

Beschluss

KG Berlin, § 1626 a BGB

Keine gemeinsame Sorge bei tiefgreifenden Konflikten unabhängig vom Verschulden

§ 1626 a BGB setzt ebenso wie § 1671 Abs. 1 BGB die Feststellung voraus, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht.

Liegen Umstände vor, welche eine Kindeswohlgefährdung als möglich erscheinen lassen, ist der Sachverhalt vom Familiengericht umfassend und ergebnisoffen aufzuklären.

Ein tiefgreifender Konflikt zwischen den Eltern steht der Anordnung einer gemeinsamen Sorge auf den Vater auch dann entgegen, wenn die Mutter den überwiegenden Teil der Verantwortung für den Konflikt trägt, denn die Übertragung der gemeinsamen Sorge ist kein Sanktionsmittel, vielmehr muss sie dem Kindeswohl dienen.

Eine verantwortliche Entscheidung im Interesse des Kindes ist kaum denkbar, wenn dem Inhaber der gemeinsamen Sorge dessen Interessen und Wünsche mangels Kontakt nicht bekannt sind.

(Leitsätze der Redaktion)

Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 21.12.2016, 25 UF 23/16

Aus den Gründen:

I

Die beteiligten Eltern sind nicht miteinander verheiratet und trennten sich wenige Tage nach der Geburt des gemeinsamen Kindes J. (geb. ...2003). Die Mutter hat noch zwei weitere Söhne aus einer anderen Beziehung. Sie ist Inhaberin des alleinigen Sorgerechts, der Vater begehrt vorliegend die Übertragung des Sorgerechts auf beide Elternteile. [...]

J. hat seit 2 1/2 Jahren keinen Kontakt zum Vater, J. lehnt diesen zum jetzigen Zeitpunkt ab. Zwischen den Beteiligten sind bereits mehrere familienrechtliche Verfahren geführt worden. Im Verfahren 150 F 8081/13 wurde der Mutter die elterliche Sorge entzogen, nachdem sie mit sämtlichen Kindern nach Südostasien gereist war, dort nach Auskunft der Botschaft Jakarta wegen Ablaufs des Visums in Abschiebehaft genommen zu werden drohte und J. bei einer Internetbekanntschaft zurückgelassen hatte. Die Anordnung wurde am 18.7.2013 aufgehoben. Bereits im Jahr 2012 hat der Vater die Übertragung der gemeinsamen Sorge beantragt. Das Amtsgericht Tempelhof – Kreuzberg hat diesen Antrag mit Beschluss vom 14.2.2012 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass nicht zu erwarten sei, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspreche. Dies ergebe sich insbesondere aus dem besonderen Konfliktpotential, das zwischen den Eltern bestehe.

Im Dezember 2013 hat der Vater einen Antrag auf Regelung des Umgangs gestellt, da nach seinem Vorbringen die Mutter sich weigere, an der Umsetzung einer seit dem Jahr 2008 bestehenden Regelung mitzuwirken. Die Mutter war der Auffassung, dass der Ausfall einzelner Umgänge auf das Verhalten des Vaters zurückzuführen gewesen sei, der impulsiv und zornig sei und deswegen Umgänge ausfallen ließ. [...]

Gemäß Beschluss vom 1.10.2015 hat das AG Schöneberg die Erstellung eines Sachverständigengutachtens u. a. zu der Frage der Erziehungsfähigkeit beider Eltern und der Kindeswohlverträglichkeit einer gemeinsamen Sorge in Auftrag gegeben. Das Gutachten ist am 12.3.2016 erstellt worden. Der Sachverständige P. kommt in diesem zu dem Ergebnis, dass beide Elternteile erziehungsgeeignet erscheinen. Die Übertragung des Sorgerechts auf beide Eltern würde dem Kindeswohl nicht schaden. Nach seiner Einschätzung sei aufgrund der gleichwertigen Erziehungsfähigkeit trotz der Konflikthaftigkeit des Elternverhältnisses die gemeinsame Sorge indiziert. [...] Das Umgangsverfahren wurde durch einen Vergleich beendet, nach dem ein begleiteter Umgang zwischen dem Vater und J. stattfinden soll.

Das Familiengericht ist in der angefochtenen Entscheidung dem Sorgerechtsantrag gefolgt und hat den Eltern die gemeinsame Sorge übertragen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es angesichts der in § 1626 a BGB angeordneten sog. negativen Kindeswohlprüfung keine Gründe gebe, die Alleinsorge der Mutter aufrechtzuerhalten. Entgegenstehende Gründe seien von der Mutter nicht ausreichend dargelegt worden. [...]

Die Verfahrensbeiständin hält die amtsgerichtliche Entscheidung für richtig und empfiehlt die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts. Sie hat mit J. am 5.8.2016 gesprochen. Das Gespräch sei dadurch beeinträchtigt gewesen, dass im Juli der Mutter im einstweiligen Anordnungsverfahren das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die beiden Halbbrüder entzogen worden sei und eine geplante Reise aller zusammen deswegen nicht stattfinden konnte. Den Umgang mit seinem Vater lehne J. ab, er wolle auch nicht, dass dieser das Sorgerecht gemeinsam mit der Mutter ausübe. Dieser wolle – sinngemäß – nur „Rechte haben, aber keine Pflichten übernehmen“. Nach Einschätzung der Verfahrensbeiständin könne angesichts der „extraordinären Ansammlung von streitigen Verfahren“, welche die Väter mit der Mutter führten, eine Entlastung für J. sich nur ergeben, wenn die Mutter ihre Haltung zum Vater ändere. Das Jugendamt schließt sich dieser Auffassung an und meint, dass das gestörte Kommunikationsverhältnis zwischen den Eltern nicht der Grund sein könne, die gemeinsame elterliche Sorge auszuschließen. [...]

Der Senat hat J. am 5. Dezember 2016 persönlich angehört. J. hat sich dort dagegen ausgesprochen,

dass den Eltern das gemeinsame Sorgerecht übertragen wird, da diese sich nach seinen Worten „sowieso immer nur streiten“ würden. Immer wenn sein Vater etwas zu entscheiden gehabt hätte, sei es „nicht positiv“ gewesen. Darauf angesprochen, ob er hierfür ein Beispiel nennen könne, sagte er, die Reise nach Indonesien hätte dann sicherlich nicht stattgefunden. Im Zusammenhang mit seiner Konfirmation habe sich der Vater über die religiösen Dinge lustig gemacht. Er habe seinen Vater seit 2 bis 3 Jahren nicht mehr gesehen und er fehle ihm auch nicht. Ein Treffen im Rahmen einer Wiederannäherung des Kontaktes habe bislang nicht stattgefunden, was ihm ganz recht sei. Er widersetze sich einem durch den Träger vermittelten Treffen aber auch nicht.

II

Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig. Sie ist auch in der Sache begründet. Die Voraussetzungen für eine Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts auf beide Eltern sind vorliegend nicht erfüllt.

Nach § 1626 a Abs. 2 BGB überträgt das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge beiden Eltern, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Nach S. 2 wird vermutet, dass die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, wenn der andere Elternteil keine Gründe vorträgt oder diese aus anderen Umständen ersichtlich sind, die der Übertragung der gemeinsamen Sorge entgegenstehen können. Vorrangiger Maßstab der Entscheidung nach § 1626 a Abs. 2 BGB ist das Kindeswohl. Für die Prüfung, ob die Übertragung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, gelten die zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB entwickelten Grundsätze. Dabei ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.06.2016 (XII ZB 419/15 = NJW 2016, 2497), welche nach dem hier angefochtenen Beschluss ergangen ist, davon auszugehen, dass nach dem gesetzlichen Leitbild beiden Eltern grundsätzlich gemeinsam die elterliche Sorge zu übertragen ist, wenn keine Gründe vorliegen, die hiergegen sprechen.

Durch die unterschiedliche Formulierung der Voraussetzungen in § 1671 Abs. 1 BGB einerseits – positiv – und in § 1626 a Abs. 2 BGB andererseits – negativ – werden keine materiellrechtlichen Unterschiede hinsichtlich der Ausübung der gemeinsamen Sorge begründet. In beiden Fällen setzt eine Entscheidung für die gemeinsame elterliche Sorge die Feststellung voraus, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht (vgl. BGH a.a.O. Tz 15). Dabei sind alle für und gegen die gemeinsa-

me Sorge sprechenden Umstände im Rahmen einer einzelfallbezogenen und umfassenden Betrachtung gegeneinander abzuwägen (vgl. BGH a.a.O. Tz 19 m.w.N.). Bei der Entscheidung ist dabei auch zu berücksichtigen, ob es im Verhältnis der Eltern an einer Grundlage für ein Zusammenwirken im Sinne des Kindeswohls fehlt. Ein nachhaltiger und tiefgreifender Elternkonflikt kann zur Folge haben, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und insgesamt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus. Denn eine schwerwiegende Störung in dieser Hinsicht lässt befürchten, dass den Eltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein wird und das Kind erheblich belasten würde, würde man die Eltern zwingen, die Sorge gemeinsam zu tragen (vgl. BGH a.a.O. Tz 24 m.w.N.). Dabei genügt die begründete Befürchtung, dass es zu einer solchen Belastung kommt (vgl. BGH a.a.O. Tz 25 m.w.N.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass es für die Übertragung nach § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB bereits genügt, dass der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen Sorge entgegenstehen könnten und diese auch sonst nicht ersichtlich sind. Da nach dieser Vorschrift bereits die Möglichkeit ausreicht, dass Gründe einer gemeinsamen Sorge entgegenstehen, sind an deren Darlegung keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn konkrete Umstände dargelegt werden oder erkennbar sind, die ein Indiz gegen die gemeinsame elterliche Sorge sein können (vgl. BGH a.a.O. Tz 32 m.w.N.). Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, welches einen Vorrang oder eine Vermutung zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge begründet, finde im Gesetz keine Stütze (vgl. BGH a.a.O. Tz 35). Liegen Umstände vor, welche eine Kindeswohlgefährdung als möglich erscheinen lassen, ist der Sachverhalt dann vom Familiengericht umfassend und ergebnisoffen aufzuklären (vgl. BGH a.a.O. Tz 37). Dabei ist regelmäßig eine Anhörung auch eines unter 14-jährigen Kindes notwendig (vgl. BGH a.a.O. Tz 44 f.).

Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Voraussetzungen für die Anordnung der gemeinsamen Sorge zu verneinen. Das Verhältnis der Eltern ist erheblich konfliktbehaftet, was auch von keinem der Beteiligten in Abrede gestellt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zu den wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge, für die ein Mindestmaß an Verständigungsmöglichkeiten getroffen werden muss,

auch Grundentscheidungen über den persönlichen Umgang des Kindes mit dem nicht betreuenden Elternteil zählen (vgl. BGH NJW 2016, 2497; FamRZ 2008, 592). Hier ist zu beachten, dass der Vater in den letzten 2 1/2 Jahren keinen geregelten Umgang mehr mit J. hatte. Die Eltern weisen sich zur Begründung dafür gegenseitig die Schuld zu, Auslöser soll eine Meinungsverschiedenheit gewesen sein, ob ein Umgang bis Montagfrüh oder nur Sonntagabend dauern sollte. Die Mutter zählt eine Reihe von Einzelfällen auf, bei denen ihrer Behauptung nach es wegen des Verschuldens des Vaters nicht zu Umgängen gekommen sei. Der Vater hingegen behauptet, die Mutter arbeite gegen ihn. Zwar haben die Beteiligten sich nunmehr auf einen zunächst begleiteten Umgang geeinigt. Die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass auch ein Umgangsvergleich vom Februar 2014 nicht zu einer einverständlichen Durchführung des Umgangs geführt hat.

In der Vergangenheit hat es durch die mehrmaligen Inobhutnahmen von J. erhebliche Konflikte zwischen den Eltern gegeben. Der Widerstand der Mutter gegen die Übertragung der gemeinsamen Sorge ist vehement, sie wirft dem Vater vor, gemeinsam mit dem Vater der beiden Halbbrüder das Jugendamt gegen sie aufzubringen. So seien auch die Inobhutnahmen nur durch von ihm angestoßene Fehlinformationen verursacht worden. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine schwerwiegende und nachhaltige Kommunikationsstörung der Eltern vorliegt, welche befürchten lässt, dass den Eltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein und das Kind erheblich belasten wird.

Dies wird offensichtlich auch von J. so empfunden, der auf die Frage einer Mitentscheidungsbefugnis der Eltern in Sorgerechtsfragen geäußert hat, dass dies nicht funktionieren würde, weil sie sich immer streiten würden. Die bisherigen Entscheidungen zu Schule und religiöser Erziehung hat die Mutter auf Grundlage ihres alleinigen Sorgerechts entschieden. Auch insoweit ist jedoch den Äußerungen von J. in der Anhörung vor dem Senat zu entnehmen, dass zwischen den Eltern über den Stellenwert religiöser Erziehung Uneinigkeit herrscht, soweit er berichtet, dass der Vater sich im Zusammenhang mit seiner Konfirmation über diese Dinge „lustig gemacht“ habe. Dass bei der vorliegenden Konstellation eine vernünftige Kommunikation der Eltern möglich sein wird, ist auszuschließen. Die Mutter schreibt in einer eigenen Stellungnahme vom 13.07.2011 über fünf Seiten, welche Konflikte mit dem Vater bestehen und weshalb eine gemeinsame Sorge für sie „unzumutbar“ sei.

Unerheblich ist, auf welchen Elternteil die Konflikte und die fehlende Kooperationsmöglichkeit (über-

wiegend) zurückzuführen sind. Selbst wenn die Mutter den überwiegenden Teil der Verantwortung dafür tragen würde, würde dies die Anordnung einer gemeinsamen Sorge nicht rechtfertigen (vgl. BGH FamRZ 2008, 592). Diese ist kein Sanktionsmittel, vielmehr muss sie dem Kindeswohl dienen, dem Vorrang gegenüber den Interessen der Eltern zukommt, und die Pflicht zur Konsensfindung eine tatsächlich nicht bestehende Verständigungsmöglichkeit nicht zu ersetzen vermag.

Denn nicht schon das Bestehen der Pflicht allein ist dem Kindeswohl dienlich, sondern erst die tatsächliche Pflichterfüllung, die sich in der Realität eben nicht verordnen lässt (vgl. BGH NJW 2008, 994). Der Schlussfolgerung des Sachverständigen, dass aufgrund der beiderseits vorhandenen Erziehungsfähigkeit eine gemeinsame Sorge indiziert sei, kann daher nicht gefolgt werden.

Gleiches gilt für die Auffassung der Verfahrensbeiständin, welche die Mutter in der Verantwortung sieht, J. ein besseres Vaterbild zu vermitteln. Auch dies kann durch die Anordnung einer gemeinsamen Sorge nicht erreicht werden, auch wenn es für die zukünftige Entwicklung von J. unabdingbar erscheint, dass die Mutter J. ein positiveres Vaterbild vermittelt und diesem eine Teilnahme an der Entwicklung und dem Leben seines Sohnes ermöglicht. Letztere sieht der Senat aber auch angesichts des Alters von J. primär im Rahmen des Umgangs. Sollte dieser seitens der Mutter verhindert werden, wäre darauf seitens des Familiengerichts ggf. entsprechend zu reagieren.

Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen steht der Anordnung einer gemeinsamen Sorge auch entgegen, dass zwischen Vater und Sohn seit über 2 Jahren kein Kontakt besteht. Eine verantwortliche Entscheidung im Interesse des Kindes ist aber kaum denkbar, wenn dessen Interessen und Wünsche mangels Kontakt nicht bekannt sind.

*Mitgeteilt von RAin Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit,
Berlin*