

Beschluss

OLG Hamm, § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB Alleinsorge für die Mutter

1. Die Mutter hat im Hauptsacheverfahren einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf die Sorgerechtsübertragung, auch wenn konkrete, die Alltagskompetenz nach § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB überschreitende Entscheidungen in Kindesbelangen derzeit nicht anstehen. Denn es kann der ungestörten Entwicklung und damit dem Wohl des Kindes nicht dienlich sein, für jeden künftig auftretenden Entscheidungsbedarf das Erfordernis eines gerichtlichen Verfahrens vor Augen haben zu müssen.

2. Anordnung der Alleinsorge beim Fehlen einer tragfähigen sozialen Beziehung bzw. eines Mindestmaßes an Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit. Emails des Vaters an die Mutter in herablassender und provokanter Art rechtfertigen eine Kommunikationsverweigerung der Mutter.

(Leitsätze der Redaktion)

Beschluss des OLG Hamm vom 24.11.2015, 14 UF 156/15

Aus den Gründen:

[...] Das Amtsgericht hat zu Recht die gemeinsame Sorge der beteiligten Eltern für die betroffenen Kinder nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aufgelöst und das Sorgerecht der Antragstellerin antragsgemäß allein übertragen. Der Senat teilt vollumfänglich die ausführliche und sorgfältige Begründung der amtsgerichtlichen Entscheidung und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf sie Bezug.

Die dagegen gerichteten Beschwerdeangriffe vermögen nicht zu überzeugen. Die Dauer des Sorgerechtsverfahrens kann von vornherein keinen Einfluss auf die materiell-rechtlich zu treffende Entscheidung haben. Verfahrensfehler im eigentlichen Sinn sind dem Amtsgericht nicht unterlaufen. [...] Dass es zu dem ursprünglich vorgesehenen Sachverständigengutachten nicht gekommen ist, ist unschädlich, weil auch ohne ein solches hinreichende Erkenntnisgrundlagen für die zu beurteilenden Fragen vorhanden waren.

Soweit der Antragsgegner das Unterlassen speziell eines lösungsorientierten Gutachterverfahrens, d.h. eines Einigungsversuchs des bzw. eines Sachverständigen vor der eigentlichen Gutachtenerstattung nach § 163 Abs. 2 FamFG, bemängelt, liegt auch kein Verfahrensfehler vor, weil es sich nur um eine Kann-Bestimmung handelt. Nur dem Gericht selbst legt das Gesetz ein Hinwirken auf ein Einvernehmen auf, nämlich in § 156 FamFG.

Das Kriterium für eine Auflösung der gemeinsamen Sorge ist entgegen der Auffassung des Antragsgegners durch die Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2009 (FamRZ 2010, 1403) nicht gegenüber der früheren

Rechtslage verschärft worden. Zwischen den Begriffen der tragfähigen sozialen Beziehung und des Mindestmaßes an Übereinstimmung und Kooperationsfähigkeit besteht in der Sache kein messbarer Unterschied. Bereits in der Entscheidung BGH FamRZ 2008, 592 sind die Begriffe der tragfähigen sozialen Beziehung (Juris-Rn. 11) und des Mindestmaßes an Verständigungsmöglichkeiten (Juris-Rn. 12) ohne sachliche Unterscheidung verwendet worden, ähnlich wie zuvor in der Entscheidung BVerfG FamRZ 2004, 354 /Juris-Rn. 10). Dort ist ferner ausgeführt, dass kein grundsätzlicher Vorrang der gemeinsamen gegenüber der Alleinsorge besteht. Schließlich hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 21.7.2009 auch nicht ausgesprochen, dass Voraussetzung für die Auflösung der gemeinsamen Sorge eine bereits unmittelbar akute Kindeswohlgefährdung sein müsse. Vielmehr soll von vornherein vermieden werden, dass – langfristig – „das Kind in seiner Beziehungsfähigkeit beeinträchtigt und in seiner Entwicklung gefährdet“ wird, wenn die Eltern ihren Konflikt auf seinem Rücken austragen (vgl. a.a.O. Juris-Rn. 50).

Dass konkrete, die Alltagskompetenz nach § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB überschreitende Entscheidungen in Kindesbelangen derzeit nicht anstehen, kann der Übertragung der Alleinsorge in einem Hauptsacheverfahren nicht entgegenstehen. Es kann der ungestörten Entwicklung und damit dem Wohl des Kindes nicht dienlich sein, für jeden künftig auftretenden Entscheidungsbedarf das Erfordernis eines gerichtlichen Verfahrens, sei es für eine Einzelfallentscheidung nach § 1628 BGB oder dann auf eine einstweilige Anordnung über das Sorgerecht im Ganzen gerichtet, vor Augen haben zu müssen. Auch die vom Antragsgegner zitierte Entscheidung BGH FamRZ 2005, 1167 trägt seine Auffassung in diesem Punkt nicht. Im dortigen Fall stand nämlich nicht nur (außerhalb des Teilbereichs der religiösen Erziehung) keine konkrete Entscheidung in Kindesbelangen an, sondern es fehlte auch – im Gegensatz zum vorliegenden Fall – an einer hinreichenden Tatsachengrundlage für die Annahme einer generellen Kommunikationsunfähigkeit der Eltern (vgl. Juris-Rn. 8 f.).

Ebensowenig kann eine „faktische Duldung“ von Alleinentscheidungen der Antragstellerin durch den Antragsgegner eine förmliche Sorgerechtsübertragung entbehrlich machen. Denn ein rechtswirksames Handeln für die Kinder im Außenverhältnis ist der Antragstellerin allein aufgrund einer „faktischen Duldung“ in der Regel nicht möglich, soweit die Alltagskompetenz überschritten wird. Eine trotz gemeinsamen Sorgerechts allein vorgenommene Schulanmeldung, ein allein unterzeichneter Krankenhausaufnahmevertrag oder sonstiger bedeutender Vertrag ist nämlich mangels ausreichender Vertretungsmacht nicht wirksam.

Zu Unrecht zieht sodann der Antragsgegner die Feststellung des Fehlens einer tragfähigen sozialen Beziehung bzw. eines Mindestmaßes an Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit für den gegenwärtigen Zeitpunkt als solche in Zweifel. Auf die eingehenden Ausführungen des Amtsgerichts hierzu – S. 7 bis 9 Mitte des angefochtenen Beschlusses – wird wie gesagt Bezug genommen. Insbesondere sei auf die noch im Juni und Juli 2015 von dem Antragsgegner versandten e-Mails (Anlagen zu den Schriftsätzen vom 17. und 20.7.2015) verwiesen, die in ihrer herablassenden und provokanten Art selbst eine Kommunikationsverweigerung durch die Antragstellerin als ohne weiteres verständlich erscheinen lassen würden. Davon abgesehen kommt es für die Feststellung einer die gemeinsame Sorgeausübung hindernden Kommunikationsunfähigkeit ohnehin nicht darauf an, von welchem Elternteil sie überwiegend verursacht ist (vgl. BGH FamRZ 2008, 592, Juris-Rn. 14 f.).

Eine weitere Bestätigung für die auch jetzt noch fehlende Kooperationsbasis liegt in dem im Umgangsverfahren (14 UF 135/14) erstatteten Gutachten der Sachverständigen (x) vom 17.9.2015. Dort ist die Sachverständige nach Exploration aller Beteiligten zu dem Ergebnis gelangt, dass auch gegenwärtig noch von einem hohen elterlichen Konfliktpotential auszugehen ist (S. 33), wenn es sich auch in seiner Intensität im aktuellen Gutachtenverlauf gemildert habe (S. 35). Verhaltensänderungen beim Vater bzw. hiesigem Antragsgegner seien aber erst noch zu bewirken (S. 37), so dass z.B. Voraussetzung für den Neubeginn von Umgangskontakten eine zuvor noch stattfindende Mediation zwischen den Eltern sei (S. 38).

Das Verfahren ist aber nicht auf einseitigen Antrag für die Dauer einer solchen Mediation auszusetzen. Ob sich durch sie eine tragfähige soziale Beziehung bzw. ein Mindestmaß an Kooperationsfähigkeit wiederherstellen lassen wird, und bereits ob es überhaupt in absehbarer Zeit zu ihr kommen wird, ist nicht hinreichend vorherzusagen. In dieser Situation hat auch die Antragstellerin einen verfahrensrechtlichen Anspruch darauf, dass auf der Grundlage des gegenwärtigen, entscheidungsreifen Zustandes auch eine Entscheidung getroffen und die amtsgerichtliche Entscheidung bestätigt wird. Etwas anderes hätte nur gegolten, wenn sie ebenfalls eine vorrangige Mediation gewünscht hätte; dann wäre gemäß § 36a Abs. 2 FamFG das Verfahren auszusetzen gewesen. Indes hat sie in ihrer Beschwerdeerwiderung vom 11.11.2015 eine Mediation gerade abgelehnt. (...)

Die Voraussetzungen für die vom Antragsgegner beantragte Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG sind weder vorgetragen noch von Amts wegen ersichtlich. (...)

Eingesandt von RAin Anne Meyer, Bochum