

4. Überlassungsvermutung

a) Ein absolutes **Novum** stellt die **unwiderlegliche gesetzliche Vermutung** der Nutzungsüberlassung nach § 1361 b Abs. 4 BGB dar. Danach wird das Recht auf alleinige Nutzung an der Ehwohnung zu Gunsten des in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten vermutet, sofern nicht der ausgezogene Ehegatte binnen sechs Monaten nach seinem Auszug seine ernstliche Rückkehrabsicht dem anderen Ehegatten gegenüber bekundet hat.

Voraussetzung ist zunächst der **tatsächliche Auszug** eines Ehegatten aus der Ehwohnung, d. h. das Verlassen der Wohnung ggf. unter Mitnahme der persönlichen Sachen und die Begründung eines neuen Lebensmittelpunktes an anderer Stelle. Es ist nicht wie sonst im Gesetz die Rede von einem Überlassen der Wohnung, sondern lediglich von einem Auszug. Demzufolge ist es völlig unerheblich, aus welchen Gründen der Auszug erfolgt ist. Alleinige Voraussetzung ist, dass mit dem Auszug die Trennung der Ehegatten i. S. d. § 1567 Abs. 1 BGB erfolgt ist, wobei wiederum die Trennungsabsicht auch bei dem Ehegatten liegen kann, der in der Wohnung verblieben ist.

b) Trotz der im Gesetzgebungsverfahren massiv vorgetragenen Bedenken, sowohl des Bundesrats⁵⁰ als auch im Rahmen der Sachverständigenanhörung wurde die Regierungsvorlage Gesetz.

aa) Nicht nur weil sich insoweit ein **Widerspruch zum** gesetzlich normierten **Trennungsjahr** für die Ehescheidung (§ 1566 Abs. 1 BGB) offenbart, sondern insbesondere mit Rücksicht auf die Unwiderleglichkeit der Vermutung ist die **Gefahr untragbarer Ergebnisse** bei gesetzestreuer Anwendung offenkundig.

bb) Die Bestimmung führt zu absolut **endgültigen Nutzungsregelungen**, jedenfalls **bis zu einer Scheidung** der Ehe, wenn die 6-Monats-Frist versäumt wurde. Dasselbe gilt, wenn der ausgezogene Ehegatte nicht beweisen kann, dass er seine **ernstliche Rückkehrabsicht** dem anderen Ehegatten mitgeteilt hat, weil dieser den Zugang einer entsprechenden Erklärung bestreitet, oder wenn – etwa durch ungeschickte Formulierung – eine „ernstliche Rückkehrabsicht“ nicht angenommen werden könnte.

Es wäre nämlich nicht ausreichend, wenn dieser Ehegatte etwa lediglich seine weiter bestehenden Rechte an der Ehwohnung reklamiert. Gefordert wird vielmehr die Bekundung einer darüber hinaus ernstlichen, also nicht lediglich vorgeschobenen Absicht, in die Ehwohnung zurückzukehren, aus welchen Motiven auch immer. Insbesondere muss die Rückkehrabsicht nicht von einem Wunsch nach Versöhnung und Fortsetzung der Ehe getragen sein.

cc) Greift die unwiderlegliche Vermutung des § 1361 b Abs. 4 BGB, besteht ein dauerhaftes alleiniges Nutzungsrecht des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten bis zur Rechtskraft der Ehescheidung, selbst wenn der ausgezogene Ehegatte Alleineigentümer der Ehwohnung sein sollte, da die **dingliche Berechtigung**, die bei der Wohnungszuweisung nach § 1361 b Abs. 1 BGB zu berücksichtigen ist, hier **keine Rolle** spielt. Will der ausgezogene Ehegatte eine Änderung mit dem Ziel der eigenen Nutzung der Ehwohnung erreichen, ist er gezwungen, ein Scheidungsverfahren einzuleiten und dabei als Antragsfolgesache seinen Anspruch auf Zuweisung der Ehwohnung für die Zeit nach der Scheidung geltend zu machen.

Bis zur Rechtskraft dieser Folgesache verbleibt es aber bei dem ausschließlichen Nutzungsrecht des in der Ehwohnung einmal verbliebenen Ehegatten.

Darüber hinaus wird es in einem solchen Fall dem ausgezogenen Ehegatten schwer verständlich zu machen sein, dass er zwar seine Berechtigung, die Ehwohnung mitzubenutzen, kraft Gesetzes verloren hat, ihm aber dasselbe Gesetz nicht erlaubt, vor Ablauf eines weiteren halben Jahres die

Scheidung der Ehe zu begehren, sofern er sich nicht auf § 1565 Abs. 2 BGB berufen kann.

dd) Eine diesem Ehegatten, etwa weil er Alleineigentümer oder Miteigentümer der Wohnung ist, zuzubilligende **Nutzungsvergütung** ist dann nur ein schwacher Trost und zudem ein Ärgernis, wenn etwa einerseits mangels Unterhaltsberechtigung des in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten keine Möglichkeit der Berücksichtigung des Wohnvorteils beim Trennungsunterhalt besteht, darüber hinaus der Vergütungsanspruch mangels finanzieller Möglichkeiten beim nutzenden Ehegatten nicht realisierbar ist.

ee) Da das **Motiv** des Auszuges **unerheblich** ist, wäre nicht nur der Ehegatte von dieser Regelung betroffen, der freiwillig die Ehwohnung verlassen hat, sondern auch ein Ehegatte, der nach schweren Misshandlungen aus der Wohnung geflohen ist und aus Angst vor weiteren Übergriffen jeglichen Kontakt mit dem gewalttätigen Ehegatten fürchtet.

Auch dieser Ehegatte verliert – unwiderbringlich und endgültig – sein (Mit-)Benutzungsrecht an der Ehwohnung, wenn ihm nicht der Nachweis des Zugangs seiner „ernstlichen Rückkehrabsichtserklärung“ innerhalb von sechs Monaten nach seinem Auszug gelingt.

Hier offenbart sich ein eklatanter **Widerspruch** zur „Grundregel“ der Gesetzesform in § 1361 b Abs. 2 BGB („Der Täter geht, das Opfer bleibt“), weil in diesem Fall nicht das Opfer, sondern der Täter im Genuss der Wohnungsnutzung verbleibt.

c) Aus den dargestellten Gründen ergeben sich somit auch tief greifende **verfassungsrechtliche Bedenken** gegen § 1361 b Abs. 4 BGB (Art. 2, 6, 14 GG)⁵¹.

50 BT-Drucks. 14/5429, 94.

51 Erbarth, FuR 2001, 197, 204; Brudermüller, FF 2000, 156.

Wichtige Rechtsänderungen bei Verjährung, vereinfachtem Unterhaltsverfahren und Zwangsvollstreckung zum 1. 1. 2002

Dr. Bernhard Knittel, Leitender Ministerialrat, Bayerisches Justizministerium, München

Zum Jahresbeginn 2002 sind verschiedene Rechtsänderungen in Kraft getreten, die sich auf die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen durch Rechtsanwälte auswirken können:

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz¹ gestaltet die Vorschriften über die Verjährung im Allgemeinen Teil des BGB grundlegend um. Ferner wurden mehrere Vorschriften über das vereinfachte Verfahren für die Erstfestsetzung des Unterhalts in §§ 645 ff. ZPO geändert. Diese Neuregelungen sind in Art. 30 des „Gesetzes zur Einführung des EURO in Rechtspflegengesetzen und in Gesetzen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, zur Änderung der Mahnvordruckverordnung sowie zur Änderung weiterer Gesetze“ vom 13. 12. 2001² enthalten.

Schließlich wird die Pfändung von Unterhaltsforderungen durch das „7. Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigren-

1 BGBl. I 2001, 3137.

2 BGBl. I, 3574.

zen“ vom 13. 12. 2001³ in einigen Punkten im Ergebnis erleichtert.

Die nachstehenden Hinweise sollen einen Überblick über die Rechtsänderungen ermöglichen.

1. Neuregelung des Verjährungsrechts

a) Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde der fünfte Abschnitt des 1. Buches des BGB (AT) vollständig neu gefasst. Als wesentliche Änderungen sind hervorzuheben⁴:

- Die regelmäßige Verjährungsfrist wurde von 30 Jahren auf 3 Jahre verkürzt (§ 195 BGB n. F.).

- Dies gilt allerdings nicht für familien- und erbrechtliche Ansprüche. Diese verjähren in 30 Jahren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

- Soweit familienrechtliche Ansprüche **„regelmäßig wiederkehrende Leistungen oder Unterhaltsleistungen“** zum Inhalt haben, tritt an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren die regelmäßige Verjährungsfrist, also **drei Jahre** (§ 197 Abs. 2 BGB). Damit ist es bei dem Grundsatz des bisherigen Rechts geblieben, dass laufende Unterhaltsansprüche nicht der sehr langen 30-jährigen Verjährungsfrist – der bisherigen Regelfrist nach § 195 BGB a. F. – unterliegen. Allerdings wurde im Ergebnis die maßgebende Frist auf drei Jahre – statt wie bisher nach § 197 BGB a. F. 4 Jahre – verkürzt. Für am 1. 1. 2002 noch nicht verjährte Ansprüche enthält Art. 229 § 6 EGBGB eine ausführliche Überleitungsregelung (vgl. hierzu unten c). Die gesonderte Anführung von „Unterhaltsleistungen“ bewirkt, dass auch nicht laufend geschuldeter Unterhalt – z. B. wegen Sonderbedarfs i. S. v. § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB – der kurzen Verjährung unterliegt⁵.

- Wie bisher in § 218 BGB a. F. enthält das Gesetz auch eine Sonderregelung für **rechtskräftig festgestellte Ansprüche**. Diese verjähren als familienrechtliche Ansprüche grundsätzlich nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB n. F. in 30 Jahren; soweit die Titel sich aber auf künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen beziehen, gilt hierfür die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 197 Abs. 2 2. Alt. BGB n. F.).

Dasselbe gilt für Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden (§ 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB n. F. i. V. m. Abs. 2 2. Alt.). Im Grundsatz wurde damit die bisherige Regelung des § 218 BGB a. F. übernommen, wenn auch mit auf drei Jahre verkürzter Verjährungsfrist (BT-Drucks. 14/6040, 107).

- Für nicht titulierte Unterhaltsansprüche beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.). Hinzukommen muss, dass der Gläubiger „von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste“ (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F.). Allerdings dürfte diese Bestimmung für Unterhaltsansprüche wohl nur ausnahmsweise Bedeutung erlangen.

- Bei festgestellten Ansprüchen (in Urteilen, Prozessvergleichen, Urkunden) beginnt die Verjährung mit der Rechtskraft der Entscheidung bzw. der Errichtung des vollstreckbaren Titels, nicht jedoch vor der Entstehung des Anspruchs (§ 201 S. 1 BGB n. F.). Hiermit wird die bisherige Rechtsprechung zu § 218 BGB a. F. in das Gesetz übernommen.

- Das neue Recht kennt begrifflich **keine Unterbrechung der Verjährung** mehr (vgl. §§ 209-217 BGB a. F.). In einem erheblichen Teil der früher einschlägigen Fallgruppen wird die Verjährung unter bestimmten, in §§ 203 ff. BGB n. F. geregelten Voraussetzungen gehemmt. Dies bedeutet: Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 209 BGB n. F.). Hierin unterscheidet sich die Hemmung – wie schon

bisher – von der Unterbrechung der Verjährung nach früherem Recht: Wurde die Verjährung unterbrochen, so blieb die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit außer Betracht; nach der Beendigung der Unterbrechung begann eine neue Verjährung (§ 217 BGB a. F.).

- Die Verjährung wird durch 14 verschiedene, in § 204 Abs. 1 BGB n. F. aufgeführte Rechtsverfolgungsmaßnahmen gehemmt. Aus unterhaltsrechtlicher Sicht am wichtigsten sind die Erhebung der Leistungs- bzw. Feststellungsklage sowie die Klage auf Vollstreckungsklausel (Abs. 1 Nr. 1), die Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren nach §§ 645 ff. ZPO (Abs. 1 Nr. 2) sowie die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren (Abs. 1 Nr. 3). Auch nach § 204 Abs. 1 BGB führt die isolierte Auskunftsklage – anders als die Stufenklage – nicht zur Hemmung der Verjährung⁶. Zum Anhalten der Verjährung muss daher geraten werden, in jedem Falle Stufenklage zu erheben⁷.

Die Hemmung endet hierbei sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 204 Abs. 2 S. 1 BGB n. F.). Bei Stillstand des Verfahrens durch Nichtbetreiben beider Parteien ist die letzte Verfahrenshandlung maßgebend; die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt (Abs. 2 S. 2).

- Ferner ist die Verjährung in bestimmten Fällen **aus familiären und ähnlichen Gründen gehemmt** (§ 207 Abs. 1 BGB n. F.). Dies gilt insbesondere für Ansprüche zwischen Ehegatten bei bestehender Ehe (S. 1). Dem sind gleichgestellt Ansprüche zwischen Lebenspartnern bei bestehender Lebenspartnerschaft (S. 2 Nr. 1), Eltern und Kindern und dem Ehegatten eines Elternteils und dessen Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder (Nr. 2), dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses (Nr. 3), dem Betreuten und dem Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses (Nr. 4) und dem Pfingling und dem Pfleger während der Dauer der Pflegschaft (Nr. 5). Die Verjährung von Ansprüchen des Kindes gegen den Beistand ist während der Dauer der Beistandschaft gehemmt (Abs. 1 S. 3).

Damit ist in erweiterter und präzisierender Form der bisherige Inhalt des § 204 BGB a. F. übernommen worden.

- Zwei weitere Fälle der Hemmung der Verjährung sind i. W. aus dem früheren Recht übernommen worden:

So findet sich die Hemmung der Verjährung durch höhere Gewalt (bisher: § 203 Abs. 2 BGB a. F.) nunmehr in § 206 BGB wieder. Allerdings wurde der gesondert genannte „Stillstand der Rechtspflege“ im neuen Recht als Fall der höheren Gewalt eingestuft und nicht mehr ausdrücklich erwähnt⁸. Die Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen (§ 210 BGB n. F.) entspricht praktisch dem bisherigen § 206 BGB a. F.

- Erwähnenswert – wenn auch ohne Bezug zum Unterhaltsrecht – ist die neu eingeführte Vorschrift des § 208 BGB. Danach ist die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Gläubigers gehemmt. Lebt der Geschädigte bei Beginn der Verjährung mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt (§ 208 S. 2 BGB n. F.).

- Der bisherigen Unterbrechung der Verjährung entspricht die allerdings auf wenige Fälle reduzierte Vorschrift über

3 BGBl. I, 3638.

4 Vgl. hierzu auch *Büttner*, FamRZ 2002, 361.

5 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 107; zur Verjährung von Sonderbedarfsansprüchen nach bisherigem Recht BGH FamRZ 1988, 387, 390 = NJW 1988, 2604.

6 Vgl. BGH FamRZ 1999, 571 = NJW 1999, 1101.

7 *Büttner*, S. 362.

8 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 119.

deren Neubeginn in § 212 BGB n. F. Danach beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.). Dasselbe gilt, wenn eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird (§ 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F.). Hierzu gehört – wie auch im früheren Recht – nicht die Erteilung einer Vollstreckungsklausel sowie die Titelum-schreibung⁹.

Allerdings gilt der erneute Beginn der Verjährung infolge einer Vollstreckungshandlung als nicht eingetreten, wenn diese auf Antrag des Gläubigers oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird (§ 212 Abs. 2 n. F.). Soweit der erneute Beginn der Verjährung schon durch den Antrag auf Vornahme einer Vollstreckungshandlung eintritt, wird dies im konkreten Fall ausgeschlossen, wenn dem Antrag nicht stattgegeben oder der Antrag vor der Vollstreckungshandlung zurückgenommen oder die erwirkte Vollstreckungshandlung aufgehoben wird (§ 212 Abs. 3 n. F.).

b) Zusammengefasst bedeutet dies:

Unterhaltsansprüche unterliegen grundsätzlich einer dreijährigen Verjährungsfrist. Diese beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Ist ein Titel über künftig fällig werdenden Unterhalt errichtet worden, gilt ebenfalls die dreijährige Verjährungsfrist ab Rechtskraft bzw. sonstiger Titulierung, nicht jedoch vor der jeweiligen Fälligkeit. Erfasst der Titel hingegen Rückstände, die bereits zur Zeit seiner Errichtung bestanden, gilt hierfür eine Verjährungsfrist von 30 Jahren. Sie beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung bzw. der Errichtung des vollstreckbaren Titels.

Die Verjährung von Ansprüchen auf Kindesunterhalt ist während der Minderjährigkeit der Kinder gehemmt; dies gilt – wie im bisherigen Recht – nicht, soweit der Anspruch gesetzlich übergeht (z. B. nach § 7 Abs. 1 UVG oder nach § 91 Abs. 1 BSHG). Gehemmt ist auch die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten während bestehender Ehe. Die Hemmung bedeutet, dass die Verjährung erst nach Wegfall des Hemmungsgrundes beginnen kann.

Geht der Anspruch auf Kindesunterhalt auf einen neuen Gläubiger über, beginnt die Verjährung zu laufen. Sie kann aber durch Erhebung der Klage, durch Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren oder die Zustellung eines Mahnbescheids – erneut – gehemmt werden. Erkennt der Schuldner den Anspruch, z. B. durch Abschlagszahlungen an, beginnt die Verjährung von neuem. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger eine Vollstreckungshandlung beantragt.

c) Zur Verjährung in Übergangsfällen

Hierzu enthält Art. 229 § 6 EGBGB eine etwas kompliziert wirkende Überleitungsvorschrift. Ihre Grundgedanken sind:

- Das neue Verjährungsrecht findet auf alle am 1. 1. 2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung (Abs. 1 S. 1).

Der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung bestimmen sich jedoch für den Zeitraum vor dem 1. 1. 2002 nach früherem Recht (Abs. 1 S. 2). Ist die Verjährungsfrist nach neuem Recht kürzer, so wird sie von dem 1. 1. 2002 an berechnet (Abs. 4 S. 1). Läuft jedoch die nach altem Recht längere Frist früher als die ab 1. 1. 2002 geltende kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der nach altem Recht maßgebenden Frist vollendet (Abs. 4 S. 2).

Beispiel:

Ein nicht titulierter Unterhaltsanspruch für den Monat Mai 1998 wäre nach altem Recht mit Ablauf des 31. 12. 2002 verjährt (§§ 197, 201 BGB a. F.). Das neue Recht sieht hierfür eine kürzere dreijährige Verjährungsfrist vor. Diese be-

ginnt mit dem 1. 1. 2002 und endet am 31. 12. 2004. Nachdem aber die nach altem Recht längere Frist bereits am 31. 12. 2002 abgelaufen wäre, ist dieser Zeitpunkt maßgebend.

- Soweit eine vor 2002 begonnene Verjährungsfrist zum Stichtag noch unterbrochen war, gilt die Unterbrechung als mit dem Ablauf des 31. 1. 2001 beendet, und die neue Verjährung ist mit Beginn des 1. 1. 2002 gehemmt (Abs. 2).

- War bisher die Verjährung z. B. durch Klageerhebung unterbrochen und wird nach dem 1. 1. 2002 die Klage zurückgenommen, so wäre nach früherem Recht die Verjährungsunterbrechung rückwirkend entfallen. Dieser Wegfall der Unterbrechung soll in den Überleitungsfällen auch nach neuem Recht respektiert werden (Abs. 1 S. 3). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall des bisherigen § 212 Abs. 2 BGB a. F.: Wenn der Gläubiger nach Zurücknahme der Klage oder ihrer Abweisung durch Prozessurteil binnen sechs Monaten von neuem Klage erhebt, gilt die Verjährung rückwirkend für Zeiträume vor dem 1. 1. 2002 als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen (Abs. 1 S. 3).

d) Als Fazit ist festzuhalten:

Soweit der Anwalt Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder betreibt, wirken sich die neuen Verjährungsvorschriften praktisch nicht aus: Nach wie vor ist die Verjährung der Kindesansprüche während der Minderjährigkeit gehemmt, so dass dem Kind kein Nachteil entstehen kann.

Für die Unterhaltsvorschusskassen und die Sozialämter, welche gesetzlich übergegangene Unterhaltsansprüche einziehen müssen, bedeutet die Verkürzung der Verjährungsfrist um ein Jahr allerdings eine wesentliche Erschwerung. Dasselbe gilt für den Anwalt, dessen Mandant einen Anspruch nach § 1607 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB erworben hat. Insbesondere bei untergetauchten Schuldner, deren Unterhaltspflicht tituliert ist, droht der Ablauf der Verjährung früher als bisher. Denn ein Neubeginn durch Vollstreckungshandlungen i. S. v. § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. scheidet bei unbekanntem Aufenthalt des Schuldners aus. In diesen Fällen bleibt nur die Möglichkeit einer öffentlich zuzustellenden Feststellungsklage, mit welcher bisher die Unterbrechung erreicht und künftig die Hemmung der Verjährung erwirkt werden kann¹⁰. Allerdings bleibt den Gläubigern mit der Verkürzung der Verjährungsfrist in Zukunft ein engerer Zeitraum, um eine gerichtliche Feststellungsentscheidung mit der Folge eines erneuten Beginns der dreijährigen Verjährungsfrist zu erwirken.

Nach wie vor nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist die **Verwirkung von Unterhaltsansprüchen**. Auch ein noch nicht verjährter Anspruch kann verwirkt sein und seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben i. S. v. § 242 BGB verstoßen, wenn nach Ablauf einer gewissen Zeit (Zeitmoment) der Schuldner aus der Untätigkeit des Gläubigers folgern durfte, dieser werde den Anspruch nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment)¹¹.

Inwieweit die Verkürzung der Verjährungsfrist dazu führt, dass auch das von der Rechtsprechung bisher nicht einheitlich beurteilte Zeitmoment frühzeitiger bejaht wird als bisher, bleibt abzuwarten¹².

2. Änderungen im Unterhaltsrecht und Unterhaltsverfahrensrecht

Bei In-Kraft-Treten des KindUG war das vereinfachte Verfahren zur Erstfestsetzung des Unterhalts nach §§ 645 ff.

⁹ Vgl. OLG Brandenburg JAmt 2001, 376 = OLG-Rp Brandenburg 2001, 412.

¹⁰ Vgl. BGHZ 93, 287, 289.

¹¹ Vgl. zur Problematik zuletzt OLG Brandenburg JAmt 2001, 376 = OLG-Rp Brandenburg 2001, 412; OLG Hamburg EzFamR aktuell 2001, 283; OLG Frankfurt EzFamR aktuell 2001, 310; eingehend *Büttner* S. 364, 365.

¹² Gegen verringerte Anforderungen an das Zeitmoment bei der Verwirkung *Büttner*, S. 362.

ZPO von großen Erwartungen begleitet worden¹³. Diese haben sich nur teilweise erfüllt: Während dieses Verfahren von Jugendämtern häufig eingesetzt wird, ist es in der Anwaltschaft eher auf Skepsis gestoßen.

Abgesehen von gebührenrechtlichen Erwägungen dürfte hierbei auch der Eindruck eine Rolle gespielt haben, dass insbesondere die Anforderungen an die Einwendungen des Schuldners gem. § 648 Abs. 2 ZPO nach Maßgabe des eingeführten amtlichen Vordrucks überzogen ausgefallen sind.

a) Auf Grund nachdrücklicher Anregungen, nicht zuletzt von Seiten der Länder, sind die gem. § 659 ZPO zur Verwendung vorgeschriebenen **Vordrucke** durch Verordnung des Bundesministeriums der Justiz mit Zustimmung des Bundesrates mit Wirkung ab 1. 1. 2002 **gestrafft und übersichtlicher** gefasst worden. So ist für jedes Kind ein eigener Antrag zu stellen.

Dieser Antrag ist künftig auch deshalb übersichtlicher, weil nur noch zwischen (veränderlichem) Unterhalt gemäß den Altersstufen der RegelbetragVO und (gleich bleibendem) Festbetrags-Unterhalt unterschieden wird.

b) Um Widersprüche zur Gesetzesfassung zu vermeiden, wurde auch § 1612a Abs. 1 BGB geändert: Ein minderjähriges Kind kann danach von einem Elternteil, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, den Unterhalt als Vomhundertsatz „des jeweiligen Regelbetrages“ nach der RegelbetragVO verlangen. Die ohne praktische Bedeutung gebliebene Möglichkeit, den Unterhalt als Prozentsatz „eines Regelbetrages“ zu fordern, wurde damit gestrichen.

c) Das **Einwendungsformular** für den Schuldner wurde ebenfalls übersichtlicher gefasst. Durch Umstellungen wurde der unterschiedlichen Gewichtung verschiedener Punkte Rechnung getragen. So wird künftig zunächst nach den Einkommensverhältnissen gefragt; die Vermögensverhältnisse werden – entsprechend der nachrangigen praktischen Bedeutung im Unterhaltsrecht – erst an zweiter Stelle genannt. Auch innerhalb der Einkommenspositionen wurde die Reihenfolge praxisingerecht geändert.

d) Die Beschlussformulare lassen alternativ auch eine „dynamische“ Anrechnung des Kindergeldes zu.

e) Daneben wurden folgende **verfahrensrechtliche Änderungen** in den §§ 645 ff. ZPO vorgenommen:

aa) Nach bisherigem Recht findet das vereinfachte Verfahren nicht statt, soweit über den Unterhaltsanspruch des Kindes u. a. „ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Schuldtitel errichtet worden ist“ (§ 645 Abs. 2 ZPO). Hierzu waren gelegentlich Zweifel entstanden, ob der Schuldner etwa nach Zugang des Antrags das vereinfachte Verfahren blockieren kann, indem er einseitig nach Gutdünken einen unter dem verlangten Unterhaltsbetrag liegenden Titel beurkunden lässt. Durch Neufassung der Vorschrift wird nunmehr klargestellt, dass die dort genannten Hinderungsgründe einem vereinfachten Verfahren nur entgegenstehen, wenn sie bereits „zum Zeitpunkt der Zustellung des Antrags oder einer Mitteilung über seinen Inhalt an den AGg“ vorhanden waren.

bb) Der Katalog über den **Antragsinhalt** in § 646 Abs. 1 ZPO wurde erweitert. Ausdrücklich verlangt wird die Angabe der Höhe des Kindeseinkommens (Nr. 10 – neu) sowie die Erklärung, ob der Anspruch aus eigenem, aus übergegangenem oder rückabgetretenem Recht geltend gemacht wird (Nr. 11 – neu).

Ferner wurden die Angaben in der bisherigen Nr. 10 um einen Punkt erweitert: Die dort verlangten Erklärungen sollen bekanntlich gewährleisten, dass dem jeweiligen Antragsteller die Forderung auch zusteht und nicht entweder auf Dritte übergegangen ist oder, wenn der „Übergangsgläubiger“ den Antrag stellt, mehr als die übergegangene Forderung beansprucht wird. Das Kind als ASt muss nunmehr auch erklä-

ren, dass Unterhalt nicht für Zeiträume verlangt wird, für die es „Hilfe zur Erziehung oder Eingliederungshilfe nach dem 8. Buch Sozialgesetzbuch“ bezieht.

cc) Bei den Hinweisen an den Antragsgegner muss das Gericht die nach §§ 1612b, 1612c BGB anzurechnenden Leistungen, also regelmäßig das Kindergeld nicht mehr „mit dem anzurechnenden Betrag“ angeben (vgl. § 647 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 c – neu). Damit wird die Möglichkeit eröffnet – wie auch bereits in den Vordrucken umgesetzt –, das Kindergeld „dynamisch“ zu tenorieren.

Ferner ist der ebenfalls in der Neufassung der Vordrucke schon vorgesehene Hinweis vorgeschrieben, „dass das Gericht nicht geprüft hat, ob der verlangte Unterhalt das im Antrag angegebene Kindeseinkommen berücksichtigt“ (§ 647 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 – neu). Das trägt der Formalisierung des Verfahrens Rechnung, welches den Rechtspfleger grundsätzlich von der Prüfung einer materiellen Berechtigung des geltend gemachten Unterhaltsanspruchs freustellen soll.

dd) Für den **Übergang in das streitige Verfahren** wurden zwei Präzisierungen vorgenommen. Zunächst sollte bei Schuldnern einem verbreiteten Missverständnis vorgebeugt werden, dass sie, statt Einwendungen nach § 648 ZPO zu erheben, von sich aus ein Streitiges Verfahren beantragen könnten. Hierzu konnte die bisherige Gesetzesfassung „Auf Antrag einer Partei wird das Streitige Verfahren durchgeführt“ verleiten. Nunmehr lautet § 651 Abs. 1 S. 1 ZPO: „Im Falle des § 650 wird auf Antrag einer Partei das Streitige Verfahren durchgeführt.“ Hiermit wird klargestellt, dass zuvor der Schuldner zulässige oder nicht zurückzuweisende Einwendungen i. S. d. § 648 Abs. 1 oder 2 ZPO erheben muss.

Ferner wurde eine Unklarheit beseitigt, die aus der fehlenden zeitlichen Begrenzung für Anträge auf das Streitige Verfahren folgte. In § 651 Abs. 3 ZPO a. F. war lediglich geregelt, dass der Rechtsstreit als mit der Zustellung des Festsetzungsantrages rechtshängig geworden gilt, wenn der Antrag auf Durchführung des Streitigen Verfahrens vor Ablauf von sechs Monaten nach Zugang der Mitteilung gem. § 650 ZPO gestellt wird. Im Umkehrschluss bedeutete dies: Ein Antrag auf Übergang ins Streitige Verfahren konnte zeitlich unbegrenzt gestellt werden; lediglich die rückwirkende Rechtshängigkeit zum Zeitpunkt des ursprünglichen Festsetzungsantrags entfiel, wenn die 6-Monats-Frist nach Zugang der Mitteilung des Rechtspflegers erhobenen Einwendungen nicht eingehalten wurde. Diese Möglichkeit zum zeitlich unbegrenzten Übergang ins Streitige Verfahren führte aber zu Unschärfen und Abgrenzungsschwierigkeiten. Dies galt vor allem dann, wenn das Gericht antragsgemäß einen Teilbeschluss über den vom Schuldner anerkannten, aber unter der Gläubigerforderung liegenden Betrag erlassen hatte. Hier blieb unklar, ab wann hiergegen – nur – ein Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO eröffnet war. Die Neufassung des § 651 ZPO sorgt hier nun für Klarheit: In Abs. 3 wird die auf die sechs Monate bezogene Einschränkung gestrichen. Ein neuer Abs. 6 folgenden Inhalts wird angefügt: „Wird der Antrag auf Durchführung des Streitigen Verfahrens nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach Zugang der Mitteilung nach § 650 S. 1 gestellt, gilt der über den Festsetzungsbeschluss gem. § 65 S. 2 oder die Verpflichtungserklärung des AGg gem. § 648 Abs. 2 S. 1 und 2 hinausgehende Festsetzungsantrag als zurückgenommen.“

ee) In der Rechtsprechung umstritten war, ob der Schuldner mit der **sofortigen Beschwerde** gegen einen Festsetzungsbeschluss auch erstmals Einwendungen nach § 648 ZPO, also insbesondere den Einwand mangelnder Leistungsfähigkeit, erheben könne¹⁴. Der Gesetzgeber hat nunmehr durch

¹³ Vgl. hierzu *Knittel*, DAVorm 1998, 177, 186.

¹⁴ So OLG Stuttgart NJW-RR 2001, 150; OLG Bamberg FamRZ 2001, 108; a. A. OLG Köln FamRZ 2000, 680; OLG Hamm FamRZ 2000, 901.

die Anfügung eines S. 2 in § 652 Abs. 2 ZPO klargestellt: „Auf Einwendungen nach § 648 Abs. 2, die nicht erhoben waren, bevor der Festsetzungsbeschluss verfügt war, kann die sofortige Beschwerde nicht gestützt werden.“

Damit wird dem Sinn des vereinfachten Verfahrens entsprochen: erhebt der Schuldner keine zulässigen Einwendungen, soll das Gericht den Unterhalt wie beantragt festsetzen; der Schuldner mag hiergegen Korrekturklage nach § 654 Abs. 1 ZPO erheben. Es fördert nicht die Zielsetzung dieses Verfahrens, wenn der Schuldner sich gegenüber dem Erstantrag auf Festsetzung des Kindes nachlässig verteidigen kann in dem Bewusstsein, zulässige Einwendungen noch in der Beschwerdeinstanz nachreichen zu können.

f) Mit den nunmehr Gesetz gewordenen Änderungen und der Straffung der Vordrucke hat das **vereinfachte Verfahren an Rechtsqualität gewonnen**. Zwar konnten nicht alle praxisgerechten Vorstellungen verwirklicht werden. Insbesondere hätte sich angeboten, dieses Verfahren auf Schuldner mit inländischem Gerichtsstand zu beschränken. Die verhältnismäßig seltenen Fälle, in denen der ASt einen Titel nach § 645 ff. ZPO gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner erwirken will, erfordern einen unverhältnismäßig hohen Aufwand (insbesondere durch Übersetzungskosten bzw. Bereithalten entsprechender fremdsprachlicher Vordrucke). Außerdem erscheint vielfach der Nutzen eines „dynamischen“ Titels im Ausland fraglich.

Gegenüber dem Vorschlag einer insoweit einschränkenden Gesetzesfassung wurden jedoch von Seiten des Bundesjustizministeriums europarechtliche Bedenken geltend gemacht.

Wenn auch dieser und einige andere Detailvorschläge nicht umgesetzt werden konnten, besteht doch Hoffnung, dass die Handhabung des vereinfachten Verfahrens verbessert und damit auch seine Akzeptanz erhöht werden kann.

3. Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen

Mit Wirkung vom 1. 1. 2002 werden die Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO deutlich angehoben und in Euro ausgedrückt. Diese Regelung wirkt sich **auf den ersten Blick schuldnerschützend** aus. Das Bundesjustizministerium hat in einer Pressemitteilung vom 19. 1. 2001 darauf hingewiesen, dass die Kosten der Lebenshaltung seit 1991 um 23 % gestiegen seien, die Freigrenzen aber seit 1992 nicht mehr angehoben wurden.

a) So steigt der monatliche **Grundfreibetrag** des § 850c Abs. 1 S. 1 ZPO von 1.209 DM auf 930 EUR an. Der Höchstfreibetrag bei Unterhaltspflichten beträgt statt 3.081 DM nunmehr 2.060 EUR, und zwar für die erste Person 350 EUR (statt 468 DM) und je 195 EUR (statt 351 DM) für die zweite bis fünfte Person (aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Angaben hier auf die Monatsbeträge beschränkt).

Der Grenzbetrag nach § 850c Abs. 2 S. 2 ZPO wird künftig mit 2.851 EUR (statt 3.796 DM) angesetzt.

In Zukunft werden die **Freibeträge dynamisiert**, d. h. zum 1. 7. eines jeden zweiten Jahres, erstmalig am 1. 7. 2003, an Hand des variablen Grundfreibetrages nach § 32a Abs. 1 EStG neu festgesetzt. Das Bundesjustizministerium gibt die maßgebenden Beträge rechtzeitig im BGBl. bekannt (§ 850c Abs. 2a ZPO n. F.).

b) Die Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen wirkt sich für Unterhaltsgläubiger zunächst nicht unmittelbar aus, da **§ 850d ZPO nicht geändert** wurde. Nach wie vor können sie ohne die Beschränkungen des § 850c ZPO pfänden. Bekanntlich gilt das Vorrecht des § 850d ZPO auch für Unterhaltspflichten, die gesetzlich auf Dritte übergegangen sind, z. B. nach § 1607 Abs. 2 und 3 BGB, und zwar auch bei Übergang auf die öffentliche Hand, etwa gem. § 7 Abs. 1 UVG, § 91 Abs. 1 BSHG¹⁵.

c) Allerdings ist wohl damit zu rechnen, dass bei neu beantragten Pfändungen ab dem 1. 1. 2002 der dem Schuldner nach § 850d Abs. 1 S. 2 ZPO zu belassende Betrag für seinen notwendigen Unterhalt bzw. für anderweitige Unterhaltspflichten im Einzelfall gegenüber den bisher von den Vollstreckungsgerichten gewährten Beträgen angemessen erhöht wird. Denn diese Beträge können wohl nicht gänzlich ohne Bezug zu den allgemeinen Pfändungsfreigrenzen des § 850c Abs. 1 ZPO festgelegt werden.

Fraglich ist, ob ein Schuldner bei schon mindestens seit 2001 laufenden Pfändungen dann nach In-Kraft-Treten des Gesetzes von sich aus eine Erhöhung des individuell festzusetzenden Freibetrages nach § 850d Abs. 1 S. 2 ZPO verlangen kann. Die **Überleitungsvorschrift** in § 20 Abs. 1 EGZPO lautet insoweit:

„Für eine vor dem 1. 1. 2002 ausgebrachte Pfändung sind hinsichtlich der nach diesem Zeitpunkt fälligen Leistungen die Vorschriften des § 850a Nr. 4, § 850b Abs. 1 Nr. 4, § 850c und § 850f Abs. 3 der Zivilprozessordnung in der ab diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden. Auf Antrag des Gläubigers, des Schuldners oder des Drittschuldners hat das Vollstreckungsgericht den Pfändungsbeschluss entsprechend zu berichtigen. Der Drittschuldner kann nach dem Inhalt des früheren Pfändungsbeschlusses mit befreiender Wirkung leisten, bis ihm der Berichtigungsbeschluss zugestellt wird.“

Nach dem Wortlaut der Vorschrift hat somit der Schuldner keinen Anspruch auf eine Berichtigung des Pfändungsbeschlusses, nachdem dieser auf einer Anwendung des unveränderten § 850d ZPO beruht und diese Bestimmung in der Übergangsregelung nicht erwähnt wurde. Es steht wohl kaum zu erwarten, dass Vollstreckungsgerichte die nur mittelbare Ausstrahlung der Erhöhung der allgemeinen Pfändungsfreigrenzen auf ihren Entscheidungsspielraum nach § 850d Abs. 1 S. 2 ZPO zum Anlass nehmen könnten, auf isolierten Antrag des Schuldners dessen Selbstbehalt heraufzusetzen.

d) **Zum Vorteil des Unterhaltsgläubigers** wirkt sich die Neuregelung allerdings aus, wenn zeitlich vorrangige Pfändungen oder Abtretungen zu Gunsten **nicht bevorrechtigter Gläubiger** vorhanden sind. So hatte bisher ein solcher Gläubiger bei einem Schuldner mit lediglich einer Unterhaltspflicht nach der Tabelle zu § 850c ZPO a. F. den ersten Pfandbetrag mit 1.500 DM schon bei einem Netto-Einkommen ab 1.680 DM erhalten. Künftig sind erst ab 1.290 EUR (2.500 DM) 5 EUR pfändbar. Das erweitert den Spielraum für Pfändungsmaßnahmen von Unterhaltsgläubigern erheblich. Denn diese sind insoweit privilegiert, als sie nach § 850d Abs. 1 ZPO in das allgemein nicht pfändbare Einkommen des Schuldners bis hinab zu einem individuell festzusetzenden Eigenbedarf für ihn und gegebenenfalls weitere Unterhaltsberechtigte vollstrecken können.

Sie können auch den schon bestehenden Pfändungsbeschluss nach der zitierten Übergangsvorschrift berichtigen lassen. Allerdings ist dann damit zu rechnen, dass das Vollstreckungsgericht nicht nur den pfändungsfreien Bereich zwischen den alten und neuen Freibeträgen des § 850c ZPO zu Gunsten des Unterhaltsgläubigers berücksichtigt, sondern zugleich den Selbstbehalt des Schuldners nach § 850d Abs. 1 S. 2 ZPO neu festsetzt, d. h. erhöht.

e) Eine weitere punktuelle Verbesserung zu Gunsten der Unterhaltsgläubiger liegt darin, dass der Pfändungsfreibetrag des Schuldners für **Weihnachtsvergütungen** nach § 850a Abs. 1 Nr. 4 ZPO von bisher 540 DM auf 500 EUR erhöht wird. Unmittelbar kommt dies zunächst dem Schuldner gegenüber nicht bevorrechtigten Gläubigern zu Gute.

¹⁵ Vgl. *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 850d, Rn. 4 m. w. N.

Nachdem aber Unterhaltsgläubiger nach § 850d Abs. 1 S. 1 ZPO u. a. auch diesen Betrag vollständig pfänden dürfen, bedeutet das wieder einen Vorteil bei zeitlich gegenüber sonstigen Gläubigern nachrangigen Pfändungen.

f) Es kann somit Verfahrensbevollmächtigten von Unterhaltsgläubigern nur empfohlen werden, möglichst bald laufende **Pfändungen** daraufhin zu **überprüfen**, ob die Erhöhung der allgemeinen Pfändungsfreigrenzen sich im Rahmen des § 850d Abs. 1 ZPO zum Vorteil des Unterhaltsgläubigers auswirkt. Ist dies zu bejahen, sollte zunächst an die Drittschuldner herangetreten werden, um eine Anpassung der gepfändeten Beträge an die neue Rechtslage zu erwirken. Diese gilt – wie sich aus Satz 1 der zitierten Übergangsvorschrift des § 20 Abs. 1 EGZPO ergibt – für alle zum Stichtag bereits laufenden Pfändungen. Eine Abänderung des Beschlusses – oder gegebenenfalls vorrangiger Pfändungsbeschlüsse – ist nicht zwingend erforderlich. Allerdings kann der Drittschuldner bis zur Zustellung eines derartigen Berichtigungsbeschlusses schuldbefreiend nach Maßgabe des bisherigen Beschlusses leisten. Erst bei Weigerung des Drittschuldners zur Anpassung der Pfändung sollte eine Abänderung beantragt werden.

Allerdings könnte in dieser Konstellation auch der Schuldner von sich aus eine Berichtigung verlangen, wenn nämlich der Drittschuldner das neue Recht zu Gunsten des Unterhaltsgläubigers anwendet, hierbei aber weiterhin der noch nach altem Recht vom Vollstreckungsgericht festgesetzte Betrag nach § 850d Abs. 1 S. 2 ZPO beachtet wird.

g) Abschließend ist auf eine weitere **Übergangsregelung** in § 20 Abs. 2 EGZPO hinzuweisen. Sie betrifft Verfügungen über Arbeitseinkommen, d. h. vor allem **Abtretungen**. Soweit deren Wirksamkeit davon abhängt, dass die Forderung pfändbar ist, sind die erhöhten Freigrenzen auch für vor dem 1. 1. 2002 getroffene Verfügungen anwendbar. Allerdings kann auch insoweit der Drittschuldner nach Maßgabe des früheren Rechts solange mit befreiender Wirkung leisten, bis ihm eine entgegenstehende vollstreckbare Ausfertigung zugestellt wird bzw. eine Verzichtserklärung desjenigen zugeht, an den der Schuldner nach dem neuen Recht weniger zu leisten hat.

Gemeinsame Sorge um jeden Preis?

Richterin am Amtsgericht *Sabine Heinke*, Bremen

Gemeinsame elterliche Sorge – Regelfall oder nicht?

Nach dem In-Kraft-Treten des KindRG haben sich die Gerichte mit der Frage beschäftigt, ob der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht nach Trennung und Scheidung zum Regelfall bestimmt habe¹. Diese Diskussion ist durch die Entscheidung des BGH vom 29. 9. 1999² nicht obsolet geworden. Manche Gerichte werden der BGH-Rechtsprechung nicht folgen. Andere werden zwar vorgeben, ihr zu folgen, tatsächlich aber die Anforderungen an die Auflösung der elterlichen Gemeinschaftssorge so hoch setzen³, dass das gemeinsame Sorgerecht faktisch doch der Regelfall ist und schließlich, und das scheint mir als besonders beachtenswert: Die Reichweite des jetzt auch für die Regelung der Nachtrennungs-Sorge zunehmend angewandten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴ hängt ganz entscheidend davon ab, welchem Sorgerechtsmodell man den Vorzug geben will⁵. Die Kontroverse wird auch deshalb andauern, weil im Bereich des Sorgerechts (im Umgangsrecht auch) ein beständiger Wechsel der Argumentationsebenen stattfindet: Normative Kategorien werden eingesetzt, um tatsächliche Defizite

zu verdecken; tatsächliche Argumente werden angeführt, um normative Anforderungen zu unterlaufen.

Zunächst soll hier die Diskussion um „gemeinsame Sorge als Regelfall?“ kurz nachvollzogen werden. Befürworter⁶ wie Gegner⁷ der Regelfall-These finden ihre Argumente im Wesentlichen an den gleichen Stellen, nämlich in der Entscheidung des BVerfG vom 3. 11. 1982 zur Verfassungswidrigkeit der ausnahmslosen Alleinsorge nach Scheidung⁸, in der Begründung des Entwurfes zum KindRG⁹ und im Gesetzestext selbst:

„Die **gemeinsame elterliche Sorge** ist (nunmehr) als **Regelfall** im Gesetz verankert. Von ihr darf nur zum Wohle der Kinder abgewichen werden“¹⁰. Aus der Formulierung des Gesetzes „... soweit zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den ASt dem Wohl des Kindes am besten entspricht“, sei zu entnehmen, „dass die gemeinsame elterliche Sorge auch nach Trennung der Eltern den Regelfall darstellt“¹¹. § 1671 BGB „statuiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die gemeinsame Sorge ist der Regelfall, das alleinige Sorgerecht eines Elternteils die Ausnahme.“¹² „Wenn eine bestimmte Rechtsfolge nur auf Antrag eintritt, ist dies eine Ausnahme von einer ansonsten bestehenden Regel.“¹³ „Dass die Alleinsorge nur in Betracht kommt, wenn sie als die beste Lösung ‚zu erwarten‘ ist, macht die gemeinsame Sorge zum normativen Regelfall, Ausnahmen müssen begründet werden“¹⁴.

Die Begründung zum Regierungsentwurf sei in sich widersprüchlich. Sie stehe auch im Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes und der sei schließlich maßgeblich.

Vor allem aber sei der Vorrang des gemeinsamen Sorgerechts nach der Entscheidung des BVerfG vom 3. 11. 1982 verfassungsrechtlich geboten¹⁵. Zum Beleg werden die in der Entscheidung des BVerfG geschilderten Vorteile angeführt, die sich aus einer Fortführung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch nach Trennung oder Scheidung für das Kindeswohl ergeben sollen:

„Jedes Kind hat von Geburt an ein unveräußerliches Recht auf die gelebte Beziehung zu beiden Elternteilen. Diese Eltern-Kind-Beziehung dauert ein Leben lang und endet nicht mit der Trennung der Eltern. Das Eltern-Kind-Verhältnis ist

1 Siehe hierzu jetzt auch: *Motzer*, Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht, FamRZ 2001, 1034 ff.

2 BGH FamRZ 1999, 1646 f.

3 Etwa: OLG Hamm, 11. Senat, FamRZ 2001, 183 (LS).

4 OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1598.

5 So ausdrücklich BT-Drucks 13/4899, 99; etwa schon OLG Brandenburg FamRZ 1998, 1047 ff., 1048 reSp.; auch OLG München FamRZ 1999, 1006 ff.; OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40 f., FamRZ 2001, 184 ff.; *Oelkers*, Gründe für die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil, FPR 1999, 133 ff.; *Weisbrodt*, Gemeinsame elterliche Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, KindPrax 2001, 8 ff.

6 OLG Bamberg, 2. Senat, FamRZ 1999, 805 f.; gemeinsames Sorgerecht „gesetzliches Leitbild“; OLG Bamberg, 7. Senat, FamRZ 1999, 1005: „gemeinsame Sorge: Regelfall“; OLG Hamm, 2. FamS, FamRZ 1999, 38 ff.: Alleinsorge „gesetzestechisch(e) Ausnahme“; so auch OLG Dresden FamRZ 2000, 109 f. OLG Hamm, 7. FamS, FamRZ 1999, 1597: „Die gemeinsame Sorge ist die Regel, das alleinige Sorgerecht die Ausnahme“; OLG Köln FamRZ 2000, 1041 (LS); OLG Nürnberg, 11. Senat, FamRZ 1999, 1160: „Regelfall“; OLG Stuttgart FamRZ 1999, 39 f.; nicht ausdrücklich, aber inzident: OLG München FamRZ 1999, 1006 ff.; OLG Zweibrücken, 5. Senat, FamRZ 1999, 40 f.; OLG Dresden, 22. Senat, FamRZ 2000, 110.

7 OLG Dresden, 20. Senat, FamRZ 1999, 1156 ff.; OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392; OLG Rostock ZfJ 1999, 351; OLG Rostock, 8. Senat, FamRZ 1999, 1599: „zwei rechtlich gleichwertige Sorgerechtsformen“; OLG Zweibrücken, 6. Senat, FamRZ 2001, 181 f. (LS).

8 BVerfGE 61, 358 ff. = FamRZ 1982, 1179 ff.

9 BT-Drucks. 13/4899, insbes. S. 60 ff., 63.

10 OLG Bamberg FamRZ 1999, 1005.

11 OLG Nürnberg FamRZ 1999, 1160.

12 OLG Hamm FamRZ 1999, 1597.

13 OLG Dresden, 22. Senat, FamRZ 2000, 110.

14 *Schwab*, Elterliche Sorge nach dem KindRG, FamRZ 1998, 457 ff., 463.

15 FamRefK/Rogner, Rn. 15 vor § 1671 BGB.