

## GEMEINSAMES SORGERECHT NICHT VERHEIRATETER ELTERN

## Das sind die Kriterien des BGH

von VRIOLG a.D. Dr. Jürgen Soyka, Meerbusch

| Der BGH hat entschieden, wie das gemeinsame Sorgerecht bei nicht verheirateten Eltern zu bewerten ist. Die Kindeswohlprüfung unterliegt den gleichen Kriterien wie bei der Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge. |

### Sachverhalt

Der Antragsteller (V) begehrt die gemeinsame elterliche Sorge mit der Antragsgegnerin (M) für die im September 2009 geborene gemeinsame Tochter (T). Der V und die M lebten bis 2012 in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft. Für die T haben sie keine Sorgerechtserklärung abgegeben. Das AG hat die Eltern persönlich angehört, einen Verfahrensbeistand bestellt und nach dessen Anhörung und Anhörung des Jugendamts (JA) den Antrag des V zurückgewiesen. Das OLG hat auf die Beschwerde hin das gemeinsame Sorgerecht angeordnet. Die Rechtsbeschwerde führt zur Zurückverweisung.

#### ■ Leitsätze: BGH 15.6.16, 12 ZB 419/15

- a) Auch bei der „negativen“ Kindeswohlprüfung nach § 1626a Abs. 2 S. 1 BGB ist vorrangiger Maßstab für die Entscheidung das Kindeswohl. Notwendig ist die umfassende Abwägung aller für und gegen die gemeinsame Sorge sprechenden Umstände. Dafür gelten die zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB entwickelten Grundsätze.
- b) Erst wenn sich nach erschöpfender Sachaufklärung nicht feststellen lässt, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, ergibt sich aus der negativen Formulierung der Kindeswohlprüfung die (objektive) Feststellungslast dahin, dass im Zweifelsfall die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern gemeinsam auszusprechen ist.
- c) Gründe, die der gemeinsamen elterlichen Sorge i. S. v. § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB entgegenstehen können, sind bereits dann gegeben, wenn sich aus den dem Gericht dargelegten oder sonst ersichtlichen konkreten tatsächlichen Anhaltspunkten die Möglichkeit ergibt, dass die gemeinsame elterliche Sorge nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Unbeachtlich sind dagegen Umstände, die keinen Bezug zum konkreten Fall oder dem Wohl des Kindes aufweisen.
- d) Zur persönlichen Anhörung des Kindes im Sorgerechtsverfahren.  
(Abruf-Nr. 187339)

### Entscheidungsgründe

Vorrangiger Maßstab bei § 1626a Abs. 2 BGB ist das Kindeswohl. Dafür gelten die zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB entwickelten Grundsätze. Die gemeinsame elterliche Sorge entspricht den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehung zu beiden Elternteilen. Deswegen müssen Gründe vorliegen, die dagegen sprechen. Den Eltern ist die



ENTSCHEIDUNG  
BGH



IHR PLUS IM NETZ  
fk.iww.de  
Abruf-Nr. 187339

Sorge auch gemeinsam zu übertragen, wenn sich nicht feststellen lässt, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl besser entspricht als die Alleinsorge der Mutter. Der Antrag auf gemeinsame Sorge ist nur abzulehnen, wenn die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern mit dem Kindeswohl unvereinbar wäre. Daher sind nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB alle für und gegen die gemeinsame Sorge sprechenden Umstände bei einer einzelfallbezogenen und umfassenden Betrachtung gegeneinander abzuwägen. Gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls sind die

- Erziehungseignung der Eltern,
- Bindungen des Kindes,
- Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie
- Beachtung des Kindeswillens.

Diese Kriterien stehen nicht kumulativ nebeneinander, sondern jedes von ihnen ist im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für das Kindeswohl.

#### **Grundlage für ein Zusammenwirken i. S. d. Kindeswohls erforderlich**

Folge eines nachhaltigen und tiefgreifenden Elternkonflikts kann sein, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Eine Weigerungshaltung eines Elternteils ist nicht entscheidend dafür, dass es dem Kindeswohl widerspricht, die gemeinsame elterliche Sorge beizubehalten oder anzuordnen. Auch der Umstand, dass die Eltern in Einzelfragen verschiedener Meinung sind und ihre Meinungsverschiedenheiten im Einzelfall streitig ausgetragen haben, genügt nicht, um die gemeinsame elterliche Sorge abzulehnen. Denn es ist im Eltern-Kind-Verhältnis normal, dass sich in Einzelfragen die für das Kind beste Lösung erst aus Kontroversen herausbildet, weil dadurch mehr Argumente abgewogen werden können, als bei Alleinentscheidungen.

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt aber ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und insgesamt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus. Sie ist daher nicht anzuordnen, wenn die Kommunikationsebene der Eltern schwerwiegend und nachhaltig gestört ist, was befürchten lässt, dass die Eltern keine gemeinsamen Entscheidungen finden können und das Kind erheblich belastet würde, würde man die Eltern zwingen, die Sorge gemeinsam zu tragen. Maßgeblich ist, wie sich die mangelnde Einigungsfähigkeit der Eltern bei der Gesamtbeurteilung der Verhältnisse auf die Entwicklung und das Wohl des Kindes auswirken wird. Die Gefahr einer erheblichen Belastung des Kindes kann sich im Einzelfall auch aus der Nachhaltigkeit der Schwere des Elternkonflikts ergeben. Die Eltern brauchen die Kommunikation nicht vollständig zu verweigern, weil eine schwere und nachhaltige Störung ausreicht. Diese ist gegeben, wenn sie sich nicht in der gebotenen Weise sachlich über die Kindesbelange austauschen und gemeinsam entscheiden können. In diesem Fall ist zu prüfen, ob dadurch eine erhebliche Belastung des Kindes zu befürchten ist.

#### **Belastung des Kindes muss nicht bereits tatsächlich bestehen**

Es reicht die begründete Befürchtung aus, dass das Kind erheblich belastet wird und die Eltern auch künftig nicht ihre Streitigkeiten in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge konstruktiv und ohne gerichtliche Auseinandersetzungen beilegen können. Denn ein fortgesetzter Streit belastet das Kind erheb-

Kriterien für  
das Kindeswohl

Mindestmaß an  
Übereinstimmung  
der Eltern  
erforderlich

lich. Dazu ist die Einschätzung notwendig, ob der Konflikt nachhaltig und so tiefgreifend ist, dass dem Kindeswohl dienliche Entscheidungen in den wesentlichen Belangen der elterlichen Sorge auch künftig nicht gewährleistet sind.

Es muss nicht zusätzlich festgestellt werden, dass eine günstige Prognose der Alleinsorge besteht, dass die Eltern aufgrund der Gerichtsentscheidung für die Alleinsorge ihren Streit nicht fortsetzen werden. Es ist zu prüfen, ob durch die Alleinsorge deren Konfliktfelder eingegrenzt werden, was dem Kindeswohl dienen kann, während das Risiko, dass das Kind durch die gemeinsame Sorge verstärkt dem Konflikt der Eltern ausgesetzt wird, dem entgegenstehen kann. Zu den wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge gehören alle nach § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB gemeinsam zu treffenden Entscheidungen, auch die über den Umgang des Kindes mit dem nicht betreuenden Elternteil.

#### Unterschied zwischen § 1671 Abs. 1 BGB und § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB

Nach § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB genügt für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge, dass der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die dem entgegenstehen. Dem entspricht § 155a Abs. 3 FamFG: Das Gericht darf in diesen Fällen im schriftlichen Verfahren entscheiden, ohne das JA und die Eltern anzuhören. Da die Möglichkeit ausreicht, dass die Gründe einer gemeinsamen Sorge entgegenstehen, sind an deren Darlegung keine hohen Anforderungen zu stellen. Es muss aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte möglich sein, dass die gemeinsame elterliche Sorge nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Hinreichende Anhaltspunkte sind nicht erst gegeben, wenn der Sachenvortrag beinhaltet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Unbeachtlich sind Umstände, die keinen Bezug zum konkreten Fall oder dem Wohl des Kindes aufweisen. Ausreichend sind Indizien gegen die gemeinsame elterliche Sorge. Folge: Dies löst die Amtsermittlungspflicht aus und führt zum normalen Sorgerechtsverfahren.

Der Ansicht, dass ein Vorrang oder eine Vermutung zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge bestehen muss, ist nicht zu folgen. Die Meinung, dass für Umstände, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen, ein höheres Beweismaß zu fordern ist, ist ebenfalls abzulehnen. Denn auch das BVerfG hat einen so verstandenen Vorrang der gemeinsamen elterlichen Sorge bei § 1671 BGB abgelehnt. Davon ist auch bei der Neufassung des § 1626a BGB auszugehen. Erst, wenn sich nach erschöpfender Sachaufklärung nicht feststellen lässt, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, ist aus der negativen Formulierung der Kindeswohlprüfung zu entnehmen, dass die gemeinsame elterliche Sorge auszusprechen ist.

Hier gibt es Gründe gegen die gemeinsame elterlichen Sorge: Das OLG ist von einer dringend verbesserungsdürftigen Kommunikation zwischen den Eltern ausgegangen, dadurch steht zu befürchten, dass sie Leid des Kindes bewirkt. Das reicht dafür, dass eine vollständige Amtsaufklärung erforderlich ist.

Für das weitere Verfahren gilt: Auch das betroffene Kind ist anzuhören. Auch bei einem Kind, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann auf eine Anhörung nicht verzichtet werden. Nach § 159 Abs. 2 FamFG ist ein solches Kind persönlich anzuhören, wenn die Neigung, Bindung oder der Wille des Kin-

Wesentliche Bereiche der elterlichen Sorge wie bei § 1687 Abs. 1 BGB

§ 155a Abs. 3 FamFG erlaubt Entscheidung ohne Anhörungen

Hier bestehen Gründe gegen die gemeinsame elterliche Sorge

Auch das betroffene Kind ist anzuhören, selbst wenn es keine 14 Jahre alt ist

des für die Entscheidung bedeutsam sind und/oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist. Da Neigungen, Bindungen und der Kindeswille gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohles sind, ist in allen Verfahren betreffend das Sorgerecht regelmäßig eine Anhörung auch des unter 14 Jahre alten Kindes erforderlich. Die persönliche Anhörung dient der Gewährung des rechtlichen Gehörs und vor allem auch der Sachaufklärung.

Die Anhörung ist auch nicht deshalb abzulehnen, weil dem Kind die abstrakte rechtliche Konstruktion der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht vermittelbar ist. Es ist Aufgabe des Gerichts, das Verfahren, insbesondere die Umstände sowie die Art und Weise der Kindesanhörung unter Berücksichtigung des Alters, des Entwicklungsstands und der sonstigen Fähigkeiten des Kindes so zu gestalten, dass das Kind seine persönliche Beziehung zu den Eltern erkennbar werden lassen kann. Denn eine Entscheidung wird den Belangen des Kindes nur gerecht, wenn es diese Möglichkeit hat. Bei sehr jungen Kindern, etwa bei Dreijährigen, kann aber wegen fehlender Äußerungsfähigkeit auf die Anhörung verzichtet werden. Die Belastung für das Kind kann nur im Ausnahmefall ein Grund sein, von der Anhörung abzusehen, § 159 Abs. 2 S. 1 FamFG.

## Relevanz für die Praxis

Aus den negativen Kindeswohlprüfungen folgt: Wenn nach erschöpfender Sachaufklärung nicht festgestellt werden kann, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, ergibt sich, dass im Zweifel die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern gemeinsam auszusprechen ist. Liegen Anhaltspunkte vor, die befürchten lassen, dass die gemeinsame elterliche Sorge mit dem Kindeswohl unvereinbar ist, ist zu prüfen, wie das Kindeswohl zu beurteilen ist. Dazu sind die Eltern, das JA, der Verfahrensbeistand, der ggf. erst bestellt werden muss, und das Kind anzuhören. Das Gericht muss die Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen herausarbeiten und daraus Schlüsse ziehen. Kinder bis etwa zum Alter von drei Jahren sind nicht anzuhören, weil bei jüngeren Kindern nicht zu erwarten ist, dass sie das notwendige Verständnis aufbringen.

Dem Kind muss die persönliche Beziehung zu den Eltern erkennbar sein

Kleinkinder brauchen nicht angehört zu werden

### Negative Kindeswohlprüfung gem. § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB

Prüfungsmaßstab: **Kindeswohl** = Umfassende Abwägung aller für und gegen die gemeinsame Sorge sprechenden Umstände anhand der Grundsätze des § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Kein Vortrag des anderen Elternteils und keine Gründe, die dem gemeinsamen Sorgerecht entgegenstehen

**Gesetzliche Vermutung:** Gemeinsame elterliche Sorge widerspricht **nicht** dem Kindeswohl

Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern **gemeinsam**; Entscheidung des Gerichts im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des JA und der Eltern, § 155a Abs. 3 FamFG

Anhaltspunkte für Gründe gegen die gemeinsame elterliche Sorge (+), bei konkreten tatsächlichen Anhaltspunkten, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht

Anhörung der Eltern, des JA, des Verfahrensbeistands und des Kindes (§ 159 FamFG)

Grafik: IWW Institut