

Alleinige oder gemeinsame elterliche Sorge

I.) § 1626a

Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
2. wenn sie einander heiraten oder
3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) 1Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.

2Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

II.) Das Gesetz beruht auf der Annahme, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht (BT-Drs. 17/11048 S. 12 unter Bezugnahme auf BVerfG FamRZ 2003, 285, 288 f, zitiert in BGH, Beschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060; BVerfG FamRZ 2010, 1403; zitiert in vgl. BGH Senatsbeschluss vom 15. Juni 2016 - XII ZB 419/15 - FamRZ 2016, 1439). Daraus ergibt sich das gesetzliche Leitbild, dass grundsätzlich beide Eltern die gemeinsame elterliche Sorge für ein Kind tragen sollen, wenn keine Gründe vorliegen, die hiergegen sprechen (ebd.).

III.) Die elterliche Sorge ist den Eltern auch dann gemeinsam zu übertragen, wenn sich nicht feststellen lässt, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl besser entspricht als die Alleinsorge der Mutter. Im Zweifelsfall ist die Übertragung der elterlichen Sorge dann auf die Eltern gemeinsam auszusprechen (BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439, Rn. 38. Vgl. auch OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 2168, 2169; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1626 a BGB Rn. 11; BeckOK BGB/Veit [Stand 1.05.2015] § 1626 a Rn. 24).

IV.) Kommt hier das Gericht jedoch zu dem Ergebnis, dass die elterliche Sorge nur bei einem Elternteil zu belassen ist, ist jedoch auch zu prüfen, ob die Übertragung auf den Vater allein dem Wohl des Kindes am besten entspricht, wenn eine gemeinsame Sorge mangels Zustimmung der Mutter nicht in Betracht kommt (§ 1671 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB; vgl. hierzu BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439).

V.) Die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist hier unter den gleichen Voraussetzungen abzulehnen, unter denen im Fall des § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben wäre (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2015, 674; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 2168, 2169 und Beschluss vom 02.04.2015 – 18 UF 253/14 15; OLG Koblenz FamRZ 2014, 319; BeckOK BGB/Veit [Stand: 1.05.2015] § 1626 a Rn. 30.1; a.A. BeckOGK BGB/Schumann [Stand: 1.09.2015] § 1626 a Rn. 100; Staudinger/Coester BGB [2015] § 1626 a Rn. 88, zitiert in BGH XII ZB 419/15, FamRZ 2016, 1439). Auch der Wille der Mutter gleicht keinem

Vetorecht, zumal in der vorliegenden Konstellation der Wille der Mutter hier über das Kindeswohl dabei in unangemessener Weise gestellt würde (ebd.).

VI.) Auch findet die elterliche Sorge ihre Rechtfertigung nicht in einem Machtanspruch der Eltern, sondern in dem Bedürfnis des Kindes nach Schutz und Hilfe dabei, sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln (vgl. BVerfGE 24, 119; FamRZ 1968). Ebenso hat das Elternrecht seine Wurzeln nicht in naturgegebener Verschiedengeschlechtlichkeit, sondern besteht in erster Linie im Interesse des Kindes, damit beide Eltern ihrem Pflichtrecht nachkommen können (BVerfGE 24, 119, 144 = NJW 1968, 2233, näher dazu u.a. Seibert FamRZ 1995, 1457, 1459, 1460).

Redaktioneller Hinweis zur Beantragung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Grundrechtsnorm schützt den leiblichen Vater in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen. Ihm ist vom Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung des Kindes Recht und Pflicht der Eltern. Der Elternbegriff umfasst auch die leiblichen Eltern eines Kindes, unabhängig vom Familienstand der Eltern und der Enge der Beziehung zwischen ihnen und dem Kind (vgl. BVerfGE 92, 158 [177 f.]). Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vom natürlichen Recht der Eltern spricht, kommt hiermit einerseits zum Ausdruck, dass dieses Recht nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist (vgl. BVerfGE 59, 360 [376]). Andererseits verdeutlicht dies, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 [150]). Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten (vgl. BVerfGE 79, 256 [267]); vgl. BVerfGE 108, 82 = FamRZ 2003, 816). Die Abstammung des Kindes vom antragstellenden Vater steht nicht in Streit.

1.) Im Ergebnis hat die Mutter keine am Kindeswohl orientierten Gründe vorgetragen, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können. Es sind auch keine sonstigen Gründe ersichtlich, die einer Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können.

Nach § 1626 a Abs. 2 BGB überträgt das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

2.) Hier in dieser Konstellation ist nicht alleine von einem Fall des § 1626 a Abs. 2 Satz 2 BGB auszugehen. Die Prüfung, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, muss daher unter uneingeschränkter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes erfolgen (BT-Drs. 17/11048 S. 18). Im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gem. § 26 FamFG ist zur Vorbereitung einer Entscheidung zur Regelung der elterlichen Sorge ein familienrechtspsychologisches Gutachten einzuholen. Der Sachverhalt ist vom Familiengericht umfassend und ergebnisoffen aufzuklären (Staudinger/Coester BGB [2015] § 1626 a Rn. 79; BeckOK BGB/Veit [Stand: 1.05.2016] § 1626 a Rn. 26). Erst wenn sich nach erschöpfender Sachaufklärung nicht feststellen lässt, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, ergibt sich aus der negativen

Formulierung der Kindeswohlprüfung eine gesetzgeberische Entscheidung zur (objektiven) Feststellungslast. Aus dieser insoweit entsprechend dem gesetzlichen Leitbild zu Lasten der Aufrechterhaltung der Alleinsorge der Mutter getroffenen Regelung folgt, dass im Zweifelsfall die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern gemeinsam auszusprechen ist (BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439, Rn 38).

3.) Hier soll dann *ebenfalls* untersucht werden, ob die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht, wenn eine gemeinsame Sorge mangels Zustimmung der Mutter nicht in Betracht kommt. Nach § 1671 Abs. 2 BGB kann der Vater die Übertragung der alleinigen Sorge beantragen, die mangels Zustimmung der Mutter dann zu erfolgen hat, wenn eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1671 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB); (vgl. hierzu BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439).

4.) Ebenso wie bei § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist auch bei der "negativen Kindeswohlprüfung" nach § 1626 a Abs. 2 BGB das Kindeswohl vorrangiger Maßstab für die gerichtliche Entscheidung. Wie bei § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB sind alle für und gegen die gemeinsame Sorge sprechenden Umstände im Rahmen einer einzelfallbezogenen und umfassenden Betrachtung gegeneinander abzuwägen (vgl. BGH, Beschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 18 ff.; BVerfG FamRZ 2010, 1403 Rn. 58).

5.) Die Sorge ist den Eltern vom Familiengericht demzufolge auch dann gemeinsam zu übertragen, wenn sich nicht feststellen lässt, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl besser entspricht als die Alleinsorge der Mutter (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 2168, 2169; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1626 a BGB Rn. 11; BeckOK BGB/Veit [Stand 1.05.2015] § 1626 a Rn. 24). Eine den Antrag auf gemeinsame Sorge ablehnende Entscheidung kann nur dann ergehen, wenn die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Eltern gemeinsam dem Kindeswohl widerspricht, also mit ihm unvereinbar wäre (OLG Koblenz FamRZ 2014, 319; BeckOGK BGB/Schumann [Stand: 1.09.2015] § 1626 a Rn.).

6.) Dass zwischen den Eltern über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge Konsens besteht, ist hingegen keine Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung. Das ergibt sich bereits aus der Erwägung, dass der Wille des Elternteils und das Kindeswohl nicht notwendig übereinstimmen und es auch nicht in der Entscheidungsbefugnis eines Elternteils liegt, ob eine dem Kindeswohl entsprechende gerichtliche Anordnung ergehen kann oder nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2016 - XII ZB 280/15 - FamRZ 2016, 2082 Rn. 35; OLG Naumburg FamRZ 2014, 1860, 1861; Schmid NZFam 2016, 818, 819; aA OLG Düsseldorf ZKJ 2011, 256; OLG Brandenburg FF 2012, 457, juris Rn. 20). Würde der entgegengesetzte Wille eines Elternteils gleichsam als Vetorecht stets ausschlaggebend sein, so würde der Elternwille ohne Rücksicht auf die zugrundeliegende jeweilige Motivation des Elternteils in sachwidriger Weise über das Kindeswohl gestellt. Vergleichbar ist das Einverständnis beider Eltern auch nicht Voraussetzung der Begründung oder Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge in den Fällen der §§ 1626 a, 1671 BGB. Durch die Regelung in § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 BGB ist vielmehr gerade ermöglicht worden, den Vater auch ohne Zustimmung der Mutter an der elterlichen Sorge zu beteiligen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (vgl. BGH Senatsbeschluss vom 15. Juni 2016 - XII ZB 419/15 - FamRZ 2016, 1439, Rn. 21 ff.).

7.) Das Vorliegen eines Elternkonflikts oder die Ablehnung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Mutter sprechen für sich genommen also noch nicht gegen die gemeinsame elterliche Sorge. Allein die Verweigerungshaltung eines Elternteils ist kein entscheidender Gesichtspunkt dafür, dass die Beibehaltung

oder Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Dass Eltern in Einzelfragen verschiedener Meinung sind und ihre Meinungsverschiedenheiten im Einzelfall streitig ausgetragen haben, genügt ebenfalls nicht, um die gemeinsame elterliche Sorge abzulehnen. Es gehört zur Normalität im Eltern-Kind-Verhältnis, dass sich in Einzelfragen die für das Kind beste Lösung erst aus Kontroversen herausbildet. Hierdurch können sogar mehr Argumente abgewogen werden als bei Alleinentscheidungen und so dem Kindeswohl besser entsprechende Ergebnisse erreicht werden. Insbesondere sieht das Gesetz für einzelne kontrovers diskutierte und von den Eltern nicht lösbare Fragen mit § 1628 BGB ein geeignetes Instrumentarium vor (hierzu: BGH, 15.06.2016 - XII ZB 419/15, FamRZ 2016, 1439).

8.) Nach der gesetzlichen Regelung stehe also die elterliche Sorge für das Kind zunächst allein der Kindesmutter zu (§ 1626 a Abs. 3 BGB). Auf Antrag eines Elternteils übertrage das Familiengericht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspreche (§ 1626a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB). Letzteres werde vom Gesetz vermutet, soweit der andere Elternteil keine entgegenstehenden Gründe vortrage (§ 1626a Abs. 2 S. 2 BGB).

9.) Das Gesetz beruht auf der Annahme, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht BT-Drs. 17/11048 S. 12 unter Bezugnahme auf BVerfG FamRZ 2003, 285, 288 f, zitiert in BGH, Beschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060; BVerfG FamRZ 2010, 1403; zitiert in vgl. BGH Senatsbeschluss vom 15. Juni 2016 - XII ZB 419/15 - FamRZ 2016, 1439). Daraus ergibt sich das gesetzliche Leitbild, dass grundsätzlich beide Eltern die gemeinsame elterliche Sorge für ein Kind tragen sollen, wenn keine Gründe vorliegen, die hiergegen sprechen (ebd.).

10.) Auch findet die elterliche Sorge ihre Rechtfertigung nicht in einem Machtanspruch der Eltern, sondern in dem Bedürfnis des Kindes nach Schutz und Hilfe dabei, sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln (vgl. BVerfGE 24, 119; FamRZ 1968). Ebenso hat das Elternrecht seine Wurzeln nicht in naturgegebener Verschiedengeschlechtlichkeit, sondern besteht in erster Linie im Interesse des Kindes, damit beide Eltern ihrem Pflichtrecht nachkommen können (BVerfGE 24, 119, 144 = NJW 1968, 2233, näher dazu u.a. Seibert FamRZ 1995, 1457, 1459, 1460).

11.) Vorrangiger Maßstab der Entscheidung nach § 1626 a Abs. 2 BGB ist das Kindeswohl BT-Drs. 17/11048 S. 14. 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 Satz 2 Nr. 2 BGB entwickelten Grundsätze. Das bedeutet, das ebenso wie bei § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auch bei der "negativen Kindeswohlprüfung" nach § 1626 a Abs. 2 BGB das Kindeswohl vorrangiger Maßstab für die gerichtliche Entscheidung ist. Die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist somit unter den gleichen Voraussetzungen abzulehnen, unter denen im Fall des § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben wäre (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2015, 674; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 2168, 2169 und Beschluss vom 02.04.2015 – 18 UF 253/14 15; OLG Koblenz FamRZ 2014, 319; BeckOK BGB/Weit [Stand: 1.05.2015] § 1626 a Rn. 30.1; a.A. BeckOGK BGB/Schumann [Stand: 1.09.2015] § 1626 a Rn. 100; Staudinger/Coester BGB [2015] § 1626 a Rn. 88).

12.) Bei der positiven, als auch der hier zitierten negativen Kindeswohlprüfung sind folgende Gesichtspunkte bedeutsam:

- Erziehungseignung der Eltern (Hierzu gehört die Bindungstoleranz, bzw. Umgangstoleranz)
- Bindungen des Kindes

- Prinzipien der Förderung (auch die Bindung an den anderen Elternteil zu fördern)
- Kontinuität
- die Beachtung des Kindeswillens

Diese Kriterien stehen aber nicht kumulativ nebeneinander. Jedes von ihnen kann im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für die Beurteilung sein, was dem Kindeswohl entspricht. Zu berücksichtigen sind dabei auch die durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Elternrechte (BGH, 28.04.2010 - XII ZB 81/09, Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 ff.).

II.

- 1.) Insgesamt entspricht es dem Kindeswohl, wenn die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt wird:

- 2.) Die elterliche Sorge ist den Eltern auch dann gemeinsam zu übertragen, wenn sich nicht feststellen lässt, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl besser entspricht als die Alleinsorge der Mutter. Im Zweifelsfall ist die Übertragung der elterlichen Sorge dann auf die Eltern gemeinsam auszusprechen (BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439, Rn 38).

- 3.) Kommt hier das Gericht zu dem Ergebnis, dass die elterliche Sorge nur bei einem Elternteil zu belassen ist, ist zu prüfen, ob die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht, wenn eine gemeinsame Sorge mangels Zustimmung der Mutter nicht in Betracht kommt (§ 1671 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB; vgl. hierzu BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439).

- 4.) Der elterliche Konflikt dreht sich hier um die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung BGH XII ZB 419/15 vom 15.06.2016, FamRZ 2016, 1439 festgestellt, dass ein fehlender Konsens, fehlende Übereinstimmung, Kontroversen, Meinungsverschiedenheiten und eine streitige Austragung hierüber kein Grund ist, die elterliche Sorge nicht auf die Eltern gemeinsam zu übertragen. Denn es gehört zur Normalität im Eltern-Kind-Verhältnis, dass sich in Einzelfragen die für das Kind beste Lösung erst aus Kontroversen herausbildet (ebd.).

- 5.) Auch der Wille eines Elternteils gleicht keinem Vetorecht, zumal in der vorliegenden Konstellation der Wille der Mutter hier über das Kindeswohl dabei in unangemessener Weise gestellt würde (ebd.).

- 6.) Der aus dem Streit über die gemeinsame Sorge herrührende Elternkonflikt, als auch die Verweigerungshaltung eines Elternteils sprechen nicht gegen die Übertragung und Ausübung gemeinsame elterliche Sorge (ebd.).

- 7.) Wo dies für das Sorgerecht in seiner Gesamtheit gilt, sind diese Grundsätze der Rechtsprechung – a maiore ad minus – auf die Frage eines Teilaspekts des Sorgerechts, nämlich hier das Aufenthaltsbestimmungsrechts, anwendbar.