

tigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Das OLG, dem das Senatsurt. v. 11.2.2004 noch nicht bekannt sein konnte, hat auf der Grundlage der Rspr. des Senats (vgl. dazu Senatsurt. v. 11.2.2004, a.a.O., 602 m.w.N.) zutreffend keine Feststellungen dazu getroffen, ob es dem Antragsteller vorliegend nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein könnte, sich auf den Verzicht der Antragsgegnerin zu berufen. Denn Anhaltspunkte dafür, dass überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder der Geltendmachung des Verzichts entgegenstünden, was nach der früheren Rspr. für die Anwendung des § 242 BGB erforderlich war, waren weder vorgetragen noch ersichtlich.

a) Dass die Antragsgegnerin durch die notarielle Vereinbarung der Parteien ehebedingte Nachteile hinsichtlich des Unterhalts, des Zugewinns oder des Versorgungsausgleichs erlitten hätte, ist bisher weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Übrigen könnte die begehrte Auskunft insoweit auch einen eventuellen Vortrag der Antragsgegnerin unter keinem Gesichtspunkt beeinflussen.

b) Indessen finden auf Eheverträge, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Parteien dem Vertrag zu Grunde gelegt haben, abweicht, auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) Anwendung. Dabei kann allerdings ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schon deswegen angenommen werden, weil ein Vertragspartner ein erheblich höheres Einkommen als der andere erzielt. Dies gilt umso weniger, als Eheverträge, die gesetzliche Scheidungsfolgen abbedingen, üblicherweise gerade im Hinblick auf solche bestehenden oder sich künftig ergebenden Unterschiede in den wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossen werden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daher allenfalls in Betracht, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausnahmsweise eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben.

Ob die Parteien ihrem Vertragsabschluss solche Erwägungen zu Grunde gelegt haben, ist bisher nicht festgestellt.

3. Soweit die Parteien vertraglich auch den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben, könnte der Vertrag schon deshalb keinen Bestand haben, wenn der Antragsteller seiner Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zur Rentenversicherung der Antragsgegnerin nicht nachgekommen ist, die den Ausschluss des Versorgungsausgleichs kompensierende Regelung des Ehevertrags also nicht erfüllt hat. Dies hat die Antragsgegnerin – vom Antragsteller unwidersprochen – geltend gemacht. Das angefochtene Urteil nimmt auf diesen Parteivortrag, wenn auch nur pauschal, Bezug. Der Tatrichter wird deshalb zu prüfen haben, ob die Antragsgegnerin von dem ihr eingeräumten Recht, bei Verzug des Antragstellers mit mehreren Beitragszahlungen von dem vereinbarten Aus-

schluss des Versorgungsausgleichs zurückzutreten, wirksam Gebrauch gemacht hat.

III. Danach kann die angefochtene Entscheidung nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden, da es zur tatrichterlichen Ausübungskontrolle und zur Frage des Rücktritts von der Regelung des Versorgungsausgleichs weiterer Feststellungen bedarf. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit es diese Feststellungen auf der Grundlage der erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung ergangenen Rspr. des Senates nachholt.

Uneinigkeit der Eltern über religiöse Erziehung

— § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Zur Frage, inwieweit die Uneinigkeit der Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil allein rechtfertigt.

BGH, Beschl. v. 11.5.2005 – XII ZB 33/04 (OLG Bamberg)

Gründe: I. Die Parteien streiten um die elterliche Sorge für ihren gemeinsamen Sohn Mani Sandro Habib H, geboren am 12.4.2002.

Die Mutter (Antragstellerin) ist deutsche Staatsangehörige und katholisch; der Vater (Antragsgegner) ist pakistanischer Staatsangehöriger und dem Islam zugehörig. Das AG hat durch Verbundurt. v. 17.7.2003 die Ehe der Parteien geschieden (insoweit rechtskräftig) und die elterliche Sorge für das Kind der Mutter übertragen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Vater sein Begehren, es bei der gemeinsamen Sorge für das Kind zu belassen, weiter.

II. Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

1. Nach Auffassung des OLG entspricht die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Mutter dem Wohl des Kindes am besten. Das OLG stützt sich dabei auf die tatsächlichen Feststellungen des AG, die unverändert fortgelten würden. Die Parteien seien heftig zerstritten; eine Kommunikation finde zwischen ihnen nicht mehr statt. Insbesondere seien die Parteien über die religiöse Erziehung des Kindes uneins. Während die Mutter das Kind taufen lassen und im christlich-katholischen Glauben erziehen möchte, wolle der Vater diese Entscheidung zu einem späteren Zeitpunkt dem Kind vorbehalten. Solange könne indes nicht zugewartet werden; denn die Vermittlung einer glaubensmäßigen Grundeinstellung sei eine der grundlegenden Erziehungsaufgaben der Eltern. Ethische Wertvorstellungen trügen wesentlich zur charakterlichen Entwicklung eines Kindes, insbesondere zu seinem Sozialverhalten, bei. Schon dies mache es notwendig, dass das Kind

in diesem Bereich eine feste Orientierung erhalte. Deshalb sei es erforderlich, der Mutter das alleinige Sorgerecht zu übertragen, damit sie über die Religionszugehörigkeit des Kindes abschließend entscheiden könne. Insoweit sei zu beachten, dass das Kind Mani in einem christlich geprägten Umfeld aufwache und auch das Kind aus erster Ehe der Mutter, zu dem Mani auf Grund eines von der Mutter an den Wochenenden ausgeübten Umgangsrechts Kontakt habe, katholisch erzogen werde.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Leben die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern, wie hier, nicht nur vorübergehend getrennt, ist gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB einem Elternteil auf seinen Antrag – auch ohne Zustimmung des anderen Elternteils – die elterliche Sorge allein zu übertragen, wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht. Diese Regelung bedeutet nicht, dass dem Fortbestand der gemeinsamen Sorge ein Vorrang vor der Alleinsorge eines Elternteils eingeräumt wird. Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame Sorge im Zweifel die beste Form der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung ist. Einer solchen Regelung stünde, wie der Senat dargelegt hat, bereits entgegen, dass sich elterliche Gemeinsamkeit in der Realität nicht verordnen lässt (Senatsbeschl. v. 29.9.1999 – XII ZB 3/99 – FamRZ 1999, 1646, 1647). 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 gelingt, zu Entscheidungen im Interesse des Kindes zu gelangen, ist, wie der Senat (a.a.O.) weiter ausgeführt hat, der Alleinsorge eines Elternteils gegenüber dem Fortbestand der gemeinsamen Sorge der Vorzug zu geben. Die Übertragung der Alleinsorge setzt allerdings konkrete tatrichterliche Feststellungen voraus, aus denen sich ergibt, dass diese Voraussetzung vorliegt und die Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil erfordert. Formelhafte Wendungen, nach denen den Eltern die Kontakt- und Kooperationsbereitschaft fehlt, können das Ergebnis solcher Feststellungen zwar zusammenfassen; sie können aber solche Feststellungen nicht ersetzen. Ebenso wenig entheben sie den Tatrichter der gebotenen Prüfung, ob dem Wohl des Kindes nicht in gleicher oder vergleichbarer Weise auch durch Maßnahmen Rechnung getragen werden kann, die weniger in das Elternrecht einschneiden als der mit der Übertragung der Alleinsorge auf den einen Elternteil einhergehende Entzug des Sorgerechts des anderen Elternteils.

b) Das OLG hat keine konkreten Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergibt, dass die Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter im vorliegenden Fall geboten ist.

Der vom AG angeführte Umstand, dass die Parteien „tief zerstritten“ seien, besagt noch nichts über deren Unfähigkeit, in Angelegenheiten ihres gemeinsamen Kindes zu gemeinsamen

kindeswohlverträglichen Lösungen zu gelangen. Die Annahme des OLG, eine Kommunikation finde zwischen den Parteien (schlechthin) nicht mehr statt, wird durch die vom OLG in Bezug genommenen Feststellungen des AG nicht getragen und auch sonst durch keine konkreten Tatsachen belegt.

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. Zwar ist es eine wichtige Aufgabe der Eltern, ihrem Kind ethische Wertvorstellungen zu vermitteln und es zu einem angemessenen Sozialverhalten zu erziehen. Dies kann, muss aber nicht notwendig durch eine frühzeitige und feste Orientierung in einem bestimmten Glauben oder an einer bestimmten Konfession erfolgen. Zudem könnte dem Anliegen, das Kind – etwa im Hinblick auf seine vom OLG betonte christlich-katholische Umgebung – bereits taufen zu lassen, durch eine Entscheidung nach § 1628 BGB Rechnung getragen werden. Dass der Vater sich darüber hinaus der Integration des Kindes in seine christliche Umgebung widersetzt, ist nicht festgestellt. Das amtsgerichtliche Urteil gibt insoweit nur bestrittene Behauptungen der Mutter wieder. Das gilt auch für das angebliche Verbot des Genusses von Schweinefleisch, das in der angefochtenen Entscheidung als unstrittig behandelt, in dem darin ausdrücklich in Bezug genommenen amtsgerichtlichen Urteil aber als streitig dargestellt wird (vgl. insoweit BGH Ur. v. 9.3.2005 – VIII ZR 381/03 – zur Veröffentlichung bestimmt). Im Übrigen könnten auch solche weitergehenden („Alltags-“)Probleme, die in der unterschiedlichen religiösen Ausrichtung der Eltern begründet sind, durch eine Teilübertragung des Sorgerechts gelöst werden. Einer generellen Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter bedarf es dazu nicht. Der Umstand, dass das Kind der Mutter aus erster Ehe, mit dem die Mutter am Wochenende Umgang hat und das deshalb auch zum Kind Mani Kontakte unterhält, katholisch erzogen wird, rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

— Anmerkung

Der Beschluss des 12. Senates des BGH vom 11.5.2005 gibt Anlass zu nachstehenden Anmerkungen sowie einem Hinweis:

Anmerkung 1: Zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Eingangs wiederholt der Senat die Grundsätze aus dem Beschl. v. 29.8.1999.¹

Der Fortbestand der gemeinsamen Sorge hat nicht Vorrang vor der Alleinsorge eines Elternteils; es besteht keine gesetzliche Vermutung, wonach die Fortführung der gemeinsamen Sorge im Zweifel die beste Form der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung sei.

Gemeinsamkeit lässt sich in der Realität nicht verordnen. Fortwährender Streit der Eltern kann für das Kind zu Belastungen führen, die mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sind.

¹ Abgedruckt in FF 1999, 184 ff.

Die Übertragung der Alleinsorge setzt **konkrete tatrichterliche Feststellungen** voraus, wonach die oben erwähnte Voraussetzung vorliegt. Hierzu reichen formelhafte Wendungen, etwa Fehlen der Kontakt- und Kooperationsbereitschaft sowie, die Eltern seien tief zerstritten, nicht aus.

Es ist also Aufgabe des Rechtsanwalts/der Rechtsanwältin, bereits im Sorgerechtsantrag die einzelnen Voraussetzungen konkret zu benennen und unter Beweis zu stellen, wonach die Begründung der Alleinsorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Unabhängig vom Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 12 FGG war wohl der Vortrag der Antragstellerin im entschiedenen Fall nicht nach „den Regeln der Kunst“.

Anmerkung 2: Teilübertragung des Sorgerechts

Nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist dem Sorgerechtsantrag nur stattzugeben, **soweit** dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

Dies beinhaltet den Grundsatz der Erforderlichkeit der entsprechenden Maßnahme oder des geringstmöglichen Eingriffes in die fortwährende gemeinsame Elternverantwortung.

Da sich der konkrete Vortrag der Antragstellerin offensichtlich nur auf Konfessionsfragen bezieht, hätte es bereits vom Vortrag her nicht einer generellen Übertragung der Alleinsorge bedurft. Vielmehr wäre eine Teilübertragung, beschränkt auf Glaubens- und Konfessionsfragen, ausreichend gewesen.

Anmerkung 3: Zu § 1628 BGB

Das Familiengericht kann einem Elternteil die Alleinentscheidungsbefugnis in Bezug auf eine einzelne Angelegenheit oder eine bestimmte Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge von erheblicher Bedeutung übertragen, wenn die Eltern sich insoweit nicht einigen.

Die gerichtliche Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis bei Meinungsverschiedenheiten ist somit im Verhältnis zur Übertragung der Alleinsorge für bestimmte Bereiche der geringere Eingriff in die gemeinsame Elternverantwortung.

Die Grenze zwischen § 1671 Abs. 2 Ziff. 2 BGB und § 1628 BGB lässt sich nicht in jedem Falle klar bestimmen.

Wenn es vorliegend alleine um die Frage der Taufe des dreijährigen Sohnes ging, wäre dies zweifellos ein Fall für eine Entscheidung nach § 1628 BGB gewesen.

Wenn jedoch die Antragstellerin konkret vorgetragen und bewiesen hätte, dass der Vater sich einer Integration des Kindes in seine christliche Umgebung widersetzen würde, wäre insoweit eine Teilübertragung des Sorgerechtes in Betracht gekommen.

Offensichtlich fehlte auch insoweit der konkrete Vortrag bzw. die entsprechende Ermittlung durch zwei Instanzen.

Hinweis

Es besteht der Verdacht, dass der BGH-Senat das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKERzG)² übersehen hat.

Für Streitigkeiten zwischen Eltern über Angelegenheiten der religiösen Erziehung eines Kindes ist gem. § 7 RelKERzG das **Vormundschaftsgericht zuständig**. An dieser Zuständigkeit

wurde auch durch das Kindschaftsreformgesetz, das am 1.7.1998 in Kraft trat, nichts geändert.

Hierzu meinte *Büttner*: „Dass dem VormG die Zuständigkeit nach § 2 III RelKERzG verbleibt, ist eine **Kuriosität**. Die Beibehaltung der teilweise schon als **obsolet** angesehenen Vorschrift damit zu rechtfertigen, dass sie vor allem bei Vormundschaften von Bedeutung sei, kann nicht überzeugen.“³

Erst im jetzt vorliegenden Referentenentwurf zum FGG-Reformgesetz sollen gem. Art. 26 in den §§ 2 Abs. 3 S. 1, 3 Abs. 2 S. 2 und 7 Satz 1 RelKERzG jeweils die Worte „Vormundschaftsgericht“ durch „Familiengericht“ ersetzt werden.

Nach der Einzelbegründung handelt es sich hierbei lediglich um Anpassungen auf Grund der vorgesehenen Auflösung des Vormundschaftsgerichtes und der Neuverteilung der Zuständigkeiten auf das Familien- und das Betreuungsgericht.

Im Zusammenhang mit der bevorstehenden Diskussion zum FGG-Reformgesetz könnte durchaus darüber nachgedacht werden, das RelKERzG ersatzlos zu streichen.

Wie dem auch sei: Es ist tröstlich festzustellen, dass offensichtlich auch BGH-RichterInnen bestehende Vorschriften übersehen.

Sven F. Fröhlich, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Familienrecht, Offenbach am Main

Anm. der Red.:

Vgl. auch die Anmerkung von *Luthin*, FamRZ 2005, 1167.

² Abgedruckt in Beck-Texte FamR, 10. Aufl., Nr. 11 und in MüKo/Huber, 4. Aufl., Anhang zu § 1631.

³ FamRZ 1998, 585 ff., 587.

Umgangskonflikt eines Elternteils mit den Großeltern

§ 1684 BGB

Allein die Tatsache, dass sich Großeltern zur Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas bekennen und der Großvater ein sog. Ältester ist, kann keinesfalls zu einem Umgangausschluss führen, wenn die Großeltern zusichern, die religiöse Erziehung allein den Eltern zu überlassen.

AG Fürstenfeldbruck, Beschl. v. 5.7.2005 – 1 F 202/2005

Gründe: I. Die Parteien haben am ... geheiratet, am ... kam das gemeinsame Kind auf die Welt, zu diesem Zeitpunkt lebten die Parteien aber schon getrennt, nämlich seit ...

Das Kind hat sich seit seiner Geburt bei der Mutter aufgehalten, diese gewährleistet einen intensiven Kontakt zum Vater und den Großeltern väterlicherseits, sie fährt daher regel-