

Susanne Pötz-Neuburger

## Ein Jahr Sorgerechtsreform: Entwicklungen und Erfahrungen

Die gesetzlichen Änderungen im Kindschaftsrecht, soweit sie die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung betreffen, sind in dieser Zeitschrift ausführlich kommentiert und kritisiert worden<sup>1</sup>. Als es dann am 1.7.1998 soweit war, habe ich nicht mit großen Veränderungen in meinem anwaltlichen Alltag gerechnet. Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge bestand schließlich auch vorher schon. Daß die über die Kinder ausagierten Konflikte der sich trennenden Paare geringer werden würden, hatte ich nicht erwartet, aber doch angenommen, sie würden im Rechtsalltag eine geringere Rolle spielen und sich mehr in den nicht justiziablen Privatbereich verlagern.

Nach einem Jahr *procedere* unter dem neuen Kindschaftsrecht sehe ich mich gründlich getäuscht. Es gibt einen völlig neuen Typ Sorgerechtsverfahren und auch vor den Umgangsrechtsverfahren macht diese Entwicklung nicht halt. Eine erste Bestandsaufnahme ist angebracht.

Den Sorgerechtsverfahren alten Typs lagen üblicherweise folgende Situationen zugrunde:

In höchstens 2% der Fälle (meine Schätzung) waren sich die Eltern anlässlich Trennung und Scheidung uneins, bei wem die Kinder künftig leben sollten, bei noch nicht schulpflichtigen Kindern war das noch seltener der Fall. Mit Hilfe von Jugendamt und – gelegentlich – Sachverständigen klärte das Familiengericht, von welchem Elternteil das Kind unter den Gesichtspunkten Kontinuität, Bindung und Förderung besser betreut werde, und übertrug diesem Elternteil die alleinige elterliche Sorge. Gemeinsame elterliche Sorge kam nicht in Betracht, wenn schon über den Lebensmittelpunkt Uneinigkeit bestand. Dies waren die streitigen Verfahren.

In 98% der Fälle gab es über den künftigen Lebensmittelpunkt des Kindes keinen Dissens. Die von Gesetzes wegen notwendige Scheidungsfolgsache Sorgerecht endete in der Regel friedlich mit der einvernehmlichen Übertragung des Sorgerechts auf

den betreuenden Elternteil oder auf beide Eltern gemeinsam, wenn beide dies wollten. Dies waren die unstreitigen Verfahren und sie waren die überwältigende Mehrheit.

Und heute? Heute gibt es einen neuen und zunehmenden Typ streitiger Verfahren:

Die Eltern sind sich zwar einig, bei welchem Elternteil das Kind künftig seinen Lebensmittelpunkt haben soll, und es ist nach wie vor in den meisten Fällen die Mutter, die die Kinder betreut<sup>2</sup>. Trotzdem führen sie ein Streitiges Sorgerechtsverfahren, nämlich darüber, ob der Mutter die alleinige Sorge übertragen wird oder ihr – gegen ihren ausdrücklichen Willen – die gemeinsame elterliche Sorge aufgezwungen wird. In diesen Sorgerechtsverfahren neuen Typs hat sich die Fragestellung grundlegend verändert. Sie ergibt sich exemplarisch aus dem Text der beiden folgenden gerichtlichen Gutachtenaufträge<sup>3</sup>. Dieser lautete zunächst:

„Es soll Beweis erhoben werden über die Frage, ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf die Antragstellerin dem Wohle des Kindes A. am besten entspricht, insbesondere, ob sich nach Neigungen, Bindungen und Willen des Kindes eine stärkere Hinwendung zum anderen Elternteil feststellen läßt.“

Darauf kommt es indes nicht mehr an, soweit die Eltern – wie hier – über den Lebensmittelpunkt einig sind. Der nach Gegenvorstellung abgeänderte Beschluß lautete dann zutreffend:

„Es soll Beweis erhoben werden über die Frage, ob die Aufhebung der elterlichen Sorge und die Übertragung auf die Antragstellerin dem Wohle des Kindes A. am besten entspricht, insbesondere ob diese Maßnahme aufgrund der mangelnden Kooperationsfähigkeit und Kooperationswilligkeit der Eltern, der Gewaltanwendung eines Elternteils gegen den anderen bzw. der mangelnden Eignung des Antragsgegners zur Pflege und Erziehung des Kindes oder der Gleichgültigkeit des Antragsgegners erforderlich ist.“

Nicht mehr das Kind steht im Mittelpunkt des Verfahrens, sondern die Eltern, auch wenn der Wortlaut des Gesetzes mit der Anknüpfung an das Kindeswohl etwas anderes suggeriert. Und wenn zwei Erwachsene sich vor einem Zivilgericht über Fragen streiten, für die es neue gesetzliche Regelungen gibt, nimmt es nicht wunder, wenn sich die Rechtsprechung zunächst mit der Frage einer 'Beweislast' im Sorgerechtsverfahren befaßt hat, wobei klar ist, daß in

1 Siehe u.a. Flüge, Sibylla: Ambivalenzen im Kampf um das Sorgerecht – Die Geschichte der elterlichen Sorge und die aktuelle Diskussion um die „gemeinsame Sorge“, STREIT 91,4 ff.; Bahr-Jendges: Buchbesprechung zu Jutta Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, STREIT 91,19ff.; dies.: Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch? STREIT 93, 27 ff.; Breithaupt: Bemerkungen zur Kindschaftsrechtsreform, Teil 1 STREIT 98, S. 62 ff., Teil 2 STREIT 98, S. 119 ff.

2 Auch die Betreuung durch den Vater kommt natürlich vor und ist im weiteren Text jeweils beim Begriff der 'Mutter' mitgemeint.

3 Im Verfahren 631 F 14/98 des Amtsgerichts Hamburg-Hamburg.

solchen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt.

### Die neue Gretchenfrage

Die neue Streitfrage lautet: Ist die gemeinsame elterliche Sorge der normative Regelfall und die Alleinsorge die Ausnahme, die als Abweichung von der Regel der besonderen Begründung bedarf, wie es explizit das OLG Stuttgart und das OLG Hamm postulieren<sup>4</sup>? Dies würde bedeuten, daß der 'Regelfall' der gemeinsamen elterlichen Sorge immer dann einzutreten hätte, wenn nicht überwiegende Gründe des Kindeswohls dagegen vorgebracht werden. Die 'Beweislast' hätte die Mutter, die das Kind betreut und die sich gegen eine gemeinsame Sorge wendet.

Als rigidester Verfechter des 'Regelfalls' erweist sich das OLG Zweibrücken<sup>5</sup>. Es auferlegt den zerstrittenen Eltern schlicht eine Einigungspflicht und beläßt es bei der gemeinsamen Sorge. Von getrennt lebenden Eltern wird also die Trennung der Paarebene von der Elternebene gefordert ohne Rücksicht darauf, ob sie dazu überhaupt in der Lage sein werden und ob sie auf Elternebene überhaupt kommunizieren können. Eine elterliche Pflicht, sich zur Herstellung dieses rechtlich gewünschten Zustands einer Psychotherapie zu unterziehen, wäre die logische Folge.

Setzte sich diese Rechtsprechung durch, so wäre sie ein klassisches Arbeitsbeschaffungsprogramm für Familiengerichte und Jugendämter. Mit Eltern, die im Zwangssorgerecht aneinander gebunden sind, dürften die Gerichte dann häufiger zu tun haben. Schließlich kann nach § 1628 BGB das Familiengericht angerufen werden, wenn in einzelnen Fragen von Bedeutung oder in ganzen Erziehungskomplexen keine Einigkeit erzielt werden kann. Jeweils wäre die Stellungnahme des Jugendamtes einzuholen, jeweils das Kind gerichtlich anzuhören, jeweils wäre ein Rechtsmittelzug eröffnet. Bis schließlich der betreuende Elternteil vom Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Recht zur Entscheidung in schulischen und sportlichen Angelegenheiten bis zur Alleinentscheidung über die Religionswahl fast alle denkbaren Entscheidungsbereiche einzeln übertragen erhalten hat. Aber am 'Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge' wäre festgehalten worden – ohne Rücksicht auf Verluste bei allen Beteiligten.

Eine Durchsicht der im ersten Jahr der Kindschaftsrechtsreform zu dieser Frage ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen führt jedoch nicht zu dem Ergebnis, daß sich diese Rechtsauffassung als

herrschende Meinung durchgesetzt hätte. Vielmehr ergibt sich ein vielfältiges Spektrum von theoretischen und praktischen Herangehensweisen an die neue Sorgerechtsproblematik<sup>6</sup>.

Zunächst spricht das Kammergericht in einer Entscheidung vom 17.12.1998<sup>7</sup> vom 'Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge', das eine Abweichung nur dann rechtfertige, „wenn nicht zu erwarten ist, daß einvernehmliche Entscheidungen möglich sein werden“. In einer späteren Entscheidung vom 20.2.1999<sup>8</sup> hebt das Kammergericht dann allerdings darauf ab, daß trotz der wieder gelingenden Verständigung und Zusammenarbeit der Eltern die eindeutige Entscheidung der Kindesmutter für eine Alleinsorge und das Bestehen familiärer Konflikte den Ausschlag für eine Alleinsorgeentscheidung geben.

Das OLG Nürnberg<sup>9</sup> schlägt eine zweistufige Prüfung vor: es sei nacheinander zu klären, ob die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und sodann die Übertragung auf den antragstellenden Elternteil dem Wohl des Kindes am besten diene. Maßstab sei die (mangelnde) Einigungsfähigkeit der Eltern in der Vergangenheit.

In einer Entscheidung vom 1.12.1998 hebt das OLG Stuttgart<sup>10</sup> darauf ab, daß bereits die fehlende Einigkeit der Eltern über den Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge ein Indiz gegen das gemeinsame Sorgerecht sei, soweit schädliche Auswirkungen der Verweigerungshaltung eines Elternteils auf das Kind nicht ausgeschlossen werden könnten. Maßstab seien nicht die wiederholte Unfähigkeit der Eltern zur Einigung, sondern die Auswirkungen dieser mangelnden Einigungsfähigkeit auf das Kind. Mit dieser Argumentation rückt das Kind auch wieder ins Blickfeld.

Mangelnde Einigungsfähigkeit, ohne daß das Verschulden daran geprüft würde, oder das Fehlen eines tragfähigen Maßes an Einvernehmen sind auch für das OLG Frankfurt<sup>11</sup> und das OLG Nürnberg<sup>12</sup> herausragende Anhaltspunkte dafür, daß die Alleinsorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Das OLG Hamm<sup>13</sup> sieht in unterschiedlichen Auffassungen zur Lebensgestaltung der Kinder (hier: Uneinigkeit über den Lebensmittelpunkt) verbunden mit

4 OLG Hamm v. 25.8.98, FamRZ 99, 38; OLG Stuttgart v. 9.9.98, FamRZ 99,39; ebenso Quack, FamRZ 99, 809 f. in einer Anmerkung zur gegenteiligen Auffassung des KG v. 10.2.1999, FamRZ 99, 808.

5 Entsch. v. 1.10.1998, FamRZ 99, 40 = NJW 99, 3786.

6 Hierzu im Überblick Oelkers, FuR 99, 349, der zutreffend darauf hinweist, daß weder der Gesetzgeber noch das BVerfG in seiner grundlegenden Entscheidung vom 3.11.1982 (BVerfGE 61, 358 unter B III 3c = FamRZ 82, 1179) die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall machen wollten.

7 FamRZ 99, 737.

8 FamRZ 99, 808.

9 Entsch. v. 17.11.98, FamRZ 99, 673.

10 18 UF 389/98, unveröffentlichte Entscheidung. Sie ist wiedergegeben in den Gründen der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des GBH v. 29.9.99.

11 Entsch. v. 30.12.99, FamRZ 99, 612.

12 Vgl. FN 7.

13 Entsch. v. 2.8.98, FamRZ 99, 320.

großer Wohnortentfernung der Eltern und wechselseitigen Vorbehalten gegen die Erziehungsfähigkeit des anderen Elternteils hinreichende Gründe, die Alleinsorge anzuordnen.

Nur ein Teil der Gerichte erlegt also dem Elternteil, der die Alleinsorge beantragt, die 'Beweislast' auf. Diskutiert wird vielmehr eine Indizwirkung der fehlenden Einigkeit über das Sorgerecht dahingehend, daß dann die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl am meisten diene<sup>14</sup>. Die fehlende Übereinstimmung hinsichtlich des Sorgerechts weist danach bereits auf allgemein fehlende Einigungsfähigkeit der Eltern hin. In der Folge dieser Auffassung erweisen sich – bei Einigkeit über den Lebensmittelpunkt des Kindes – die Bereitschaft und Fähigkeit der Eltern zur Einigung in wesentlichen Fragen und die Auswirkungen mangelnder Einigkeit auf das Kind als die bestimmenden Kriterien für die Entscheidung des Gerichts über Alleinsorge oder Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge.

Hieraus folgt, daß es kein Regel-Ausnahme-Verhältnis gibt, eine Auffassung, der sich die Gerichte im Verlauf des ersten Jahres der Sorgerechtsreform nach meinem Eindruck mehrheitlich angeschlossen haben. Allerdings ist für die anwaltliche Tätigkeit von Bedeutung, daß der bloße Wunsch nach alleiniger Sorge nicht ausreichend ist. Er indiziert lediglich das Fehlen von Kooperationsbereitschaft. Hinzu kommen muß jedoch ein differenzierter Vortrag, der anhand konkreter Vorfälle die Prognose erlaubt, das Kindeswohl erfordere eine Alleinsorge. Dabei können Vorfälle zwischen den Eltern, die mit dem Kind nichts zu tun haben, entgegen einiger Stimmen in der Rechtsprechung nicht von vornherein als irrelevant abgetan werden. Es ist lebensfremd anzunehmen, zerstrittene Eltern könnten wirklich die Paarebene von der Elternebene trennen<sup>15</sup>.

### Tägliches Leben und bedeutungsvolle Entscheidungen

Ist gemeinsame Sorge vereinbart oder angeordnet, so fragen sich die Eltern, was denn wohl Angelegenheiten des täglichen Lebens und was solche von erheblicher Bedeutung sind. Auch hierüber kann – zu Lasten des Kindes – erheblicher Dissens entstehen und den Eltern ein erneutes Treffen vor Gericht bescheren. Einen solchen Fall betrifft die Entscheidung des OLG Köln<sup>16</sup>. Die Parteien haben während des Zusammenlebens ihr – damals noch jüngerer –

Kind zu Urlaubsreisen nach Ägypten mitgenommen. Nach der Trennung will die Mutter wie früher mit dem Kind Urlaub in Ägypten machen, jetzt aber allein. Der gemeinsam sorgeberechtigte Vater hält seine Zustimmung für erforderlich und erteilt sie nicht. Das OLG hält eine solche Ferienreise für eine Entscheidung von erheblicher Bedeutung, im wesentlichen wegen der fremden Sprache und der Gefahren verschmutzten Wassers beim Zähneputzen, und untersagt der Mutter folgerichtig gemäß § 1628 BGB die Mitnahme des Kindes in ihren Urlaub.

Wenn dieses Beispiel Schule macht, muß jede Mutter bei einem Reiseziel in nicht deutschsprachige Länder befürchten, daß der Vater ihr bzw. dem Kind die Reise verbietet. Zu den bekannten Ferienumgangsrechtsverfahren vor Beginn der Urlaubssaison kommt dann womöglich noch eine Welle von richterlichen Begutachtungen der Gefahren verschiedenster Urlaubsziele für Kinder jeden Alters, denn dies wäre das Kriterium für die Abgrenzung zu einer Entscheidung des täglichen Lebens (§ 1687 BGB). Es ist zu hoffen, daß die Gerichte schon aus Eigeninteresse, aber auch zur Schonung der Nerven<sup>17</sup> ge-

14 So wohl auch Oelkers a.a.O. S. 352.

15 Zutreffend KG FamRZ 99, 616, sowie Schwab, FamRZ 98, 457, 463.

16 Entsch. v. 26.10.99, FamRZ 99, 249.

17 Dazu der Bericht einer Mutter 'Den grauen Alltag kennt der doch gar nicht' in: Brigitte Heft 17/99, 148 ff.

meinsam sorgeberechtigter aber allein betreuender Mütter die Meßlatte für Entscheidungen von erheblicher Bedeutung langfristig etwas höher hängen.

### Erste anwaltliche Erfahrungen

Die Auswirkungen der Sorgerechtsänderungen auf Beratungspraxis und forensische Tätigkeit feministischer Anwältinnen war Thema einer Arbeitsgruppe auf dem 25. Feministischen Juristinnentag im Mai 1999 in Bremen.

Übereinstimmend wurde berichtet, daß die Mandantinnen den Medien entnommen hatten, die alleinige elterliche Sorge sei praktisch abgeschafft. Im Vergleich zu früher, als zwischen Trennung und Scheidung das Sorgerecht in der Regel auch ein gemeinsames war, berichten Mandantinnen von erheblich mehr Kontrolle und konfliktschürendem Hineinreden der Väter in das tägliche Leben der Mutter mit dem Kind, etwa wenn der Vater sich nun für berechtigt hält zu verbieten, daß das Kind vom neuen Lebensgefährten der Mutter zum Kindergarten gebracht wird. Insgesamt besteht bei den betroffenen Frauen erhebliche Unsicherheit darüber, ob eine Alleinsorge noch beantragt werden kann, wie weit die Rechte der nicht betreuenden Väter gehen und ob frau ihnen auch Pflichten abverlangen kann. Der Beratungsbedarf nach Trennung hat sich auf dem Gebiet des Sorgerechts eher erhöht als verringert. Wieweit hierfür die gesetzlich vorgesehenen Beratungsmöglichkeiten der Träger der Jugendhilfe in Anspruch genommen werden, bleibt abzuwarten.

Die nach der Trennung aufgesuchte Rechtsanwältin erweist sich als die erste Entscheidungsinstanz in der Frage der Beibehaltung gemeinsamer oder der Beantragung alleiniger Sorge. Deutlich wurde, daß die Anwältinnen bislang Anträge auf alleinige Sorge eher restriktiv gestellt haben, weil sie eine pessimistische Einschätzung der zu erwartenden Entscheidung hatten. Diese beruht sowohl auf der Befürchtung, die Regel-Ausnahme-Rechtsprechung werde sich durchsetzen, als auch auf einer gewissen Unsicherheit darüber, welche Argumente angesichts der veränderten Rechtslage den Ausschlag geben werden. Insoweit wird bereits im Vorfeld ein erheblicher Teil gewünschter Alleinsorge als nicht durchsetzbar aussortiert. Für einen solchen vorausseilenden Gehorsam besteht aber nach dem vorher Gesagten kein Anlaß.

Mütter verbinden mit der gemeinsamen Sorge vor allem der Wunsch nach Übernahme von mehr Verantwortung durch die Väter. Wenn diese Erwartung erfüllt wird, erscheint ihnen die Pflicht zur Abstimmung in wesentlichen Fragen auch folgerichtig. Vor diesem Hintergrund schreiben einige Anwältinnen zu Beginn des Getrenntlebens regelmäßig die Väter an und fordern Sie zur Übernahme von Verant-

wortung für das Kind auf, z.B. durch Teilnahme an Elternabenden und schulischen Elternsprechtagen, durch Begleitung des Kindes zu Vorsorgeuntersuchungen oder Sportveranstaltungen<sup>18</sup>. Zeigt der Vater ein derartiges Engagement, fällt der Mutter in der Regel das Akzeptieren gemeinsamer Sorge nicht schwer. Wenn er sich jedoch von derartigen Pflichten fernhält, sich womöglich, wie ein Vater im streitigen Sorgerechtsverfahren vortrug, 'lediglich seine Rechte an dem Kind vorbehält', so dürfte dies genügend Grund für die Beantragung der Alleinsorge sein: wie will ein Vater über Fragen von Schullaufbahn und Gesundheitsfürsorge mitentscheiden, wenn er sich keine eigene Kenntnis verschafft außer – vielleicht – durch ein Gespräch mit dem Kind? Eine derartige Verweigerungshaltung, wie sie häufig anzutreffen ist, könnte die Alleinsorge als dem Wohl des Kindes dienlicher erscheinen lassen. Insofern handelt es sich bei einer solchen anwaltlichen Aufforderung an die fahnenflüchtigen<sup>19</sup> Väter zum Engagement auch um eine paradoxe Intervention.

Ob solchen an der Lebensrealität ausgerichteten Argumenten aber Gehör verschafft werden kann, scheint mir zweifelhaft und hängt wesentlich davon ab, ob die nicht nur verbale sondern auch tätige Mitverantwortung der Väter in den Verfahren regelmäßig als notwendiger Bestandteil gemeinsamer elterlicher Sorge reklamiert wird und verankert werden kann<sup>20</sup>. In der bisher zur Reform des Sorgerechts erschienenen Literatur wird dieser Gesichtspunkt der faktischen Übernahme von Verantwortung jedenfalls nicht als Kriterium herangezogen, wenngleich der Gesetzgeber mit der Reform die Vorstellung verbunden hatte, die gemeinsame elterliche Sorge werde die Unterhaltzahlungsmoral der Väter verbessern und sie zu häufigeren Kontakten mit dem Kind veranlassen, sie also mehr in die Verantwortung für das Kind einbinden. US-amerikanische Untersuchungen haben allerdings jedem Optimismus insoweit die Grundlage entzogen. Entsprechende Untersuchungen sind für die Bundesrepublik in Auftrag gegeben.

Völlig ungeklärt scheint mir noch, ob die gemeinsame elterliche Sorge nicht eine Frage des Prestiges von Vätern ist oder wird. Beeinträchtigt es das Ansehen eines getrennt lebenden Vaters, wenn er die für sein Kind grundlegenden Entscheidungen der Kindesmutter überläßt oder überlassen muß? Daß der Kampf um's Kind nicht wenigen Vätern als Kompen-

18 Vgl. Pötz-Neuburger, Sorgerechts-Selbst-Test für Väter, in STREIT 1997, 8 ff.

19 Benard und Schlaffer, Sagt uns, wo die Väter sind, Reinbek 1991.

20 Nach meiner beruflichen Beobachtung ist es dagegen für die meisten der Mütter, deren Kinder ihren Lebensmittelpunkt beim Vater haben, völlig selbstverständlich, daß sie sich weiterhin um schulische, sportliche und gesundheitliche Angelegenheiten der Kinder kümmern wollen.

sation für in der Ehe oder bei Trennung erlittener Kränkung erscheint, ist hingegen vielen aus ihrer beruflichen Praxis nur zu bekannt<sup>21</sup>.

Es gibt jedoch nicht nur Mütter, sondern auch Väter, die unklare oder unzutreffende Vorstellungen von Sinn und Praxis gemeinsamer elterlicher Sorge haben. Deshalb sollte in geeignet erscheinenden Fällen vor Einleitung eines Sorgerechtsverfahrens zunächst der Vater um Zustimmung zur alleinigen elterlichen Sorge der Mutter gebeten werden, sinnvollerweise verbunden mit einem Angebot zum Umgangsrecht und gegebenenfalls dem Hinweis, welche Mitverantwortung des Vaters die Mutter auch nach Übertragung der Alleinsorge auf sie wünscht oder jedenfalls akzeptieren wird. Läßt sich auf solchem Wege ein Konsens finden, bindet diese Übereinstimmung der Eltern über eine Alleinsorge das Gericht gemäß § 1671 Abs. 2 BGB. Die Reform besteht nämlich nicht in der Konstruktion eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses, sondern in der Schaffung eines Regelungsprimats der Eltern. Dies sollte in der anwaltlichen Praxis nicht übersehen werden.

Sorgfältig zu erwägen ist aus anwaltlicher Sicht, ob ein bereits kurz nach der Trennung gestellter Alleinsorgeantrag erfolgreicher sein wird als ein später oder erst im Verlauf des Ehescheidungsverfahrens als Folgesache begonnenes Sorgerechtsverfahren. Als Argument für eine frühe Antragstellung bei sehr zerstrittenen Parteien wurde der mögliche 'Verbrauch' von Gründen im Verlauf der Trennungszeit angeführt, der die antragstellende Mutter in 'Beweisnot' bringen könnte. Bei frühzeitiger Antragstellung kann es allerdings leicht geschehen, daß sich das Gericht Zeit läßt, um die Entwicklung der Kommunikation der Parteien nach Abflauen der aktuellen Trennungskonflikte abzuwarten. Es ist also darauf zu drängen, daß das Sorgerechtsverfahren nicht bis zur Entscheidungsreife eines später gestellten Scheidungsantrags verzögert wird. Auch gibt es keine gesetzliche Grundlage für die Tendenz einiger Gerichte, das isolierte Sorgerechtsverfahren mit einem später gestellten Scheidungsantrag zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden. Der Entscheidungsverbund ist für das Sorgerechtsverfahren aufgehoben, was sich auch aus den umfangreichen Abtrennungsmöglichkeiten ergibt.

Den Parteien bleibt nach neuer Rechtslage das doppelte Sorgerechtsverfahren – erst für die Trennungszeit, dann nach Scheidung – erspart. Der Sorgerechtsantrag kann jederzeit ab Beginn des Getrenntlebens bis lange nach der Scheidung der Ehe gestellt werden. Von Fällen der Kindesgefährdung abgesehen wird dabei entscheidend sein, wieweit aus der Vergangenheit auf mangelnde Bereitschaft und

Fähigkeit der Eltern zum Zusammenwirken im Interesse des Kindes geschlossen werden kann. Es ist darüberhinaus anzunehmen, daß Differenzen der Eltern um so eher sorgerechtsrelevant sein werden, je kleiner das Kind noch ist. Steht noch eine lange Erziehungszeit bevor, ist die Gefahr schädlicher Auswirkungen der Uneinigkeit der Eltern auf die Entwicklung des Kindes größer als bei Jugendlichen kurz vor Volljährigkeit<sup>22</sup>.

Ist während des einjährigen Getrenntlebens das gemeinsam ausgeübte Sorgerecht konfliktfrei verlaufen, weil sich der Vater nicht um die Angelegenheiten des Kindes gekümmert hat, so kann ein Sorgerechtsantrag als Scheidungsfolgesache dennoch erfolgreich sein, weil bei Passivität des anderen Elternteils die Alleinsorge dem Kindeswohl mehr entsprechen kann.

Noch sehr wenig Erfahrungen gibt es mit der Frage, wieweit für die Sorgerechtsverfahren neuen Typs, in denen die Einigungsfähigkeit der Eltern zum zentralen Gesichtspunkt wird, Sachverständigengutachten benötigt werden. Ist der Lebensmittelpunkt des Kindes bei einem Elternteil unstrittig, dürfte psychologischer Sachverstand eher entbehrlich sein. Die Einigungsunfähigkeit der Eltern wird häufig durch das Gericht selbst festgestellt werden können, auf die Anteile der Eltern an dieser Situation und die Gründe für ihr Konfliktverhalten kommt es nicht an. Ein vermehrter Einsatz von Sachverständigen ist aber zu beobachten, wenn zugleich Schwierigkeiten beim Umgangsrecht bestehen. Hier werden seit einigen Jahren neben den üblichen Feststellungen zu Bindung, Kontinuität und Kindeswille im Rahmen der Prüfung des Förderungsgrundsatzes ausführliche Explorationen zu der Frage angestellt, von welchem Elternteil eher zu erwarten ist, daß der Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil gefördert wird (Bindungstoleranz) bzw. ob die Verhinderung von Umgang Zeichen einer Erziehungsuneignetheit ist. So kommt es zu der paradoxen Situation, daß die vielen Väter, die ihre Kinder nie oder höchst selten oder unregelmäßig besuchen, sich hierfür nie vor Gericht werden verantworten müssen, während die wenigen Mütter, die einen Umgang verweigern, in letzter Konsequenz den Sorgerechtsentzug fürchten müssen. In dem Maße, wie die 'väterlichen Rechte am Kind' verstärkt wurden, häufen sich die Fälle, in denen Väter im Zusammenhang mit streitigen und schwierigen Umgangsregelungen<sup>23</sup> eine Sorgerechtsabänderung beantragen. Die in Umgangsverweigerungsverfahren oft hilflosen

22 Zur gemeinsamen Sorge bei einem 17jährigen Kind: KG v. 17.12.98, FamRZ 99, 737.

23 Dies sind häufig solche, in denen der Vorwurf sexuellen Mißbrauchs erhoben worden ist; so auch im Fall des OLG Köln, Fn 21.

21 Dazu ausführlicher Benard und Schlaffer, aaO. S. 218 ff.

Gerichte erliegen bei dieser Kombination leicht der Versuchung, die Kindesmutter mit der Drohung unter Druck zu setzen, bei weiterer Erschwerung des väterlichen Umgangs könne ihnen das Sorgerecht entzogen und die Übersiedlung des Kindes zum Vater angeordnet werden, dies auch, wenn kaum eines der klassischen Sorgerechtskriterien in der Person des Vaters erfüllt ist. Anwaltliche Aufgabe scheint mir hier ein deutlicher Hinweis darauf, daß die Umgangsverweigerung nur ein Aspekt unter vielen das Kindeswohl beeinflussenden Faktoren ist, die in einer Gesamtschau zu sehen sind<sup>24</sup>. Einschüchterung der Mütter kann nicht zum Wohle der Kinder sein und sollte mit Schärfe zurückgewiesen werden.

### Anwaltsgebühren im Sorgerechtsverfahren

Die Situation ist wenig erfreulich: die Sorgerechtsberatungen bei Trennung oder Einreichung der Scheidung sind schwieriger und ausführlicher geworden. Diese beratende oder außergerichtliche Tätigkeit kann zwar nach §§ 20, 118 BRAGO abgerechnet werden, viele Frauen, vor allem die mit Kindern, sind

jedoch beratungs- und prozeßkostenhilfeberechtigt. Eine angemessene Honorierung der oft umfangreichen Inanspruchnahme scheidet damit aus. Allerdings besteht möglicherweise unverhofft eine gebührenrechtlich günstige Situation bei einem Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag.

Nach der Neufassung des § 613 Abs. 1 Satz 2 ZPO hat das Gericht auch bei Fehlen eines Sorgerechtsantrags die Parteien zur elterlichen Sorge anzuhören und sie auf bestehende Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen. Mit dieser Anhörung soll nach der Bundesratsbegründung erreicht werden, daß die Eltern die Frage der elterlichen Sorge nicht aus vordergründigen Erwägungen aus dem Scheidungsverfahren ausklammern, sondern zur Wahrung des Kindeswohls eine bewußte Entscheidung für einen Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge oder für eine gerichtliche Regelung treffen<sup>25</sup>. Wenn aber in § 613 ZPO neben die bisherige Anhörung zu den Scheidungsgründen diejenige zum Sorgerecht tritt, so ergibt sich, daß das Sorgerecht zum einen in den Gegenstandswert des Verfahrens einfließen muß und zum anderen mit den Gebühren des § 31 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BRAGO abzurechnen ist.<sup>26</sup> Dies ist gebührenrechtlich eine Erweiterung, die geltend gemacht werden sollte.

In den streitigen Verfahren ist angesichts der erheblichen Zunahme ihrer Komplexität zudem zu konstatieren, daß der üblicherweise auf niedrigstem Niveau festgesetzte Gegenstandswert des Sorgerechts und die beim isolierten Verfahren aus § 118 BRAGO entnommenen Gebührensätze in keiner Weise der Bedeutung der Sache für die Parteien und dem erheblichen anwaltlichen Aufwand an Zeit und Kraft entsprechen. Es liegt nahe, die veränderte Verfahrenssituation im Sorgerecht dazu zu nutzen, für diese Angelegenheit, die für die betroffenen Menschen eine so große und weitreichende Bedeutung hat, die Festsetzung höherer Gegenstandswerte zu fordern<sup>27</sup>. Ansonsten kann eine rechtzeitig abgeschlossene angemessene Honorarvereinbarung gerade bei langwierigen Verfahren helfen, die Motivation zu erhalten und die häufig notwendige Führung der Mandantin zu gewährleisten.

### *Hinweis der Redaktion:*

Unmittelbar vor Fertigstellung des Heftes erhielten wir die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH, die der Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ausdrücklich eine Absage erteilt.

24 So OLG Köln FuR 1998, 373, 373 = FamRZ 1998, 1463, das den Sorgerechtsentzug als 'ultima ratio' ansieht, der die Prüfung anderer Maßnahmen vorauszugehen habe; im konkreten Fall wurde eine Umgangspflegschaft angeordnet. Eine veröffentlichte Entscheidung über Sorgerechtsentzug wegen Umgangsverweigerung ist mir nicht bekannt.

25 Vgl. Bergmann und Gutdeutsch: Zur Anordnung der Kindesanhörung im Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag, FamRZ 99, 422, 423.

26 So auch OLG Koblenz, 13 WF 326/99.

27 Die STREIT-Redaktion bittet, ihr erfolgreiche Versuche in dieser Richtung mitzuteilen.