

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.

die Basis für eine gesunde körperliche, seelische und intellektuelle Entwicklung des Kindes. Nur eine positive Beziehung zu beiden Elternteilen hat günstige Auswirkungen auf das Selbstwertgefühl, auf die eigene Beziehungsfähigkeit, auf die Lebenszufriedenheit und die Lebensqualität des Kindes. In diesem Sinne sind die Vorzüge der gemeinsamen elterlichen Sorge gegenüber der Alleinsorge gerade darin zu sehen, dass die Bindungen des Kindes zu beiden Elternteilen besser aufrechterhalten und gepflegt werden und dass das Verantwortungsgefühl und damit die Verantwortungsbereitschaft beider Elternteile gegenüber dem Kind erhalten bleiben und gestärkt werden können, wodurch sich die Chancen vergrößern, dass das Kind trotz der Trennung zwei in jeder Hinsicht vollwertige Elternteile behält (unter Bezug auf *Johannsen/Henrich-Jaeger*, EheR, 3. Aufl., § 1671 Rn. 34)¹⁶.

„Noch immer gilt als beste Erziehung die durch beide, sich liebevoll in Erziehung und Betreuung abstimmen und ergänzenden Elternteile (BVerfGE 10, 86 = die Stichtentscheidungscheidung) und dass der mit jeder Trennung und Scheidung ihrer Eltern verbundenen Beeinträchtigung der Kinder am besten durch eine Lösung entgegengewirkt wird, bei der das größtmögliche Maß an erlebter Elternschaft erhalten wird (BVerfGE 61, 358 ff.)“¹⁷.

Auffällig ist, dass diese idealen Eltern-Kind-Beziehungen sich ausgerechnet in dem Zeitpunkt entwickeln sollen, in dem die Familie sich auflöst und größter Stress herrscht.

Diejenigen, die in der gemeinsamen Sorge eine von mehreren gleichwertigen Formen der Sorgerechtsausübung sehen, interpretieren bereits den Gesetzestext anders:¹⁸

Mit der Änderung des § 1671 BGB habe der Gesetzgeber ganz bewusst keinen Vorrang der gemeinsamen elterlichen Sorge gegenüber der Alleinsorge treffen wollen (vgl. BT-Drucks. 13/4899, 63). Lediglich gesetzestechisch habe er mit der Regelung des § 1671 Abs. 2 BGB ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geschaffen. „Dies ist ... dem mit dem KindRG verwirklichten Antragsmodell bei der Ehescheidung geschuldet und nicht einem gesetzgeberischen Willen, die gemeinsame Sorge als normativen Regelfall auszugestalten“¹⁹.

Der BGH hat dann auch entschieden, dass die **Neuregelung** des Rechts der elterlichen Sorge kein **Regel-Ausnahme-Verhältnis** in dem Sinn enthält, dass eine Priorität zu Gunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge bestehen und die Alleinsorge eines Elternteils nur in Ausnahmefällen als ultima ratio in Betracht kommen solle²⁰. Der BGH stellt auf die – durch die Verfassungsgerichtsrechtsprechung vorgegebenen – Ziele der Reform ab:

– die Abschaffung der (fast) obligatorischen Sorgeregelung bei jeder Scheidung

– die weit gehende Gleichbehandlung des elterlichen Sorgerechts verheirateter und nicht miteinander verheirateter Eltern²¹.

„Daher knüpft das Gesetz die Sorgerechtsregelung nicht mehr an die Scheidung, sondern an die (nicht nur vorübergehende) Trennung der Eltern an, verzichtet aber sowohl bei der Trennung als auch bei der Scheidung auf eine gerichtliche Sorgerechtsentscheidung von Amts wegen mit der Folge, dass – ohne Antrag auf Übertragung der Alleinsorge oder eines Teiles der elterlichen Sorge auf den antragstellenden Elternteil – die bisher bestehende gemeinsame Sorge der Eltern fort dauert (vgl. FamRefK/Rogner, vor § 1671 BGB, Rn. 8-14)“²².

Der BGH zitiert die Gesetzesbegründung und betont, eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame elterliche Sorge im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung sei (BT-Drucks. 13/4899, 63), gebe es nicht. Einer solchen Regelung stände bereits entgegen, dass sich elterliche Gemeinsamkeit in der Realität nicht verordnen lässt. Wenn sich die

Eltern bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge fortwährend über die das Kind betreffenden Angelegenheiten streiten, kann dies zu Belastungen führen, die mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar sind. In solchen Fällen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge praktisch nicht „funktioniert“ und es den Eltern nicht gelinge, zu Entscheidungen im Interesse des Kindes zu gelangen, sei der Alleinsorge eines Elternteils der Vorrang zu geben²³.

„Hätte der Gesetzgeber eine Präferenz zu Gunsten der einen oder anderen Form der elterlichen Sorge festlegen wollen, so müssten Erkenntnisse dafür vorhanden sein, dass die gemeinsame Sorge oder die Alleinsorge nach Trennung oder Scheidung dem Kindeswohl prinzipiell besser dient – unabhängig davon, ob zwischen den Eltern ein tragfähiges Maß an Einvernehmen besteht. Solche Erkenntnisse sind aber nicht ersichtlich, insbesondere gibt es hierfür weder aus der kinderpsychologischen noch aus der familiensoziologischen Forschung überzeugende Untersuchungsergebnisse“²⁴.

Da die Befürworter der Regelfall-These sich maßgeblich auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur gemeinsamen elterlichen Sorge stützen, soll hier geprüft werden, ob diese Entscheidung des BVerfG vom 3. 11. 1982 eine wertende Aussage in Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht enthält.

Das BVerfG betont in dieser Entscheidung – wie stets –, dass das durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht ein Freiheitsrecht sei, wobei die verfassungsrechtliche Gewährleistung dieses Freiheitsrechts in erster Linie dem Schutz des Kindes diene. Es handele sich um ein dienendes (gerade das kann man nicht oft genug betonen) Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit.

In die elterliche Freiheit darf der Staat, auch das ist ständige Rechtsprechung, nur eingreifen, wenn ein rechtfertigender Grund hierfür vorliegt. „Wenn geschiedene Eltern sich nicht darüber einigen können, wer von ihnen die elterliche Sorge für ihr gemeinsames Kind ausüben soll“, folge allerdings schon aus der allgemeinen Aufgabe des Staates, den Rechtsfrieden zu wahren (und nicht erst aus dem Elterngrundrecht), „dass der Staat befugt ist, selbst über den Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Eltern zu entscheiden ... Da sein Tätigwerden in Konfliktfällen darauf gerichtet ist, den Ausgleich zwischen den beiden eigenständigen und durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen geschiedener Eltern vorzunehmen, ohne ihren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten, ist er nicht an die strengen Voraussetzungen gebunden, die für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen ...

Wenn die Eltern sich jedoch einig sind und ihre elterliche Verantwortung nach der Trennung auch weiterhin beide ausüben wollen, stellt sich die staatliche Aufgabe anders dar: In diesen Fällen „bedarf es keiner Schlichtung widerstreitender Interessen der Eltern durch den Staat. Sind beide Elternteile darüber hinaus voll erziehungsfähig und liegen im Übrigen keine Gründe vor, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen, ist der Staat auch nicht in Ausübung seines Wächteramts berufen, einen Elternteil von der Pflege und Erziehung des Kindes auszuschalten und ihn auf

16 OLG München FamRZ 1999, 1006 ff., wobei *Jaeger*, aaO, lediglich die von ihm nicht geteilte Gegenmeinung wiedergibt, s. u.

17 OLG Bamberg FamRZ 1999, 1005.

18 OLG Rostock FamRZ 1999, 1599; OLG Köln FamRZ 2001, 183 (LS).

19 OLG Dresden FamRZ 1999, 1156 f.

20 BGH FamRZ 1999, 1646 f., Beschwerdeentscheidung zu OLG Stuttgart FamRZ 1999, 1596.

21 BGH FamRZ 1999, 1646 f., s. a. BT-Drucks. 13/4899, 58 f. und 64.

22 BGH FamRZ 1999, 1646 f.

23 BGH FamRZ 1999, 1646 f.

24 OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392 unter Hinweis auch auf BR-Drucks. 180/96, 71, 73; s. a. BT-Drucks. 13/4899, 63 liSp.

ein Umgangsrecht zu beschränken. Wenn er gleichwohl nach der Ehescheidung das Fortbestehen einer gemeinsamen Elternverantwortung ausnahmslos ausschließt, so stellt dies einen Eingriff in eine durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Rechtsposition der Eltern dar, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf.“ Im Weiteren führt das Gericht aus, dass für die Ausnahmslosigkeit der (früheren gesetzlichen) Regelung ein rechtfertigender Grund nicht erkennbar sei.

Auch der vielfach für die gegenteilige Meinung in Bezug genommene Kommentar *Johannsen/Henrich/Jaeger*, 3. Aufl., Rn. 34 sieht es so: Der verfassungsrechtliche Vorrang gebührt seiner Auffassung nach allenfalls denjenigen Fällen, „in denen die Eltern die Sorgerechtsverantwortung **weiter gemeinsam tragen wollen**. Nur für diese Fallgestaltung lässt sich dem Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in der Auslegung des BVerfG ein verfassungsrechtlicher Vorrang für gemeinsame elterliche Sorge entnehmen. Dem trägt das KindRG aber schon damit Rechnung, dass die Notwendigkeit einer gerichtlichen Sorgerechtsregelung bei der Elternscheidung beseitigt worden ist“²⁵.

Maßgeblich sind nach der Entscheidung des BVerfG der Elternwille und die elterliche Fähigkeit, die Sorge für die gemeinsamen Kinder trotz Trennung (und Scheidung) auch weiterhin gemeinsam auszuüben. Dass nicht nur der Wille, sondern auch die Fähigkeit der Eltern gefordert ist, ist dem staatlichen Wächteramt einerseits und dem Kindeswohl andererseits geschuldet.

Hieraus kann man schlicht und einfach folgern: Für diejenigen Eltern, die sich nicht einigen können, ob sie künftig die elterliche Sorge gemeinsam ausüben wollen oder ob nach Trennung einer von ihnen schwerpunktmäßig für die Kinder verantwortlich sein soll und will, muss selbstverständlich auch ein staatliches Konfliktlösungsinstrumentarium vorgehalten werden und dieses kann nur schwerlich im Oktroy eines bestimmten Sorgemodells erblickt werden: Das würde wohl wiederum einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Elternrecht darstellen²⁶.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der elterlichen Sorgeverteilung bei Trennung und Scheidung

Die Entscheidung des BVerfG vom 3. 11. 1982 wird von den Befürwortern der Regelfall-These ja vor allem wegen der darin auch enthaltenen empirischen Aussagen über die Vorteile der gemeinsamen Sorge zitiert, wobei allerdings neben der normativen Wendung dieser Beschreibungen die Befürworter auch übersehen, dass das BVerfG die Vorteile **funktionierender** gemeinsamer Sorge schildert.

Einen anderen wesentlichen Aspekt dieser Entscheidung wollen die Regelfallbefürworter nicht nur ignorieren, sondern in sein Gegenteil verkehren:

Wie bereits dargelegt, sieht das BVerfG die Entscheidung zwischen widerstreitenden Elternpositionen nicht als Eingriff in das grundrechtlich geschützte Elternrecht an. Art. 6 Abs. 1 GG gibt insoweit auch keine Maßstäbe vor, denn die Grundrechtspositionen der Eltern sind gleichrangig und gleichwertig. Das BVerfG hat es daher bislang genügen lassen, dass Entscheidungsmaßstab für den Konflikt zwischen streitenden Eltern das Kindeswohl ist, anders als in jenen Fällen, in denen der Staat zum Schutz der Kinder in das Elternrecht eingreifen muss. Dort ist der geringstmögliche und zugleich aber wirksame Eingriff zu finden; Entscheidungsmaßstab ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die Regelfall-Befürworter haben die Argumentationsebene gewechselt und behaupten nun, dass für die Entscheidung im Streit der Eltern untereinander jetzt das Verhältnismäßigkeitsgebot auch gelte, nämlich die staatliche Verpflichtung, zu versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen eine Regelung zu finden, die dem Kindeswohl am besten entspricht. Dabei

übersehen sie m. E. aber, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für das „Ob“ einer Entscheidung gelten soll, nicht aber unbedingt für deren Inhalt.

Aber nicht nur aus § 1671 Abs. 2 S. 2 BGB wird dies abgeleitet, sondern auch aus der in § 1671 Abs. 1 BGB enthaltenen Möglichkeit, nicht nur das Sorgerecht insgesamt übertragen zu können, sondern auch Teile davon. Auch daraus wird geschlussfolgert, dass das „Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs“ gelte. So steht es auch in der Begründung des Gesetzes²⁷. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erstreckte sich danach nun auch auf die Entscheidung über den Antrag eines Elternteils auf Alleinsorge²⁸, nicht mehr allein auf die Eingriffe zum Schutz der Kinder (§§ 1666, 1666a BGB, früher auch § 1671 Abs. 5 BGB a. F.). Dies folge aus dem allgemeinen Grundsatz, dass der Staat nur zu einer Entscheidung über die elterliche Sorge aufgerufen sei, soweit zwischen den Eltern Streit um die Sorge bestehe²⁹.

Diese Sichtweise hat Auswirkungen auf die materielle Regelung des Sorgerechts, aber noch mehr auf die Gestaltung des Verfahrens.

Nach dieser Sichtweise soll nur derjenige Teil der elterlichen Sorge geregelt werden, der zwischen den Eltern streitig ist, wo sie also keine Einigung erzielen können:

Wenn die Eltern sich beispielsweise über schulische Fragen streiten (im konkreten Fall hatten beide Eltern einer vierzehnjährigen Tochter jeweils jeder für sich ohne Absprache mit dem anderen Elternteil mit den Lehrern und dem Schulpsychologen verhandelt), dann entspricht es dem Kindeswohl am besten, „wenn ein weiterer Teil der elterlichen Sorge der AGg übertragen wird, und zwar die Bestimmung des weiteren schulischen Werdegangs der Tochter K bis zur Beendigung des Besuchs der Hauptschule. Aus dem beiderseitigen Vortrag der Parteien ergibt sich, dass sie in schulischen Fragen bisher in zahlreichen wesentlichen Punkten nicht einig waren (wird ausgeführt). Dies zeigt, dass eine Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge in diesen Fragen dem Wohle von K nicht dienlich ist.

Bei den übrigen Fragen, die über die Angelegenheiten des täglichen Lebens hinausgehen, ist davon auszugehen, dass sich die Eltern im Einvernehmen mit der demnächst 14 Jahre alt werdenden Tochter K einigen können. Daher ist die elterliche Sorge im Übrigen den Parteien gemeinsam zu belassen.“³⁰

Wenn zwischen den Eltern allerdings Streit in vielen Bereichen herrscht, führt auch der „im Rahmen der Sorgerechtsregelung nach § 1671 BGB zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ... zu keiner abweichenden Beurteilung. Im Hinblick auf das erhebliche Konfliktpotenzial zwischen den Parteien kommt im Kindesinteresse die Übertragung nur eines Teils der elterlichen Sorge auf die AGg, insbesondere die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, nicht in Betracht“³¹.

Auch der BGH scheint, wenn auch nicht explizit, weil dazu im konkreten Fall wohl kein Anlass bestand, davon auszugehen, dass der Umfang der Sorgerechtsregelung vom Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt wird: „... Der Beschluss lässt auch im Hinblick auf eine mögliche Übertragung von Teilbereichen der elterlichen Sorge keinen Rechtsfehler erkennen. Da sich die Konflikte der Eltern hier auf verschiedene wesentliche Bereiche der elterlichen Sorge – nämlich

25 *Johannsen/Henrich-Jaeger*, aaO a. E., unter Bezug auf BGH FamRZ 1993, 314 f. sowie *Staudinger/Coester*, Rn. 41; a. A. danach *MüKo-Hinz*, Rn. 63, 64.

26 S. a. *Wend*, *Gemeinsames Sorgerecht ohne elterliche Kooperation?*, FPR 1999, 137 ff.

27 BT-Drucks. 13/4899, 99.

28 *Johannsen/Henrich-Jaeger*, *EheR*, 3. Aufl., § 1671 BGB, Rn. 10; auch *Palandt-Diederichsen*, BGB, 60. Aufl., § 1671 Rn. 5 f.

29 BT-Drucks. 13/4899, 99.

30 OLG Nürnberg FamRZ 1999, 673.

31 OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1598.

das Umgangsrecht, die Vermögenssorge einschließlich der finanziellen Angelegenheiten des Kindes und die damit zusammenhängenden Fragen der Erziehung – beziehen, ... ist die Entscheidung des OLG, hier eine Aufteilung der elterlichen Sorge in verschiedene Teilbereiche nicht als geeignete und dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung zu wählen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.³²

Letztlich folgen wohl auch all jene Entscheide, die den elterlichen Streit nur in sog. Nebenfragen nicht als ausreichenden Grund ansehen, um das gemeinsame Sorgerecht aufzuheben, einer solchen Verhältnismäßigkeitsmechanik. Es gibt eine Tendenz in der Rechtsprechung, es auch dann bei der gemeinsamen Sorge zu belassen, wenn in nächster Zeit Fragen von besonderer Bedeutung nicht zu entscheiden sind, auch wenn die Eltern noch im Streit befangen sind.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip soll aber nicht nur für die konkrete Ausgestaltung des Sorgerechts getrennter Eltern Bedeutung haben, sondern vor allem auch eine verfahrensrechtliche Dimension³³, die bislang allerdings nicht von allen Gerichten ausgeschöpft wird. Vorreiter ist hier erkennbar der 5. Senat des OLG Zweibrücken. Aber auch das OLG München³⁴ verfolgt wohl diese Linie, wenn es betont: „Im Übrigen kann den Parteien zugemutet werden, alle Anstrengungen zu unternehmen, in wichtigen Sorgerechtsangelegenheiten zu einer Einigung mit dem anderen Elternteil zu gelangen. Solange nicht ausreichend sicher feststeht, dass solche Anstrengungen erfolglos geblieben sind und erfolglos bleiben werden, kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht“³⁵.

Die Maxime dieser Richtung in der Rechtsprechung hat das OLG Zweibrücken wie folgt zusammengefasst:

1. Elternschaft und Partnerschaft sind im Blick auf die elterliche Sorge für ein gemeinsames (minderjähriges) Kind auseinander zu halten.
2. Getrennt lebende Eltern sind verpflichtet, im Rahmen der elterlichen Sorge Konsens zu suchen und zu finden.
3. Aus dieser Pflicht können die Eltern nicht entlassen werden, solange ihnen ein gemeinsames Erziehungshandeln zum Wohle des Kindes zumutbar und die darauf gerichtete Erwartung nicht unbegründet erscheint³⁶.

Gestützt wird diese Sichtweise auf § 52 FGG, insbesondere Abs. 2 dieser Vorschrift. Danach soll das Gericht das Verfahren aussetzen, „wenn die Beteiligten bereit sind, außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen oder nach freier Überzeugung des Gerichts Aussicht auf ein Einvernehmen der Beteiligten besteht ...“

„Sind die Eltern auf Grund ihres eigenen Konflikts nicht fähig, autonom zu handeln, begründet dies noch nicht sogleich die Eingriffsermächtigung für das Familiengericht. Weil es Zweck der sozialpflegerischen Intervention des § 17 SGB VIII ist, den Eltern bei der Wiedergewinnung ihrer Handlungsfähigkeit zu helfen, geht das Beratungsverfahren der Entscheidung des Familiengerichts vor. Der Vorrang der Elternautonomie gebiete es, eine gerichtliche Entscheidung erst zu treffen, wenn sich die Eltern nicht mehr einigen können ... Erst, wenn feststehe, dass eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung nicht mehr möglich ist, dürfe der Staat sein Wächteramt ausüben³⁷. Wir erinnern uns dunkel, dass die Sorgerechtsregelung anlässlich der Trennung keine Aufgabe des staatlichen Wächters ist.

Auch das OLG Hamm hat entschieden: „Vor einer Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil allein nach § 1671 BGB ist unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit der Eingriffs in das Elternrecht zu prüfen, ob nicht eine Übertragung lediglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts, gegebenenfalls zunächst im Wege einer vorläufigen Anordnung, verbunden mit einer Aussetzung des Verfahrens nach § 52 Abs. 2 FGG ausreicht, um eine dem Kindeswohl entsprechende Regelung zu treffen“³⁸. Das OLG Zweibrücken³⁹

sieht es als verfahrensfehlerhaft an, wenn das Familiengericht die Priorität der sozialpflegerischen Intervention außer Acht lässt oder nicht genügend beachtet. „Es ist ... ein Prüfungskriterium für die Sorgerechtsregelung, herauszufinden, ob die sozialpflegerische Intervention durchführbar erscheint“⁴⁰.

Nun ist allerdings – und das scheint auch den Verfechtern der extensiven Anwendung dieses Eingriffsbegrenzungsmitels zu schwanen – der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein klassischer Maßstab für die Gestaltung und Prüfung eines zweiseitigen Verhältnisses, nämlich eine Richtschnur für die Grenzziehung zwischen staatlichem Handeln und bürgerlichem Freiheitsrecht; einen Orientierungsrahmen für die Berücksichtigung von Interessen Drittbetroffener, wie etwa von Kindern, bietet er nicht. Gerade die – historisch erforderliche – Überbetonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Maßstab für den Eingriff in das Eltern(grund)recht ist sicher ein wesentlicher Grund dafür, dass das Elternrecht in Deutschland so viel mehr gilt als das Recht der Kinder auf Schutz ihrer Integrität, ihrer Würde und ihres Persönlichkeitsrechts. Konkret: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sagt gar nichts darüber aus, wie oft, wie intensiv und wie lange Eltern beraten werden müssen, bis man feststellen kann, dass sie verhältnismäßig unbelehrbar sind und ein weiteres Zuwarten auf eine Regelung und Lösung ihren Kindern nicht zumutbar erscheint. Nicht umsonst weist § 52 Abs. 2 FGG auch darauf hin, dass die aus der Beratung sich ergebende Verfahrensverzögerung für das Kindeswohl nicht nachteilig sein darf. Im Verhältnis zwischen Kind und staatlichen Instanzen gilt nämlich wiederum ein eigenes Verhältnismäßigkeitsgebot. Es soll jedenfalls nicht so lange abgewartet werden müssen, bis Schädigungen bei den Kindern manifest sind⁴¹.

Das Ausprobieren **jeder** Möglichkeit, zwischen den Eltern Konsens zu schaffen, „das Erlernen und die Pflege einer Streitkultur“⁴² wird vor allem damit gerechtfertigt, dass das Zusammenwirken der Eltern, also die gemeinsame Sorge, die optimale Lösung für die Kinder sein wird und dass zur Erreichung dieses Ziels alle Anstrengungen unternommen werden müssen. Nur so könne gewährleistet werden, dass den Kindern, und das ist nach dieser Sichtweise vorrangig, die Bindungsbeziehung zu beiden Elternteilen erhalten bleibt, ohne dass in den entsprechenden Entscheidungen jemals geprüft würde, ob es sich nur um gedachte Bindungen oder um aus der familiären Vergangenheit wirklich gewachsene Bindungen handelt.

Das so verstandene Verhältnismäßigkeitsgebot wird übrigens auch zum Vehikel für die Anordnung von Beratung, weil es „im Beratungsergebnis kaum einen Unterschied macht“⁴³, ob diese freiwillig aufgesucht oder vorgeschrieben wird. Und dass man die Eltern letztlich nicht zwingen kann, wie der BGH m. E. zu Recht betont, und auch den Erfolg der Beratung nicht garantieren kann, wird ebenfalls verbrämt durch die Hoffnung, nicht nur durch Beratung, sondern mittels familiengerichtlicher Maßnahmen die Eltern

32 BGH FamRZ 1999, 1646 f.

33 So auch Palandt-Diederichsen, BGB, 60. Aufl., § 1671 Rn. 5.

34 OLG München FamRZ 1999, 1006 ff.

35 OLG München FamRZ 1999, 1006 ff.

36 OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40 f.

37 Weisbrodt, KindPrax 2001, 8 ff., 9.

38 OLG Hamm, 2. FamS, FamRZ 1999, 393 f.; auch OLG Hamm, 2. FamS, FamRZ 1999, 394 f.

39 OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627.

40 Weisbrodt, Gemeinsame Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, Kind-Prax 2001, 8 f. unter Bezug auf BVerfG FamRZ 1994, 223 f.

41 OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392 f.

42 Weisbrodt, Gemeinsame Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, Kind-Prax 2001, 8 f.

43 Weisbrodt, Gemeinsame Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, Kind-Prax 2001, 8 f. unter Bezug auf Fthenakis, FPR 1998, 35.

zu besserer Einsicht zu bringen: Die Obliegenheit der Eltern zur beiderseitigen Loyalität sei sanktioniert, nämlich durch § 1687 Abs. 2 und § 1684 Abs. 3 BGB⁴⁴.

Im Übrigen wird darauf vertraut, dass die ernstliche Ermahnung der Eltern durch das Gericht ihre Wirkung tun werde: „Der Senat ruft – bezüglich aller drei Kinder – beide Elternteile dazu auf, sich motivieren zu lassen, die Elternschaft in einem friedlichen und verantwortlichen Nebeneinander zu handhaben.“⁴⁵ Auch chronische Streithähne werden auf diese Weise (formal) beruhigt. „Allerdings hat die Mutter vorgetragen, ihre Entscheidungen in solchen (alltäglichen) Angelegenheiten würden vom Vater nicht akzeptiert und ständig hinterfragt. Träfe dieses zu, so könnte ein gemeinsames Sorgerecht nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten funktionieren. Der Senat ist aber davon überzeugt, dass solche Schwierigkeiten in Zukunft nicht mehr auftreten. Der Vater hat diesbezüglich zu Protokoll erklärt, er verpflichte sich ausdrücklich, ab sofort sämtliche Alltagsentscheidungen der Mutter in Kindesangelegenheiten widerspruchsfrei zu akzeptieren, diese auch nicht über D zu hinterfragen oder das Kind bzw. die Mutter mit abweichenden Auffassungen zu konfrontieren. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Vater sich an diese Zusage halten wird, zumal ihm klar gemacht worden ist, dass widrigenfalls die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge ernsthaft zu prüfen sein wird.“⁴⁶ Auch § 1627 Abs. 2 BGB rufe die Eltern ausdrücklich auf, sich bei Meinungsverschiedenheiten zu einigen⁴⁷, eine Vorschrift, die Eltern ständig vor Augen steht.

Gerichte, die ihren eigenen pädagogischen Fähigkeiten, dem Beratungsangebot der Jugendhilfe und/oder der Kompromissbereitschaft der meist ja nicht erst seit der Trennung erbittert streitenden Eltern nicht blind vertrauen, suchen andere Wege, um zu einer Entscheidung über den Antrag auf Übertragung der Alleinsorge zu gelangen.

Konsens besteht im Wesentlichen wohl darin, dass die vom Bundesverfassungsgericht in der schon zitierten Entscheidung an der auch zitierten Stelle formulierten Vorgaben noch immer die maßgeblichen Kriterien für die Belassung der gemeinsamen Sorge sind, nämlich:

- uneingeschränkte Erziehungseignung beider Eltern
- Kooperationsbereitschaft und Kooperationsfähigkeit der Eltern
- keine Gründe für eine Alleinsorge⁴⁸.

Gründe für die Übertragung der alleinigen Sorge auf den antragstellenden Elternteil sind also dann gegeben, wenn diese drei Kriterien nicht erfüllt sind, wobei es offenbar auch im Einzelfall unterschiedlich ist, ob allein das Defizit in einem Bereich für die Aufhebung der gemeinsamen Sorge als ausreichend angesehen wird.

Vor einer Übertragung des Sorgerechts auf den ASt muss also zunächst geprüft werden, ob

a) die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl entspricht.

Wenn dies zu bejahen ist, ist zu fragen, ob

b) die Übertragung der elterlichen Sorge auf den ASt dem Kindeswohl am besten entspricht.

Hierfür gelten die auch früher bereits bemühten Abwägungsgesichtspunkte, also Bindungen des Kindes an Eltern, Geschwister⁴⁹, Umfeld, Kontinuitätsgesichtspunkte, Erziehungsfähigkeit, Bindungstoleranz⁵⁰ des antragstellenden Elternteils, der Wille des Kindes⁵¹.

In den entsprechenden Entscheidungen wird wesentlich auf den Streit der Eltern abgestellt. Sind die Streitigkeiten der Eltern von einem solchen Maß an Feindseligkeiten geprägt, dass die Kinder zwangsläufig emotional in diese Streitigkeiten einbezogen und damit Loyalitätskonflikten ausgesetzt werden, dann erfordert das Wohl der Kinder eine Aufhebung der Alleinsorge.

Letztlich ist das Ergebnis beider Entscheidungsstrategien gleich: Die alleinige elterliche Sorge ist die Belohnung für

Kompromissunfähigkeit, wobei die Verhältnismäßigkeitsverfechter noch die Schikane eingebaut haben, dass man den Streit auch über die Beratungsphase retten muss.

Zynismus beiseite: Beide Richtungen haben keine Lösung für das schwerwiegendste Problem, das aus dem anhaltenden Elternstreit resultiert: nämlich die Loyalitätskonflikte, in die manche Eltern ihre Kinder bringen. Wer auf Beratung setzt, hat immerhin die Möglichkeit im Auge, dass die Eltern dazulernen. Er nimmt hin, dass das Kind in dieser Zeit in der Zerreißprobe gehalten wird. Maßstäbe dafür, wie lange und wie intensiv letztlich das Kind noch dem Streit der Eltern ausgesetzt werden soll, bis diese gelernt haben, ihren Streit nicht über das Kind zu lösen, werden jedoch nicht entwickelt. Außer Appellen an die Eltern, die weiterhin beide Sorgerechtsinhaber sind, gibt es, bei Licht besehen, kein wirksames juristisches Instrumentarium. Die Legitimität der Verfahrensverzögerung ergibt sich allein aus der Qualität der Beratung, die jedoch unbekannt ist.

Die Sorgerechtsentscheider geben sich der Hoffnung hin, dass mit der gerichtlichen Entscheidung der Streit der Eltern aufhören wird. Das stimmt insofern, als dann die Auseinandersetzung um das Sorgerecht entfällt, die ja viele ohnehin streitende Elternpaare gern als zusätzliches Schlachtfeld einbeziehen. Damit sind aber die übrigen Konflikte nicht bereinigt, sondern bestenfalls – mangels Abstimmungsdruck – abgewürgt.

44 Weisbrodt, Gemeinsame Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, Kind-Prax 2001, 8 f., 11.

45 OLG Zweibrücken, 5. FamS, FamRZ 2001, 184 f.

46 OLG Hamm FamRZ 1999, 1597.

47 OLG Bamberg FamRZ 1999, 1005.

48 Oelkers, Gründe für die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil, FPR 1999, 132 ff., 135.

49 OLG Hamm FamRZ 1999, 38 f.: Geschwistertrennung soll vermieden werden; OLG Hamm FamRZ 1999, 1599: Geschwistertrennung ist hinzunehmen, weil 4-jähriges Kind noch von Mutter gehätschelt werden muss und der Vater nicht in gleicher Weise dazu in der Lage ist; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 184 f.: Geschwisterbindung wegen des großen Altersunterschieds der Kinder kein vorrangiges Entscheidungskriterium; OLG Hamm FamRZ 2000, 1039 f.; OLG Naumburg FamRZ 2000, 1595: sachverständig festgestellte, innige und enge Geschwisterbindung ausschlaggebendes Kriterium für die Sorgerechtsübertragung.

50 OLG Hamm FamRZ 2000, 1039 f.

51 KG FamRZ 1999, 616 f. (Kinder 14 und 12 Jahre alt); OLG Hamm FamRZ 1999, 1599 (Kind: 4 Jahre alt).

Zur Praxis der Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG

VRiOLG Dr. Harald Oelkers, Rostock

Vorbemerkungen

Dem Verfahrenspfleger ist im Vorfeld seiner Einführung mit großer Skepsis, teilweise sogar mit Ablehnung begegnet¹ worden. Familienrichter wiesen darauf hin, dass der Amtsermittlungsgrundsatz zum Schutze des Kindes völlig ausreichend sei. In der Anwaltschaft meinte man, in Sorge- und Umgangsrechtsfällen sei der Anwalt nicht nur Parteivertreter, sondern zugleich auch ein dem Kindeswohl verpflichtetes Rechtspflegeorgan. Der Gesetzgeber hat sich zu Recht über die geäußerten Bedenken hinweggesetzt. Die Praxis zeigt, dass der Verfahrenspfleger als Mittler des Kindes erforderlich ist. Ähnlich wie seinerzeit beim gemeinsa-

1 Vgl. z. B. m. w. N. Will, ZfJ 1998, 1; Dormann/Spangenberg, FamRZ 1999, 1294, 1295.