.

Soweit Verbände, Arbeitsgemeinschaften sog. 'Qualitätsstandards' aufstellen, stimmen diese nicht immer mit den gesetzlichen und / oder gerichtlichen Vorgaben überein. Der Verfahrenspfleger, der sich daran hält, geht das Risiko ein, u.U. teilweise nicht honoriert zu werden (vgl. auch OLG Ffm FRZ 2002,335)

Der Verfahrenspfleger ist nicht mit dem Umgangspfleger zu verwechseln (Bienwald a.a.O. Seite 1984). Stattdessen gibt es den Ergänzungspfleger: §§ 1666, 1909 BGB. Dazu Näheres unten beim Umgangsrecht.

Frage an RA: Stimmt es, daß dieses Berufsfeld inzwischen überwiegend von Juristen besetzt wird, und dabei insbesondere von Rechtsanwältinnen?

Was bringt es, wenn im Kreis der Gesprächspartner (Eltern, AG, 2x RA, JA, SV) noch eine weitere Person mitmischt? Wird das Kind dadurch nicht noch mehr verunsichert, wenn es sich so vielen Erwachsenen gegenüber sieht?

Wenn ein Psychologe zum Verfahrenspfleger bestellt wird, dann ist doch die Bestellung eines SV überflüssig – oder?

Der Verfahrenspfleger ist nicht mit einem Umgangspfleger gleichzusetzen; stattdessen gibt es den Ergänzungspfleger: § 1909 BGB (OLG Ffm FRZ 2002, 1585)

Der Ergänzungspfleger qua Umgangspfleger wird gemäß § 1666 BGB bestellt. Wurde ihm insoweit kein Teilbereich der elterlichen Sorge übertragen, dann hat er nur die Stellung eines Dritten im Sinne des § 1684 IV S. 3 BGB: OLG Hamm FRZ 2005, 1772

Der ‚Umgangspfleger‘ kann nicht wie ein Verfahrenspfleger abrechnen, vielmehr kommen insoweit die Vorschriften der §§ 1909 (Ergänzungspflegschaft), 1915, 1836 BGB in Betracht – so z.B. OLG Saarbrücken FRZ 2005, 927

Aus der Rechtsprechung:
BVerfG FRZ 2004, 1267:

Der Verfahrenspfleger hat allein die subjektiven Interessen des Kindes zu vertreten; er hat nicht neben dem Richter das Wohl des Kindes zu ergründen; er hat keine allgemeine Sachverhaltsaufklärung zu betreiben.

OLG Brandenburg FRZ 2004, 1982 mit Anmerkung von Bienwald Seite 1983:

Der Verfahrenspfleger ist kein Sachverständiger

OLG München FRZ 2005, 635 und OLG Karlsruhe FRZ 2005, 1571:

Der Verfahrenspfleger kann nicht wegen der Besorgnis der *Befangenheit* abgelehnt werden, eben weil er den Eltern gegenüber nicht zur Neutralität und Objektivität verpflichtet ist.

OLG Brandenburg FRZ 2004, 1798:

Der Verfahrenspfleger hat keine Konfliktlösung zu betreiben

Aber: Künftig soll der Verfahrensbeistand auch vermitteln: Söpper FRZ 2005, 1787/1796

OLG München FRZ 2005, 635:

Schranken kann dem Verfahrenspfleger nur das Erstgericht setzen.

Das kann ja lustig werden, wenn sich die Beteiligten noch untereinander streiten.

BVerfG FRZ 1999, 85:

„Es besteht die Pflicht, das Kindeswohl verfahrensrechtlich dadurch zu sichern, daß den Kindern bereits im familiengerichtlichen Verfahren ein Pfleger zur Wahrung ihrer Interessen zur Seite gestellt wird, wenn zu besorgen ist, daß die Interessen der Eltern in einem Konflikt zu denen ihrer Kinder geraten“.

Die Entscheidung ist zum Haager Kindesentführungsübereinkommen ergangen.

Ob die **Beschwerde** gegen die Bestellung bzw. Abberufung eines Verfahrenspflegers nach § 19 FGG zulässig ist, ist streitig.

Nicht zulässig: OLG Köln FRZ 2005, 221 Nr. 141; OLG Hamburg FRZ 2005, 221 Nr. 143; OLG Zweibrücken FRZ 2004, 1980; OLG Zweibrücken FRZ 2004, 1591 Nr. 1159; KG FRZ 2004, 1591 Nr. 1160; OLG München FRZ 2005, 635; OLG Köln FRZ 2006, 282: lediglich verfahrensleitende Verfügung, mit negativer Anmerkung von Bienwald; recht hat er!!

Die Familiensenate des OLG gehen zwar grundsätzlich von der Zulässigkeit eines Rechtsmittels aus, prüfen aber nur sehr eingeschränkt die Begründetheit auf groben Ermessensfehlgebrauch.

Motzer a.a.O. FRZ 2006, 73/ 81 bezeichnet die Nichtanfechtbarkeit der Pfleger-Bestellung als inzwischen herrschende Meinung.

Die Diskussion hat sich m.E. inzwischen mehr auf die Frage der **Honorierung** des Verfahrenspflegers konzentriert und damit insbesondere auf die Frage, welches denn nun seine Aufgaben im einzelnen sind.

Zur Honorierung:

BVerfG FRZ 2004, 1267:

Der Verfahrenspfleger hat allein die subjektiven Interessen des Kindes zu vertreten; er hat nicht neben dem Richter das Wohl des Kindes zu ergründen; er hat keine allgemeine Sachverhaltsaufklärung zu betreiben. Tut er mehr, hat er das Risiko zu tragen, *nicht honoriert zu werden*.

Die *Kosten* für diesen Pfleger trägt zwar zunächst die Staatskasse, werden aber später als Auslagen vom Kostenschuldner zurückgefordert.

Mit Wirkung zum 1.7.2005 gibt es ein neues Gesetz betreffend die Betreuer- und Verfahrenspflegervergütung, nebst Änderungen im FGG. Dazu Aufsatz von Sonnenfeld FRZ 2005, 941 und von Zimmermann FRZ 2005, 950.

VBVG = Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz.

OLG Brandenburg FRZ 2002, 626 und OLG Zweibrücken FRZ 2002, 627:

Bei der Honorarabrechnung wird eine Plausibilitätsprüfung vorgenommen.

OLG Brandenburg FRZ 2005, 1108; dazu Anmerkung von Menne unter Hinweis auf OLG Stuttgart FRZ 2004, 1305/1308 →

Wenn der Verfahrenspfleger vom Familiengericht mit einer weitergehenden Aufgabe betraut wird (hier: Teilnahme an einem Hilfeplangespräch beim Jugendamt), dann ist er unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes auch insoweit zu honorieren.

Unterscheide (Menne): Im Vergütungsverfahren geht es allein um die Honoraransprüche des Verfahrenspflegers, im Kostenfestsetzungsverfahren geht es um die Beteiligung der Eltern hieran; bei der vorliegenden Verfahrenskonstellation wären die Kosten insoweit niederzuschlagen (Stuttgart); es sei denn, die Eltern hätten bei der amtsgerichtlichen Erörterung zugestimmt (Menne m.w.N.).

III. Das Verfahren im Allgemeinen

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Sorgerechtsregelung ist in aller Regel immer gegeben: OLG Ffm B.v. 17.2.1997 in 6 WF 42/97; B.v. 21.1.1998 in 6 WF 289/97

2. Wirksamkeit von Sorgerechtsentscheidungen

Mit der Bekanntgabe an denjenigen, für welchen die Entscheidung bestimmt ist, wird diese *wirksam*: § 16 I FGG (§ 621 a I ZPO), und damit vollstreckbar.

Ist die Entscheidung im Scheidungsverbund ergangen, so hängt ihre Wirksamkeit vom Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs ab: § 629 d ZPO.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wann ein gerichtsintern gefaßter und unterschriebener nicht zu verkündender Beschluß *existent* wird. Das ist erst dann der Fall, wenn der Beschluß aus dem inneren Bereich des Gerichts hinausgelangt ist, d.h. in den allgemeinen Postverkehr gegeben worden ist: BGH FRZ 1987, 921/922; OLG Köln FRZ 1993, 1226; OLG FFm 6. FS = FRZ 2000, 612, diese Entscheidung wurde vom BGH dahingehend modifiziert, daß schon die formlose telefonische Mitteilung an einen Beteiligten genügt, um die Entscheidung existent werden zu lassen: BGH FRZ 2000, 813

3. Scheidungsverbund, Verfahrensverbund, Entscheidungsverbund

Gemäß § 623 ZPO gibt es keinen Zwangsverbund bezüglich Sorgerecht und Umgangsrecht, vielmehr gibt es nur ein *Antragssystem*.

Auf Antrag kann ein Verfahrensverbund hergestellt werden, auf Antrag sind diese Folgesachen aber wieder von der Scheidungssache abzutrennen und als selbständige Familiensachen fortzuführen. Also: ein zunächst gegebener Verfahrensverbund führt nicht zwingend zum Entscheidungsverbund.

Bei einer *Konventionalscheidung* ist bezüglich der Kinder § 630 I Nr.2 ZPO zu beachten.

4. Das „*Vermittlungsverfahren im Umgangsstreit*“

Grundlage für diese besondere Verfahrensart ist § 52 a FGG. Danach soll der Familienrichter in Umgangsfragen auf Antrag vermittelnd tätig werden. Bei Erfolg hat er einen „Vergleich zu

protokollieren“, andernfalls stellt er durch unanfechtbaren Beschluß das Ende seiner Bemühungen fest.

Im letzteren Falle ist auf Antrag oder von Amts wegen zu prüfen, „ob Zwangsmittel ergriffen, Änderungen der Umgangsregelung vorgenommen oder Maßnahmen in Bezug auf die Sorge ergriffen werden sollen“.

Zu den förmlichen Voraussetzungen: Schael in FRZ 2005, 1796

M.E. handelt es sich insoweit um ein Verzögerungsinstrument: s.o. beim UR.

OLG Naumburg FRZ 2005, 1577:

Das Vermittlungsverfahren muß durch einen (unanfechtbaren) Beschluß förmlich beendet werden. Erst danach kommen weitere = eigenständige Verfahren in Betracht.

OLG Thüringen FRZ 2005, 1578:

In der Regel wird ein RA nicht beigeordnet, also keine PKH insoweit.

5. Beratungsangebote, Mediation: §§ 52, 52a III 3 FGG

Der § 52 FGG verpflichtet das Familiengericht auf ein „*Hinwirken auf Einvernehmen der Beteiligten*“, Hinweis auf Beratungsangebote, etc., wozu auch das Verfahren zeitweise ausgesetzt werden kann. Für Beteiligten besteht aber keine eigene Verpflichtung dem nachzukommen.

Zur „Beratungstätigkeit“ des Familiengerichts (Mediation):

Das Familiengericht ist „nicht befugt, diese Mittel <i.e.: eine psychologische Begutachtung> ‘therapeutisch’ einzusetzen und zu versuchen, mit ihrer Hilfe auf die Beteiligten einzuwirken und diese zu einer bestimmten einvernehmlichen Handhabung des Umgangs mit dem Kinde zu bewegen“ - so der BGH in FRZ 1994, 158,160.

Das Familiengericht darf jedoch gemäß 52 FGG den „*Beteiligten nahelegen, eine Beratung in Anspruch zu nehmen*“, zu diesem Zwecke kann das Verfahren ausgesetzt werden.

Die Anordnung von ‘*Mediation*’ (=Vermittlung) ist unzulässig: OLG Ffm B.v.18.3.1992 in 3 WF 37/92.

Dieses außergerichtliche Verfahren ist nicht in das KRRG aufgenommen worden; alles geschieht insoweit auf freiwilliger Basis.

OLG Karlsruhe FRZ 2004, 57:

Die Gerichte sind nicht befugt, die Eltern zur Anbahnung eines Umgangs zu verpflichten, sich einer fachkundigen psychologisch-pädagogischen Beratung und Behandlung zu unterziehen.

Die staatlichen Gerichte sind vielmehr gehalten, den Rechtssuchenden wirkungsvollen Rechtsschutz zu gewähren.

Eine anderslautende AG-Verfügung ist gemäß §§ 19, 20 FGG anfechtbar.

IV. Amtsermittlung, Beweisaufnahme

1. Begriff und Umfang: *Aufklärungspflicht* des Familiengerichts:

Anhörung der Eltern, Anhörung des Kindes, Anhörung Beteiligter

Sedes materiae: § 12 FGG -->> Grundsatz der Amtsermittlung, ergänzend -->>

§ 49 a FGG: Anhörung des Jugendamtes

§ 50a FGG: Anhörung der Eltern

§ 50b FGG: Anhörung des Kindes

§ 50c FGG: Anhörung von Pflegepersonen

Der Familienrichter ist frei, wie er sich die notwendigen Grundlagen für seine Entscheidung beschafft. Beispielsweise darf das Familiengericht bei der Anhörung des Kindes die Eltern und die Anwälte *ausschließen*.

Grundlegend: BVerfG in FRZ 1981,124/126; BGH FRZ 1994, 158/160); BVerfG FRZ 2001, 1285.

Erneut BVerfG FRZ 2005, 1816: Die Gerichte müssen umfassend aufklären und den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werden (Näheres dazu unten beim Sachverständigen, betreffend einen angeblich pädophilen Vater). Dazu Motzer Anm. FRZ 2005, 1971 unter Aufzählung dessen, was das OLG alles falsch gemacht hatte.

Der § 50 b FGG statuiert die Verpflichtung des Richters, „daß sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft“.

Ab Vollendung des 14. Lebensjahres ist das Kind „*stets* persönlich“ anzuhören.

In aller Regel sind auch *Kleinkinder* „*anzuhören*“ - besser: Kontaktaufnahme, Fühlungnahme im Kinderspielzimmer des Gerichts, denn auch die non-verbale Verhaltensweisen sind wichtige Indizien, Erkenntnisquellen; wie auch der „Einzug“ der Beteiligten im Gericht beobachtet werden sollte - etwa: welcher Elternteil klammert?

Aus der Rechtsprechung:

OLG Hamm FRZ 1997, 1550 Nr. 1129 bezüglich eines fast 4 Jahre alten Kindes;

OLG Zweibrücken FRZ 97,688 bezüglich eines 5 Jahre alten Kindes;

OLG Ffm 20. ZS FRZ 1997, 571 LS: „In Personensorgeangelegenheiten sind auch Kleinkinder ab einem Alter von etwa drei Jahren gemäß § 50 b FGG persönlich anzuhören. Die unterlassene Anhörung führt regelmäßig zur Zurückverweisung“.

Beispiele aus der Kindesbeobachtung:

- Amanda, knapp 6 Jahre, sagt zu mir, die Mama habe gesagt, sie solle den Daddy nicht drücken (der Fall Contreras kann in FRZ 1997, 1100 nachgelesen werden),
- Thailändische Mutter, Kind aber auf Schoß der Tagesmutter, Kind malt Bilder und legt sie nur dieser Bezugsperson vor,
- Kleinkind krabbelt bei meiner „Anhörung“ zwischen den Eltern hin und her und spielt mal diesem, mal mit jenem -->> damit ist erstmal die Behauptung der Mutter, das Kind habe keine Bindung zum Vater, widerlegt.
- Nach der Anhörung und dem Ende der Sitzung sagt die Mutter zum Kind, das der Vater mitgebracht hatte: „Du mußt jetzt wieder zu Deinem Vater“, was einen Weinkrampf des Kindes auslöste - der Senat sah u.a. auch aus diesem Grunde die Mutter als ungeeignet an: OLG Ffm B.v. 17.3.1997 in 6 UF 26/97,
- Ich gehe mit dem Kind in die Gerichtskantine: siehe oben ‚Dinos‘-Fall
- Zwei getrennte Kinder, eins beim Vater, das andere bei der Mutter, halten sich bei der Anhörung ständig die Hand,
- Ich sage manchmal den Kinder nicht, wer ich bin, und horche sie so aus: was willst Du denn dem Richter sagen?, oder: was hat die Mama gesagt, was Du dem Richter sagen sollst? - zulässig?

Da das Kernstück der Amtsermittlung die Anhörung der Beteiligten ist, darf der Familienrichter diese Aufgabe nicht auf Dritte, etwa auf das Jugendamt abwälzen: OLG Ffm 5.FS in DAVorm. 1991,1075. Auch die Einholung eines Gutachtens entbindet nicht von der persönlichen Anhörung des Kindes: OLG Köln FRZ 2001, 111

Führt der Amtsrichter die Anhörung nicht durch, so wird seine Entscheidung in aller Regel aufgehoben: OLG Ffm FRZ 1997, 571; OLG Ffm FRZ 1999, 617; OLG Zweibrücken FRZ 97,688; OLG Hamm FRZ 1997, 1550 Nr.1128.

Nur *ausnahmsweise* darf von der persönlichen Anhörung abgesehen werden, etwa bei Beeinträchtigung des seelischen Gleichgewichts oder der Gesundheit; die Anordnung der Anhörung ist eine Zwischenverfügung, die beschwerdefähig sein soll: OLG Köln FRZ 1997, 1549.

In der zweiten Instanz wird die Anhörung in der Regel wiederholt, wenn ein längerer Zeitraum vergangen ist, oder wenn mit einer gegenteiligen Entscheidung zu rechnen ist.

Aufsatz von Carl und Eschweiler in NJW 2005, 1681: ‚Kindesanhörung – Chancen und Risiken‘.

Der Aufsatz wendet sich in erster Linie an Richter, die viel Zeit in die Kindesanhörung investieren. Die Tendenz der Verfasser geht wohl dahin, auf jeden Fall eine Einigung der Eltern anzustreben.

Meine Gegenargumente:

- Eine Einigung, welche nach stundenlangem Hinundherreden, besser: Einreden auf die Beteiligten zustande kommt, hält nicht lange vor, wenn die Beteiligten erst mal darüber geschlafen haben.
- Eine gerichtliche Entscheidung des Umgangskonflikts kann aber auch auf die Beteiligten entlastend wirken – vgl. z.B. OLG Ffm FRZ 1993, 729
- Die Verfasser meinen, die Bekanntgabe der Einigung der Eltern bzw. der beabsichtigten gerichtlichen Entscheidung sei eine Art ‚Nagelprobe‘ und mache oft deutlich, ‚ob das Ergebnis für sie in Ordnung ist‘.
- Umgekehrt, kann die Reaktion der Mutter ‚Du mußt jetzt wieder zu Deinem Vater‘ etwas über ihre Erziehungsfähigkeit bzw. Bindungstoleranz aussagen (der 6. FS des OLG Ffm hat diese Reaktion der Mutter u.a. zu ihren ‚Lasten‘ gewertet). Also: Der RA sollte seine Mandantschaft entsprechend vorbereiten.

2. Sachverständigengutachten, Tests

Jedes Gutachten ist nur von *begrenztem Wert*, weil der zu erreichende Gewißheitsgrad bei Urteilen im seelisch-sozialen Bereich gering ist (Kropholler a.a.O.). Im Grunde hat der Sachverständige die gleichen Schwierigkeiten wie der Richter, eben weil eine *Prognose für die Zukunft* abgegeben werden soll # Vergangenheitsaufklärung: wie kam es zu diesem konkreten Verbrechen?

Privatgutachten ohne Einbeziehung der Gegenseite sind reiner Parteivortrag - das Geld sollte man sich sparen.

Nicht vergessen werden sollte, daß der SV letztlich „*nur Gehilfe*“ des Gerichts ist.

Auch *ob* ein Sachverständigengutachten eingeholt wird, unterliegt der freien Entscheidung des Gerichts: BVerfG a.a.O. oben bei ‚Amtsermittlung‘.

Der § 15 FGG verweist insoweit für den weiteren Verfahrensgang auf die Vorschriften der ZPO:

Die *Beweisanordnung* ist eine *Zwischenentscheidung*, die grundsätzlich nicht anfechtbar ist: so OLG Brandenburg FRZ 97, 1019 und in FRZ 2005, 917;

dagegen: für Anfechtbarkeit: OLG Zweibrücken FRZ 1999, 521;

aber: Anfechtbarkeit, wenn in persönliche Rechte eingegriffen wird: BayObLG FRZ 2002, 108

Vor der Bestellung des Sachverständigen ist genau zu klären, ob die konkrete Fragestellung überhaupt in dessen Kompetenzbereich fällt.

Bei der Bestellung und Beurteilung eines Gutachtens ist folgendes zu beachten:

Der Kreis der *einbezogenen Bezugspersonen* sollte nicht zu klein sein, z.B. auch Großeltern, Lebensgefährten,...

Es gibt allerdings keine rechtliche Möglichkeit, einen Beteiligten zum Gutachten hinzuzuziehen:

OLG Naumburg FRZ 2006, 282:

Es besteht weder für die Eltern noch die Kinder eine Verpflichtung, sich körperlich und/oder psychiatrisch untersuchen zu lassen.

Lehnt der Elternteil die Begutachtung ab, so kann nicht mit ZPO-Beweislastkategorien gearbeitet werden; aber:

Wenn ein Elternteil bei einer Begutachtung nicht mitwirkt, läßt dies auf mangelnde Kooperationsbereitschaft schließen, was bei der Gesamtabwägung zu seinem Nachteil ausschlagen kann:

- OLG Ffm B.v. 22.9.1995 in 6 UF 171/94; ebenso:
- OLG Dresden FRZ 2002, 1588 spricht von ‚Beweisvereitelung‘, welche der Beweiswürdigung unterliegt.
- OLG Naumburg FRZ 2006, 282: Beweisvereitelung
- Das OLG Karlsruhe FRZ 2002, 1210 will die fehlende Mitwirkungszustimmung gemäß § 1666 Abs.3 BGB ersetzen; in diese Richtung tendiert auch OLG Naumburg a.a.O..

Die wesentliche *Befunderhebung* hat der SV selbst vorzunehmen, nicht durch Gehilfen. Der SV darf keine Zeugen vernehmen (Richtervorbehalt, aber schwierige Abgrenzung zur Einbeziehung von Bezugspersonen).

Der Sachverständige ist in seinem *diagnostischen Vorgehen frei*, solange dies dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft entspricht - dazu ergänzend:

Zur korrekten Befund-Erhebung gehören auch sog. *(semi-)projektiven Tests*, auch als „*gelenkt-projektiv*“ bezeichnet - „gelenkt“ deswegen, weil sie sich auf familiennahe Themen beziehen. Diese Test haben auch eine heuristische Bedeutung insoweit, als sie dazu verhelfen, überhaupt auf psychologisch relevante Tatsachen zu stoßen. Diesbezüglich Details können etwa bei Arntzen a.a.O. nachgelesen werden.

Das OLG Ffm hat in DAVorm. 1979,130 die Verwertbarkeit diese Tests zugelassen.

Das OLG Düsseldorf rügt in FRZ 2005, 2087 die ‚Überbetonung seiner Testergebnisse‘.

Wird rein psychoanalytisch gearbeitet, dann gelten andere Regeln.

Im Gutachten muß allgemeinverständlich angegeben werden, welche diagnostischen Mittel, Methoden, Tests verwendet wurden, und wie sich ihre Auswertung darstellt. *Viele Tests können nämlich ambivalent interpretiert werden*: Kuh, Frosch, Elefant, Tut-en-Chamun, etc..

Hinweise zur *Überprüfung eines Gutachtens* gibt Klenne in FRZ 89, 804.

OLG Ffm B.v.4.8.1987 in 1 UF 166/87 und 1 UF 159/87:

Sind die *Testergebnisse* nicht im einzelnen offengelegt, so ist das Gutachten nicht verwertbar.

BVerfG FRZ 2001, 1285:

Das Gericht darf grundsätzlich vom Gutachten abweichen, wenn es genügend eigene ermittelte Grundlagen hat.

OLG Zweibrücken FRZ 2001, 639:

Das Gericht muß den Sachverständigen grundsätzlich anhören, insbesondere, wenn es von seinem Ergebnis abweichen will.

Um den SV insoweit überprüfen zu können, sollte der *Antrag auf mündliche Erläuterung des Gutachtens* gestellt werden. Der Antragsteller muß rechtzeitig angeben, in welche Richtung sich seine Fragestellung bewegt: vgl. zur diesbezüglichen Pflicht des Gerichts: BGH NJW 1994, 2959, ebenso BGH NJW-RR 1994, 219 zu § 411 III ZPO; Thomas-Putzo RNr.5 zu § 411 ZPO m.w.N..

Also *erst* muß ein *Anhörungsantrag* gestellt werden, bevor nach dem sogenannten „*Obergutachten*“ gerufen wird. Dazu:

OLG Ffm B.v.23.12.1997 in 6 UF 243/97:

„... Es besteht auch kein durchgreifender Anhalt dafür, daß gemäß §§ 12, 15 FGG i.V.m. § 412 ZPO, § 244 IV StPO analog ein weiteres Gutachten einzuholen wäre. Das von der StA im Rahmen des von ihr geführten Ermittlungsverfahrens gegen den Vater angestrebte Sachverständigengutachten ist bisher nicht eingeholt worden; die in Aussicht genommene Diplom-Psychologin verfügt über keine besseren Erkenntnismittel als Prof.Dr.S.; daß die Psychologin einem *gerichtsmedizinischen Institut* <i.e. Dr.Arntzen a.a.O.> angehört, worauf die StA wohl wertzulegen scheint, besagt nichts über eine eventuell bessere Qualifikation dieser Sachverständigen, denn dieses Institut hat mit den Gerichtsbehörden oder Universitäten nichts zu tun, es ist vielmehr rein privatrechtlich organisiert...“.

Im allgemeinen gibt es keine Gründe, ein „*Obergutachten*“ einzuholen. Wir schicken aber im Beschwerdeverfahren gelegentlich die Akten erneut an den Sachverständigen, um sich mit der Beschwerdebegündung ergänzend auseinanderzusetzen, und gegebenenfalls Anhörung, u.U. unter Einbeziehung des Kindes.

Aber ganz wichtig: BVerfG FRZ 2005, 1816: (betreffend einen angeblich pädophilen Vater)

Das Verfassungsgericht schärft den Familiengerichten nochmals die Verpflichtung zur umfassenden Aufklärung ein, bevor sie zur Beschränkung der Rechte eines Elternteils schreiten.

Die Gerichte müssen, auch zweitinstanzlich, den Sachverständigen erneut anhören und gegebenenfalls ein weiteres Gutachten einholen, und dürfen sich nicht auf die inzwischen zu den Akten gereichte Aussage einer Kindertherapeutin verlassen.

Ich: Auch die Aussagen des Jugendamtes, insbesondere die Angaben von Mitarbeiterinnen eines Frauenhauses sind kritisch zu durchleuchten: ‚... als der Papa auf mir lag...‘.

OLG Ffm B.v.1.9.1997 in 6 WF 152/97:

„...*Das Ablehnungsverfahren gegen den Sachverständigen* dient nicht der sachlichen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Gutachten, das nicht den eigenen Erwartungen entspricht...“.

Geht der SV zu einer weiterführenden *Therapie* über, so überschreitet er seinen Auftrag und kann sich der *Befangenheit* aussetzen; der Einsatz therapeutischer Mittel ist unzulässig: BGH FRZ 1994, 158/160

V. Einstweiliger / vorläufiger Rechtsschutz: § 621g ZPO i.V.m. §§ 620a bis 620g ZPO

Zur Pflicht Gerichts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes sagt das BVerfG in FRZ1997, 871 einiges Beherzigenswertes.

Bei Anhängigkeit einer *Ehesache* zwischen den Kindeseltern oder eines diesbezüglichen PKH-Gesuchs gibt es die Möglichkeit einer Einstweiligen Anordnung gemäß § 620 ZPO. Der Gegenstand der eAO muß mit der Hauptsache nicht kongruent sein.

Bei Anhängigkeit eines *isolierten Verfahrens* gibt es gemäß § 621 g ZPO ebenfalls die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen.

Die eAO muß sich hier stets auf einen kongruenten Hauptsacheantrag beziehen.

Beide Rechtsbehelfe können wahlweise ergriffen werden.

Die eAO setzt ein ‚dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Einschreiten‘ voraus (AG Duisburg FRZ 2001, 1635).

Ist eine besondere Dringlichkeit nicht gegeben, so ist das Kind schon im EA-Verfahren anzuhören: OLG Ffm FRZ 1999, 247

OLG Zweibrücken FRZ 2005, 745:

Voraussetzung für eine EA ist ein *dringendes Bedürfnis* für ein Einschreiten des Gerichts. Die Hauptsache darf nicht vorweggenommen werden.

OLG Köln FRZ 2005, 1583:

Ein dringendes Bedürfnis besteht, wenn die Eltern sich nicht (mehr) über den Aufenthalt des Kindes einigen können.

OLG Brandenburg FRZ 2004, 210 Nr. 159:

Das Gericht gibt Beispiele für das ‚dringende Bedürfnis‘; insbesondere zeigt der Beschluß aber auch, daß der RA schnell handeln muß. Siehe dazu noch unten.

Für beide Verfahrensarten gibt es die einheitliche Beschwerdeberechtigung gemäß § 620 c ZPO: nur Anordnungen bezüglich Sorgerecht/Aufenthaltsbestimmungsrecht sind anfechtbar; nicht bezüglich des Umgangsrechts.

Im übrigen ist auf die genaue Wortwahl in § 620 c ZPO zu achten, um feststellen zu können, für welche EAs und in welchem Umfang die Beschwerde zulässig ist.

Gehörsrüge:

Soweit danach ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, kommt die Anhörungsrüge des § 29 a FGG in Betracht. Dieser Rechtsbehelf ist vorrangig, bevor ein Außerordentliches Rechtsmittel eingelegt wird: KG FRZ 2005, 918. Das OLG Köln dehnt den Anwendungsbereich des parallelen § 321 a ZPO auch auf Fälle ‚offenkundiger Unrichtigkeit‘ aus, also wenn die Entscheidung ‚unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar‘ ist: FRZ 2005, 2075

OLG Brandenburg FRZ 2004, 210 Nr. 159:

LS.: Wird die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch Einstweilige Anordnung mit der sofortigen Beschwerde angegriffen, ist zu beachten, daß es regelmäßig nicht dem Wohl des Kindes entspricht, eine bereits vollzogene Einstweilige Anordnung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht ohne schwerwiegende Gründe abzuändern und somit vor der Entscheidung des Amtsgerichts in der Hauptsache über einen erneuten Ortswechsel zu befinden.

N. b.: Als Notbremse dienen § 24 Abs. 2 und 3 FGG und § 570 Abs. 2 und 3 ZPO.

OLG Hamm FRZ 2005, 532 Nr. 370:

Entgegen § 620 c Satz 1 ZPO ist in Umgangsregelungssachen dann die sofortige Beschwerde gegen eine Einstweilige Anordnung nach § 620 ZPO zulässig, wenn der Fall einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit vorliegt – hier: Ausschluß des Umgangs im Rahmen einer Einstweiligen Anordnung für die Dauer von zwölf Monaten.

Grund: Das AG hatte im Rahmen der EA quasi die Hauptsache vorweggenommen; es ist über den Regelungszweck eines EA-Verfahrens deutlich hinaus gegangen. Voraussetzung einer EA ist ein *dringendes Bedürfnis* für ein sofortiges Einschreiten.

Auch ich meine, daß der Ausschluß der sofortigen Beschwerde anlässlich einer Umgangsregelung nicht dem Gewicht des Umgangsrechts entspricht, wie es in § 1626 III BGB, §§ 1684, 1685 BGB normiert ist. Insbesondere aber auf Grund Vorgaben des EuGHMR - s.o. - : Bei Trennung von seinen *'Wurzeln'*, müßte eine sofortige Beschwerde zulässig sein. Das Umgangsrecht ist oft wichtiger als das gemeinsame Sorgerecht.

RA soll's mal probieren. Notfalls Beschwerde in Karlsruhe oder Straßburg.

VI. Abänderungsverfahren: § 1696 BGB

Gerichtliche Maßnahmen in Sorgerechts- und Umgangsachen sind zwar der formellen Rechtskraft fähig (§ 621e ZPO), sie entfalten aber *keine materielle Rechtskraft* im üblichen Sinne der ZPO, sie sind vielmehr abänderbar.

Das Abänderungsverfahren setzt immer eine gerichtliche Entscheidung oder eine gerichtlich genehmigte Umgangsregelung voraus.

Während dies nach § 1696 BGB a.F. „jederzeit“ möglich war, heißt es nun in **Abs.1** in der ab dem 1.7.1998 geltenden Fassung des § 1696 BGB:

„Das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht haben ihre Anordnungen zu ändern, wenn dies aus *triftigen*, das Wohl des Kindes *nachhaltig* berührenden Gründen angezeigt ist“.

Das klingt ähnlich wie bei § 323 ZPO: *Regel-Ausnahme-Verhältnis*, d.h. keine reine „Neuaufgabe“, d.h. keine Totalrevision des ursprünglichen Sorgerechtsverfahrens (OLG Ffm B.v. 26.1.1998 in 6 UF 186/97).

N. b.: Die Absätze 2 und 3 des § 1696 BGB beziehen sich auf Maßnahmen nach §§ 1666, 1667 BGB, bei denen nur eine allgemeine Kindeswohlprüfung stattfindet.

Es handelt sich bei dem Verfahren nach Abs. 1 um ein *neues, selbständiges*, isoliertes *Verfahren*, das in erster Instanz beim Familiengericht anhängig zu machen ist. –

Der ‚Antrag‘ eines Beteiligten stellt allerdings nur eine ‚Anregung‘ dar, der das Gericht dann aber von Amts wegen zu entsprechen hat (OLG Ffm B. v. 22.2.2000 in 6 WF 44/00).

Rechtsmittel gehen dann wieder zum Familiensenat.

Auch *einstweilige Anordnungen* sind möglich. Das kommt beispielsweise in Betracht, wenn ein Elternteil einen Antrag auf Zwangsgeldfestsetzung gemäß § 33 FGG stellt und der andere Elternteil auf Abänderung der Umgangsregelung anträgt.

Aber Achtung:

BGH FRZ 2002, 1099: Solange eine einstweilige Anordnung noch nicht ergangen ist, darf die seitherige gerichtliche Anordnung nicht unterlaufen werden; andernfalls drohen Schadensersatzansprüche wegen Umgangsvereitelung.

Die *örtliche Zuständigkeit* ist neu festzustellen; sie kann von der des Ausgangsverfahrens bei Wohnsitzwechsel abweichen.

Das Verfahren richtet sich wieder nach § 12 FGG: Amtsermittlungsgrundsatz.

Bei einem „non-liquet“ bleibt es bei der Ausgangsentscheidung, d.h. hier setzt sich der Kontinuitätsgrundsatz durch (z.B. OLG Ffm 6.FS B.v.26.1.1998 in 6 UF 186/97; OLG Brandenburg FRZ 2002, 121).

Also: nicht jede Mißliebigkeit führt zu einer Abänderung der einmal gegebenen Rechtslage. Die Beteiligten sollten sich daher schon im Ausgangsverfahren um eine sachgerechte Sorgerechts-Entscheidung bemühen!

Gründe für eine Abänderung könnten etwa sein:

- Mangelnde Kooperationsbereitschaft bei der Ausübung des gerichtlich angeordneten gemeinsamen Sorgerechts (z. B. PAS);
 - n.b.: hatten die Eltern während der Trennungszeit das gemeinsame Sorgerecht beibehalten und kommt es später zu Konflikten, so ist ein Erst-Verfahren gemäß § 1671 BGB durchzuführen - also kein Fall des § 1696 BGB.
- Probleme bei der Ausübung des Umgangsrechts - s.o.,
- Pubertätskrise des Kindes: der seither sorgeberechtigte Elternteil hat sein pädagogisches Pulver verschossen (Ell a.a.O.),
- Bumerang-Effekt: overprotection der Mutter,
- Krankheit eines Elternteils,
- neuer Lebensgefährte, den das Kind ablehnt.

Aus der Rechtsprechung:

OLG Thüringen FRZ 2005, 52:

1. Abänderungsgründe im Sinne des § 1696 BGB müssen nach der Erstentscheidung eingetreten oder bekannt geworden sein und die mit der Änderung verbundenen Nachteile deutlich überwiegen. Die Umstände, die für die Erstregelung maßgebend gewesen waren, müssen sich erheblich geändert haben oder aber wichtige Umstände nachträglich bekannt geworden oder neu eingetreten sein.

2. Ein triftiger, das Kindeswohl nachhaltig berührender Abänderungsgrund kann vorliegen, wenn der sorgeberechtigte Elternteil sich als schlechthin erziehungsungeeignet offenbart, indem er das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung wiederholt verletzt.

Zum SV: Die Mutter hatte das Mädchen wiederholt in den Trockenraum geschickt, damit sie

sich beruhigen sollte. Das war aber nach Ansicht des Senats nicht so gravierend.

Daß das Mädchen inzwischen mehr zum Vater tendiere, welches sie auch besser fördern könne, sei ebenfalls kein Abänderungsgrund.

Ich: Hier liegt wohl ein Fall des Bumerang-Effekts vor; Overprotection der Mutter. Der RA sollte entsprechend belehren.

OLG Hamm FRZ 2005, 746:

Das OLG möchte die Schwelle des § 1696 BGB nicht so hoch ansetzen.

Das 13 ½ Jahre alte Mädchen wollte nunmehr zur Mutter, was der Senat gebilligt hat. Das Kind hatte in der Vergangenheit wiederholt seinen Willen geändert. Dazu sagt der Senat: ‚Im übrigen sieht der Senat entgegen der Einschätzung der SV auch nicht, daß der Tochter durch die vorstehende Entscheidung das falsche ‚Signal‘ gegeben wird, daß sie immer dann, wenn ihr irgendetwas bei einem Elternteil nicht paßt, nach Belieben zum anderen Elternteil wechseln kann‘. Näheres hat der Senat dem Kind vor Augen geführt.

Luthin bezweifelt in seiner Anmerkung diese Prognose.

Siehe dazu auch oben die Ausführungen zu § 1666 BGB.

Dort u.a. zum Willen eines 16jährigen Tunichtgut: OLG Ffm FRZ 2004, 132

BGH FRZ 2005, 1469 mit Anm. Luthin:

§ 1696 BGB ist auch eine Art ‚**Aufhänger**‘ für die Fälle, wenn einmal (1) eine familiengerichtliche Entscheidung vorliegt und die Eltern deshalb die seitherige Sorgerechtszuständigkeit nicht mehr selbst ändern können: sei es durch Heirat, sei es durch Sorgerechtsklärung. In diesen Fällen wird der Abänderungsmaßstab aus § 1680 II S. 2 BGB entnommen.

OLG Dresden FRZ 2002: 632:

Die spätere Einigung der Eltern auf ein gemeinsames Sorgerecht stellt einen Abänderungsgrund i. S. des § 1696 BGB dar.

VII. Prozeßkostenhilfe

Insgesamt wird verwiesen auf die eingehende Darstellung bei Gerhardt, Handbuch, a.a.O. Kapitel 16 Seiten 1631 ff

Da das *Rechtsschutzbedürfnis* für einen Sorgerechtsregelungsantrag in aller Regel immer gegeben ist, ist in aller Regel auch PKH zu bewilligen, d.h. auf die *Erfolgsaussicht kommt es nicht an*: OLG Ffm B.v.21.1.1998 in 6 WF 289/97

Davon zu unterscheiden ist die Frage, *ob ein Rechtsanwalt beizuordnen ist*. Dies wird dann verneint, wenn der Sachverhalt und die Sorgerechtszuteilung zwischen den Eltern nicht streitig ist und davon ausgegangen werden kann, daß der Elternteil seine Interessen selbst angemessen wahrnehmen kann. Ist nichts streitig, dann erfordert die „Waffengleichheit“ auch dann nicht die Beiordnung eines Rechtsanwalts, wenn der Gegner anwaltlich vertreten ist. Der eigene Antrag kann auf der Rechtsantragsstelle gestellt werden. Von den Gerichtskosten kann ja gemäß § 94 III KostO nach billigem Ermessen abgesehen werden.

Ausnahme sind natürlich möglich, etwa bei einem sprachungewandten Ausländer: So OLG Ffm B.v.6.3.1997 in 6 WF 42/97; ebenso bei einem Sudanesen: OLG Hamm FRZ 97,1095/1096;

VIII. Kosten, Wert, Gebühren

Insgesamt wird verwiesen auf die eingehende Darstellung bei Gerhardt, Handbuch, a.a.O. Kapitel 17 Seiten 1693 ff

Ferner zusammenfassend Motzer a.a.O. FRZ 2006,73/82

Ansonsten muß dieser Abschnitt noch an die neue Rechtslage angepaßt werden.

Grundsätzlich hat im FGG-Verfahren jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen (LG Koblenz FRZ 1999, 102; OLG Zweibrücken FRZ 2004, 1589).

Wird in einer FGG-Folgesache *das Rechtsmittel zurückgenommen*, so ist streitig, ob sich die Kosten nach § 515 III ZPO richten oder nach der Billigkeitsvorschrift des § 13a I 1 FGG →

Für § 13a FGG: OLG Ffm FRZ 1986, 368

für § 515 III ZPO: OLG Dresden FRZ 97, 1019; Karlsruhe FRZ 97, 1546

OLG Ffm FRZ 97,950: zu den BRAGO-Gebühren im isolierten Umgangsverfahren.

OLG Ffm 6.FS FRZ 1994, 253 LS: „Die Inanspruchnahme der am Umgangs- und Sorgerechtsverfahren beteiligten Eltern für die Kosten eines kinderpsychologischen *Gutachtens* beurteilt sich - unabhängig davon, ob das GKG oder die KostO zur Anwendung gelangt - ähnlich wie bei der Anwendung des § 13 a FGG“.

OLG Ffm B.v.5.5.1987 in 1 UF 101/87 und 1 WF 98/87: Keine Freistellung von den Gerichtsgebühren nach dem Abs.3 des § 131 KostO, wenn das Rechtsmittel ersichtlich nicht im Interesse des Kindes eingelegt worden ist.

IX. Vollstreckung

Zwangsgeldverfahren, Kindesherausgabe

Sorgerechts- und Umgangsentscheidungen in isolierten Verfahren werden mit ihrer *Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam*: § 16 I FGG; zum Existenzwerden: s.o. *Verbundentscheidungen* dagegen erst mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Scheidungsausspruchs: § 629 d ZPO.

Wird gleich unter Hinweis auf § 16 I FGG mit Hilfe der Polizei vollstreckt, obwohl mit einem Beschwerdeverfahren zu rechnen ist, dann kann dies als Instrumentalisierung des Kindes gewertet werden: OLG Ffm FRZ 1984, 296. Zum Kindeswohl: s.o.

Im Hinblick auf § 16 FGG sollte der beschwerdeführende RA beim Amtsgericht und/oder beim Senat die Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung beantragen: Als Notbremse dienen § 24 Abs. 2 und 3 FGG und § 570 Abs. 2 und 3 ZPO, eben um nicht eine neue Kontinuität zu entstehen zu lassen. Der vorläufige, hier nachgeschaltete Rechtsschutz ist in Kindschaftssachen oft von entscheidender Bedeutung (s. o. beim Einstweiligen Rechtsschutz).

Auch bei *internationalem Bezug* richtet sich das Zwangsvollstreckungsverfahren nach *deutschem Recht* (OLG Ffm B.v.17.8.1989 in 1 WF 112/89).

Eine Sorgerechtsentscheidung, d.h. die Festlegung des Status des Kindes hat als solche keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Hinzutreten muß noch eine *eigenständige Herausgabeeanordnung, u.U. mit der Gestattung von Gewaltanwendung* (§ 33 II FGG). Der RA sollte dies gleich mitbeantragen, denn eine isolierte Herausgabe-Anordnung ist ihrerseits wieder rechtmittelfähig und bedeutet Sand im Getriebe.

Im Beschluß vom 30.12.1998 in 6 UF 124/98 = FRZ 1999, 612 hat der 6. FS des OLG Ffm in der die amtsgerichtliche Sorgerechtszuteilung abändernden Beschwerdeentscheidung auch selbst die *Herausgabe* angeordnet und die Gewaltanwendung gestattet.

Nach herrschender Meinung ist der *Vollstreckungsauftrag* auf Verlangen des herausgabeberechtigten Elternteils vom *Gericht* an den *Gerichtsvollzieher* zu erteilen (Bach in FRZ 1997, 1051/1057; a.A. AG Wangen FRZ 1989, 527).

Dazu gibt es ergänzend die „Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher in der ab dem 1.7.1983 geltenden Fassung“ → § 213 a GVGA i. V. m. § 33 FGG.

Beim Herausgabevollzug ist auch die *Grundrechtsmündigkeit* des Kindes zu beachten: BayObLG FRZ 1985, 737.

Der *Anordnung* eines Zwangsgeldes muß eine *konkrete Androhung* vorausgehen (§ 33 III FGG), welche sich auf einen konkreten, bestimmten Tatbestand beziehen muß: OLG Brandenburg FRZ 97, 1548; OLG Zweibrücken FRZ 97, 1548

Auch die *Androhung* eines Zwangsgeldes ist -leider- beschwerdefähig.

Die Durchführung des Vermittlungsverfahrens nach § 52 a FGG ist nicht Voraussetzung für Maßnahmen nach § 33 FGG: OLG Karlsruhe FRZ 2005, 1698

Im *Zwangsgeldfestsetzungsverfahren* wie auch bei der Herausgabe ist das *Ausgangsverfahren zu respektieren*, d.h. in diesem neuen Instanzenzug ist das Kindeswohl nicht dem Grunde nach erneut zu prüfen; wer Neues vorzubringen hat, muß das Abänderungsverfahren des § 1696 BGB einleiten, gegebenenfalls garniert mit einem Antrag auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung (st. R'spr. z.B. B.v.23.11.1988 in 1 WF 196/88; B.v.29.7.1988 in 1 WF 135/88; B.v.25.1.1989 in 1 WF 214/88).

OLG Ffm B.v.1.3.1994 in 6 WF 31/94:

Eine *unklare Umgangsregelung* (hier: keine Regelung, welcher Elternteil das Kind bringen bzw. abholen soll) ist nicht für eine Zwangsgeldfestsetzung geeignet; der Senat hat dies dann in der Beschwerdeentscheidung nachgeholt. Näheres dazu oben im Rahmen der Darstellung des Umgangsrechts.

Die Zwangsmittel des § 33 FGG sollen nicht in der Vergangenheit liegendes Verhalten bestrafen, sondern sie sollen zu künftigem Verhalten anhalten; d.h. das Zwangsgeld ist keine

Strafe, sondern ein *Beugemittel*, es geht also um die *Verpflichtung zu künftigem Wohlverhalten* (OLG Brandenburg FRZ 2005, 2079).

Ein Zwangsmittel ist daher unzulässig, wenn der verpflichtete Elternteil nicht mehr in der Lage ist, auf die älteren Kinder (etwa 14/15 Jahre alt) erzieherisch dergestalt einzuwirken, daß sie den anderen Elternteil besuchen, ein schuldhaftes Verhalten insoweit also nicht gegeben ist: OLG Ffm B.v.5.9.1995 in 6 WF 155/95. OLG Karlsruhe in FRZ 2002, 624 nimmt dies schon bei einem 10jährigen Kind an.

Die Mutter darf das Umgangsrecht nicht vom Willen des Kindes abhängig machen, andernfalls sie ein Zwangsgeld verwirkt: OLG Karlsruhe FRZ 2002, 1125

Um auch dies feststellen zu können, sind auch im Zwangsgeldfestsetzungsverfahren gegebenenfalls die Beteiligten persönlich durch den Familienrichter anzuhören →

OLG Hamm FRZ 2004, 1797:

Das OLG ist der Auffassung, daß auch im **Zwangsgeldfestsetzungsverfahren** grundsätzlich die Eltern und das Kind erneut anzuhören sind.

Speziell zum Umgangsrecht:

In § 33 Abs.2 Satz 2 FGG heißt es ab dem 1.7.1998: „Eine *Gewaltanwendung* gegen ein Kind darf nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das *Umgangsrecht* auszuüben“.

Wohl aber kann die Mutter in **Zwangshaft** genommen werden, wenn sie ihrer Verpflichtung nicht nachkommt: AG Bremen Kind-Prax 2005, 150

Eine eventuell angeordnete *Familientherapie* darf nicht mit den Mitteln des § 33 FGG durchgesetzt werden: OLG Ffm B.v.5.9.1995 in 6 WF 155/95 im Anschluß an BGH FRZ 1994, 158/160.

OLG Zweibrücken FRZ 2004, 1592:

Zu den Voraussetzungen, unter denen im Rahmen der **Vollstreckung** eines Titels auf Herausgabe eines Kindes gemäß § 33 FGG die Wegnahme des Kindes von Dritten (vom

OLG hier als Obhutsdiener bezeichnet analog zum Besitzdiener) und Durchsuchung von deren Wohnung, zulässig ist - was der Senat hier bejaht hat.

OLG Brandenburg FRZ 2005, 2079:

Gegen die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 33 FGG ist die einfache Beschwerde statthaft.

Exkurs: Wenn eine Mutter trotz Sorgerechtszuweisung an den Vater das Kind nicht an diesen herausgibt, verwirkt sie ihren *Unterhaltsanspruch*: OLG Ffm 6. FS FRZ 95, 234

X. Weitere Verfahrensfragen

1. Rücknahme von Anträgen zum Sorgerecht, zum Umgangsrecht

2. Erledigung der Hauptsache

3. Zügiges Verfahren (siehe die nachfolgende Nr.4)

BVerfG FRZ 1997, 871:

Das Gericht muß durch seine Verfahrensweise sicherstellen, daß nicht die Verweigerungshaltung eines Verfahrensbeteiligten dazu führt, daß erst gar nicht in der Sache entschieden werden kann; notfalls ist das Sorgerecht für einen befristeten Zeitraum zu entziehen, um die Begutachtung sicherzustellen.

4. Die Untätigkeitsbeschwerde

BVerfG FRZ 2005, 173/ 174:

Die - weder in der ZPO noch im FGG geregelte - Untätigkeitsbeschwerde ist von der Rechtsprechung als außerordentlicher Rechtsbehelf geschaffen worden. Sie dient allein dem Zweck, den Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

BVerfG FRZ 2004, 689:

Der Bürger hat einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in angemessener Zeit. Dies gilt insbesondere bei Streitigkeiten über das Umgangsrecht.

Das BVerfG weist hin auf das kindliche Zeitempfinden, das nicht den Zeitmaßstäben eines Erwachsenen entspricht. Es ist daher eine besondere Sensibilität für die Problematik der

Verfahrensdauer in diesen Verfahren erforderlich.

Dazu SV: Die Verfahrensdauer war bisher 1 1/2 Jahre. Das AG hatte ein SG in Auftrag gegeben, ohne sich nach mehr als einem dreiviertel Jahr um eine zügige Fertigstellung zu bemühen. Das AG hätte erkennen können, daß die unbegründeten Befangenheitsanträge der Kindesmutter als Instrumente der Verfahrensverzögerung dienten.

BVerfG FRZ 2005, 173/174 und 2005, 1233:

Die Gerichte können bei Begründetheit der Untätigkeitsbeschwerde nur angewiesen werden, dem Verfahren Fortgang zu geben.

Das Obergericht darf nur die Untätigkeit des erstinstanzlichen Gerichts überprüfen.

Quasi dazu OLG Karlsruhe FRZ 2004,53:

Das Beschwerdegericht kann nicht selbst entscheiden, sondern kann der ersten Instanz nur äußerste Beschleunigung anempfehlen. Das OLG hat aber dem AG eine Art Fahrplan vorgegeben.

Dazu SV: Regelung des UR 1997, das UR fand aber fast nicht statt, Einleitung des Vermittlungsverfahrens 1998, Bestellung SV, Ablehnung des SV durch Mutter am 13.5.2003 wegen Besorgnis der Befangenheit.

M.E. hätte das OLG selbst eine eA erlassen können. So hat nämlich das BVerfG a.a.O. in FRZ 2005, 173 selbst eine eA auf Umgangsregelung für die Zeit der weiteren Verfahrensdauer vor dem OLG erlassen (Wiederherstellung der EA des AG). Rixe bezeichnet dieses Vorgehen des BVerfG in dieser Form als erstmalig: .a.a.O. S. 176.

Die Obergerichte sollten sich in diesen Fällen eine 'Kreative Lösung' einfallen lassen: Siehe AG Fürstenfeldbruck in FRZ 2005, 297

BVerfG FRZ 1997, 871:

Die Verweigerungshaltung eines Elternteils darf nicht dazu führen, daß erst gar nicht in der Sache entschieden werden kann. Notfalls ist das Sorgerecht zu entziehen, um die Begutachtung sicherzustellen.

Auch ist daran zu denken, den Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen - so z.B. OLG Karlsruhe FRZ 1994, 46

EuGHMR FRZ 2004, 1456:

Bei Verletzung der EMRK muß der Staat eine Ausgleichszahlung leisten (s.o.).

5. Befangenheit

Bei langatmiger Verfahrensbetreibung im Umgangsregelungsverfahren kann der Richter u.U. wegen Befangenheit abgelehnt werden: OLG Karlsruhe FRZ 94, 46. Siehe auch die vorstehende BVerfG-Entscheidung.

OLG Ffm B.v. 6.10.93 in 6 WF 137 und 141/93:

Eine offene Sprache des Richters mit den emotional aufgeheizten Eltern führt noch nicht zu dessen Befangenheit.

OLG Ffm B.v.1.9.1997 in 6 WF 152/97:

„...Das Ablehnungsverfahren gegen den Sachverständigen dient nicht der sachlichen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Gutachten, das nicht den eigenen Erwartungen entspricht...“

OLG Bamberg FRZ 1998, 172 LS:

„Der einfache Hinweis eines Richters auf die Problematik der Zugehörigkeit eines Elternteils zu den *Zeugen Jehovas* im Rahmen eines Sorgerechtsverfahrens vermag die *Richterablehnung nicht* zu begründen“. Der Richter darf „auch unter *Abklopfen der jeweiligen Schwachpunkte*“ die Sache umfassend mit den Parteien erörtern.

6. Vertretung durch Rechtsanwalt, Anwaltszwang

Insgesamt wird verwiesen auf die eingehende Darstellung bei Gerhardt, Handbuch, a.a.O. Kapitel 1 Seiten 62 ff

„Zum Anwaltszwang für den Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge“, siehe Schüller in FRZ 1998, 1287.

In den isolierten *Sorgerechts-Verfahren* gibt es keinen Anwaltszwang.

Im *Scheidungs-Verband* herrscht dagegen immer Anwaltszwang →

Eine *Beschwerde* gemäß § 620 c ZPO kann der Erstinstanzler sowohl beim AG als beim OLG einlegen, nur wenn das OLG eine mündliche Verhandlung anberaunt, bedarf es eines OLG-Anwalts.

N.b.: wird unmittelbar beim OLG eingelegt, dann sollte eine Kopie des angefochtenen Beschlusses beigelegt werden - besser ist jedoch die Einlegung beim AG, damit die Akten gleich mitgeschickt werden können.

Wird gegen eine *Endentscheidung* aus dem Verbund ein Rechtsmittel eingelegt, dann besteht auch insoweit OLG-Anwaltszwang. Achtung: Einlegung immer beim OLG innerhalb der Monatsfrist.

In *Folgesachen* besteht in allen Instanzen ausnahmslos Anwaltszwang, auch nachdem über den Scheidungsantrag vorab rechtskräftig entschieden worden ist: BGH B.v. 3.12.1997 in XII ZB 24/97

7. Begründung der erstinstanzlichen Entscheidungen

OLG Thüringen FRZ 97, 758 LS: „Eine *floskelhafte Begründung* steht auch in FGG-Familiensachen einer fehlenden Begründung gleich und rechtfertigt die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz“. Ebenso OLG Ffm B.v. 25.6.1997 in 6 UF 99/97.

BVerfG B.v.2.4.1997 in 1 BvR 274/97:

„...Aus der Tatsache, daß andere Gesichtspunkte <als der Kontinuitätsgrundsatz> nicht mehr ausdrücklich erwähnt werden, kann nicht geschlossen werden, das OLG habe diese nicht zur Kenntnis genommen...“

XI. Rechtsmittelverfahren

Achtung RA:

Im Sorgerechtsverfahren gibt es kein Verbot der **Reformation in peius**: z.B. OLG Celle FRZ 2004, 1667

Erst ab dem **1.1.2007** gibt es gemäß § 544 ZPO (§ 574 ZPO) die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH. In der Zeit bis dahin, gibt es nur die Verfassungsbeschwerde, d.h. das BVerfG agiert quasi als ‚*dritte Instanz*‘ auf Grund einer konkreten Verfahrensrüge. Siehe dazu Motzer in FRZ 2005, 1971 in seiner Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG in FRZ 2005, 1816 einen angeblich pädophilen Vater betreffend.

Quasi als ‚*vierte Instanz*‘ fungiert inzwischen auch der EuGHMR:

Eine immer stärkere Rolle spielt inzwischen der **Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte**: ‚Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines ...

Familienlebens...‘. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EuGHMR) hat denn auch schon wiederholt die deutschen Gerichte in Sorgerechtsverfahren gerügt und die BRD zu Schadensersatz wegen immateriellen und materiellen Schadens verurteilt: EuGHMR FRZ 2005, 585 Haase ./BRD 45.000,- €; EuGHMR FRZ 2004, 1486 Görgülü ./ BRD 15.000,- € (hinzukommen in beiden Fällen hohe Zahlungen für Kosten und Auslagen).

Gemäß § 59 III FGG ist das 14jährige Kind selbst beschwerdefähig. Ihm sind daher auch die Entscheidungen bekanntzumachen.

OLG Ffm B.v. 10.7.1997 in 6 UF 50/97:

Keine *Beschwer*, wenn nur Beeinträchtigung durch die Gründe der angefochtenen Entscheidung gerügt wird; oder eine nur mittelbare Beeinträchtigung in Frage kommt.

OLG Karlsruhe FRZ 2004, 712:

Die Anordnung der persönlichen Anhörung des Kindes ist nicht beschwerdefähig.

XII. Die Übergangsvorschriften des Kindschaftsrechtsreformgesetzes vom 16.12.1997

1) Art. 15: Übergangsvorschriften betreffend das Verfahren

Es geht um die Verfahren, die am Mittwoch, dem 1.7.1998 bei Gericht anhängig sind.

- Diese verbleiben in ihrer seitherigen Zuständigkeit.
- Bezüglich der Rechtsmittel verbleibt es beim bisherigen Instanzenzug, wenn die Entscheidung vor dem 1.7.1998 verkündet bzw. zugestellt worden ist - oder anders:
ab VT 1.7.1998 führen die Rechtsmittel zum Familiensenat des OLG.

Der § 2 IV des Art. 15 beschäftigt sich mit am 1.7.1998 anhängigen Scheidungsverbundverfahren und der Überleitung der Sorgerechtsregelung. Zu Detailfragen: OLG Hamm FRZ 1998, 1136; OLG Ffm FRZ 1998, 1313.

Art. 12: Änderungen des materiellen Rechts

Maßgebend ist der neue Art. 224 EGBGB. Bei Fragen der elterlichen Sorge ist ab dem 1.7.1998 einfach das neue materielle Recht anzuwenden.

Ist eine Sorgerechtsregelung gemäß § 1672 a.F. während der Trennungszeit getroffen worden, so ist eine Änderung derselben anlässlich der Scheidung der Eltern nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 1696 BGB möglich – eine „Erst-Entscheidung“ nach § 1671 BGB ist nicht zulässig: OLG Ffm 6. FS B.v. 30.12.1998 in 6 UF 124/98. Zu dieser Problematik siehe auch Luthin in FRZ 1998, 1465 und Affeldt in FRZ 1998, 1609.