

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

Rainer Balloff

Rechtsprechungsübersicht Familienrecht

Behandelt werden in der folgenden Übersicht Entscheidungen zu Fragen von Kindeswohlgefährdung, gemeinsamer elterlicher Sorge nichtehelich verbundenen heterosexuellen Eltern sowie zur Elternschaftsregelung bei einem Kind in einer eingetragenen lesbischen Lebensgemeinschaft.

1. OLG Dresden, Beschluss vom 8.12.2014 – 23 UF 633/13 (BeckRS 2015, 07265)

1. Nach § 1666 BGB setzt der Entzug der elterlichen Sorge voraus, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Diese Gefahr für das Kindeswohl setzt eine gegenwärtige, in solchem Maße vorhandene Gefahr voraus, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen lässt. Wird das elterliche Sorgerecht entzogen und damit zugleich die Trennung der Kinder von ihren Eltern ermöglicht, darf dies nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.

Aus den Gründen:

Wegen des Sachverhalts wird zunächst verwiesen auf den Senatsbeschluss vom 23.8.2013. Gegen diesen Beschluss hatten die Eltern Anhörungsrüge erhoben, weil der Senat ihr Vorbringen, die Verwaltungsverfahren vor der Bildungsagentur betreffend, nicht hinreichend gewürdigt hatte. Nach Anhörung der übrigen Beteiligten wurde das Verfahren daraufhin durch Beschluss vom 4.11.2013 fortgeführt. Der Senat hat die Beteiligten einschließlich der beiden Kinder L. und L. am 27.1.2014 mündlich angehört. Im Ergebnis dieser Anhörung hat der Senat durch Beschluss vom 4.2.2014 die Einholung eines psychologischen Sachverständigengutachtens zur Frage des Bildungs- und Entwicklungsstands der Kinder L. und L. und zur Frage, auf welche Gründe die Schulverweigerung der Kinder zurückzuführen sei, angeordnet.

RPpsych 1. Jg. 3/2015

Nach Einholung des psychologischen Sachverständigengutachtens ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass der Eingriff in das Sorgerecht für L. und L. nicht mehr aufrechtzuerhalten ist.

Gemäß § 1666 BGB setzt der Entzug der elterlichen Sorge voraus, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Diese Gefahr für das Kindeswohl setzt eine gegenwärtige, in solchem Maße vorhandene Gefahr voraus, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen lässt. Wird das elterliche Sorgerecht entzogen und damit zugleich die Trennung der Kinder von ihren Eltern ermöglicht, darf dies nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen, § 1666 a BGB. Nur wenn mildere Maßnahmen nicht ausreichen, die Gefahr für das Kind abzuwenden, sind Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden sind, zulässig.

Ein Eingriff in das Sorgerecht der Eltern ist nur insoweit verhältnismäßig, als er zur Beseitigung oder Verringerung der Kindeswohlgefährdung führt und nicht seinerseits eine andere, mindestens genauso erhebliche Kindeswohlgefährdung herbeiführt.

Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus: Geeignet ist eine Sorgerechtsentziehung, wenn sie die konkrete Gefahr, welche dem Kind bei einem Verbleib in der Familie droht, beseitigt oder abmildert. An der Geeignetheit fehlt es allerdings, wenn die Sorgerechtsentziehung und die dadurch vorbereitete Trennung des Kindes von den Eltern mit anderweitigen Beeinträchtigungen des Kindeswohls einhergehen, welche durch die Beseitigung der festgestellten Gefahr nicht aufgewogen werden kann. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Folgen der Fremdunterbringung für das Kind nicht gravierender sein dürfen, als die Folgen eines Verbleibs in der Herkunftsfamilie (BVerfG, Beschluss vom 22.9.2014, 1 BVR 2108/14).

Nach diesen Maßstäben kann der Eingriff in das Sorgerecht für die Kinder L. und L. nicht weiter aufrechterhalten werden. Zwar ist der Senat nach wie vor davon überzeugt, dass das Wohl der Kinder durch die Eltern in erheblichem Maße gefährdet wird. Die Eltern sind auch nach wie vor nicht willens oder in der Lage, ihre Kinder der Schulpflicht nach § 26 Sächsisches Schulgesetz entsprechend beschulen zu lassen. Sie sind ebenso weiterhin der Auffassung, dass sie ihren Kindern keinen Rahmen für die Schulbildung geben müssten und es ihren Kindern im Wesentlichen selbst überlassen könnten, wann sie was und auf welche Weise lernen möchten. Damit setzen sie ihre Kinder der Gefahr aus, weder einen Schul- noch einen Berufsabschluss erlangen zu können. Das geistige Potential der Kinder und ihre intellektuelle Leistungsfähigkeit, wie sie von der Sachverständigen bestätigt worden ist, wird offensichtlich nicht ausgeschöpft, so dass ihnen Chancen, die sie bei einem entsprechenden Schulabschluss eigentlich hätten haben können, verbaut werden.

Diese erhebliche Kindeswohlgefährdung kann aber den Eingriff in das Sorgerecht der Eltern nicht länger rechtfertigen. Nach dem Gutachten der Dipl.-Psych. Dr. M. ist davon auszugehen, dass die Kinder zu ihren Eltern und zu ihren beiden kleinen Geschwistern eine sehr tragfähige und innige Bindung haben. Die Sachverständige führt

u. a. aus: „Zwischen den Kindern und den Eltern war ein liebevolles, aufeinander bezogenes Verhältnis deutlich mit viel Körperkontakt und umfänglicher Zuwendung der Kindeseltern bei jeweiliger Bedürfnisartikulation durch die Kinder. Die Kindeseltern wirkten sehr aufmerksam hinsichtlich jeglicher Äußerungen der Kinder. Sie zeigten mehrheitlich ein die Kinder begleitendes und unterstützendes, gelegentlich auch eingreifendes und begrenzendes Erziehungsverhalten. Sowohl L. als auch L. fühlen sich in ihren gegenwärtigen Lebensumständen nach eigenen Angaben und nach Augenschein wohl. Beide sind sicher an die Eltern und Geschwister gebunden. Die Kindeseltern sind ersichtlich um ihre Kinder bemüht und orientieren sich stark an deren Bedürfnissen, wobei sie sich der Notwendigkeit auch frustrierender Erfahrungen für die Entwicklung der Kinder durchaus bewusst sind. Die Kinder wachsen in einem häuslichen Kontext auf, in dem Selbstbestimmung und Berücksichtigung eigener Bedürfnisse hohe Priorität haben.“

Zudem attestiert die Sachverständige beiden Kindern eine gelingende Verantwortungsübernahme für die beiden jüngeren Geschwister. Hinweise auf eine soziale Ängstlichkeit der Kinder haben sich nicht ergeben. Beide Kinder haben neben den familiären Kontakten auch soziale Kontakte zu anderen Gleichaltrigen. Beide Kinder sind im Fußballverein aktiv. Die Kinder haben offensichtlich gelernt, Verantwortung für sich und für andere zu übernehmen. So schildert die Sachverständige, dass L. im Rahmen eines Gesprächs mit der gesamten Familie etwas zu essen aus dem Kühlschrank holte und es, nachdem er es für alle geschnitten hatte, auf den Tisch stellte. Alle bedienten sich daran. Es wirkte selbstverständlich, dass er teilte.

Die diagnostischen Untersuchungen der Sachverständigen haben nach ihren Ausführungen keinen Anhalt für eine Kindeswohlgefährdung ergeben. Beide Kinder seien hinsichtlich ihrer Leistungsmerkmale altersgerecht entwickelt; es ergaben sich keine Hinweise auf Abweichungen von der altersentsprechenden kognitiven Leistungsfähigkeit. Die Sachverständige empfiehlt den Eltern allerdings, dass die Kinder in stärkerem Umfang externe Anregungen für ihre Entwicklung erhalten, da das derzeitige hauptsächlich Reagieren auf von ihnen selbst kommende Fragen oder Interessen zu einseitig erscheine.

Die Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass L. und L. in ihrer geistigen Entwicklung altersgerecht einzuschätzen seien. Gegenwärtig seien keine Defizite nachweisbar. Die sozialen außerfamiliären Kontakte der Kinder seien gewährleistet. Allerdings habe sich insbesondere L. wenig geneigt gezeigt, sich externen Anforderungen anzupassen. Er erschien im sozialen Kontakt unsicher – vermeidend, erschien stattdessen stark eigenen Intentionen folgend und damit sozial wenig kompetent. In sozialen Konfliktsituationen agiere er passiv mit gering ausgeprägten Konfliktlösestrategien. L. vermag dagegen sozial angemessen zu interagieren. Die psycho-soziale Entwicklung von L. erscheine adäquat; dezent auffälligkeiten bestünden insoweit bei L. Hinsichtlich ihrer körperlichen Entwicklung zeigten beide Kinder keine Auffälligkeiten.

Nach diesen Ausführungen der Sachverständigen wäre die Trennung der Kinder von ihren Eltern und ihren beiden kleinen Geschwistern zur Durchsetzung der Beschulung nicht verhältnismäßig. Zum einen ist bereits fraglich, ob die Trennung der Kinder von

ihrer Familie und die Fremdunterbringung dazu führen könnten, dass sich beide Kinder mit Erfolg einem Schulbesuch öffnen würden. Jedenfalls würde die Trennung und Fremdunterbringung zu einer anderen Kindeswohlgefährdung führen, die in dem hier zu entscheidenden Fall nicht hinzunehmen wäre. Die Begutachtung hat ergeben, dass die Kinder eine sehr gute Bindung zu ihren Eltern und ihren Geschwistern haben, dass sie Verantwortung für sich und andere übernehmen, dass sie über ausreichende soziale außerfamiliäre Kontakte verfügen, und dass sie sich in ihrem Elternhaus sicher und geborgen fühlen. Durch die Herausnahme der Kinder würde diese sichere Bindung zu den Eltern und den Geschwistern stark beeinträchtigt werden. Die bestehenden außerfamiliären sozialen Kontakte wären ebenfalls gefährdet. Für die Kinder würde durch die Trennung von den Eltern und den Geschwistern eine Welt zusammenbrechen. Ob und wie die Kinder damit zurechtkommen könnten, kann kaum eingeschätzt werden. Es wäre jedenfalls eine derart erhebliche Kindeswohlgefährdung, dass der hierdurch erstrebte Zweck, nämlich eine Beschulung der Kinder sicherzustellen, dies nicht rechtfertigen könnte. Hierbei ist vorliegend auch zu beachten, dass jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt sachverständigenseits keine Beeinträchtigung der geistigen Entwicklung der Kinder festgestellt werden konnte. Beide Kinder sind in ihrer geistigen Entwicklung altersgerecht einzuschätzen.

Auch die Ergänzungspflegerin, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht für beide Kinder durch den Beschluss des Familiengerichts vom 2.5.2013 übertragen worden war, hatte davon abgesehen, die Kinder aus dem Haushalt der Eltern herauszunehmen und hat dies auch in der Anhörung vor dem Senat bekräftigt. Die Herausnahme der Kinder aus dem Haushalt der Eltern war auch von Seiten des Jugendamts nicht vorgesehen.

Ein geringerer Eingriff in das Sorgerecht der Eltern, der nicht mit einer Herausnahme der Kinder aus dem Elternhaus verbunden wäre, ist ebenfalls nicht gerechtfertigt, denn ein solcher Eingriff wäre nicht zielführend. Das Familiengericht hatte mit Beschluss vom 2.5.2013 den Eltern das Recht zur Aufenthaltsbestimmung und das Recht zur Regelung schulischer Angelegenheiten für beide Kinder entzogen und das Jugendamt des Landkreises XY zum Pfleger bestimmt. Damit sind die Eltern schon seit anderthalb Jahren nicht mehr Inhaber des Sorgerechts zur Regelung schulischer Angelegenheiten. Geändert hat dies an der schulverweigernden Haltung der Kinder nichts. Das zeigt, dass, jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall, ein Sorgerechtseingriff ohne Herausnahme der Kinder aus dem Elternhaus nicht geeignet ist, um die Beschulung sicherzustellen. Ein Sorgerechtseingriff muss aber geeignet sein, die nachhaltige Gefährdung des Kindes in seinem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl abzuwenden. Andernfalls wäre der Sorgerechtseingriff nicht verhältnismäßig.

Aus demselben Grund ist auch die vom Senat im Beschluss vom 23.8.2013 ausgesprochene Weisung, für den Schulbesuch Sorge zu tragen, offensichtlich kein geeignetes Mittel und hat deswegen ebenfalls zu unterbleiben, zumal sich die entsprechende Verpflichtung der Eltern bereits aus § 31 Abs. 1 SächsSchulG ergibt.

Kommentar:

Fraglich und zu kritisieren ist, dass offenbar nicht weitere mildere Mittel geprüft worden sind, ob nicht doch eine Maßnahme zum Abstellen einer Kindeswohlgefährdung durch die Eltern verhältnismäßig wäre, wenn beispielsweise ein Internatsbesuch angeordnet worden wäre, der auch zum Inhalt hätte, dass beide Kinder nach fünf Tagen Schulunterricht mit Übernachtungen an den Wochenenden und in den Schulferien im Elternhaus sein würden.

Zu kritisieren ist ferner in Bezug auf die Bindungen der beiden Kinder eine falsche Terminologie, die Bindungstheorie betreffend – „... eine sehr tragfähige und innige Bindung...“ – gibt es im bindungstheoretischen Sinne nicht, sondern in diesem Sinne nur eine „sichere Bindung“ oder eine tragfähige und innige Beziehung. Ferner verwendet das OLG einen unangemessenen Begriff aus der Mottenkiste des die Eltern diskriminierenden Amtsdeutschs: „Kindeseltern“ statt Eltern.

2. OLG Bremen, Beschluss vom 1.4.2015 – 4 UF 33/15
(BeckRS 2015, 08153)

Voraussetzungen für eine Entscheidung über die gemeinsame elterliche Sorge im vereinfachten Verfahren nach § 155 a Abs. 3 FamFG

1. Über die gemeinsame elterliche Sorge gem. § 1626 a II BGB kann nur dann im vereinfachten Verfahren nach § 155 a III FamFG entschieden werden, wenn dem Gericht keine Gründe bekannt werden, die einer gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen könnten (§ 155 a IV FamFG). Diese Gründe können sich insbesondere auch aus dem Vortrag des Antragstellers ergeben.
2. Da § 155 a III 1 FamFG die Anhörung des Kindes nicht ausschließt, ist auch im vereinfachten Verfahren regelmäßig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine persönliche Anhörung des Kindes nach § 159 FamFG vorliegen.

Zum Sachverhalt:

Der Vater hat am 7.1.2015 einen Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge für das Kind S., geb. am [...] 2008, nach § 1626 a II BGB i. V. m. 155 a FamFG gestellt.... Bis zum Ablauf der Stellungnahmefrist war eine Stellungnahme der Mutter beim Amtsgericht nicht eingegangen. Am 24.2.2015 hat das Amtsgericht beschlossen, dem Antragsteller und der Antragsgegnerin die elterliche Sorge für S. gemeinsam zu übertragen. Am 6.3.2015 ist ihre Beschwerde beim Amtsgericht Bremen eingegangen, mit der sie sich gegen die gemeinsame Sorge beider Kindeseltern für Sebastian wendet.

...In dem vorgenannten Verfahren hatte der Vater bereits am 21.2.2012 einen Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge gestellt, diesen aber nach ausführlichen schriftlichen Erörterungen und einer mündlichen Anhörung der Beteiligten am 21.1.2013 wieder zurückgenommen.

Die statthafte (§ 58 FamFG), form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Mutter ist zulässig und begründet. Sie führt nach einem entsprechenden schriftsätzlichen Antrag der Mutter vom 31.3.2015 zur Zurückverweisung des Verfahrens an die erste Instanz.

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen ist im vorliegenden Fall zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Sorgerechtsentscheidung gemäß § 1626 a BGB im vereinfachten Verfahren nach § 155 a FamFG getroffen werden kann. Das Verfahren leidet an einem wesentlichen Mangel (vgl. auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, S. 1797; OLG Frankfurt, FamRZ 2014, S. 852)....

Eine Entscheidung über die gemeinsame elterliche Sorge gemäß § 1626 a II BGB ist nur dann im vereinfachten schriftlichen Verfahren nach § 155 a III FamFG möglich, wenn dem Gericht weder durch den Vortrag der Beteiligten noch auf sonstige Weise Gründe bekannt werden, die einer gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen könnten (§ 155 a IV FamFG).

Hier lagen dem Amtsgericht mit der Stellungnahme der Mutter am 24.2.2015 Gründe vor, die gegen ein Vorgehen im vereinfachten Verfahren sprechen. Die Mutter hat ausführlich unter Hinweis auf zwei Gerichtsverfahren vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Bremen begründet, dass die gemeinsame elterliche Sorge aus ihrer Sicht dem Kindeswohl widersprechen würde.

Nicht nur der Inhalt der Stellungnahme der Mutter hätte zu einem Absehen von der Durchführung des vereinfachten, schriftlichen Verfahrens nach § 155 a FamFG führen müssen. Auch der Inhalt der Antragsschrift selbst spricht gegen die Durchführung des vereinfachten Verfahrens. Aus ihr ist zu entnehmen, dass es in der Vergangenheit bereits zu Auseinandersetzungen der Eltern über die gemeinsame Sorge für S. gekommen ist und die Mutter die gemeinsame Sorge für das Kind ablehnt. Außerdem findet zwischen den Eltern schon nach dem Vortrag in der Antragsschrift kein Dialog über das Kind statt.

So heißt es in dem Antrag des Vaters, die Mutter „weigere“ sich bisher, das Kind betreffende Fragen mit dem Vater abzusprechen. Es ist von „Blockadehaltung“ der Mutter die Rede, die durch eine praktizierte gemeinsame Sorge sich „auflösen“ werde. Bereits aufgrund dieser Ausführungen in der Antragsschrift ist ohne weitere Nachforschungen erkennbar, dass Gründe vorliegen, die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen könnten.

Zudem ergibt sich aus dem Aktenvorblatt vom 13.1.2015, in dem die Verfahrensdaten festgehalten sind, dass es bereits mehrere Verfahren zwischen den Eltern gegeben hat, von denen es sich bei einem um ein Sorgerechtsverfahren gehandelt hat.

Dieses sind eindeutige Anhaltspunkte, die gegen die Durchführung der Sorgerechtsentscheidung nach § 1626 a II BGB im vereinfachten Verfahren nach § 155 a FamFG sprechen. Im Übrigen ist auch von der persönlichen Anhörung des Kindes gemäß § 159 II FamFG abgesehen worden. In § 155 a III FamFG ist die persönliche Anhörung des Kindes ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Es ist daher auch im vereinfachten Verfahren gemäß § 159 II FamFG regelmäßig ab einem Alter von drei Jahren anzuhören (vgl. Prütting/Helms/Hammer, a. a. O., § 155 a Rn. 31; Keidel/Engelhardt, FamFG, 18. Aufl., § 155 a Rn. 9). Das von dem vorliegenden Verfahren betroffene Kind Sebastian ist 6 Jahre alt und hätte somit persönlich zum Antrag des Vaters gehört werden müssen. Es ist nicht dafür ersichtlich, dass hier schwerwiegende Gründe einer Anhörung S. entgegengestanden hätten.

Da somit bisher noch keine Sachverhaltsermittlung und mündliche Erörterung nach § 155 II FamFG stattgefunden hat, steht noch eine umfangreiche Beweisaufnahme i. S. d. § 69 III S. 3 FamFG aus, die vom Amtsgericht zu erbringen ist. Dem Zurückverweisungsantrag der Beschwerdeführerin war daher zu entsprechen (vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, FamRZ 2014, S. 852).

3. OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2015 – 13 UF 50/15, (BeckRS 2015, 13729)

Gesetzliche Vermutung für Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge

1. In den Antragsverfahren, die sich gegen die bisherige Alleinsorge nach § 1626 a III BGB richten, gilt die gesetzliche Vermutung für die Kindeswohl dienlichkeit der gemeinsamen Sorge. Diese Sorgerechtszuordnung beinhaltet somit einen normativen, aber ebenso widerleglichen Vorrang vor anderen Sorgerechtsvarianten, wobei sich dieser Vorrang ebenso wenig als Beweisregel auswirkt.
2. Das Leitbild der gemeinsamen Sorge kann nicht mehr abstrakt-generell in Frage gestellt werden. Werden allerdings aus dem Vortrag eines Beteiligten oder aus anderen Quellen Anhaltspunkte ersichtlich, die so konkret dargelegt sind, dass ihnen nachgegangen werden kann, dann hat das Gericht diese Ermittlungen durchzuführen und die objektiven Gegebenheiten und die Interessen der Beteiligten mit den gebotenen Mitteln umfassend aufzuklären. Bei der Würdigung der so erhobenen Feststellungen gilt keine Regel, alle Umstände mit einer Neigung zur gemeinsamen Sorge zu beurteilen oder Umstände, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen können, nur zu verwerten, wenn sie überwiegend oder hochwahrscheinlich erscheinen.

Zum Sachverhalt:

Die Eltern streiten um die Anordnung der gemeinsamen Sorge für das 2009 geborene und im Haushalt der Mutter lebende Kind. Aus der nichtehelichen Beziehung der Eltern ist ein weiteres im Jahre 2000 geborenes Kind hervorgegangen, dass im Haushalt des Vaters lebt und für das ein gemeinsames Sorgerecht besteht. 2012 haben sich die Eltern räumlich getrennt. Der Vater beantragte das gemeinsame Sorgerecht.

Das AG lehnte den Antrag nach Anhörung der Eltern und Einholung einer jeweils ablehnenden Stellungnahme des Jugendamtes und des Verfahrensbeistands ab. Der Verfahrensbeistand hält beide Eltern für sehr verständig und einsichtig, aber sie seien zur Kommunikation miteinander nicht in der Lage. Die Antragsgegnerin habe Angst, der Antragsteller wolle ihr das Kind wegnehmen. Der Antragsteller entgegne, dies sei nicht seine Absicht, sondern er wolle durch die gemeinsame Sorge verhindern, dass die Antragsgegnerin den Umgang erschwere. Der Verfahrensbeistand hat daraufhin empfohlen, wenigstens das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Antragsgegnerin allein zu belassen, um ihre Ängste zu mildern und etwaigen Streitigkeiten um den Aufenthalt zuvorzukommen. Gemeinsame Sorge würde durch scheinbare Waffengleichheit zwischen den Eltern den Konflikt verschärfen und dadurch dem Kindeswohl schaden. Gemeinsame Entscheidungen seien nicht zu erwarten. Das Jugendamt hat gemeint, eine gemeinsame Sorge könne nicht funktionieren, weil sich die Eltern wegen jeder Kleinigkeit vor Gericht streiten würden. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen. Die gemeinsame Sorge sei mit dem Wohl des Kindes unvereinbar. Die erforderliche Kooperationsfähigkeit der Eltern fehle. Es könne dahinstehen, welcher Elternteil dafür verantwortlich sei. Künftiger Konfliktstoff sei jedenfalls vorprogrammiert und würde zu erheblichen Belastungen des Kindes führen.

Mit seiner Beschwerde hält der Antragsteller dem angefochtenen Beschluss entgegen, es sei nicht dargelegt, wie das Kindeswohl durch gemeinsame Sorge beeinträchtigt würde. Die Kommunikation zwischen den Eltern sei zwar mangelhaft, aber sie finde, wenn auch nur eingeschränkt, statt. Der Mangel an Kommunikationsbereitschaft liege bei der Antragsgegnerin. Sie habe ihn im März 2015 vor vollendete Tatsachen gestellt, indem sie mit dem Kind umgezogen sei. Nicht der Alleinentscheidungsanspruch der Antragsgegnerin, sondern die gemeinsame Sorge werde die Kooperation der Eltern positiv beeinflussen.

Der Antragsteller beantragt, dass die elterliche Sorge für das gemeinsame Kind...auf den Antragsteller und die Antragsgegnerin gemeinsam übertragen wird.

Die Antragsgegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Sie hält die gemeinsame elterliche Sorge für nicht möglich. Das zeigten die Verhältnisse des älteren Kindes. Hier komme es nur deshalb nicht zu Konflikten, weil sie immer wieder einlenke. Es sei schlechterdings unmöglich, sich über die Belange des Kindes mit dem Antragsteller zu unterhalten.

Der Verfahrensbeistand wiederholt seine Ansicht, es diene dem Kindeswohl besser, wenn die elterliche Sorge der Antragsgegnerin allein zustehe. Bei gemeinsamer Sorge müssten sämtliche Entscheidungen dem Gericht vorgelegt werden. Erst wenn die El-

ternkommunikation sich verbessert habe, könnte über gemeinsame Sorge nachgedacht werden. Derzeit sei Nachgeben oder Entgegenkommen auf keiner Seite erkennbar.

Das Jugendamt meint, eine verantwortungsvolle Ausübung der gemeinsamen Sorge sei unwahrscheinlich, solange die Kommunikation der Eltern von kontroversen Standpunkten geprägt sei. Ob dies zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führen könnte, lasse sich nicht beurteilen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet. Die elterliche Sorge ist dem Antragsteller und der Antragsgegnerin gemeinsam zu übertragen, weil dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1626 a Abs. 2 BGB). Die Tatbestandsformulierung, eine Sorgeübertragung anzuordnen, wenn dies dem Kindeswohl „nicht widerspricht“ (§§ 1626 a II 1, 1680 II BGB), ist durch das Gesetz vom 16. April 2013 (BGBl. I S. 795) neu eingeführt worden. Der materiell-rechtliche Maßstab der sich aus der Auflösung der doppelten Verneinung ergibt – nicht widerspricht heißt entspricht –, ist der gleiche, wie in den zuvor geltenden Fassungen der §§ 1672 II 2, 1680 II 2 BGB, die verlangten, die Entscheidung solle dem Kindeswohl dienen. Dennoch sind mit der Neufassung grundlegende Rechtsänderungen bewirkt worden. Mit der klassischen Methode der doppelten Verneinung gibt das materielle Recht die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die sogenannte negative Kindeswohlprüfung vor: Einer positiven Feststellung der Kindeswohldienlichkeit und dafür erforderlicher Tatsachen bedarf es nicht... Wenn keine Gegengründe festgestellt werden können, ist die gemeinsame Sorge anzuordnen (§ 1626 a II 1 BGB), also die Teilhabe auch des nichtehelichen Vaters an der elterlichen Sorge. Damit ist eine widerlegliche Vermutung eingeführt, also ein gesetzliches Leitbild, das zur Geltung zu bringen ist, wenn Einwände ausbleiben oder nicht überzeugen: Gibt einer der Elternteile durch seinen einseitigen Antrag zu erkennen, dass er die gemeinsame Sorge vorziehe, so spricht die Vermutung für deren Kindeswohldienlichkeit.... Nur wenn sich aus dem Vortrag der Antragsgegnerin oder aus anderen Erkenntnisquellen Gegengründe ergeben, darf es bei der Alleinsorge der Mutter bleiben (§ 1626 a III BGB).

Die verfahrensrechtliche Flankierung beugt jedem Missverständnis vor: § 1626 a II 2 BGB benennt die Vermutung ausdrücklich und lässt sie davon abhängen, dass der andere, nicht antragstellende Elternteil Gründe gegen die gemeinsame Sorge nicht vorträgt und dass solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich sind. § 155 a II 2, III 1, 2 FamFG unterstützt das Durchsetzen des gesetzlichen Leitbildes durch eine obligatorische Er widerungsfrist, nach deren fruchtlosem Ablauf ein schnelles, schriftliches Verfahren ohne mündliche Anhörung und ohne Beteiligung des Jugendamtes zur Anordnung der gemeinsamen Sorge führen soll. Es obliegt nicht dem Antragsteller, eine durch die begehrte Entscheidung bewirkte günstige Entwicklung darzulegen, sondern die Antragsgegnerin hat Anhaltspunkte und eine darauf beruhende ungünstige Pro-

gnose darzulegen. Gelingt ihr dies nicht oder unterbleibt jeder Vortrag zur Entwicklung des Kindeswohls, so ist der Antrag begründet.

Die in der Gestaltung des materiellen Rechts angelegte und durch Verfahrensregelungen über den Vortrag der Beteiligten unterstützte gesetzliche Vermutung der Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge darf durch Ermittlungen von Amts wegen (§ 26 FamFG) nicht in ihrer Wirkung beeinträchtigt werden. Das Gericht darf sich Erkenntnissen aus Quellen außerhalb des Vortrages der Beteiligten nicht verschließen. Anhaltspunkten, die am Maßstab des Kindeswohls für die Beibehaltung der Alleinsorge der Mutter oder doch wenigstens gegen die gemeinsame Sorge sprechen könnten, hätte das Gericht von Amts wegen nachzugehen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse muss es umfassend würdigen, ohne durch eine Beweisregel auf die Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge festgelegt zu sein. ...

Die gesetzliche Vermutung (§ 1626 a II BGB) verbietet aber eine Ablehnung des auf die gemeinsame Sorge gerichteten Antrages, wenn sich neben dem Vortrag der Beteiligten keine für die gemeinsame Sorge sprechenden Gründe ermitteln lassen sollten. Solcher Ermittlungen bedarf es wegen der gesetzlichen Vermutung der Kindeswohldienlichkeit nicht.

Verteidigt sich die Mutter gegen den auf die gemeinsame Sorge gerichteten Antrag des Vaters allein mit dem Vortrag, die mütterliche Alleinsorge sei generell am besten für das Kind, wird sie unterliegen müssen, weil sie konkrete Anhaltspunkte nicht dargelegt hat, die im zu entscheidenden Einzelfall gegen die Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge sprechen könnten.... Das Leitbild der gemeinsamen Sorge kann gegen das geltende Recht nicht mehr abstrakt-generell in Frage gestellt werden – auch nicht durch eine „restriktive“, „äußerst zurückhaltende“ oder „behutsame“ Anwendung des § 1626 a BGB. ... Die materiell-rechtliche Vermutung und ihre verfahrensrechtliche Durchsetzung stehen zur Erfüllung des staatlichen Wächteramtes nicht im Widerspruch. Der staatliche Schutzauftrag dient allein der Abwehr schwerwiegender Beeinträchtigungen des Kindeswohls (§ 1666 BGB), nicht der Durchsetzung bestmöglicher Sorgezuordnungen oder tatsächlicher Obhutsverhältnisse gegen oder ohne den Willen der Eltern (BVerfGE 60, 79) Um das Erziehungs- und Gefahrenabwehrprimat der Eltern (Art. 6 II 1 GG) zu schützen, ermächtigt das Wächteramt des Staates nicht zur nachforschenden Überwachung der Eltern und des Kindes, sondern es verpflichtet zum Eingreifen, wenn Anzeichen für eine Kindeswohlgefährdung an die Behörden oder das Familiengericht herangetragen oder ihnen bei der Ausübung ihrer Amtsgeschäfte ersichtlich werden. Die Verfahren nach den §§ 1626 a BGB werden nicht zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung betrieben, sondern zur Zuordnung der elterlichen Sorge durch eine Gerichtsentscheidung, weil die Beteiligten Einvernehmen nicht erreichen können. Es spricht deshalb weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Vermutung für eine Kindeswohlgefährdung, allein weil die Eltern ein Sorgerechtsverfahren beginnen. Nachforschungen in diesem Sinne sind unzulässig, wenn ein Antrag nach den §§ 1626 a II oder 1671 II 2 Nr. 2 BGB gestellt wird. ... Werden allerdings aus dem Vortrag eines Beteiligten oder aus anderen Quellen Anhaltspunkte ersichtlich, die so konkret dargelegt sind, dass ihnen nachgegangen werden kann, dann hat das Ge-

richt diese Ermittlungen durchzuführen. ... Bei der Würdigung der so erhobenen Feststellungen gilt keine Regel, alle Umstände mit einer Neigung zur gemeinsamen Sorge zu beurteilen oder Umstände, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen können, nur zu verwerten, wenn sie überwiegend oder hochwahrscheinlich erscheinen. Der Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge kann keineswegs nur dann abgewiesen werden, wenn mit erheblicher Gewissheit festgestellt werden kann, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widersprechen würde (so OLG Nürnberg, FamRZ 2014, 571). Vielmehr ist die Vermutung nach allgemeinen Grundsätzen § 37 I FamFG widerlegt, wenn ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGHZ 53, 253 – Anastasia), dafür spricht, dass entweder die gemeinsame Sorge das Kindeswohl beeinträchtigen oder eine andere Sorgezuordnung dem Kindeswohl besser dienen würde. Die gesetzliche Vermutung wirkt sich für die gemeinsame Sorge dann aus, wenn nichts gegen sie vorgebracht oder ersichtlich wird, weil das Gericht in diesem Falle Ermittlungen nicht beginnen darf, oder wenn Umstände unaufklärbar bleiben, weil die Vermutung in diesem Falle nicht erschüttert ist.

4. *OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2015 – II-14 UF 181/14, (BeckRS 2015, 14263)*
Mutterschaft eines lesbischen Paares – Keine analoge Anwendung des § 1592 BGB auf die „genetische“ Mutter

Zum Sachverhalt:

Seit 2010 lebt die Antragstellerin mit der Beteiligten zu 2) in eingetragener Partnerschaft. Am 8. August 2013 hat die Beteiligte zu 2) das im Verfahren betroffene Kind geboren, welches dadurch entstanden ist, dass der Antragstellerin in Belgien eine Eizelle entnommen und nach einer anonymen Samenspende in die Gebärmutter der Beteiligten zu 2) eingepflanzt wurde. Das privat eingeholte Abstammungsgutachten der Uniklinik weist die Antragstellerin als genetische Mutter aus. Der Antrag vom 14. Februar 2014 an das Standesamt, die Antragstellerin neben der Beteiligten zu 2) als weitere Mutter in die Geburtsurkunde aufzunehmen ist abgelehnt, die Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Entscheidung ist zurückgewiesen worden (2. Zivilsenat des OLG Köln, NJW-RR 2014, S. 1409).

Mit dem das vorliegende Verfahren einleitenden Antrag vom 11. Oktober 2014 hat die Antragstellerin begehrt festzustellen, dass sie die Mutter des am 8. August 2013 geborenen Kindes ist. Sie hat die Auffassung vertreten, aus Gründen der Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft sei für die Feststellung der Elternschaft § BGB § 1592 BGB analog dahin anzuwenden, dass allein das Verheiratetsein bzw. die bestehende Partnerschaft zum Zeitpunkt der Geburt für die Feststellung der Elternschaft ausreiche.

Durch den angefochtenen Beschluss ist der Feststellungsantrag der Antragstellerin abgewiesen worden. In den Gründen ist ausgeführt, eine planwidrige Regelungslücke, welche eine entsprechende Anwendung des § 1592 BGB rechtfertigen könnte, bestehe

nicht. Diese Rechtslage sei auch nicht verfassungswidrig. Durch die Möglichkeit der gleichgeschlechtlichen Stiefkindadoption in § 9 VII LPartG sei der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Vorgaben hinreichend nachgekommen.

Mit ihren Beschwerden verfolgen die Antragstellerin, das Kind und die Beteiligte zu 2) den Antrag der Antragstellerin weiter, dass diese als Mutter des Kindes festgestellt wird. Sie sehen sich in ihren Grundrechten aus Art. 6 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1, Art. 3 Absatz 1, Absatz 3 sowie in ihren Rechten aus Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK verletzt. Die Beteiligten sind der Auffassung, die vorliegend nicht nur genetische, sondern auch soziale, familiäre Verbundenheit der Antragstellerin mit dem Kind gebiete nach Art. 6 GG sowohl aus Gründen der Elternschaft der Antragstellerin als auch aus Gründen des Kindeswohls, diese Verbundenheit auch rechtlich zum Einklang zu bringen. Es liege eine nach Art. 3 GG nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaften gegenüber heterosexuellen Paaren darin, dass nur zugunsten des ehelichen Vaters dessen Elternschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB vermutet wird und nur ein Mann ein Kind nach § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen kann. Im Fall einer künstlichen Befruchtung könne zwar zum genetischen Vater ein Verwandtschaftsverhältnis begründet werden, nicht aber zur genetischen Mutter. Wegen der vom Bundesverfassungsgericht geschlechtsneutral aufgefassten Elternschaft müsse es ermöglicht werden, dass ein Lebenspartner die Elternschaft unabhängig vom Geschlecht anerkennen kann. Auch in anderen europäischen Ländern sei die Elternschaft von eingetragenen Lebenspartnern ohne Adoption möglich.

Das Recht des Kindes, insbesondere in unterhalts- und erbrechtlicher Sicht, werde beeinträchtigt, da ihm nicht bereits ab Geburt zwei Elternteile zur Verfügung stehen. Die Möglichkeit einer Adoption reiche nicht aus. Verletzt sei auch das durch Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK geschützte Familienleben.

Die Beschwerden sind ... nicht begründet. Soweit die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag anstrebt, ihre genetische Mutterschaft feststellen zu lassen, ist der Antrag nicht zulässig.

Aus den Gründen:

Ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der genetischen Abstammung mit Statuswirkung ist nur in § 1600 d BGB vorgesehen, und zwar nur für den Fall, dass keine rechtliche Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 und 2, 1593 BGB besteht. ... Den Vater des hier betroffenen Kindes will die Antragstellerin aber nicht feststellen lassen. Für eine analoge Rechtsanwendung ist kein Raum. Es liegt keine planwidrige Regelungslücke vor, welche Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist. Das deutsche Recht sieht eine durch Abstammung begründete gemeinsame Elternschaft grundsätzlich nur für Vater und Mutter vor. ...

Ein Verstoß gegen Art. 6 GG liegt nicht vor. Die gesetzliche Regelung stellt weder einen unzulässigen Eingriff in die Elternschaft noch in das Kindeswohl dar. Zutreffend ist zwar, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch zwei Per-

sonen gleichen Geschlechts Eltern im verfassungsrechtlichen Sinn sein können und ihnen in der Folge das Elterngrundrecht zustehen kann (BVerfG NJW 2013, 847). In der Ausgestaltung des Schutzes besteht aber ein Gestaltungsspielraum. ... In der genannten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass es das Elterngrundrecht gebiete, Möglichkeiten für den leiblichen Vater zu schaffen, auch rechtlich die Stellung eines Vaters einzunehmen, also den Zugang zu einem Verfahren zu eröffnen, in welchem die Vaterschaft überprüft und das Elternrecht gegebenenfalls rechtlich neu geordnet wird. Das gilt für die Elternschaft der genetischen Mutter gleichermaßen. Der Gesetzgeber ist der verfassungsrechtlichen Anforderung nachgekommen durch die Möglichkeit der Adoption innerhalb der Partnerschaft (§ 9 VII LPartG). Unrichtig ist die Auffassung der Beteiligten, dem Kind stünde ab Geburt nur ein Elternteil zu, es ist nur nicht der von ihnen gewünschte. Dass dieser nicht in Anspruch genommen werden soll, hat mit der Verfassung nichts zu tun, sondern ist Entscheidung der Beteiligten.

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG ist nicht gegeben. Zu Recht ist im angefochtenen Beschluss hervorgehoben, dass die gesetzliche Vermutung des § 1591 Nr. 1 BGB einer genetischen Abstammung des Kindes von Ehemann und Ehefrau auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht übertragbar ist. Anders als in einer Ehe kann die genetische Abstammung des Kindes bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften immer nur zu einem Partner bestehen.

Auch hinsichtlich der Anerkennung der Vaterschaft liegt kein gleichartiger Sachverhalt vor, der einen Verstoß gegen Art. 3 GG ergeben könnte. Die Anerkennung der Vaterschaft ist nach § 1594 Abs. 2 BGB nur wirksam, wenn keine andere rechtliche Vaterschaft besteht. Sie kann daher nicht zu einer doppelten Vaterschaft führen. Dagegen soll die mit den Beschwerden verlangte Anerkennung der Mutterschaft zu einer doppelten Mutterschaft führen.

Dem Senat ist bewusst, dass es durchaus Bestrebungen gibt, für Fälle der Reproduktionsmedizin zu anderen Lösungen zu kommen (vgl. etwa den Tagungsbericht zum 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014 von Germerott, FamRZ 2015, 190). Es bleibt aber dem Gesetzgeber überlassen, etwa erforderliche Änderungen vorzunehmen.

Hinweis und Kommentar:

Die nur genetische (aber nicht selbst gebärende) Mutter hat bisher nach geltendem Recht in Deutschland keinen Anspruch auf Feststellung als Mutter analog § 1592 BGB. Angesichts des § 1591 BGB besteht auch keine abstammungsrechtliche Regelungslücke. Die Mutterschaftszuordnung steht somit im deutschen Recht bisher nicht zur Disposition. Dieses Prinzip berücksichtigt der BGH auch in seiner Entscheidung vom 10.12.2014 zur rechtlichen Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder (BGH, NZFam 2015, 112 mit Anm. Zwißler, NZFam 2015, 118). Allerdings wird mit der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung über die rechtliche Elternschaft eines biologischen

Vaters und seines eingetragenen Lebenspartners die Mutterschaft der Leihmutter nicht in Frage gestellt.

Damit besteht derzeit für eine Frau nur die Möglichkeit, ein Ziel, wie es die Antragstellerin in diesem Verfahren verfolgte, zu erreichen, wenn die Geburt in einem Land erfolgt, in dem eine gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare rechtlich möglich ist, wie z.B. in Kroatien oder Kalifornien. Diese gemeinsame Elternschaft kann in Deutschland anerkannt werden, sofern ein Elternteil genetisch mit dem Kind verwandt ist.