

**J. von Staudingers**  
**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**  
**12., neubearbeitete Auflage**

**§§ 1666–1772**

**J. von Staudingers**  
**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**  
**mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**

12., neubearbeitete Auflage

---

Viertes Buch

**Familienrecht**

**§§ 1666–1772**

Erläutert von

**Dr. Michael Coester**

Professor an der Universität  
Göttingen

**Dr. Rainer Frank**

Professor an der Universität  
Freiburg

**Dr. Horst Göppinger**

Professor, Richter am  
Oberlandesgericht Stuttgart a. D.

Redaktor

**Dr. Helmut Engler**

Professor an der Universität Freiburg,  
Minister in Baden-Württemberg a. D.

1992

**Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin**



45733600

**Die Bearbeiter der §§ 1666–1772 in der 12. Auflage**

§§ 1666–1698 b . . . . .	Professor Dr. MICHAEL COESTER
§§ 1699–1704 . . . . .	aufgehoben
§§ 1705–1740 g . . . . .	Professor Dr. HORST GÖPPINGER
§§ 1741–1772 . . . . .	Professor Dr. RAINER FRANK
Sachregister . . . . .	Rechtsanwalt Dr. Dr. VOLKER KLUGE

**Die Bearbeiter in der 10./11. Auflage**

§§ 1666–1669 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§ 1670 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1671, 1672 . . . . .	Senatspräsident Dr. JULIUS SCHWOERER
§§ 1673–1681 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat Dr. HELMUT DONAU
§§ 1682–1692 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1693–1697 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat Dr. HELMUT DONAU
§§ 1698–1698 b . . . . .	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1705–1718 . . . . .	Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§§ 1719–1740 . . . . .	Professor Dr. ERHARD BÖKELMANN
§§ 1740 a–1740 g . . . . .	–
§§ 1741–1772 . . . . .	Professor Dr. HELMUT ENGLER

**Zitierweise**

STAUDINGER-COESTER § 1666 Rz 1  
 STAUDINGER-GOEPFINGER Vorbem 1 zu  
 §§ 1705 ff

**Stand der Bearbeitung**

§§ 1666–1672: März 1991  
 §§ 1673–1698 b: Oktober 1991  
 §§ 1705–1740 g: August 1984  
 §§ 1741–1772: Januar 1991

**Hinweise**

Die **Benutzeranleitung** für das Gesamtwerk befindet sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigefügt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :**  
 mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Kommentatoren Hermann Amann . . . – Berlin : Sellier de Gruyter.  
 Teilw. hrsg. von Günther Beitzke . . . Teilw. mit dem Hauptsacht.: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. – Teilw. im Verl. Schweitzer de Gruyter, Berlin  
 NE: Staudinger, Julius von [Begr.]; Amann, Hermann; Beitzke, Günther [Hrsg.]; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; J. v. Staudingers Kommentar zum Gesetzbuch

Buch 4. Familienrecht.  
 §§ 1666 – 1772 / erl. von Michael Coester . . . – 12., neubearb. Aufl. – 1992  
 ISBN 3-8059-0795-8  
 NE: Coester, Michael

© 1992 by Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. – Printed in Germany.  
 Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

## Inhaltsübersicht

Seite\*

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft

Fünfter Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

§§ 1666-1698 b . . . . . 259

Sechster Titel. Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder . . . . . 1

Siebenter Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder . . . . . 69

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe . . . . . 74

II. Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters . . . . . 89

III. Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes . . . . . 135

Achter Titel. Annahme als Kind

I. Annahme Minderjähriger . . . . . 161

II. Annahme Volljähriger . . . . . 437

Sachregister . . . . . 473

---

\* Es handelt sich um eine Hilfspaginierung; zitiert wird nicht nach Seiten, sondern nach Randziffern.

**J. von Staudingers**  
**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**  
**mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**

12., neubearbeitete Auflage

---

Viertes Buch

**Familienrecht**

**§§ 1666–1672**

Erläutert von

**Dr. Michael Coester**

Professor an der Universität Göttingen

Redaktor

**Dr. Helmut Engler**

Professor an der Universität Freiburg,  
Minister in Baden-Württemberg a. D.

1991

**Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin**

## Der Bearbeiter der §§ 1666–1672 in der 12. Auflage

Professor Dr. MICHAEL COESTER

## Die Bearbeiter in der 10./11. Auflage

§§ 1666–1669 . . . . . Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER

§ 1670 . . . . . Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER

§§ 1671, 1672 . . . . . Senatspräsident Dr. JULIUS SCHWOERER

## Zitierweise

STAUDINGER-COESTER § 1666 Rz 1

## Stand der Bearbeitung

März 1991

## Hinweise

Die Bearbeitung von § 1634 erscheint inhaltsgleich auch als Sonderausgabe „Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kinde“.

Die **Benutzeranleitung** für das Gesamtwerk befindet sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigegefügt.

ISBN 3-8059-0789-3

© 1991 by Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. – Printed in Germany.

Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

KO 2012

## § 1666

**Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Gericht kann auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.**

**Das Gericht kann Erklärungen der Eltern oder eines Elternteils ersetzen.**

**Das Gericht kann einem Elternteil auch die Vermögenssorge entziehen, wenn er das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt hat und für die Zukunft eine Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist.**

E I § 1546; II § 1557; III § 1643; Mot IV 803 ff; Prot IV 619 ff, 654 ff; GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 16 (dazu BT-Drucks 7/2060; 8/111; 8/2788).

## Schrifttum

AKKENT-FRANGER, Mädchen in der Türkei und in Deutschland, RdJ 1986, 137; BARTH, Kindesmißhandlung – ein Überblick; – aus der Sicht des Jugendamts, ZfJ 1986, 236; BECKER, Neues elterliches Sorgerecht, ZBlJugR 1978, 300; BEITZKE, Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 3; BERES, Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen – und was geschieht dann?, ZfJ 1984, 263; BETTERMANN, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: FS Lent (1957) 17; BIENWALD, Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau, FamRZ 1985, 1096; BÖHM, Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigenutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtsachen, DAVorm 1985, 731; BOSCH, Volljährigkeit – Ehemündigkeit – Elterliche Sorge, FamRZ 1973, 489; BRÜGGEMANN, Elterliche Vermögenssorge – Alte und neue Fragen, ZBlJugR 1980, 53; BURMEISTER, Abtreibung und Art 6 GG. Oder: „Mamis Bauch gehört auch mir“, JR 1989, 52; COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983); COESTER-WALTJEN, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230; dies, Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, 2175; dies, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. DJT (1986); DIEDERICHSEN, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461; ders, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1; FEHNEMANN, Das Verschuldensprinzip in § 1666 BGB und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfJ 1984, 157; FINGER, Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation in der Ehe, KJ 1986, 326; ders, Gefährdung des Kindeswohls, RdJ 1988, 177; FRANZ, Maßnahmen nach den §§ 1666, 1666 a BGB und die Fürsorgeerziehung, FamRZ 1982, 349; FTHENAKIS, Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd 3 (1984), 33; GEIGER, Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, FamRZ 1986, 1; GERNUBER, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229; GIESEN, Familienrechtsreform zum Wohle des Kindes?, FamRZ 1977, 594; ders, Kindesmißhandlung? (1979); ders, Anmerkung zu KG v 19. 3. 1985 und Re C. (A Minor) (1985) 15 Fam. Law 191, JZ 1985, 1055; GÖTZINGER-PECHSTEIN, Zur Problematik der Geschwistertrennung bei Vermittlung in Dauerpflege, ZfJ 1985, 477; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls (1974) (zit: GOLDSTEIN ua I); dies, Diesseits des Kindeswohls (1982) (zit: GOLDSTEIN ua II); GOLDSTEIN ua, Das Wohl des Kindes (1988) (zit: GOLDSTEIN ua III); HÄBEL, Tagesbetreuung von Kindern unter drei Jahren – Rechtsanspruch und soziale Auslese, ZfJ 1988, 530; HAESLER (Hrsg), Kindesmißhandlung (2. Aufl 1985); HAPPE, Hat sich das Jugendwohlfahrtsgesetz auch ohne Jugendhilfrechtsreform überlebt?, FamRZ 1981, 635; HARMS, Die Funktion des elterlichen Fehlverhaltens als Voraussetzung für Eingriffe in das Personensorgerecht (Diss Freiburg 1988); HARRER, Zivilrechtliche Einflußmöglichkeiten des künftigen Vaters auf die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs, ZfJ 1989, 238; HASENSTEIN-UHLMANN, Unterbringung von Kindern, Unsere Jugend 1978, 146, 201; HINZ, Kindesschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht (1976); ders, Zu den Voraussetzungen der Trennung eines gesunden Kindes von seinen behinderten Eltern, NJW 1983, 377; VON HIPPEL, Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung?, JZ 1986, 53; ders, Der Schwangerschaftsabbruch in rechtsvergleichender Sicht, in: VON VOSS ua (Hrsg), Chancen für das ungeborene Leben (1988) 69; HÖHNE, Gerichtliche Kontrolle elterlicher Fehlentscheidungen (Diss Frankfurt/M 1974); HOERSTER, Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172; HORNDASCH, Zum Wohle des Kindes: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Erziehungsverantwortung der Eltern (Diss Göttingen 1983); HURRELMANN, Warum Eltern zu Tätern werden, Mitt der DFG 1/89, 10; JÄGER, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungen (Diss Freiburg 1988); JAGERT, Anmerkung zu AG Köln v 15. 3. 1984, FamRZ 1985, 1173; KALLABIS, Aids und das Jugendamt, ZfJ 1988, 54; KLUSSMANN, Das Pflegekind Janina in Glanz und Elend, ZfJ 1988, 478; KNÖPFEL, Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1977, 600; ders, Elternrecht, Kindesrecht und Zwang gegen Jugendliche, FamRZ 1985, 1211; LEMPP, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie (1983); ders, Kinder- und jugendpsychiatrische Anmerkungen zur Frage, wieweit das Erziehungsrecht der Eltern durchgesetzt werden kann und darf, FamRZ 1986, 1061; LEMPP ua, Die Anhörung des Kindes gemäß § 50 b FGG (1987); LÜDERITZ, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605; LUTHIN, Zur Neuregelung des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 986; MIEHE, Fürsorgeerziehung und Heimunterbringung, in: FS Leferenz (1983) 647; MITTENZWEI, Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen Kind, AcP 187 (1987) 247; MÜLLER, GERDA, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, DRiZ 1979, 169; MÜNDER, „Wohl des Kindes“ in

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

vormundschaftsgerichtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen, RdJ 1981, 82; ders, Kindschaftsrecht und Staatsintervention, RdJ 1988, 196; ders, Die Entwicklung autonomen kindschaftsrechtlichen Denkens, ZfJ 1988, 10; PRESTIEN, Die Stellung des Kindes im Rechtsstreit der Erwachsenen, RdJ 1988, 431; RÖCKER, Sexueller Mißbrauch in der Scheidungsfamilie, in: DU BOIS (Hrsg), Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie (1989) 145; ROTH-STIELOW, Nochmals: Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, 2746; RÜNZ, Die Entscheidungsmöglichkeiten des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 a BGB (Diss Mainz 1988); SALGO, Brauchen wir den Anwalt des Kindes? – Vorüberlegungen, ZfJ 1985, 259; ders, Das Kindeswohl in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: DU BOIS (Hrsg), Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie (1989) 156; SCHLÜTER-KÖNIG, Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten – ein ungelöstes Problem, FamRZ 1982, 1159; SCHMITT-GLAESER, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629; SCHNEIDER, URSULA, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie (1987); SCHÜTZ, Das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder in der Familie, FamRZ 1985, 528; ders, Wohl des Kindes – ein schwierig zu handhabender unbestimmter Rechtsbegriff (§§ 1634 II, III, 1666, 1671 II, 1672, 1696 II BGB), FamRZ 1986, 947; ders, Die Erreichung des 13. Lebensjahres befreit das Kind nicht von der Pflicht, sich erziehen zu lassen, FamRZ 1987, 438; SCHWERDTNER, Das Recht der Eltern auf Erziehung der Kinder – ein erraticus Block im BGB?, DAVorm 1982, 617; SIMITS ua, Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis (1979); ders, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS Müller-Freienfels (1986) 579; ders, Das Kindeswohl als Entscheidungsziel: Von der Euphorie zur Skepsis, in: GOLDSTEIN ua III 191; SIMON, Das neue elterliche Sorgerecht, JuS 1979, 752; STÜRNER, Der Schutz des ungeborenen Kindes im Zivilrecht, Jura 1987, 75; TIEDEMANN, Aids – Familienrechtliche Probleme, NJW 1988, 729; TRÖNDLE, Der Schutz des ungeborenen Lebens in unserer Zeit, ZRP 1989, 54; VENT, Bewertung abweichenden Verhaltens (zur Anordnung der Heimerziehung), RdJ 1981, 97; WENGLER, Nochmals: Die entlaufenen Töchter der islamischen Eltern, IPRax 1985, 334; WIESER, Die gewaltsame Rückführung eines Kindes zu seinen Eltern, FamRZ 1990, 693; WIESNER, Die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts bei der Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, ZBlJUGr 1981, 509; ZENZ, Kindesmißhandlung und Kindesrechte (1979).

### Systematische Übersicht

#### I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Verfassungsrecht 1
2. Entstehungsgeschichte 4
3. § 1666 im System des Rechtsschutzes für Kinder 5
4. Normstruktur
  - a) Tatbestandsaufbau, Generalklausel 11
  - b) Elterliches Verschulden 12
  - c) Elterliche Pflichtwidrigkeit 17
  - d) Elterliches Erziehungsunvermögen 22

#### II. Anwendungsbereich

1. Persönlich
  - a) Inhaber der elterlichen Sorge 27
  - b) Kind 28
2. Sachlich
  - a) Personen- und Vermögenssorge 36
  - b) Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 (Scheidungsfamilie) 37
  - c) Spezielle Schutzvorschriften 44
  - d) Regelungskonflikte 47
  - e) Ruhen der elterlichen Sorge 49
  - f) Auswirkungen des Sorgerechtsentzugs 50
  - g) Ersetzung der Einwilligung in Adoption und Legitimation 52

- h) Keine Eingriffsmöglichkeiten nach KJHG 53
3. International 54

#### III. Tatbestand des Abs 1 S 1

1. Gefährdung des Kindeswohls
  - a) Kindeswohl
  - aa) Grundsätzliche Bedeutung 55
  - bb) Bestimmung des Kindeswohls 56
  - cc) Kindeswohl und Kindeswille 61
    - b) Gefährdungsbegriff 64
    - c) Gefährdungsursachen 70
  - aa) Mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge 71
    - b) Vernachlässigung des Kindes 72
    - cc) Versagen der Eltern 73
    - dd) Verhalten eines Dritten 74
  2. Fallgruppen
    - a) Gesundheitsgefährdungen 75
      - aa) Kindesmißhandlung 75
      - bb) Ausbeutung der Arbeitsleistung 79
      - cc) Behandlungsverweigerung 80
      - dd) Aids-Probleme 84
      - ee) Vernachlässigung 85
      - ff) Overprotection 88

## 4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- gg) Gefährdung der Wertbildung 89
- b) Störungen der Bindungs- und Erziehungskontinuität 95
- c) Beschränkungen von Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten 101
- d) Beschneidung des sozialen Kontakts 106
- e) Adoleszenzkonflikte 112
- f) Konflikte in Familien mit abweichendem kulturellen Hintergrund
- aa) Problemstellung 120
- bb) Internationalprivatrechtliche Vorfragen 122
- cc) Sachliche Probleme 126
- 3. Gefahrabwendungsprimat der Eltern 130

## IV. Rechtsfolge: Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, Abs 1 S 1, 2 Abs 2

- 1. Grundsätze 132
- 2. Einzelfragen 138
- 3. Folgen vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe in elterliche Sorge 145

## V. Entziehung der Vermögenssorge, Abs 3

- 1. Allgemeines 148
- 2. Tatbestand im einzelnen 150

## VI. Verfahrensfragen

- 1. Zuständigkeit 152
- 2. Verfahren 153
  - a) Einleitung 154
  - b) Ermittlungen 156
  - c) Insbesondere: Anhörungspflichten 158
  - d) Insbesondere: Sachverständigengutachten 163
  - e) Beschlüsse 169
  - f) Vollzug 170
- 3. Rechtsmittel
  - a) Einfache Beschwerde 174
  - b) Weitere Beschwerde 176
- 4. Vorläufige Anordnungen 177
- 5. Kosten 180

## VII. Auslandsbezüge

- 1. Internationale Zuständigkeit 181
- 2. Anzuwendendes Recht 183
- 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schutzmaßnahmen 184

## Alphabetische Übersicht

Abwendungsprimat s elterlicher Erziehungprimat  
 Adoption 34, 52, 81, 140; **1666 a 8**  
 – Ersetzung der elterlichen Zustimmung 14, 52, 140; **1666 a 5**  
 Adoptiveltern 27, 67; **1666 a 8**  
 Adoptivkind 46; **1666 a 8**  
 Ärztliche Behandlung 40, 62, 69, 75, 80 ff, 112, 114 ff, 143  
 Aids 69, 81, 84, 143  
 Alkoholabhängigkeit  
 – der Eltern 28, 73, 131  
 – des Kindes 115  
 Analphabeten 102  
 Anhörung 61, 63, 130, 157 ff, 175, 178  
 Anstaltsunterbringung  
 – eines Elternteils 94, 103  
 – des Kindes 44, 103; **1666 a 11**  
 Anwalt des Kindes 155  
 Arbeitsleistung des Kindes 79  
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 38, 40 f, 45, 93, 119, 127, 138 ff; **1666 a 4**  
 Aufsichtspflegschaft 138  
 Ausbildung 44, 67, 101, 113 f, 137  
 Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes auf Benennung des Vaters 106  
 Ausländerkind 68, 77, 120 ff, 165, 181 ff; **1666 a 4**

Beeinflussung 63  
 Berufswahl 112, 114  
 Beschwerde 147, 174 ff  
 Betreuungsdefizit 72, 86, 105, 150; **1666 a 4**  
 Bindungen des Kindes 3, 45 f, 57, 59, 62 f, 68, 85, 90, 96 ff, 103, 109 f, 119, 126, 128, 140, 144, 153, 160, 166  
 Bluttransfusion 80  
 Drogenabhängigkeit  
 – der Eltern 73, 86, 131  
 – des Kindes 86, 93, 115; **1666 a 11**  
 Ehetrennungszeit 38  
 Einsichtsfähigkeit 83, 143, 163  
 Einwilligungsfähigkeit 83, 114 f, 143, 163  
 Einzelfallgerechtigkeit 6, 11, 132  
 Elterlicher Erziehungsprimat 55, 64, 69, 72, 113, 126  
 – Gefahrabwehrprimat 4 f, 7 ff, 20, 23 f, 30, 67, 74, 130 f  
 – Interpretationsprimat 6 f, 46, 67, 82  
 Eltern-Kind-Verhältnis 75 f, 85, 87 f, 90, 97, 103, 119, 123, 183; **1666 a 8**  
 Elternvorrang s elterlicher Erziehungsprimat  
 Entscheidungsbegründung 162, 169

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Entwicklungsstörungen 65, 87 f, 97, 103, 105, 116, 133 ff, 137 f
- Erziehungsmethode 76 ff, 113, 120 f, 123–126
- Erziehungsunvermögen 22, 24
- Erziehungsziel 59, 71, 75, 89 f, 93, 101, 112 f, 119
- EuKindesEÜ 182
- Familiengemeinschaft 3, 6 f, 19, 108, 119, 124, 141, 157; **1666 a 8**
- Familienunterstützende Hilfspflicht des Staates 3, 18 ff, 23, 41, 49, 105, 126, 131 ff, 135 f, 157; **1666 a 1 ff, 8, 10 ff**
- FKK-Anhängerschaft 92
- Gefährdungsgrenze 7, 11, 23, 36, 64 ff, 76, 113, 117
- Geistig behinderte Eltern 49, 105; **1666 a 5**
- Gesellschaftsinteressen 90
- Geschwister 27, 97, 109, 111, 136
- Großeltern 27, 46, 57, 68 ff, 75, 96 f, 109 f, 119, 131, 137, 165
- Grundrechte
- der Eltern 2 f, 11, 16 ff, 20, 22 f, 35, 64, 67, 69, 73, 133 f, 141, 172; **1666 a 2 f**
  - des Kindes 2 f, 5, 7, 10 f, 20 f, 61, 69, 77, 113, 118, 133 f, 155, 171 f; **1666 a 6**
  - des nasciturus 29 ff
- Grundrechtsfähigkeit 2, 29
- Haager KindesEÜ 182
- Haager MSA 54, 181 ff
- Heimeinweisung 137; **1666 a 4, 6, 12**
- Heimerziehung 133, 139
- Heimkind 97, 139
- Heranwachsender 62 f, 78, 80, 91, 93, 104, 106, 112 ff, 126, 155, 172, 174; **1666 a 11**
- Herausgabeordnung 57, 127, 172 f, 177
- Herausgabestreit 45 f, 96, 127 ff, 131, 177; **1666 a 4**
- Impfung 81
- Indikation 32 ff, 82
- Inhaftierte Eltern 94, 103
- IPR 54, 122 ff, 181 ff
- Isolierung des Kindes 88, 101 ff, 106, 124, 126
- Jugendamt 53, 131 f, 138, 154, 157 ff, 162, 174, 178; **1666 a 2, 10 ff, 16**
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 45, 53, 133, 138, 140; **1666 a 1 f, 8, 10 ff**
- Kindergarten 69 f, 102
- Kindesentführung 38, 142, 182
- Kindesschutzsystem 1 ff, 14, 17, 19 ff, 28, 30 ff, 35, 41, 43, 49, 53 f, 59, 67, 74 f, 77, 89, 124, 131, 133, 177; **1666 a 1, 13, 15 f**
- Kindeswille 59, 61 ff, 68, 96, 104, 109 f, 114 f, 119, 126 ff, 160 f, 172, 185
- Kindeswohl, persönliches 1 ff, 6, 55 ff, 71 ff, 89 f, 141, 165 f; **1666 a 1, 4 ff**
- als Eingriffslegitimation 6 ff, 20 ff, 36, 49, 55 ff, 129, 165 f; **1666 a 4, 6**
  - als Entscheidungsmaßstab 6, 11, 55 ff, 129, 132 f, 165 f; **1666 a 4–6**
  - als Verfahrensrichtlinie 55, 153, 164, 171 f
- Kindeswohlgefährdung 2, 8, 11, 13, 17 f, 20 ff, 30 f, 36, 41, 44 ff, 53, 64 ff, 124, 126 ff, 131 f, 141, 177; **1666 a 1, 16**
- im geistig-seelischen Bereich 45 f, 75 f, 79 f, 82, 85 ff, 96 ff, 124, 141
  - im körperlichen Bereich 30 f, 75 ff, 105, 115 f, 124, 126 ff, 131, 157
- Kindeswohl als Vermögensinteresse 1, 36, 148
- Kleinkind 61, 75, 78, 86, 107, 140, 153; **1666 a 6**
- Kontaktbeschränkungen 106 ff
- Kontinuität 59, 90, 95 ff, 103, 107, 128, 133, 153, 166, 169, 179; **1666 a 5**
- Kriminalität 94
- Kultureller Konflikt s Ausländerkind
- Legitimation 52
- Leihmutter 57
- Mädchen 121, 123 f, 126
- Maßnahmen gegen Dritte 4, 9, 23, 31, 74, 93, 142, 155, 158
- gegen Elternteil als Dritten 46, 142
- Mißbrauch 13 ff, 17, 20, 22, 24, 70 f, 73
- Mißhandlung 58, 75 ff, 105, 131, 157, 161, 165; **1666 a 5**
- Moralische Gefährdung s Sittlichkeit
- Mündigkeit 78, 83, 113, 117
- Namenswechsel 100
- Nasciturus 28 ff
- Nichteheliche Lebensgemeinschaft 92
- Nichteheliche Mutter 27, 50, 106
- Nichtehelicher Vater 106
- Nichteheliches Kind 51 f, 106, 146, 183
- Nichtsorgeberechtigter Elternteil 27, 38, 40, 42, 50 ff, 138, 147
- Nichtverheiratete Eltern 92, 96
- Operation 62, 80, 114 ff, 143
- Overprotection 88, 101, 104, 116
- Personensorge 1 f, 4, 6, 23, 27, 30 f, 36, 42, 45, 48 f, 62, 74, 142, 174
- Personensorgeentzug 4, 24, 39 ff, 45 f, 50 f, 138 f, 145 ff, 170, 173 f, 177; **1666 a 1, 3 f, 12, 17 f**

- Pflegeeltern 27, 45 f, 57, 67 f, 96 f, 107, 125, 127 ff, 131, 133, 139 f, 153, 158, 165, 172, 174; **1666 a** 4, 6, 8, 12, 17
- Pflegekind 45 f, 68, 96 f, 107, 126 ff, 139 f, 153, 158, 165, 172, 174; **1666 a** 4, 6, 8, 12
- Pfleger 27, 34, 39, 47, 143, 145 ff, 173; **1666 a** 7, 18
- Pflichtgebundenheit der elterlichen Sorge 2, 6 f, 48, 172
- Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 7, 17 ff, 26, 48, 53, 70, 72, 110
- Prostitution 92; **1666 a** 11
- Psychiatrische Zwangsbehandlung 172
- Psychotherapeutische Behandlung 75, 80, 116, 138, 157, 169
- Refunktionalisierung der Familie 3, 19, 25, 133, 136; **1666 a** 1, 12
- Religion 80, 93, 99, 120 f, 123 f
- Sachverständigengutachten 60, 163 ff, 175
- Scheidung 37 ff, 93, 100
- Scheidungsfamilie 37 f, 41
  - Scheidungskind 41, 52
- Scheinvater 27
- Schönheitsoperation 80
- Schulbesuch 40, 65, 70, 101, 125 f, 137
- Schwangerschaftsabbruch s nasciturus
- bei Tochter 28, 32 f, 82 f, 87, 115 f, 143
- Sekte 93, 123
- Selbstbestimmung des Kindes 61 f, 106, 112 f, 117 ff, 126, 128, 143
- Selbstmordgefahr 126
- Sexualität
- der Eltern 91 f, 141
  - des Kindes 91, 118
- Sexueller Mißbrauch 75, 91
- Sittlichkeit 57, 76, 89, 91 f, 141
- Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 38 ff, 57
- Stabilitätsgrundsatz 97 f, 133
- Sterilisation 115 f
- Stiefeltern 27, 96, 119
- Subsidiaritätsklausel s elterlicher Erziehungsprimat
- Tagesbetreuung 87; **1666 a** 10
- Teilfamilie 41; **1666 a** 8
- Teilmündigkeit 62, 114
- Trennung von Eltern und Kind 4, 25, 45, 84, 101, 103, 105, 125 ff, 132, 136 ff, 153, 157, 177; **1666 a** 1, 3–16
- Übersiedlung ins Ausland 68, 97, 104, 126, 165, 182
- Umgangsbestimmungsrecht 48, 106 ff, 112, 117
- Umgangsrecht
- der Geschwister 57, 109, 111
  - der Großeltern 69 f, 109 f, 137
  - der Pflegeeltern 107, 111
  - des nichtehelichen Vaters 106
  - des nichtsorgeberechtigten Elternteils 51 f, 138, 147
  - des Stiefelternanteils 108, 111
  - entfernterer Verwandter 111
- Umplazierung 25, 46, 53, 61, 68, 96 ff, 107 f, 131, 133, 139, 165, 172, 177
- Unterhaltspflichtverletzung 1, 36, 72, 148 ff
- Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 45 f, 107, 128, 131, 136, 139; **1666 a** 4, 8, 17
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 4, 7, 20, 39, 45, 49, 69, 130, 134 ff, 151, 172; **1666 a** 1, 3 f, 9, 15, 17
- Vermögenssorge 1, 36, 72, 132, 148 ff
- Vernachlässigung 13 ff, 17, 22, 24, 36, 70, 72 f, 85 ff
- Versagen, elterliches 14 ff, 20, 22, 24, 70, 73
- Verschulden, elterliches 12 ff, 25 f, 73, 75
- Vollstreckung 127, 170 ff
- Vorläufige Anordnung 25, 38, 98, 132, 136, 162, 175, 177 ff; **1666 a** 16
- Vormund 27, 39, 145 f, 173
- Wächteramt des Staates 2, 11, 20, 41, 55, 64, 67, 69, 85, 89, 93, 113, 154
- Wertbildung 18, 57, 60, 73, 85, 89 ff, 120, 141
- Zeitfaktor 133, 140; **1666 a** 12
- Zeugen Jehovas 80

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung, Verfassungsrecht

Entsprechend der Aufgliederung der elterlichen Sorge in Personen- und Vermögenssorge in § 1626 Abs 1 S 2 setzt auch die **Zentralvorschrift des zivilrechtlichen Kindesschutzes** getrennt an: Das persönliche Wohl des Kindes ist Schutzgegenstand der §§ 1666, 1666 a, seinen Vermögensinteressen gelten die Schutzvorschriften der §§ 1667, 1670. Als Grenzfall erlaubt § 1666 Abs 3 die Entziehung auch der Vermö-

genssorge, wenn die Eltern das Kindeswohl durch Nichtgewährung des geschuldeten Unterhalts verletzt haben.

Die Begriffe *Personensorge* und *Pflege und Erziehung* iSd Art 6 Abs 2 GG sind 2 weitgehend inhaltsgleich. §§ 1666, 1666 a können demnach als zivilrechtliche Ausführungsvorschriften von Art 6 Abs 2, 3 GG angesehen werden (vgl ERICHSEN-REUTER 30: „Abbildung und Entfaltung verfassungsrechtlicher Vorgabe“). § 1666 Abs 1 S 1 zieht die Konsequenz aus der Pflichtgebundenheit elterlichen Sorgerechts (BVerfGE 24, 119, 144; im einzelnen Erl zu § 1626) und bezeichnet die Grenze, an der der Staat mangels elterlicher „Sorge“ für das Kind iSd Art 6 Abs 2 S 1 GG kraft seines Wächteramtes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) zum Einschreiten befugt ist (Sondervorschriften zur selben Thematik §§ 1631 a Abs 2; 1631 b; 1632 Abs 4; vgl auch 1631 Abs 2; zum KJHG unten Rz 53). Diese Grenze wird vom Kind her definiert: Es ist (spätestens) mit der Geburt Rechts- und Grundrechtsträger (zum nasciturus unten Rz 28 ff), und die Überantwortung seines persönlichen Schutzes und Entwicklungsanspruchs an Privatpersonen (Eltern) muß ihre Exklusivität (Art 6 Abs 2 S 1 GG: *zuvörderst*) einbüßen, wenn es dennoch – aus welchen Gründen auch immer – zu erheblichen Gefährdungen des Kindeswohls kommt, die die Eltern nicht abwehren können oder wollen (vgl Rz 7, 8). Demgemäß wird § 1666 in erster Linie auf Art 6 Abs 2 S 2 GG bezogen, beide Vorschriften dienen nach allgemeiner Auffassung der **Wahrung der Kindesgrundrechte** (BVerfGE 24, 119, 144; NJW 1982, 1379; NJW 1986, 3129 f; ERICHSEN-REUTER 47 f mwN). Diese Funktion läßt staatliche Schutzeingriffe auch dann als verfassungsrechtlich legitim erscheinen, wenn die Eltern an der Kindesgefährdung kein Verschulden trifft (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380, unter Betonung jedoch von § 1666 a; NJW 1986, 3129, 3130; zum Verschuldensaspekt noch Rz 12–16). Zugleich dienen §§ 1666, 1666 a aber *auch* dem *Recht der Eltern* aus Art 6 Abs 2 S 1 und Abs 3 GG, soweit diese Artikel den Rahmen der elterlichen Handlungsfreiheit und ihres Rechts auf Zusammenleben mit dem Kind bezeichnen (vgl BVerfGE 55, 171, 181; NJW 1982, 1379, 1380; NJW 1986, 3129, 3130). Schließlich soll § 1666 noch dem „legitimen Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erziehung des Nachwuchses“ dienen (BVerfGE 24, 119, 144; vgl aber auch unten Rz 57, 89).

Über die Supplementärnorm des § 1666 a gerät darüber hinaus Art 6 Abs 1 GG in 3 das Blickfeld kindesschutzrechtlichen Denkens. Diese Vorschrift will einer verkürzten Sicht der Familie als „Arena für einen Zweikampf zwischen Eltern- und Kindesrechten“ wehren (krit schon SIMTIS, in: GOLDSTEIN ua I 108). Konzeptionell familienzerstörender Individualschutz für das Kind wäre nicht nur unverträglich mit Art 6 Abs 1 GG, sondern würde auch den wohlverstandenen Interessen des Kindes zuwiderlaufen: Bindungen, Verhaltensweisen und persönliche Entwicklung der einzelnen Familienmitglieder sind eng miteinander verknüpft, grobes Fehlverhalten der einen oder anderen Seite ist – soweit man die Hilfe für das betroffene Kind in den Mittelpunkt stellt – nur Indiz für ein „familienpathologisches Syndrom“ (für viele ZENZ, Kindesmißhandlung 70, 96, 243, 245, 255, 262, 296, 304–306, 321, 328 f, 338, 340 f, 343, 378 f, 391). Die beste Hilfe für das Kind besteht in Unterstützung und Refunktionalisierung seiner Familie. Die Verpflichtung des Staates auf vorrangige Ausschöpfung familienunterstützender Interventionsmöglichkeiten ist verfassungsrechtlich notwendiges Pendant zur Ablösung staatlichen Kindesschutzes von subjektiver elterlicher Verantwortlichkeit in § 1666 Abs 1 (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380; Einzelheiten bei § 1666 a).

## 4 2. Entstehungsgeschichte

§ 1666 ist durch das SorgeRG wesentlich verändert worden – zuvor hatte die ursprüngliche Fassung durch das GleichberG nur textliche Anpassungen und marginale Veränderungen erfahren (zur Vorgeschichte und gesetzlichen Entwicklung im einzelnen Voraufgabe Rz 2–6; ZENZ, Kindesmißhandlung 311 ff; HIRSCH 78 ff). Die Sorgerechtsreform von 1979 zielte auf die Verbesserung des Schutzes gefährdeter Kinder. Dem diente die Erweiterung der beachtlichen Gefährdungsursachen (unverschuldetes Elternversagen, gefährdendes Verhalten Dritter, Abs 1 S 1) sowie der Handlungsmöglichkeiten des VormG (Möglichkeit von Maßnahmen mit unmittelbarer Wirkung gegen Dritte, Abs 1 S 2, und der Ersetzung von elterlichen Erklärungen, Abs 2). Als Gegengewicht für die erweiterten Interventionsmöglichkeiten ist die Betonung des elterlichen Primats zur Gefahrenabwehr in Abs 1 S 1 zu sehen; gleiches gilt für die Hervorhebung und Konkretisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in die elterliche Sorge, dh den Entzug der gesamten Personensorge und die Trennung von Eltern und Kindern, § 1666 a.

## 5 3. § 1666 im System des Rechtsschutzes für Kinder

Die im Grundsatz unbestrittene Anerkennung des Kindes als Rechtspersonlichkeit und Grundrechtsträger verbietet eine systematische Einordnung des § 1666 in eine (diffuse) Kategorie „staatliche Fürsorge für Unmündige“ oder bloßer „Jugendhilfe“ (grundlegend HINZ, Kinderschutz 22 und passim). Vielmehr ist die Vorschrift integrativer *Teil eines Rechtsschutzsystems für das Rechtssubjekt Kind*. Allerdings ist dieser Rechtsschutz im Vergleich zum allgemeinen, auf Erwachsene bezogenen zivilrechtlichen Rechtsschutzsystem in besonderer Weise ausgestaltet (HINZ 25–27: Rechtsschutzmethode sui generis) – bedingt durch die Fürsorge- und Entwicklungsbedürftigkeit von Kindern und die vorrangige Übertragung der umfassenden Verantwortung für das Kind auf seine Eltern. Demgemäß ist hinsichtlich des Kindesrechtsschutzes zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern und zu Dritten.

6 Auch wenn man im **Verhältnis zu den Eltern** einen Anspruch des Kindes auf pflichtgemäße Ausübung der elterlichen Sorge bejaht (so HINZ 23 f; MünchKomm-HINZ Rz 6), so folgt hieraus nach allgemeiner Auffassung doch nicht die Möglichkeit, diesen Anspruch durch Verpflichtungs- und Unterlassungsklage gegen die Eltern durchzusetzen – allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz im Verhältnis zu den Eltern findet nicht statt (GERNHUBER § 49 VIII 2; MünchKomm-HINZ Rz 6; HINZ 22 ff; COESTER-WALTIJEN NJW 1985, 2175, 2176 f; vgl auch OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 85 f; unzutreffend deshalb AG Köln NJW 1985, 2201; ROTH-STIELOW NJW 1985, 2746 [Unterlassungsanspruch des ungeborenen Kindes gegen die Mutter, geltendgemacht durch den Vater nach Übertragung gem § 1628, dazu noch Rz 31]). Der Grund hierfür liegt zum einen in der existentiellen Verbindung von Eltern und Kind in einer Familiengemeinschaft, deren Komplexität durch Annahme eines schuldrechtlichen Anspruchsverhältnisses grob verfehlt würde. Zum zweiten ist den Eltern nicht nur die Wahrung und Förderung der Kindesinteressen übertragen, sondern schon – in einem weiten Vertretbarkeitsrahmen – deren Interpretation: Was „Kindeswohl“ und damit zu einem guten Teil auch „Kindesrecht“ ist, ist im Regelfall nicht objektiv vorgegeben, sondern wird durch die Eltern im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens erst bestimmt (ERICHSSEN-REUTER 36, 51–53; KNÖPFEL FamRZ 1986, 1211, 1213 f; im Grundsatz auch BVerfG FamRZ 1986, 871, 874; FamRZ 1986, 1079). Drittens schließlich ist das Instrumentarium zivilistischen

Rechtsschutzes auch bei klaren Rechtsverletzungen – jenseits vertretbaren Elternverhaltens ungeeignet, die Interessen des Kindes zu verwirklichen: Das individualitäts- und umständebedingte Fürsorgebedürfnis des Kindes bleibt auch bei sachlichem Ausfall der Eltern bestehen, die Verwirklichung seiner Rechte erfordert entsprechende Ermessens- und Handlungsfreiheit des Richters an Stelle antragsgebundener Anspruchsdurchsetzung.

Die situationsbedingte Ungeeignetheit allgemein-zivilistischen Rechtsschutzes ändert jedoch nichts an der Verpflichtung des Staates, den Rechtsschutz und die Grundrechtsverwirklichung von Kindern zu gewährleisten (zu dieser Verpflichtung ERICHSEN-REUTER 17 ff, 26 f: folgend aus dem Sozialstaatsprinzip und der objektiven Wertordnung des GG). § 1666 ist deshalb als Erfüllung dieses verfassungsrechtlichen Auftrags, als *in Tatbestand und Rechtsfolge modifizierte Form des Rechtsschutzes für Kinder an Stelle des allgemein-zivilistischen Rechtsschutzes* zu verstehen (nähere dogmatische Grundlegung und Verteidigung bei HINZ, Kindesschutz passim). Im einzelnen gilt: Interessenverwirklichung und Rechtsschutz des Kindes sind zunächst der umfassenden Verantwortung der Eltern zugewiesen (das gilt auch für nicht-disponible Fundamentalrechte des Kindes: Lebens- und Gesundheitsschutz zB ist selbstverständlich zuvörderst elterliche Sorgepflicht; zu gegenteiligen Auffassungen im Rahmen der Abtreibungsdiskussion unten Rz 30). Staatlicher Rechtsschutz gem §§ 1666, 1666 a setzt erst bei Erreichung der gesetzlich bezeichneten *Eingriffsschranke* ein – elterliche Sorgepflichtverletzungen, die nicht zu einer erheblichen Kindesgefährdung führen, bleiben sanktionslos (GERNHUBER § 49 VIII 1; Münch-Komm-HINZ Rz 6). Derartige mindere Einbußen seines Individualinteresses werden dem Kind von der Rechtsordnung zugemutet im Hinblick auf den übergreifenden Vorteil der familiären Eingebundenheit und Integrität (vgl GOLDSTEIN ua II 19 und öfter: primäres Bedürfnis nach autonomen Eltern; COESTER in: 6. DFGT 35, 37). Staatsintervention unterhalb der Gefährdungsgrenze würde mehr schaden als nützen, ist also generell nicht „erforderlich“ iS des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl unten Rz 134 ff). Überdies fehlen zumeist schon objektive Kriterien zur Feststellbarkeit elterlicher Pflichtverletzung: Neben dem Interpretationsprimat der Eltern (Rz 6) ist zu beachten, daß die Eltern nicht nur die Interessen dieses Kindes, sondern auch die der anderen Familienmitglieder legitimerweise berücksichtigen dürfen (vgl COESTER, Kindeswohl 209–214; ZENZ, Kindesmißhandlung 69). Das Zurückstecken von Individualpositionen gehört zur täglichen Realität einer harmonischen Familiengemeinschaft, ist gewissermaßen deren Funktionsbedingung, insoweit darf es von den Eltern auch dem Kind angesonnen werden.

Aber auch bei Kindesgefährdungen iS des § 1666 Abs 1 S 1 sind zunächst noch 8 einmal *primär die Eltern* zum gefahrenabwendenden Kindesschutz aufgerufen (Rz 130, 131), staatlicher Schutz ist subsidiär und auch dann vorzugsweise **mit** den Eltern und nicht gegen sie zu verwirklichen (**Subsidiaritätsklausel** in Abs 1 S 1, § 1666 a). Das gilt auch, wenn die Gefahr nur von einem Elternteil ausgeht: Hier ist primär der andere Elternteil zur Abwehr berufen (COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176), staatlicher Rechtsschutz wird erst ausgelöst, wenn auch dieser Elternteil insoweit versagt (unbeschadet der Möglichkeit, daß der Elternteil in Ausübung seiner Sorgepflicht staatlichen Schutz „hinzuruft“, weil er allein zur Gefahrenabwehr nicht imstande ist [kein Fall des § 1631 Abs 3], vgl COESTER-WALTJEN 2177; verkannt von *Roth-Stielow* NJW 1985, 2746; s auch Rz 9, 142).

Im **Verhältnis zu Dritten** verläuft der gerichtliche Rechtsschutz für Kinder *zweispurig*. Die Eröffnung von vormundschaftsgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten Dritten gegenüber (Abs 1 S 2) kann nicht verstanden werden als Ausschluß allgemein-zivilrechtlichen Rechtsschutzes, den einzuschränken oder zu modifizieren insoweit

kein Anlaß besteht. Die Eltern sollten nur nicht mehr gezwungen sein, die Rechte des Kindes auf dem „Umweg über das Zivilgericht“ wahren zu müssen (BT-Drucks 8/2788, S 39, 59). Sie *können* diesen Weg aber nach wie vor gehen (als Vertreter des Kindes; nicht zu erörtern ist hier ein Vorgehen der Eltern aus eigenem Recht, etwa gem §§ 823, 1004, dazu MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 9 mwN), unabhängig von der Möglichkeit vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens von Amts wegen oder auf elterliche Anregung hin. Das Verhältnis beider Rechtsschutzmöglichkeiten im einzelnen ist noch unausgelotet, etwa die Auswirkungen vormundschaftsgerichtlichen Vorgehens auf das zivilprozessuale Rechtsschutzinteresse des Kindes. Sind umgekehrt die Eltern für das Kind bereits auf dem Zivilrechtsweg gegen den Dritten vorgegangen, so haben sie damit idR ihren Primat zur Gefahrabwendung (Abs 1 S 1) wahrgenommen, der Eingriffstatbestand für das Vormundschaftsgericht entfällt. Ziehen es die Eltern hingegen vor, vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen gegen den Dritten anzuregen, so bedarf es bei sinnvoller Gesetzesinterpretation vor einem Einschreiten nicht mehr der richterlichen Feststellung, daß die Eltern zur Gefahrabwendung nicht gewillt oder in der Lage seien: Elterlicher und vormundschaftsgerichtlicher Kindesschutz fallen bei der „gerufenen“ Intervention zusammen, der elterliche Primat ist gegenstandslos (andernfalls könnten Eltern die durch Abs 1 S 2 intendierte Entlastung nur um den Preis wahrnehmen, sich Unfähigkeit oder Unwillen zur Gefahrabwendung attestieren zu lassen).

- 10 Ist nur einer von beiden Elternteilen bereit, die vom Dritten ausgehende Kindesgefährdung mit gerichtlicher Hilfe abzuwenden, so genügt seine Anregung beim VormG. Bei zivilprozessuaem Vorgehen hingegen erweist sich die **Kindesvertretung** als problematisch: Grundsätzlich gilt Gesamtvertretung (§ 1629 Abs 1 S 2), ein gesetzlicher Fall der Alleinvertretung (§§ 1629 Abs 1 S 3, 1673–1675, 1678) liegt nicht vor. Da es regelmäßig um den notwendigen Schutz des Kindes und nicht um Entscheidungsfragen im Rahmen elterlicher Sorgeausübung geht, entfällt die Möglichkeit einer Entscheidungsübertragung nach § 1628 Abs 1 (aA STÜRNER Jura 1987, 75, 80). Dennoch gibt es Wege, zu einer Alleinvertretung des Kindes durch einen Elternteil zu gelangen (übersehen von BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1101): (1) Das VormG kann dem Elternteil, der Klage gegen den Dritten nicht erheben will, gem §§ 1629 Abs 2 S 3 m 1796 das Vertretungsrecht entziehen mit der Folge, daß der andere Teil das Kind allein vertritt (MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 42); (2) bei der Erfüllung elterlicher Pflichten ohne Ermessensspielraum wird in teleologischer Reduktion des § 1629 Abs 1 S 2 häufig Alleinvertretung durch jeden Elternteil angenommen (so zB für öffentlich-rechtliche Pflichten, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 14 mwN) – dies könnte auch für gebotene Kindesschutzmaßnahmen gelten; (3) bei Gefahr für Persönlichkeitsrechte des Kindes aus Art 1, 2 GG hat das BVerfG in Einzelfällen die Vertretungsregeln des § 1629 aus verfassungsrechtlichen Gründen suspendiert (BVerfGE 55, 171, 176, 178; NJW 1986, 3129, 3130; vgl auch FamRZ 1986, 769, 772 f = NJW 1986, 1859; dazu MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24) – auch unter diesem Aspekt könnte die Vertretung des Kindes allein durch einen Elternteil begründet werden.

#### 4. Normstruktur

##### 11 a) Tatbestandsaufbau, Generalklausel

Dem Wortlaut nach enthält § 1666 Abs 1, 2 drei Tatbestandselemente: Kindeswohlgefährdung, alternativ vier Gefährdungsursachen und fehlende Gefahrabwendung durch die Eltern. Der Wortreichtum der Vorschrift kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie keine lex descriptiva, sondern **die Generalklausel des**

**Kindesschutzrechts** ist, die stets eingreift, soweit nicht einzelne Schutzthemen in Sondervorschriften „ausgelagert“ sind (zB §§ 1631 a Abs 2, 1632 Abs 4). Das gestalterische, rechtsschöpferische Element vormundschafterlicher Tätigkeit ist unübersehbar auf der Rechtsfolgenreise der Norm („erforderliche Maßnahmen“), es liegt aber auch schon auf der Tatbestandsseite vor: ungeachtet aller (meist unbestimmten) Begriffe, mit denen die Eingriffsvoraussetzungen umschrieben werden, bleibt dem Richter die verantwortliche Entscheidung, ob die im allgemeinen von der Rechtsordnung vorgegebene Abgrenzung elterlicher und staatlicher Kompetenzen im konkreten Fall ein Einschreiten legitimiert, maW: Ob die Gefährdung dieses Kindes im Lichte seiner rechtlich geschützten Interessen, des Elternrechts aus Art 6 Abs 2 S 1 GG und des staatlichen Wächteramts so schwerwiegend ist, daß gerichtlich zum Schutz des Kindes eingegriffen werden muß. Angesichts der Umstände- und Individualitätsbezogenheit dieser Fragestellung gibt es zur generalklauselartigen Lösung im Gesetz keine Alternative, die Kritik am richterlichen Entscheidungsspielraum (MNOOKIN FamRZ 1975, 1 ff; DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 461, 468; GERNHUBER, Neues Familienrecht 52, 90 ff; ders, FamRZ 1973, 229, 230; GIESEN FamRZ 1977, 594) verkennt die rechtliche Regelungsproblematik (zur Konkretisierung des Kindeswohls noch Rz 56 ff).

### b) Elterliches Verschulden

12

Der Stellenwert elterlicher Schuld in § 1666 aF war umstritten. Während die hM und vor allem die Rechtspraxis ein Verschuldenserfordernis in den Eingriffstatbestand hineinlas (Nachw Vorkaufgabe Rz 2, 194; HARMS 61–63), setzte nach einer Mindermeinung das Gesetz elterliches Verschulden von vornherein nicht voraus (GÖPPINGER in: Vorkaufgabe Rz 194 ff; GERNHUBER FamRZ 1973, 229, 234). Einigkeit bestand vor der Sorgerechtsreform jedenfalls darüber, daß sich ein Verschuldenserfordernis zur Begrenzung richterlicher Eingriffsmacht als untauglich erwiesen habe, daß es eine sinnvolle, kindesorientierte Interventionspraxis eher behindere, daß es die Chance zur Überzeugung und Kooperation der Eltern verbaue und daß es auch verfassungsrechtlich nicht geboten sei (BT-Drucks 8/2788, S 38 f; ERICHSEN-REUTER 66; ZENZ, Kindesmißhandlung 315–320; HAPPE in: FS Stutte [1979] 203, 213; KNÖPFEL FamRZ 1977, 605; zur verfassungsrechtlichen Lage insbes REUTER, Kindesgrundrechte [1968]). Die Eröffnung von Eingriffsmöglichkeiten auch bei unverschuldetem Elternversagen war deshalb zentrales Anliegen der Reform, die entsprechende Neufassung des Abs 1 ist zur Wahrung der Kindesinteressen verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 1982, 1379, 1382 = E 60, 79; ERICHSEN-REUTER 67 f: sogar verfassungsrechtlich geboten).

Die Verschuldensdiskussion setzt sich jedoch nach der Reform fort bezüglich der Frage, ob jedenfalls die gesetzlichen Verhaltensalternativen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ elterliches Verschulden voraussetzen (so GERNHUBER § 49 VIII 3; JANS-HAPPE Rz 18; SOERGEL-STRÄTZ Rz 30; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 7; D SCHWAB, Familienrecht Rz 453) oder ob der gesamte Tatbestand des Abs 1 nunmehr „verschuldensfrei“ zu interpretieren ist (Münch-Komm-HINZ Rz 21; SCHLÜTER, Familienrecht § 22 VI 2 a; SALGO, Pflegekindschaft 190; HARMS 66 f). Die Rechtsprechung bezieht selten dezidiert Stellung (iS der zweiten Auffassung jedoch OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271), statt dessen ist es üblich geworden, die Verschuldensfrage dahingestellt sein zu lassen, weil – nach Feststellung erheblicher Kindesgefährdung – „jedenfalls“ objektives elterliches Versagen ausreiche (BayObLG FamRZ 1980, 1062, 1063; FamRZ 1980, 1064, 1065; FamRZ 1981, 86; DAVorm 1983, 381, 386; ZBJugR 1983, 302, 306; FamRZ 1984, 929, 930; KG FamRZ 1981, 590, 591 [zust LUTHIN 592]; OLG Düsseldorf FamRZ

1984, 1258, 1259; OLG Frankfurt/M FamRZ 1980, 284, 285; FamRZ 1983, 530; vgl HARMS 66: „inzwischen ständige Rechtsprechung“).

- 14 Der zweiten Auffassung ist zuzugeben, daß die sachlichen Einwände gegen das (angebliche) Verschuldenserfordernis in § 1666 aF (keine wirkliche Erhöhung der Eingriffsschwelle, Behinderung effektiven und familienfördernden Kindesschutzes) auch gegen seine teilweise Geltung im neuen Tatbestand durchgreifen. Außerdem würde ein gänzlich verschuldensunabhängiger § 1666 besser in das weitere System des Kindesrechtsschutzes passen (§§ 1631 a Abs 2, 1671 Abs 5 setzen unstreitig kein elterliches Verschulden voraus; zT gilt dies auch für § 1748). Schließlich ist festzustellen, daß der bloße Wortsinn von „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ nicht notwendig subjektive Vorwerfbarkeit impliziert (so schon VoraufI Rz 195, 196). Maßgeblich für den Inhalt einer Norm ist jedoch nicht ihre rechtspolitische und -systematische „Richtigkeit“, sondern der in der Vorschrift zum Ausdruck gekommene objektivierete Wille des Gesetzgebers. Die Gesetzesverfasser sind offensichtlich von einer Verschuldensabhängigkeit der ersten beiden Verhaltensalternativen ausgegangen (BT-Drucks 8/2788, S 33, 39), und die pointierte Sonderung der Versagensformen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ vom „unverschuldeten Versagen“ hat diese Vorstellung der Gesetzesverfasser unmißverständlich zum Ausdruck gebracht (GERNHUBER § 49 VIII 3 Fn 5). Diese Sicht liegt auch der verbreiteten richterlichen Begründungspraxis zugrunde, die sich mit der Feststellung „jedenfalls“ unverschuldeten Versagens begnügt (oben Rz 13).
- 15 Voraussetzung dieser Praxis ist jedoch, daß die **Versagensalternative als übergreifender Auffangtatbestand** verstanden wird und nicht als exceptionelles Zugeständnis an das Kindesrecht, von dem nur bei Erreichen einer objektiv erhöhten Eingriffsschwelle Gebrauch gemacht werden darf (so wohl D SCHWAB, Familienrecht Rz 453: Bei fehlender individueller Schuld der Eltern Beschränkung des Eingriffs auf „äußerste Ausnahmefälle“). Letztere Interpretation findet allerdings weder in der Gesetzesgeschichte noch im Gesetzeszweck (umfassender Schutz gefährdeter Kinder) eine Stütze (HARMS 65), und in sprachlicher Hinsicht umfaßt „Versagen“ als Oberbegriff alle Formen des Ausfalls elterlicher Schutz- und Sorgefunktion, einschl der farbigeren Varianten „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ (so implizit auch BT-Drucks 8/2788, S 39).
- 16 Erweist sich damit das Ausweichen der Gerichte auf den Auffangtatbestand des „unverschuldeten Versagens“ als legitim, so wird hierdurch nur die Verfehltheit der gesetzlichen Konzeption besonders augenfällig: Ein Verschuldenserfordernis wird in den beiden ersten Tatbestandsvarianten als vermeintlich dem Elternrecht geschuldeter Tribut aufgebaut und sodann in der dritten Variante letztlich für unmaßgeblich erklärt. Dadurch erhält nicht nur die Verschuldensdiskussion rein akademischen Charakter, es werden auch die ersten beiden Varianten elterlichen Verhaltens insgesamt überflüssig – es bleibt die Frage, ob dies nicht für den Normbezug auf elterliches Verhalten schlechthin gelten muß (vgl Rz 22–24).

#### 17 c) Elterliche Pflichtwidrigkeit

Nach verbreiteter, vor allem von HINZ begründeter Auffassung (Kindesschutz 21 ff; vgl auch VoraufI Rz 1, 194 ff) übernimmt das *ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit (Pflichtwidrigkeit) elterlichen Verhaltens* die Sicherungsfunktion zugunsten des Elternrechts, die nach der früher hM dem Verschuldenserfordernis zugeordnet war. Das Verständnis des Kindesschutzes in § 1666 als Form zivilistischen Rechtsschutzes sui generis setze eine Kombination von rechtsgutsbezogener Unrechtsbetrachtung (Kindeswohlgefährdung) mit handlungsbezogener Rechtswidrigkeit (Pflichtverletzung der Eltern) voraus (HINZ aaO sowie in MünchKomm-HINZ

Rz 20). Hierdurch werde der staatliche Kinderschutz konkretisiert und berechenbarer (aaO 33), Eingriffe ins Elternrecht ohne Bezug auf elterliche Pflichtverletzungen seien verfassungsrechtlich bedenklich (aaO 40). Konsequenterweise müsse auch *Kausalität* zwischen elterlicher Pflichtverletzung und Kindesgefährdung verlangt werden (MünchKomm-HINZ Rz 27, 28; ähnlich PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; RICHTER, AK zum GG Art 6 Rz 38, 35; ERICHSEN-REUTER 55 f, 68–71, 113, 116 f; HORNDASCH 138; BEITZKE FamRZ 1979, 8, 9).

Während das Merkmal der Pflichtwidrigkeit in den beiden Verhaltensweisen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ zweifellos enthalten ist, soll es nach vorstehender, wohl überwiegender Auffassung doch auch Eingriffsvoraussetzung für den gesamten Tatbestand des § 1666 Abs 1 S 1 sein. Dabei wird „Pflichtwidrigkeit“ nicht vom Kind her definiert als „objektiver Ausfall elterlicher Schutz- und Sorgefunktion“ (dann wäre sie identisch mit dem Erfordernis des Kindeswohlgefährdung), sondern auf das elterliche Verhalten bezogen, das seinerseits gemessen wird an rechtlichen und gesellschaftlichen Verhaltensstandards, die in ihrer Gesamtheit das bezeichnen, was zu einer gegebenen Zeit als „elterliche Pflichterfüllung gegenüber dem Kind“ verstanden wird. Hieraus ergibt sich die theoretische Möglichkeit des Auseinanderfallens von Kindeswohlgefährdung und elterlicher Pflichtwidrigkeit (zur entspr Diskussion bei § 1667 s dort Rz 2).

Gegen diese Auffassung sind durchgreifende *Einwände* erhoben worden (vgl ZENZ, 18 Kindesmißhandlung 320–336, 347; HARMS 119–139, 143–166; KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 604 f; SCHWERTNER DAVorm 1982, 617, 619). Zunächst ist das Merkmal der Pflichtwidrigkeit als zusätzliche, eigenständige Eingriffsschwelle nicht geeignet. Soweit pflichtwidriges Verhalten der Eltern nicht zu einer Kindeswohlgefährdung führt, bleibt es im Rahmen von § 1666 irrelevant (Rz 7). Wird aber das Kind ohne nachweisbare elterliche Pflichtverletzung gefährdet, wäre die Rechtspraxis vor das Dilemma gestellt, entweder – wie bisher beim Verschuldenserfordernis – zum Schutze des Kindes „Pflichtwidrigkeiten“ zu konstruieren, auch wenn dies nach allgemeinen Kriterien eigentlich nicht möglich wäre (zutr KNÖPFEL aaO), oder aber sich offen zu einer Schutzlücke zu bekennen (so ERICHSEN-REUTER 55 f mwN: Kindeswohlgefährdungen ohne Bezug zu objektiven elterlichen Pflichtverletzungen berechtigen nicht zum staatlichen Eingriff). Will man dieses entweder rechtsdogmatisch oder rechtspolitisch anstößige Ergebnis vermeiden, bleibt nur die Zuflucht zur *Kindeswohlgefährdung als letztlich maßgeblichem Gesichtspunkt* (ausf ZENZ aaO). Allerdings versteht HINZ selbst die Pflichtwidrigkeit nicht als zusätzliches, eingriffsschwereres Merkmal – es solle nur der Klarstellung dienen (Kindesschutz 38). Nur wird dann nicht deutlich, wieso dieses Merkmal das Elternrecht zu schützen geeignet und deshalb verfassungsrechtlich geboten sein soll (vgl oben Rz 17).

Die Befürworter des Pflichtwidrigkeitskriteriums setzen sich auch nicht mit dem 19 naheliegenden Problem auseinander, daß der Vorwurf rechtswidrigen Handelns, müßte er in die Entscheidungsbegründung aufgenommen werden, im Lichte eines familienunterstützenden, auf Refunktionalisierung zielenden Schutzansatzes (§ 1666 a) gleichermaßen kontraproduktiv wirken müßte wie der früher geforderte Schuldvorwurf (KNÖPFEL 605; vgl 604: „... sonderbare Konstruktion, einem Elternteil mehr Pflichten aufzuerlegen, als er zu tragen imstande ist, um ihm dann Pflichtverletzung vorzuwerfen“). Aus dem gleichen Gesichtspunkt folgen schließlich entscheidende Schwächen dieser Auffassung schon auf der Tatbestandsseite der Norm: Obwohl sich, wie dargestellt (Rz 6), Eltern und Kind nicht wie „Schuldner und Gläubiger“ bilateraler Leistungspflichten verstehen lassen, sondern als Mitglieder des komplexen, alle Lebensbereiche umfassenden Organismus „Familie“, lenkt das Merkmal der Pflichtwidrigkeit doch wieder vom familiären Gesamtzusammen-

hang ab; es ist retrospektiv orientiert und erschwert oder vereitelt schon die Ermittlung der für eine wirklich hilfreiche Intervention wesentlichen Umstände (ZENZ 330: „Mit der strukturellen Verknüpfung ‚Gefährdung durch Rechtsmißbrauch bzw Pflichtwidrigkeit‘ wird eine selektive Verzerrung der Realitätserfassung vorprogrammiert . . . die Normstruktur behindert die Erfassung der rechtlich relevanten sozialen Problemstruktur“).

- 20 Ist § 1666 die Zentralnorm für den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Kindes (Rz 2), so muß die *Gefährdung der Kindesrechte auch der entscheidende Anknüpfungspunkt für staatliche Schutzmaßnahmen* sein. Eine Relativierung dieses Schutzes im Hinblick auf das Elternrecht ist nicht zulässig (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380; ERICHSEN-REUTER 67 f). Dem Kind gebührt Rechtsschutz als eigenständige, nicht-mediatisierte Rechtspersönlichkeit. Dieser Schutz ist primär den Eltern überantwortet, ist aber unverkürzt vom Staat zu gewährleisten, wenn die Eltern insoweit objektiv ausfallen. Dem Elternrecht trägt das Gesetz auf anderer Ebene angemessen Rechnung: durch den elterlichen Primat bei der Gefahrabwendung (Abs 1 S 1), den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit und die familienunterstützende Hilfspflicht des Staates (§ 1666 a). Es bliebe die Möglichkeit, die „Pflichtwidrigkeit“ allein von der Kindeswohlgefährdung her zu definieren – die Gefährdung zeigt, daß die Eltern ihrer Schutzaufgabe, aus welchem Grund auch immer, nicht genügt haben (vgl HARMS 119–139, 153; auch ERICHSEN-REUTER 63 in gewissem Widerspruch zu ihrem Grundansatz; entsprechendes gilt für eine an eine Kindesgefährdung anknüpfende Mißbrauchsdefinition, BayObLG FamRZ 1984, 928, 929; MünchKomm-HINZ Rz 26). Nur hätte ein so verstandenes Pflichtwidrigkeits-Merkmal keine positive Funktion, es bliebe sein kontraproduktiver Effekt (oben Rz 19). Bezeichnenderweise spielt die „Pflichtwidrigkeit“ elterlichen Verhaltens in der Entscheidungspraxis seit dem SorgeRG kaum eine Rolle. Typischerweise stellt man ausführlich eine „Kindeswohlgefährdung“ fest, sodann kurz „jedenfalls“ ein objektives Versagen der Eltern, und wendet sich dann den erforderlichen Maßnahmen zu. Nur wo die Gerichte einen Mißbrauch elterlicher Befugnisse meinen nachweisen zu können, setzen sie sich mit der Pflichtgemäßheit elterlichen Verhaltens ausführlicher auseinander – allerdings ist dies gleichzeitig oft Indiz für das Bestreben, mißbilligtes Verhalten zu sanktionieren, obwohl die sonst geforderte erhebliche Kindeswohlgefährdung eigentlich nicht vorliegt (näher Rz 57, 110).
- 21 HINZ hat, wohl unter dem Eindruck der Kritik von ZENZ, seine Konzeption des in § 1666 gewährten Rechtsschutzes (Kombination von rechtsguts- und handlungsbezogener Unrechtsbetrachtung, oben Rz 17) erweitert: Neben dieser Kombination enthalte § 1666 „eine Art Zustands- oder Risikozurechnung bei rechtswidriger Gefährdung von Kindesrechten“ (MünchKomm-HINZ Rz 20; vgl entspr bei ZENZ 331–336). Damit ist der Bezug zum handlungsbezogenen Unrecht aber im Grunde verlassen. Es bedarf dieses Bezugs auch nicht, um Kindesschutz als „Rechtsschutz“ verstehen zu können. Der Rechtsschutz des Kindes unterscheidet sich noch weitergehend vom allgemein-zivilistischen Rechtsschutzsystem, als HINZ dies konzidiert: Er ist nicht *Rechtsschutz gegen* (rechtswidriges Verhalten anderer), sondern *Rechtsschutz vor* (Gefährdungen der kindlichen Rechtsposition). Es ist ein *absoluter, subjektbezogener Rechtsschutz*, der sich von diffuser „obrigkeitlicher Fürsorge“ für das Objekt Kind am Maßstab staatlich-gesellschaftlicher Wohlfahrtsvorstellungen deutlich unterscheidet durch die strikte Anknüpfung staatlicher Interventionsbefugnis an *schwerwiegende Rechtsverletzungen des Kindes* – dessen Chancenverwirklichung unterhalb dieser Grenze ist Sache der Eltern (und Risiko des Kindes, vgl unten Rz 67).

**d) Elterliches Erziehungsvermögen**

22

Es bleibt jedoch die tatbestandliche Verknüpfung von Kindeswohlgefährdung und Elternverhalten (Abs 1 S 1, Alt 1–3; zum Drittverhalten [4. Alt] Rz 74). Die ganz hM folgert hieraus die Notwendigkeit, das konkrete elterliche Verhalten unter eine der drei Tatbestandsalternativen zu subsumieren und dessen Kausalität zur eingetretenen Gefährdung festzustellen. Wohl zuerst DIEDERICHSEN hat hierfür das zusammenfassende Tatbestandsmerkmal des elterlichen *Erziehungsvermögens* formuliert (DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4, 6; dem folgend KG FamRZ 1981, 590, 591; OLG Frankfurt FamRZ 1980, 826, 827; FamRZ 1983, 530; AG Kerpen ZBJugR 1985, 470, 471. In seiner Konzentrierung auf „Erziehung“ ist der Ausdruck sicherlich zu eng, besser wäre „Sorgeunvermögen“). Auf Grund der vorstehenden Überlegungen zur „Pflichtwidrigkeit“ muß gefragt werden, ob mit den Prüfungsschritten „Erziehungsvermögen“ und „Kausalität“ dem Normzweck gedient wird. Der Schutz des Rechtssubjekts „Kind“ steht im Mittelpunkt des Gesetzeszwecks, gegen eine notwendige Verknüpfung der Kindesgefährdung mit elterlichem Verhalten sprechen im wesentlichen dieselben Gründe wie gegen einen Bezug zur „elterlichen Pflichtwidrigkeit“.

Noch der zum SorgeRG führende Fraktionentwurf beschränkte sich demgemäß auf die Kindeswohlgefährdung als einziges und entscheidendes Tatbestandsmerkmal (BT-Drucks 8/111; entspr Forderungen zuvor schon von HÖHNE 145–148, 283 f; BECKER MDR 1970, 1, 2). Unter dem Eindruck massiver Kritik, die auf die Unbestimmtheit des Kindeswohlbegriffs und die Gefahr ideologischer Fremdbestimmung der Familie hinwies (Nachw in Rz 11), lehnte sich der Gesetzgeber gem einer Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks 8/2788, S 39) dann doch wieder enger an die bisherige Fassung an. Der tatbestandliche Bezug zum elterlichen Verhalten wurde wiederhergestellt „zum Schutz des Elternrechts“ (BT-Drucks aaO), ergänzt allerdings durch die Versagensalternative.

Wird die hM also durch den historischen Willen des Gesetzgebers wie auch durch **23** den Wortlaut des Abs 1 S 1 unterstützt, so muß doch beachtet werden, daß der Gesetzgeber mit dem Versagenstatbestand sein eigenes Konzept der Sache nach durchkreuzt hat. Diese Klausel fungiert (planmäßig, vgl Rz 15) als Auffangtatbestand für alle elterlichen Verhaltensweisen, die nicht unter Mißbrauch und Vernachlässigung zu subsumieren sind. Diese Funktion folgt aus dem Postulat umfassenden Kindesschutzes; folgerichtig ist zB auch verschuldetes Versagen mitumfaßt (Rz 73). Das Tatbestandsmerkmal „Kindeswohlgefährdung“ kann in Anbetracht der gesetzlichen Schutzkonzeption (oben Rz 7) schlechterdings nur vorliegen, wenn die Eltern als Schutzinstanz ausfallen, dh in der primär ihnen zugewiesenen Schutzfunktion „versagen“. Folgerichtig wird das „Versagen“ auch häufig vom Eintritt der Kindeswohlgefährdung her definiert, ohne daß allerdings Konsequenzen gezogen werden (BVerfGE 60, 79, 81; ERICHSEN-REUTER 56 f; OSSENBÜHL, Erziehungsrecht 89, spricht deshalb von einer „Relativierung“ der selbständigen Bedeutung des Versagensmaßstabs). Rechtspolitischer Dreh- und Angelpunkt der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen (auch schon vor dem SorgeRG, vgl HÖHNE 121–144) ist dementsprechend die Frage, ob die dem Kind drohende Schädigung schwer genug wiegt, um einen Eingriff in die elterliche Kompetenz zu rechtfertigen. Wird diese Frage bejaht, erfolgt die Bezugsetzung zum elterlichen „Versagen“ typischerweise nur floskelhaft (vgl Rz 13) und zum Beleg, daß sich ein Eingehen auf elterliches Verschulden erübrige (für viele: BayObLG ZBJugR 1983, 302, 305 f; 1983, 308, 310 f; vereinzelt unterbleibt der Bezug auf elterliches Verhalten ganz, SchlHOLG, SchlHANz 1988, 84 [„im Ergebnis ist allein die Frage entscheidend, ob das Wohl der Kinder . . . gefährdet wird“]). *Mit der Einführung des Versagenstatbestandes hat der*

*Gesetzgeber die Verbindung zwischen Kindeswohlgefährdung und elterlichem Verhalten praktisch gelöst.* Nimmt man die 4. Alt des Abs 1 S 1 (Verhalten eines Dritten) hinzu, so sagt das Gesetz seinem objektiven Inhalt nach, daß es auf die Ursache der eingetretenen Gefährdung letztlich nicht ankomme – weder die Person des Gefahrhebers noch die Art seines Verhaltens sind für die Interventionsentscheidung von irgendeiner Bedeutung. Der von den Gesetzesverfassern bezweckte *Schutz des Elternrechts* innerhalb des Eingriffstatbestandes findet statt dessen – und völlig ausreichend – an zwei anderen Stellen des richterlichen Erkenntnisprozesses statt: Der Konkretisierung des Gefährdungsbegriffes (dazu näher Rz 64–69, 75–129) und dem negativen Merkmal elterlicher Unfähigkeit zur Gefahrabwendung (Rz 130, 131). In *ersterer* Hinsicht rechtfertigt die bisherige Rechtspraxis in der Bundesrepublik nicht die Befürchtung, die Unschärfe des Kindeswohlbegriffs führe zu staatlichem Dirigismus und ideologischem Mißbrauch (Befürchtungen insoweit bei SCHMITT-GLAESER DÖV 1978, 629, 631; GIESEN FamRZ 1977, 594, 595 f). Totalitärem Mißbrauch der Eingriffsmöglichkeiten setzt der Gesetzeswortlaut überdies ohnehin keine effektive Grenze (zu § 1666 vgl HIRSCH 46–77; allgemein RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung [1968]).

Im *zweiten* Erfordernis liegt die entscheidende, alle vier Gefährdungsformen umfassende Reverenz vor dem Elternrecht, hier wird der verfassungsrechtlich unverzichtbare Kausalbezug zur elterlichen Sorge hergestellt. Gleichzeitig wird die Gleichrichtung von tatbestandlichen Ermittlungen, Eingriffszweck und staatlichen Maßnahmen erreicht: In § 1666 geht es nicht um Sanktionen, sondern um Abwehr künftiger Schäden vom Kind. Im neuen Tatbestand erscheinen die Eltern nicht (nur) als frühere Versager, sondern werden in die Überlegungen zur Gefahrabwendung einbezogen: Sind sie dazu allein, nur mit öffentlicher Hilfe (§ 1666 a) oder gar nicht in der Lage? Damit bleibt auch der Gesamtkontext der familiären Situation im Blickfeld (vgl Rz 3).

**24 Ergebnis:** Wortlaut des Abs 1 S 1 sowie dem folgend die hM fordern die Feststellung eines bestimmt gearteten *Erziehungsunvermögens* der Eltern sowie dessen Kausalität für die eingetretene Kindeswohlgefährdung. Mit den entsprechenden Feststellungen wird jedoch der wirkliche Inhalt des gesetzlichen Tatbestandes verfehlt und nur leeres Stroh gedroschen. Die Rechtsprechung verweigert sich dem zwar nicht explizit, wohl aber der Sache nach. *Konstitutive Tatbestandsmerkmale* des Abs 1 S 1 sind bei richtigem Gesetzesverständnis allein (1) eine Gefährdung des Kindeswohls sowie (2) Unfähigkeit oder Unwilligkeit der Eltern zur Abwendung dieser Gefahr (ähnlich HARMS 169; MÜNDER ZfJ 1988, 10, 12; mit abweichender Begründung auch SCHWERTNER NJW 1977, 1268, 1269; ders DAVorm 1982, 617, 619 ff). Den übrigen Tatbestandselementen kommt demnach allenfalls eine Beispielfunktion (gesetzlicher Vorgriff auf richterliche Kasuistik) und die Funktion eines klarstellenden Hinweises auf den elterlichen Sorgevorrang zu (auf dem Boden dieser Auffassung kann man sich auch verkrampte Begründungen ersparen, wo es an elterlichem Verhalten in Bezug auf dieses Kind schlechthin fehlt, vgl KG FamRZ 1981, 590, 591; Pränataler Sorgerechtsentzug wegen Gefahr künftigen Versagens; zutr krit LUTHIN ebd 592).

**25, 26** (Recht der DDR – außer Kraft seit 3. 10. 1990)

## II. Anwendungsbereich

### 1. Persönlich

27

a) Die Vorschrift gilt für **jeden Inhaber der elterlichen Sorge** iSd § 1626, also auch für die nichteheliche Mutter unabhängig vom Bestehen einer Amtspflegschaft (§ 1705), für Adoptiveltern (§§ 1754, 1626) oder für den Vater nach Ehelicherklärung (§§ 1736, 1626). Wegen §§ 1591, 1593 ist auch der Scheinvater einbezogen (KG FamRZ 1985, 735). Die Vorschrift gilt auch für den Inhaber nur der Personensorge (§ 1673 Abs 2 S 2), um deren Einschränkung es in § 1666 gerade geht. Personen, die rechtlich nicht als Eltern, sondern als Vormund, Pfleger, Pflegeperson (vgl § 1630 Abs 3) oder nur tatsächlich für das Kind sorgen (etwa auf Grund familiärer Verbundenheit als Großeltern, Stiefeltern, ältere Geschwister oä), sind nicht als „Eltern“ Normadressat, wohl aber als „Dritte“ iSd Abs 1 S 2 (im übrigen Eingriffsmöglichkeit nach Vormundschafts- oder Pflegschaftsrecht, §§ 1796, 1837 [mit Verweis auf §§ 1666, 1666 a], 1886, 1915). Das gleiche gilt für Elternteile, die nicht Inhaber des elterlichen Sorgerechts sind (anders OLG Köln FamRZ 1985, 1059, 1060: Nicht „Dritter“, sondern „Elternteil“ wegen Rest-Elternrechts).

b) Der Begriff des **Kindes** bestimmt sich nach §§ 1, 2 BGB.

28

Problematisch ist die Anwendbarkeit des § 1666 auf den **nasciturus**. Streit über diese Frage wurde ausgelöst durch eine Entscheidung des AG Köln (NJW 1985, 2201: Antrag des ungeborenen Kindes, vertreten durch den Ehemann der Schwangeren, auf Verbot der von letzterer geplanten Schwangerschaftsunterbrechung) sowie mehrere vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen in Fällen, in denen abtreibungswillige minderjährige Frauen gem § 1666 die Ersetzung der (versagten) elterlichen Einwilligung zum Abschluß des Arztvertrages und zur Vornahme der Schwangerschaftsunterbrechung begehrten (**keine** Ersetzung : LG Köln FamRZ 1967, 207; LG München I FamRZ 1979, 850 f; AG Celle FamRZ 1987, 738; AG Helmstedt ZBlJugR 1987, 85 f; **Eingriff** in die elterliche Kompetenz: LG Berlin FamRZ 1980, 285).

Umgekehrt kommt auch ein Sorgerechtsentzug bei Eltern in Betracht, die ihre widerstrebende Tochter zur Abtreibung drängen (AG Dorsten DAVorm 1978, 131 ff).

Die Problematik zivilrechtlichen Schutzes ungeborenen Lebens ist vielschichtig. Sie umfaßt die Vorfrage, ob der nasciturus überhaupt als Subjekt zivilrechtlichen Rechtsschutzes angesehen werden kann und ob insbes auch § 1666 grundsätzlich anwendbar ist (Rz 29–31). In der konkreten Anwendung wird sodann nach den Auswirkungen der strafrechtlichen Indikationenregelungen auf die zivilrechtliche Beurteilung zu fragen sein (Rz 32–35). Zur Erörterung weiterer, straf- oder verfassungsrechtlicher Probleme des Schwangerschaftsabbruchs besteht an dieser Stelle kein Anlaß.

Offenbleiben muß auch die derzeit noch völlig ungeklärte Frage, ob über § 1666 der schwangeren Frau Verhaltensweisen untersagt werden können, die nicht auf Tötung des Embryo abzielen, wohl aber zu schweren gesundheitlichen Schädigungen oder auch zu seinem Tod führen können (das Verhaltensspektrum reicht von Drogen- und Alkoholmißbrauch über Rauchen, ungeschützten Verkehr mit flüchtigen Bekannten [Aids] bis zu gefährlichen Sportarten; zu den empirisch festgestellten Kinderschädigungen bei Alkoholkonsum der werdenden Mutter [Alkoholembryopathie] vgl LÖSER-GRÄVINGHOFF-RUSTEMEYER, Kinderheilkunde [1989] 764 ff; LÖSER Münch Med Wochenschr 1989, 24 ff; LÖSER-ILSE, Sozialpädiatrie in Praxis und Klinik [1987] 614 ff; LÖSER-GRANDE-SCHUBERT, Atemalkohol [1985] 164 ff. In den

USA gibt es vereinzelt Staatengesetze, die das Verhalten von Schwangeren reglementieren).

- 29** Am Anfang steht die Frage, **ob und inwieweit der nasciturus grundrechtsfähig und rechtsschutzfähig ist**. Die Antwort ist weder wissenschaftlich (L ROSENBERG, zit in GOLDSTEIN ua III 34 f) noch logisch begründbar (HOERSTER JuS 1989, 172 ff), sondern eine rechtsethische und -politische Wertentscheidung. Anhänger einer Fristenlösung verneinen die Frage, aber auch sonst wird die (zumindest zivilrechtliche) Rechts- und Schutzfähigkeit des nasciturus vereinzelt abgelehnt (JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174; VENNEMANN FamRZ 1987, 1069; HOERSTER 178). Das BVerfG hingegen bejaht (mit der wohl überwiegenden Literaturmeinung) die zumindest teilweise Grundrechtsfähigkeit des ungeborenen Kindes und damit seine diesbezügliche Schutzfähigkeit (BVerfGE 39, 1, 35 f = NJW 1975, 573, 574; aus der Lit insbes MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 271–274 mwN; Darstellung des Meinungsstandes auch bei VON MUTIUS Jura 1987, 109–111; LANZ-ZUMSTEIN, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts [1990] 255 ff, 290 ff). Dem ist zu folgen (unter Offenlassung zeitlicher Fixierungen im einzelnen). Die verfassungsrechtliche Grundlage des gebotenen Schutzes wird teils in der „objektiven Wertordnung“ des GG gefunden (so BVerfG), teils – unter Ablehnung dieses Ansatzes – in Art 6 Abs 2 S 1 u 2 GG (BURMEISTER JR 1989, 52 ff, mit in sich widersprüchlicher Argumentation). Richtig ist die Kumulierung beider Ansätze (so AG Celle FamRZ 1987, 738, 739): Der nasciturus genießt als Grundrechtssubjekt allgemein-verfassungsrechtlichen Schutz und unterfällt zugleich als künftiges Kind dem besonderen Schutzsystem des Art 6 Abs 2.
- 30** Sodann stellen sich die Fragen, **ob der nasciturus generell der elterlichen Sorge unterliegt** und ob speziell auch die Entscheidung über seine Tötung zum elterlichen Sorgebereich gehört. Zur Bejahung der ersten Frage verweist man auf Art 6 Abs 2 S 1 (AG Celle aaO; BURMEISTER JR 1989, 52, 53 f; GEIGER FamRZ 1987, 1177) und auf § 1912 Abs 2 (MITTENZWEI 275 f). Diese Vorschrift spricht zwar von „künftigen Rechten“ der Leibesfrucht (abl deshalb HARRER ZBJugR 1989, 238, 240; VENNEMANN FamRZ 1987, 1069), ist jedoch aus ihrem historischen Kontext heraus zu verstehen und seit der obigen Entscheidung des BVerfG verfassungskonform auf schon bestehende Rechte des nasciturus auszudehnen (ähnl GEIGER FamRZ 1987, 1177). Die zweite Frage wird hingegen häufig verneint, weil die Tötung eines Kindes oder nasciturus nicht zur Disposition der Eltern stehe und deshalb nicht als Ausübung der „elterlichen Sorge“ angesehen werden könne (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1099; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176; MITTENZWEI 276). Diese Auffassung ist unzutreffend. Zum Sorgebereich gehört nicht nur die Betreuung und Erziehung des Kindes, sondern – wie dargelegt (Rz 7) – auch die Abwehr von Rechtsverletzungen: Der gesamte Kindesschutz ist primär den Eltern anvertraut. Niemand hat je bezweifelt, daß Lebensgefahr unter den Begriff der „Kindeswohlgefährdung“ des § 1666 und damit unter das allgemeine Kindesschutzsystem fällt. Die Existenz von Entscheidungsspielraum ist kein Kriterium für die Abgrenzung des elterlichen Sorgebereichs (wohl aber für die Anwendbarkeit des § 1628, dazu sogleich Rz 31).
- 31** Damit ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, daß schon der nasciturus im Grundsatz verfassungsrechtlichen wie auch zivilrechtlichen Rechtsschutz genießt. Letzterer ist strukturell identisch mit dem Rechtsschutz für geborene Kinder (dazu oben Rz 5–10). Also ist danach zu differenzieren, von wem die Gefahr ausgeht und gegen wen Maßnahmen zu treffen sind (Eltern: § 1666 Abs 1 S 1; Dritte [hier typischerweise der zur Abtreibung bereite Arzt]: entweder § 1666 Abs 1 S 2 oder allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz, etwa in Form einer Unterlassungsklage des Kindes).

Will der Ehemann die von seiner Frau geplante Abtreibung verhindern (Fall AG Köln NJW 1985, 2201), so gilt demnach: *Gegen die Frau* gibt es keinen zivilrechtlichen Rechtsschutz des Kindes (also auch keine diesbezügliche Entscheidungs- und Vertretungsübertragung auf den Vater gem § 1628, STÜRNER Jura 1987, 75, 80), der Mann kann aber staatlichen Schutz gem § 1666 Abs 1 S 1 hinzurufen durch Anregung vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens (COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2177; HARRER ZfJ 1989, 238, 242; vgl Rz 8, 9). *Gegen den Arzt* gilt letzteres über § 1666 Abs 1 S 2 gleichermaßen, es kommt aber auch eine Unterlassungsklage des Kindes in Betracht (neben Klagen des Mannes aus eigenem Recht). Auch insoweit scheidet jedoch eine Entscheidungsübertragung auf den Mann gem § 1628 aus (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1099f; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176f; FINGER KJ 1986, 326, 327f; HARRER ZfJ 1989, 238, 239f; MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 11; aA AG Köln aaO; MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 277; ROTH-STIELOW NJW 1985, 2746; STÜRNER Jura 1987, 75, 80): Diese Vorschrift setzt begrifflich elterlichen Entscheidungsspielraum in Ausübung elterlicher Sorge voraus. Das Lebensrecht ihrer Kinder ist den Eltern zwar zum Schutz, nicht aber zur Disposition anvertraut. Soweit § 218a StGB der Schwangeren Entscheidungsfreiheit eröffnet, ist dies keine sorgerechtliche, sondern (nach dem Verständnis des BVerfG) eine persönlichkeitsrechtliche Entscheidung, an der der Ehemann von vornherein nicht beteiligt ist (COESTER-WALTJEN aaO; letzteres gilt vorbehaltlich einer Innenbindung aus § 1353, die jedoch auch nicht zu § 1628 führt). Alleinhandeln des Ehemannes ist jedoch auf den oben gezeigten Wegen zu ermöglichen (Rz 10).

Es bleibt die (bisher ausgeklammerte) Frage nach den *Auswirkungen der strafrechtlichen Indikationenlösung auf den zivilrechtlichen Schutz des nasciturus* zu beantworten. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob eine Indikation gem § 218a StGB vorliegt, nicht vorliegt oder im Streit ist. **32**

**Fehlt eine Indikation**, so ist die geplante Abtreibung auf jeden Fall rechtswidrig, der nasciturus genießt ungeschmälernten Rechtsschutz im vorstehend umschriebenen Sinne (vgl COESTER-WALTJEN 2177; HARRER ZfJ 1989, 238, 241 f; MITTENZWEI 276 f, 282; STÜRNER 80). Dabei ist das VormG, allgemeinen Grundsätzen entsprechend (Rz 154), zum Einschreiten von Amts wegen verpflichtet (AG Celle FamRZ 1987, 738: Verbot der Abtreibung, über die Ablehnung der von der Minderjährigen begehrten Ersetzung elterlicher Einwilligung hinaus; AG Dorsten DA Vorm 1978, 131, 135: Entzug des Entscheidungsrechts bei abtreibungswilligen Eltern).

Ist der **Abbruch indiziert**, kommt es entscheidend darauf an, ob man die strafrechtliche Regelung des Gesetzgebers als verbindlich für die Gesamtrechtsordnung ansieht oder nicht. Ausgehend von der Auffassung, daß die Indikationen nur schuld- oder strausschließend wirken, wird zT vertreten, daß der Gesetzgeber in § 218a StGB nur darauf verzichtet habe, die trotz Indikation rechtswidrige Abtreibung mit Mitteln des *Strafrechts* zu verhindern – der zivilrechtliche Lebensschutz sei hierdurch nicht eingeschränkt (TRÖNDLE ZRP 1989, 54, 58; GEIGER FamRZ 1986, 1 ff). Überwiegend wird jedoch der Einstufung der Indikationen als Rechtfertigungsgründe gefolgt (vgl BGHZ 86, 240, 245; 89, 95, 102; NJW 1985, 671) und auf dieser Basis die strafrechtliche Abgrenzung als verbindlich auch für das Zivilrecht angesehen (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1101; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176; HARRER ZfJ 1989, 238, 240f; JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174f; D SCHWAB in: NEUER-MIEBACH-KREBS, Schwangerschaftsverhütung ... [1988] 136 f; STÜRNER Jura 1987, 75, 81; dem zuneigend [„gute Gründe“] auch AG Celle FamRZ 1987, 738, 740 [aber offengelassen]). Nach dieser Auffassung ist damit bei indiziertem Schwangerschaftsabbruch die Entscheidung über das Leben des nasciturus der **33**

Schwangeren zugewiesen, zivilrechtlicher Lebensschutz findet daneben nicht statt (allerdings soll die Versagung elterlicher Einwilligung bei Minderjährigkeit der Schwangeren noch nicht per se rechtsmißbräuchlich sein, AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; angesichts des persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes des BVerfG in der Abtreibungsfrage bedarf diese Frage jedoch noch der Auslotung).

Eine differenzierende Position vertritt MITTENZWEI (AcP 187 [1987] 247, 270, 282 f): Rechtfertigend und den zivilrechtlichen Kinderschutz ausschließend wirke nur die klassische medizinische Indikation. In allen anderen Indikationsfällen bleibe die Abtreibung rechtswidrig (wenngleich straffrei). Also könne hier das VormG (von Amts wegen) einschreiten, dh die Eltern anhören und auf sie einwirken, die Indikation auf ihre zivilrechtliche Bestandsfestigkeit überprüfen und ggf die Abtreibung untersagen.

Der an zweiter Stelle referierten, überwiegenden Auffassung sollte gefolgt werden. Die Einheit der Rechtsordnung verträgt keine andere Lösung, die negativen Folgen vormundschaftsgerichtlicher Inquisition bei gegebener Indikation wären zudem höchst unerfreulich (gegen MITTENZWEI aaO deshalb auch STÜRNER Jura 1987, 75, 81). Nachdem BVerfG und Gesetzgeber in diesen Fällen die persönliche Entscheidung der Schwangeren für maßgeblich erklärt haben, kann nicht auf zivilrechtlicher Ebene eine „zweite Front“ zur Revision dieser Wertung aufgebaut werden.

- 34 Die wirklichen Probleme liegen, wie so oft, in der Mitte, dh bei **Zweifeln über das Vorliegen einer Indikation** iSd § 218 a StGB. Kann der Vormundschaftsrichter auf der Basis des § 1666 die von Schwangerer und Arzt übereinstimmend bejahte (typischerweise: soziale) Indikationslage eigenständig überprüfen und die Abtreibung, wenn sie sich als „objektiv“ nicht indiziert herausstellt, verhindern? ZT wird eine derartige Kompetenz des Vormundschaftsrichters verneint – die Entscheidungszuständigkeiten seien in §§ 218 a, b und 219 StGB klar geregelt und dürften durch vormundschaftsgerichtliche Kontrolle nicht entwertet werden. Die bewußt lockeren verfahrensrechtlichen Regelungen in §§ 218 a ff StGB deuteten auf den gesetzgeberischen Verzicht auf gerichtliche Überprüfung hin (FINGER KJ 1986, 326, 336 f, 338; JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174; E VON HIPPEL in: VON VOSS ua [1988] 89 Fn 61). Mangels regelmäßig gesicherter Information des Vormundschaftsgerichts könne es sich nur um eine zufallsbedingte und darum zweifelhafte Lösung des Abtreibungsproblems handeln (VON HIPPEL 75, 85; zweifelnd auch BIENWALD FamRZ 1986, 1096, 1102 Fn 56). Überwiegend jedoch wendet man sich gegen eine ausschließliche Beurteilungskompetenz von Arzt und Schwangerer oder gar die Definition der „sozialen Notlage“ (§ 218 a Abs 2 Ziff 3 StGB) aus der subjektiven Einschätzung der Schwangeren heraus, wie sie beim BGH anklingt (zu letzterem AG Celle FamRZ 1987, 738, 741; STÜRNER Jura 1987, 75, 77; im übrigen auch LG Köln FamRZ 1987, 207; AG Dorsten DAVorm 1978, 131, 134; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2177; dies, Gutachten zum 56. DJT, B 89; ROTH-STIELOW NJW 1985; 2746 f; STÜRNER 80; MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 282). Das Vorliegen eines strafrechtlichen Indikationstatbestandes sei vom VormG voll überprüfbar, einschl der eigenständigen Beurteilung, ob als (die Indikation ausschließende) anderweitige Möglichkeit der Notlagenabwendung (§ 218 a Abs 2 Nr 3 b StGB) die Bereitschaft des Vaters zur Übernahme des Kindes in Betracht komme (bejahend LG Köln aaO; MITTENZWEI 278 f; ROTH-STIELOW aaO; abl COESTER-WALTJEN 2176 [keine verbindliche Übernahme möglich, keine rechtliche Entpflichtung der Mutter]) oder die Möglichkeit einer Freigabe zur Adoption (bejahend AG Celle aaO; zum Meinungsstand VON HIPPEL 39 Fn 137). Verneine das Vormundschaftsgericht das Vorliegen einer Indikation, könne es den Schwangerschaftsabbruch gegenüber Schwangerer und Arzt untersagen (Durchsetzung: Zwangsgeld gem § 33 FGG; vgl

AG Celle aaO; COESTER-WALTJEN 2177; MITTENZWEI 282) und auch anderweitig auf die Beteiligten einwirken (Beratung, Belehrung), auch Pflegerbestellung für den nasciturus komme in Betracht (MITTENZWEI aaO). Das VormG werde von Amts wegen tätig, auch auf Hinweise von Dritten hin (VON HIPPEL 75, 80).

Angesichts der Regelung der Beurteilungszuständigkeiten im StGB und des inquisitorischen Charakters vormundschaftsgerichtlicher Ermittlung auch hier erscheint es als nicht sicher, daß die Rechtsprechung dieser Auffassung uneingeschränkt folgen wird. Das Vorliegen einer Indikation ist als Inzidentfrage auch in anderen zivilrechtlichen Zusammenhängen von Bedeutung – etwa wenn Schadenersatz für ein „planwidriges Kind“ verlangt wird, weil die Abtreibung fehlgeschlagen ist (BGH NJW 1985, 671 [Anm DEUTSCH] = JZ 1985, 331 [Anm GIESEN]; NJW 1985, 2752) oder bei Fragen der Lohnfortzahlung (ArbG Iserlohn v 16. 1. 1987, FAZ v 7. 7. 1987, S 5). Dabei überprüft der BGH die ärztliche Indikationsfeststellung nicht voll, sondern räumt einen ärztlichen *Beurteilungsspielraum* ein (dazu KLUTH NJW 1986, 2348 ff); in einem Fall wurde auch eine *Vermutung der Richtigkeit* der Feststellung angenommen (JZ 1986, 140, 143, gerichtet allerdings gegen den auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Arzt, der jetzt selbst die Rechtswidrigkeit der [versuchten] Abtreibung behauptete; dagegen zutr STÜRNER Jura 1987, 75, 76). Ein Beurteilungsspielraum des Arztes wird in der Lit zumeist abgelehnt (KLUTH aaO; STÜRNER 80; vgl auch ESER ArztR 1981, 260, 295), und hinsichtlich der Notlagenindikation (die in über 80% aller Fälle als Begründung dient, VON HIPPEL JZ 1986, 53, 55) ist er sachlich auch nur schwer zu rechtfertigen: Die Kriterien „schwerwiegende Notlage“ und „Unzumutbarkeit“ für die Schwangere unterfallen nicht spezifisch medizinischer Expertise, sondern sind soziale und ethische Wertungsfragen, die fachlich bei den Juristen mindestens ebensogut untergebracht sind (nicht weiterführend deshalb die Forderung des AG Celle FamRZ 1987, 738, 741 nach Ersetzung der privatärztlichen Feststellung durch „objektive ärztliche Erkenntnis“). Hinzu kommt die leichte Erreichbarkeit und offenbar große Häufigkeit von Gefälligkeitsbescheinigungen durch hierauf „spezialisierte“ Privatärzte, die die gesetzliche Indikationenregelung zu einer „verkappten Fristenlösung“ werden läßt (VON HIPPEL in: VON VOSS ua [1988] 82; KETTING-VAN PRAAG, Schwangerschaftsabbruch – Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich [1985] 245 ff; für die englische Situation hat diese Tendenz schon BVerfGE 39, 1, 64 festgestellt). Verständlich deshalb AG Celle (FamRZ 1987, 738, 741): „Das an Gesetz und Recht gebundene Gericht kann die geübte Praxis deshalb nicht zum Maßstab nehmen“ – nur gehört zu „Gesetz und Recht“ eben auch die Kompetenzregelung des StGB, und es fragt sich, ob mit der Begrenzung zivilrechtlicher Prüfung durch Annahme eines „Beurteilungsspielraums“ nicht, allen berechtigten Einwänden zum Trotz, ein Weg „praktischer Vernunft“ gegangen wird im Spannungsverhältnis zwischen verfassungsgerichtlicher Vorgabe und halbherziger strafrechtlicher Ausführungsregelung: Da es um Tötung menschlichen Lebens geht, liegt der Schwerpunkt für den Schutz des nasciturus systematisch im Verfassungs- und Strafrecht. Die befürwortete Abkoppelung zivilrechtlicher Wertung von der strafrechtlichen Regelung signalisiert deren unbefriedigende Konzeption. Der Fehler liegt im primär zuständigen Rechtsgebiet, und er sollte (de lege ferenda) dort repariert werden. Das zivilrechtliche Kindesschutzsystem vermag zwar in Einzelfällen strafrechtliche Schutzlücken zu kompensieren, es ist zur umfassenden Problemlösung aber nicht der geeignete Platz: In seinem Zentrum steht das Kindesrecht, ein dieses völlig verdrängendes Persönlichkeitsrecht der Eltern ist dem Kindschaftsrecht des BGB schlechterdings fremd. Die Abwägung der Rechte von nasciturus und Schwangerer, zentrales Thema der Abtreibungsentcheidung des BVerfG, kann zivilrechtlich deshalb nicht geleistet werden – ein Grund auch für vormundschaftsrichterliche Zurückhaltung.

## 2. Sachlich

### 36 a) Personen- und Vermögenssorge

§ 1666 Abs 1, 2 betrifft nur Eingriffe in die *Personensorge* der Eltern (zum Begriff: § 1626). Ein Zugriff auf die (im übrigen in §§ 1640 Abs 4, 1667, 1670, 1683 Abs 4 geregelte) *Vermögenssorge* ist nach Abs 3 dann möglich, wenn die persönliche Vernachlässigung des Kindes gerade durch Unterhaltspflichtverletzung geschieht, also auch das Vermögensinteresse des Kindes berührt (Rz 148–151). Umgekehrt kann auch Verhalten der Eltern im Bereich der Vermögenssorge den Bereich der Personensorge (insbes die Erziehung) berühren (vgl. etwa §§ 1639 Abs 2 iVm 1803 Abs 2, 3 oder § 1649 Abs 2; Einzelheiten bei BRÜGGEMANN ZBIJugR 1980, 53, 59 f); erreicht die Beeinträchtigung des persönlichen Wohls des Kindes die Gefährdungsgrenze des § 1666 Abs 1 S 1, ist ein Einschreiten (auch) nach dieser Vorschrift möglich (vgl. KG OLGZ 1967, 215: eigennützigter Verbrauch des dem Kinde zugesprochenen Schmerzensgeldes).

### 37 b) Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 (Scheidungsfamilie)

Die Abgrenzung zu den vorgenannten Vorschriften führt zu unerfreulichen Komplikationen auf Grund der Zuständigkeitsaufspaltung zwischen VormG (§ 1666) und FamG (§§ 1671, 1672, 1696) als dem Spezialgericht für die Scheidungsfamilie. Die Regelungskompetenzen decken sich teilweise. Versuche, im Scheidungsfall eine umfassende Zuständigkeit des FamG „kraft Sachzusammenhangs“ zu begründen (OLG Hamm FamRZ 1978, 941, 942; OLG Köln FamRZ 1980, 401; WALTER FamRZ 1979, 259, 261 f) werden nach Ablehnung durch den BGH (DAVorm 1980, 933, 935 f; vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 300, 301) nicht mehr weiterverfolgt (vgl. MünchKomm-HINZ Rz 9).

Nach hM ist das FamG *vorrangig zuständig, soweit seine Befugnisse die angestrebte Maßnahme umfassen*. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Maßnahmen im Vorfeld oder bei der Scheidung und Eingriffen *nach* einer familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung gem § 1671.

**38 Während der Ehetrennung** sind familiengerichtliche Regelungen nach § 1672, bei Anhängigkeit des Scheidungsstreits auch nach § 620 ff ZPO möglich (BGH FamRZ 1980, 131; OLG Hamburg FamRZ 1982, 408; FamRZ 1982, 722). Die Hauptentscheidung nach § 1672 ist an die Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 (insbes Abs 4) gebunden, Einzelmaßnahmen wie Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, Ge- oder Verbote kann jedenfalls weiterhin *nur* das VormG gem § 1666 treffen (BGH DAVorm 1980, 933, 935 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 938 f; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1162). Allerdings ist das Familiengericht bei *vorläufigen Anordnungen* gem §§ 620 ff ZPO oder im Rahmen eines Verfahrens nach § 1672 freier, es kann auch Einzelmaßnahmen treffen. Nach hM verdrängt deshalb das FamG weitgehend das VormG (OLG Düsseldorf aaO; OLG Hamm FamRZ 1979, 157). Für dieses bliebe demnach nur ein schmaler Bereich, etwa die dem FamG stets verschlossenen Maßnahmen nach § 1666 Abs 1 S 2 oder Abs 2 (SOERGEL-STRÄTZ Rz 6; RGRK-ADELMANN Rz 10; vgl. OLG Köln FamRZ 1985, 1059 f: Maßnahmen gegen nichtsorgeberechtigten Elternteil zur Verhinderung einer Kindesentführung [vgl. oben Rz 27 aE]). Diese Auffassung ist deshalb *abzulehnen* zugunsten **uneingeschränkter alternativer Zuständigkeit von VormG und FamG** (s näher § 1672 Rz 14).

**39 Bei der Sorgerechtsentscheidung nach § 1671** kann das FamG, vorbehaltlich der in § 1671 Abs 4 S 2 zugelassenen Aufspaltung, nur über die elterliche Sorge insgesamt entscheiden. Damit werden vormundschaftsgerichtliche Kompetenzen absorbiert,

soweit nach § 1666 der völlige Entzug des Personensorgerechts bei einem Elternteil oder beiden angezeigt wäre (dann familiengerichtliche Übertragung auf den anderen Elternteil, § 1671 Abs 1, OLG Karlsruhe DAVorm 1979, 136, 137, bzw Anordnung von Vormund- oder Pflegschaft, § 1671 Abs 5, zu letzterem BGH NJW 1981, 2460 = FamRZ 1981, 1048 sowie § 1671 Rz 191 ff). Partieller Nichteignung der Eltern kann nicht durch Aussparung einzelner Befugnisse bei der Sorgerechtsübertragung, sondern nur in der Abwägung über den insgesamt zu bevorzugenden Elternteil Rechnung getragen werden. Anderes gilt bei Scheidungen jedoch nach § 1671 Abs 5: Wegen des auch hier herrschenden Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ist auch ein nur teilweiser Sorgerechtsentzug bei beiden Eltern möglich (im übrigen Sorgeübertragung auf einen Elternteil oder Belassung bei beiden, BGH NJW 1985, 1702 = FamRZ 1985, 169; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195: Anforderungen der §§ 1666, 1666 a gelten entsprechend). Demgemäß verdrängt das FamG das VormG auch bei Einzelmaßnahmen, soweit diese gegen beide Eltern gerichtet sind (KG FamRZ 1971, 267, 268; BayObLG Rpfleger 1979, 300, 301).

Besonders problematisch ist die Abgrenzung **nach einer abschließenden Sorge-rechtsentscheidung** des FamG gem § 1671. Auch hier soll nach hM die Änderungszuständigkeit des FamG gem §§ 1696, 1671 die vormundschaftsgerichtliche Eingriffskompetenz verdrängen, wenn die Änderung der Sorgerechtsinhaberschaft insgesamt angezeigt ist (Übertragung auf den bisher nichtsorgeberechtigten Elternteil oder auf einen Elternteil nach bisher gemeinsamem Sorgerecht; vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67). Zu Einzelmaßnahmen gegen den oder die Sorgeberechtigten soll hingegen das VormG zuständig bleiben (Ausnahme wiederum §§ 1696 m 1671 Abs 5; OLG Stuttgart FamRZ 1966, 256, 257 [Untersuchung durch Facharzt]; KG FamRG 1971, 267, 268; BayObLG Rpfleger 1979, 300; OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309 [alle Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts]; BayObLG FamRZ 1985, 635, 636 f [Aufenthaltsbestimmungsrecht und Schulbesuch]). Diese Auffassung beruft sich auf eine im Vergleich zu § 1666 niedrigere Eingriffsschwelle in § 1696 (also erleichterte Eingriffsmöglichkeiten des FamG) sowie auf den grundsätzlich dauernden Charakter der Regelung nach § 1696 (RGRK-ADELMANN Rz 11). Zumindest das letztere Argument greift nicht durch (SOERTEL-STRÄTZ Rz 7). Im übrigen ist die auf Einzelmaßnahmen beschränkte Eingriffszuständigkeit des VormG problematisch, weil sie geeignet ist, das Verbot der Aufspaltung elterlicher Sorge im Scheidungsfall zu umgehen. Außerdem stellt sich die Frage, was mit dem entzogenen Teilbereich der elterlichen Sorge geschieht (vgl BayObLG FamRZ 1985, 635, 636: Kein automatischer Übergang auf den anderen Elternteil, wohl aber Übertragungsmöglichkeit auf ihn [entspr § 1680 Abs 2 S 1]) – die Möglichkeit einer **Übertragung** von Sorgebefugnissen auf den nichtsorgeberechtigten Elternteil durch das **VormG** macht den Übergriff in die familiengerichtliche Regelung besonders augenfällig. Insbes bei Entziehung des **Aufenthaltsbestimmungsrechts** auf nicht von vornherein begrenzte Zeit wird letztere praktisch ausgehöhlt, so daß auch von seiten der hM empfohlen wird, in diesen Fällen eine familiengerichtliche Änderung der Sorgerechtszuweisung in Betracht zu ziehen (OLG Karlsruhe DAVorm 1979, 136, 137; KG FamRZ 1971, 585; OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309; offen bleibt das Verfahren: Abgabe durch das VormG an das FamG, oder soll das FamG die Konsequenzen aus der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung ziehen?).

Um diesen Problemen zu entgehen, wird gegen die hM die These vertreten, das **41** Unteilbarkeitsprinzip nach geschiedener Elternehe (§ 1671 Abs 4) schließe auch Aufspaltungen der elterlichen Sorge nach anderen Vorschriften, insbes § 1666 aus. Für Eingriffe nach familiengerichtlicher Sorgeverteilung nehme „§ 1696 das gesamte staatliche Wächteramt in sich auf“ (GERNHUBER § 56 VI 6; DÖLLE § 96 Fn 41;

SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1165; dem folgend jedenfalls für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts LG Berlin DAVorm 1985, 1006, 1008). Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht jede Kindesgefährdung in der Teilfamilie nach Scheidung mit dem Zerbrechen der Elternehe etwas zu tun haben muß und daß ein punktueller Eingriff des VormG die grundsätzliche Zuweisung des FamG uU abzustützen vermag. Die Ausschaltung der §§ 1666, 1666 a Abs 1 zugunsten des familiengerichtlichen Regelungsinstrumentariums läßt für Scheidungskinder eine nicht zu rechtfertigende Schutzlücke entstehen und blockiert den Vorrang öffentlicher Hilfen für die Nach-Scheidungsfamilie.

Das Problem resultiert aus organisatorischen Mängeln des Rechtsschutzsystems für Kinder, es ist materiellrechtlich nicht befriedigend zu lösen. Es gibt deshalb keine Alternative zur hM (verquer gar OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 666 f: gemeinsamer Antrag der geschiedenen Eltern, das Sorgerecht von der Mutter auf den Vater zu übertragen, gem § 1696 abgelehnt, sodann Sorgerechtsentzug bei der Mutter gem § 1666 wegen Versagens).

- 42 Einzelfragen:** Ist nach Scheidung der nichtsorgeberechtigte Elternteil gestorben, ist eine „familiengerichtsspezifische Abwägung der Verhältnisse beider Seiten“ nicht mehr möglich, für Eingriffe in das Recht des sorgeberechtigten Elternteils gilt fortan allein § 1666 – dies folgt auch aus der vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeit in § 1681 Abs 1 S 2 (OLG Hamm FamRZ 1986, 479). Bei Tod des sorgeberechtigten Elternteils ist § 1681 anzuwenden. Heiraten geschiedene Eltern erneut, so wird die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 Abs 1–4 gegenstandslos (§ 1671 Rz 200). Eingriffe in beider Personensorge sind nicht nach §§ 1696, 1671 Abs 5, sondern nach § 1666 vorzunehmen (KG FamRZ 1982, 736, 737).
- 43 Verfahrensrechtlich sind Kompetenzkonflikte** zwischen VormG und FamG entspr § 36 Nr 6 ZPO zu lösen (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108). Kommt im Änderungsverfahren nach § 1696 das FamG zu der Auffassung, vormundschaftsgerichtliche Teileingriffe seien ausreichend, so hat es den Fortbestand der ursprünglichen Sorgeverteilung zu beschließen und die Akten dem VormG vorzulegen (OLG Hamburg FamRZ 1982, 943: keine Vorlage ohne Sachentscheidung nach § 1696). Stellt hingegen das VormG fest, daß die ins Auge gefaßten Einzelmaßnahmen nicht ausreichen, sondern eine Sorgerechtsänderung insgesamt notwendig ist, hat es die Akten dem FamG vorzulegen (OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309). Ist eine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme unter Verletzung vorrangiger Zuständigkeit des FamG getroffen worden, so ist die Entscheidung auf Rechtsmittel im allgemeinen Rechtsmittelzug der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzuheben und die Sache an das FamG abzugeben (OLG Oldenburg FamRZ 1979, 851, 852). Hat zu Unrecht das FamG entschieden, so ist die Entscheidung im Rechtsmittelzug für Familiensachen aufzuheben und die Sache an das VormG zu verweisen (§§ 119 Abs 1 Nr 1, 2 GVG, 539 ZPO, vgl JAEGER FamRZ 1985, 865, 866 f).

Der Familiensenat des OLG entscheidet jedoch in der Sache, wenn das Nichtvorliegen einer Familiensache von den Parteien nicht oder nicht rechtzeitig gerügt wird (§ 529 Abs 3 ZPO).

Diese Zuständigkeitsprobleme sind nicht nur unerfreulich, vor allem ist der damit verbundene Zeitverlust für die betroffenen Kinder unerträglich und läuft dem Zweck des Kindesschutzrechts zuwider (zur Verfahrensdauer Rz 153). Mit HINZ (MünchKomm Rz 10) ist zu fordern, daß Anzeigen und Informationen grundsätzlich an VormG und FamG geleitet werden, um zumindest vermeidbare Verzögerungen zu verhindern (zust SOERGEL-STRÄTZ Rz 7).

## c) Spezielle Schutzvorschriften

44

Spezielle Schutzvorschriften wie §§ 1631 a, 1631 b und 1632 Abs 4 verdrängen grundsätzlich Maßnahmen nach § 1666.

Bei § 1631 a genügt (im Gegensatz zu § 1666) eine erst künftige Gefährdung der Kindesinteressen (BT-Drucks 8/2788 S 50). Ein Eingriff nach § 1631 a Abs 2 S 1 setzt nicht die zusätzliche Erfüllung eines Tatbestandes des § 1666 voraus (BayObLG FamRZ 1982, 634, 636). Für § 1666 bleiben nur die Ausbildungskonflikte, bei denen es nicht um die fehlende Rücksichtnahme der Eltern auf Neigung und Eignung des Kindes geht (BayObLG aaO).

§ 1631 b schützt das Kind vor ungerechtfertigter, mit Freiheitsentziehung verbundener Unterbringung durch das Genehmigungserfordernis des VormG. Deshalb bedarf es selbst bei mißbräuchlichen Anträgen der Eltern nicht einer Maßnahme nach § 1666 (aA MünchKomm-HINZ Rz 15).

Eine **Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4** im Herausgabestreit zwischen Eltern und Pflegeeltern kann selbst dann ergehen, wenn bei der früheren Trennung des Kindes von den Eltern die Voraussetzungen des § 1666 nicht vorgelegen hatten (BVerfGE 68, 176 = NJW 1985, 423; 424; NJW 1986, 3129, 3131; SALGO NJW 1983, 413; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126). Die Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 S 1 müssen aber, kraft ausdrücklichen Verweises in § 1632 Abs 4, jetzt insoweit gegeben sein, als eine Störung der inzwischen gewachsenen Bindung des Kindes an die Pflegeeltern das Kindeswohl gefährden würde. Die Rechtsprechung versteht die Anordnung nach § 1632 Abs 4 nicht als Eingriff in das *Sorgerecht* der Eltern, sie wird deshalb im Verhältnis zum Entzug des Sorgerechts oder auch nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts als *milderes* (und damit gem § 1666 a vorrangiges) *Mittel* angesehen (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; BayObLG DAVorm 1982, 611, 615; ZBlJugR 1983, 302, 306; FamRZ 1984, 817, 818; FamRZ 1984, 932, 933; FamRZ 1985, 100, 101).

Dennoch bleiben für über die Anordnung nach § 1632 Abs 4 hinausgehende Sorgerechtseingriffe nach § 1666 mehrere Fallgruppen. So soll das Sorgerecht beschränkt oder entzogen werden können, wenn das Fehlverhalten der Eltern nicht nur im Herausgabeverlangen zur Unzeit besteht, sondern sie das Kind herausverlangen, obwohl es auf Grund von Eltern verursachter Gefährdungen zu den Pflegeeltern gekommen ist (BayObLG aaO). Weiterhin sind Sorgerechtseingriffe angezeigt, wenn bei Verbleiben des Kindes bei den Pflegeeltern mit „Störfeuer“ der Eltern zu rechnen ist (OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667 f; BAER FamRZ 1982, 221, 230 f) oder wenn es notwendig ist, das Aufenthaltsbestimmungsrecht in kompetente, neutrale Hände zu legen (BayObLG DAVorm 1985, 817, 819 f). Bei offenbar *dauerhaftem* Verbleiben des Kindes bedarf es zur sinnvollen Kindeserziehung entsprechender rechtlicher Befugnisse der Pflegeeltern. § 38 Abs 1 KJHG hilft zunächst mit einer Vermutung.

Stellen die Eltern keinen Antrag nach § 1630 Abs 3, können ihnen die Sorgebefugnisse zumindest teilweise zu entziehen sein (AG Frankfurt/M FamRZ 1982, 1120, 1123; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126; vgl noch Rz 139). Bei fortwährendem Erziehungsunvermögen der Eltern schließlich kommt voller Sorgerechtsentzug in Betracht (OLG Frankfurt FamRZ 1980, 826 f; näher Rz 140).

**Nur § 1666** ist anwendbar, wenn wegen dauernden Wechsels der Pflegestelle eine Bindung Kind-Pflegeeltern bisher nicht entstehen konnte und die Eltern das Kind erneut umplazieren wollen (BayObLG FamRZ 1983, 942 [LS]; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 127). Auch für Eltern, denen das Sorgerecht entzogen worden ist und die, gestützt auf ihr Elternrecht aus Art 6 Abs 2 GG, die Aufhebung der

Pflegschaft und Herausgabe des Kindes fordern, ist § 1632 Abs 4 nicht einschlägig (§ 1632 regelt den Inhalt der Personensorge; vgl BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1382 [nicht § 1632 Abs 4 bei fehlendem Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern]). Maßnahmen zur Abwehr von Kindesgefährdungen haben nach § 1666 zu erfolgen (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; dabei wird es nicht zu vermeiden sein, die Eltern als „Dritte“ iS dieser Vorschrift einzustufen).

*Verfehlt* ist hingegen eine *Kumulierung beider Vorschriften* (vgl OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667: Verbleibensanordnung, dann Entzug der gesamten elterlichen Sorge [Regelung nach § 1666 hätte genügt]) oder ihre völlige verfahrensrechtliche *Trennung* (BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4: Herausgabestreit Eltern-Großmutter, beantragte Sorgerechtsbeschränkung nach § 1666 abgelehnt, Verweis auf mögliches späteres Verfahren nach § 1632 Abs 4 mit neuen Anhörungen und weiteren Gutachten; krit insoweit MÜNDER, ebd Bl 13): Damit werden einheitliche Konflikt-sachverhalte künstlich aufgespalten und den Beteiligten (vor allem auch dem Kind) Steine statt Brot gegeben.

Das **minderjährige Adoptivkind** wird über § 1666 hinaus durch § 1763 geschützt (Aufhebung des Annahmeverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen).

#### 47 d) Regelungskonflikte

Regelungskonflikte **zwischen den Eltern** sind vorrangig nach § 1628 zu lösen, auch wenn die von einem Elternteil verfolgte Gestaltung das Kindeswohl gefährden würde. Will der Vormundschaftsrichter beide elterlichen Vorschläge verwerfen und eine eigene Entscheidung treffen, so ist dies nur zulässig, wenn beide Vorschläge wie auch das Unterbleiben einer Regelung zu einer Kindeswohlgefährdung iSd § 1666 führen würden (MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 4, 18).

Ähnliches gilt bei **Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und Pfleger** gem § 1630 Abs 2 (vgl MASSFELLER-COESTER § 1630 Rz 8; MünchKomm-HINZ § 1630 Rz 7).

**48 Umgangskonflikte mit Dritten** (und ggf dem Kind) sind Thema des § 1632 Abs 2, 3 S 1. Streitentscheidungen durch das VormG erfolgen nur auf elterlichen Antrag, sie wollen die Eltern von der Notwendigkeit entlasten, auf dem Prozeßweg gegen Dritte vorgehen zu müssen (vgl auch oben Rz 9). Damit geht es in § 1632 Abs 3 S 1 nicht um die Abwehr von Kindesgefährdungen, sondern um die vormundschaftsgerichtliche Unterstützung der Eltern bei der Sorgeausübung (Sonderregelung zu § 1631 Abs 3). Diese Unterstützung wird den Eltern nicht schon stets gewährt, wenn sie sich im Vertretbarkeitsrahmen unterhalb der Eingriffsgrenze des § 1666 halten (aA PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 32), sondern nur bei positiv pflichtgemäßer Sorgeentscheidung – schlicht pflichtwidriges, gem § 1666 aber noch sanktionsloses Verhalten findet schon keine vormundschaftsgerichtliche Unterstützung mehr. Die Eltern müssen die Pflichtgemäßheit ihrer Entscheidung deshalb durch triftige sachliche Gründe dartun (s Erl zu § 1632; Münch-Komm-HINZ § 1632 Rz 42, 43, § 1666 Rz 56).

Das VormG kann auch gem § 1666 in Umgangsfragen entscheiden. Ein elterlicher Antrag ist dann nicht erforderlich, statt dessen aber eine Kindesgefährdung. Auf triftige Gründe für die elterliche Haltung kommt es hier im Grundsatz nicht an; allerdings können sie bei der Konkretisierung des Gefährdungsbegriffs (insbes bei Heranwachsenden, unten Rz 117) eine Rolle spielen.

**e) Ruhen der elterlichen Sorge**

49

Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1675) kommt nach §§ 1673 oder 1674 in Betracht bei längerdauernder rechtlicher oder tatsächlicher Ausübungsverhinderung der Eltern (Folge: §§ 1678 Abs 1 oder 1773); nach § 1693 kann das VormG vorübergehende Maßnahmen für das Kind treffen. Das Verhältnis zu § 1666 ist unklar: Die vorgenannten Vorschriften füllten ursprünglich eine Lücke in einem schuldorientierten Kinderschutzsystem (§ 1666 aF, vgl Rz 12–16). Sie wurden im Rahmen der Sorgerechtsreform nicht angepaßt, obwohl jetzt Überschneidungen (vgl BayObLG FamRZ 1981, 565, 567) und Wertungswidersprüche drohen. Bei geistig Behinderten etwa würde die Anwendung der §§ 1673, 1674 (dazu MünchKomm-HINZ § 1674 Rz 6) zur völligen Disqualifizierung führen, ohne daß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen und öffentliche Hilfen eingesetzt werden könnten (§ 1666 a; andeutungsweise Bedenken bei OLG Frankfurt FamRZ 1966, 109, 110; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1310 hält § 1666 a offenbar auch im Rahmen des § 1674 für anwendbar – eine verfassungskonforme Notlösung). Mit dem neugefaßten § 1666 können die Fallgestaltungen der §§ 1673, 1674 und 1693 weitgehend und sachlich befriedigender erfaßt werden; ein sinnvoller Anwendungsbereich bleibt für diese Vorschriften allenfalls bei physischer Abwesenheit der Eltern – hier braucht – nicht auf eine Kindesgefährdung abgestellt zu werden (vgl COESTER ZfJ 1989, 350, 352).

**f) Auswirkungen eines Sorgerechtsentzugs**

50

Die Auswirkungen eines Sorgerechtsentzugs **bei einem Elternteil auf den anderen** sind vorrangig in § 1680 geregelt. Eingriffe gem § 1666 in das Sorgerecht auch des anderen Teils bleiben möglich. Allerdings soll ein Sorgerechtsentzug nach § 1680 Abs 1 S 2 auch ohne die Voraussetzungen des § 1666 zulässig sein (BT-Drucks 8/2788 S 65; KG NJW 1965, 871f; BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181). Diese Auffassung ist unter verfassungsrechtlichem Aspekt nicht haltbar und bei richtigem Verständnis des § 1666 auch nicht geboten (s Erl zu § 1680; wohl auch MünchKomm-HINZ § 1680 Rz 9).

§ 1680 Abs 1 ist auch entsprechend anwendbar, wenn die nichteheliche Mutter, der das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist, den Vater des Kindes heiratet: Es bleibt beim Entzug hinsichtlich der Mutter (vorbehaltlich §§ 1696 Abs 2, 1883); der Vater erlangt automatisch die elterliche Sorge (§§ 1719, 1626), kann jedoch entspr § 1680 Abs 1 S 2 entrechtet werden (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1052).

Streitig ist die Zuständigkeit für die Regelung des **Umgangsrechts des Elternteils**, 51 dem das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist: Handelt es sich um eine Folgemaßnahme des Eingriffs nach § 1666 (VormG) oder um eine eigenständige „Familiensache“ gem § 1634 (FamG; so BGH FamRZ 1981, 660, 661f; FamRZ 1983, 1102, 1103f)? Für eine umfassende Darstellung des Meinungsstandes sowie ein differenzierende Lösung s § 1634 Rz 376–381 (PESCHEL-GUTZEIT). Auf jeden Fall ist jedoch das VormG zuständig bei nichtehelichen Kindern (BayObLG FamRZ 1982, 958, 959), und die materiellen Maßstäbe der Regelung sind § 1634 Abs 2 zu entnehmen (BayObLG aaO 960).

**g) Ersetzung der Einwilligung in Adoption und Legitimation**

52

Die **Ersetzung elterlicher Einwilligung** in die Adoption des Kindes gem § 1748 hat tiefgreifendere Folgen als ein Sorgerechtsentzug und ist deshalb an die speziellen Voraussetzungen des § 1748 gebunden. Diese sind, nach einem Entzug gem § 1666, stets noch gesondert festzustellen (OLG Hamm ZfJ 1984, 366, 368; AG Kerpen ZfJ 1985, 470, 471; MünchKomm-LÜDERITZ § 1748 Rz 5; vgl aber noch unten Rz 140).

Merklich niedriger liegt die Eingriffsschwelle für die **Ersetzung der mütterlichen Einwilligung in die Ehelicherklärung durch den Vater, § 1727**. Hier findet nur ein Sorgerechtswechsel zwischen den leiblichen Eltern statt, eine Rückübertragung auf die Mutter bleibt möglich gem § 1738 Abs 2, und der Mutter bleibt im Grundsatz auch ein Umgangsrecht (LG München I FamRZ 1975, 593, 594). Eine Ersetzung ist deshalb *jedenfalls* ohne weiteres gerechtfertigt, wenn der Mutter schon das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist (LG Hamburg DA Vorm 1974, 121, 123 f; AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 371). Angesichts des Wechsels nur zwischen den Eltern kann im übrigen für das nichteheliche Kind nichts anderes gelten als für das Scheidungskind (Argument aus Art 6 Abs 5 GG) – die Eingriffsvoraussetzungen des § 1727 sind mit § 1696 gleichzuschalten (vgl LG München I aaO; MünchKomm-HINZ § 1727 Rz 2).

### 53 h) Keine Eingriffsmöglichkeiten nach KJHG

Die früher neben § 1666 stehenden Eingriffsmöglichkeiten nach §§ 55 ff JWG (Erziehungsbeistandschaft, §§ 55–61 JWG, Fürsorgeerziehung, §§ 62–77 JWG) sind mit dem Inkrafttreten des KJHG ersatzlos **weggefallen**. Das Jugendhilferecht ist fortan reines *Leistungsrecht*, erforderliche Eingriffe sind nur noch nach bürgerlichem Recht möglich (vgl BT-Drucks 11/5948 S 66 f). Das Gesetz eröffnet jedoch die Möglichkeit **vorläufigen Kindesschutzes** durch das Jugendamt, gewissermaßen einen „ersten Zugriff“. So hat das Jugendamt das Kind in Obhut zu nehmen und für es zu sorgen, wenn (a) es darum bittet oder (b) eine dringende Gefahr für das Kindeswohl besteht (§ 42 Abs 2, 3 KJHG). Stets ist unverzüglich eine Stellungnahme der Eltern einzuholen, erforderlichenfalls eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Freiheitsentziehung ohne gerichtliche Entscheidung darf einen Tag nicht überdauern; sie ist im übrigen zulässig nur bei Leib- oder Lebensgefahr (§ 42 Abs 3 S 2–4). Hält sich das Kind mit Zustimmung der Personensorgeberechtigten bei Dritten auf und besteht Grund zur Annahme, daß dort eine Kindesgefährdung iSv § 1666 besteht, kann das Jugendamt bei Gefahr im Verzuge das Kind sofort umplazieren (§ 43 KJHG). Stimmen die unverzüglich zu benachrichtigenden Personensorgeberechtigten nicht zu, ist eine Entscheidung des VormG herbeizuführen.

### 54 3. International

Internationalprivatrechtlich ist der Kindesschutz vorrangig im *Haager Minderjährigenschutzabkommen* (MSA) geregelt (näher Rz 181 ff). Es gilt für alle Minderjährigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben, Art 13 Abs 1 MSA. Für die Anwendbarkeit durch deutsche Gerichte ist nicht Voraussetzung, daß das Kind die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates hat (die Bundesrepublik hat nicht einen Vorbehalt iSd Art 13 Abs 3 MSA erklärt). Nach Art 1,2 MSA sind die Gerichte des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates zu Schutzmaßnahmen international zuständig und haben ihr eigenes Recht anzuwenden. Im Ergebnis unterliegen also auch alle Ausländerkinder in der Bundesrepublik dem Kindesschutz nach deutschem Recht (näher Rz 183; zu diesbezüglichen Anwendungsproblemen des § 1666 Rz 123).

### III. Tatbestand des Abs 1 S 1

#### 1. Gefährdung des Kindeswohls

##### a) Kindeswohl

55

##### aa) Grundsätzliche Bedeutung

Das „Wohl des Kindes“ ist Richtpunkt für die Ausübung des staatlichen Wächteramts und Eingriffe in die elterliche Sorge (BVerfGE 24, 119, 144). Diese Aussage muß durch gedankliche Trennung verschiedener Funktionen des Kindeswohlbegriffs präzisiert werden: Zum einen ist das Kindeswohl zentraler Anknüpfungspunkt für die Definition der staatlichen Eingriffsschwelle in den elterlichen Sorgeprimat (oben Rz 11) – insofern fungiert das Kindeswohl als **Eingriffslegitimation** (COESTER, Kindeswohl 135 ff; ders, 6. DFGT 35, 37 f; dem folgend MünchKomm-HINZ Rz 23).

Daneben ist das Kindeswohl aber auch entscheidungsleitender Gesichtspunkt für die Auswahl der notwendigen Kindesschutzmaßnahmen – insofern ist es auch **Entscheidungsmaßstab** für den Vormundschaftsrichter (COESTER, Kindeswohl 143 ff; ders, 6. DFGT 35, 39 ff; MünchKomm-HINZ Rz 24). Aus der Funktion des Verfahrensrechts, der Verwirklichung der vom materiellen Recht verfolgten Zwecke zu dienen (BGHZ 10, 350, 359; HABSCHEID ZZP 86 [1973] 20, 24), folgt schließlich, daß dem Kindeswohl Bedeutung auch als **verfahrensleitendes Prinzip** zukommt (COESTER, 6. DFGT 35, 38 f; im einzelnen unten Rz 153).

##### bb) Bestimmung des Kindeswohls

56

Das Kindeswohlprinzip enthält *zwei Grundwertungen*: (1) Vorrang der Kindesinteressen vor allen anderen beteiligten Interessen; (2) Vorrang von Einzelfallgerechtigkeit vor allgemeinen Regeln. Der Kindeswohlbegriff ist auch nach der Intention des Gesetzes kein deskriptives Tatbestandsmerkmal, sondern Herzstück der **Generalklausel** des § 1666 (oben Rz 11). Diese Normfunktion verbietet es, das Kindeswohl als Verweisungsklausel in positivistischem Sinn auf rechtliche oder außerrechtliche Kindeswohlmaßstäbe zu verstehen, um so doch noch zu einem subsumtionsfähigen Begriff zu gelangen (COESTER, Kindeswohl 162 ff; ders, 6. DFGT 35, 39 ff). Wie in anderen Generalklauseln auch, steckt im Kindeswohlbegriff des § 1666 der Auftrag zur richterlichen Rechtskonkretisierung, dh zur schöpferischen Umsetzung des Gesetzeszwecks für den Einzelfall (Bildung einer Fallnorm; zur Konkretisierung von Generalklauseln im allgemeinen vgl WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 [1956]; TEUBNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln [1971]; ders, Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften [1978] 13 ff). Dabei ist der Kindeswohlbegriff ein *heuristisches Prinzip*, das gerichtet ist auf das Auffinden und Umsetzen von wesentlichen Seinsmomenten und Wertmaßstäben innerhalb des allgemeinen Rahmens des Rechts. MaW, der Richter hat das im allgemeinen bleibende, vorgegebene Netz von Seinsdeutungen und Wertsetzungen fertigzukuñfen für den jeweiligen Einzelfall. Die zentrale Verantwortung des Richters liegt dabei in der unverkürzten Erfassung des individuellen Sachverhalts und der Herausschälung eines maßgeblichen Tatbestandes bei gleichzeitigem Aufbau eines korrespondierenden Wertsystems für diesen Fall (näher COESTER, Kindeswohl 169 f; ders, 6. DFGT 35, 40).

**Bausteine** der richterlichen Normkonkretisierung sind **Kindeswohlkriterien** innerhalb und außerhalb des Rechts – der Kindeswohlbegriff weist per definitionem über den Bereich des Rechts hinaus (zur Diskussion COESTER, Kindeswohl 419–426 mwN). Auf *rechtlicher Ebene* ist zunächst die entscheidende Blickrichtung vorgege-

ben: Das Wohl des Kindes, und *nur* dieses legitimiert staatliche Eingriffe. Das betroffene Kind pflegt leicht aus den Augen zu geraten, wenn es um die Durchsetzung für wichtig empfundener gesellschaftlicher Werte (vor allem politischer oder sittlicher Art) geht oder um die Sanktionierung von Fehlverhalten beteiligter Erwachsener. Politischer Mißbrauch von Sorgerechtsentscheidungen ist zwar derzeit kein Problem in der Bundesrepublik (zum Dritten Reich und der DDR vgl HIRSCH 46–77), und auch eine frühere Tendenz der Rechtsprechung, Sorgerechtsentscheidungen zur moralischen Disziplinierung der Eltern einzusetzen (Nachw u Kritik bei HÖHNE 70 ff, 151), ist pluralistischem Konsenszerfall auf moralischem Gebiet und gewachsener Sensibilität für Kindesbedürfnisse gewichen (Extremfall OLG Stuttgart NJW 1985, 67 = JZ 1985, 848; krit in traditionellem Sinn dagegen WEGENER, Anm in JZ 1985 aaO; SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff). Nur mit moralischer Empörung und nicht mit Kindeswohl ist aber die generelle Disqualifizierung einer *Leihmutter* als Elternteil zu erklären (so GIESEN JZ 1985, 652; 660; JZ 1985; 1056, 1057; aA KG FamRZ 1985, 735 f = NJW 1985, 2201). Auch fällt es den Gerichten offenbar nicht leicht, Fehlverhalten von Erwachsenen zugunsten der Kinder zu ignorieren (vgl BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4 [7jähriges Kind seit 3 1/2 Jahren bei Großmutter, dort gegen Eltern beeinflusst, deshalb jetzt an letztere herauszugeben]; BayObLG ZBlJugR 1981, 272, 274 f; DAVorm 1982, 604, 609 f [Umgangsrecht Großeltern-Kind trotz tiefgreifenden Zerwürfnisses Großeltern-Mutter, weil feindselige Haltung der Mutter „objektiv unbegründet“ sei]; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff [treuwidrige Entfremdungs- und Verzögerungstaktik von Pflegeeltern, Herausgabe trotz zwischenzeitlicher Verwurzelung des Kindes]; vgl auch BVerfG FamRZ 1989, 145 ff).

- 58 Soweit der **Inhalt des Kindeswohls** selbst betroffen ist, unterscheidet schon § 1666 Abs 1 S 1 eine körperliche, geistige und seelische Komponente. Das **seelische Wohl** ist unter dem Eindruck wissenschaftlicher Erkenntnisse der Kindesentwicklung aus neuerer Zeit durch das SorgeRG hervorhebend eingefügt worden (vgl aber auch schon § 1 JWG). Es hatte zuvor in kindschaftsrechtlichen Verfahren zu wenig Beachtung erfahren (SIMTIS ua, Kindeswohl 34–50, 163 f [speziell zu § 1666], 165 ff [in Jugendamtsberichten], 172 ff [durch die Betroffenen selbst] 179–181, 265 [durch die Richter]). Seine besondere Berücksichtigung ist auch unter dem Aspekt geboten, daß sich heute die Aggressionen von Eltern und Erwachsenenwelt gegen Kinder vom körperlichen zum psychischen Bereich verlagert haben (ZENZ, Kindesmißhandlung 61; auch in der Rechtspraxis einflußreich der Vorstoß von GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I zugunsten des psychischen Kindeswohls – zu Recht weitgehend unbeachtet hingegen der späteren Rückzieher durch dieselben Autoren II gerade für den Bereich des Kindesschutzrechts, dazu COESTER FamRZ 1981, 614; SIMTIS, in: GOLDSTEIN ua II 177 f; ders., in: GOLDSTEIN ua III 198). Auch sind die seelischen Schäden etwa bei Kindesmißhandlungen häufig schwerwiegender (wenngleich weniger augenfällig) als die körperlichen (vgl auch AG Moers ZfJ 1986, 113, 114). Dennoch ist das Gesetz nicht in einer separaten Betrachtung einzelner Segmente des Kindeswohls zu verstehen – insbes körperliche und seelische Beeinträchtigungen sind in der Praxis nicht voneinander trennbar (hinsichtlich Kindesmißhandlungen ZENZ 96, 227, 249, 287, 308, 342), die gesetzliche Aufzählung verweist auf die *umfassende* Beachtung aller Facetten des persönlichen Wohls des Kindes (vgl SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 606 Fn 71: Oberbegriff „persönliches Wohl“ für körperliche und psychische Komponente; speziell zum „geistigen Wohl“ BayObLG FamRZ 1981, 86).
- 59 Entscheidungsleitendes rechtliches Kriterium des Kindeswohls ist darüber hinaus das im GG verankerte **Erziehungsziel** der selbständigen und eigenverantwortlichen, zu sozialem Zusammenleben fähigen Persönlichkeit (s auch §§ 1 Abs 1, 9 Nr 2, 11

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Abs 1, 22 Abs 1 KJGH; COESTER, Kindeswohl 183 ff mwN; MASSFELLER-COESTER § 626 Rz 49 ff; ERICHSEN-REUTER 39–44). Für einen Teilbereich findet sich in § 1631 Abs 2 seine direkte Umsetzung im Zivilrecht. Diesem Kriterium sind alle anderen Maßstäbe untergeordnet. Als rechtlich abgesichert können insoweit noch angesehen werden die Wichtigkeit von **Kontinuität und Stabilität** der Betreuungs- und Erziehungsverhältnisse (vgl §§ 1632 Abs 4, 1666 a Abs 1, 1671 Abs 2; dazu unten Rz 95 ff), die **Beachtlichkeit innerer Bindungen** des Kindes (neben der „seelischen“ Komponente in § 1666 Abs 1 S 1 vor allem §§ 1632 Abs 4, 1671 Abs 2), seines subjektiven **Willens** (unten Rz 61–63) sowie des **familiären Gesamtzusammenhangs** des Kindesschutzes (§ 1666 a, vgl oben Rz 3).

Im übrigen sind zur Vervollständigung des Kindeswohlbegriffs **außerrechtliche** 60 **Maßstäbe** heranzuziehen, insbes **wissenschaftliche Erkenntnisse**, die im Einzelfall auch mittels Sachverständigen-Gutachten nutzbar zu machen sind (zur Einholung, Überprüfung und Sachkunde des Richters unten Rz 163 ff; zum zunehmenden Einzug wissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtspraxis SIMTIS, in: GOLDSTEIN ua III 194 f; vorbildlich OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; AG Frankfurt DAVorm 1982, 368 ff; FamRZ 1982, 1120; zur Problematik wissenschaftlicher Standards COESTER, Kindeswohl 426 ff; SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 599 f). Daneben kann auf **gesellschaftliche Standards**, einen gesellschaftlichen „Grundkonsens“ (KNÖPFEL FamRZ 1986, 1211, 1214) über die Bedürfnisse des Kindes und angemessenes Elternverhalten zurückgegriffen werden. Mangels Positivierung dieser Maßstäbe und einschlägiger rechtstatsächlicher Erhebungen ist insoweit allerdings Vorsicht geboten, will man nicht der Versuchung einer Projektion subjektiven Richtigkeitsempfindens auf das der Allgemeinheit erliegen. Feststellbarer Konsens außerhalb wissenschaftlicher Aussagen besteht regelmäßig nur innerhalb der *Rechtsprechung* (im übrigen kann die Berufung auf „allgemeine Überzeugung“ Ausdruck sein vom Bemühen um Plausibilität der richterlichen Wertkonkretisierung für die weitere Rechtsgemeinschaft [ausf COESTER, Kindeswohl 411–419, 439–449]).

Die Übernahme von außerrechtlichen Kindeswohlkriterien in die Rechtsentscheidung unterliegt der verantwortlichen **Kontrolle durch den Richter**: Sie müssen – für sich gesehen – mit der allgemeinen Wertordnung des Rechts verträglich sein („Stimmigkeitskontrolle“; hierbei kann vorhandener Konsens in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft teilweise entlasten); sie müssen auf ihre konkrete Bedeutung für das betroffene Kind überprüft, ggf relativiert werden („Individualisierung“ allgemeiner Kriterien, als Konsequenz der gesetzlichen Entscheidung zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit); sie bedürfen schließlich der Zusammenschau mit allen anderen Aspekten des Einzelfalls, der integrierenden Abwägung zur Formung eines Gesamtbilds „Kindeswohl“ für die zu treffende Entscheidung („Integration“; zum ganzen COESTER, 6. DFGT 35, 40–43; ders, Kindeswohl 452 f, 465–482, auch zu Begründungsmustern wie Vermutungen, Erfahrungssätzen und „allgemeinen Erwägungen“).

## cc) Kindeswohl und Kindeswille

61

Das „Wohl“ des Kindes ist Schutzgegenstand des § 1666, weil das Kind zu einer Selbstbestimmung seiner Interessen rechtlich nicht in der Lage ist und deshalb sein objektiv bestimmtes „wohlverstandenes Interesse“ in den Vordergrund tritt. Dient aber der Kindesschutz generell der Wahrung der Grundrechte des Kindes (Rz 2) und seiner Entwicklung zu einer selbständigen, eigenverantwortlichen Persönlichkeit (Rz 59), dann kann der subjektive Wille des Kindes bei der Konkretisierung seines Wohls nicht unberücksichtigt bleiben (vgl BVerfGE 55, 171 = NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124 [zu § 1671]). Die Frage nach der Bedeutung des Kindeswillens wird im Rahmen des § 1666 bedeutsam vor allem bei Adoleszenzkon-

flikten zwischen Eltern und Kindern (Rz 112 ff) sowie bei Entscheidungen über die Umlagerung des Kindes (Rz 96, 97) und deren Durchsetzung (Rz 171–173). Das materielle Gewicht des Kindeswillens ist präjudiziell für die Anhörung und die Vertretung des Kindes im Verfahren (Rz 155, 160 ff).

Die Rechtsprechung hält den Kindeswillen dann für erheblich, wenn er auf beachtlichen Gründen beruht (BayObLG FamRZ 1975, 169, 171; DAVorm 1981, 216, 222; AG und LG Hamburg ZBlJugR 1984, 370, 371) oder auf eine „ereignisbedingten Hinwendung“ zu der Person, bei der das Kind bleiben möchte (BayObLG DAVorm 1981, 216, 222; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30). Insoweit wird zunehmend auch der Wille kleinerer Kinder für erheblich gehalten (zB BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 [8 Jahre]; FamRZ 1983, 948 [4 Jahre]; ZfJ 1985, 36 [3 Jahre]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272 [3 1/2 Jahre]; anders aber OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813 [4 Jahre]).

- 62 Dabei sollten zwei Funktionen des Kindeswillens unterschieden werden: Zum einen kann der Kindeswille *Kundgabe und Indiz für die psychosozialen Bindungen des Kindes*, also ein Kriterium seines objektiven Wohls sein. Altersmäßig kann es nur auf die Fähigkeit des Kindes ankommen, insoweit zutreffend Mitteilungen zu machen – eine untere Altersgrenze scheidet dabei aus (OLG Hamburg aaO; LEMPP und FEHMELE FamRZ 1986, 530 f, 532). Die Forderung „beachtlicher Gründe“ ist insoweit sachfremd (COESTER, Kindeswohl 263 f). Zum zweiten kann der geäußerte Kindeswille als *Ausdruck bewußter Eigenentscheidung, als kindliche Selbstbestimmung* erscheinen. Minderjährigkeit schließt wachsende Entscheidungsfähigkeit nicht aus, die elterliche Sorge soll sie sogar fördern (§ 1626 Abs 2; vgl MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 33 f). Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes ist auch außerhalb gesetzlicher Teilmündigkeiten zu beachten, wenn das Kind zentral und in höchstpersönlichen Dingen betroffen ist (etwa: Einwilligung in körperliche Eingriffe, Rz 83).

Setzt der festgefügte Wille von Jugendlichen der **Durchsetzung von Entscheidungen** eine wegen Art 1, 2 GG unüberschreitbare Barriere entgegen (unten Rz 172), dann muß die Beachtung auch schon im Rahmen der Entscheidung selbst möglich sein. Auch in dieser Funktion ist die Forderung nach „beachtlichen Gründen“ zu relativieren: Letztere werden bei Selbstbestimmungsfähigkeit grundsätzlich nicht gefordert (die volitive Eigenentscheidung schiebt sich vor das „wohlverstandene Interesse“); wohl aber können vernünftige Gründe Indiz sein für die im Einzelfall vorliegende Selbstbestimmungsfähigkeit (neben anderen Indizien). Allerdings setzt die Beachtung des Kindeswillens als Ausdruck von Selbstbestimmung die Erreichung eines gewissen Alters voraus. Während das Gesetz beachtliche Reife eines Jugendlichen häufig mit Vollendung des 14. Lebensjahres unterstellt (vgl §§ 1671 Abs 3 S 2; 50 b Abs 2 FGG; 5 RKEG), hält die Rechtsprechung zunehmend die konkrete Entscheidungsfähigkeit des Kindes schon ab dem 10. Lebensjahr für möglich und prüfenswert (OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144; FamRZ 1972, 262, 264; FamRZ 1976, 32, 34).

- 63 Zu differenzieren ist auch beim offensichtlich **beeinflußten Kindeswillen**. Es entspricht gefestigter Rechtspraxis, den Kindeswillen in diesen Fällen nicht zu beachten (BayObLG FamRZ 1975, 169, 171 f; FamRZ 1977, 650, 653; DAVorm 1982, 604, 609; EzFamR § 1666 Nr 4; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145; FamRZ 1972, 574, 576). Fungiert der Kindeswille als Anzeichen für emotionale Bindung, so kommt es allein auf letztere an – auch durch Beeinflussung kann echte (und damit schützenswerte) Bindung entstehen (Erziehung ist per definitionem „Beeinflussung“). Die Disqualifizierung beeinflussten Kindeswillens ist deshalb hier nur gerechtfertigt, wenn die Äußerung des Kindes manipuliert ist und die wirklichen Bindungsverhält-

nisse nicht zutreffend bezeichnet (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 609) – das Indiz „Kindeswille“ wird dann durch andere Indizien widerlegt.

Ist der Kindeswille als verantwortliche Eigenentscheidung des Jugendlichen zu beachten, sollte berücksichtigt werden, daß *keine* persönliche Entscheidung (auch von Erwachsenen) „unbeeinflußt“ ist – nur wo die Fremdsteuerung die Eigenentscheidung des Minderjährigen praktisch verdrängt, kommt es auf den geäußerten „Kindeswillen“ nicht an (aber auch hier kann auf der Durchsetzungsebene eine verhärtete Kindesdisposition Grenzen setzen, Rz 172). Die vorstehend vertretene Differenzierung verschiedener Funktionen des Kindeswillens (dazu ausf COESTER, Kindeswohl 257 ff; § 1671 Rz 115 ff) erlaubt auch eine präzisere Beurteilung der Anhörungsnötigkeit (vgl OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f: keine Anhörung; Kind für eigene Entscheidung zu klein, und Bindung scheidet aus, weil das Kind die Eltern praktisch nicht kennt; zur Anhörung des Kindes unten Rz 160).

### b) Gefährdungsbegriff

64

Die Gefährdungsgrenze ist das *zentrale Tatbestandsmerkmal des § 1666*, sie bezeichnet zugleich die Demarkationslinie zwischen elterlichem Erziehungsprimat und staatlichem Wächteramt (Rz 23, 24). Ihre Konkretisierung kann nicht im Wege der Subsumtion unter einen vorgegebenen Gefährdungsbegriff erfolgen, sondern ist das Ergebnis eines komplexen Abwägungsprozesses, den der Vormundschaftsrichter in jedem Einzelfall neu vorzunehmen hat. Dabei ist der Kompromißcharakter des geltenden Rechts unverkennbar (und unvermeidbar): Das Recht will das Kind schützen, aber den Eltern „nicht weh tun“ (ZENZ, Kindesmißhandlung 307, 336). Es gilt eine delikate Balance zu halten zwischen konkreten Kindesinteressen, dem Elternrecht und Gesellschaftsinteressen – eine Balance zwischen einer Sicht, die das Kind fast nur mediatisiert durch elterliche Bestimmungsmacht wahrnimmt (krit SIMITIS in: GOLDSTEIN ua I 101 f; ders, in: GOLDSTEIN ua III 198; ders, in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 606), und andererseits „Rettungsphantasien“ professioneller Kindeschützer (vgl GOLDSTEIN ua II 92, 116, 117).

Die *Rechtsprechung* versteht unter Gefährdung „eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, daß sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen läßt“ (BGH FamRZ 1956, 350 = LM Nr 4 zu § 1666 = NJW 1956, 1434; vgl BayObLG FamRZ 1977, 473, 474; DAVorm 1981, 897, 898; DAVorm 1983, 78, 81).

Die eigentliche *Schädigung* des Kindesinteresses muß künftig drohen, schon eingetretene Schäden sind weder erforderlich noch ausreichend. Andererseits muß sich der Schadenseintritt schon mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzeichnen, eine erst „künftige Gefährdung“ (so BVerfG NJW 1982, 1379, 1381) berechtigt nicht zur Intervention (HINZ NJW 1983, 377, 378). Ist die Gefährdung „gegenwärtig“ in diesem Sinne, muß sich nicht notwendig auch die Beeinträchtigung selbst in naher Zukunft verwirklichen, es genügen auch „Fernschäden“, die ihre Ursache in den jetzigen Verhältnissen haben: Es geht „nicht nur um das augenblickliche oder vorübergehende Befinden . . ., sondern darum, daß die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung . . . sichergestellt sind“ (BayObLG DAVorm 1981, 901, 903 [permanenter Streit und Gewalt zwischen den Eltern, dadurch langfristige Beeinträchtigung der Kindesentwicklung]; vgl BayObLG FamRZ 1984, 932, 933; BayObLGZ 1983, 231, 237 [Verweigerung des Schulbesuchs]; JANS-HAPPE Rz 10).

Die erforderliche *gegenwärtige, begründete Besorgnis der Schädigung* (OLG Nürnberg FamRZ 1981, 707 [LS]) wird durch vereinzelt gebliebene Vorfälle in der Vergangenheit regelmäßig noch nicht hervorgerufen (BayObLG DAVorm 1981,

897, 899; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661, 662; OLG Stuttgart NJW 1985, 67, 68; im Einzelfall anders, aber problematisch BayObLG FamRZ 1988, 748, dazu § 1666 a Rz 4). Noch weniger reicht es im Grundsatz aus, daß die Eltern bei der Erziehung früherer Kinder versagt haben (KG FamRZ 1985, 735, 737 [für Jugendamt allerdings Grund zu erhöhter Aufmerksamkeit]; LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96; im Extremfall jedoch anders KG FamRZ 1981, 590 [beide Elternteile haben jeweils frühere Kinder im Säuglingsalter ermordet]). Andererseits kann aus lang andauerndem und wiederholtem Versagen in der Vergangenheit die Besorgnis auch künftiger Kindesgefährdung gefolgert werden (LG Berlin ZBlJugR 1980, 188, 191 [drogenabhängige Mutter]).

67 Hinsichtlich der *Schwere der drohenden Interessenbeeinträchtigung* sind verfassungsrechtliche Vorgaben (Art 6 Abs 2 S 1 GG) zu beachten. Der Vormundschaftsrichter hat nicht darüber zu entscheiden, ob eine andere Unterbringung oder andere Erziehungsmaßnahmen besser oder zweckmäßiger wären – die Wahrung und Interpretation der Kindesinteressen liegt in einem breiten Vertretbarkeitsrahmen bei den Eltern, staatlicher Kinderschutz setzt erst bei Überschreitung der Vertretbarkeitsgrenzen an (BVerfGE 24, 119, 145; BayObLG DAVorm 1981, 897, 898 f; FamRZ 1982, 638; DAVorm 1983, 78, 81; OLG Stuttgart FamRZ 1966, 256, 257; LG Mannheim DAVorm 1964, 9 f; ERICHSEN-REUTER 36, 43, 51–53; SCHMITT-GLAESER DÖV 1978, 629, 634. Zum Streit über die „Erheblichkeit“ der Gefährdung vgl BT-Drucks 8/2788 S 39 f; KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 605 [gegen Vorauf Rz 235, 237]). Es gehört nach Auffassung des BVerfG nicht zum staatlichen Wächteramt, „für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“. Regelmäßig seien die Eltern die besten Interessenwahrer des Kindes. Dabei werde „die Möglichkeit in Kauf genommen, daß das Kind . . . wirkliche oder vermeintliche Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten“ (BVerfGE 34, 165, 184 = NJW 1973, 133, 134; zuvor schon BVerfGE 24, 119, 144 f). Die baldige Übertragung dieser Feststellung, geprägt im Zusammenhang mit Ausbildungsfragen, auf die Entwicklungschancen des Kindes schlechthin (BVerfGE 60, 79, 94 = NJW 1982, 1379, 1381; NJW 1986, 3129, 3131; BayObLG ZfJ 1990, 313, 314; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1311 ff), ist in ihrer Unreflektiertheit zwar bedenklich (HINZ NJW 1983, 377 f; SCHWERDTNER DAVorm 1982, 617, 619 ff), aber im Grundsatz dennoch zutreffend. Seine Eltern und deren sozio-ökonomischen Verhältnisse gehören grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes. Dies ist nicht so sehr eine Konzession an das Elternrecht als vielmehr schon eine gesellschaftspolitische Notwendigkeit; sie verhindert, daß mit staatlicher Hilfe gebildete, reifere oder wirtschaftlich besser situierte Personen den leiblichen Eltern auf breiter Front die Kinder entziehen können (de facto ist dies bei Pflege- und Adoptiveltern dennoch häufig genug der Fall; ähnl BVerfG NJW 1986, 3129; 3131; DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 1, 4; ERICHSEN-REUTER 52; ZENZ, Kindesmißhandlung 325).

68 Demgemäß reicht eine nur „bessere“ Betreuung und Erziehung bei Dritten nicht aus, um den Eltern das Kind zu nehmen (neben obigen Nachw BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4 [Großeltern]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273; AG Frankfurt DAVorm 1982, 365, 367 [jeweils Pflegeeltern]; bedenklich jedoch die Anwendung dieses Grundsatzes, wenn die Eltern das Kind nicht selbst betreuen, sondern lediglich eine dem Kind vorteilhafte Unterbringung durch eine schlechtere ersetzen wollen, vgl BayObLG FamRZ 1985, 522, 523). Besondere Zurückhaltung ist insoweit geboten, wenn es um eine geplante **Umsiedlung des Kindes ins Ausland** geht, etwa bei ausländischen Eltern, die ihr Kind von deutschen Pflegeeltern herausverlangen, oder wenn deutsche Elternteile ihr Kind ins Ausland mitnehmen wollen. Vor allem bei stark abweichenden kulturellen, sozialen und ökonomischen

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Lebensbedingungen im Ausland besteht die Gefahr, daß das Kindeswohl allein durch Verbleiben im deutschen Lebensbereich als gewahrt angesehen wird und den ausländischen (bzw. auswanderungswilligen) Eltern damit praktisch die Kinder genommen werden (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; die Vorinstanzen in OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff). Überwiegend ist man jedoch zu Recht der Auffassung, daß die – aus deutscher Sicht – ungünstigeren Entwicklungsbedingungen im fremden Land für sich allein noch keine „Kindesgefährdung“ begründen (vor allem, wenn die Familie von dort stammt; vgl. BVerfG NJW 1986, 3129, 3131 [Eltern aus Zaire]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273 [Eltern aus Ghana]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932 [deutsche Mutter will mit zwei Kleinkindern nach Pakistan]; BayObLG FamRZ 1984, 1259 [aber später: FamRZ 1985, 737]; LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843 [jeweils türkische Familien]; BayObLG ZfJ 1985, 36, 37 [Vater aus USA]). Allerdings können andere Aspekte hinzutreten, aus denen sich eine Gefährdung des Kindeswohls ergibt – etwa die aus einem Abbruch gewachsener Bindungen drohenden Schäden (OLG Hamburg aaO; BayObLG ZfJ 1985, 36, 37) oder der Umstand, daß die Umsiedlung nur durch gewaltsames Brechen des Kindeswillens durchsetzbar wäre (BayObLG FamRZ 1985, 737; BayObLGZ 1974, 317; vgl. Rz 172). Richterlicher Chauvinismus ist ebenso fehl am Platz wie umgekehrt übertriebene Höflichkeit, die elementare Kindesbedürfnisse aus den Augen verliert (zur Ausländerproblematik noch unten Rz 120 ff).

Die *Grenze zwischen „nachteilig“ und „unvertretbar“* ist nicht leicht zu ziehen. 69 Dabei stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Gefährdungsgrenze gewissermaßen „statisch“ ist, gleichbleibend für alle Konfliktthemen und in Betracht kommenden Maßnahmen, oder ob sie relativiert wird durch unverkennbare hermeneutische Zusammenhänge, etwa: Je eindeutiger das „Richtige“ für das Kind, um so eher „Unvertretbarkeit“ anderweitiger elterlicher Entscheidungen. Oder: Je geringfügiger die staatliche Intervention, auch in Relation zum Schadenspotential bei Nichteingriff, um so niedriger die Eingriffsschwelle. Und in der Tat, je sicherer die Gerichte im Einzelfall die „richtige“ Entscheidung zu wissen glauben, um so eher drohen richterliche Übergriffe in den elterlichen Erziehungsprimat (problematisch insoweit BayObLG FamRZ 1982, 86 [Erzwingung des Kindergartenbesuchs]) sowie viele Entscheidungen zum Umgang des Kindes mit den Großeltern, vgl. unten Rz 109, 110). Nicht die vermeintliche Gewißheit über das eigentlich Gebotene ist aber entscheidend, sondern die Vertretbarkeit der elterlichen Bestimmung im Lichte der verfassungsrechtlich festgelegten Gefährdungsschwelle. Es darf nicht verkannt werden: Beim Gefährdungsbegriff geht es um Risikofragen, „Gefährdung“ ist kein deskriptives, schlicht subsumtionsfähiges Tatbestandsmerkmal, sondern überantwortet dem Vormundschaftsrichter die verantwortliche Risikoabwägung für Kind und Eltern (bezogen auf Eingriff bzw. Nichteingriff) für jeden Einzelfall und damit letztlich die konkrete Grenzziehung zwischen Elternrecht, Kindesrecht und staatlichem Wächteramt. Dabei können die Höhe eines Risikos und das Gewicht eines Eingriffs in die elterlichen Befugnisse nicht unbeachtlich sein. Allerdings setzt § 1666 in ersterer Hinsicht eine Mindestgrenze: Die nur marginale Beeinträchtigung elterlicher Kompetenz, etwa bei vormundschaftsgerichtlichen Ermahnungen, Auflagen, Ge- oder Verboten, legitimiert nicht staatliche Mitsprache bei der Erziehung, sofern dem Kind nicht andernfalls erheblicher Schaden droht. Das gleiche gilt für (vermeintlich) offenbare elterliche Unvernunft, die dem staatlichen Eingriff sein Gewicht zu nehmen scheint. Nur wenn ein besonders hohes Schadenspotential beim Kind einem relativ geringfügigen Eingriff in die elterliche Sorge gegenübersteht, kann dies rechtfertigen, die *Gewißheitsanforderungen* an die Gefährdung herabzusetzen – bis hin etwa zur „konkreten Möglichkeit“ (vgl. TIEDEMANN NJW 1988, 729, 735 betr. die Ersetzung elterlicher Zustim-

mung zu einem Aids-Test am möglicherweise infizierten Kind, dazu noch Rz 81; zur Notwendigkeit eines flexiblen Beweismaßes grundlegend ZENZ, Kindesmißhandlung 379–389).

Ist umgekehrt die Eingriffsbetroffenheit der Eltern extrem hoch, so verbietet das Kindesrecht eine entsprechende Heraufsetzung der Gefährdungsschwelle oder auch nur des Beweismaßes – statt dessen bindet § 1666 a die vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen nachdrücklich an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Eine sachliche Relativierung der Gefährdungsschwelle ist also im Grundsatz abzulehnen (unbeschadet einer unvermeidlichen hermeneutischen Schwankungsbreite sowie der angedeuteten Flexibilisierung des Beweismaßes).

### 70 c) Gefährdungsursachen

Das Gesetz nennt drei elterliche Verhaltensweisen sowie, als vierten Fall, das Verhalten Dritter, auf die nach hM die Kindesgefährdung ursächlich zurückzuführen sein muß (Rz 22). Nach der hier vertretenen Auffassung ist allein das Merkmal der Kindesgefährdung entscheidend für die Frage einer staatlichen Intervention, die Ursachen sind letztlich unerheblich (Rz 23, 24). Der Bezug auf eine gesetzliche Variante in den Entscheidungsbegründungen hat eher willkürlichen und illustrativen Charakter. Dies folgt auch daraus, daß die aufgezählten elterlichen Verhaltensweisen nicht klar voneinander abgrenzbar sind: „Versagen“ deckt als umfassender Auffangtatbestand ohnehin inhaltlich jedes elterliche Verhalten ab, einschl. „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“, und auch die Grenzen zwischen diesen beiden Verhaltensformen sind fließend (ZENZ, Kindesmißhandlung 96). Die Zuordnung hängt im Einzelfall davon ab, ob das Schwergewicht mehr auf die positive elterliche Handlung oder Entscheidung gelegt wird oder auf die dadurch verursachte Behinderung von Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes (zB: Verweigerung von Schul- oder Kindergartenbesuch [Rz 101, 102] oder des Umgangs mit Großeltern [Rz 109, 110]). Ob ein konkreter Fall der Kategorie des Mißbrauchs, der Vernachlässigung oder des Versagens zugeordnet wird, ist deshalb mehr eine Frage subjektiver Präferenz oder des Zufalls. Grundsätzliche wie auch diese praktischen Gesichtspunkte lassen die im Gesetz genannten Gefährdungsursachen deshalb als ungeeignet erscheinen für eine systematische Ordnung der Fallgruppen, die von der Generalklausel des § 1666 erfaßt werden (vgl Rz 11). Bevor auf jene eingegangen wird, soll deshalb nur allgemein skizziert werden, wie die einzelnen Verhaltenstatbestände üblicherweise definiert werden.

### 71 aa) Mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge

Mißbrauch ist die aktive Variante pflichtwidrigen elterlichen Verhaltens, sie besteht im falschen, rechts- und zweckwidrigen Gebrauch des Sorgerechts in einer dem Kindeswohl und dem Erziehungsziel objektiv zuwiderlaufenden, jedem vernünftig und besonnen denkenden Elternteil erkennbaren Weise (BayObLG FamRZ 1981, 814, 816; DAVorm 1983, 78, 81; BayObLGZ 1983, 231, 235 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661, 662; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931; AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; AG Moers ZfJ 1986, 113, 114). Kurz gesagt ist Mißbrauch „jedes Ausnutzen des Sorgerechts zum Schaden des Kindes“ (AG Helmstedt 86; zur Tendenz und Fragwürdigkeit einer Definition des Mißbrauchsbegriffs aus der Kindesschädigung heraus vgl oben Rz 20).

Mißbrauch kann auch, unabhängig von der elterlichen Bestimmung, schon darin liegen, daß die Eltern aus einer starren Grundposition heraus in eine verantwortliche Abwägung der Kindesinteressen gar nicht eintreten (LG Berlin FamRZ 1980,

285, 287) oder das Kind belastende Entscheidungen treffen, ohne die erforderliche begleitende Beratung und Hilfe anzubieten (LG Berlin aaO).

„Mißbrauch“ ist damit seinerseits ein *unbestimmter Rechtsbegriff*, dessen Konkretisierung tatsächliche wie Wertungselemente umfaßt und der vollen Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt (BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274; FamRZ 1981, 814, 816; FamRZ 1981, 999, 1000; DAVorm 1983, 78, 81 f; FamRZ 1984, 928, 929).

#### bb) Vernachlässigung des Kindes

72

Vernachlässigung ist passives Verhalten, wo elterliche Sorgepflicht Handlungen und Entscheidungen gebietet. Eine derartige Pflicht ergibt sich auch hier aus dem Kindeswohl, wie es von durchschnittlichen und besonnenen Eltern verstanden wird, und aus dem Erziehungsziel (Rz 59). Vernachlässigung besteht typischerweise in der Verletzung von Betreuungspflichten. Bei Verletzung speziell der Unterhaltspflicht kommt nicht nur Entzug der Personensorge, sondern gem Abs 3 auch der Vermögenssorge in Betracht.

Auch bei der „Vernachlässigung“ handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff* (verfehlt ERICHSEN-REUTER 36, 62 f, wonach Untätigkeit von vornherein aus dem Schutzbereich des Art 6 Abs 2 S 1 GG herausfalle: Die Entscheidung über das „Ob“ von Maßnahmen gehört grundsätzlich auch zum elterlichen Sorgeprimat; auch müßte konsequenterweise die Eingriffsschwelle für den Staat entfallen).

#### cc) Versagen der Eltern

73

Der Versagenstatbestand ist die umfassende Sub-Generalklausel für den Bereich elterlichen Verhaltens. Er erfaßt jede Nichterfüllung elterlicher Pflichten ohne Rücksicht auf subjektive Zurechenbarkeit, deckt also auch voll die Mißbrauchs- und Vernachlässigungsfälle ab. Insoweit fungiert die Versagensklausel als *Auffangtatbestand*, die es erlaubt, die Schuldfrage im Einzelfall offenzulassen (Rz 15). Unter „Versagen“ fallen weitergehend aber auch nicht-kindgerichtete Verhaltensweisen, die dennoch das Kindeswohl beeinträchtigen (zB schädliches Vorbild, schwere Elternkonflikte, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit). Insoweit muß, wenn keine sinnwidrige Lücke im Kinderschutz entstehen soll, *auch schuldhaftes Versagen* zum Eingriff berechtigen (Rz 23). Der Versagensbegriff blendet im Grunde das elterliche Verhalten aus dem Eingriffstatbestand des § 1666 aus; was „Versagen“ ausmacht, läßt sich allein vom Kindeswohl her bestimmen, und konsequenterweise ist die Gefährdung des Kindeswohls das ausschlaggebende Tatbestandsmerkmal (Rz 23, 24). Versuche, eine eigenständige Funktion des Versagensbegriffs im Tatbestand des § 1666 Abs 1 S 1 dadurch zu retten, daß für diese Alternative eine besondere Evidenz elterlichen Fehlverhaltens gefordert wird (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14; MünchKomm-HINZ Rz 41) oder eine erhöhte Eingriffsschwelle (D SCHWAB oben Rz 15), verfehlen die objektive Struktur des Tatbestandes und sind auch verfassungsrechtlich nicht geboten: Der intendierte Schutz des Elternrechts wird bereits voll vom Gefährdungsbegriff geleistet.

#### dd) Verhalten eines Dritten

74

Diese Alternative wurde im Interesse umfassenden und effektiven Kinderschutzes eingefügt (BT-Drucks 8/2788 S 39; vgl Rz 9), sie unterstreicht die tatbestandliche Unmaßgeblichkeit der Ursachen einer Kindeswohlgefährdung. Der Sache nach liegt auch bei gefährdendem Verhalten eines Dritten elterliches „Versagen“ vor, denn der Kinderschutz ist umfassend vorrangig den Eltern überantwortet. Der Eintritt einer Gefährdung offenbart einen bisherigen Ausfall der elterlichen Schutzfunktion

(vgl ERICHSEN-REUTER 70 f; HORNDASCH 201; ähnl SOERGEL-STRÄTZ Rz 31). Der auch künftige Ausfall gehört zu den konstitutiven Eingriffsvoraussetzungen und ist deshalb gesondert festzustellen (Abs 1 S 1: Abwendungsprimat der Eltern, s Rz 131). Der Schutz der Eltern setzt sich bei dieser Art auf der Rechtsfolgenreihe fort: Maßnahmen unmittelbar gegen den Dritten sind vorrangig zu treffen (Münch-Komm-HINZ Rz 45). Es sind jedoch auch Eingriffe in die Personensorge der Eltern möglich – dies aber nur dann und insoweit, als Maßnahmen gegen den Dritten nicht ausreichen (MünchKomm-HINZ aaO; SOERGEL-STRÄTZ Rz 31). Im Lichte kindesorientierten Schutzes kann es dabei nicht darauf ankommen, ob die Eltern sich pflichtgemäß um Gefahrabwendung bemüht haben oder nicht (aA GERNHUBER § 49 III 3; RGRK-ADELMANN Rz 51; ERICHSEN-REUTER 71; ansatzweise, wenngleich nicht im Ergebnis auch SOERGEL-STRÄTZ Rz 31) – auch hier gilt, daß das trotz pflichtgemäßen Verhaltens der Eltern gefährdete Kind nicht (teilweise) schutzlos bleiben kann (vgl Rz 18).

## 2. Fallgruppen

### 75 a) Gesundheitsgefährdungen

Auf Grund der untrennbaren Verflochtenheit körperlicher, geistiger und seelischer Beeinträchtigungen des Kindeswohls (Rz 58) wird hier ein Gesundheitsbegriff zugrunde gelegt, der alle Komponenten des Kindeswohl gleichermaßen umfaßt.

aa) Klassischer Eingriffsfall im Rahmen des § 1666 ist die **Kindesmißhandlung**, die auch in der heutigen Familienwirklichkeit eine bedrückend hohe Zahl erreicht (grundl ZENZ, Kindesmißhandlung [1981]; GIESEN [1979]; HAESLER [Hrsg] [2. Aufl 1985]; HURRELMANN, Warum Eltern zu Tätern werden, forschung, Mitt der DFG 1/ 89, 10–12; BARTH ZfJ 1986, 236 ff). Das Schwergewicht hat sich verlagert von der gezielten Schädigung auf unkontrollierte Affekthandlungen und auf das Kind umgeleitete Aggressionen, oft von den überforderten Eltern einer isolierten und emotionalisierten Kernfamilie (ZENZ aaO 55 ff, zu den komplexen Ursachen von Kindesmißhandlungen 183–224). Demgemäß steht beim Kinderschutz nicht die retrospektive Aufklärung der elterlichen „Tat“ im Mittelpunkt, sondern der Versuch, die komplexe Beziehungsstörung im Eltern-Kind-Verhältnis zu erfassen (als deren Symptom nur die Tat gewertet werden muß), um ihre Ursachen zu beseitigen (ZENZ, Kindesmißhandlung 96, 243, 245, 351 ff). Die Ergebnisse paralleler strafrechtlicher Ermittlungen sind deshalb nur begrenzt von Bedeutung: Neben der Unerheblichkeit von Schuld im Rahmen des § 1666 ist auch das Ermittlungsthema nicht dasselbe. Betroffen sind meist kleinere Kinder. Ausgelöst werden staatliche Maßnahmen zumeist durch gravierende körperliche Verletzungen (von den Eltern oft als „Unfälle“ getarnt, ZENZ, Kindesmißhandlung 244), was jedoch nicht den Blick dafür versperren sollte, daß die durch körperliche Mißhandlung verursachten seelischen Schädigungen oft schwerwiegender und nachhaltiger sind (unbeschadet der, offenbar zunehmenden, Möglichkeit rein psychischer Mißhandlungen). Auf letztere sind die Ermittlungen zur „Kindesgefährdung“ deshalb besonders zu richten (ZENZ, Kindesmißhandlung 342, mit entspr Konsequenzen für die zu treffenden Maßnahmen: Nicht nur ärztliche Behandlung der Körperverletzung, sondern auch psychotherapeutische Behandlung, 287, 296, vgl Rz 138, 157). Das gilt in verstärktem Maße für den **sexuellen Mißbrauch** von Kindern, der offenbar eine besonders hohe Dunkelziffer aufweist (TRUBE-BECKER in: HAESLER [Hrsg] 117–134; RÖCKER in: DU BOIS [Hrsg], Praxis und Umfeld der Kinder- u Jugendpsychiatrie [1989] 145 ff).

76 Nachdem der Gesetzgeber sich nicht zu einem allgemeinen Verbot von Gewalt gegenüber Kindern hat durchringen können (vgl DIEDERICHSEN NJW 1980, 1–3

mwN), bedarf es auf der Tatbestandsseite der **Abgrenzung zwischen „gerechtfertigten Züchtigungen“ und Kindesmißhandlungen**. „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen“ iSv § 1631 Abs 2 sind niemals gerechtfertigt (sie sind im übrigen nicht auf Züchtigung oder sonstige Sanktionen beschränkt, vgl BayObLG DAVorm 1983, 78, 79; Kontrolle der Geschlechtsorgane einer 14jährigen durch ihre italienischen Eltern) und gefährden per definitionem zumindest das seelische Kindeswohl. Im übrigen geht es im Rahmen des Gefährdungsbegriffs um die Konkretisierung der Grenzlinie zwischen (noch) hinnehmbaren Einwirkungen der Eltern auf das Kind und unvermeidbaren Kindesschädigungen. Die Rechtsprechung anerkennt die grundsätzliche Möglichkeit von angemessenen Züchtigungen „im Rahmen des Erziehungszwecks“ (BayObLG DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 928, 929), greift aber ein, wenn die Züchtigung entweder von der *Schwere* her (ernsthaftere Körperverletzungen) jedes vertretbare Maß übersteigen oder durch ihre *Häufigkeit* dazu führen können, daß das Kind seelisch geschädigt (dh ängstlich, verstört) wird (BayObLG DAVorm 1981, 897, 899; DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 928, 929; DAVorm 1985, 914, 916; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 539). Unangemessene, aber einmalig gebliebene Züchtigungen reichen idR nicht aus (BayObLG DAVorm 1981, 897, 899; LG Berlin FamRZ 1983, 943, 944), weil es an einer Kindesgefährdung für die Zukunft fehlt; anderes kann gelten, wenn die elterliche Entgleisung das Eltern-Kind-Verhältnis schwerwiegend gestört und zu Angst und Entfremdung geführt hat (BayObLG FamRZ 1984, 932 f).

Das Abstellen auf einen „Erziehungszweck“ lenkt gelegentlich vom Gebot des effektiven Kindesschutzes ab. So will das LG Berlin (FamRZ 1983, 943, 944) bei objektiv unangemessenen Züchtigungen zugunsten der Eltern „mildernd“ berücksichtigen, daß diese damit einen Erziehungserfolg anstrebten. Erstens geht es aber nicht um Elternbestrafung, sondern um die Wahrung der Grundrechte des Kindes, zweitens begründet gerade diese „Erziehungskonzeption“ der Eltern die Gefahr auch künftiger Übergriffe auf das Kind. Dabei ist es für den nach § 1666 gebotenen Kindeschutz unerheblich, ob die elterlichen Erziehungsvorstellungen aus einem fremden Kultur- und Rechtskreis herrühren (anders LG Berlin aaO) – auch für Ausländerfamilien in der Bundesrepublik gilt insoweit deutsches Recht (Rz 54 und unten Rz 120 ff, 183; zutr anders BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1260 für die Beurteilung von familiären Vorgängen *in der Türkei*).

*Verfehlt* ist auch die Auffassung, körperliche Züchtigungen seien bei *älteren Kindern eher unangemessen als bei jüngeren* (so OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 539 [Kinder 14–16 J]; BayObLG DAVorm 1983, 78, 79, 82 [14 J]). Sicherlich steht bei Heranwachsenden deren gereifte Persönlichkeit und fortgeschrittene Mündigkeit entgegen (vgl § 1626 Abs 2); andererseits sind kleine Kinder besonders verletzlich und Schläge kaum jemals „erforderliches“ Erziehungsmittel. Der Umstand, daß gerade kleine Kinder die Hauptzielgruppe mißhandelnder Eltern sind, mahnt insoweit zu erhöhter Sensibilität (zutr OLG Frankfurt FamRZ 1980, 284, 285: Lt elterlichem Beschwerdevortrag [in der Rechtsbeschwerdeinstanz!] sei es ein „seit Jahrhunderten bewährtes Mittel. . . , Kinder im Säuglingsalter zu züchtigen, damit sie Nahrung zu sich nehmen“). Die Möglichkeit einer „erzieherischen Rechtfertigung“ der Züchtigung von Kleinkindern sollte schon aus generalpräventiven Gründen aus der juristischen Gedankenwelt verschwinden.

**bb)** Die **Ausbeutung der Arbeitsleistung des Kindes** kann unter dem Gesichtspunkt körperlicher oder geistiger Gefährdung zum vormundschaftsgerichtlichen Eingriff berechtigen. Dabei ist die Vorgabe der §§ 1618 a, 1619 (Beistands- und Dienstpflicht) zu beachten (näher mwN § 1619 Rz 44).

80 cc) Eine Gesundheitsgefährdung kann auch drohen, wenn die Eltern eine objektiv gebotene oder vom Kind gewünschte **ärztliche Behandlung verweigern**. So wurde eingegriffen zugunsten der Behandlung psychisch gestörter Kinder (BayObLG FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 933, 934; KG FamRZ 1972, 646, vgl unten Rz 116; die elterliche *Einwilligung* zur **gerichtpsychologischen Begutachtung** des Kindes hingegen begründet regelmäßig, trotz der damit verbundenen seelischen Belastungen, noch keine Kindesgefährdung iSd § 1666, BayObLG FamRZ 1987, 87 f, vgl Rz 163) oder bei Zeugen Jehovas, die eine medizinisch indizierte Bluttransfusion bei ihren Kindern ablehnten (OLG Hamm FamRZ 1968, 221 f; bloße Möglichkeit künftiger Verweigerung genügt aber nicht, BayObLG FamRZ 1976, 43, 46 [zu § 1671]) oder bei sonstigen Behandlungsnotwendigkeiten (KG FamRZ 1970, 491, 492 [Verdacht auf frühkindliche Hirnschädigung]; BayObLG FamRZ 1988, 748 [Ernährungsmängel]). Die Verweigerung medizinisch nicht notwendiger Eingriffe („Schönheitsoperationen“) führt idR nicht zu einer Kindeswohlgefährdung; anders mag sich die Lage darstellen, wenn es um die medizinisch problemlose Beseitigung körperlicher Entstellungen geht, die den Heranwachsenden seelisch erheblich belasten.

81 Die **Ablehnung ärztlich empfohlener Impfungen** führt noch nicht zu einer hinreichend konkreten Kindesgefährdung; das gleiche gilt bei gesetzlich vorgeschriebenen Impfungen, die vorrangig der Volksgesundheit dienen (nur öffentlich-rechtliche Sanktionen, BSeuchG). Anders wäre zu entscheiden, wenn die Eltern ihr Kind in infektionsgefährdete Gebiete (Tropen) mitnehmen und die erforderlichen Schutzimpfungen nicht vornehmen lassen wollen.

Ob die Ablehnung eines **Aids-Tests** für das Kind dessen Wohl gefährdet, hängt von den Indizien für eine eingetretene HIV-Infektion ab. Die Wahrscheinlichkeit einer Infektion steht in direkt proportionalem Verhältnis zur Konkretheit einer Kindesgefährdung – die elterliche Ablehnung eines Tests verschließt uU noch mögliche Heilungs- oder zumindest Linderungschancen (TIEDEMANN NJW 1988, 729, 735: Ersetzung der elterlichen Einwilligung gem § 1666 Abs 2; zum Aids-Test bei geplanter Adoption KALLABIS ZfJ 1988, 54, 58).

82 Besondere Probleme stellen sich beim **Schwangerschaftsabbruch**, wenn die minderjährige Tochter ihn wünscht und eine Indikation nach § 218 a StGB vorliegt (ist letzteres nicht der Fall, ist der Abbruch ohnehin verboten, die Frage der Kindesgefährdung ist im Rahmen des § 218 a Abs 2 Ziff 3 StGB implizit mitgeprüft und verneint; vgl LG Köln FamRZ 1987, 207; AG Celle FamRZ 1987, 738; zum Recht des VormG, die ärztliche Indikationsstellung zu überprüfen, oben Rz 34, 35). Die Erteilung wie auch die Verweigerung elterlicher Zustimmung zum Abbruch birgt das Risiko erheblicher Belastungen, vor allem seelischer Art, für die Tochter. Die elterliche Verweigerung hält sich deshalb grundsätzlich im Rahmen vertretbarer Kindeswohlkonkretisierung, sofern die Sorgeberechtigten der Schwangeren und späteren jungen Mutter gleichzeitig die erforderliche seelische, materielle und organisatorische Unterstützung anbieten (LG München I FamRZ 1979, 850 f; AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; LG Köln FamRZ 1987, 207). Eine Verweigerung aus starrer dogmatischer Grundhaltung heraus, ohne Abwägung der Belange der Schwangeren und ohne Angebot flankierender Hilfe, kann hingegen das Kindeswohl gefährden iSd § 1666 (LG Berlin FamRZ 1980, 285 ff; vgl noch Rz 116).

83 Voraussetzung vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen nach § 1666 ist hier wie auch bei sonstigen Fragen medizinischer Behandlung, daß die Eltern insoweit noch **entscheidungsbefugt** sind (dazu ie Rz 114).

In Betracht kommt vor allem die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in Eingriff und Behandlungsvertrag gem § 1666 Abs 2.

**dd)** Durch **Aids** besonders aktuell geworden ist die Frage, ob das gesunde Kind durch **Verbleib bei infizierten Eltern** gefährdet ist (zum Aids-Test beim Kind Rz 81). Die Antwort hängt, wie bei anderen Krankheiten auch, von der Infektionsgefahr ab, wie sie nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnis zu beurteilen ist. Keinesfalls berechtigt zur Trennung von Eltern und Kindern der Aspekt, daß die Kinder ihre infizierten Eltern später (auf Grund des Krankheitsfortschritts) ohnehin verlieren werden. Soweit eine Übertragung des Aids-Virus durch Muttermilch möglich ist (LAUFS-LAUFS NJW 1987, 2257, 2259), genügt Aufklärung und ggf ein Stillverbot gegenüber der Mutter. Im übrigen geht man derzeit davon aus, daß der bloße soziale Kontakt, auch innerhalb der Familie (einschl Umarmungen, Niesen etc) noch keine Infektionsgefahr mit sich bringt (LAUFS-LAUFS 2260). Demgemäß rechtfertigt die HIV-Trägerschaft eines oder beider Elternteile allein noch keine Herausnahme des Kindes aus der Familie (TIEDEMANN NJW 1988, 729, 730, 735; vgl OLG Hamm NJW 1989, 2336).

**ee)** Auch **Vernachlässigung** kann zur Gefährdung der körperlichen, seelischen und geistigen Gesundheit des Kindes führen. Dies allerdings nicht schon dann, wenn Sauberkeit und Ordnung in der elterlichen Wohnung hinter dem gewünschten Maß zurückbleiben (LG Mannheim DAVorm 1964, 9ff). Eine frühere Tendenz zur Überbetonung solcher Äußerlichkeiten (vgl OLG Hamm NJW 1950, 393 f; OLG Celle ZBIJugR 1954, 305 f) übersah nicht nur die Lebensrealitäten von Familien in beengten Wirtschafts- und Wohnverhältnissen, sondern vor allem den weit gewichtigeren seelisch-emotionalen Faktor, dh die möglicherweise intakten Eltern-Kind-Bindungen trotz äußerlich ungünstiger Verhältnisse. Außerdem bestand die Gefahr der Oktroyierung mittelschichtspezifischer Standards. Gerade auch in den Vernachlässigungsfällen leistet das Gefährdungskriterium die entscheidende Abgrenzung zwischen elterlicher Freiheit und staatlichem Wächteramt (vgl oben Rz 18).

Insbes bei Kleinkindern können **Betreuungsdefizite** zu körperlichen Gesundheitsgefährdungen führen, etwa bei schwerwiegenden Ernährungs- oder Hygienemängeln (BayObLG FamRZ 1988, 748 [alimentär bedingte Dystrophie und Austrocknung]; FamRZ 1989, 421, 422 [extrem unhygienische Verhältnisse, Ernährung der 1-3-jährigen Kinder mit Popcorn]). Häufig erstreckt sich die vernachlässigungsbedingte Gefährdung der Kinder aber auch gleichzeitig auf den geistig-seelischen Bereich, etwa bei langjährig unstemem, desinteressiertem Verhalten der Eltern und häufiger Abwesenheit (BayObLG FamRZ 1980, 1062, 1064 [aber abgeändert DAVorm 1982, 611, 614 wegen Konsolidierung der elterlichen Verhältnisse]; LG Berlin ZBIJugR 1980, 188 f). Dieses Verhalten kann auch durch Probleme der Eltern in ihrem eigenen Persönlichkeitsbereich begründet sein (Drogen, Halt- und Orientierungslosigkeit, Antriebsarmut etc; vgl BayObLG FamRZ 1986, 102, 103; LG Berlin aaO; AG Kerpen ZBIJugR 1985, 470, 471 f). Schon im embryonalen Stadium durch Drogen- oder Alkoholkonsum der Mutter geschädigte Kinder bedürfen besonderer Zuwendungs- und Erziehungsqualität. Bei weiterer Konsumabhängigkeit der Eltern kann hier zur Abwehr zusätzlicher Gefährdungen einzuschreiten sein (LÖSER-ILSE, Sozialpädiatrie in Praxis und Klinik 1987, 614, 616 f).

Die Vernachlässigung kann auf den **seelisch-emotionalen Bereich** beschränkt sein – sie ist dann „diskreter“, aber für das Kind nicht weniger schwerwiegend. Sie äußert sich in fehlender persönlicher Zuwendung und der Verweigerung eines Beziehungsaufbaus und kann gravierende Spätfolgen für das Kind nach sich ziehen (vgl die Beiträge in HAESLER [Hrsg], Kindesmißhandlung [2. Aufl 1985] von SOLMS, 135–146, HELLBRÜGGE, 155–174 [auch zu den „Lebensborn-Kindern“] und BETTSCHART, 175–191 [mit der Unterscheidung Armuts-/Luxusverwahrlosung]). Die Vernachlässigung kann auch darin bestehen, daß die Eltern das Kind in einer schwierigen

Lebenssituation ohne Rat und Unterstützung seinen Problemen überlassen (KG JW 1937, 473; LG Berlin FamRZ 1980, 285, 287; AG Dorsten DAVorm 1978, 131 [jeweils schwangere Tochter]; OLG Köln NJW 1948, 342 [bettnäsender älterer Sohn]).

Die **Überlassung** von Kindern unter drei Jahren in **Tagesbetreuung** führt nach dem derzeitigen Wissensstand nicht per se zur seelischen Kindesgefährdung (vgl BayObLG ZfJ 1990, 313, 314; HÄBEL ZfJ 1988, 530, 534 sowie die Förderung dieser Betreuungsform im neuen Jugendhilferecht, §§ 22–24 KJHG, dazu BT-Drucks 11/5948 S 62–64; 10/6730 S 36; auch ist die Tagesbetreuung von Kleinkindern im Ausland zT wesentlich verbreiteter als in der Bundesrepublik). Gleiches gilt für die Überlassung eines Säuglings an ungeeignete Adoptivbewerber, wenn sie alsbald revidiert wird (BayObLG ZfJ 1990, 313, 314).

- 88 ff)** Umgekehrt ist die seelische Gesundheit des Kindes ernsthaft gefährdet, wenn seine Entwicklung durch überfürsorgliches „Bemuttern“ gehemmt wird (Fälle der **overprotection**). So etwa bei Mutter-Sohn-Symbiosen, in denen das Kind von Außeneinflüssen ganz abgeschottet und seelisch völlig von der Mutter abhängig ist – mit der Folge von Entwicklungsrückständen oder gar psychosomatischen Krankheiten (BayObLG FamRZ 1987, 1080 [„geistige Verwahrlosung“]; AG Moers ZfJ 1986, 113 [die Mutter wirke „erstickend“]; vgl HIRSCH 21 f).
- 89 gg)** Zur geistig-seelischen Gesundheit des Kindes ist auch seine **sittliche, moralische und soziale Wertbildung** zu rechnen. Allerdings ist in diesem Bereich in doppelter Hinsicht Vorsicht geboten:

(1) Das Menschenbild des GG ist inhaltlich nicht durchgezeichnet. Es postuliert das selbstbestimmungsfähige, selbstverantwortliche und gemeinschaftsfähige Individuum, ist im übrigen aber *wertoffen*. Dementsprechend werden rechtsverbindliche inhaltliche Erziehungsziele, die über das vorgenannte Menschenbild hinausgehen, abgelehnt (COESTER, Kindeswohl 183 ff, 189 ff; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 52). An der Wertoffenheit der Verfassung sind sowohl die Freiheit der Eltern in der Erziehung wie auch der Begriff der Kindeswohlgefährdung zu orientieren – Kindeswohl gem § 1666 kann nicht der Ort sein, gesellschaftliche oder moralische Werte gerichtlich durchzusetzen, die für den erwachsenen Staatsbürger keine rechtliche Verbindlichkeit besitzen. Insbesondere kann nicht – entgegen einer traditionellen Tendenz vor allem im sittlichen Bereich (dazu HIRSCH 13–16; HÖHNE 254–267) – Erziehung des Kindes in Konformität mit gesellschaftlich vorherrschenden Werten verlangt werden, seien diese nun hochstilisiert zum „Sittengesetz“ (vgl die strafrechtliche Entscheidung BGHSt 6, 46, 53, stellvertretend für häufige Begründungspraxis), als „gelebte Normen unserer Gesellschaft“ (WEGENER JZ 1985, 850, 851) oder als „Grundwerte“ bezeichnet (BOSCH FamRZ 1985, 1286). Die Forderung nach gerichtlicher Sanktionierung dieser Werte verläßt den Boden der verfassungsrechtlichen Ordnung und des hieraus zu definierenden staatlichen Wächteramts. Das Kind ist nicht Instrument gesellschaftlicher Wertmajorisierung (oder gar der Oktroyierung schichtenspezifischer Werte), vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze des Kinderschutzes: Nicht nur in ökonomischer, sozialer und bildungsmäßiger Hinsicht sind die Eltern grundsätzlich „Schicksal“ für ihre Kinder, sondern auch hinsichtlich der Wertatmosphäre im Elternhaus; es genügt nicht für einen Eingriff, daß andere Verhältnisse für das Kind besser oder wünschenswerter wären (vgl oben Rz 67).

- 90 (2)** Auch bei rechtlich beachtlicher Wertgefährdung ist auf die *proportional angemessene Gewichtung* im Rahmen des Gesamt-Kindeswohls zu achten. Das gesellschaftliche/staatliche Eigeninteresse am Schutz der rechtlichen Wertordnung führt häufig zu einer Überbetonung oder gar Absolutsetzung dieses Aspekts. Zwar ist

über das Erziehungsziel der „Gemeinschaftsfähigkeit“ auch das individuelle Kindesinteresse auf Einführung in das gesellschaftlich herrschende Wertesystem gerichtet. Dieses Teilinteresse steht aber *neben* anderen, ebenfalls wichtigen Kindesinteressen, etwa dem an Kontinuität der Lebensverhältnisse und Erhaltung positiver, gewachsener Elternbindungen (ie COESTER, Kindeswohl 235–241). Die schädigende Wertbeeinflussung ist abzuwägen gegen den Schaden, der aus dem Eingriff in letztere Beziehungen droht (vorbildlich insoweit OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f, mit krit Bespr von WEGENER JZ 1985, 850 f; SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff; BOSCH FamRZ 1985, 1286) – dessen verbreitete Ignorierung oder Geringschätzung entgegen allgemeinen Grundsätzen deutet darauf hin, daß an Stelle des individuellen Kindesinteresses das Interesse der Allgemeinheit an „geeignetem Nachwuchs“ (SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff, 948, 949), an „tüchtigen Gliedern der Gesellschaft“, an „Demokraten“ (GEIGER FamRZ 1979, 457, 459; vgl § 1 Abs 1 JWG) entscheidungsleitend war oder aber staatlicher Wert- und Institutionenschutz.

**Im einzelnen:** Im **sexuellen Bereich** ist das Kindeswohl stets gefährdet, wenn das **91** Kind von den Eltern, sonstigen Verwandten oder Dritten unmittelbar in sexuelle Handlungen hineingezogen wird (BayObLGZ 1958, 97 ff; LG Lübeck SchlHA 1960, 257 f; AG Kiel NDV 1953, 347 f). Anderes kann gelten für partnerschaftliche Sexualbeziehungen des/der Heranwachsenden: Sie sowie ihre Duldung durch die Eltern führen nicht schon allein zur Kindesgefährdung (anders Voraufll Rz 51, 55, 182), elterliche Verbote sind nach § 1632 Abs 2 zu beurteilen (s Erl dort; vgl LG Berlin FamRZ 1985, 519: Verbot bei lesbischer Beziehung).

Das seelisch-geistige Wohl des Kindes kann auch dadurch gefährdet sein, daß es **92** *dem elterlichen Sexualleben exponiert* ist. Hierzu genügt allerdings noch nicht, daß das elterliche Verhalten für sich von herrschenden sittlichen Standards abweicht (auf Grund rapiden Standardzerfalls sind viele Situationen heute ohnehin kein Eingriffsthema mehr, zB die nichteheliche Lebensgemeinschaft des sorgeberechtigten Elternteils mit einem Dritten oder FKK-Anhängerschaft, vgl Voraufll 219 ff, 84 ff sowie BVerfGE 7, 320, 325 f; HÖHNE 255 ff). Es bleiben aber zB Fälle der dem Kind erkennbaren Prostitution (BayObLG ZBlJugR 1954, 28 f; bei fehlender Erkennbarkeit nicht ohne weiteres Eingriff, OLG Hamburg HansRGZ 1935 B 371) oder der elterlichen Sexualbetätigung vor Augen des Kindes (OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f [Fall des § 1696; kein Eingriff, da einmaliger Vorfall sowie harmonische Mutter-Kind-Beziehung und bislang positive Kindesentwicklung, vgl Rz 90]). Auch ehewidrige Geschlechtsbeziehungen innerhalb der Familienwohnung dürften das Kind seelisch erheblich belasten (vgl OLG Hamm JMBI NRW 1962, 243: Gebot an Vater, die Geliebte nicht in Ehwohnung übernachten zu lassen).

**In religiösen Fragen** gebietet schon Art 4 GG Toleranz. Die Zuführung des Kindes **93** zu einer Minderheitsreligion oder Sekte kann vormundschaftsgerichtliche Eingriffe allein nicht rechtfertigen – auch über das Kindeswohl darf der Staat nicht Glaubensgemeinschaften bewerten (näher COESTER, Kindeswohl 230 ff); die Rechtsprechung verhält sich dementsprechend neutral (vgl BayObLG FamRZ 1963, 195, 196; FamRZ 1976, 43, 45; LG Lübeck SchlHA 1964, 170 f; AG Hofgeismar FamRZ 1955, 216). Die Toleranz ist allerdings nicht grenzenlos: Die Glaubensfreiheit der Eltern gibt ihnen nicht das Recht, das Kind zum Instrument und Objekt ihrer religiösen Überzeugung zu machen unter grober Beschneidung von dessen Entwicklungschancen iSd grundgesetzlichen Erziehungsziels (COESTER, Kindeswohl 234). Das gilt für Kindeswohlbeeinträchtigungen in Ausübung inhaltlich grundsätzlich akzeptabler Religion (etwa Vernachlässigung oder Mitschleppen des Kindes bei Missionstätigkeit bis in die Nachtstunden), aber auch für Sekten, die die Persönlichkeitsentfaltung der Kinder schon konzeptionell erheblich beeinträchtigen (zB bei

den „Moonies“ oder „Hare Krishna“; nach OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285 nicht generell bei der Bhagwan-Bewegung; zum Problem auch SIMITIS in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 607 f; COESTER, Kindeswohl 233).

Hat sich das heranwachsende Kind einer solchen Sekte zugewandt, ist jedoch § 5 S 1 RKEG zu beachten: Ab Vollendung des 14. Lebensjahres erlöschen hinsichtlich der Religionswahl elterliche Personensorge und staatliches Wächteramt (HABSCHEID-HEINEMANN in: ENGSTFELD ua [Hrsg], Juristische Probleme im Zusammenhang mit den sog neuen Jugendreligionen [2. Aufl 1982] 64 ff, 70). Elterliche und staatliche Schutzkompetenz bleiben jedoch erhalten, wenn im Einzelfall die Sekte nicht als „religiöses Bekenntnis“ iSd § 5 S 1 RKEG zu qualifizieren ist (hier kommen Maßnahmen gegen Dritte, § 1666 Abs 1 S 2, zur Unterstützung der Eltern in Betracht). Erhalten bleibt auch sonst jedenfalls das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1632 Abs 2, 3, HABSCHEID-HEINEMANN 75; bei Nichtausübung durch die Eltern könnte möglicherweise nach § 1666 Abs 1 eingegriffen werden). Aber auch andere Sorgekompetenzen der Eltern können durch die Religionsausübung des Kindes berührt sein (etwa die Gesundheitsorge bei übermäßigem Fasten oder Drogenkonsum). Zwar umfaßt das Wahlrecht des Minderjährigen gem § 5 S 1 RKEG im Grundsatz auch die Ausübung der gewählten Religion, letztere muß sich jedoch für die Zeit der Minderjährigkeit unter die elterliche Sorgeverantwortung fügen.

Zu Fragen des Religionswechsels s noch Rz 99.

- 94 Beeinträchtigungen der kindlichen Wertbildung sind auch in anderen Zusammenhängen denkbar, etwa wenn das Kind **kriminelles Verhalten** der Eltern oder Dritter miterlebt oder zu **Terrorismus** oder **Anarchismus** erzogen wird. Straffälligkeit und Inhaftierung der Eltern allein reichen jedoch für einen Eingriff noch nicht aus (LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96). Eingegriffen wurde auch, wo die Eltern ständig **grobe, gewalttätige Konflikte** vor dem Kind austrugen (BayObLG DAVorm 1981, 901; 1983, 381).

#### 95 b) Störungen der Bindungs- und Erziehungskontinuität

Die fundamentale Bedeutung kontinuierlicher Lebensverhältnisse und menschlicher Beziehungen für die kindliche Persönlichkeitsentwicklung ist entwicklungspsychologisch belegt (vgl Rz 57; zum Bindungsstreit im Scheidungszusammenhang s § 1671 Rz 102 ff; COESTER in: 6. DFGT 35 ff; 43 ff) und inzwischen als gesicherter Grundsatz des Rechts übernommen worden (vgl §§ 1632 Abs 4; 1671 Abs 2 HS 2; für die ständige Rechtsprechung nur BayObLG FamRZ 1981, 999, 1000; DAVorm 1985, 701, 705; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120 ff).

- 96 Demgemäß kann des Kindeswohl gefährdet werden durch einen **Abbruch gewachsener Bindungen** an bisherige Betreuungspersonen und einen Wechsel der sonstigen Lebensumgebung. Diese Fälle werden weitgehend auch von § 1632 Abs 4 erfaßt (vgl Erl dort; zum Verhältnis zu § 1666 oben Rz 45, 46); in ihnen stellt sich regelmäßig die Frage, ob ein elterliches Herausgabeverlangen gegenüber Dritten wegen des damit verbundenen Kontinuitätsbruchs ausnahmsweise als rechtsmißbräuchlich einzustufen ist (Streit **Eltern/Pflegeeltern**: BVerfG NJW 1985, 423, 424; NJW 1986, 3129, 3131; FamRZ 1989, 145 ff; BayObLG DAVorm 1982, 611, 615; 1983, 78, 82; ZBIJugR 1983, 302; DAVorm 1985, 335, 338; 1985, 522, 523; ZfJ 1990, 313, 314 f; KG FamRZ 1971, 267, 268; SchlHOLG SchlHA 1988, 84; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120; DAVorm 1982, 365. **Eltern/Großeltern**: BayObLG FamRZ 1981, 999, 1000 f; FamRZ 1984, 932; FamRZ 1982, 1118 u ZfJ 1985, 36; KG FamRZ 1986, 1245. **Eltern/Stiefeltern**: BayObLG DAVorm 1981, 216, 220; vgl SchlHOLG

SchlHA 1988, 84 [Lebensgefährtin]. **Nicht verheiratete Eltern untereinander:** BGH FamRZ 1963, 560, 563; BayObLG DAVorm 1985, 701; AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 372; AG Tübingen FamRZ 1988, 428 ff. Weitere Nachw und Diskussion bei HARMS 120 Fn 87; KLUSSMANN DAVorm 1985, 169 ff). Dabei kann die Gefährdung des Kindes gerade darin liegen, daß es „unvermittelt aus den persönlichen und sachlichen Beziehungen des Lebenskreises, mit denen es bis dahin bereits fest verwachsen ist, herausgerissen und damit einer inneren und äußeren Entwurzelung anheimgegeben würde“ (BayObLG DAVorm 1981, 216, 220; FamRZ 1981, 929, 1000). Diese Gefahr droht aber nicht nur durch rücksichtslose unvermittelte Herausnahme beim grundsätzlich wechselfähigen Kind, sondern kann einem Wechsel schlechthin entgegenstehen (zur sodann zu treffenden Dauerregelung unten Rz 140). Der Kontinuitätsaspekt kann verstärkt werden durch den strikten Willen des Kindes zum Verbleib bei der bisherigen Betreuungsperson (AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 372 [Kindeswille als „Ausdruck einer Existenznot“]; BayObLG FamRZ 1984, 932); anders bei einem „aufgesetzten“ Willen, der eine im Kern unberührte Bindung zu den herausverlangenden Eltern überdeckt (BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4).

Wann ein Plazierungswechsel eine Kindeswohlgefährdung bedeutet, hängt vom **97** *Zusammenspiel mehrerer Faktoren* ab. Der Stärke der Gebundenheit des Kindes an die bisherige Betreuungsperson sind die Beziehungen zu den herausverlangenden Eltern gegenüberzustellen (vgl einerseits BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4: „ebenfalls gut“, andererseits BayObLG DAVorm 1983, 78, 82: Eltern-Kind-Beziehung „völlig gescheitert“, bzw BayObLG FamRZ 1982, 1118: „Eltern dem Kind praktisch unbekannt“). Zu vergleichen sind auch die sonstigen Umweltbedingungen – Kontinuität der Lebensumwelt kann sogar zentrale Bedeutung erlangen, wenn das Kind durch Verlust seiner Hauptbezugsperson ohnehin schwer belastet ist (BayObLG FamRZ 1981, 814, 816: Tod der Mutter, Verbleib im Haus der Großmutter, in dem Mutter und Kind seit dessen Geburt gelebt hatten, statt Verpflanzung zum anderwärts wohnenden Onkel). Schließlich ist, wie erwähnt, auch die Art des intendierten Wechsels bedeutsam (schonend/abrupt) sowie das Alter des Kindes. So macht es einen Unterschied, ob das Kind bisher im Heim lebt, wo ein Wechsel der Betreuungspersonen ohnehin bevorsteht (BVerfG NJW 1986, 2129), oder ob das Kind seit Geburt enge Bindungen allein an den Großvater hat, bei ihm auf dem Bauernhof aufwächst und nun von dem ihm praktisch unbekanntem amerikanischen Vater, mit dem es sich mangels englischer Sprachkenntnisse kaum verständigen kann, unvermittelt irgendwohin in die USA verpflanzt werden soll (BayObLG ZfJ 1985, 36). Gleichmaßen kann auch ein kürzeres, aber sich positiv entwickelndes Pflegeverhältnis aufrechtzuerhalten sein, wenn das Kind bisher durch häufige Wechsel am Aufbau menschlicher Beziehungen gehindert und damit bereits in seiner Entwicklung gestört wurde (BayObLG ZBIJugR 1983, 302, 304, 305 f; ZBIJugR 1983, 308, 310 f; DAVorm 1986, 269, 272 und FamRZ 1986, 102, 103 [Folgeentscheidung]).

Umgekehrt wurde der bisherige Aufenthalt des einjährigen Kindes bei Pflegeeltern nicht als Grund angesehen, es der herausverlangenden nichtehelichen Mutter endgültig vorzuenthalten (BayObLG ZfJ 1990, 313, 315).

Erweist sich eine zunächst angeordnete Umplazierung des Kindes wegen der damit verbundenen Beziehungsstörung als *Fehlschlag* (schwerwiegende Konflikte in der Familie der Eltern), besteht die Kindesgefährdung aufgrund Kontinuitätsbruchs fort und rechtfertigt sie einen korrigierenden Eingriff (KG FamRZ 1986, 1245 ff: Rückführung zu den Großeltern, bei denen das Kind zehn Jahre lang gelebt hatte).

Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend, wenn es um gewachsene Beziehungen nicht an Betreuungspersonen, sondern an andere Menschen aus der Lebenswelt des Kindes geht (zB Geschwister, Großeltern, vgl unten Rz 109).

- 98 Neben der Störung gewachsener Beziehungen kommt auch schon die **Verhinderung notwendiger Lebenskontinuität** als Gefährdungsgrund in Betracht, etwa aufgrund ständiger Umplazierung des Kindes und unsicherer Lebensverhältnisse der Eltern (Rz 46 sowie die zuvor zit Entscheidungen des BayObLG).

Unter diesem Aspekt erweisen sich vorläufige Anordnungen als legitim, mit denen verhindert werden soll, daß Streit zwischen den Beteiligten oder unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen im Instanzenzug zu ständigem Wechsel der Kindesplazierung führen (ie unten Rz 177).

- 99 Eine besondere Rolle hat in der Rechtsprechung die **Kontinuität des religiösen Bekenntnisses** gespielt (dazu HÖHNE 219 ff; HIRSCH 38 ff; VoraufL Rz 60 ff). Eine Gefährdung des jüngeren Kindes (ab 12. Lebensjahr: § 5 S 2 RKEG) wird nur bejaht, wenn das bisher schon in einem bestimmten Glauben verwurzelte Kind durch schroffen Wechsel in Verwirrung oder Gewissensnot gestürzt wird (BayObLG NJW 1963, 590, 591).

- 100 Gleichermaßen ist nicht auszuschließen, daß ein **Wechsel des Familiennamens** des Kindes dessen Wohl gefährdet. Insofern wäre daran zu denken, bspw der nach Scheidung sorgeberechtigten Mutter, die mittels Antrags nach §§ 1, 3 NÄG dem Kind den Ehenamen aus ihrer zweiten Ehe (abgeleitet vom zweiten Ehemann) geben möchte, gem § 1666 die Vertretungsbefugnis für die Antragstellung zu entziehen. Ein solcher Eingriff könnte aber höchstens in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein (zur Begründung s § 1616 Rz 71). Hat die Mutter das Kind schon an den neuen Ehenamen gewöhnt (ohne Namensänderung), kann ihr die Fortführung dieses Brauchs mangels drohender Kindesgefährdung nicht gem § 1666 untersagt werden (BayObLG FamRZ 1989, 1317 ff).

#### 101 c) Beschränkungen von Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten

Die elterliche Sorge umfaßt die Pflicht der Eltern, die Entwicklung des Kindes zum selbstbestimmungsfähigen, selbstverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Erwachsenen zu ermöglichen und zu fördern. Das Erreichen dieses Erziehungsziels wie auch die berufliche Lebenschancen des Kindes werden gefährdet, wenn die Eltern das Kind **vom Schulbesuch abhalten**. Eltern tun dies gelegentlich aus weltanschaulicher oder sonstiger Überzeugung (BayObLGZ 1983, 231 ff; BayObLG FamRZ 1985, 635 f; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f) oder in symbiotischer Abkapselung mit dem Kind von der Außenwelt (Fälle der overprotection, BayObLG FamRZ 1987, 1080 ff; AG Moers ZfJ 1986, 113 ff; vgl Rz 88). Die Möglichkeit öffentlich-rechtlichen Schulzwangs steht vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen nicht entgegen (BayObLGZ 1983, 231, 238). Die Gefährdung der Kindesinteressen wird auch nicht dadurch beseitigt, daß die Eltern bereit und möglicherweise in der Lage sind, das Kind selbst zu unterrichten (vgl BayObLG aaO: Die Mutter war ehemalige Lehrerin). Durch den Schulbesuch wird das Kind auch in größere Gemeinschaften (auch Gleichaltriger) eingeführt, erlebt über das Elternhaus hinausgehende Anregungen und Einflüsse und erhält vor allem mit dem Schulabschluß eine formelle Qualifikation, die heutzutage Zugangsvoraussetzung für nahezu jeden Beruf ist (BayObLG S 237 f).

Als Maßnahme reicht in solchen Fällen die vormundschaftsgerichtliche Schulanmeldung (Abs 2) idR nicht aus. Angesichts oft jahrelanger, erfolgloser Bemühungen

der Einwirkung auf die Eltern sehen die Gerichte als letztes Mittel oft nur die Trennung von Eltern und Kindern (dazu noch Rz 137).

Entsprechende Grundsätze wird man nicht ohne weiteres auf den **Kindergartenbe-** 102  
**such** anwenden können – idR ist er für die Kinder vielleicht wünschenswert, aber nicht unverzichtbar. Anderes mag gelten, wenn beide Eltern Analphabeten sind und das Kind mangels intellektueller Förderung in der Familie konkret Gefahr läuft, schon bei der Einschulung den Anschluß zu verlieren (BayObLG FamRZ 1981, 86 f).

Die Entwicklung des Kindes kann gefährdet sein beim **Aufwachsen in geschlossenen** 103  
**Anstalten**. Bei Unterbringung des Kindes wird das Kindeswohl durch vormundschftsgerichtliches Genehmigungserfordernis gewahrt, § 1631 b. Verbüßen die Eltern eine Freiheitsstrafe in einer Vollzugsanstalt, so steht es zunächst im Ermessen der Strafvollzugsbehörde, ob das Kind mit aufgenommen werden oder – bei Geburt in der Vollzugsanstalt – dort bleiben kann (§§ 80, 142 StVollzG; vgl noch § 1666 a Rz 13). Maßgebliche Gesichtspunkte sind dabei die Erhaltung vorhandener Eltern-Kind-Bindungen oder die ungestörte Bindungsentwicklung, wenn die Entlassung in absehbarer Zeit bevorsteht. Ob das demnach mögliche Aufwachsen des Kindes in der Anstalt dessen Wohl gefährdet, wird wesentlich vom Kindesalter abhängen – ab 2. Lebensjahr hält man Entwicklungshemmungen auf Grund der Isoliertheit und reduzierten Erfahrungswelt für möglich (MEYER in: Großkommentar zum Strafvollzugsgesetz [1983] § 80 Rz 9). Sind jedoch beim älteren Kind keine Anhaltspunkte für Störungen erkennbar, würde eine Trennung des Kindes von seinen Eltern es mehr belasten als der einstweilig weitere Verbleib in der Anstalt (LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96). Bei lebenslanger Freiheitsstrafe der Eltern wird jedoch eine Trennung langfristig unvermeidbar sein; um eine Kumulierung von Anstaltsschädigung und Trennungslast zu vermeiden, wird das Kind eher früher als später aus der Anstalt genommen werden müssen. Bei Geburt in der Anstalt bedeutet dies möglichst sofortige Herausnahme des Kindes (KG FamRZ 1981, 590 ff).

Ähnliches muß gelten, wenn die Eltern aus anderen Gründen in geschlossenen Anstalten leben müssen.

Nicht ohne weiteres gleichgestellt werden kann die **Übersiedlung der Eltern in eine** 104  
**freiheitsbeschränkende Gesellschaftsordnung** (etwa auch rückkehrwillige Aussiedler mit Kindern; vgl HÖHNE 177). Bei etwas *älteren Kindern* wird ihrem Willen zum Verbleiben im Inland allerdings eingriffslegitimierendes Gewicht beizumessen sein (zur besonderen Situation türkischer Gastarbeitertöchter unten Rz 120 ff). Das gilt auch bei einer Flucht Heranwachsender in die Bundesrepublik (LG Kleve FamRZ 1977, 335 f m Anm BETZ: 16jährige flieht vom verwitweten Vater in der DDR zu Verwandten in der Bundesrepublik) – neben der Selbstbestimmung fiel hier noch der Aspekt drohender Sanktionen bei Rückkehr ins Gewicht. Auf elterliches Fehlverhalten im Herkunftsland kommt es nicht entscheidend an (ungenau insoweit LG Kleve aaO).

Zu entwicklungshemmendem Elternverhalten aus religiösen oder psychischen Gründen (overprotection) vgl Rz 93 bzw Rz 88.

Besonders problematisch ist die Situation bei **geistig behinderten Eltern**. Diese 105  
Behinderung gehört nach Feststellung des BVerfG (NJW 1982, 1379 = FamRZ 1982, 567) grundsätzlich zu den Lebensumständen der Eltern, die das (auch gesunde) Kind als schicksalhaft hinzunehmen hat, sie rechtfertigt als solche also noch keinen Eingriff (s oben Rz 67; vgl auch LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1310). Andererseits steht die mangelnde Einsichts- und Schuldfähigkeit kindesschützenden Maßnahmen nicht entgegen (BVerfG aaO). Vorhandene Erziehungsdefizite sind

vorrangig mit öffentlichen Hilfen auszugleichen, ggf auf der Grundlage begrenzter Sorgerechtsbeschränkungen. Eine bei den Jugendämtern verbreitete, routinemäßige Trennung von Eltern und Kindern sofort nach Geburt (oft schon pränatal vorbereitet) verstößt gegen dieses aus Art 6 Abs 2 S 1 GG folgende Gebot (BVerfG aaO; vgl HINZ NJW 1983, 377, 378 f: „mehr Phantasie“ vonnöten; vorbildlich LG Berlin aaO). Deshalb enthalten auch die §§ 1673, 1674 für geistig behinderte Eltern keine angemessene Regelung (Rz 49). Andererseits erweist sich die Trennung des Kindes von den Eltern oft doch als unausweichlich, wobei typischerweise nicht Schwächen im kognitiven Bereich ausschlaggebend sind, sondern emotionale Defizite (seelische Vernachlässigung, Bindungslosigkeit, Kindesmißhandlung; so auch im vom BVerfG aaO entschiedenen Fall, s AG Kassel v 19. 8. 1983 – Az 73 F 984/78 – [endgültige Herausnahme des Kindes aus der Familie]; vgl KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 604; ie COESTER ZfJ 1989, 350 ff mwN; zur Abhängigkeit emotionaler von intellektueller Leistungsfähigkeit im zwischenmenschlichen Bereich BRUDER, GutA C zum 57. DJT [1988] C 10 f, 28). Ist auch das Kind behindert, werden die erhöhten Betreuungsleistungen die Eltern oft überfordern, so daß Trennungen ebenfalls notwendig werden können.

Für die im Einzelfall zu findende Balance zwischen Elternschutz auch für Behinderte und Kinderschutz ist, bei aller notwendigen Aktivierung öffentlicher Hilfen für die Familie, auch auf die Gefahr zu achten, daß das Kind zum Experimentierobjekt gesellschaftlicher Behindertenförderung wird und es – nach jahrelangen, letztlich aber erfolglosen Hilfsbemühungen – in einem Zeitpunkt aus der Familie genommen wird, in dem es in seiner Entwicklung bereits irreversibel geschädigt ist (s noch § 1666 a Rz 5, 6). Auch dürfte dem Elternrecht geringeres Gewicht zukommen, wenn sich die Eltern behinderungsbedingt gleichgültig gegenüber dem Kind zeigen.

#### 106 d) Beschneidung des sozialen Kontakts

Absolute Kontaktbeschränkungen sind tendenziell geeignet, die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes zu behindern, sie fallen unter die zuvor behandelte Rubrik (oben c). Relative, also nur auf bestimmte Dritte bezogene Kontaktbeschränkungen sind idR nicht entwicklungsgefährdend, können im Einzelfall aber das seelisch-soziale Kindeswohl so erheblich beeinträchtigen, daß ein Eingriff geboten ist.

Die materielle Grenze elterlichen Umgangsbestimmungsrechts ist in § 1632 Abs 1, 3 S 1 nicht eigenständig festgelegt (dort finden die Eltern vormundschaftsgerichtliche Unterstützung nur bei *plichtgemäßem* Handeln, vgl oben Rz 48), sondern § 1666 zu entnehmen (Sonderregelungen für den nichtsorgeberechtigten ehelichen Elternteil im § 1634 Abs 2 und für den nichteheleichen Vater im § 1711 Abs 2 [verweigert die nichteheleiche Mutter dem Kind schon die Benennung des Vaters, bedarf es trotz elterlicher Pflichtwidrigkeit keines vormundschaftsgerichtlichen Schutzes nach § 1666; vielmehr steht dem Kind ein prozessual durchsetzbarer Auskunftsanspruch gegen die Mutter zu, BVerfG FamRZ 1989, 147 = NJW 1988, 3010; LG Passau NJW 1988, 144; AG Passau FamRZ 1987, 1309 ff; Auskunftsanspruch für das minderjährige Kind allerdings *str*, vgl AG Gemünden FamRZ 1990, 200 f einerseits, OLG Zweibrücken NJW 1990, 719 f; LG Landau DAVorm 1989, 634 andererseits; vgl. auch Rz 31 zu § 1618 a sowie MASSFELLER-COESTER § 1618 a Rz 27 mwN]).

Allerdings spielen bei Kontaktverboten gegenüber Heranwachsenden besondere Gesichtspunkte herein, wie deren Bedürfnis nach Selbstbestimmung, gesteigertem Außenkontakt im allgemeinen sowie speziell zu Personen des anderen Geschlechts und nach altersgemäßer Freizeitbetätigung mit Gleichaltrigen. Für Heranwachsende

verschiebt sich der Problemschwerpunkt deshalb zu den *Adoleszenzkonflikten* (unten Rz 117).

Bei **kleineren Kindern** kommt eine Gefährdung ihres Wohls durch Kontaktbeschränkung vorwiegend in Betracht, wenn das Kind enge Beziehungen zum ausgeschlossenen Dritten entwickelt hatte oder ein nahes verwandtschaftliches Verhältnis besteht. Einer gewachsenen Bindung an *Pflegeeltern* wird regelmäßig im Rahmen eines Rechtsstreits nach § 1632 Abs 4 Rechnung getragen: Einräumung eines Umgangsrechtes der Pflegeeltern nach Ablehnung einer Verbleibensanordnung oder nach Ablauf vorübergehend angeordneter Verbleibs (BayObLGZ 1984, 98 = NJW 1984, 2168, 2169). Trotz der Einbettung in das Verfahren nach § 1632 Abs 4 findet eine solche Entscheidung ihre materielle Grundlage doch nur in § 1666 Abs 1 – sie ermöglicht uU erst den Wechsel des Kindes zu seinen leiblichen Eltern ohne Gefährdung seines seelischen Wohls (zur „Kontinuität“ oben Rz 95). **107**

Entsprechendes gilt für den Kontakt mit einem **Stiefelternteil**, wenn das Kind mit diesem längere Zeit in Familiengemeinschaft gelebt hatte und – nach Tod des mit dem Stiefelternteil verheirateten leiblichen Elternteils – gem § 1681 Abs 1 S 2 zum bislang nicht sorgeberechtigten anderen Elternteil umplaziert wurde (§ 1634 Rz 108 [PESCHEL-GUTZEIT]). **108**

Bei **Großeltern und Geschwistern** tritt der Verwandtschafts- neben den Bindungsaspekt. Typischerweise ist die Rechtsprechung mit Konflikten zwischen einem allein sorgeberechtigten Elternteil (etwa nach Tod des Gatten) und den Schwiegereltern (= Großeltern des Kindes über den verstorbenen Teil) befaßt. Einhelliger Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist die Feststellung, daß ein eigenständiges *Umgangsrecht* der Großeltern weder aus § 1634 folgt noch über Art 6 Abs 1 GG herzuleiten ist (zu letzterem BayObLG FamRZ 1984, 614 = ZfJ 1984, 363, 364; vgl BVerfGE 39, 316, 326; ausf § 1634 Rz 94–101 [PESCHEL-GUTZEIT]). Allerdings sei der Umgang des Kindes mit den Großeltern dem Kindeswohl regelmäßig förderlich (insbes wenn der die Verwandtschaft vermittelnde Elternteil verstorben ist, BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274), so daß eine Kontaktunterbindung durch den Elternteil „ohne verständigen Grund“ rechtsmißbräuchlich sei (umfassende Nachw § 1634 Rz 102). Durch diese Standardformel wird der Umgang Großeltern-Enkel der Sache nach doch zur Regel erhoben, die Untersagung durch den Elternteil ist von diesem positiv zu rechtfertigen (mit entspr Konsequenzen für seine Darlegungs- und Beweislast). Folgerichtig werden kasuistisch „Rechtfertigungsgründe“ herausgearbeitet, auf Grund derer ein Umgangsverbot ausnahmsweise nicht mißbräuchlich sein soll: Etwa mangelnde Respektierung des elterlichen Erziehungsvorrangs durch die Großeltern (KG OLGZ 1970, 297, 300; BayObLG DAVorm 1982, 359, 363 f; 1982, 600, 602 f; ZfJ 1984, 361, 362 f; 1984, 363 f), tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen Eltern und Großeltern (BayObLG DAVorm 1982, 359, 363 f; 1982, 600, 602 f; 1983, 377, 380 f; ZfJ 1984, 361, 362 f; 1984, 363 f; weitere Nachw § 1634 Rz 104) oder ein entgegenstehender, nicht aufgesetzter Wille des älteren Kindes (Nachw § 1634 Rz 104). In Ermangelung einer solchen Rechtfertigung greifen die Vormundschaftsgerichte in die elterliche Sorge nach § 1666 Abs 1 ein und ordnen eine Umgangsregelung an (ausf Darstellung § 1634 Rz 102–106). **109**

**Kritik:** Die herrschende Rechtsprechung ist auf die Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens fixiert und neigt dabei dazu, den entscheidenden Eingriffsgrund des § 1666, die *Gefährdung des Kindeswohls*, aus den Augen zu verlieren. Ein Kontakt des Kindes mit seinen Großeltern ist sicherlich wünschenswert, die Förderung dieses Kontakts elterliche Pflicht (§ 1618 a Rz 34). Es gibt aber anerkanntermaßen elterliche Pflichtwidrigkeiten oberhalb und unterhalb der Eingriffsschwelle des § 1666 (Rz 7), so daß mit der Feststellung einer „nicht verständigen Ausübung des **110**

Sorgerechts“ (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 607) für § 1666 noch nicht viel gewonnen ist. Der automatische Rückschluß von Pflichtwidrigkeit auf Gefährdung (vgl BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274) ist verfehlt – ein versagter Vorteil bedeutet noch nicht Gefährdung (HIRSCH S 25 Fn 22, dazu auch oben Rz 69). Der Nachteil fehlenden Kontaktes des Kindes mit den Großeltern erreicht in aller Regel *nicht* das Gewicht, das grundsätzlich gefordert wird, um Einmischungen des Staates in die elterliche Erziehung zu rechtfertigen (dazu Rz 67 ff). Dies gilt insbes, wenn Spannungen in der Familie bestehen: Besteht beim Kind eine echte Ablehnungshaltung gegen die Großeltern, so scheidet nicht erst das Umgangsrecht am Kindeswillen (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 610; ZBIJugR 1981, 272, 275); vielmehr ist schlechthin unvorstellbar, daß das Unterbleiben (erzwungenen) Kontakts das Kindeswohl „erheblich und nachhaltig“ gefährden könnte. Darüber hinaus liegt nahe, daß dann schon die elterliche Umgangsverweigerung nicht pflichtwidrig ist (vgl BayObLG ZfJ 1984, 361, 362). Stehen sich Elternteil und Großeltern feindselig gegenüber, kann es nicht auf die Begründetheit der elterlichen Einstellung ankommen und auf eine „Pflicht“ des Elternteils, im Interesse des Kindes die eigene Haltung zu überwinden und die Spannungen abzubauen (so aber BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274 f und DAVorm 1982, 604, 609 f [Zwangsgeld], obwohl in concreto sogar die Großeltern eine wesentliche Ursache für das Zerwürfnis gesetzt hatten). Die elterliche Umgangsverweigerung mag auch hier pflichtwidrig sein – das Kindeswohl ist in Abwesenheit zusätzlicher Gesichtspunkte (gewachsene Bindung an die Großeltern, Kindeswille) in diesen Situationen jedoch eher durch gerichtlich erzwungene Kontakte gefährdet als durch deren Unterbleiben (zutr BayObLG DAVorm 1983, 377, 380; vgl auch ZfJ 1984, 361, 363 [Schuld am Zerwürfnis unerheblich]). Noch weniger als ein Mittel elterlicher Selbstverwirklichung ist das Kind Instrument gerichtlicher Disziplinierung mißbilligten Elternverhaltens (Rz 57).

Konzentriert man sich auf die Belange des Kindes, kommt die *Gefährdung* seines Wohls durch elterliche Umgangsverweigerung im wesentlichen nur in zwei Fällen in Betracht: Wenn eine durch längeres Zusammenleben gewachsene Bindung zu den Großeltern abrupt abgebrochen wird (vgl BayObLG ZfJ 1984, 361, 362 f [in concreto nicht vorliegend]; PESCHEL-GUTZEIT in Rz 105 zu § 1634) oder wenn ein von Großeltern und Enkel gleichermaßen gewünschter Kontakt vom Elternteil willkürlich verweigert wird. Die grundlose Versagung des Wunsches nach Umgang mit den Großeltern kann im Einzelfall geeignet sein, das seelische und geistige Kindeswohl erheblich zu beeinträchtigen (vgl § 1618a Rz 34, 35).

Aus Vorstehendem folgt, daß nicht vom Elternteil verlangt werden darf, zur Vermeidung gerichtlicher Umgangsanordnungen die Begründetheit seiner ablehnenden Haltung nachzuweisen. Das VormG hat von Amts wegen den Sachverhalt im Hinblick auf eine etwaige Kindesgefährdung aufzuklären (§ 12 FGG) und, wenn dieser nicht feststellbar ist, einen Eingriff in die elterliche Bestimmung abzulehnen (vgl § 1634 Rz 103).

- 111 Dem Umgang mit den Großeltern ist der mit **Geschwistern** gleichzustellen (OLG Hamm RPflegler 1985, 294 = FamRZ 1985, 1078 [LS]). Bei **entfernteren Verwandten** (zB Onkel, Tante) tritt der Verwandtschaftsaspekt zurück, hier kann – ähnlich wie bei Pflege- und Stiefeltern – nur eine gewachsene persönliche Bindung des Kindes eine Umgangsanordnung rechtfertigen.

#### 112 e) Adoleszenzkonflikte

Natur und Recht zielen auf eine allmähliche Ablösung des Kindes von seinen Eltern. Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsfähigkeit des Individuums (Rz 59) entstehen nicht schlagartig mit Volljährigkeit, sondern wachsen kontinu-

ierlich vom frühesten Alter an und sind jeweils angemessen von den Eltern zu achten und zu fördern (s vor allem § 1626 Abs 2). Vor allem ab Pubertät findet beim Kind bewußtes Einüben in selbständige (und damit häufig auch tendenziell gegen die Position der Eltern gerichtete) Entscheidungen statt. Durch Verhinderung dieses Einübungsprozesses oder durch grobe Mißachtung der Eigenentscheidung des Heranwachsenden kann dessen seelisches und geistiges Wohl so erheblich beeinträchtigt werden, daß im Einzelfall vormundschaftsgerichtliches Einschreiten nach § 1666 gerechtfertigt ist – auch wenn die elterliche Sachentscheidung als solche (etwa Berufs- oder Umgangsbestimmung, Unterlassung ärztlicher Behandlung) das Kindeswohl noch nicht gefährdet (generell zum Problem der „Adoleszenz-“ oder „Autonomiekonflikte“ ZENZ, Kindesmißhandlung 86–89; HÖHNE 231 ff).

Unklar ist insoweit das **Verhältnis von § 1626 Abs 2 zu § 1666**. § 1626 Abs 2 enthält **113** ein Leitbild elterlicher Erziehung, formuliert im Lichte des verfassungsrechtlichen Erziehungsziels des selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Staatsbürgers (vgl auch §§ 8 Abs 1, 9 Nr 2 KJHG). Die Verletzung der vorgeschriebenen Erziehungsweise ist nicht unmittelbar sanktionsbedroht (BT-Drucks 8/2788 S 33–35; vgl BT-Drucks 7/2060 S 16; näher MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 61, 62), und überwiegend wird davon ausgegangen, daß nicht jede elterliche Mißachtung des § 1626 Abs 2 die Eingriffsschwelle des § 1666 auslöst (GERNHUBER § 49 VI 10; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 3; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 61; aA SCHMITT-GLAESER, Das elterliche Erziehungsrecht 31, 59; ders DÖV 1978, 629, 631 [allerdings in kritischem Sinne]; vgl auch LISSEK, Diskussionsbeitrag in: KRAUTSCHEIDT-MARRÉ [Hrsg], Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd 14 [1980] 148). § 1626 Abs 2 verschiebt also nicht die Demarkationslinie zwischen elterlichem Erziehungsprimat und staatlichem Wächteramt, das elterliche Verhalten wird erst dann erheblich für § 1666, wenn es das Kindeswohl gefährdet iS dieser Vorschrift (BELCHAUS § 1626 Rz 10; SOERGEL-LANGE § 1626 Rz 41; JAUERNIG-SCHLECHTRIEM § 1626 Anm 4; SIMON JuS 1979, 752 f; ERICHSEN-REUTER 75 f mwN). Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn Berücksichtigung und Einbeziehung des Kindes „unabdingbar zur Erreichung des Erziehungsziels der Mündigkeit des Kindes ist“ (ERICHSEN-REUTER aaO m Beispiel: Eltern verweigern ihrem 16jährigen Sohn grundlos jede Diskussion über das von ihnen aufgestellte nachmittägliche Ausgangsverbot). Bei Entscheidungen mit weichenstellender oder auch nur schwerwiegender Bedeutung für das weitere Leben des Kindes wird man dies stets bejahen müssen. Darüber hinaus liegt es nahe, das grundsätzlich nur anzustrebende, nicht aber entscheidungsnotwendige „Einvernehmen“ zwischen Eltern und Kind (§ 1626 Abs 2 S 2) dann zur unverzichtbaren Voraussetzung elterlicher Entscheidung zu erheben, wenn der Eintritt der Volljährigkeit in absehbarer Zeit bevorsteht und die Auswirkungen sich im wesentlichen auf die spätere Zeit erstrecken (vgl in anderem Zusammenhang BVerfG NJW 1986, 1859 = FamRZ 1986, 769, 772 f, wonach elterliche Maßnahmen die die Lebensgestaltung des Kindes nach Erreichung der Volljährigkeit wesentlich beeinträchtigen, am Persönlichkeitsrecht des Kindes nach Art 1, 2 GG scheitern; grundsätzlich aA BayObLG FamRZ 1982, 634, 637 [zu § 1631 a: Verantwortung und Entscheidungspflicht der Eltern bis zum Tage der Volljährigkeit]).

Ähnliches gilt schließlich, wenn dauerndes Versagen der Eltern iSd § 1626 Abs 2 zu einem endgültigen Bruch mit dem bald volljährigen Kind geführt hat (OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1322 f; vgl Rz 119).

Im einzelnen zu den typischen sachlichen Konfliktbereichen:

**114**

Für Fragen der **Ausbildung und des Berufs** ist mit § 1631 a eine Sonderregelung eingeführt worden (zur Abgrenzung zu § 1666 oben Rz 44; im übrigen s Erl zu § 1631 a).

In Fragen der **Gesundheit und körperlicher Eingriffe** hat sich der Vorschlag einer vorgezogenen Teilmündigkeit des Heranwachsenden nicht durchsetzen können (vgl. COESTER-WALTIEN in: Juristinnenbund [Hrsg], Neues elterliches Sorgerecht [1977] 67, 80 ff mwN). Angesichts seiner höchstpersönlichen Betroffenheit sind Entscheidungen über den Kindeswillen hinweg jedoch besonders geeignet, das geistig-seelische Wohl des Kindes zu gefährden. Dem im natürlichen Sinne einwilligungsfähigen Minderjährigen hat die Rechtsprechung allerdings ein Vetorecht hinsichtlich von ihm nicht gewünschter Eingriffe zuerkannt (BGHZ 29, 33, 36; NJW 1964, 1177; 1972, 335, 337; OLG Celle MDR 1960, 136; OLG Hamm FamRZ 1983, 310; ie Erl zu § 1626). Begehrt umgekehrt der Minderjährige seinerseits ärztliche Beratung, Behandlung oder Eingriffe, so verhilft ihm seine „natürliche Einwilligungsfähigkeit“ allerdings noch nicht zum gewünschten Erfolg: Zum einen ist unklar, inwieweit *neben* seiner Einwilligung noch die seiner Eltern erforderlich ist (vgl. BGHZ 29, 33, 36 f; BGH NJW 1972, 335, 337; BayObLG FamRZ 1987, 87, 89; MünchKomm-GITTER Rz 89 vor § 104; SOERGEL-HEFERMEHL § 107 Rz 19; ZENZ StAZ 1973, 257, 259 f), und zum zweiten kann er wirksam nur in den körperlichen Eingriff rechtfertigend einwilligen, nicht jedoch selbständig den notwendigen Behandlungsvertrag schließen (vgl. LG München I FamRZ 1979, 850 f). Die insoweit stets notwendige elterliche Zustimmung kann allenfalls beim mindestens 15 Jahre alten Kind gem § 36 SGB I umgangen werden, wenn die ärztliche Maßnahme als soziale Leistung beansprucht werden kann (COESTER FamRZ 1985, 982 ff).

**115** Hinsichtlich einer etwaigen Kindesgefährdung wird zu differenzieren sein: **Wollen die Eltern eine Behandlung** oder Operation gegen den Willen des (noch nicht einwilligungsfähigen) Kindes durchsetzen, kommt es zum einen auf Schwere und Bedeutung des Eingriffs in dessen körperliche Integrität an: Bloße professionelle Beratung (auch bei Drogen- und Alkoholproblemen) wird das Kind stets akzeptieren müssen, im allgemeinen ebenso ungefährliche und wenig belastende Heilbehandlungen. Bei schwerer wiegenden Eingriffen einschl Schwangerschaftsabbruch oder Sterilisation erscheint die Übergehung des Willens eines heranwachsenden Kindes stets bedenklich. Hier kommt es entscheidend auf den zweiten Gesichtspunkt an – die objektive Notwendigkeit des Eingriffs und die Gründe für die Haltung des Kindes. Sind diese vertretbar und besteht bei Unterbleiben des Eingriffs nicht eine wahrscheinliche Gefahr für Leben oder schwerwiegende gesundheitliche Dauerschäden, ist nicht auszuschließen, daß der Minderjährige den dennoch vorgenommenen Eingriff als Mißachtung seiner Persönlichkeit empfindet und objektiv in seinem geistig-seelischen Wohl gefährdet wird. Geht es um einen Schwangerschaftsabbruch, ist der Austragungswille der Jugendlichen angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtswerte stets „vertretbar“ im obigen Sinne (eine Indikation iSv § 218 a StGB wird dabei vorausgesetzt, vgl. oben Rz 32; auch mittelbarer unangemessener Druck zugunsten einer Abtreibung kann zu vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen berechtigen, vgl. AG Dorsten DAVorm 1978, 131 [Drohung mit Hinauswurf aus Elternhaus]; LG Hamburg FamRZ 1981, 309 f [Schläge und Einsperren, obwohl eine Abtreibung nicht ausdrücklich gefordert worden war]). Gleiches gilt für eine Sterilisation angesichts des derzeit noch überwiegend irreversiblen Charakters dieser Maßnahme (vgl. das absolute Verbot der Sterilisation Minderjähriger in § 1631 c BGB – idF des Betreuungsgesetzes, in Kraft ab 1. 1. 1992).

**116** **Verweigern die Eltern eine vom Kind gewünschte Behandlung** oder Operation, liegt hierin möglicherweise eine geistig-seelische Kindesgefährdung, wenn der Wunsch des Kindes vernünftig erscheint und die Eltern sachliche Gründe nicht entgegenzusetzen haben (führt die Verweigerung schon objektiv zur Gesundheitsgefährdung des Kindes, vgl. oben Rz 80–83). Dies gilt insbes, wenn die ärztliche Maßnahme

nicht oder nicht ohne Schadensgefahr bis zur Volljährigkeit aufgeschoben werden kann (AK-MÜNDELER Rz 29). So wurde eingegriffen bei verweigerter Zustimmung zu einer psychiatrischen Untersuchung (KG FamRZ 1972, 646: 19jähriger fühlt auf Grund elterlicher overprotection Entwicklung zum Sonderling) oder Behandlung bei psychisch gestörtem Kind (BayObLG FamRZ 1984, 933, 934: 14jähriger ist auf Grund ungesicherter und wechselhafter Familienverhältnisse verhaltensgestört und behandlungsbedürftig, sorgeberechtigte Mutter erkennt dies nicht und will Kind wieder zu sich nehmen, obwohl dieses im Kinderdorf, wo es behandelt wird, bleiben will; vgl BayObLG FamRZ 1979, 737, 740; BÖHM DAVorm 1985, 731, 739).

Die elterliche Weigerung, einer Sterilisation oder Abtreibung zuzustimmen, hat allerdings idR gute Gründe für sich und gefährdet das Kindeswohl dann nicht, wenn dem Kind die notwendige flankierende elterliche Hilfe für Schwangerschaftsverhütung, Durchführung der Schwangerschaft, Geburt und spätere Lebensgestaltung angeboten wird (Rz 82, 87).

Im Bereich des **persönlichen Umgangs** ist für den Heranwachsenden nicht nur der Kontakt als solcher mit der Außenwelt, insbes Gleichaltrigen und dem anderen Geschlecht unabdingbare Voraussetzung seines Mündigwerdungsprozesses, sondern auch die Auswahl der Kontakte nach subjektiven Präferenzen. So wenig wie vom Erwachsenen die Begründung erwartet wird, warum er jemanden „mag“, so wenig kann der Heranwachsende zur positiven Rechtfertigung seines Umgangs verpflichtet sein. Erziehung zur Mündigkeit fordert in diesem Bereich einen Rückzug elterlicher Bestimmungsmacht zugunsten bloßer elterlicher Kontrolle kindlicher Selbstbestimmung (GERNHUBER § 49 VI 6; MünchKomm-HINZ § 1626 Rz 59). Deren Mißachtung unter Ausnutzung formal fortbestehender Sorgemacht im Außenverhältnis kann das psychosoziale Kindeswohl gefährden. Zutreffend wird die *Gefährdungsgrenze* deshalb, gemessen am grundsätzlichen elterlichen Erziehungsfreiraum, *vorverlagert*: Das Wohl des älteren Kindes gilt durch ein Umgangsverbot stets als dann gefährdet, wenn die Eltern nicht „triftige und sachliche Gründe“ dafür vorbringen können (PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 32; MünchKomm-HINZ § 1632 Rz 42). Im Ergebnis sind damit die zu § 1632 Abs 2, 3 S 1 entwickelten Grundsätze (oben Rz 48) gleichzeitig maßgeblich für die Eingriffsgrenze nach § 1666, soweit Heranwachsende betroffen sind (ie Erl zu § 1632). Sie gelten im wesentlichen auch für den brieflichen und telefonischen Kontakt des Kindes mit Dritten.

Im **sonstigen Persönlichkeitsbereich** sind Gefährdungen des Kindes denkbar bei Mißachtung seiner Privat- und Intimsphäre (Öffnen von Briefen, Lesen, Bekanntmachen oder gar Veröffentlichen des Inhalts von Tagebüchern oder von Gedichten, vgl H KRÜGER FamRZ 1956, 333; entwürdigende Untersuchungen im Intimbereich, vgl BayObLG DAVorm 1983, 78, 79).

Lockerung der elterlichen Sorge und wachsende Selbstbestimmung des Jugendlichen berühren jedoch grundsätzlich nicht die Entscheidung betr **Betreuung und Aufenthalt**. Aus der vom Erziehungsziel mitumfaßten Gemeinschaftsfähigkeit (Rz 59) folgt, daß der Ablösungsprozeß des Heranwachsenden von seinen Eltern zunächst *innerhalb* der Familie stattzufinden hat. Bloßer Generationenkonflikt oder sonstige Unverträglichkeiten genügen nicht, um den Verbleib des Kindes im Elternhaus gegen seinen Willen als kindeswohlgefährdend anzusehen – das geistig-seelische Kindeswohl wäre eher gefährdet, wenn das Kind nicht lernen könnte und müßte, Konflikte im menschlichen Zusammenleben auszuhalten und konstruktiv auszutragen. Dennoch können besondere Umstände die Entscheidung des Kindes gegen Eltern und elterliche Wohnung als achtenswerte Selbstbestimmung in schicksalshafter Konfliktsituation erscheinen lassen, so daß das elterliche Beharren auf

Verbleib oder Rückkehr in die Familie als Kindeswohlgefährdend eingestuft werden muß. Hierher gehören die zahlreichen Fälle, in denen das Kind eine Rückkehr zu den Eltern ablehnt, weil es inzwischen bei Dritten eine positive Lebensbasis gefunden hat (dazu Rz 96, 97): Bindungsschutz und Achtung jugendlicher Selbstentscheidung laufen dabei zusammen (vgl auch KG FamRZ 1986, 1245 ff; 16jährige will zurück zu Großeltern, bei denen sie 10 Jahre gelebt hatte, nachdem die Übersiedlung in die Familie zu schwersten Konflikten mit Mutter und Stiefvater geführt hatte). Es können aber auch andere Umstände der Eigenentscheidung des Kindes solches Gewicht verleihen, daß der Kindeswille nicht ohne Gefährdung des Kindeswohls übergangen werden kann – etwa eine hoffnungslose Zerrüttung des Verhältnisses von heranwachsendem Kind und Eltern auf Grund deren langjähriger Erziehungsfehler (OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1322 f [17jährige Tochter], vgl Rz 113) oder der kulturelle und familiäre Zwiespalt von Gastarbeiterkindern (dazu sogleich f).

#### f) Konflikte in Familien mit abweichendem kulturellen Hintergrund

##### 120 aa) Problemstellung

Die bislang besprochenen Fallgruppen zur Kindesgefährdung begegnen gleichermaßen, aber in besonderer Ausformung in Familien, deren innere Struktur und Atmosphäre, vor allem auch hinsichtlich der Kindererziehung, von der deutschen „Normalfamilie“ wesentlich abweichen. Als Gründe des andersartigen Familienlebens kommen in Betracht: Herkunft aus fremdem Rechts- und Kulturbereich oder/und religiöse Überzeugungen. Der Schwerpunkt bekanntgewordener Konflikte betrifft Auseinandersetzungen türkischer Gastarbeiter mit ihren in der Bundesrepublik aufwachsenden Kindern. Die Problematik ist aber nicht notwendig auf Gastarbeiter oder Ausländer beschränkt, sie betrifft im Grundsatz alle Minoritäten mit stark abweichender Kindeserziehung (strikte Entfaltungsbeschränkungen implizieren zB die Erziehungsgrundsätze der Hutterer oder Amish People in den USA, vgl HOLZACH, Das vergessene Volk [1979]; US-Supreme Court in *Wisconsin v Yoder* 406 U S 205 [1972]: grundsätzliche Verweigerung höherer Schulbildung keine Rechtfertigung für staatliche Intervention). Die quantitative Bedeutung des Problems ist groß angesichts des Ausmaßes internationaler Migration (europäische Nachbarstaaten sind gleichermaßen betroffen, vgl WENGLER IPRax 1984, 177–179 [niederländische Entscheidung betr marokkanische Muslims]; IPRax 1985, 334, 335 [englische betr Pakistani]).

- 121 Entsprechend der Rolle der Frau im Islam oder in südländischer Sitte ergeben sich Reibungen mit deutschen Grundsätzen vor allem hinsichtlich der Erziehung von *Mädchen* (KG FamRZ 1985, 97). Zwar muß auch das nicht notwendig so sein, dieser Aspekt ist im Lichte von Art 3 Abs 2 GG jedoch im Auge zu behalten. Der Umstand, daß auch deutsche Mädchen uU (schichten- und wohnortabhängig) Entfaltungsschwierigkeiten haben (AKKENT-FRANGER RdJ 1986, 137 ff, insbes 143), macht die hier zu erörternde Frage nicht zu einem allgemeinen Mädchenproblem, denn der fremdkulturelle Hintergrund der Familie verschärft den Konflikt entscheidend.

##### 122 bb) Internationalprivatrechtliche Vorfragen

Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaßnahmen erfolgen nach deutschem Recht, wenn das Kind (gleich welcher Nationalität) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hat (Rz 54, 183). Die kollisionsrechtliche Maßgeblichkeit deutschen Rechts für Schutzmaßnahmen bedeutet jedoch nicht, daß Ausländereigen-

schaft und ausländisches Recht schlechthin ignoriert werden dürften. Zum einen unterliegt das Eltern-Kind-Verhältnis im allgemeinen (einschl des Sorgerechts) idR dem gemeinsamen Heimatrecht der Familie (Rz 183). Es bedarf also der angemessenen Abgrenzung zwischen deutschem Schutzstatut und ausländischem Kind-schaftsstatut.

Zum zweiten stellt § 1666 als Generalklausel die **Einzelfallgerechtigkeit** in den 123 Vordergrund und lenkt das richterliche Augenmerk maßgeblich auf die konkreten Umstände des individuellen Falles (Rz 56 ff). Hierzu gehört ohne weiteres auch die Herkunft der Familie aus fremdem Rechts- und Kulturkreis – die auf Grund der Generalklausel des § 1666 zu bildende „Fallnorm“ kann anderen Inhalt haben je nachdem, ob es sich um eine deutsche oder ausländische Familie handelt (zur sog „zweistufigen Theorie“ des IPR im Familienrecht vgl HESSLER, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht [1985]; dazu LORENZ FamRZ 1987, 645 ff; JAYME, FS Müller-Freienfels [1986] 341 ff, 369 f, 364 f; vgl KG FamRZ 1985, 97, 98). Damit schwindet die Bedeutung der Frage, ob die praktizierten Erziehungsgrundsätze im Einzelfall Ausprägung fremden Rechts oder eher fremder Kultur sind (dazu KG FamRZ 1985, 97, 98 bezügl türkisch-mohammedanischer Familie: restriktive Mädchenerziehung Folge aus Grundsätzen des Islam, nicht des staatlichen türkischen Rechts), auch „Recht“ wirkt auf dieser Ebene der Berücksichtigung nicht normativ, sondern ist nur beachtliche Gegebenheit der familiären Struktur (zur Datums-Theorie im IPR vgl JAYME, Gedächtnisschrift Ehrenzweig [1976] 35 ff). Damit reihen sich Ausländereigenschaft, fremdes Recht, Kultur und Religion in die „besonderen Umstände des Einzelfalles“ ein, die vom Vormund-schaftsrichter auch bei reinen Inlandsfällen (etwa bei Sektenzugehörigkeit) der Entscheidung zugrunde zu legen sind.

Hieraus folgt auch das *Ausmaß der Beachtung*: Respekt vor fremdem Recht und 124 fremder Kultur haben den Gedanken aufkommen lassen, die hierdurch geprägten Erziehungsgrundsätze anzuerkennen bis zur Grenze der deutschen öffentlichen Ordnung (entspr der ordre-public-Klausel des Art 6 EGBGB; so LG Berlin als Vorinstanz zu KG FamRZ 1985, 97; ZACHER, Elternrecht, in: Handbuch des Staatsrechts Bd VI [1989] § 134 Rz 13 Fn 27; der Sache nach auch LG Berlin FamRZ 1983, 943, 946; FamRZ 1983, 947). Diese Grenze gilt jedoch (als „Notbremse“) nur bei im Grundsatz alleiniger Maßgeblichkeit fremden Rechts, sie kann nicht entscheidend sein für die Frage, inwieweit bei der Anwendung deutschen Rechts fremde Rechts- und Kulturvorstellungen zu berücksichtigen sind. Zentrale Thematik des § 1666 ist der Schutz vor Kindesgefährdungen, nicht die Beurteilung von Elternverhalten (Rz 17 ff, 64 ff). Einer Zurücknahme des Gefährdungsbegriffs bis zur ordre-public-Grenze stehen der regelmäßig starke Inlandsbezug entgegen (die Kinder haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt, oft seit Geburt, in der Bundesrepublik) sowie die persönlichkeitsrechtliche Dimension des Kindesschutzes, Art 1, 2 u 3 GG (KG FamRZ 1985, 97; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258). Der Kindesschutz erleidet auch keine prinzipielle Einschränkung durch die elterliche Religionsfreiheit (Art 4 GG; oben Rz 93). Geboten ist nur ein den individuellen Lebensstrukturen der Familie angepaßter und sie möglichst schonender Schutzansatz. Die derart erforderlichen Zugeständnisse werden vor allem Stil der familiären Kommunikation und äußere Verhaltensweisen betreffen, rechtfertigen aber keine substantiellen Rechts- und Entfaltungseinbußen des Kindes. So wird beispielsweise das heranwachsende türkische Mädchen eine im Vergleich zu seiner deutschen Umwelt restriktivere Haltung seiner Eltern etwa in Kleidungs- und Umgangsfragen sowie bei den sog „kleinen Freiheiten“ (Rauchen, Schminken, Bilder etc) grundsätzlich hinnehmen müssen, ebenso elterliche Reaktionen auf eigenes Fehlverhalten, die bei deutschen Eltern überzogen wirken würden (vgl LG Berlin FamRZ

1983, 943, 945 f: die türkischen Eltern warfen der Tochter Ladendiebstahl, schlechten Umgang und mangelnde Hilfe im Haushalt vor). Die Grenze der Toleranz ist jedoch schon erreicht etwa bei sozialer Isolierung des Kindes (Rz 101 ff), bei der Verweigerung angemessener Ausbildung unter Verweis auf baldige Verheiratung (so in LG Berlin FamRZ 1983, 943), bei grober körperlicher Züchtigung (OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; der Sache nach auch BayObLG DAVorm 1983, 78 ff; LG Hamburg FamRZ 1981, 309 ff; anders LG Berlin 945 f [Einstufung noch als „Überreaktion“]) und ganz ohne Frage auch bei geplanter Zwangsheirat (vgl Anm JOHN FamRZ 1983, 1274 zum Fall LG Berlin aaO) oder gar Morddrohung (vgl KG FamRZ 1985, 97) oder bei sonst entwürdigender Behandlung (BayObLG DAVorm 1983, 78 [Kontrolle der Geschlechtsorgane bei 14jähriger Tochter durch italienische Eltern]). Besondere Toleranz ist hier schon deshalb nicht angebracht, weil solches Elternverhalten idR auch den Erziehungsstandards im Heimatland nicht entspricht.

**125** Eine **andere Grenzziehung** wird geboten sein, wenn der Inlandsbezug schwächer ist, insbesondere wenn sich das zu beurteilende Familienleben nicht in der Bundesrepublik, sondern im Ausland verwirklicht hat (vgl BayObLG FamRZ 1984, 1259; FamRZ 1985, 737: Kind besucht frühere Pflegeeltern in der Bundesrepublik, bleibt hier und wirft Eltern in der Türkei Erziehungsfehler vor). Hier werden die Schranken elterlicher Sorgekompetenz eher in Anlehnung an das Sorgerechtsstatut (zB also türkisches Recht) zu bestimmen sein (ganz verfehlt die Messung des Familienlebens in der Türkei an §§ 1626 ff, so aber BayObLG aaO). Der Kinderschutz nach § 1666 kann sich dann unter Umständen auf einen der öffentlichen Ordnung zuzurechnenden Kernbereich reduzieren (umfassend die Frage, ob [im vorerwähnten Fall] die Rückkehrweigerung des Mädchens einen eigenständigen Eingriffsgrund darstellt).

#### **126 cc) Sachliche Probleme im einzelnen**

In den bekanntgewordenen Fällen betr Ausländerfamilien begegnen zwei Grundprobleme des Kindesschutzes wieder, der Adoleszenzkonflikt (Rz 112 ff) und – wenn das Kind längere Zeit in einer deutschen Familie gelebt hat – der Bindungsaspekt (Rz 95). Auch wenn sie in concreto zusammentreffen, sollten sie doch gedanklich getrennt und entsprechend gewürdigt werden (nicht gelungen in BayObLG FamRZ 1985, 737; LEMPP FamRZ 1986, 1061).

**Adoleszenzkonflikte** können wesentlich verschärft auftreten, zur natürlichen Ablösung von den Eltern tritt die Ablehnung und versuchte Lösung des Kindes von den als einengend empfundenen Verhaltensregeln und Rollenbildern, die die Eltern aus ihrer Heimat mitgebracht haben und auch in der nächsten Generation durchsetzen wollen (LG Berlin FamRZ 1983, 943, 945). Zum grundsätzlichen Interventionsansatz, soweit begrenzte vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen in Frage stehen (Ge- oder Verbote, Beschränkung elterlicher Bestimmungsmacht, Schulanmeldung oä) vgl bereits Rz 124. Oft sind die beiderseitigen Positionen aber so verhärtet, daß als Entscheidungsalternativen nur noch Bestätigung des elterlichen Erziehungsprimats oder Trennung des Kindes von seiner Familie in Betracht kommen (die Belassung des Kindes bei den Eltern unter Auflagen und Ermahnungen läßt das Kind, wie die Erfahrungen zeigen, ohne effektiven Schutz, vgl JOHN FamRZ 1983, 1274; bei geplanter Mitnahme des Kindes in das Heimatland kann nicht auf später mögliche Kinderschutzmaßnahmen durch dortige Behörden verwiesen und dem bikulturell geprägten Kind der hier gebotene Schutz versagt werden, so aber LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843). Auch wenn ein derart zugespitzter Konflikt mitverursacht ist durch das Fehlen öffentlicher Hilfen für Gastarbeiterfamilien in der Bundesrepublik, berechtigt dieser Umstand doch nicht zu einer grundsätzlichen

Verweigerung gebotener, kindesschützender Eingriffe in das Elternrecht (gegen LG Berlin FamRZ 1983, 947; vgl § 1666 a Rz 15). Während die Entscheidung über den weiteren Verbleib in der Familie dem Jugendlichen auch unter dem Gesichtspunkt wachsender Reife und Selbstbestimmungsfähigkeit in aller Regel nicht zusteht (Rz 119), sind hier die besonderen Umstände zu beachten. Die Kinder sind aufgewachsen in einem Spannungsverhältnis zwischen zB türkisch-islamischer Familienwelt und westlich-pluralistischer Umwelt, sie sind notwendigerweise (Schulpflicht!) *bikulturell* geprägt. Insofern befinden sie sich auch innerlich in einem „tragischen Zwiespalt“ (LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843; FamRZ 1983, 943, 945), der durch Hinweis auf ihre ausländische Staatsangehörigkeit nicht überspielt werden kann (so aber LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843; Staatsangehörigkeit und „Heimat“ iS kultureller Zugehörigkeit können auseinanderfallen). Sie gehören sowohl in die deutsche wie in die (zB) türkisch-islamische Lebenswelt, so daß ihre ausschließliche Unterstellung unter die Maßstäbe der einen oder der anderen Ordnung gleichermaßen falsch ist: Was für die Eltern recht ist, gilt nicht mehr für die zweite Generation der Ausländerfamilien. Es ist primär Sache der Eltern, in ihrer Erziehung dieser Situation der Kinder Rechnung zu tragen. Beharren sie auch (und gerade) der heranwachsenden Tochter gegenüber auf strikter Konformität mit dem islamischen Frauenbild, einschl der damit verbundenen Kontakt- und Ausbildungsbeschränkungen bis hin zur frühen, elternbestimmten Verheiratung, muß dies die Tochter in existenzielle Konflikte (häufig bis zum Selbstmordversuch, vgl KG FamRZ 1985, 97 ff; JOHN FamRZ 1983, 1274) stürzen. Verweigern sich die Eltern dieser Erkenntnis oder halten sie dennoch starr an ihrem Autoritätsanspruch fest, *versagen* sie in ihrer elterlichen Verantwortung und gefährden das Kindeswohl (KG FamRZ 1985, 97, 99; BayObLG FamRZ 1985, 737, 739). Erst ihre Inflexibilität stellt die Jugendliche vor die Alternative: Elternhaus oder Lebensgestaltung entspr deutschen Umwelterfahrungen. Diese Entscheidung aber kann für bikulturell geprägte Jugendliche nur von diesen selbst getroffen werden, mangels dem Kind voll gerecht werdender Maßstäbe (weder türkische noch deutsche) Standards allein sind diesem Kind angemessen). Hier gewinnt der festgefügte **Kindeswille** entscheidende Bedeutung (6. DFGT, Arbeitskreis 14, in: Brühler Schriften zum Familienrecht Bd 4 [1986] 80f; KG FamRZ 1985, 97, 98 f; BayObLG FamRZ 1985, 737, 738 f; nicht unvermittelt umsetzbar, aber doch im Grundsatz entspr zu beachten sind die öffentlich-rechtlichen Kriterien zur „volkstumsmäßigen Prägung“ als Deutscher iS § 6 BVFG: Das Bekenntnis zum deutschen Volkstum setzt Volljährigkeit nicht voraus, vgl zuletzt BVerwG NJW 1989, 1875 mwN). Schlägt der Kindeswille zugunsten des als besser und zukunftsträgiger empfundenen Lebens in freiheitlich-pluralistischer Ordnung aus, so kann dies von deutschen Instanzen kaum beanstandet werden (BayObLG FamRZ 1985, 737, 739). Die Möglichkeit aufenthaltsrechtlicher Probleme nach Volljährigkeit hat als zu theoretisch außer Betracht zu bleiben (KG FamRZ 1985, 97, 100; anders noch LG Berlin FamRZ 1983, 943, 946; denkbar immerhin Einbürgerungsantrag oder Heirat eines Deutschen). Selbst bei notwendiger Rückkehr in die Heimat ist die Entscheidung zu freiheitlicher Lebensgestaltung nicht zunichte gemacht: Auch in den Großstädten der Türkei ist Frauen eine selbständige, emanzipierte Lebensführung möglich.

Diesen Konflikt können die Eltern vermeiden durch Anpassung der Erziehung an ihre Umwelt oder durch frühzeitige Rückführung der Kinder in jungen Jahren in ihre Heimat (KG FamRZ 1985, 97, 99; das von WENGLER, IPRax 1985, 334, 335 empfohlene strenge „Apart-Halten“ ist keine diskutabile Alternative).

Bei dieser Auffassung bleibt fraglich, *wann* von einer „bikulturellen Prägung“ im 127 vorgenannten Sinne gesprochen werden kann – kurze Berührungen zum deutschen Kulturkreis reichen ebensowenig aus wie der bloße Übersiedlungswunsch aus der

Türkei (BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1261 f). Statt auf einen abstrakten Mindestaufenthalt sollte eher auf das Alter des Kindes während des Aufenthalts und die Entschiedenheit seiner Hinwendung zum deutschen Kulturkreis abgestellt werden (vgl BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1263 [15-jährige Türkin läßt sich taufen]; Kindeswille auch akzeptiert in KG FamRZ 1985, 97, 99 [Kind nur 4½ Jahre in der Bundesrepublik, aber in der entscheidenden Zeit vom 11.–16. Lebensjahr]; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258 f [nur 1½ Jahre Inlandsaufenthalt]; nicht akzeptiert in LG Berlin FamRZ 1983, 947 [2½-jähriger Aufenthalt zwischen dem 14. und 17. Lebensjahr zu kurz]; Zweifelsfall: Kind lebt bis zum 6. Lebensjahr bei deutschen Pflegeeltern, zieht sodann ohne erkennbare Probleme zu seinen Eltern in die Türkei [7.–13. Lebensjahr], bleibt dann nach Besuch der Pflegeeltern in der Bundesrepublik [BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1261 f: kein bikulturelles Spannungsverhältnis, Rückführung; später in FamRZ 1985, 737: Kindeswille setzt sich auf Vollstreckungsebene doch durch]). Selbst wenn demnach im Einzelfall der Lösungswille des Kindes einen vormundschaftsgerichtlichen Eingriff in das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht rechtfertigt, kann er dennoch, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, auf Vollstreckungsebene einer von den Eltern beantragten Herausgabe entgegenstehen (BayObLG aaO; dazu noch Rz 171–173).

**128** Der **Bindungsaspekt** kann allein oder neben der Adoleszenzproblematik eine Rolle spielen, wenn das Kind längere Zeit bei einer *deutschen Pflegefamilie* gelebt hat (vgl BayObLG ZfJ 1985, 36 f; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271 ff; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff). Statt einer bikulturellen Prägung des Kindes kommt hier, je nach den verbliebenen Kontakten zu seinen Eltern, auch ein überwiegendes oder ausschließliches Hineinwachsen in den deutschen Kulturkreis in Betracht. Beim älteren Kind verstärkt der Gesichtspunkt der Bindungskontinuität das Gewicht seiner Selbstentscheidung zugunsten der Pflegeeltern; im übrigen ist das Gewicht des Kontinuitätsaspekts selbst erhöht durch den auch kulturellen Kontrast zwischen der erlebten Umwelt und den Lebensgewohnheiten und -auffassungen im Elternhaus (vgl oben Rz 97).

**129** Wie im Einzelfall auch immer entschieden wird, die Gerichte werden die *Balance zwischen zwei Fehlhaltungen* zu finden haben: Einerseits die schutzlose Überantwortung von Kindern an eine kulturell bedingt einengende Erziehung, obwohl die Kinder bisher andere Erziehung genossen haben oder aber dieser Kultur inzwischen entwachsen sind (so dem Ergebnis nach die zit Entscheidungen des LG Berlin; den kulturellen Zwiespalt der Ausländerkinder völlig ignorierend SCHÜTZ FamRZ 1986, 528 529 f; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216; auch [m anderer Tendenz] LEMPP FamRZ 1986, 1061; krit zu dieser Ignoranz BAER FamRZ 1982, 221, 226; zutr hingegen WIESER FamRZ 1990, 693, 697), andererseits vorschnelle, „rettende“ Eingriffe in ausländische oder Minderheitsfamilien, die die Entfremdung von Eltern und Kindern erst endgültig herbeiführen (problematisch deshalb OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258) oder die das Pflegekindschaftswesen dem Vorwurf aussetzen, es ermögliche der Mittelschicht, ökonomisch und sozial benachteiligten Familien die Kinder zu nehmen (bedenklich OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811; zum Problem LÜDERITZ AcP 178 [1978] 263, 293; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua II 188).

### 130 3. Gefahrabwendungsprimat der Eltern

Die Feststellung einer bestehenden Kindeswohlgefährdung impliziert, daß die Eltern ihrer Schutzfunktion bislang nicht nachgekommen sind, idR also soweit schon versagt haben. Damit ist der verfassungsrechtlich abgesicherte Elternvorrang gegenüber dem Staat aber noch nicht gegenstandslos geworden, die Eltern werden noch einmal aufgerufen, wenigstens jetzt und für die Zukunft ihren Pflichten zu genügen

und die eingetretene Gefährdung abzuwenden (Abs 1 S 1): „Wer seinen Pflichten nicht nachkam, hat sich damit noch nicht zur Folgenbeseitigung als unfähig oder unwillig erwiesen“ (GERNHUBER § 49 VIII 3). Erst die Feststellung des elterlichen Ausfalls auch für die Zukunft – aus welchem Grund auch immer (Unfähigkeit, Gleichgültigkeit, Unwilligkeit) – eröffnet die Möglichkeit vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe, es handelt sich also um ein *negatives Tatbestandsmerkmal* (allg M; anders – soweit ersichtlich – nur SCHLÜTER § 22 VI 2). Auch ohne Hervorhebung im Gesetz wäre diese Einschränkung („Subsidiaritätsklausel“, MünchKomm-HINZ Rz 46) aus dem System des vormundschaftsgerichtlichen Kindesschutzes zu folgern gewesen (oben Rz 8) sowie aus dem zukunftsorientierten Gefährdungsbegriff (oben Rz 65; RGRK-ADELMANN Rz 54).

Konsequenterweise haben die elterlichen Möglichkeiten zur Gefahrabwendung zentrales Thema bei der richterlichen Anhörung der Eltern zu sein; hat eine diesbezügliche Erörterung mit den Eltern in der ersten Instanz nicht stattgefunden oder ist sie aus den Akten nicht ersichtlich, muß sie vom Beschwerdegericht nachgeholt werden (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151; BayObLGZ 1983, 231, 235; vgl BayObLG FamRZ 1982, 634, 637; unten Rz 159).

Trotz anderen Standortes im Normaufbau korrespondiert der Subsidiaritätsgedanke eng mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (§ 1666 a). Sind die Eltern fähig und willens, die Gefahr abzuwenden, ist vormundschaftsgerichtliches Einschreiten nicht nur unzulässig, sondern ohnehin nicht erforderlich; sind sie es nicht, ist der staatliche Interventionsansatz vorrangig daran auszurichten, die Eltern wieder in den Stand zu versetzen, ihrer Verantwortung nachkommen zu können (Vorrang der „Hilfe zur Selbsthilfe“, vgl Rz 3).

Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals in der **Entscheidungspraxis** bleibt **131** hinter seinem systematischen und rechtspolitischen Stellenwert zurück. Die Möglichkeit einer Gefahrabwendung durch die Eltern selbst wird in den Entscheidungsbegründungen zumeist gar nicht ausdrücklich erwähnt. Beruht die Gefährdung auf dauerhaften Verhaltensweisen der *Eltern* (zB Mißhandlungen, Vernachlässigung auf Grund von Gleichgültigkeit, Drogen- oder Alkoholmißbrauch), wird angesichts des ohnehin oft sehr späten Eingriffszeitpunkts eine elterliche Verhaltensänderung offenbar nicht mehr erwartet. Diese Haltung der Gerichte ist dann berechtigt und macht längere Erörterungen oder gar „Bewährungsversuche“ überflüssig, wenn dem Verfahren langfristige, aber letztlich erfolglose öffentliche Hilfen für die Familie vorangegangen sind oder von den Eltern abgelehnt wurden (BayObLG FamRZ 1981, 86; OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542; DAVorm 1986, 804, 806 f; vgl § 1666 a Rz 16). Das VormG muß sich auch nicht auf verbale, möglicherweise sogar ernstgemeinte Beteuerungen der Eltern einlassen, wenn die Fallgeschichte zeigt, daß die Eltern doch immer wieder rückfällig werden (OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530 f: Drogenabhängigkeit). Auf die elterliche Abwendungsmöglichkeit braucht auch nicht eingegangen zu werden, wenn die Gefährdung gerade durch einen elterlichen Herausgabeantrag hervorgerufen worden ist, der aufrechterhalten wird (KG FamRZ 1981, 590, 591: Herausgabeverlangen dokumentiert mangelnden Willen zur Gefahrabwendung). Im übrigen sind elterliche Vorstellungen zur Gefahrabwendung auf ihre Geeignetheit zu überprüfen: Ungeeignet die Überlassung der Sorgerechtsausübung an das Jugendamt, wenn dieses zur Übernahme nicht bereit ist (KG FamRZ 1979, 1060, 1061); geeignet hingegen die Unterbringung des Kindes bei erziehungsbereiten und -fähigen Verwandten, wenn Verbleib des Kindes bei den Eltern nicht möglich oder gefährdend ist (BayObLG FamRZ 1985, 522 f: Mutter ist wegen Mißhandlung eines Neugeborenen das Sorgerecht entzogen; Vater, der bisher nicht eingeschritten war, will Kind jetzt zur Großmutter geben, die

schon seit 10 Jahren eine Schwester des Kindes gut betreut: kein Eingriff in das väterliche Sorgerecht [problematisch allerdings wegen zwischenzeitlicher Unterbringung des Babys in Pflegefamilie]; vgl auch OLG Schleswig SchlHA 1950, 93).

Zentraler Stellenwert auch in der Praxis muß der elterlichen Abwendungsmöglichkeit jedoch zukommen, wenn die Gefährdung von einem *Dritten* ausgeht. Nur wenn den Eltern (nochmals oder erstmals) Gelegenheit zur Abwendung gegeben wird, sind ihr Sorgevorrang gem Art 6 Abs 2 S 1 GG und die Subsidiarität staatlichen Kinderschutzes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) gewährleistet (vgl. Rz 74; RGRK-AEDELHANN Rz 50, 52).

#### IV. Rechtsfolge: Maßnahmen des VormG, Abs 1 S 1, 2 u Abs 2

##### 132 1. Grundsätze

Als auf Einzelfallgerechtigkeit abzielende Norm konnte das Gesetz die zu treffenden Maßnahmen nicht vorschreiben, sondern mußte sie dem **Auswahlermessen** des Tatrichters überlassen (BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381; DAVorm 1981, 901, 903; 1982, 381, 385; 1983, 78, 82; 1984, 1048, 1054). Die offene Formulierung des Gesetzes gibt dem Gericht weitgehende Gestaltungsfreiheit, die eine routinemäßige Verengung des Maßnahmespektrums nicht zuläßt (zur traditionellen Praxis vgl SIMTIS ua, Kindeswohl 174 ff). Um dem entgegenzuwirken, gebietet jetzt § 1666 a bei besonders schweren Eingriffen (Trennung Kind-Eltern, Entzug der gesamten Personensorge) die vorherige Ausschöpfung aller Hilfsmöglichkeiten – mehr „Phantasie“ (SIMTIS ua aaO) ist aber auch bei allen anderen Maßnahmen erforderlich.

Da es in Abs 1 um das *persönliche* Wohl des Kindes geht, ist ein Entzug der **gesamten elterlichen Sorge** regelmäßig weder angezeigt noch zulässig (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1133; ZfJ 1990, 605, 606). Ausnahmsweise kommen jedoch auch nach Abs 1, 2 (nicht nur Abs 3) Eingriffe in die **Vermögenssorge** in Betracht, wenn die Eltern durch deren Handhabung das persönliche Wohl des Kindes gefährden (zB zu weitgehende, das Kind geistig und seelisch überfordernde Dispositionsfreiheit; JAUERNIG-SCHLECHTRIEB Anm 4 a zu §§ 1666–1668, 1670). Die richterliche Verantwortung umfaßt in vollem Umfang auch die einzelnen Maßnahmen selbst, nicht nur die grundsätzliche Eingriffsentscheidung. Unzulässig ist deshalb die Einsetzung des Jugendamts als Pfleger unter Überlassung aller konkret zu treffenden Schutzmaßnahmen an das Jugendamt (krit ZENZ, Kindesmißhandlung 345, 362 ff, 399). Anderes kann gelten bei *vorläufigen Anordnungen* (vgl BayObLG DAVorm 1985, 914, 917; FamRZ 1989, 421 ff; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146; dazu ie Rz 177–179).

**133 Ziel der Maßnahmen** ist die Gefahrabwendung für das Kind. Dabei folgt nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Familie und des Elternrechts, sondern auch aus dem materiellen Kindesinteresse, daß die staatliche Intervention vorrangig nicht **gegen** die Familie, sondern auf ihre Unterstützung und Refunktionalisierung gerichtet sein muß (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; vgl ZENZ, Kindesmißhandlung 351: „Das Kind kann letztlich nur zu seinem **Recht** kommen, wenn **Hilfe** geleistet wird“; s auch oben Rz 3 sowie § 1666 a Rz 1). Es ist also bei den **Ursachen** des elterlichen Versagens anzusetzen, nicht nur bei den unmittelbar die Kindesgefährdung begründenden Symptomen. Kurz gesagt fordert § 1666 Hilfe statt Sanktion, und zwar nicht primär isolierende Hilfe für das Kind, sondern einen die ganze Familie erfassenden Hilfsansatz. Erst wenn Hilfe „über die Familie“ erfolglos oder aussichtslos ist, richtet sich der gebotene Kinderschutz notwendigerweise auch gegen die Eltern. Der ernstliche Versuch, zunächst die Konfliktquellen innerhalb

der Familie zu entschärfen und die Eltern zu unterstützen, sollte es bei Fehlschlägen dieses Versuchs aber auch erleichtern, die anderweitige Interessenwahrung des Kindes konsequent und konzentriert zu verfolgen. Zwar darf auch nachhaltig versagenden Eltern nicht generell jede Chance auf ihr Kind für den Fall späterer Konsolidierung verschlossen werden; bei Fremdplatzierung des Kindes gebietet § 37 Abs 1 KJHG folgerichtig die „begleitende Arbeit mit der Herkunftsfamilie“ mit dem Ziel ihrer Refunktionalisierung (s § 1666 a Rz 12).

Das Kindesrecht auf Lebensbedingungen, die ihm ein „gesundes Aufwachsen“ ermöglichen (BVerfGE 24, 119, 145), kann aber halbherzigen, grundsätzlich „vorläufigen“ Eingriffen in die elterliche Sorge entgegenstehen. Das „Hängenlassen“ des Kindes in nicht-endgültigen Arrangements kann zu dessen fortdauernder Verunsicherung und damit Hemmung seiner Entwicklung führen. Ist die für das Kind unverzichtbare Kontinuität und Stabilität seiner Lebensbedingungen trotz allen Bemühens nicht innerhalb eines im Lichte der Kindesinteressen vertretbaren Zeitraums mit den Eltern herzustellen, dann ohne und notwendigerweise gegen sie: § 1666 stellt, im Einklang mit der Verfassung, das Kindesrecht bei echten und schwerwiegenden Konflikten über das Elternrecht (vgl SIMITIS in: GOLDSTEIN ua III 197 f: die „Vorläufigkeit“ aller Maßnahmen macht den Gerichten das Entscheiden leichter, schadet aber oft den Kindern; ähnl ZENZ, Kindesmißhandlung 361). Dem entspricht das jugendhilferechtliche Gebot, in diesen Fällen für das Kind eine andere, dauerhafte Lebensperspektive zu erarbeiten (§ 37 Abs 1 S 4 KJHG; vgl auch §§ 33, 36 Abs 1 KJHG sowie unten Rz 140). Dabei ist die Erkenntnis zu beachten, daß professionelle Kindesbetreuung und -erziehung, so gut sie im Einzelfall auch sein mag (Heim, Pflegeeltern), niemals das Grundbedürfnis des Kindes nach autonomen „Eltern“ und „Familie“ zu befriedigen vermag (GOLDSTEIN ua III 28 und passim; ie noch § 1666 a Rz 5).

Auch wenn dies in § 1666 a nur für schwerwiegende Eingriffe ausgesprochen wird, **134** so steht doch *jegliche Maßnahme* nach § 1666 unter dem Vorbehalt der **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit**. Dieser allgemein anerkannte Grundsatz folgt aus Art 6 Abs 1 GG (ERICHSSEN-REUTER 58 f), aus dem Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG (BVerfGE 24, 119, 145; 60, 79, 89; FamRZ 1989, 145, 146) sowie auch aus dem Kindesrecht (Art 1, 2 GG): Gegen ungerechtfertigte Eingriffe des Staates in die Familie streiten Elternrecht und Kindesrecht gleichermaßen. Im übrigen ist zu beachten, daß die Auswirkungen einer Maßnahme bzw Nicht-Intervention für Eltern und Kind verschieden sein können; sie sind im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getrennt zu prüfen. Die so festgestellten Beeinträchtigungen von Eltern und Kind müssen dann gegeneinander abgewogen werden (ZENZ, Kindesmißhandlung 370 f). Auch unter diesem Aspekt kann sich ergeben, daß weiteres Zuwarten auf Bewährung der Eltern oder Besserung ihrer Lebensverhältnisse zwar nicht hoffnungslos und für die Eltern damit gerecht wäre, für das Kind aber zu erheblichen, irreversiblen Schäden führen würde und damit unzumutbar wäre (§ 1666 a Rz 5).

Der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit impliziert das **Gebot der Geeignetheit** der gewählten Maßnahme. Was geeignet ist, läßt sich erst nach genauer Ermittlung der Familiensituation und der erreichbaren öffentlichen und privaten Hilfsmöglichkeiten beurteilen. Geeignet und damit erforderlich können nur Maßnahmen sein, die die Kindessituation objektiv verbessern. Ist ein Eingriff grundsätzlich gerechtfertigt, kann dem Kind staatlicherseits aber die eigentlich gebotene Hilfe nicht zur Verfügung gestellt werden, so muß ein Eingriff zwar nicht stets ausscheiden (mißverständlich WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 517; ZENZ, Kindesmißhandlung 374). Wohl aber sind die Auswirkungen von Nichteingriff bzw verblei-

benden Eingriffsmöglichkeiten sorgfältig zu vergleichen (zur Verhältnismäßigkeit im engen Sinne sogleich noch Rz 137); vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen haben zu unterbleiben, wenn die Nachteile des Eingriffs die Belastungen des Kindes bei Nichtintervention aufwiegen. Damit ergibt sich eine teleologisch begründete Einschränkung auch schon im *Normtatbestand*: Rechtsfolgen werden nur ausgelöst, wenn geeignete und erforderliche Maßnahmen in concreto möglich sind. Unzulässig ist hingegen, den Schutz eines jetzt gefährdeten Kindes zu versagen, weil der Familie in der Vergangenheit die erforderlichen öffentlichen Hilfen nicht gewährt worden sind (so aber LG Berlin FamRZ 1983, 947; dazu oben Rz 126).

**136** Erforderlich und verhältnismäßig ist auch immer nur der **geringstmögliche Eingriff**. Genügt zB eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4, so bedarf es im Grundsatz keines Eingriffs in das Sorgerecht nach § 1666 (vgl Rz 45). Häufig reicht auch zur Gefahrabwendung ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (ggf mit weiteren Einzelbefugnissen) aus, ein völliger Entzug der Personensorge ist dann unverhältnismäßig (BayObLG FamRZ 1990, 1132 ff; ZfJ 1990, 605, 606 f). Beruht das elterliche Versagen auf „Überforderung“, so schießt eine Herausnahme des Kindes aus der Familie offenbar über das Ziel hinaus, wenn die Entscheidungsgründe nicht die Unmöglichkeit einer elterlichen Entlastung belegen (bedenklich deshalb BayObLG DAVorm 1985, 335, 337 f; LG Frankenthal DAVorm 1984, 320 ff [beengte Lebensverhältnisse und geringes Einkommen als Konfliktursachen]). Ist der Eingriff unumgänglich, so kann sich ein Gebot der „Nachsorge“, der flankierenden Hilfen mit dem Ziel der Reetablierung der Familie ergeben (OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 311; ZENZ, Kindesmißhandlung 152, 243, 256 f, 261) – vorbehaltlich eines etwaigen Kindesanspruchs auf Endgültigkeit der Regelung (Rz 133). Das gilt insbes bei Maßnahmen auf Grund vorläufiger Anordnungen (versäumt zB in BayObLG FamRZ 1989, 421 ff). Das „mildeste Mittel“ ist insbes auch mit Blick auf das *Kind* zu erwägen. Erweist sich eine Trennung des Kindes von den Eltern als erforderlich, sollten wenigstens die Geschwister nach Möglichkeit zusammenbleiben (GÖTZINGER-PECHSTEIN ZfJ 1985, 477 ff).

**137** Speziell das Prinzip der **Verhältnismäßigkeit** gebietet es, auch „erforderliche“ Maßnahmen in vorstehendem Sinn noch einmal abzuwägen gegen das mit dem vorgesehenen Eingriff verbundene Schadenspotential einerseits und die Risiken für das Kind bei Nichteingriff andererseits. So erscheint es zB unverhältnismäßig, bei zutiefst zerrüttetem Verhältnis zwischen Eltern und Großeltern einen Umgang zwischen Großeltern und Enkel gerichtlich anzuordnen (Rz 109, 110). Besonders problematisch sind auch *Trennungen* von Kind und Eltern, wenn beide Eltern das Verhältnis als positiv empfinden: Die drohende psychosoziale Schädigung des Kindes ist hier sehr groß, so daß nur schwerstwiegende Gefahren bei Verbleib des Kindes einen Eingriff rechtfertigen können. Dies wird man für den Fall einer neurotischen Mutter-Sohn-Symbiose, die die Sohnesentwicklung weitgehend blockiert, möglicherweise noch bejahen können (vgl Rz 88). Eher ein Grenzfall ist aber die harmonische, alternativ-bäuerliche „Aussteigerfamilie“, deren Kinder vom Schulbesuch abgehalten werden (BayObLGZ 1983, 231, 238 f): Die gerichtlich angeordnete Heimeinweisung der Kinder konnte nur auf der (unausgesprochenen) Wertung beruhen, daß mangelnde Ausbildung einen schwererwiegenden Nachteil darstellt als seelisch-soziale Entwurzelung (illegitim wären jedenfalls generalpräventive Erwägungen oder der Einsatz der kindesschädigenden Heimeinweisung zur Druckausübung auf die Eltern [vgl Rz 57]).

## 2. Einzelfragen

138

Das Spektrum der in Betracht kommenden Maßnahmen beginnt mit Ermahnungen, Auflagen, Ge- und Verboten. Diese wenig einschneidenden Interventionen reichen in der Praxis oft nicht aus: Zum Verfahren gem § 1666 kommt es regelmäßig erst, wenn die Bemühungen des Jugendamtes um kooperative Konfliktlösungen gescheitert sind oder schwerwiegende Gefahren drohen. In beiden Fällen genügen Maßnahmen mit überwiegender Appellfunktion nicht den Anforderungen an effektiven Kinderschutz (WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 512; SIMTIS ua, Kindeswohl, 159, 175).

Verweigert jedoch das Jugendamt eine nach dem KJHG pflichtgemäß zu gewährende und zur Gefährdungsabwendung geeignete Hilfe, die die Eltern zu akzeptieren bereit sind, so kann das VormG diese Hilfe *anordnen* als Maßnahme im Rahmen von § 1666 (s § 1666 a Rz 13). Das Freiwilligkeitserfordernis etwa auch bei der Erziehungsbeistandschaft (§§ 18 Abs 1, 30 KJHG) bleibt dabei gewahrt.

Echte *Eingriffe* in die elterliche Sorge können auf den Entzug einzelner Befugnisse, ganzer Teilbereiche (zB Vertretung) oder der gesamten Personensorge gerichtet sein (zu den Folgen des Entzugs unten 3.). Letztere Maßnahme wie auch die faktische Trennung des Kindes von der elterlichen Familie sind – als schwerwiegende Eingriffe – nur unter den Voraussetzungen des § 1666 a zulässig (s Erl dort). Sie können möglicherweise vermieden werden auch durch eine „Aufsichtspflegschaft“ (s § 1671 Rz 194). Zum Maßnahmespektrum gehören schließlich auch Folgeregelungen, wie etwa ein Umgangsrecht der Eltern nach Entzug der elterlichen Sorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Rz 51) oder die Anordnung psychotherapeutischer Behandlung des aus der Familie genommenen, psychisch geschädigten Kindes (etwa nach Kindesmißhandlungen, ZENZ, Kindesmißhandlung 287, 296; vgl Rz 75, 156). Zur eingriffsbegleitenden Arbeit mit der Herkunftsfamilie s Rz 133.

Eine besondere Rolle spielt in der Praxis die **Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts**, als zur Trennung des Kindes von seinen Eltern führende oder sie perpetuierende Maßnahme (vgl aber BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1054 f: Rückübertragung der elterlichen Sorge auf Eltern, aber Aufenthaltsbestimmungsrecht bleibt bei Pfleger zwecks kontrollierter, versuchsweiser Rückführung der Kinder in die Familie). Eines Entzugs dieses Rechts bedarf es nur, wenn seine bloße Beschränkung nicht ausreicht (BayObLG FamRZ 1965, 280, 281: Sorgeberechtigte Mutter darf nicht Rückkehr des Kindes zu sich bestimmen) oder wenn eine Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 nicht genügt (Rz 45, 136). Muß hingegen das Aufenthaltsbestimmungsrecht voll und auf nicht von vornherein begrenzte Zeit entzogen werden, sollte diese Maßnahme regelmäßig nicht isoliert erfolgen. Andernfalls ergäbe sich die unzuträgliche Situation, daß das Kind in einem Heim oder einer Familie plaziert wird, ohne daß die Pflegepersonen die zur Erziehung und Betreuung notwendigen Befugnisse haben. Letztere sind dem mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht betrauten Pfleger mitzuübertragen (unter entspr Entzug bei den Eltern) – auch zum Schutz des Pflegeverhältnisses vor elterlichem „Störfeuer“ (BayObLG DAVorm 1977, 583, 586 ff; FamRZ 1978, 135, 137; BayObLGZ 1980, 215, 221 f; 1983, 231, 239; ZBlJugR 1983, 302, 306; DAVorm 1985, 335, 338; FamRZ 1985, 100, 101; FamRZ 1989, 421, 422; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530, 531; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146; AG Frankfurt DAVorm 1982, 365, 368; FamRZ 1982, 1120, 1123 [Übertragung nicht auf Pflegeperson, sondern auf Jugendamt als „neutralen Dritten“]; CERTAIN ZBlJugR 1968, 104 ff; DIV-Gutachten DAVorm 1987, 972; KLUSSMANN ZfJ 1988, 478, 481; zur ähnl Problematik bei Verbleibensanordnungen nach § 1632 Abs 4 s oben Rz 45; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126; zum Problem mangelnder Erziehungskompetenz SCHÜTZ

FamRZ 1986, 528, 529; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216 [beide in anderem Zusammenhang]). Diese zusätzliche Übertragung von Erziehungsrechten sollte nicht erst späteren Entscheidungen nach § 1696 vorbehalten werden (so aber BayObLG DAVorm 1977, 583, 586 f; 1981, 901, 903 f; ähnl DAVorm 1983, 381, 385 f; ZfJ 1990, 363, 364). Sie kann jedoch ausnahmsweise unterbleiben, wenn die Eltern mit der Unterbringung des Kindes in der Pflegefamilie einverstanden und zur Kooperation bereit sind (AG Frankfurt DAVorm 1982, 368, 372).

- 140** Ist die Trennung des Kindes von den Eltern voraussichtlich *endgültig*, so genügt der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, selbst wenn er durch einzelne Erziehungsrechte ergänzt wird, vor allem bei kleineren Kindern regelmäßig nicht deren Interessenwahrung. Bei Eingriffen nach § 1666 gehört es auch zu den Verpflichtungen des Staates, „positiv die Lebensbedingungen für ein gesundes Aufwachsen des Kindes zu schaffen“ (BVerfGE 24, 119, 145). Diese verbieten, wenn die Eltern auf Dauer ausfallen, nicht nur die Störung neugewachsener Bindungen, etwa zu Pflegeeltern (BVerfGE 75, 201, 219 ff; FamRZ 1989, 145, 146), sondern *gebieten* auch die Ermöglichung neuen Beziehungsaufbaus und dessen rechtliche Absicherung. Geboten ist also nicht nur die faktische, sondern auch die rechtliche Eingliederung des Kindes in eine Ersatzfamilie. Der ungesicherte Status des Pflegekindes wird in anderen Zusammenhängen als auf Dauer kindeswohlwidrig eingestuft (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; SCHÜTZ FamRZ 1986, 528, 529); dies gilt nicht nur aus erzieherischen, sondern vor allem auch aus entwicklungspsychologischen Gründen (ZENZ Kindesmißhandlung 264 f, 297, 301 ff, 358–361; GOLDSTEIN ua III 28 ff; SIMITIS ebd 197 f; KLUSSMANN ZfJ 1988, 478, 481 ff).

Dieser Erkenntnis trägt § 37 Abs 1 KJHG Rechnung: Gelingt innerhalb eines im Hinblick auf die Kindesentwicklung vertretbaren Zeitraumes nicht die nachhaltige Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie, so ist eine andere, kindeswohlgemäße und auf Dauer angelegte Lebensperspektive zu erarbeiten.

Die demnach regelmäßig anzustrebende Dauerlösung durch Adoption (vgl § 36 Abs 1 KJHG; BayObLG ZfJ 1990, 605, 607: Pflegschaft gemäß § 1909 Abs 1 S 1 für den Antrag des Kindes nach § 1748 Abs 1 S 1; DAVorm 1985, 335, 338; KG FamRZ 1981, 590, 592) wird jedoch vereitelt, wenn die Eingriffsschwelle für eine Ersetzung der elterlichen Zustimmung (§ 1748) wesentlich höher angesetzt wird als die des § 1666: Man schafft so eine Gruppe von Kindern, denen gem § 1666 die Eltern voraussichtlich auf Dauer genommen, denen vollwertige Ersatzeltern aber verweigert werden (Fallbeispiele OLG Frankfurt FamRZ 1983, 531; OLG Hamm ZfJ 1984, 364 ff, KG FamRZ 1985, 526 f; AG Kerpen ZfJ 1985, 470; krit ZENZ, Kindesmißhandlung 358 ff).

- 141** Maßnahmen gem § 1666 Abs 1 S 1 richten sich gegen die Eltern und betreffen idR deren Sorgeverhalten gegenüber dem Kind. Ausnahmsweise können Ver- oder Gebote jedoch auch den nicht unmittelbar kindesbezogenen **Persönlichkeitsbereich der Eltern** betreffen (etwa Verbot an den verheirateten Vater, die Freundin in die Ehewohnung aufzunehmen und dort nächtigen zu lassen, vgl OLG Hamm JMBL NRW 1962, 243; vgl auch BayObLG ZBJugR 1969, 131). Zur elterlichen Erziehungsleistung gehört wesentlich auch das elterliche Vorbild (§ 1671 Rz 80, 81), auch kann elterliches Privatverhalten (wie in OLG Hamm aaO) das Kind seelisch erheblich verletzen. Allerdings ist gerade in diesem Zusammenhang eine streng kindzentrierte Betrachtung zu fordern, die früher häufige Benutzung des Kindeswohlarguments als Vehikel moralischer Gängelung elterlichen Privatverhaltens ist abzulehnen (vgl Rz 57, 89). Außerdem bedarf es selbst bei festgestellter erheblicher Kindesbetroffenheit noch einer Abwägung mit den Persönlichkeitsrechten der

Eltern – die Einschränkungen, die man dem Kindesinteresse zumutet im Hinblick auf seine familiäre Eingebundenheit (COESTER, Kindeswohl 209–214; ZENZ, Kindesmißhandlung 69), gelten dabei auch für die übrigen Familienmitglieder. So bleiben die Eltern grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung über sie persönlich zentral berührende Fragen (zB Beruf, Umzug, persönliche Beziehungen), auch wenn sie die dem Kindeswohl abträgliche Alternative wählen (vgl GERNHUBER § 49 VIII 5). Einem Elternteil kann also in Anwendung des § 1666 Abs 1 S 1 beispielsweise nicht geboten werden, einen besser bezahlten Arbeitsplatz anzunehmen, eine mit Familienumzug verbundene berufliche Veränderung abzulehnen, ehewidrige Beziehungen einzustellen und in die Familie zurückzukehren.

Auch Maßnahmen mit unmittelbarer **Wirkung gegen Dritte** sind zulässig (**Abs 1 142 S 2**). Mit der Eröffnung dieser Möglichkeit durch das SorgeRG 1979 sollten die Eltern davon entlastet werden, zur Wahrnehmung ihrer Sorge- und Schutzfunktion auf dem Prozeßweg (oder jetzt auch gem § 1632 Abs 3) gegen das Kind gefährdende Dritte vorgehen zu müssen (BT-Drucks 8/2788, S 59, s oben Rz 9). In teleologischer Reduktion muß das Gesetz deshalb so verstanden werden, daß der durch die Eltern angeregte vormundschaftsgerichtliche Schutz gegen Dritte tatbestandlich nicht „elterliches Versagen“ voraussetzt, sondern eine Alternative pflichtgemäßen Elternverhaltens darstellt (Rz 9).

*Dritter* iS der Vorschrift ist jede nichtsorgeberechtigte Person, also uU auch der andere Elternteil (Maßnahmen gegen den nach Scheidung nichtsorgeberechtigten Elternteil zur Verhinderung einer drohenden Kindesentführung sind also nach § 1666 Abs 1 S 2 zu treffen; aA OLG Köln FamRZ 1985, 1059f: Abs 1 S 1, weil darin Mißbrauch des „Restbestands der elterlichen Sorge“ läge). Das Verhalten des Dritten muß zumindest mitursächlich sein für die Kindesgefährdung (aA SOERGEL-STRÄTZ Rz 39). Als Maßnahmen kommen typischerweise Kontakt- oder sonstige Einwirkungsverbote in Betracht (dazu Rz 106 ff; an die Möglichkeit von **Kontaktgeboten** wird regelmäßig nicht gedacht, zum Problem § 1618a Rz 36, 37).

Als besondere Maßnahme erlaubt **Abs 2** die **Ersetzung von Erklärungen der Eltern** **143** durch das Gericht. Damit wird der vor dem SorgeRG notwendige Umweg über eine Pflegerbestellung zum Zwecke der Erklärungsabgabe überflüssig (Abs 2 kann als spezialgesetzliche Ausweitung der unmittelbaren Handlungsmöglichkeiten des VormG gem § 1693 verstanden werden, MünchKomm-HINZ Rz 57, § 1693 Rz 1). In Betracht kommen rechtsgeschäftliche Erklärungen (hinsichtlich Ausbildung und Beruf s Sondervorschrift des § 1631 a Abs 2 S 2) und rechtfertigende Einwilligungen, etwa in ärztliche Eingriffe oder sonstige Untersuchungen (BT-Drucks 7/2060 S 29; KG FamRZ 1970, 491; FamRZ 1972, 646; zur Ersetzung der elterlichen Einwilligung bei Schwangerschaftsunterbrechungen s Rz 82, 116; zum Aids-Test Rz 81).

Mit Wirksamkeit des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses gilt die elterliche Erklärung als abgegeben. Soweit das *Kind* zur Eigenentscheidung (mit-) berufen ist, wie etwa das insoweit einsichtsfähige Kind bei körperlichen Eingriffen (vgl Rz 83), kann seine Erklärung *nicht* gem Abs 2 ersetzt werden (SOERGEL-STRÄTZ Rz 40): Selbstbestimmung verträgt sich nicht mit vormundschaftsgerichtlicher Kontrolle. Bei selbstgefährdender Haltung des Kindes besteht allerdings Anlaß zu sorgfältiger Prüfung seiner Entscheidungsreife.

Die **Dauer vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen** wird von der Kindesgefährdung bestimmt. Befristungen kommen regelmäßig nicht in Betracht, da das Ende der Gefährdung allenfalls in Ausnahmefällen kalendermäßig feststehen wird (OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540). Statt dessen ist die Situation des Kindes von Amts wegen (ggf auf Anregung der Beteiligten) zu überprüfen (§ 1696 Abs 3), nicht mehr

erforderliche Maßnahmen sind nach § 1696 Abs 2 aufzuheben (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 f). Der bloße Wegfall des früheren Eingriffsgrundes genügt hierfür jedoch noch nicht, es bleibt zu prüfen, ob nicht nunmehr neue Gesichtspunkte für den Fortbestand der Maßnahme sprechen (zB Bindung des Kindes an die Pflegeperson, vgl § 1632 Abs 4; OLG Karlsruhe Justiz 1982, 90, 91). Aus Klarheitsgründen scheiden auch (aufschiebend oder auflösend) bedingte Eingriffe aus (BayObLG NJW 1952, 320).

### 145 3. Folgen vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe in die elterliche Sorge

Wird beim *ehelichen Kind* das Sorgerecht nur eines Elternteils ganz oder teilweise entzogen, folgen die Konsequenzen aus § 1680 (s Erl dort). Das VormG hat im Beschluß auszusprechen, daß der andere Elternteil die betr Befugnisse nunmehr allein ausübt (KG FamRZ 1971, 267, 269; BayObLG NJW 1962, 2204). Im Falle einer „abweichenden Entscheidung“ nach § 1680 Abs 1 S 2 sowie bei beidseitigem Entzug ist zugleich mit dem Beschluß nach § 1666 ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (§§ 1773, 1774 bzw 1909; ein Vormund ist zu bestellen, wenn das gesamte Sorgerecht betroffen ist).

**146** Beim *nichtehelichen Kind* ist bei Teilentzug stets Pflegerbestellung erforderlich (kein automatischer Übergang auf Amtspfleger, LG Berlin DAVorm 1975, 385; 1979, 764; Einzelpfleger hat Vorrang vor Amtspfleger, §§ 1915, 1791 b Abs 1 S 1, OLG Frankfurt FamRZ 1980, 284, 285). Bei vollem Sorgerechtsentzug kann ein Einzelvormund gem § 1773 bestellt werden (OLG Hamm DAVorm 1985, 502); dies *muß* geschehen, wenn die Amtspflegschaft für das Kind zuvor schon aufgehoben worden war (BayObLG ZBIJugR 1983, 302, 307). Bestand hingegen noch Amtspflegschaft, so endet diese zwar mit dem Sorgerechtsentzug, (§ 1918 Abs 1), setzt sich aber – in Ermangelung eines Einzelvormunds – als Amtsvormundschaft kontinuierlich fort, § 1791 c Abs 2 (LG Berlin DAVorm 1979, 764).

**147** Ist den Eltern das Sorgerecht wirksam entzogen, steht ihnen gegen die spätere Pflegerbestellung grundsätzlich *kein Beschwerderecht* gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG mehr zu (BGH NJW 1956, 1755; aA BayObLGZ 1964, 284, 285 f). Anderes sollte jedoch gelten, soweit sich die Eltern nur gegen die *Person* des ausgewählten Pflegers wenden (KG FamRZ 1986, 1245, 1246).

Zum **Umgangsrecht** der Eltern nach Entzug des Sorgerechts s oben Rz 51 u § 1634 Rz 124.

## V. Entziehung der Vermögenssorge, Abs 3

### 148 1. Allgemeines

Unter den besonderen Voraussetzungen des Abs 3 kann das VormG den Eltern auch die **Vermögenssorge** (ganz oder teilweise) entziehen, wenn sie ihre Unterhaltspflicht den Kindern gegenüber verletzt haben und für die Zukunft deren Unterhalt gefährdet ist (vgl aber auch Rz 132). Abs 3 begründet sich daraus, daß in diesen Fällen eine Vermögensgefährdung des Kindes iSd § 1667 nicht notwendigerweise vorliegt und Unterhaltspflichtverletzungen regelmäßig nicht nur das Vermögensinteresse, sondern vor allem auch das persönliche Wohl des Kindes berühren. Demgemäß wird als Normzweck genannt: (1) Schutz des leiblichen Wohls vor Gefährdungen durch Unterhaltspflichtverletzungen; (2) Sicherstellung der Verwendung von Kindeseinkünften aus Vermögen oder Erwerbstätigkeit gem § 1649 Abs 1 (BayObLG FamRZ 1964, 638 f; DAVorm 1989, 153, 155).

Das **Verhältnis zu Abs 1 S 1** ist streitig. ZT wird für Eingriffe nach Abs 3 verlangt, **149** daß die allgemeinen Voraussetzungen des Abs 1 S 1 vorliegen müßten (OLG Karlsruhe FamRZ 1961, 486, 487; GERNHUBER § 49 VIII 7 Fn 28), zT hält man Abs 3 aber auch für einen selbständigen Eingriffstatbestand (KG RJA 8, 86 f; JFG 14, 423, 425 f; MünchKomm-HINZ Rz 59; SOERGEL-STRÄTZ Rz 46; VoraufI Rz 281). Für die erste Auffassung spricht das Wort „auch“ in Abs 3, unstreitig können bei Erfüllung beider Tatbestände Maßnahmen nach Abs 1, 2 mit der nach Abs 3 kumuliert werden (der Entzug der Vermögenssorge nach Abs 3 kann einem Entzug der Personensorge auch *nachfolgen*, KG RJA 8, 86 f). Andererseits setzt Abs 3 die „Gefährdung des Unterhalts“ einer Kindeswohlgefährdung iS von Abs 1 S 1 gleich – zusätzlich noch letztere zu fordern oder gar begleitende Maßnahmen nach Abs 1, 2 wäre nicht nur text-, sondern auch sinnwidrig.

## 2. Der Tatbestand im einzelnen

150

Eine **Unterhaltspflichtverletzung** iSv Abs 3 liegt vor, wenn der nach § 1601 ff geschuldete, angemessene Kindesunterhalt ganz oder teilweise nicht geleistet wird (KG RJA 8, 86, 88; BayObLG DAVorm 1989, 153, 155). Bar- und Naturalunterhalt sehen sich insoweit gleich (BRÜGGEMANN ZBIJugR 1980, 53, 68), mangelnde Ernährung und Versorgung des Kindes ist ein typischer Fall der Kumulation von Abs 1 und Abs 3 (vgl OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; s Rz 85). Schuld ist auch hier unerheblich. Im Fall des § 1649 Abs 1 kann eine Unterhaltspflichtverletzung auch darin liegen, daß vom gem §§ 1602, 1603 Abs 1 nicht unterhaltspflichtigen Elternteil dem Kind die zur Unterhaltung notwendigen Mittel aus seinen Einkünften nicht zur Verfügung gestellt werden (KG JFG 14, 423, 427 f). Keine Unterhaltsverletzung soll vorliegen, wenn der Sorgeberechtigte nicht leistet, weil ihm das Kind von den Betreuungspersonen vorenthalten wird (OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 89 f; vgl OLG Hamm FamRZ 1973, 40, 42).

Eine **Gefährdung des Unterhalts für die Zukunft** kommt (trotz Streichung des **151** entspr Wortes durch das SorgeRG) nur bei *erheblichen* Unterhaltsverletzungen in Betracht (BayObLG DAVorm 1989, 153, 155; MünchKomm-HINZ Rz 60; SOERGEL-STRÄTZ Rz 46) – dies ergibt sich aus dem Gefährdungsbegriff und dem Verhältnis-mäßigkeitsgebot. Die Gefährdung muß sich auf den künftigen *Unterhalt* beziehen, nicht auf das Kindesvermögen (dann § 1667). Eine Unterhaltsgefährdung liegt nicht vor, wenn der unterhaltspflichtige Elternteil zwar nicht leistet, das Kind aber (1) anderweitig versorgt wird und dies (2) entweder auf Grund einer Vereinbarung mit der anderen Person (auch dem anderen Elternteil) geschieht (BayObLG aaO 155 f) oder zumindest auf Grund wechselseitiger Kenntnis und Duldung der Situation (KGJ 37. A 44 f; BayObLG FamRZ 1964, 638 f). Bloßes Einspringen Dritter (auch öffentliche Leistungen oder Versorgung durch Pflegeeltern) in die durch die Unterhaltspflichtverletzung entstandene Versorgungslücke (was praktisch immer erfolgen wird) beseitigt die Unterhaltsgefährdung nicht (anders wohl OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530, 531; dem folgend MünchKomm-HINZ Rz 60).

Als **Maßnahme** nennt das Gesetz den Entzug der Vermögenssorge, also der Vermögensverwaltung und der diesbezüglichen Vertretung. Teilentzug ist möglich. Hinsichtlich der weiteren Folgen vgl oben Rz 145–147.

## VI. Verfahrensfragen

### 152 1. Zuständigkeit

Die *sachliche* Zuständigkeit für Maßnahmen auch § 1666 liegt beim **VormG** (Richtervorbehalt, § 14 Nr 8 RPflG) als Abteilung des Amtsgerichts (§ 35 FGG). Zur Abgrenzung von der familiengerichtlichen Zuständigkeit s oben Rz 37 ff. Bei Zuständigkeitsstreit ist § 36 Nr 6 ZPO entspr anwendbar (BGH DAVorm 1980, 933 ff). Die *örtliche* Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG. Zur *internationalen* Zuständigkeit unten Rz 181.

### 153 2. Verfahren

Aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht folgt, daß das **Kindeswohl** auch die **beherrschende Richtlinie** für die gesamte Verfahrensgestaltung sein muß (COESTER in: 6. DFGT 35 f; vgl oben Rz 55). Dies gilt für die Entscheidungsfindung, -begründung und ggf -durchsetzung. Es gilt insbes auch für die *Verfahrensdauer*, die nicht selten weit über das hinausgeht, was für das Kind angemessen oder noch erträglich ist (SIMITIS ua, Kindeswohl 153–157, 164; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 615 f). Dabei ist allerdings einzuräumen, daß wesentliche Schuld hieran auch oft bei den Beteiligten liegt, die in verbissenem Streit um das Kind dessen objektives Wohl längst aus den Augen verloren haben. Problematisch im Lichte des Kindeswohls ist auch der Prüfungsansatz der Rechtsbeschwerdeinstanz: Die Aufrechterhaltung des Beschlusses der Vorinstanz hängt von dessen Rechtmäßigkeit im Zeitpunkt der Beschlußfassung ab; daß das Rechtsbeschwerdegericht mehrere Monate später de facto oft über einen anderen Sachverhalt entscheidet (insbes im Hinblick auf Trennungszeiten und Kindesverwurzelung), wird ignoriert (das gilt auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle, vgl BVerfG ZfJ 1989, 88 = FamRZ 1989, 31: Kleinstkind seit Geburt für 9 Monate bei Pflegeeltern zur Zeit der Beschwerdeentscheidung, 10 Monate zur Zeit der OLG-Entscheidung, 15 Monate bei Entscheidung des BVerfG). Angesichts der Autorität der obergerichtlichen Entscheidung wird den Tatsacheninstanzen oft der Mut fehlen, den geänderten Umständen nach Rückverweisung oder im Rahmen des § 1696 eigenverantwortlich Rechnung zu tragen.

### 154 a) Einleitung

Die **Einleitung des Verfahrens** erfolgt **von Amts wegen**. Dies ergibt sich aus der Funktion des staatlichen Wächteramtes, dessen Ausübung nicht von der Initiative Privater oder von Behörden abhängen kann. Dem steht nicht entgegen, daß das VormG von dritter Seite über Eingriffstatbestände informiert und zur Maßnahme angeregt wird – so obliegt dem Jugendamt gem § 50 Abs 3 KJHG eine Anzeigepflicht (dies ist eine Belastung für die unterstützende Sozialarbeit des Jugendamts, vgl BT-Drucks 11/5948 S 86; ZENZ, Kindesmißhandlung 143).

Nach einstweiliger Inobhutnahme oder Umplazierung durch das Jugendamt hat es ebenfalls das VormG anzurufen, wenn die Personensorgeberechtigten widersprechen (§§ 42, 43 KJHG; vgl Rz 53). Auch Anregungen Dritter muß das VormG von Amts wegen nachgehen (vgl KOLLHOSSER, Zur Stellung und zum Begriff des Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit [1970] 303 ff). Hier kommen öffentliche Institutionen wie Schule und Kindergarten in Betracht, aber auch private Dritte wie Nachbarn, Ärzte oder Verwandte. Auch die Eltern oder ein Elternteil können vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen

erbitten, wenn das Kind durch Verhalten eines Dritten (Abs 1 S 2) oder durch den anderen Elternteil gefährdet ist (s oben Rz 8, 9, 142).

Auch dem betroffenen **Kind** wird von der hM **kein formelles Antragsrecht** zugebilligt, seine „Anregung“, Maßnahmen zu treffen, hat das VormG pflichtgemäß zu überprüfen wie andere Anregungen auch. Dies gilt auch, soweit das (mindestens 14jährige) Kind gegen die erstinstanzliche Entscheidung ein eigenständiges Beschwerderecht gem § 59 FGG hat (JANSEN, FGG § 59 Rz 12; BT-Drucks 7/2060 S 29; krit zugunsten eines Antragsrechts des Kindes HINZ, Kinderschutz 56–63; MünchKomm-HINZ Rz 63). Allerdings hat der Jugendliche in letzterem Fall im Verfahren die Rechtsstellung eines formell und materiell Beteiligten (LG München FamRZ 1978, 614, 617 [zu § 1634]; JANSEN, FGG § 6 Rz 5; HINZ, Rechtsschutz 46 ff; SOERGEL-STRÄTZ Rz 54; aA LG Kassel FamRZ 1970, 597), kann also schon im Vorfeld der erstinstanzlichen Entscheidung seine Interessen wahrnehmen. Hierzu kann das VormG dem Kind einen Rechtsanwalt beordnen. Diese Maßnahme signalisiert im Einzelfall Achtung und Anerkennung der eigenständigen Interessen und Persönlichkeitsrechte des Kindes, deren Wahrung durch die Eltern nicht hinreichend gesichert erscheinen mag. Die Bestellung eines Verfahrensvertreters für das Kind muß deshalb auch vor Erreichung des 14. Lebensjahres in geeigneten Fällen möglich sein (AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1985, 532, gestützt auf Art 103 Abs 1 GG, mit krit Anm KUNTZE; zust MünchKomm-HINZ Rz 63; vgl auch BVerfG NJW 1986, 3129, 3130; NJW 1981, 217). Da es dabei noch nicht um die rechtliche Vertretung des Kindes, sondern um seine sachliche Interessenwahrung geht, bedarf es nicht der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft (zur übergreifenden Thematik eines „Kindesanwalts“ vgl Protokolldienst 14/83 der Ev Akademie Bad Boll [1983], Der Anwalt des Kindes; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I 58 ff, 83, 122; SALGO ZBJugR 1985, 259 ff; ders Neue Praxis 1988, 150 ff; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua III 191, 201 ff; ZENZ, Kindesmißhandlung 413–415 mwN; FROMMANN, Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss Frankfurt [1977]). Da der 14jährige Jugendliche im übrigen auch gegen die Ablehnung der angeregten richterlichen Schutzmaßnahme eigenständig Beschwerde gem § 59 FGG einlegen kann (OLG Hamm FamRZ 1974, 29, 30; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540; LG Kassel FamRZ 1970, 597; MünchKomm-HINZ Rz 63; SOERGEL-STRÄTZ Rz 56), fordern sachliche Gesichtspunkte nicht die Aufwertung seiner Anregungsmöglichkeit zu einem formellen Antragsrecht. Auf seine Verfahrensrechte ist das Kind schon vom Jugendamt hinzuweisen, § 8 Abs 1 S 2 KJHG. Die Stellung eines Verfahrensbeteiligten hat auch der *Dritte*, gegen den gem Abs 1 S 2 Maßnahmen ergriffen werden sollen.

## b) Ermittlungen

156

Für die Ermittlungen gilt der Untersuchungsgrundsatz, § 12 FGG. Sie erfolgen entweder formlos oder entspr den Vorschriften der ZPO im förmlichen Beweisverfahren (§ 15 FGG). Letzteres empfiehlt sich bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in die elterliche Sorge (OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 260), im übrigen liegt die Art der Aufklärung jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Vormundschaftsrichters (OLG Düsseldorf aaO; KG NJW 1961, 2066). Entsprechendes gilt für den Umfang der Ermittlungen: Diese sind grundsätzlich auf alle Aspekte zu erstrecken, die für die Voraussetzungen der Maßnahme, ihre konkrete Gestalt und ihre Folgen von Bedeutung sind. Hierin liegen gleichzeitig Auftrag und Grenze der tatrichterlichen Ermittlungspflicht: Die Ermittlungen sind nur insoweit auszudehnen, als das Vorbringen der Beteiligten und der erkennbare Sachverhalt bei sorgfältiger Überlegung im Lichte des Gesetzes dazu Anlaß geben (BGHZ 40, 54, 75; BayObLG

DAVorm 1982, 604, 609; 1981, 897, 901; FamRZ 1976, 43, 45). An darüber hinausgehende Beweisanträge der Beteiligten ist das Gericht nicht gebunden. Jedoch dürfen mögliche Tatsachenermittlungen nicht durch Unterstellungen ersetzt werden (OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931: Kindeswohlgefährdung in Pakistan).

**157** Im Hinblick auf § 1666 a sind die Ermittlungen auch auf die denkbaren **Hilfsansätze** zu erstrecken (ZENZ, Kindesmißhandlung 152). Dies setzt die Aufklärung der sozialen, psychologischen und familiendynamischen Zusammenhänge voraus, die zum elterlichen Versagen geführt haben (ZENZ 328). Weiterhin sind die Ermittlungen zu richten auf die Geeignetheit der ins Auge gefaßten und anderer denkbarer Maßnahmen sowie beispielsweise die Notwendigkeit einer psychotherapeutischen Behandlung des mißhandelten Kindes nach seiner Trennung von den Eltern (Rz 75, 138). Polizeiliche Ermittlungen und solche im Strafverfahren können verwertet werden, binden den Vormundschaftsrichter aber nicht (schon im Hinblick auf die andersartige Fragestellung) und entbinden auch nicht von eigenen Feststellungen (vgl Rz 75). Letztlich nichts anderes gilt für die Berichte, die das Jugendamt gem § 50 Abs 3 KJHG oder § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG erstattet (grundsätzlich DANZIG, Kindschaftsrecht 177 ff): Sie ersetzen nicht eigene Ermittlungen des Gerichts (zu vorläufigen Anordnungen jedoch Rz 178), da dieses seine Entscheidung nur auf Grund unvermittelter Sachanschauung treffen darf und die regelmäßig schon vorhandene Involviertheit des Jugendamts in den Fall Zurückhaltung gegenüber der Verwertung tatsächlicher Angaben nahelegt (ZENZ, Kindesmißhandlung 140 ff, 308). Dies gilt besonders, wenn die Beteiligten den Sachverhalt verschieden darstellen.

#### **158 c) Insbesondere: Anhörungspflichten**

Ermittlungspflicht gem § 12 FGG sowie Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs gem Art 103 Abs 1 GG sind die Grundlage der richterlichen *Anhörung der Beteiligten* (zu einstweiligen Anordnungen Rz 178; zum Beschwerdeverfahren Rz 175). Zu hören sind die Eltern (§ 50 a FGG), das Kind (§ 50 b FGG), Pflegepersonen (§ 50 c FGG), Dritte, gegen die Maßnahmen getroffen werden sollen (Abs 1 S 2) sowie das Jugendamt (§§ 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG, 50 Abs 1 KJHG). Die Anhörung weiterer Personen kann aus dem Untersuchungsgrundsatz (§ 12 FGG) geboten sein.

**159** Speziell die **Anhörung der Eltern** hat, neben den erwähnten Gründen, den Zweck, dem Gericht einen *persönlichen Eindruck* zu verschaffen (BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1982, 634, 637; FamRZ 1980, 1150, 1151; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932). Dieser ist wesentliche Grundlage für die zu treffenden Maßnahmen, er ermöglicht die Korrektur verzeichnender Jugendamtsberichte (vgl BayObLG FamRZ 1982, 638, 639 f) oder unbelegter Vermutungen (vgl das LG in BayObLG DAVorm 1986, 269 u später FamRZ 1986, 102: Zunächst vertraute das LG auf Vernunft und Zuneigung der [nicht angehörten] Mutter, nach Rückverweisung und Anhörung wurde die Mutter als „völlig ungeeignet, feindselig“ und selbstsüchtig eingestuft). Des weiteren sollen im Rahmen der Anhörung die Möglichkeiten der Eltern erörtert werden, die eingetretene Kindeswohlgefährdung abzuwehren (vgl Rz 130; BayObLGZ 1983, 231, 235; FamRZ 1980, 1150, 1151); hilfsweise ist mit den Eltern nach den schonendsten Maßnahmen zu suchen (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151). Die Anhörung der Eltern kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn diese für nicht absehbare Zeit nicht erreichbar sind (§ 50 a Abs 3 S 1 FGG, BayObLG FamRZ 1981, 814, 815 [Auslandsaufenthalt]).

**160** Die **Anhörung des Kindes** soll dem Tatrichter insbes ein besseres Verständnis von dessen Persönlichkeit und Situation, von seinen Bedürfnissen und Gefühlen vermit-

keln. Gleichzeitig kann das Gewicht einzelner Faktoren für dieses Kind besser eingeschätzt werden (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273). Neben der persönlichen Kenntnis dient die Anhörung des Kindes aber auch der Ermittlung seines Willens. Die Unterscheidung dieser beiden Funktionen der Anhörung (Rz 62, 63; näher § 1671 Rz 115 ff) ist wichtig für die Frage einer Altersgrenze bei der Anhörung: Die Stimme eines über 14jährigen Kindes hat gem § 50 b Abs 2 S 1 FGG stets Gewicht. Aber auch bei jüngeren Kindern kann gem § 50 b Abs 1 FGG der Kindeswille von Bedeutung sein; der Umstand jedoch, daß das betroffene Kind zur „vernünftigen Eigenbeurteilung“ noch nicht in der Lage ist, befreit nicht von der Anhörungspflicht (so aber BayObLG FamRZ 1981, 814, 815), denn Neigungen und Bindungen sind nach § 50 b Abs 1 FGG alternativer Gegenstand der Anhörung (treffend differenzierend OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f; BayObLG ZfJ 1985, 36). Es kann deshalb *keine generelle untere Altersgrenze für die Kindesanhörung* geben, auch 3jährige Kinder beispielsweise sind anzuhören (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272 f; BayObLG ZfJ 1985, 36; vgl auch BayObLG FamRZ 1983, 948 [4 Jahre]; FamRZ 1985, 1179, 1180 [8 Jahre]; DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1987, 86, 88; DAVorm 1981, 901, 904; DAVorm 1983, 381, 386; FEHMEL DAVorm 1981, 169, 172 f; LUTHIN FamRZ 1979, 986, 988 f; ders, FamRZ 1981, 111, 112 ff; ders, FamRZ 1981, 1149 f). Dem hat insbes die Praxis vor dem SorgeRG oft nicht entsprochen (SMITIS ua, Kindeswohl 158; vgl noch OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813 [keine Anhörung des 4jährigen Kindes trotz existenzieller Betroffenheit]); heute führt die Nichtanhörung auch kleiner Kinder jedoch regelmäßig zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz (vgl die oben zit Entscheidungen).

**Die Kindesanhörung darf nur ausnahmsweise unterbleiben**, wenn hierfür besondere **161** Gründe sprechen. Als solche wurden anerkannt:

(1) Wenn der Sachverhalt in anderer Weise ausreichend ermittelt worden ist und demnach schon feststeht, daß das objektive Wohl des Kindes – unabhängig vom Kindeswillen – eine bestimmte Entscheidung erfordert (BayObLG DAVorm 1981, 901, 904 [Kind verstört in Loyalitätskonflikten]; DAVorm 1983, 381, 387 [Kind im Elternhaus erheblich gefährdet]; FamRZ 1984, 928, 929 [Kindesmißhandlung]; ZBIJugR 1983, 308, 310 [keine Rückgabe des Kindes an die Mutter wegen deren objektiver Erziehungsunfähigkeit]). Diese Fälle sind im Rahmen des § 1666 häufiger als bei der Sorgeverteilung nach Scheidung, müssen aber dennoch als *Ausnahmen* verstanden werden. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die grundsätzliche Anhörungspflicht durch stereotype Floskeln in ihr Gegenteil verkehrt wird („... ein die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis brauchte das LG von der Anhörung des Kindes nicht zu erwarten“, BayObLG DAVorm 1982, 359, 364). Ob die Anhörung ergiebig war oder nicht, steht regelmäßig erst nach ihrer Durchführung fest. Außerdem kann sie – selbst wenn eine Eingriffsnotwendigkeit grundsätzlich feststeht – Hinweise auf die konkret zu treffende Maßnahme geben (angemessen individualisierende Begründung zB in OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f: Für Willensentscheidung waren Kinder zu klein, Bindungen zu den Eltern konnten andererseits wegen langjähriger Trennung nicht vorliegen; vgl auch BayObLG ZfJ 1985, 36 f).

(2) Wenn eine (erneute) Anhörung voraussichtlich nichts Neues bringt, etwa weil das Kind innerhalb kurzer Zeit schon oft richterlich zur selben Thematik angehört worden ist (BayObLG DAVorm 1982, 604, 610; ZBIJugR 1983, 308, 310 f; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120, 1121) oder weil das Kind schon in der Vorinstanz jede Äußerung beharrlich verweigert hat (BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 310, 311; FamRZ 1984, 929, 930). Auch hier ist vor floskelhaftem Gebrauch zu warnen.

(3) Wenn die Anhörung das Kind unverhältnismäßig *belasten* würde. Dabei ist davon auszugehen, daß *jede* Anhörung für das Kind belastend ist, der Gesetzgeber dies aber bei Statuierung der Anhörungspflicht grundsätzlich in Kauf genommen hat. Deshalb können nur *besondere* Belastungen im Einzelfall ein Absehen von der Anhörung rechtfertigen (BayObLG FamRZ 1987, 86, 88; ZBIJugR 1983, 308, 310 f; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120, 1124; KG FamRZ 1981, 204 [Scheidungsfall]). Ärztliches Abraten von der Anhörung wird insoweit regelmäßig zu beachten sein (BayObLG DAVorm 1982, 359, 364).

- 162 Die Anhörung des Jugendamtes** (§§ 50 Abs 1 KJHG, 49 Abs 1 Nr 1 Ziff FGG) soll sowohl der Tatsachenermittlung dienen wie auch dem Jugendamt Gelegenheit zur gutachtlichen Äußerung geben. Das Jugendamt wirkt im gerichtlichen Verfahren als Träger *eigener* Aufgaben mit, es ist nicht bloßes Hilfsorgan des Gerichts. Aus dem eigenständigen Mitwirkungsrecht und der daraus folgenden Anhörungspflicht des Gerichts folgt andererseits auch die *Pflicht* des Jugendamts zur Mitwirkung (BT-Drucks 11/5948 S 87, 138). Die Pflicht zur Stellungnahme umfaßt regelmäßig, aber nicht notwendig einen Entscheidungsvorschlag des Jugendamts. Das VormG ist verpflichtet, sich mit dem Jugendamtsbericht auseinanderzusetzen; eine Abweichung von dessen Entscheidungsvorschlag muß idR begründet werden (BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 276). Einstweilige Anordnungen können ohne Anhörung des Jugendamts getroffen werden (§ 49 Abs 4 FGG).

**163 d) Insbesondere: Sachverständigengutachten**

Wenn die Sachkunde des Vormundschaftsrichters zur Feststellung und Bewertung wesentlicher (etwa seelischer oder geistiger) Aspekte des Kindeswohls nicht ausreicht, ist von Amts wegen ein Sachverständigengutachten anzufordern. Die grundsätzlich erforderliche Einwilligung des Sorgeberechtigten (BayObLG FamRZ 1987, 87, 88 f) kann durch das Gericht ersetzt werden, Abs 2, nicht jedoch die Einwilligung des Kindes, die bei hinreichender Einsichtsfähigkeit allein oder kumulativ erforderlich ist (vgl Rz 83; in letzterem Sinne BayObLG aaO). Bei Unterbringung sind zudem §§ 1631 b u 64 a, 64 i FGG zu beachten; ein Elternteil selbst kann nicht gegen seinen Willen begutachtet werden (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167 f).

- 164** Zwar steht die **Einholung eines Gutachtens** im *pflichtgemäßen Ermessen* des Richters, in der Nichteinholung kann im Einzelfall aber fehlerhafter Ermessensgebrauch und damit ein Verstoß gegen die richterliche Ermittlungspflicht liegen (BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 813; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931). An Beweisanträge der Beteiligten ist das Gericht allerdings nicht gebunden (BGH FamRZ 1965, 433, 434; BayObLG DAVorm 1982, 359, 364), eines Gutachters bedarf es insbes nicht, wenn zu weiteren Ermittlungen nach allgemeinen Grundsätzen (Rz 156) kein Anlaß besteht (BayObLG DAVorm 1985, 914, 916; DAVorm 1981, 897, 901) oder wenn die fraglichen Tatsachen offenkundig sind oder unterstellt werden (AG Moers ZfJ 1986, 113, 115). Ausnahmsweise kann auf Gutachten auch verzichtet werden, wenn das Kind durch die Begutachtung außerordentlich belastet würde (BayObLG FamRZ 1987, 86, 88). Zu erwartender Erkenntnisgewinn ist dabei gegen Kindesbelastung und Verfahrensverzögerung abzuwägen.

- 165** Im übrigen hängt die Einholungspflicht davon ab, ob sich der Richter für einen außerrechtlichen Aspekt des Kindeswohls zu Recht für *hinreichend sachkundig* halten darf. Ist dies der Fall, kommt es insbes nur auf „Fragen der täglichen Erfahrung“ oder Kenntnisse an, die Richter regelmäßig selbst haben oder die dieser Richter im Laufe seiner Berufspraxis erworben hat, braucht kein Sachverständiger

beigezogen zu werden (BGH FamRZ 1965, 433, 434; BayObLG DAVorm 1982, 359, 364; DAVorm 1982, 600, 604; DAVorm 1982, 611, 616; ZfJ 1984, 363, 364; FamRZ 1985, 522, 523). Bei der Berufung auf „Erfahrungswissen“ ist aber Vorsicht geboten (grundsätzlich COESTER, Kindeswohl 379 ff, 404, 418 f, 450, 468 ff): Es mag noch die Feststellung tragen, daß ein verwirrtes Kind aus der feindseligen Atmosphäre zwischen sorgberechtigter Mutter und Großeltern herausgehalten werden sollte (BayObLG DAVorm 1982, 359, 364; DAVorm 1982, 600, 604; ZfJ 1984, 363, 364). Daß ein Kind bei der Herausnahme aus der Pflegefamilie psychische Schäden erleide, ist jedoch mit „täglichem Erfahrung“ nicht mehr begründbar (so aber BayObLG DAVorm 1982, 611, 616), sondern nur mit außerjuristischem Fachwissen des Gerichts. Gerade auf seelischem Gebiet lenken „Erfahrungssätze“ tendenziell vom betroffenen Kind ab, sie täuschen häufig darüber hinweg, daß hier (aus anderen Gründen) eine bestimmte Entscheidung gewollt ist ohne Rücksicht auf die individuellen Kindesbedürfnisse (vgl BayObLG FamRZ 1985, 522, 523 [Richter „sachkundig“, daß ein neunmonatiges Kind von den Pflegeeltern zu den Großeltern umplaziert werden kann ohne seelische Schäden]; LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843 [4 Kinder zwischen 2 u 12 Jahren, die nach massiver Gewalt und Mißständen im Elternhaus in ein Heim gegeben worden waren, werden an Eltern zurückgegeben zwecks Ausreise in die Türkei, obwohl sie sich wehren: Daß die Kinder ihre Eltern im Heim „nicht allzusehr vermissen“, sei „nicht zuletzt auch in einer kindlichen Neugier und Aufgeschlossenheit für alles Neue zu suchen“]). Zu forsche Anmaßung von Sachkunde führt gelegentlich zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz (BayObLG DAVorm 1986, 269, 273 [LG: häufige Umgebungswechsel unschädlich]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931 [LG: Mitnahme eines Kleinkindes nach Pakistan grundsätzlich gefährlich]; krit zur Anmaßung richterlicher Sachkunde GOLDSTEIN ua III 153 f Fn 25).

Mit dem *Gebrauch fachwissenschaftlicher Kenntnisse* überschreiten die Vormundschaftsrichter nicht ihre professionellen Grenzen (so aber GOLDSTEIN ua III 67; zur richterlichen Verantwortung gegenüber fachwissenschaftlichen Aussagen generell COESTER, Kindeswohl 421 ff; ders., 6. DFGT 35, 41 ff), müssen ihre Kenntnisse aber offen und nachprüfbar einsetzen (GOLDSTEIN ua III 65). Nicht zu jeder außerjuristischen Frage bedarf es eines Sachverständigengutachtens, und der Sachverständige sollte nicht zur Problemabschiebung mißbraucht werden (vor allem bezüglich Fragen, die auch die Expertenkompetenz übersteigen, wie etwa komplexe Entwicklungsprognosen, vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67, 68; krit SCHÜTZ FamRZ 1986, 947; generell GOLDSTEIN ua III 53 ff). In der Praxis führen vertiefte Kenntnisse der Richter von der Entwicklung und den Bedürfnissen des Kindes jedoch eher zu einem geschärften Problembewußtsein, sie lassen noch klärungsbedürftige Fragen hervortreten und eröffnen die Möglichkeit, sich gezielt von Sachverständigen helfen zu lassen sowie auch deren Aussagen eigenverantwortlich zu kontrollieren (beispielhaft OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120). Umgekehrt verleitet mangelndes Eigenwissen oft zur kritiklosen Übernahme von Sachverständigengutachten (vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f = JZ 1985, 848 ff m krit Anm WEGENER [zu dieser Entscheidung aber auch oben Rz 90, 92]; zur Kontrollfunktion der Gerichte unten Rz 168). So hat die zunehmende Sensibilisierung auch der Juristen für die kindlichen Kontinuitäts- und Bindungsbedürfnisse dazu geführt, daß bei Problemen in dieser Hinsicht Sachverständigengutachten weithin für unverzichtbar gehalten werden (OLG Frankfurt FamRZ 1981, 308, 309; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; DAVorm 1986, 269, 273; AG Moers ZfJ 1986, 113 ff [3 Gutachten in besonders schwierigem Fall]). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vormundschaftsrichter wissenschaftlich belegte, allgemeine Gefährdungstendenzen im Einzelfall für nicht

wesentlich hält (BayObLG DAVorm 1986 aaO) oder ein bereits vorliegendes Gutachten vom überwiegenden wissenschaftlichen Meinungsstand abweicht (OLG Oldenburg aaO).

- 167** Im übrigen ist ein **weiteres Gutachten** nur in besonderen Fällen einzuholen. Ein Gutachten genügt, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, daß es unrichtig ist, und wenn andere Gutachter nicht über überlegene Forschungsmittel verfügen (BayObLGZ 1982, 309, 315; FamRZ 1982, 958, 960 f; FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 1259, 1262; ZfJ 1984, 361, 363; ZfJ 1990, 313, 315; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f). Ausnahmsweise kann ein weiteres Gutachten erforderlich sein, wenn zB besonders schwierige Fragen betroffen sind (BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; AG Moers aaO), wenn die Sachkunde des Erstgutachters zweifelhaft ist oder sein Gutachten an groben Mängeln oder Widersprüchen leidet (BGH MDR 1953, 605) bzw nicht konsensgetragene Auffassungen vertritt (OLG Oldenburg aaO; BayObLG DAVorm 1986, 269, 273; zum ganzen BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4).
- 168** Ein vorgelegtes Gutachten hat der Richter **kritisch zu würdigen** (ausf COESTER, Kindeswohl 453 ff). Gegenstand der Überprüfung sind zutreffende tatsächliche Grundlagen, logische Schlüssigkeit, Tragfähigkeit der wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie der eingesetzten Erkenntnismethoden im allgemeinen und der Schlußfolgerungen des Gutachters im besonderen (BayObLG EzFamR Nr 4 [S 4 f]; FamRZ 1982, 638, 639; DAVorm 1981, 216, 222; zu projektiven Tests AG Frankfurt FamRZ 1982, 365, 366; zur Gefahr subjektiver Werturteile auch bei Sachverständigen s COESTER aaO; GOLDSTEIN ua III 32 ff, 53). Zwar liegt die Würdigung des Gutachtens auf tatsächlichem Gebiet; ob aber der Richter die notwendige Kritik überhaupt hat walten lassen, ist eine auch vom Rechtsbeschwerdegericht überprüfbare Rechtsfrage. Sie ist zu verneinen, wenn schwerwiegende Mängel des Gutachtens nicht erkannt worden sind (OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; BayObLG FamRZ 1982, 638 f [Sachverständiger empfiehlt Ganztagsunterbringung im psychotherapeutischen Heim, übersieht dabei Kontinuitätsprobleme des 5½-jährigen Kindes und die Möglichkeit der Behandlung in heilpädagogischer Tagesstätte – vom LG kritiklos übernommen]).

Ziel der Überprüfung ist die Bildung einer eigenen Stellungnahme des Richters. Die Beschlußbegründung muß erkennen lassen, warum dem Gutachten zu folgen ist. Besonderer Begründung bedarf es bei einem Abweichen vom Gutachtensvorschlag: Der Richter muß genügende eigene Sachkunde und sachliche, wohl erwogene Gründe für seine abweichende Auffassung darlegen (BayObLG DAVorm 1985, 701, 705; DAVorm 1981, 216, 220).

#### 169 e) Beschlüsse

Der vormundschaftsgerichtliche Beschluß ist **grundsätzlich zu begründen**. Dabei müssen die tatsächlichen Umstände dargelegt werden, auf denen der Beschluß aufbaut, sowie die wesentlichen Gründe für die Entscheidung. Dabei ist auf den konkreten Fall einzugehen, die bloße umschreibende Wiedergabe der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale genügt nicht (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180). Sind wesentliche Umstände des Einzelfalls in der Begründung nicht berücksichtigt, liegt hierin ein zur Aufhebung führender Rechtsfehler (BayObLG FamRZ 1982, 634, 636).

Der Beschluß ist den Beteiligten **bekanntzumachen** und wird mit der Bekanntgabe **wirksam** (§ 16 FGG). Formelle Rechtskraft tritt nach Entscheidung durch das Rechtsbeschwerdegericht ein (nicht vorher, da einfache, unbefristete Beschwerde möglich), materielle Rechtskraft kommt nicht in Betracht. Statt dessen ist die

vormundschaftsgerichtliche Regelung von Amts wegen regelmäßig zu **überprüfen** und ggf zu ändern oder aufzuheben, § 1696 (s Erl dort).

#### f) Vollzug

170

Der **Vollzug des Beschlusses** richtet sich nach § 33 FGG. Nicht vollzugsfähig sind alle Anordnungen, die Gestaltungswirkung haben, wie die Entziehung der Ausübung einzelner Bestandteile des Sorgerechts oder die Ersetzung von Erklärungen gem Abs 2. Doch können Anordnungen dieser Art insoweit vollzogen werden, als in ihnen ein Verbot, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder hinsichtlich eines bestimmten Bereichs tätig zu werden, enthalten ist. § 33 FGG ist anzuwenden, wenn die gebotene Handlung oder Unterlassung ausschließlich vom Willen des betroffenen Elternteils abhängt. Zwangsmaßnahmen scheidern demnach aus, wenn dem Vollzug des vormundschaftsgerichtlichen Ge- oder Verbots unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen oder wenn die Ausführung praktisch in den Händen eines Dritten liegt. Zur Durchsetzung der Ge- oder Verbote kann das VormG eine Ordnungsstrafe verhängen. Diese ist jedoch nur ein Beugemittel, das ausschließlich dem Zweck dient, die Befolgung der gerichtlichen Anordnung zu erzwingen; sie ist keine Strafe für begangenes Unrecht. Bevor eine Ordnungsstrafe festgesetzt wird, muß sie angedroht werden (§ 33 Abs 3 FGG). Diese Androhung kann jedoch schon zugleich mit der Anordnung einer Maßnahme nach § 1666 ausgesprochen werden.

Auf Grund besonderer Verfügung darf als äußerstes Mittel auch **Gewalt** (Polizei, 171 Gerichtsvollzieher) eingesetzt werden, § 33 Abs 2 FGG (BGHZ 67, 255, 262; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f; zur Problematik ausf WIESER FamRZ 1990, 693 ff). Dabei ist strikt zu beachten, daß auch Vollzugsmaßnahmen unter der **Herrschaft des Kindeswohlprinzips** stehen, die kindeschützende Zielsetzung der Entscheidungen nach § 1666 also nicht konterkarieren dürfen (s Rz 153). Dies gilt besonders für **Gewaltanwendung gegen das Kind** selbst. Während letztere nach der überwiegenden Literaturlauffassung überhaupt unzulässig ist (GERNHUBER § 49 IV 2; JANSEN FGG § 33 Rz 19, 49; MünchKomm-HINZ § 1632 Rz 31; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 17; GROPP DRiZ 1979, 119; LEMPP FamRZ 1986, 1061; MÜNCHER ZfJ 1988, 10, 13), soll sie nach auch in der Rechtsprechung vertretener Ansicht grundsätzlich zulässig sein (BayObLGZ 1974, 317, 318; FamRZ 1984, 1259, 1262; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1215). Allerdings ist auch nach dieser Auffassung stets zu prüfen, ob nicht gerade der Zwang dem Wohl und den Grundrechten des Kindes zuwiderläuft (BayObLG aaO; aA KNÖPFEL 1216).

Gewaltanwendung führt in grundrechtssensible Bereiche. **Art 20 GG** wurde zur 172 Begründung herangezogen, daß auf der Vollzugsebene nochmals gesondert der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten ist: Besteht zB bei Vollzug einer Herausgabeanordnung gegen die Pflegeeltern ernsthafte Selbstmordgefahr des Kindes, wäre zwangsweiser Vollzug kindeswohlwidrig und unverhältnismäßig (BayObLGZ FamRZ 1985, 737, 739, nach grundsätzlicher Herausgabeanordnung FamRZ 1984, 1259, 1262 f; krit KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216; dagegen wiederum zutr LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063; WIESER FamRZ 1990, 693, 697 f). **Art 2 GG** verbietet, den festgefühten Willen älterer Kinder (etwa ab 10., spätestens ab 14. Lebensjahr) mit Gewalt zu brechen (BGH FamRZ 1975, 273, 276; BayObLGZ 1974, 317; DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 932, 933; FamRZ 1985, 737). Und schließlich würde es gegen **Art 1 GG** verstoßen, wenn der Widerstand des Kindes durch psychiatrische Zwangsbehandlung überwunden würde (BayObLGZ FamRZ 1985, 737, 739 [15½-jähriges Mädchen; das LG hatte als die herausgabevorbereitende Maßnahme die Unterbringung in einem Nervenkrankenhaus angeordnet]; zust LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063). Wer hierin eine „wirksame

Hilfe für gestörte Menschen“, den legitimen Abbau kindlicher Trotzhaltung sieht (so SCHÜTZ FamRZ 1986, 528, 529 f; ähnl KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216), muß sich nach seinem Verhältnis zur Wertordnung des Grundgesetzes fragen lassen (bemerkenswert ein Blick nach England: Dort wird die Verbringung von Kindern in ihr Heimatland gegen ihren Willen strafrechtlich als Freiheitsberaubung verfolgt, BROMLEY, Family Law [7. Aufl 1987] 271 mwN). Der Grundsatz „fiat iustitia, et pereat infans“ kann in derartigen Fällen auch nicht mit dem „Ansehen der Justiz“ gerechtfertigt werden, das durch die Nichtvollziehbarkeit der Anordnung leide (KNÖPFEL aaO; das Gegenteil ist richtig), oder mit dem Aspekt der Generalprävention (verbreitete eigenmächtige Lösung der Kinder von ihren Eltern, KNÖPFEL aaO). Richtig ist nur, daß hier eine Kollision von Kindesgrundrechten und verfassungsrechtlichem Elternrecht in Wirklichkeit nicht vorliegt – nicht, weil es ein Kindesrecht im Gegensatz zum Elternrecht nicht gäbe (so KNÖPFEL 1213; ähnl SCHÜTZ FamRZ 1987, 438, 439), sondern weil das Elternrecht auf Grund seiner Pflichtgebundenheit und weitgehenden Fremdnützigkeit per definitionem nicht in Gegensatz zu objektiv erkennbaren, schwerwiegenden Kindesinteressen treten kann (BVerfG FamRZ 1986, 871, 874; FamRZ 1986, 1079).

- 173 Scheitert der Vollzug von Herausgabeanordnungen an die Eltern aus vorstehenden Gründen, muß die sorgerechtliche Lage den Fakten angepaßt werden, dh die wesentlichen Erziehungskompetenzen sind auf einen Pfleger oder Vormund zu übertragen (vgl Rz 133).

### 3. Rechtsmittel

#### 174 a) Einfache Beschwerde

Gegen die Entscheidung des VormG (auch vorläufige Anordnungen) findet die **einfache (unbefristete) Beschwerde an das LG** statt, § 19 FGG. Die Beschwerdeberechtigung folgt aus §§ 20, 57, 59 FGG. Beschwerdeberechtigt sind demnach vor allem die Eltern (jedoch nicht mehr, wenn ihnen das Personensorgerecht bereits entzogen worden ist, BGH FamRZ 1956, 379; OLG Hamm FamRZ 1973, 318 [auch nicht aus § 57 Abs 1 Nr 9 FGG]; anders bei vorläufiger Entziehung des Personensorgerechts OLG Köln FamRZ 1972, 218; vgl aber auch oben Rz 147; nach Ehelicherklärung behält die Mutter ein Beschwerderecht, OLG Stuttgart FamRZ 1962, 207, 208) sowie gem § 59 FGG das über 14jährige Kind (auch gegen die Ablehnung einer vom Kind angeregten Maßnahme, oben Rz 155). Verwandte und Verschwägte des Kindes können bei Ablehnung oder Aufhebung einer Maßnahme nach § 57 Abs 1 Nr 8 Beschwerde einlegen (vgl BayObLG DAVorm 1982, 359, 361 f), bei Erlaß einer Maßnahme gem § 57 Abs 1 Nr 9 (LG Mannheim ZBIJugR 1960, 215). Aus der letztgenannten Vorschrift folgen Beschwerderechte vor allem auch der Pflegeeltern (BayObLG FamRZ 1977, 473, 474; FamRZ 1976, 163, 165) sowie des Jugendamts (und anderer interessierter Behörden, BGH LM Nr 1 zu § 57 FGG, BayObLG DAVorm 1982, 611, 613; FamRZ 1984, 199 [LS]). Die Beschwerde ist in diesen Fällen zwar in eigenem Namen, aber im Interesse des Kindes einzulegen; allerdings ist es zulässig, daß eigene Belange mitverfolgt werden (BayObLGZ 1933, 345). Der Beschwerdeführer muß ein berechtigtes Interesse haben, gerade die Angelegenheit wahrzunehmen, das Gegenstand der angefochtenen Entscheidung ist. Es genügt also nicht, daß das berechtigte Interesse sich nur allgemein auf die Personensorge erstreckt. Fehlt die Beschwerdeberechtigung, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, nicht als unbegründet zurückzuweisen. Das gilt auch, wenn sich die Hauptsache vor Eingang der Beschwerde erledigt hat (zB durch Vollzug der angegriffenen Entscheidung, BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381).

Zu ihrer Zulässigkeit bedarf die Beschwerde keiner Begründung. Wird eine Beschwerdebegründung angekündigt, so darf erst entschieden werden, wenn diese eingegangen oder eine vom Gericht gesetzte Frist verstrichen ist.

In der Funktion als Beschwerdegericht tritt das **LG als Tatsacheninstanz** voll an die Stelle des VormG, es überprüft den gesamten Sachverhalt eigenverantwortlich neu (BGH NJW 1954, 554; BayObLG FamRZ 1980, 1150 f; FamRZ 1981, 814, 816; FamRZ 1985, 635, 636). Es ist dabei allerdings auf die Fragen beschränkt, die den Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und der Beschwerde bilden. Zur Verpflichtung, ggf ein (weiteres) Sachverständigengutachten einzuholen, vgl Rz 163 ff, 167. Die Anhörungspflichten gelten für das LG grundsätzlich gleichermaßen (**Kind**: BayObLG FamRZ 1984, 928, 929; FamRZ 1984, 932, 934; DAVorm 1986, 269, 272; **Eltern**: BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932; **Jugendamt**: BayObLG ZBlJugR 1981, 272, 276). Keine Ausnahme gilt für die Beschwerde gegen eine vorläufige Anordnung des VormG (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151 f; FamRZ 1984, 933, 934; **aA** LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146). Die Anhörung durch den Berichterstatler als beauftragten Richter genügt, wenn dieser bei der Beschlußfassung der Kammer mitwirkt (BayObLG FamRZ 1975, 279; 1976, 43, 47; ZBlJugR 1981, 272, 275; DAVorm 1982, 359, 363; DAVorm 1982, 611, 614; BayObLGZ 1983, 231, 234; DAVorm 1984, 1048, 1053; ZfJ 1984, 1048, 1053; ZfJ 1985, 36, 37; FamRZ 1986, 102, 103; anders für die förmliche Beweisaufnahme: OLG Stuttgart MDR 1980, 1030, 1031). Dabei kann die Kammer auch dessen persönlichen Eindruck mitverwerten. Ist dieser jedoch für die Entscheidungsfindung von zentraler Bedeutung, muß die Anhörung vor der vollbesetzten Kammer stattfinden (BGH NJW 1985, 1702, 1705 [zu § 1671]).

Die erneute Anhörung kann unterbleiben, wenn eine der schon für das VormG beachtlichen Ausnahmen eingreift (Rz 161), ferner dann, wenn (1) kein wesentlicher Zeitablauf seit der erstinstanzlichen Anhörung vorliegt, (2) keine neuen Tatsachen vorgetragen oder erkennbar sind und (3) keine Änderung der rechtlichen Gesichtspunkte eingetreten ist (zB BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 933, 934; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 430). Liegt auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, bedeutet die Nichtanhörung durch das LG einen zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz führenden Ermittlungsfehler (zB BayObLG FamRZ 1985, 100, 101 [neue Tatsachen]). Einer erneuten Anhörung bedarf es insbes, wenn es auf den persönlichen Eindruck von den Beteiligten besonders ankommt und das LG von der Entscheidung des VormG abweichen will (BayObLG DAVorm 1986, 269, 272 f).

Ein Absehen von erneuter Anhörung nach den vorgenannten Grundsätzen setzt aber voraus, daß die wesentlichen Inhalte der erstinstanzlichen Anhörung in einem Protokoll oder Aktenvermerk niedergelegt sind – andernfalls fehlen dem LG wesentliche Entscheidungsgrundlagen (BayObLG FamRZ 1982, 634, 637; FamRZ 1980, 1150, 1151 f).

## b) Weitere Beschwerde

176

Gegen die Beschwerdeentscheidung des LG ist die **weitere Beschwerde** statthaft, §§ 27 ff, 63 FGG. Die Beschwerdeberechtigung eines Beteiligten folgt dabei bereits aus der sachlichen Zurückweisung seiner Erstbeschwerde (BGHZ 31, 92, 95; BayObLG DAVorm 1982, 359, 360). Die weitere Beschwerde ist **Rechtsbeschwerde**, der Überprüfung unterliegen grundsätzlich also nur Rechtsfragen. Diese umfassen die volle Nachprüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 1666, der Beachtung der Ermittlungs- und Anhörungspflichten sowie etwaiger

Verstöße gegen die Denkgesetze bei Bewertung der festgestellten Tatsachen. Neue Tatsachen können grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (zur Problematik Rz 153); eine Ausnahme gilt, wenn die angeführten neuen Tatsachen als Restitutionsgründe entspr §§ 580 ff ZPO geltend gemacht werden könnten (OLG Karlsruhe FamRZ 1977, 148 f).

#### 177 4. Vorläufige Anordnungen

Besteht ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des VormG, so daß eine Hauptentscheidung gem § 1666 nicht ohne zusätzliche Gefährdung des Kindes abgewartet werden kann, ist der Kinderschutz durch **vorläufige Anordnung** sicherzustellen (zB BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381; 1988, 748, 749; DAVorm 1985, 914, 915 f; DAVorm 1983, 381, 385; OLG Hamm DAVorm 1986, 540; FamRZ 1972, 520; KG FamRZ 1971, 267; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 145). Als typische Anwendungsfälle begegnen in der Rechtsprechung

(1) die *Herausnahme des Kindes aus der Familie* bei Indizien für eine schwerwiegende Gefährdung (BayObLG FamRZ 1989, 421, 422) oder zur schnellen Sicherung einer dauerhaften Plazierung des Kindes, wenn die Eltern offensichtlich ungeeignet sind (KG FamRZ 1981, 590, 592; vgl auch BVerfG FamRZ 1982, 567);

(2) die *Abwehr elterlicher Herausgabeansprüche*, wenn sich das Kind schon bei Dritten befindet und Anhaltspunkte bestehen, daß das Kind bei den Eltern gefährdet wäre (AG und LG Hanau DAVorm 1976/77, 513, 515 [nicht erst Herausgabe mit anschl Prüfung, ob dies für das Kind tragbar ist]);

(3) die *Erhaltung des status quo bei Herausgabestreiten im Rechtsmittelzug*, um häufige Plazierungswechsel des Kindes zu vermeiden – dies geschieht insbes, wenn der Vollzug einer vorinstanzlichen Entscheidung verhindert werden soll, von der das höhere Gericht voraussichtlich abweichen wird (BayObLG DAVorm 1985, 701, 702; DAVorm 1985, 817 ff; FamRZ 1985, 737; FamRZ 1981, 814, 816; s Rz 98).

Das Maßnahmespektrum ist bei vorläufigen Anordnungen dasselbe wie bei Hauptentscheidungen, notfalls kann die gesamte Personensorge entzogen werden (BayObLG FamRZ 1989, 421, 422).

**178** Es genügt, daß die **Voraussetzungen** für eine vorläufige Anordnung **glaubhaft gemacht** sind. Einer erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung bedarf es nicht, der Umfang der Ermittlungen steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (BayObLG FamRZ 1989, 421, 423; FamRZ 1988, 748, 749; DAVorm 1983, 381, 385). Dabei kann hier auch der Bericht des Jugendamts genügen (anders bei der Hauptentscheidung, Rz 156). Allerdings muß sich die Glaubhaftmachung auf kindesgefährdende *Tatsachen* beziehen, nicht ausreichend sind bloße Behauptungen, Vermutungen oder Werturteile (BayObLG DAVorm 1983, 381, 385; FamRZ 1980, 1064, 1065; OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 543 f). Die vorgeschriebenen Anhörungen sind grundsätzlich durchzuführen; wird wegen Gefahr im Verzuge von ihnen zunächst abgesehen, sind sie unverzüglich nachzuholen (§ 50 a Abs 3 S 2, 50 b Abs 3 S 2 FGG; BayObLG FamRZ 1985, 100; DAVorm 1985, 914, 915), notfalls und spätestens durch das Beschwerdegericht (BayObLG FamRZ 1985, 635, 636).

**179** Die **Geltungsdauer** einer vorläufigen Anordnung ist grundsätzlich nicht begrenzt. Allerdings handelt es sich nicht um ein selbständiges Verfahren, vorläufige Anordnungen sind nur in Vorbereitung und im Rahmen eines Hauptverfahrens zulässig, das auf eine endgültige Gestaltung abzielt (OLG Hamm FamRZ 1972, 520). Ist ein solches Hauptverfahren nicht absehbar oder ruht es, so kann hieraus die fehlende Dringlichkeit zu folgern sein – die vorläufige Anordnung ist dann aufzuheben

(MünchKomm-HINZ Rz 68; SOERGEL-STRÄTZ Rz 57). Nach OLG Braunschweig (OLGZ 1966, 83, 84 f) soll dies noch nicht geboten sein, wenn das Hauptverfahren bereits 2 Jahre andauert. Diese Praxis gibt zu Bedenken Anlaß – oft laufen allein die Rechtsmittelverfahren hinsichtlich der vorläufigen Anordnung über viele Monate oder über 1 Jahr, ohne daß von einem eingeleiteten Hauptverfahren die Rede wäre (vgl BayObLG FamRZ 1984, 929 ff; FamRZ 1984, 933 ff). Insbes wenn Eltern und Kinder getrennt werden oder getrennt bleiben sollen, schaffen vorläufige Anordnungen im Hinblick auf den Kontinuitätsgrundsatz (Rz 95) so oft vollendete Tatsachen. Zu Recht wird deshalb einer Tendenz entgegengetreten, vorläufige Anordnungen gewissermaßen als „summarisches Verfahren“ in scheinbar eindeutigen Fällen zur de facto endgültigen Gestaltung einzusetzen (OLG Hamm DAVorm 1986, 540; LG Freiburg FamRZ 1985, 95).

Ergeht hingegen eine endgültige Entscheidung im Hauptverfahren, so wird die vorläufige Anordnung von selbst hinfällig, ein Rechtsmittel gegen sie wird unzulässig (BayObLG DAVorm 1985, 335, 337; OLG Hamm FamRZ 1972, 520, 521).

## 5. Kosten

180

Die Gerichtskosten folgen aus § 94 Abs 1 Nr 3 KostO. Die volle Gebühr fällt an für jede gesonderte Anordnung, nicht jedoch bei Ablehnung vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen (BayObLGZ 1961, 173) oder bei vorläufigen Anordnungen. Zahlungspflichtig ist der Elternteil, den das Gericht nach billigem Ermessen bestimmt, § 94 Abs 3 S 2 KostO. Im Beschwerdeverfahren ist bei Zurückweisung der Beschwerde nach § 13 a Abs 1 S 2 FGG zu entscheiden; Rechtsmittel des Kindes oder im Kindesinteresse sind gebührenfrei, § 131 Abs 3 KostO. Die Kosten, die durch die angeordneten Maßnahmen entstehen, sind vom Unterhaltspflichtigen zu tragen, werden in der Praxis jedoch regelmäßig durch Sozialleistungen aufgebracht (vgl noch § 1666 a Rz 14).

## VII. Auslandsbezüge

### 1. Internationale Zuständigkeit

181

Die internationale Zuständigkeit ist bei Fällen mit Auslandsbezug in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 60, 68, 70 f; BayObLG IPRax 1984, 96). Die allgemeinen Regelungen in §§ 43, 35 a FGG sind, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, durch die Sonderregelung des **Art 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA)** verdrängt (s Kommentierung in Vorbem 252 ff zu Art 18 EGBGB [KROPHOLLER]; vgl auch oben Rz 54). Dasselbe gilt bei nur schlichtem Inlandsaufenthalt für Eilmaßnahmen, **Art 9 MSA**. Maßnahmen nach § 1666 sind stets „Schutzmaßnahmen“ iS dieses Abkommens; die Zuständigkeit des VormG als Aufenthaltsgericht ist im übrigen gegeben, wenn die zu schützende Person sowohl nach deutschem wie nach ihrem Heimatrecht als minderjährig anzusehen ist (Art 12 MSA, also auch keine Intervention nach § 1666 bei Minderjährigen, die nach ihrem Heimatrecht emanzipiert oder – durch Heirat – mündig geworden sind, Vorbem 710–717 zu Art 18 EGBGB). Unerheblich ist, ob auch der Heimatstaat des Kindes Vertragsstaat des MSA ist (Rz 54).

Der in Art 1 MSA enthaltene Vorbehalt zugunsten des Art 3 MSA berührt nach heute ganz überwiegender Auffassung nicht die internationale Zuständigkeit deutscher Aufenthaltsgerichte: Art 3 MSA gebietet nach der im Vordringen begriffenen *Anerkennungstheorie* lediglich, bei den Schutzmaßnahmen nach Aufenthaltsrecht

gesetzliche Gewaltverhältnisse nach Heimatrecht zu beachten (dazu Vorbem 351 ff zu Art 18 EGBGB; SIEHR in: BÖHMER-SIEHR, Das gesamte Familienrecht Bd 2, Art 1 MSA Rz 105–109, Art 8 Rz 11; WENGLER IPRax 1985, 334); auch die *Heimatrechtstheorie* erlaubt Tätigwerden der Aufenthaltsgerichte (Vorbem 356, 357 zu Art 18 EGBGB). Die *Schrankentheorie*, die in Art 3 MSA eine Grenze der nach Art 1 MSA begründeten internationalen Zuständigkeit sieht, hat sich praktisch nicht durchgesetzt. Darüber hinaus ist zu beachten, daß sich bei Eingriffen nach § 1666 regelmäßig auch eine alternative Zuständigkeit aus **Art 8 MSA** („*ernstliche Kindesgefährdung*“) ableiten läßt, bei der Art 3 von vornherein nicht zu beachten ist (so verbreitet die Gerichtspraxis, BGH NJW 1973, 417; BayObLG ZfJ 1990, 363, 364; KG FamRZ 1985, 97; FamRZ 1986, 1245 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; OLG Nürnberg FamRZ 1981, 707 [LS]; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 812; wN in Vorbem 646 zu Art 18 EGBGB [m krit Stellungnahme KROPHOLLER Rz 409, 483]; widersprüchlich LG Berlin FamRZ 1983, 943, 944 [Beachtung des Art 3 MSA im Rahmen von Art 8 MSA]).

Bei *vorläufigen Anordnungen* besteht darüber hinaus die Eilzuständigkeit nach Art 9 MSA (Vorbem 646 zu Art 18 EGBGB): Auch für diese gilt der Vorbehalt des Art 3 MSA nicht.

**182** Die demnach grundsätzlich gegebene internationale Zuständigkeit der deutschen Aufenthaltsgerichte entfällt nicht automatisch, wenn während des Verfahrens der Kindesaufenthalt ins Ausland verlegt wird (näher Vorbem 345 ff zu Art 18 EGBGB). Bei **Kindesentführungen** ist bei Anwendung des **Haager KindesEÜ** oder des **EuKindesEÜ** ausschließlich das **FamG** zuständig (zu diesen Abkommen auf § 1671 Rz 228 ff). Neben dem EuKindesEÜ oder mangels Anwendbarkeit beider Entführungsabkommen bleibt das MSA maßgeblich. Insoweit gilt: Bei Entführungen in einen *Nichtvertragsstaat* besteht perpetuatio fori gem Art 5 Abs 3 EGBGB. Bei Entführungen in einen *Vertragsstaat* ist Art 5 MSA zu beachten (zum Problem ie Vorbem 346–348, 593–607 zu Art 18 EGBGB). Bei Entführungen *in die Bundesrepublik* oder rechtswidrigem Behalten nach Ausübung des Besuchsrechts ist entsprechende Zurückhaltung bei der Bejahung eines hier begründeten gewöhnlichen Aufenthalts iSd Art 1 MSA geboten (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 819). Liegt nur schlichter Aufenthalt des Kindes im Inland vor und liegt sein gewöhnlicher Aufenthalt in einem Vertragsstaat, können für *deutsche Kinder* gem Art 4 MSA (für Doppelstaater Art 14 MSA analog, nicht Art 5 Abs 1 EGBGB) Maßnahmen getroffen werden, für *alle Kinder* in Eilfällen gem Art 9 MSA. Ist der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts kein Vertragsstaat, ist das MSA nicht anwendbar (Art 13 Abs 1 MSA), für die internationale Zuständigkeit gelten §§ 43, 35 a FGG (zu Kindesentführungen auch BÖHMER-SIEHR Art 1 MSA Rz 8–11).

## 183 2. Anzuwendendes Recht

Zwar unterliegt das Eltern-Kind-Verhältnis im allgemeinen jedenfalls dann ausländischem Recht, wenn alle Familienmitglieder dieselbe ausländische Staatsangehörigkeit haben (entweder über Art 19 Abs 2 EGBGB oder Art 3 MSA, dazu KROPHOLLER IPRax 1988, 285 ff; PALANDT-HELDTRICH Anhang zu Art 24 EGBGB Rz 20). Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaßnahmen (für eheliche wie nichteheliche Kinder) erfolgen jedoch nach **deutschem Recht**, wenn die Gerichte auf Grund des MSA international zuständig sind (**Art 2, 8, 9 MSA**; vgl Rz 54), ggf unter Beachtung des Heimatrechts des Kindes (Art 3 MSA, vgl Rz 181, vgl auch Rz 123 zur Berücksichtigung des Heimatrechts auf sachrechtlicher Ebene).

Außerhalb des MSA gilt **autonomes deutsches IPR**. Beim *ehelichen Kind* ist primär das Recht maßgeblich, das für die allgemeinen Wirkungen der Elternnehe anzuwenden ist, Art 19 Abs 2 S 1, 14 Abs 1 EGBGB (hM; nach aA soll aus Art 3 MSA die generelle Maßgeblichkeit des Heimatrechts des Kindes folgen, vgl SIEHR IPRax 1987, 302 ff; RAUSCHER IPRax 1987, 128 ff). Alternativ können Schutzmaßnahmen aber auch nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes getroffen werden, Art 19 Abs 3 EGBGB (dasselbe gilt stets beim ehelichen Kind ohne bestehende Elternnehe, Art 19 Abs 2 S 2 EGBGB).

Für das *nichteheliche Kind* ist gem Art 20 Abs 2 EGBGB stets das Recht des Staates anzuwenden, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

### 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schutzmaßnahmen

184

Handelt es sich um die Maßnahme eines Vertragsstaats zum MSA, gebietet Art 7 S 1 MSA die **Anerkennung** in allen anderen Vertragsstaaten, wenn die ausländische Maßnahme auf der Grundlage des MSA getroffen worden ist. Ein Verstoß gegen den deutschen ordre public entbindet von dieser Pflicht, Art 16 MSA. Für die **Vollstreckung** jedoch enthält das MSA keine eigenen Vorschriften, es verweist auf deutsches autonomes Recht oder andere zwischenstaatliche Übereinkünfte (Art 7 S 2 MSA; zur Nichtanwendbarkeit des EuGVÜ insoweit und zu bilateralen Abkommen s Vorbem 629 ff zu Art 18 EGBGB, Art 19 EGBGB Rz 304 ff; BÖHMER-SIEHR Art 7 MSA Rz 38 ff).

Für die Vollstreckung generell und für die Anerkennung von Maßnahmen der Gerichte von Nichtvertragsstaaten des MSA ist also *autonomes deutsches Recht* anzuwenden. Für Urteile der streitigen Gerichtsbarkeit gelten also §§ 722, 723 Abs 2, 328 ZPO. Für Maßnahmen aus dem Bereich der FG (Begriffsbestimmung aus deutscher Sicht) gilt der allgemeine, in analoger Anwendung des § 328 ZPO entwickelte Grundsatz, daß eine *Anerkennung* zu erfolgen hat, sofern das ausländische Gericht aus deutscher Sicht international zuständig war und ein Verstoß gegen den deutschen ordre public nicht vorliegt (BGH IPRax 1984, 323, 326; NJW 1980, 529; NJW 1977, 150; Einzelheiten Art 19 EGBGB Rz 339 ff; BÖHMER-SIEHR Art 7 MSA Rz 52–54). Die *Vollstreckung* ausländischer Schutzmaßnahmen erfolgt stets nach deutschem Recht – so richtet sich zB die Herausgabevollstreckung nach § 33 FGG (über die Anerkennung kann als Vorfrage mitentschieden werden, BGH NJW 1977, 150; Vorbem 370 ff zu Art 18 EGBGB; zur Vollstreckung nach § 33 FGG oben Rz 170–173).

#### § 1666 a

**Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.**

**Die gesamte Personensorge darf nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, daß sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen.**

SorgeRG Art 1 Nr 16.

#### Schrifttum

S Angaben zu § 1666.

## Systematische Übersicht

- |                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                   |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>I. Allgemeines 1</b><br>1. Normbedeutung 1<br>2. Normstruktur und -geltungsbereich 3<br>3. Grundproblematik 4 | 2. Elterliche Familie 8<br>3. Vorrang milderer Maßnahmen im allgemeinen 9<br>4. „Öffentliche Hilfen“ insbes 10<br>5. Entbehrlichkeit unterstützender Maßnahmen 15<br>6. Vorläufige Anordnungen 16 |
| <b>II. Trennung des Kindes von der Familie, Abs 1 7</b><br>1. Trennung 7                                         |                                                                                                                                                                                                   |
|                                                                                                                  | <b>III. Entziehung der Personensorge, Abs 2 17</b>                                                                                                                                                |

## Alphabetische Übersicht

S § 1666

## I. Allgemeines

## 1 1. Normbedeutung

§ 1666 a ist eine unselbständige, auf § 1666 aufbauende Norm, die besonders einschneidende Maßnahmen des VormG, dh Trennung von Kind und Eltern sowie Entzug der gesamten Personensorge für subsidiär gegenüber einem familienstützenden Interventionsansatz oder milderen Eingriffen erklärt (§ 1666 Rz 3). § 1666 a ist deshalb eine Konkretisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, der aus verfassungsrechtlichen Gründen für jegliche Maßnahme nach § 1666 gilt (§ 1666 Rz 134 ff; insbes BVerfGE 24, 119, 145; 60, 79, 89; FamRZ 1989, 145, 146; ERICHSEN-REUTER 58 f, 77). Die Vorschrift ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 1982, 1379), hat aber primär nur verdeutlichen- und ermahnenden Charakter; vereinzelt wurde sie als eigentlich überflüssig eingestuft (BOSCH FamRZ 1980, 739, 740; GERNHUBER § 49 VIII 6; vgl BT-Drucks 8/2788 S 31, 60 [Minderheit im Rechtsausschuß]; ERICHSEN-REUTER 61, 77). Für SIMTIS liegt eine wesentliche Normfunktion darin, die interventionistische Tendenz des Kindeswohlprinzips in § 1666 in erträglichen Grenzen zu halten (in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609). Während jedoch § 1666 a auch insoweit wohl nur verfassungsrechtlich Gebotenes nachzeichnet, kann eine eigenständige Bedeutung der Norm darin gesehen werden, daß der Gesetzgeber hier erstmalig eine Verschränkung vormundschaftsgerichtlicher Kindesschutzmaßnahmen mit dem System öffentlicher und privater Sozialleistungen zugunsten der Familie ausdrücklich anerkennt und eine gewisse Beziehung herstellt (SIMTIS in: GOLDSTEIN ua II 178 f; SALGO, Pflegekindschaft 93 mwN; RÜNZ 111 ff; s iü Rz 13). Die Abkehr von einem sanktionierenden Staatseingriff bei elterlichem Fehlverhalten zugunsten eines auf Unterstützung, Förderung und Rehabilitation der Problemfamilie gerichteten Interventionsansatzes stellt nicht nur Harmonie her zwischen Art 6 Abs 1 und 6 Abs 2 GG, sondern trägt auch der gewachsenen Erkenntnis Rechnung, daß dem Kind am besten *in* der Familie und nicht *gegen* sie geholfen werden kann (§ 1666 Rz 3, vgl auch SALGO, Pflegekindschaft 90 u passim mit rechtsvergleichendem Material; SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609: Kindeswohlgefährdung nicht primär „Trennungssignal“, sondern „Notruf“, für familienunterstützende Intervention).

Allerdings war § 1666 a zunächst kaum mehr als ein gutgemeinter Programmsatz, es fehlte an einem umfassend ausgebauten, effektiven Hilffsystem für Problemfamilien (krit deshalb WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 517, 524; SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609; RÜNZ 156). Zeitgemäße Familien- und Jugendarbeit der Jugendäm-

ter war durch das JWG nicht vorgezeichnet, sie erfolgte weitgehend extra legem (WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 515 f). Demgemäß war die praktische Bedeutung der Vorschrift in der ersten Dekade ihres Bestehens gering: In den Entscheidungsgründungen wurde ihr, wenn überhaupt, oft nur floskelhafter Tribut gezollt (bemüht aber zB BayObLG FamRZ 1985, 100, 101; DAVorm 1983, 381 ff; LG Berlin FamRZ 1988, 1308 ff; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f).

Diese Lücke ist nunmehr durch das am 1. 1. 1991 in Kraft getretene **Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)** vom 26. 6. 1990, BGBl I 1163) gefüllt worden. Das Netz öffentlicher und gesellschaftlicher Leistungen und Hilfsmaßnahmen, das in diesem Gesetz entfaltet wird, bildet nun den wesentlichen Bezugspunkt von § 1666 a. Im KJHG ist *konkretisiert*, was Familien in bedrängten Lebenssituationen an staatlicher Hilfe und Unterstützung erwarten dürfen, bevor sie mit einem vormundschaftsgerichtlichen Eingriff rechnen müssen, aber auch im Anschluß an einen solchen.

Die ohnehin zukunftsorientierte, auf Gefahrenabwendung gerichtete *Prüfungspflicht* 2 des VormG (§ 12 FGg) wird durch § 1666 a *erweitert*, das am Verfahren mitwirkende Jugendamt (§ 50 Abs 1 KJHG, § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGg) ist verpflichtet, das Gericht über angebotene und erbrachte, aber auch noch künftig mögliche Hilfeleistungen zu informieren (§ 50 Abs 2 KJHG). Dem entspricht eine *besondere Legitimierungspflicht* von vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen in den Entscheidungsbegründungen. Werden pflichtgemäße Erwägungen iSd § 1666 a nicht dargelegt, so ist die Entscheidung rechtsfehlerhaft und in der Rechtsbeschwerdeinstanz aufzuheben (darüber hinaus drohen Grundrechtsverletzungen gem Art 6 als Grundlage von Verfassungsbeschwerden, vgl BVerfG FamRZ 1989, 145 f; NJW 1982, 1379).

## 2. Normstruktur und -geltungsbereich

3

Die Vorschrift bezieht sich nur auf Maßnahmen nach § 1666, muß aber entsprechend gelten auch für vergleichbare Tatbestände (§§ 1632 Abs 4, 1671 Abs 5 [dazu § 1671 Rz 195], 1673 [dazu § 1666 Rz 49], 1748 [vgl § 51 Abs 2 S 1 KJHG; MünchKomm-LÜDERITZ § 1748 Rz 4, 22]).

In Aufbau und Formulierung ist § 1666 a mißglückt: Weder ist das Verhältnis der in beiden Absätzen genannten Eingriffe zueinander klar, noch Inhalt und Verhältnis der jeweils als vorrangig statuierten Maßnahmen. So können Trennung und Entzug der Personensorge zusammenfallen; letzterer wird in aller Regel mit einer Trennung von Kind und Eltern einhergehen (WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 510; vgl MünchKomm-HINZ Rz 5: stets). In diesen Fällen sind beide Absätze kumuliert anzuwenden – eine Feststellung ohne jede praktische Bedeutung, da trotz unterschiedlicher Wortwahl die Grundsätze „Hilfe vor Eingriff“ und Vorrang des mildesten Mittels in Abs 1 u 2 gleichermaßen gelten. Ein Unterschied zwischen beiden Absätzen könnte allerdings dann bejaht werden, wenn mit dem Rechtsausschuß des Bundestags die Trennung als mildere, dem Entzug der gesamten Personensorge nach Abs 2 vorrangige Maßnahme einzustufen wäre (BT-Drucks 8/2788 S 60). Diese Auffassung ist jedoch verfehlt, sie sieht allein auf die sorgerechtliche Situation und nicht auf die *faktische* Schwere der Maßnahme für Kind und Eltern. Auch im Lichte von Art 6 Abs 3 GG muß der faktischen Trennung rechtlich mindestens gleiches Gewicht zukommen wie dem Entzug der Personensorge (ähnlich MünchKomm-HINZ Rz 14; die Einschätzung des Rechtsausschusses mag nur als Beleg dienen, daß der Vorrang „öffentlicher Hilfen“ notwendig auch beim – als schwerer eingestuftem – Entzug des Personensorgerechts gelten muß).

### 4 3. Grundproblematik

Die Feststellung, daß Kindesinteresse und familienstützender Interventionsansatz grundsätzlich miteinander harmonieren (Rz 1), darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß in jedem Einzelfall die verantwortungsbelastete Entscheidung zu treffen ist, ob dem gefährdeten Kind noch „über die Familie“ geholfen werden kann oder ob – zur Vermeidung irreversibler Schädigung – das individuelle Kindesinteresse „gegen die Familie“ zu wahren ist.

*Auf der einen Seite* droht die Gefahr, der § 1666 a entgegenwirken will: Die Gefahr forscher Eingriffe in die Familie, wobei mildere Mittel entweder nicht erwogen oder vorschnell beiseitegeschoben werden. Derartiges Vorgehen kann aus einer isolierten, individualistischen Sicht der Kindesinteressen resultieren, entspringt aber möglicherweise auch (illegitimen) Sanktionstendenzen gegenüber Eltern, die in der Vergangenheit versagt haben (vgl zB BayObLG FamRZ 1988, 748 [früher vernachlässigtes Kind wird nicht an Eltern zurückgegeben, obwohl diese künftige Kooperation mit dem Jugendamt und dessen wöchentliche Kontrolle akzeptieren; vgl als Kontrastfall OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195 f]; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258 [wegen einmaliger Entgleisung des türkischen Vaters Herausnahme des Kindes aus der Familie und Entzug des Sorgerechts, nach anderthalb Jahren keine Rückgabe mehr, da Kind nunmehr in Pflegefamilie und deutschem Rechtskreis verwurzelt sei]; OLG Schleswig SchlHA 1988, 84 [sorgeberechtigter Vater verläßt eheliches Kind und Lebensgefährtin, bei späterem Herausgabeverlangen voller Entzug der Personensorge; aufgehoben durch BVerfG FamRZ 1989, 145 f: Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 hätte genügt]; BayObLG FamRZ 1984, 928 f [Entzug der gesamten Personensorge bei mißhandelnder Mutter, Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts genüge nicht – warum nicht?]; ähnl BayObLG DAVorm 1985, 914, 917; DAVorm 1985, 335, 337 f [endgültiger, vollständiger Sorgerechtsentzug bei „hoffnungslos überforderter“ Mutter – keine Erörterung von Hilfsmaßnahmen, mit denen der Überforderung begegnet werden könnte]; BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f [Kind schlecht gekleidet und ernährt, hat psychische Probleme – Einweisung in Heim ohne Versuch familienstützender Hilfe, der als „aussichtslos“ bezeichnet wird]). Ob die vorgenannten Entscheidungen im Ergebnis richtig oder falsch waren, kann nicht beurteilt werden – der aus § 1666 a folgenden Legitimierungspflicht in der Entscheidungsbegründung (Rz 2) haben die Gerichte jedenfalls nicht genügt.

- 5 Die Erkenntnis derartiger Fehlenden in der Praxis (dazu auch KEMPER FamRZ 1983, 647 f) und das Bemühen, dem Gebot des § 1666 a pflichtgemäß nachzukommen, können *auf der anderen Seite* aber auch dazu führen, daß das fundamentale kindliche Bedürfnis nach Kontinuität und gesicherter, harmonischer Familienbindung mißachtet wird. Der Problemfamilie werden immer neue Chancen gegeben, immer neue Hilfsmöglichkeiten werden versucht, und wenn die Erfolglosigkeit all dieser langjährigen Bemühungen schließlich unabweisbar feststeht, ist das Kind möglicherweise irreparabel geschädigt. Das Kind wird so zum Versuchsobjekt staatlicher Familienrehabilitierung (vgl die Fallstudie von KLUSMANN, Das Pflegekind Janina in Glanz und Elend, ZfJ 1988, 478 ff; ELL, ZfJ 1990, 343 ff, sowie schon § 1666 Rz 133). Hierher gehört auch die Tendenz, die endgültige Unterbringung eines Kindes, das aus der Familie genommen werden mußte, über Jahre hinaus offenzulassen, um den Eltern die Chance der Konsolidierung der Verhältnisse und der Rückgewinnung des Kindes offenzuhalten (zB KG FamRZ 1985, 526 f [Kind entwickelt sich in Heim ordentlich; keine Ersetzung der Adoptionseinwilligung, da nicht sicher sei, ob die Eltern nicht „doch noch zu der gebotenen Einsicht gelangen“; Ersatzeltern nur bei endgültig feststehender Unmöglichkeit der Rückführung

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

– das Kind habe keinen Anspruch auf „bestmögliche Erziehung“]; ähnl OLG Frankfurt FamRZ 1983, 531; in BayObLG DAVorm 1983, 381 ff dürfte die Trennung Kind-Eltern zu lange hinausgezögert worden sein; vgl auch den vom BVerfG entschiedenen Fall geistig behinderter Eltern [NJW 1982, 1379], in dem das Kind kurz darauf wegen schwerer Vernachlässigung und Mißhandlung den Eltern endgültig genommen werden mußte (§ 1666 Rz 105).

Demgegenüber ist zu betonen, daß das **Kindesinteresse** auch im Rahmen des § 1666 a **der ausschlaggebende Gesichtspunkt bleibt**. Gerät der Hilfsansatz in unauf lösbaren Konflikt mit dem Kindesinteresse, setzt sich letzteres durch (vgl schon § 1666 Rz 133). Die grundsätzlich richtige Erkenntnis, daß § 1666 es dem Staat nicht gebietet oder erlaube, zugunsten optimaler Entwicklungsbedingungen des Kindes einzuschreiten (§ 1666 Rz 67), rechtfertigt es nicht, das Kind jahrelang in unbefriedigenden Umständen aufwachsen und seine familiäre Zuordnung in der Schwebe zu lassen: Auch dadurch werden vollendete Tatsachen geschaffen, in diesem Fall zu Lasten des Kindes. Insbes hat das Kind einen Anspruch auf „Eltern“; die Voraussetzungen für seine Rückführung in die Herkunftsfamilie müssen in „vor allem für jüngere Kinder tolerierbaren Zeiträumen“ erreicht werden (SALGO, Pflegekindschaft 90), andernfalls ist die Unterbringung in einer Ersatzfamilie zu ermöglichen (§ 37 Abs 1 S 2–4 KJHG; BT-Drucks 11/5948 S 74; ZENZ, Kindesmißhandlung 264 ff, 299 ff, 358 ff; § 1666 Rz 140). Heimunterbringung zur Vermeidung persönlicher Hinwendung des Kindes zu Pflegeeltern, die einer Rückführung entgegenstehen könnte (Anm des einsendenden Richters zu KG FamRZ 1985, 526, 527), verletzt die Kindesgrundrechte ebenso wie ein wiederholter Wechsel von Pflegeeltern mit dem gleichen Ziel (vgl BVerfG NJW 1988, 125).

Familienzerstörung aus professionellen „Rettungsphantasien“ heraus (vgl § 1666 Rz 64) und Instrumentalisierung des Kindes zugunsten staatlicher Familientherapie – diese beiden Klippen zu vermeiden, gehört zu der delikaten Abwägungsaufgabe des Vormundschaftsrichters im Rahmen der §§ 1666, 1666 a.

## II. Trennung des Kindes von der Familie, Abs 1

### 1. Trennung

7

Abs 1 ist im Zusammenhang mit **Art 6 Abs 3 GG** zu sehen und auszulegen. Schutzgegenstand der Norm ist die familiäre Gemeinschaft von Eltern und Kindern, deren Zerstörung nur als ultima ratio in Betracht kommen soll. Maßgeblich ist die *faktische* Trennung von Eltern und Kind, sorgerechtliche Beeinträchtigungen der Eltern sind unerheblich, können allenfalls zusätzlich Maßnahmen nach Abs 2 auslösen. Gleich bleibt auch, ob die Trennung unmittelbar aus der richterlichen Anordnung folgt oder sich erst als deren mittelbare Konsequenz ergibt (spätere Herausnahme des Kindes aus der Familie durch vormundschaftsgerichtlich bestellten Pfleger). Von der ratio legis erfaßt ist auch die gerichtliche Aufrechterhaltung einer von den Eltern zunächst selbst verursachten Trennung (BVerfG FamRZ 1989, 145, 147; vgl BVerfGE 68, 178, 187). Aus dem Zusammenhang mit Art 6 Abs 3 GG folgt aber, daß nur eine Trennung *gegen den Elternwillen* unter Abs 1 fällt, nicht etwa eine von den Eltern initiierte Fremderziehung des Kindes (WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 510).

## 8 2. Elterliche Familie

Geschützt ist jede gelebte und sorgerechtlich ausgestattete Eltern-Kind-Gemeinschaft, also auch die Adoptivfamilie, die Teilfamilie Mutter-nichteheliches Kind oder die des Kindes mit dem nach Scheidung allein sorgeberechtigten Elternteil (vgl § 1666 Rz 27). Faktische Gemeinschaft (etwa des nichtehelichen Kindes mit seinem Vater) genügt wegen des Zusammenhangs mit § 1666 Abs 1 nicht (möglich aber Schutz über Art 6 Abs 1 GG, insbes in vollständiger nichtehelicher Familiengemeinschaft). Allerdings sind „faktische Eltern“ (genetische oder nicht-verwandte) auf jugendhilferechtlicher Ebene nunmehr weitgehend in das Leistungssystem einbezogen, vgl §§ 7 Nr 6, 20 Abs 1 KJHG und passim.

Die Pflegefamilie wird gem § 1632 Abs 4 geschützt, soweit Trennung zugunsten der leiblichen Eltern in Frage steht; bei bloßem Wechsel der Pflegestelle hingegen ist § 1666 a entsprechend anwendbar (BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 311).

## 9 3. Vorrang milderer Maßnahmen im allgemeinen

Eine Trennung des Kindes von den Eltern ist nur zulässig, wenn nur durch sie einer bestehenden Gefährdung des Kindes begegnet werden kann, wenn also mildere Eingriffe das Kind nicht hinreichend schützen würden (BayObLG DAVorm 1981, 901, 903 f; FamRZ 1980, 1062, 1064; DAVorm 1983, 78, 82; KG FamRZ 1985, 97, 99; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f). Jede gefahrabwendende Handlungsmöglichkeit unterhalb der erzwungenen Trennung schließt letztere also aus (Einzelh bei RÜNZ 46 ff).

Bedeutsam ist insoweit vor allem die **Haltung der Eltern**. Jede Maßnahme, die von ihrem Einverständnis getragen ist, hat Vorrang (OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667; BELCHAUS § 1666 a Rz 2; WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 511). Lehnen die Eltern hingegen staatliche Unterstützung, mittels deren ein Verbleib des Kindes in der Familie möglich wäre, ab, so kann diese sinnvollerweise nicht als „geeignete“ mildere Maßnahme angeordnet werden, soweit sie elterliche Kooperation voraussetzt (vgl BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 309, 311; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f; WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 518).

## 10 4. „Öffentliche Hilfen“ insbesondere

Was als *öffentliche Hilfen* in Betracht kommt, ist im wesentlichen in §§ 11–40 KJHG niedergelegt. Ist ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren nach § 1666 anhängig, so sollten die dort vorgesehenen Jugendhilfeleistungen regelmäßig bereits angeboten bzw erbracht worden sein (entsprechende Berichtspflicht des Jugendamts: § 50 Abs 2 KJHG). Dies, wie auch die Möglichkeit weiterer geeigneter Hilfen, ist aber stets vom VormG eigenverantwortlich zu prüfen. Zum Teil setzen Leistungen bei allgemeinen sozial-ökonomischen Problemlagen an, etwa bei alleinerziehenden Elternteilen (§§ 18, 19 KJHG), bei Eltern mit ambulanten Berufen (§ 21 KJHG) oder beim Ausfall des überwiegend haushaltsführenden und kindesbetreuenden Elternteils (§ 20 KJHG). § 20 KJHG ist verwandt mit § 70 BSHG und § 185 b RVO, stellt aber nicht die Fortführung des Haushalts, sondern die Betreuung und Versorgung des Kindes in den Vordergrund (BT-Drucks 11/5948 S 59). Mit diesen Vorschriften teilt § 20 KJHG die Schwäche, daß zum Tatbestand der Sozialleistungen, die den Verbleib des Kindes im elterlichen Haushalt ermöglichen sollen, der *Ausfall* zumindest eines Elternteils gehört (vgl WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 516). Der weiterhin präsente Elternteil, der jedoch zur sachgerechten Bewältigung von Kindesbetreuung und Haushalt teilweise nicht in der Lage ist, kann Hilfe nicht nach

§ 20 KJHG, möglicherweise aber nach § 31 KJHG (sozialpädagogische Familienhilfe) erhalten.

Die Kindesgefährdende Situation in Problemfamilien kann auch entschärft werden durch institutionelle oder familiäre Tagespflege (§§ 22, 23 KJHG).

Bei *konkreten Erziehungsproblemen* können die in §§ 27 ff KJHG geregelten „*Hilfen zur Erziehung*“ die Familie stützen. Ohne Trennung von Eltern und Kindern und (idR) ohne Sorgerechtsingriff kommen insoweit in Betracht die *Erziehungsberatung* (§ 28 KJHG), die *soziale Gruppenarbeit* zum Ausgleich von Sozialisationsdefiziten (§ 29 KJHG), die *sozialpädagogische Familienhilfe* als intensive Form ambulanter Unterstützung (§ 31 KJHG; vgl BT-Drucks 10/2730 [7. Jugendbericht]) sowie die *intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung* (§ 36 KJHG), die bei Jugendlichen in besonders gefährdenden Lebenssituationen (Drogen-, Prostituierten-, Punker-, Nichtsehaftenmilieu) eine Alternative zur geschlossenen Unterbringung bieten soll. An der Schnittstelle zwischen ambulanten und stationären Hilfen kann auch die *Erziehung in einer Tagesgruppe* einer institutionellen oder familialen Einrichtung den grundsätzlichen Verbleib des Kindes in seiner Familie sichern (§ 32 KJHG). Flankierend zu den „Hilfen zur Erziehung“ sind Leistungen zum *Unterhalt* des Kindes vorgesehen, § 39 KJHG. **11**

Aber selbst wenn sich die *Herausnahme* des Kindes aus seiner Familie als notwendig erweisen sollte (Vollzeitpflege, § 33 KJHG; Heimerziehung, § 34 KJHG), kann der gesetzliche Verweis auf „öffentliche Hilfen“ noch Bedeutung entfalten. Gelingt es, die Eltern zur *freiwilligen Inanspruchnahme* dieser Leistungen zu bewegen, so gewinnen sie hiermit nicht nur Mitsprache- und Auswahlrechte (§ 36 Abs 1 S 3 KJHG), es erübrigt sich regelmäßig auch ein die Trennung begleitender Entzug des Sorgerechts (zur Zusammenarbeit von Pflegeperson bzw Einrichtung mit den sorgeberechtigten Eltern vgl §§ 37, 38 KJHG). Des weiteren folgt aus §§ 37 Abs 1 S 2, 3, 34 Nr 1, 33 S 1 KJHG die **staatliche Pflicht zur „Nachsorge“** nach einer Herausnahme des Kindes aus der Herkunftsfamilie, dh es sind Bemühungen geboten, die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie innerhalb eines – vom Kind her gesehen – vertretbaren Zeitraumes so zu verbessern, daß das Kind dorthin wieder zurückkehren kann. Dazu gehören auch Bemühungen um eine Fortführung des Kontakts zwischen Kind und Eltern (§ 37 Abs 1 S 3 KJHG). § 1666 a bezieht den Vormundschaftsrichter in die Verantwortung für diese Folgemaßnahmen ein, Eingriffe gem Abs 1 oder 2 sind nur zulässig, wenn gleichzeitig zusammen mit dem Jugendamt die Möglichkeiten und Modalitäten einer Refunktionalisierung der Herkunftsfamilie erörtert und festgelegt werden (ähnl schon vor dem KJHG ZENZ, Kindesmißhandlung 152, 243, 256 f, 261; SALGO, Pflegekindschaft 90; OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 311; vgl § 1666 Rz 133, 138). **12**

Angesichts des über die eigentliche vormundschaftsgerichtliche Funktion hinausweisenden Begriffs der „öffentlichen Hilfen“ ist die Frage gestellt worden, ob der **Vormundschaftsrichter** gem § 1666 a für geeignet befundene Hilfen, auch wenn diese von eigenständigen Leistungsträgern zu erbringen sind, **anordnen** kann oder ob er insoweit auf Kooperation mit den Behörden und privaten Sozialleistungsträgern angewiesen ist. Bei privaten Trägern ist eine derartige Anordnungsbefugnis sicherlich nicht gegeben. Gegenüber öffentlichen Leistungsträgern ist die Befugnis unproblematisch zu *bejahen*, wenn ein *Rechtsanspruch* auf die betreffende Hilfe besteht, und sei dies auch nur aufgrund einer Selbstverpflichtung des Leistungsträgers oder einer Ermessensreduzierung auf „Null“ nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. **13**

Unklar ist insoweit der Verpflichtungsgrad der Leistungsbestimmungen nach dem **KJHG**. Eindeutig gewähren *Rechtsansprüche* nur die Vorschriften der §§ 18, 21, 23

Abs 2 S 2, 27 Abs 1, 36 Abs 1, 39 Abs 1 und 40. Hierzu gehören auch die im Zusammenhang des § 1666 wichtigen „Hilfen zur Erziehung“ (§§ 27 ff KJHG; s Rz 11). Zwar ist der Anspruch davon abhängig, daß die konkrete Hilfe geeignet und erforderlich ist, um das Erziehungsdefizit der Eltern auszugleichen (§ 27 Abs 1 KJHG). Hierbei handelt es sich jedoch nur um unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand der Anspruchsnorm, nicht um eine Rückstufung zur Ermessensleistung. Entsprechendes gilt für die Entscheidung über Art und Umfang der Hilfe im konkreten Fall: Der insoweit allein maßgebliche „erzieherische Bedarf“ (§ 27 Abs 2 S 2 KJHG) ist ein Rechtsbegriff, der Leistungsträger hat kein Auswahlermessen (zum Charakter als „Pflichtleistung“ s BT-Drucks 11/5948 S 67). Aus der engen Verzahnung öffentlicher Jugendhilfeleistungen mit vormundschaftsgerichtlichem Kinderschutz, die insbes § 1666 a augenfällig hervorhebt, muß die **Kompetenz des VormG** (bzw der Instanzgerichte) gefolgert werden, die Anspruchsnormen des KJHG verbindlich (auch mit Wirkung gegenüber den öffentlichen Leistungsträgern) auszulegen und ggf eine gebotene Hilfe zur Erziehung **anzuordnen** (idR wird der in § 50 Abs 2 KJHG vorgeschriebene Kommunikationsprozeß zwischen Richter und Jugendamt allerdings zu konsensgetragenen Lösungen führen).

Soweit Jugendhilfeleistungen, wie zB die Erziehungsbeistandschaft (§§ 18 Abs 1, 30 KJHG), sinnvoll nur auf der Basis elterlicher Zustimmung und Kooperation erbracht werden können (zum früheren Recht, § 57 JWG, vgl BayObLG DAVorm 1983, 381 ff), gehört diese zur tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzung der „Geeignetheit“ (§ 27 Abs 1 KJHG; vgl § 1666 Rz 138).

Neben den genannten Vorschriften enthält das KJHG überwiegend **Soll-Vorschriften**, gelegentlich auch Kann-Vorschriften. Während letztere offensichtlich Ermessensleistungen bezeichnen (vgl BT-Drucks 11/5948 S 119 [trotz der mißverständlichen Bezeichnung als „Soll-Leistungen“]), ist die Qualifizierung der Soll-Vorschriften schwierig (vgl einerseits OBERLOSKAMP ZfJ 1990, 260, 263, 268 [kein Rechtsanspruch, nur Anweisung an den Jugendhilfeträger]; andererseits PREIS ZRP 1990, 90, 91 [„soll“ bedeutet „muß“, sofern nicht atypische Umstände vorliegen]). Aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung zum RegE des KJHG ergibt sich, daß die Gesetzesverfasser die Soll-Vorschriften als *Verpflichtung* für die Jugendhilfeträger verstanden haben (so deutlich BT-Drucks 11/5948 S 58–60, 119 f). Nicht anders ist auch die Rückstufung einiger kostenintensiver Leistungen für eine Übergangszeit bis 1994 von Soll- zu Kann-Bestimmungen zu erklären (zu §§ 17, 20, 41 KJHG s BT-Drucks 11/5948 S 119 f). Ob und inwieweit daraus ein subjektives öffentliches Recht von Eltern oder Kind folgt, kann hier dahinstehen. *Für die vormundschaftsrichterliche Anordnungsbefugnis genügt die im Gesetz statuierte Regel-Verpflichtung der Jugendhilfeträger.* Die Feststellung atypischer und den Gesetzeszweck vereitelnder Umstände, die im Einzelfall einer Leistungspflicht ausnahmsweise entgegenstehen könnten, gehört mit zu dem letztlich dem VormG zugewiesenen Verantwortungsbereich.

Bei echten **Ermessensleistungen** sind die Meinungen geteilt: Nach einer Auffassung legitimiert § 1666 a den Richter nicht zum Übergriff in öffentlich-rechtliche Leistungsbereiche, etwa auch die kommunale Selbstverwaltung für den Funktionsbereich des Jugendamtes (WIESNER ZBJugR 1981, 509, 512 ff; RÜNZ 127–156); nach anderer Auffassung erwächst dem Richter aus dieser Vorschrift eine eigenständige Anordnungsbefugnis, der die Leistungsträger nachzukommen haben (AK-MÜNSTER Rz 8; in Bezug auf das Jugendamt auch SALGO, Pflegekindschaft 94–96; offengelassen in LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96 f bezüglich § 80 StVollzG).

Eine solche Befugnis wäre im Interesse effektiven Kinderschutzes erstrebenswert, ist mit den Strukturen des geltenden Jugendhilferechts aber wohl nicht zu vereinba-

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

ren. Der Richter bleibt darauf beschränkt, bisher nicht angebotene öffentliche Hilfen, deren Erbringung im Ermessen der jeweiligen Leistungsträger steht, bei diesen anzuregen und mit ihnen zu erörtern; *werden diese Hilfen dennoch nicht bereitgestellt, stehen sie nicht zur Verfügung* iSd § 1666 a.

Kommt nach dem soeben Dargelegten die richterliche Anordnung einer öffentlichen Hilfe in Betracht, so ist diese Anordnung als „*Maßnahme*“ iS von § 1666 Abs 1 zu qualifizieren. Sie kann sorgerechtsergänzend (zB Beistandschaft), aber auch mit Eingriffen in das elterliche Sorgerecht verbunden sein (zB Erziehung in einer Tagesgruppe, § 32 KJHG).

Die **Kosten** öffentlicher Hilfen sollen unerheblich sein, allein das Kindes- und **14** Familieninteresse ist entscheidend (BT-Drucks 8/2788 S 60; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1312; ERICHSEN-REUTER 77). Dieser Grundsatz gilt unter der sich aus dem Vorstehenden ergebenden Einschränkung, daß der Vormundschaftsrichter keine Kosten verursachen kann über vorhandene Rechtsgrundlagen und Leistungsangebote von öffentlichen oder privaten Trägern der Jugendhilfe hinaus (vgl BT-Drucks 8/2788 S 2 [Kosten: keine]). Nur: Soweit Mittel bereitstehen, sind die Kosten kein legitimer Grund zur Ablehnung einer an sich gebotenen Hilfsmaßnahme. Das gilt auch, wenn schon längere Zeit, aber im Ergebnis erfolglos, kostenaufwendige Hilfen für eine Familie erbracht worden sind (anders OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542 [... können „Mittel der Hilfe nicht schlechthin unbegrenzt zur Verfügung gestellt werden“) – nur die Aussichtslosigkeit, nicht die Kosten können die Versagung weiterer Hilfen rechtfertigen. Ganz unbefriedigend auch unter diesem Gesichtspunkt sind Eltern-Kind-Trennungen in Fällen, in denen das elterliche Versagen offenkundig auch auf der ökonomischen Mangellage der Familie beruht und in denen dennoch nicht einmal der Versuch öffentlicher Hilfen unternommen wurde (vgl LG Frankenthal DAVorm 1984, 320 [enge Wohnverhältnisse, geringes Einkommen]; BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f [schlechte Kleidung und Ernährung]).

Im übrigen gehören die Kosten für die Kindesunterbringung in den Bereich der elterlichen Unterhaltsverpflichtung (§ 1666 Rz 180). Der Rückgriff der Träger der Jugendhilfe ist im KJHG eigenständig geregelt (§§ 90 ff). Von einem Kostenbeitrag kann abgesehen werden, wenn dadurch der Zweck der Hilfe vereitelt würde oder sich eine besondere Härte ergäbe (§ 93 Abs 3 KJHG).

## 5. Entbehrlichkeit unterstützender Maßnahmen

15

Öffentliche Hilfen und andere mildere Maßnahmen sind auch nach Abs 1 nur vorrangig, soweit mit ihnen der Gefahr begegnet werden kann – sie müssen geeignet und erfolversprechend sein (der ausdrückliche Vorbehalt in Abs 2 gilt also in Abs 1 entsprechend). Sind sie bereits jahrelang erbracht worden, aber letztlich gescheitert, darf daraus im Regelfall gefolgert werden, daß der Kinderschutz mit milderem Eingriffen als der Trennung nicht zu erreichen ist (OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542; DAVorm 1986, 804, 806 f; BayObLG FamRZ 1981, 86; vgl § 1666 Rz 131). Diese Situation ist häufig gegeben, da Jugendämter vormundschaftsgerichtliche Eingriffe (von akuten Gefährdungsfällen abgesehen) erst anregen, nachdem sich ihr Jugendhilfe-Instrumentarium als wirkungslos herausgestellt hat (WIENER ZBlJugR 1981, 509, 512; SALGO, Pflegekindschaft 590 [Antrag des Jugendamts als „Schlußpunkt“ gescheiterter Restabilisierungsbemühungen]).

Verweigert umgekehrt der Vormundschaftsrichter in dieser Situation die Anordnung von Maßnahmen unter Hinweis auf „öffentliche Hilfen“, so müssen diese konkret beschrieben und hinsichtlich ihrer Erfolgsaussichten begründet werden

(OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542). Ganz verfehlt ist eine Verweigerung vormundschaftsgerichtlichen Kindesschutzes unter Hinweis auf unterlassene Hilfen in der Vergangenheit, wenn sie im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr möglich sind (LG Berlin FamRZ 1983, 943; FamRZ 1983, 947; FamRZ 1982, 841, 843; vgl § 1666 Rz 126). Im übrigen hat der Richter bei Einschätzung der Erfolgsaussichten milderer Maßnahmen einen Mittelweg zu finden zwischen unfundierter Hoffnung auf elterliche Konsolidierung (vgl OLG Hamm FamRZ 1985, 526 f) und vorschneller Unterstellung fehlender Erfolgsaussichten (vgl BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f).

## 16 6. Vorläufige Anordnungen

Durch vorläufige Anordnungen kann eine Trennung dann angeordnet werden, wenn sie auch im Hauptverfahren wahrscheinlich ist (LG Berlin DAVorm 1979, 143, 146), ferner bei akuter Gefährdung zum einstweiligen Kindesschutz, wenn die vorherige Abklärung der familiären Situation mit zu großem Risiko verbunden wäre. Das gleiche gilt, wenn sich die Suche und Erörterung öffentlicher Hilfen langwierig gestaltet und dem Kind ein Abwarten in der Familie nicht zugemutet werden kann (MünchKomm-HINZ Rz 12). Das Gebot „helfender Nachsorge“ (Rz 12) ist hier besonders offenkundig (diese ist nicht erkennbar in BayObLG FamRZ 1989, 421 ff).

## 17 III. Entziehung der Personensorge, Abs 2

Die „gesamte Personensorge“ umfaßt das Recht zur tatsächlichen Betreuung und die Vertretung in persönlichen Fragen (§§ 1626, 1629). Als andere (mildere) Maßnahmen kommen in Betracht der nur auf Teilbereiche beschränkte Entzug oder eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 (vgl BVerfG FamRZ 1989, 145, 146 f), vor allem aber auch „öffentliche Hilfen“ iSd Abs 1 (Rz 10–14). Gar kein Entzug (schon mangels konkreter Kindesgefährdung) ist notwendig, wenn der sorgeberechtigte, berufstätige Elternteil das Kind in der Pflegefamilie belassen will und zur Kooperation mit dieser und dem Jugendamt bereit ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195 f [zu § 1671 Abs 5]).

- 18 Der Entzug der gesamten Personensorge ist nur gerechtfertigt, wenn schon im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren geklärt ist, was mit dem Kind konkret geschehen soll, und wenn der Entzug im Hinblick auf die geplante Regelung notwendig ist. Unzulässig ist der pauschale Entzug und Pflegerbestellung, wobei die Veranlassung alles weiteren dem Pfleger überlassen wird (ZENZ, Kindesmißhandlung 362 f; WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 520).

Im übrigen gelten die Erl zu Abs 1 entsprechend.

## § 1667

**Wird das Vermögen des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater oder die Mutter die mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder zu verletzen droht oder in Vermögensverfall gerät, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.**

**Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß die Eltern ein Verzeichnis des Vermögens des Kindes einreichen und über die Verwaltung Rechnung legen. Die Eltern haben das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vor-**

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

**mundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.**

**Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß das Geld des Kindes in bestimmter Weise anzulegen und daß zur Abhebung seine Genehmigung erforderlich ist. Gehören Wertpapiere, Kostbarkeiten oder Buchforderungen gegen den Bund oder ein Land zum Vermögen des Kindes, so kann das Vormundschaftsgericht dem Elternteil, der das Kind vertritt, die gleichen Verpflichtungen auferlegen, die nach §§ 1814 bis 1816, 1818 einem Vormund obliegen; die §§ 1819, 1820 sind entsprechend anzuwenden.**

**Das Vormundschaftsgericht kann dem Elternteil, der das Vermögen des Kindes gefährdet, Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen auferlegen. Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen. Bei der Bestellung und Aufhebung der Sicherheit wird die Mitwirkung des Kindes durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt. Die Sicherheitsleistung darf nur durch Maßnahmen nach Absatz 5 erzwungen werden.**

**Das Vormundschaftsgericht kann dem Elternteil, der das Vermögen des Kindes gefährdet, die Vermögenssorge ganz oder teilweise entziehen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefährdung des Kindesvermögens durch diesen Elternteil abzuwenden.**

**Die Kosten der angeordneten Maßnahmen trägt der Elternteil, der sie veranlaßt hat.**

§ 1667 aF: E I § 1547 Abs 1, § 1549 Abs 1; II § 1558; III § 1644; Mot IV 807, 815; Prot IV 553, 635. GleichberG Art I Nr. 22; SorgeRG Art 1 Nr 17.

### Systematische Übersicht

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>I. Normbedeutung und -entwicklung 1</b></p> <p>1. Normbedeutung 1</p> <p>2. Normentwicklung 5</p> <p>3. Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 6</p> <p><b>II. Tatbestandliche Voraussetzungen 7</b></p> <p>1. Kindesvermögen 8</p> <p>2. Gefährdung durch elterliche Pflichtverletzung 9</p> <p>3. Gefährdung durch elterlichen Vermögensverfall 12</p> <p><b>III. Maßnahmen des VormG 13</b></p> <p>1. Allgemeines 13</p> <p>2. Vermögensverzeichnis, Rechnungslegung (Abs 2) 19</p> | <p>3. Anlagebestimmung, Sicherungsmaßnahmen (Abs 3) 21</p> <p>4. Sicherheitsleistung (Abs 4) 24</p> <p>a) Allgemeines 24</p> <p>b) Einzelheiten 27</p> <p>5. Entzug der Vermögenssorge (Abs 5) 29</p> <p>a) Grundsätze 29</p> <p>b) Folgen der Entziehung 32</p> <p><b>IV. Dauer und Änderung von Maßnahmen 33</b></p> <p><b>V. Kosten der Maßnahmen 34</b></p> <p><b>VI. Zuständigkeit und Verfahren 35</b></p> <p>1. Zuständigkeit 35</p> <p>2. Verfahren 36</p> <p>3. Kosten des Verfahrens 39</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

### Alphabetische Übersicht

- |                                     |                                             |
|-------------------------------------|---------------------------------------------|
| Änderung von Maßnahmen 28, 33       | Beschwerde 37                               |
| Anhörung 36                         |                                             |
| Anlage von Kindesvermögen 9, 21, 29 | Dauer von Maßnahmen 33                      |
| Anlagebestimmung 21, 29             |                                             |
| Arrest, dinglicher 18               | Eigenverbrauch von Kindesvermögen 9, 12, 22 |

- Eintrittsrecht des VormG 22, 28  
 Eltern-Kind-Verhältnis 14, 36  
 Erbschaft des Kindes 9  
 Erwerbsgeschäft des Kindes 9  
 Erziehungbeistand gem § 1685 17
- Grundrechte  
 – der Eltern 1, 9, 11  
 – des Kindes 4
- Herausgabe des Kindesvermögens 32  
 Hinterlegung 16, 23
- Jugendamt 36 f
- Kindesschutzsystem 1 ff, 11, 13, 22, 30  
 Kindesvermögen 1 ff, 8 f, 14, 18 ff, 23  
 Kindesvermögensgefährdung 9 ff, 18–21  
 Kindeswohl  
 – persönliches 1 f, 11, 14, 36 f  
 – als Vermögensinteresse 2, 4, 11, 14, 22, 27, 30  
 Kosten des Verfahrens 34, 39
- Personensorge 1, 6, 11, 14, 37  
 Pfleger 6, 17, 28, 32, 37  
 Pflichtteilsanspruch 8, 14  
 Pflichtverletzung, elterliche 2 ff, 7, 9 ff, 14, 19  
 Prozeßbevollmächtigter 16
- Rechnungslegung 13, 20, 32  
 Rechtsgeschäfte mit Dritten 4  
 Rechtspfleger 35
- Schadensersatzanspruch 4, 9, 24  
 Scheidung 6, 32  
 Schmerzensgeldanspruch 8  
 Sicherheitsleistung 13, 24 ff, 36, 38  
 Sicherungsmaßnahmen 21 ff  
 Sperrvermerk 22, 38
- Überwachungspflicht der Eltern 31 f  
 Unterhaltsanspruch 8  
 Unterhaltspflichtverletzung 11
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 13 f, 25, 29 f, 36  
 Vermächtnisanspruch 8 f  
 Vermögenssorge 1, 8, 9, 11  
 Vermögenssorgeentzug 1, 5 f, 13 f, 25 f, 29 ff, 35 ff  
 – Androhung desselben 26, 30  
 Vermögensverfall 2 f, 7, 12, 19, 34, 36  
 Vermögensverzeichnis 8, 19, 29  
 Verschulden, elterliches 3, 11 f  
 Vollzug 19, 22, 26, 36, 38  
 Vorläufige Anordnung 30, 36
- Wächteramt des Staates 1, 11  
 Wertpapiere 23

## I. Normbedeutung und -entwicklung

### 1 1. Normbedeutung

§§ 1667, 1670 sind Komplementärnormen zu § 1666 für den Bereich der **Vermögenssorge** – die Aufgliederung des elterlichen Sorgebereichs in § 1626 Abs 1 S 2 wird damit im Kindesschutzrecht fortgesetzt (weitere Eingriffstatbestände in §§ 1639 Abs 1 S 2; 1640 Abs 3, Abs 4; 1683 Abs 4; Grenzfall § 1666 Abs 3: Schutzgegenstand ist dort jedoch das persönliche Kindeswohl, nicht das Kindesvermögen, BayObLG DAVorm 1989, 153, 156, s § 1666 Rz 148; gleiches gilt für Eingriffe in die Vermögenssorge nach § 1666 Abs 1, s dort Rz 132). Diese Aufgliederung ist zweckmäßig wegen der Verschiedenheit der Sorgegegenstände (persönliches Wohl/Vermögen), erfolgt aber unter dem Dach eines einheitlichen Grundkonzepts der elterlichen Sorge (Vorbem 1 zu §§ 1638–1664 [ENGLER]). Insbes fügt sich die Vermögenssorge ohne weiteres und ohne gesonderte Hervorhebung in das verfassungsrechtliche Schutzsystem für Kinder ein: Sie ist von der in Art 6 Abs 2 S 1 angesprochenen „Pflege und Erziehung“ mitumfaßt und entsprechend auch Gegenstand des staatlichen Wächteramts gem Art 6 Abs 2 S 2 (das BVerfG unterstellt dies offenbar als selbstverständlich, vgl NJW 1986, 1859 = FamRZ 1986, 769 = JZ 1986, 632; zum streitigen Diskussionsstand FEHNEMANN ZfJ 1986, 178 ff mwN; dies JZ 1986, 1055 ff). Als dessen einfachgesetzliche Ausprägung erscheinen deshalb auch die das Kindesvermögen schützenden Vorschriften (für ihre Gründung auch auf Art 14 Abs 1 GG FEHNEMANN JZ 1986, 1055, 1057).

Ein struktureller Unterschied zwischen § 1666 und § 1667 besteht nicht so sehr darin, daß in der zweiten Vorschrift die Schutzmaßnahmen des VormG ausführlicher (aber nicht enumerativ, s Rz 15) aufgeführt werden. Er scheint vielmehr darin zu liegen, daß – neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal des elterlichen Vermögensverfalls – eine **elterliche Pflichtverletzung** zur konstitutiven Eingriffsvoraussetzung erhoben wird (zur Rechtslage bei § 1666 s dort Rz 17 ff; für die hM ergibt sich in diesem Punkt systematische Kongruenz der §§ 1666, 1667, vgl MünchKomm-HINZ § 1667 Rz 1, 7). Dabei handelt es sich nicht um eine mangelnde Anpassung im Rahmen der Sorgerechtsreform, sondern um eine bewußte Einschränkung staatlicher Eingriffskompetenz – ein rein rechtsgutsbezogener Schutzansatz wurde vom Rechtsausschuß des Bundestags im Vermögensbereich als vom Kindesinteresse nicht geboten angesehen (BT-Drucks 8/2788 S 60, vgl PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; SOERGEL-LANGE [11. Aufl 1981] Rz 3; im Umkehrschluß mag hieraus ein Argument gegen das Pflichtwidrigkeitskriterium in § 1666 gewonnen werden). Diese Auffassung ist erklärbar, wenn von einer weniger existentiellen Bedeutung des Vermögens im Vergleich zum persönlichen Wohl des Kindes ausgegangen wird (weitere Anhaltspunkte für diese gesetzliche Wertung: §§ 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f, 50 b Abs 2 FGG; 14 Nr 8 RPFfG).

Der auf elterliches Handlungsunrecht abstellende Rechtsschutzansatz konnte aber auch in § 1667 nicht rein durchgehalten werden, das Interesse des Kindes machte **zwei Ausnahmen** notwendig: (1) Das alternative Merkmal des *Vermögensverfalls* der Eltern (Abs 1) abstrahiert völlig von den zugrundeliegenden Ursachen (Rz 12), hier rechtfertigt schon die gefährliche Situation als solche schützende Maßnahmen (im Vorfeld von § 1670). (2) Mit der Erstreckung der Eingriffsbefugnis auf nur „*drohende Pflichtverletzungen*“ (Abs 1) wurde der praktischen Erfahrung Rechnung getragen, daß *nach* geschehenen elterlichen Pflichtverletzungen gerichtlicher Schutz für das Kindesvermögen oft zu spät kam (BT-Drucks 7/2060 S 30; 8/2788 S 60). Damit schiebt sich der Sache nach aber schon wieder eine rechtsgutsbezogene Betrachtungsweise in den Vordergrund (die Bedenken der Minderheit im Rechtsausschuß [zu unbestimmt, staatliche Inquisitionsgefahr, BT-Drucks 8/2788 S 60 f] entsprechen folgerichtig den Einwänden gegen einen reinen Gefährdungsansatz in § 1666 [dort Rz 11, 22], sind aber gleichermaßen unbestätigt geblieben). Tatsächlich ist die tatbestandliche Einbeziehung auch der nur „*drohenden Pflichtverletzung*“ nicht eine Erweiterung des Pflichtwidrigkeitskonzepts, sondern dessen verfassungsrechtlich gebotene Korrektur (*anders* MünchKomm-HINZ Rz 7).

Im *Ergebnis* ist festzustellen, daß sich eine vollständige systematische Harmonie zwischen §§ 1666 und 1667 weder vom Boden der hM (Kindesschutz = Rechtsschutz gegen pflichtwidriges Handeln) noch der hier vertretenen Auffassung (s § 1666 Rz 23, 24) herstellen läßt, zur Diskussion steht nur die dogmatische und rechtspolitische Begründung für den zT unterschiedlichen gesetzlichen Ansatz in beiden Vorschriften (zu einer weiteren sachlichen Divergenz Rz 11).

Beeinträchtigungen seiner Vermögensinteressen durch elterliche Pflichtverletzungen ohne oder trotz vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens muß das Kind grundsätzlich hinnehmen (vorbehaltlich eines Schadenersatzanspruchs, dazu § 1664 Rz 6, 7 [ENGLER]). Die Pflichtwidrigkeit von Vermögensdispositionen in Vertretung des Kindes führt *nicht automatisch* zu deren rechtsgeschäftlicher *Unwirksamkeit* im Verhältnis zu Dritten (aA GERNHUBER § 49 V 2; ders FamRZ 1962, 94; MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft [1955] 367 f; zur Diskussion MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24). Eine Ausnahme gilt nur, wenn aus der elterlichen Handlung schwere wirtschaftliche Belastungen für das Kind resultieren, die über den Eintritt der Volljährigkeit wesentlich hinausdauern und den Aufbau einer

eigenständigen wirtschaftlichen Existenz verhindern – hier scheidet die elterliche Vertretungsmacht *ex lege* am *Persönlichkeitsrecht des Kindes* gem Art 2 iVm Art 1 GG (BVerfG NJW 1986, 1859 [oben Rz 1]; dazu K SCHMIDT DB 1986, 1238, 1241 ff; PARDEY FamRZ 1988, 460 ff; MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24).

## 5 2. Normentwicklung

Die ursprüngliche Normfassung ist durch das GleichberG zunächst insofern geändert worden, als sie beide Eltern einbezog und dem Wegfall der väterlichen Nutznießung am Kindesvermögen Rechnung trug. Das SorgeRG hat die bisher in den §§ 1667–1669 geregelten Bestimmungen im jetzigen § 1667 zusammengefaßt und im wesentlichen drei sachliche Änderungen gebracht: (1) Schutzmaßnahmen können jetzt schon bei nur **drohenden Pflichtverletzungen** der Eltern getroffen werden (s Rz 2, 10); (2) die nach früherem Recht vorgesehene **Stufenfolge** der Schutzmaßnahmen, insbes die Subsidiarität des Entzugs der Vermögenssorge wurde **aufgegeben** (s Rz 13); (3) bisher schon praktizierte, aber gesetzlich nicht geregelte Schutzmaßnahmen sind in Abs 3 S 1 gesetzlich übernommen worden.

## 6 3. Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696

Die Abgrenzung zur familiengerichtlichen Zuständigkeit nach den vorgenannten Vorschriften folgt den zu § 1666 dargelegten Grundsätzen (dort Rz 37 ff). Dabei ist § 1671 Abs 4 S 2 zu beachten – ist dem nach §§ 1671, 1672 allein sorgeberechtigten Elternteil nur die Vermögenssorge zu entziehen, fällt dies nach hM unter die vorrangige Änderungskompetenz des FamG (§§ 1696 iVm 1671 Abs 4 S 2), wenn die Vermögenssorge dem anderen Elternteil übertragen werden soll. Das gleiche gilt (sogar bei teilweisem Entzug der Vermögenssorge), wenn die Befugnisse nicht auf den anderen Elternteil, sondern auf einen Pfleger übertragen werden sollen (§§ 1696 iVm 1671 Abs 5). Nach Sorgerechtsübertragungen auf einen Elternteil bleibt Raum für vormundschaftsgerichtliche Eingriffe also nur hinsichtlich von Anordnungen, die das Familiengericht nicht treffen kann, insbes Maßnahmen nach Abs 2 bis 4 sowie teilweisen Sorgerechtsentzug nach Abs 5, wenn die entsprechenden Befugnisse dem anderen Elternteil entspr § 1680 Abs 1 S 2 übertragen werden sollen.

## 7 II. Tatbestandliche Voraussetzungen

Voraussetzungen für vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen sind: (1) Gefährdung des Kindesvermögens; (2) alternativ elterliche Pflichtverletzung, drohende elterliche Pflichtverletzung oder elterlicher Vermögensverfall; (3) Kausalzusammenhang zwischen (1) und (2). Die Bejahung dieser Voraussetzungen liegt nicht im Ermessen des VormG (so KG Recht 1923, Nr 1355; BayObLGZ 1957, 315, 316; FamRZ 1977, 144, 147; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3), vielmehr handelt es sich um *unbestimmte Rechtsbegriffe*, die in der Rechtsbeschwerdeinstanz voll überprüfbar sind (BayObLG ZBlJugR 1983, 302, 307).

## 8 1. Kindesvermögen

Das Kindesvermögen muß der Vermögenssorge der Eltern unterliegen (vgl § 1638 Rz 1; bei Übergriffen der Eltern in ihrer Verwaltung nicht unterliegendes Vermögen allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz). Es umfaßt neben Sach- und Barvermögen sowie anfallenden Zinsen (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216) auch Forderungen

gen (einschl Schmerzensgeld, KG JFG 22, 174, 176) einschl solcher, die sich gegen die Eltern selbst richten (vgl BayObLG FamRZ 1982, 640 [Vermächtnisansprüche]); Zurückhaltung ist jedoch hinsichtlich der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegen den überlebenden Elternteil geboten (BayObLGZ 1963, 132 = FamRZ 1963, 578 [kann interessenwidrig sein]). Zum Vermögen gehören jedoch nicht Unterhaltsansprüche des Kindes (vgl § 1666 Abs 3; zum Vermögensbegriff BRÜGGEMANN ZBJugR 1980, 53, 54–58). Das *Vorhandensein* von Kindesvermögen ist Voraussetzung für Maßnahmen nach § 1667 und von Amts wegen zu ermitteln (§ 12 FGG), „auf Verdacht“ kann auch nicht ein Vermögensverzeichnis verlangt werden (LG Münster DAVorm 1981, 604).

## 2. Gefährdung durch elterliche Pflichtverletzung

9

**Gefährdung** meint die *Wahrscheinlichkeit künftigen Schadenseintritts*. Sie muß gegenwärtig sein, die bloße Möglichkeit künftiger Gefahr reicht ebenso wenig (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156; OLG Frankfurt NJW 1953, 67) wie eine frühere Gefährdung (KG KGJ 38, A 23). Das der Vermögenssorge grundsätzlich unterliegende Vermögen muß nicht unbedingt schon tatsächlich übernommen sein (KG RJA 8, 90, 92). Ob eine Gefährdung besteht, ist unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls (BayObLG aaO) sowie des verfassungsrechtlichen Ermessensspielraums der Eltern (Art 6 Abs 2 S 1 GG; vgl Vorbem 1 zu §§ 1638 bis 1664 und unten Rz 11) zu beurteilen.

Die **elterlichen Pflichten**, auf deren Verletzung die Gefährdung beruhen muß, ergeben sich vor allem aus §§ **1639 bis 1649**. In Betracht kommen insbesondere die Verminderung oder der ordnungswidrige Verbrauch des Kindesvermögens (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156), etwa zum Zwecke der Tilgung eigener Schulden (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; FamRZ 1977, 144, 147: Aber genaue Prüfung, ob nicht diesbezügliche Erstattungsansprüche der Eltern gegen das Kind, etwa aus § 1648) oder zum Eigenerwerb von Gegenständen (vgl § 1646 Rz 5) oder für das eigene Geschäft (OLG Frankfurt FamRZ 1963, 453). Weiterhin zählt hierher die pflichtwidrige Verwendung der Vermögenseinkünfte (vgl § 1649; BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307), die Nichterfüllung oder -sicherstellung von Vermächtnisansprüchen des Kindes gegen den Elternteil selbst (BayObLG FamRZ 1982, 640) oder die Nichtnutzung üblicher Möglichkeiten der Vermögensmehrung (vgl § 1642; BayObLG FamRZ 1983, 528, 530: Nichtanlage von Geld, Nichtvermietung von Grundstücken, Unterlassung zulässiger und angemessener Mieterhöhung für dem Kind gehörende Wohnung, Nichterstellung einer Heizkostenrechnung; s § 1642 Rz 15). Eine Pflichtverletzung kann auch darin liegen, daß die Eltern bei der Anlage von Kindesvermögen gleichermaßen risikobereit sind wie bei eigenem Vermögen (vgl § 1642 Rz 7), daß sie ein Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes ohne Genehmigung des VormG beginnen (vgl § 1645; JAUERNIG-SCHLECHTRIEM § 1645 Anm 1; sachliche Vermögensgefährdung muß jedoch hinzutreten) oder daß sie einen Schadenersatzprozeß für das Kind nachlässig führen (KG JFG 22, 174, 177; vgl noch Rz 16, 17). Pflichtwidrig ist auch die Ablehnung der Vermögensverwaltung schlechthin (BayObLG DAVorm 1989, 153, 157: Noch keine Pflichtwidrigkeit, wenn Elternteil die Kindeserbschaft im Hinblick auf vom Kind beantragten Sorgerechtsentzug einstweilen beim Rechtsanwalt als Treuhänder beläßt und nicht anlegt).

Es genügt, wenn eine **Pflichtverletzung nur droht**, selbst wenn es bisher noch nicht 10 zu Verletzungen gekommen ist (BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307 [etwa mangels Gelegenheit]). In diesem Fall liegt nicht nur der befürchtete Schadenseintritt in der Zukunft, sondern auch schon die ursächliche pflichtwidrige Handlungsweise der

Eltern (vgl oben Rz 2) – Unterstellungen und Vermutungen dürfen aber deshalb nicht an die Stelle konkreter Gefährdungsfeststellung durch das Gericht treten (vgl entspr Befürchtungen der Ausschlußminderheit, BT-Drucks 8/2788 S 30, 60 f). Unstimmigkeiten und Zerwürfnisse zwischen Eltern und Kind begründen allein noch nicht die Besorgnis von Pflichtverletzungen (BayObLG DAVorm 1989, 153, 157; LG in BayObLG FamRZ 1983, 528, 529). Anders aber bei persönlicher Labilität der Eltern (Alkohol, psychische Probleme) und beengten wirtschaftlichen Verhältnissen, aus denen sich die Versuchung zu Übergriffen auf das Kindesvermögen ergibt (BayObLG ZBIJugR 1983, 302, 307).

- 11 Elterliche Schuld** ist stets **unerheblich** (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; ZBIJugR 1983, 302, 307; FamRZ 1977, 144, 146). Nicht jede (drohende oder schon begangene) **Pflichtverletzung** führt zur **Vermögensgefährdung** (Rz 9), dieses Merkmal ist stets kumulativ festzustellen. Liegen Pflichtverletzung und Vermögensgefährdung hingegen vor, so soll die *Geringfügigkeit* ersterer vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen nicht entgegenstehen, *jeder Fehler, jede Nachlässigkeit* der Eltern soll für § 1667 genügen (BayObLG FamRZ 1983, 528, 529 f). Hier scheint eine Diskrepanz zu § 1666 zu liegen: Hinsichtlich seines *persönlichen Wohls* hat das Kind keinen Anspruch auf „optimale Entwicklung“ (§ 1666 Rz 67), mindere Pflichtverletzungen der Eltern bleiben sanktionslos (§ 1666 Rz 7). Auch im Rahmen von § 1666 Abs 3 genügen kleinere Unterhaltspflichtverletzungen nicht (§ 1666 Rz 151).

Geht man davon aus, daß die Abgrenzung elterlicher und staatlicher Kompetenz in Art 6 Abs 2 für Personen- wie Vermögenssorge gleichermaßen gilt (Rz 1), müßte dies auch auf die vorerwähnten Grundsätze zutreffen (so im Ergebnis die Vorinstanz zu BayObLG aaO). Das **entscheidende Abgrenzungskriterium** ist dabei nicht die elterliche Pflichtverletzung, sondern die **Beeinträchtigung der Kindesinteressen**: „Mindere“ und damit noch sanktionslose Pflichtverletzungen im Bereich des persönlichen Kindeswohls sind solche, die noch keine erhebliche Gefährdung des Kindes herbeiführen (vgl § 1666 Rz 7, 23, 67). Bei vorhandener Gefährdung kommt es umgekehrt auf elterliche Pflichtverletzung nicht an (§ 1666 Rz 20). Entsprechendes gilt im Bereich des § 1667: Ob eine Pflichtverletzung der Eltern zu vermögensschützenden gerichtlichen Maßnahmen führt, hängt nicht von ihrer Schwere ab, sondern davon, ob sie zu einer *Vermögensgefährdung* des Kindes führen (Rz 9). Unter diesem Aspekt erweist sich die Auffassung des BayObLG als richtig, §§ 1666, 1667 beruhen auf einem gemeinsamen, in Art 6 Abs 2 GG wurzelnden dogmatischen Konzept.

### 12 3. Gefährdung durch elterlichen Vermögensverfall

Elterlicher Vermögensverfall führt tendenziell zur Gefährdung des Kindesvermögens, weil elterliche Übergriffe oder Zugriffe von Gläubigern der Eltern drohen. Aus § 1670 ist zu folgern, daß Vermögensverfall iSv Abs 1 auch schon vor Konkursreife eintreten kann. Gemeint ist der *fortgeschrittene und weiter fortschreitende Abbau des elterlichen Vermögens mit der konkreten Möglichkeit der Überschuldung* (vgl BayObLG FamRZ 1979, 71; KG RJA 8, 90; JFG 15, 18; LG Münster DAVorm 1981, 604). Anhaltspunkte sind offenbare Zahlungsschwierigkeiten, fruchtlose Zwangsvollstreckung, eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; LG Münster aaO), Wechselproteste, die Ablehnung der von Dritten beantragten Konkursöffnung mangels Masse (MÜLLER JR 1960, 330) oder die Eröffnung des Vergleichsverfahrens (BT-Drucks 7/2060 S 31; s § 1670 Rz 2). Nur *drohender* Vermögensverfall genügt (anders als bei elterlicher Pflichtverletzung) *nicht* (KG KGJ 33, A 29; BRÜGGEMANN ZBIJugR 1980, 53, 68). Anderer-

seits kann der Vermögensverfall im Moment, in dem das Kind Vermögen erwirbt, schon länger bestehen (KG RJA 8, 90). Auch reicht es aus, wenn die vorstehenden Voraussetzungen nur hinsichtlich des Vermögens *eines* von zwei sorgeberechtigten Elternteilen vorliegen (SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; vgl aber Rz 31).

Die *Ursachen* des Vermögensverfalls sind unerheblich, weder elterliche Schuld noch überhaupt ein Kausalbeitrag ihrerseits ist erforderlich. Eine durch den Vermögensverfall verursachte Gefährdung des Kindesvermögens ist stets gesondert konkret festzustellen.

### III. Maßnahmen des VormG

#### 1. Allgemeines

13

Die nach altem Recht vorgeschriebene *Stufenfolge vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen* (VoraufI Rz 16; vgl noch BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) ist durch das SorgeRG *aufgegeben* worden, sie war zu umständlich und stand effektivem Kinderschutz entgegen (BT-Drucks 8/2788 S 60). Die nach Abs 1 bis 5 möglichen Maßnahmen stehen nunmehr selbständig nebeneinander; welche im Einzelfall ergriffen wird, richtet sich allein nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (BT-Drucks 7/2060 S 30). Wenn notwendig, können demnach auch mehrere Maßnahmen gleichzeitig angeordnet (zB Rechnungslegung und Sicherheitsleistung; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4) oder sofort die gesamte Vermögenssorge entzogen werden (BT-Drucks 8/2788 S 60; unten Rz 29).

Der schon bisher gültige **Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** 14 beherrscht also nunmehr unbeschränkt die Auswahl der zu treffenden Maßnahmen (zum früheren Recht Mot IV § 1547 S 810; KG JFG 15, 18, 19; 22, 174, 177 f; OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; OLG Celle NdsRPfl 1971, 130; BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; FamRZ 1979, 71, 73). Demgemäß muß eine Maßnahme *geeignet* sein; sie ist es nicht, wenn sie (etwa wegen Uneinsichtigkeit der Eltern) von vornherein keinen Erfolg verspricht (KG JFG 22, 174, 179; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder elterliche Pflichtwidrigkeiten nur teilweise verhindert (BayObLG ZBlJugR 1983, 302, 307). Weiterhin müssen Maßnahmen *erforderlich* sein. Hieran fehlt es, wenn noch unklar ist, ob überhaupt Kindesvermögen vorhanden ist (LG Münster DAVorm 1981, 604, vgl Rz 8). Andererseits sind erforderliche mildere Maßnahmen von Amts wegen auch dann zu erwägen und anzuordnen, wenn sich die begehrte weitergehende Maßnahme (zB Entzug der Vermögenssorge) als nicht gerechtfertigt erweist; eine gänzliche Ablehnung gerichtlichen Einschreitens ist in diesem Fall nur zulässig, wenn der Tatbestand des § 1667 nicht erfüllt ist (BayObLG FamRZ 1983, 528, 530).

Die Maßnahmen müssen schließlich *verhältnismäßig* sein, dh dem Kindesinteresse insgesamt dienen. Dies bedarf sorgfältiger Prüfung, etwa, wenn es um Pflichtteilsansprüche des Kindes gegen den überlebenden Elternteil und Inhaber der elterlichen Sorge geht (BayObLGZ 1963, 132 = FamRZ 1963, 578, s Rz 8). Auch das persönliche Wohl des Kindes ist dabei in die Abwägung mit einzubeziehen (zB ungestörtes Eltern-Kind-Verhältnis).

Der Maßnahmenkatalog in Abs 2–5 ist **nicht abschließend**. Die Einleitung des 15 Katalogs in § 1667 Abs 2 aF mit dem Wort „insbesondere“ ist zwar entfallen und der Katalog in Abs 2–5 sachlich erweitert. Dennoch bleiben auch nach der Neufassung gesetzlich nicht aufgeführte Maßnahmen sinnvoll und zulässig. Nach BT-Drucks 7/2060 (S 30) steht auch **Abs 1** selbständig neben den übrigen Absätzen, er ist als übergreifende Generalermächtigung für alle erforderlichen Maßnahmen zu

verstehen (vgl auch BELCHAUS Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; PALANDT-DIEDE-  
RICHSSEN Rz 7; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).

- 16 Immerhin müssen aber auch sonstige Maßnahmen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang stehen. Als *zulässig* kommen insoweit in Betracht: Die Auflage, den Erlös für den Verkauf eines Grundstücks des Kindes bei Gericht zu hinterlegen (BayObLG Recht 1916 Nr 1538). Den Eltern kann auch geboten werden, einen geeigneten Prozeßbevollmächtigten für das Kind zu bestellen, um nachlässiger Prozeßführung durch die sorgeberechtigten Eltern entgegenzuwirken (KG JFG 22, 174, 179 f).
- 17 *Unzulässig* wäre hingegen das Gebot, Klage im Namen des Kindes zu erheben (KG JW 1937, 2042). Scheint eine Klageerhebung im Vermögensinteresse der Kinder zu liegen, ist vielmehr das Vertretungsrecht insoweit den Eltern gem § 1629 Abs 2 S 2 iVm § 1796 den Eltern zu entziehen und einem Pfleger zu übertragen. Die Bestellung eines generellen „*Überwachungspflegers*“ neben den weiterhin sorgeberechtigten Eltern soll nach älteren Entscheidungen nicht möglich sein: Ein Erziehungsbeistand nach §§ 1685, 1690 könne nur auf elterlichen Antrag gestellt werden, im übrigen sei die Figur eines neben den Eltern stehenden und sie kontrollierenden Pflegers dem BGB unbekannt (KG KGJ 35 A 9 ff, 11 f; OLG Neustadt MDR 1955, 479, 480). Läßt man hingegen die Aufsichtspflegschaft im Bereich der Personensorge zu (§ 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194, 195), so muß sie aus den gleichen Gründen auch bei der Vermögenssorge *zulässig* sein. Hierfür spricht vor allem das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs (Rz 14). Eine aktuelle *Gefährdung* des Kindesvermögens ist allerdings stets erforderlich.
- 18 Nicht auf der Grundlage des § 1667, wohl aber ergänzend dazu ist der Erlaß eines **dinglichen Arrests** in das Vermögen der Eltern gem § 916 ff ZPO möglich, wenn zum Kindesvermögen eine Forderung gegen die Eltern gehört und Besorgnis der Vermögensbeseitigung oder Vollstreckungsverweigerung besteht (RG JW 1907, 203; MünchKomm-HINZ Rz 18).

## 19 2. Vermögensverzeichnis, Rechnungslegung (Abs 2)

Das VormG kann die Einreichung eines **Vermögensverzeichnisses** von beiden Elternteilen verlangen, auch wenn nur ein Elternteil die mit der Vermögensverwaltung verbundenen Pflichten verletzt hat oder in Vermögensverfall geraten ist; im Interesse effektiven Kindesschutzes ist dem anderen Elternteil diese Regelung zuzumuten (SOERGEL-STRÄTZ Rz 6). Das VormG hat zu bestimmen, in welchem Umfang das Vermögensverzeichnis einzureichen ist, es kann auf bestimmte Teile des Kindesvermögens beschränkt werden. Ein Verzeichnis des eigenen Vermögens der Eltern oder des Gesamtguts bei fortgesetzter Gütergemeinschaft kann von den Eltern hingegen nicht verlangt werden (BayObLGZ 22, A 29).

Ein Vermögensverzeichnis kann nicht schon dann angeordnet werden, wenn unklar ist, ob überhaupt Kindesvermögen vorhanden ist (LG Münster DAVorm 1981, 604, s Rz 8). Die vormundschaftsgerichtliche Anordnung kommt aber in Betracht, wenn in den Fällen des § 1640 Abs 2 die gesetzliche Verzeichnispflicht entfällt, aber eine Gefährdung des Kindesvermögens droht (vgl § 1640 Rz 30 aE). Hinsichtlich der Modalitäten der Anordnung ie vgl Abs 2 S 2 (sowie § 1640 Rz 16–18). Haben die Eltern schon auf Grund anderer Vorschriften ein Verzeichnis eingereicht, so beschränkt sich die Verpflichtung auf die Ergänzung des früheren Verzeichnisses.

Die Einreichung kann durch Zwangsgeld erzwungen werden nach § 33 FGG, notfalls kann das Gericht ein öffentliches Verzeichnis gem Abs 2 S 3 anordnen

(dazu § 1640 Rz 28–30). Diese Anordnung setzt die Prüfung voraus, ob sie angesichts der Haltung der Eltern überhaupt sinnvoll und durchführbar ist.

Das VormG kann ferner anordnen, daß der das Kindesvermögen gefährdende **20** Elternteil über die Verwaltung des Vermögens des Kindes **Rechnung legt**. Es kann eine einmalige oder eine regelmäßige Rechnungslegung gefordert werden, wenn dies zum Schutze des Kindesvermögens notwendig ist (hinsichtlich der Einzelheiten der Rechnungslegung sind §§ 1840 ff entspr anzuwenden; s auch BIRKENFELD FamRZ 1976, 197 ff).

### 3. Anlagebestimmung, Sicherungsmaßnahmen (Abs 3)

21

Die Maßnahmen des Abs 3 S 1 sind durch das SorgeRG neu aufgenommen worden. Hinsichtlich der **Anlage von Kindesvermögen** sind die Eltern seit dem SorgeRG vom Gebot mündelsicherer Anlegung befreit, sie müssen sich nur im Rahmen einer „wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ halten, § 1642 (s Erl dort). § 1667 Abs 3 S 1 erlaubt konsequent vormundschaftsgerichtliche Anlagebestimmungen, soweit die Eltern ihrer Pflicht aus § 1642 nicht genügen und dadurch eine Gefährdung des Kindesvermögens herbeiführen. Dabei ist auch das Gericht nicht an die Anlageformen der §§ 1807, 1808 gebunden, obwohl eine Anlehnung hieran aus Sicherheitsgründen empfehlenswert ist.

Weiterhin kann nach Abs 3 S 1 angeordnet werden, daß die **Abhebung** (insbes von **22** Bankkonten des Kindes) nur **mit Genehmigung des VormG** erfolgen kann (**Sperrvermerk**). Diese Maßnahme bietet sich an, wenn pflichtwidriger Eigenverbrauch des Kindesguthabens durch die Eltern zu befürchten steht, sie war bereits vor dem SorgeRG als außergesetzliche Sicherungsmaßnahme von den Gerichten praktiziert worden (KG JFG 15, 18, 20; JW 1932, 1387 [LS]; OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; BayObLG FamRZ 1977, 144 ff; FamRZ 1979, 71, 72). Unklar ist der Vollzug der Anordnung: Nach früher herrschender Auffassung konnte sie nur als Auflage an die sorgeberechtigten Eltern ergehen, ein unmittelbarer Eingriff des VormG in das Rechtsverhältnis zwischen Geldinstitut und Kontoinhaber wurde für ausgeschlossen erachtet. Vielmehr wurde es als Aufgabe des VormG angesehen, die Ausführung seiner Anordnung durch die Eltern zu überwachen, ggf eine Frist zu setzen und Erzwingungsmaßnahmen nach § 33 FGG zu ergreifen (BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; FamRZ 1979, 71, 73). Nach der Sorgerechtsreform erscheint hingegen die Auffassung zutreffender, wonach der Sperrvermerk **mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem Geldinstitut** angeordnet werden kann (Münch-Komm-HINZ Rz 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7). Das legt erstens schon der Gesetzeswortlaut selbst nahe; die Formulierung des Abs 3 S 1 erhält besonderes Gewicht im Kontrast zu § 1809 betr die Anlegung durch einen Vormund. Zweitens hat das SorgeRG die unmittelbaren Handlungsmöglichkeiten des VormG im Interesse des Kindes auch sonst erweitert (§§ 1631 a Abs 2 S 2; 1666 Abs 1 S 2, Abs 2; 1667 Abs 4 S 3). Schließlich steht eine unmittelbare Anordnungscompetenz des VormG auch rechtspolitisch im Einklang mit dem erklärten Ziel des SorgeRG, den Vermögensschutz des Kindes effektiver zu gestalten (BT-Drucks 7/2060 S 30; 8/2788 S 60).

Hinsichtlich der Verwaltung von **Kostbarkeiten, Wertpapieren und Buchforderun-** **23** **gen** gegen den Bund oder ein Land kann das VormG gem Abs 3 S 2 (= Abs 2 S 4 aF) den Eltern die Bindungen auferlegen, die einem Vormund kraft Gesetzes obliegen (zB Hinterlegung, Umschreibung von Inhaberpapieren auf den Namen des Kindes oä, vgl ie §§ 1814–1820).

#### 4. Sicherheitsleistung (Abs 4)

##### 24 a) Allgemeines

Abs 4 stellt nur eine Konsolidierung früherer Regelungen dar (§§ 1668 Abs 1, Abs 2 S 1, 1669 S 2) und hat die materielle Rechtslage nicht verändert. Die Leistung von Sicherheit aus dem Elternvermögen hat den Zweck, den Eltern trotz der bestehenden Gefährdung des Kindesvermögens ihre diesbezügliche Dispositionsfreiheit belassen zu können, also sonst gebotene Eingriffe nach Abs 1–3, 5 verzichtbar zu machen. Das Schadensrisiko wird vom Kind dadurch auf die Eltern verlagert, daß sie die Haftungsmasse für etwaige Schadensersatzansprüche des Kindes schon jetzt bereitstellen.

25 Die Anordnung der Sicherheitsleistung ist dann kein geeignetes Mittel zur Gefahrabwendung (vgl Rz 14), wenn die Eltern offensichtlich unwillens oder unfähig zu ihrer Erbringung sind (MünchKomm-HINZ Rz 17; SOERGEL-STRÄTZ Rz 8; anders noch im Hinblick auf die vor 1979 vorgeschriebene Stufenfolge von Maßnahmen KG RJA 8, 90, 92; JFG 15, 18, 19). Erscheint die Anordnung hingegen im Einzelfall erfolgversprechend, hat sie als milderes Mittel Vorrang gegenüber einem sonst notwendigen Entzug der Vermögenssorge nach Abs 5 oder auch einer Überwachungspflegschaft (Rz 17). Mit anderen Maßnahmen (Abs 1–3) kann die Sicherheitsleistung uU verbunden werden.

26 Da die Sicherheitsleistung aus dem Eigenvermögen der Eltern zu erbringen ist, scheidet unmittelbarer vormundschaftsgerichtlicher *Zwang* insoweit aus. Druck auf die Eltern kann nur mittels Androhung eines sonst erforderlichen Entzugs der Vermögenssorge ausgeübt werden, Abs 4 S 4 (unanwendbar also § 33 FGG; auch die entspr Anwendung von § 54 FGG scheidet aus, BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; MünchKomm-HINZ Rz 21; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 13, 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 8).

##### 27 b) Einzelheiten

**Art und Umfang** der Sicherheitsleistung bestimmt das VormG nach pflichtgemäßem Ermessen. An §§ 232 ff ist es nicht gebunden, es kann die dortigen Vorschriften jedoch zum Anhaltspunkt nehmen. Leitendes Kriterium ist das Interesse des Kindes und die konkrete Schutznotwendigkeit, dh das drohende Schadenspotential. Auch die Leistungsfähigkeit und besonderen Leistungsmöglichkeiten der Eltern sind zu berücksichtigen (etwa Hypothekensicherung statt Geldleistung, wenn dies die Eltern weniger belastet), niemals aber zum Nachteil der Kindesinteressen (KG JFG 15, 18, 20 f). Bei dinglichen Sicherungen kommt es auf deren Sicherungswert an, insbes bei Grundpfandrechten auf die Rangstelle. Ist diese nicht absolut sicher, bedarf es sorgfältiger vormundschaftsgerichtlicher Wertprüfung (KG aaO 22).

28 **Bestellung, Änderung und Aufhebung** der Sicherheitsleistung fallen in die Handlungskompetenz der Eltern. Soweit eine Mitwirkung des Kindes erforderlich ist, erspart Abs 4 S 3 die sonst notwendige Bestellung eines Pflegers zur Kindesvertretung (§§ 181, 1629 Abs 2 S 1 iVm 1795): Das VormG handelt unmittelbar in Vertretung des Kindes (vgl oben Rz 22). Hierdurch wird das Verfahren der Sicherheitsleistung vereinfacht und beschleunigt sowie der Entschluß für die Sicherheitsleistung den Eltern erleichtert (vgl Kosten, Abs 6). Daß Abs 4 S 3 auch für *Änderungen* einer erbrachten Sicherheitsleistung gilt (zB Austausch, Erhöhung, Minderung), ergibt sich aus einem Vergleich mit § 1844 Abs 2 und aus dem Normzweck (es liegt wohl ein Redaktionsversehen vor, SOERGEL-STRÄTZ Rz 9). Kein unmittelbares Eintrittsrecht des VormG iSv Abs 4 S 3 besteht hingegen bei von den Eltern

freiwillig oder auf vertraglicher Grundlage bestellten Sicherheiten (PALANDT-DIEDE-  
RICHSEN Rz 15; MünchKomm-HINZ Rz 20).

## 5. Entzug der Vermögenssorge (Abs 5)

### a) Grundsätze

29

Die Entziehung der Vermögenssorge ist auch nach Wegfall der Stufenfolge vor-  
mundschaftsgerichtlicher Maßnahmen der einschneidendste und damit – im Lichte  
des Verhältnismäßigkeitsprinzips – **der äußerste Eingriff** (BT-Drucks 8/2788 S 60;  
BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; 1979, 71, 73; 1986, 480, 481; DAVorm 1989, 153,  
156). *Teilweiser Entzug* ist deshalb zulässig und vorrangig (etwaige Beschränkung  
auf einzelne Vermögensgegenstände, auf die die Gefährdung begrenzt ist, vgl  
BayObLG FamRZ 1982, 640 [Geltendmachung von Vermächtnisansprüchen];  
FamRZ 1983, 528, 530 [Verwaltung einer Mietwohnung]; FamRZ 1986, 480, 481 f).  
Auch andere mildere Mittel gem Abs 1–4 sind vorzuziehen; verweigern die Eltern  
zB beharrlich die Einreichung eines Vermögensverzeichnisses, so ist – wenn dies  
nicht konkret als unzumutbar erscheint – vor einem Entzug zunächst ein öffent-  
liches Verzeichnis (Abs 2 S 3) anzuordnen (LG Münster DAVorm 1981, 604).  
Andererseits kann nunmehr ein Entzug uU auch sofort erfolgen, wenn dies sich als  
geboten erweist (BT-Drucks aaO). Auch ist ein Entzug gerechtfertigt, wenn die  
Gefährdung durch mildere Mittel nur zT beseitigt werden könnte (BayObLG  
ZBlJugR 1983, 302, 307 [Anlagebestimmung nach Abs 3 sichert nicht pflichtgemäße  
Verwendung der Kindeseinkünfte]).

Eine **vorherige Androhung** der Entziehung ist aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip **30**  
regelmäßig geboten (vgl auch Abs 4 S 4); es bedarf ihrer jedoch nicht, wenn  
dadurch ein effektiver Schutz des Kindesvermögens gefährdet würde (SOER-  
GEL-STRÄTZ Rz 10; zur entspr Diskussion bei § 1640 Abs 4 s § 1640 Rz 32 mwN; es ist in  
derartigen Fällen auch an Entzug durch vorläufige Anordnung zu denken). Elterliche  
Zustimmung zum Entzug rechtfertigt diesen noch nicht, da die Vermögenssorge  
als Teil der elterlichen Sorge unverzichtbar ist (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156;  
OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; vgl Vorbem 6 zu §§ 1638–1664; Erl zu  
§ 1626).

Die Vermögenssorge kann immer nur demjenigen Elternteil entzogen werden, in **31**  
dessen Person die tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs 1 vorliegen. Aller-  
dings trifft bei gemeinsamem Sorgerecht jeden Elternteil eine Überwachungs- und  
Schutzpflicht bezüglich Kindesgefährdungen durch den anderen Elternteil, so daß  
bei Versäumung dieser Pflicht auch ein Entzug beim zweiten sorgeberechtigten  
Elternteil in Betracht kommt (MünchKomm-HINZ Rz 24).

### b) Folgen der Entziehung

32

Wird einem der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern die Vermögenssorge ganz oder  
teilweise entzogen, richten sich die Folgen hinsichtlich des anderen Elternteiles nach  
§ 1680 Abs 1 S 1, 2 (für Trennungs- und Scheidungsfälle oben Rz 6). Eine „abwei-  
chende Entscheidung“ nach § 1680 Abs 1 S 2 kann bei Säumnissen in der Überwa-  
chung (vorstehend Rz 31) an die Stelle eines ausdrücklichen Entzugs gem Abs 5  
auch bei diesem Elternteil treten (MünchKomm-HINZ Rz 24). Wird die Vermögens-  
sorge wegen Vermögensverfalls nur bei einem Elternteil diesem entzogen, sollte  
§ 1680 Abs 1 S 3, 4 entspr angewendet werden.

Scheidet demnach auch der andere Elternteil als Inhaber der Vermögenssorge aus  
oder ist sie von vornherein beiden Elternteilen zu entziehen, ist ein *Pfleger* zu  
bestellen, § 1909.

Im übrigen ergeben sich die Folgen einer Entziehung aus § 1698 (Herausgabe des Kindesvermögens und Rechnungslegung, s Erl dort), die Verwendungsbefugnis gem § 1649 Abs 2 entfällt (§ 1649 Rz 37).

**33 IV. Zur Dauer und Änderung von Maßnahmen** nach § 1667 gilt § 1696 Abs 1–3 (dazu Erl dort und § 1666 Rz 169).

**34 V. Die Kosten** der nach § 1667 veranlaßten Maßnahmen trägt nach Abs 6 derjenige Elternteil, der sie (durch Pflichtverletzung oder Vermögensverfall) verursacht hat. Kostenersatz vom Kind (etwa nach § 1648) kann nicht verlangt werden (zu den davon zu unterscheidenden Kosten des Verfahrens unten Rz 39).

## VI. Zuständigkeit und Verfahren

### 35 1. Zuständigkeit

Die *örtliche* Zuständigkeit folgt aus §§ 43, 36 FGG. *Funktionell* sind Maßnahmen nach § 1667 dem *Rechtspfleger* zugewiesen (§ 3 Nr 2 a RPflG; im Richtervorbehalt des § 14 Nr 8 RPflG ist § 1667 nicht genannt). Diese gesetzliche Zuweisung ist, jedenfalls soweit Entzug der Vermögenssorge nach Abs 5 betroffen ist, rechtspolitisch verfehlt und überdies systemwidrig, wie HINZ (in MünchKomm Rz 30) überzeugend nachgewiesen hat. Da Folgeentscheidungen nach § 1680 Abs 1 S 2 und Abs 2 dem Richter vorbehalten sind (§ 14 Nr 15 RPflG), hat der Rechtspfleger in Fällen, in denen ein Entzug der Vermögenssorge in Betracht kommt, die Angelegenheit wegen engen Sachzusammenhangs (§ 5 Abs 1 Nr 4 RPflG) dem Richter vorzulegen. Dieser kann die Sache zurückgeben (§ 5 Abs 2 S 2 RPflG), wenn er eine eigene Entscheidung iSd § 1680 Abs 1 S 2 für nicht erforderlich hält (es also bei der gesetzlichen Regelung des § 1680 Abs 1 S 1 bleibt). Muß aber gem § 1680 Abs 1 S 2 oder Abs 2 entschieden werden, hat der Richter auch schon die Vorentscheidung nach § 1667 Abs 5 selbst zu treffen, weil beide Entscheidungen inhaltlich zusammenhängen und gleichzeitig ergehen müssen (vgl BayObLG NJW 1962, 2204).

### 36 2. Verfahren

Für das vormundschaftsgerichtliche Verfahren (einschl *vorläufiger Anordnungen*) gelten im wesentlichen die zu § 1666 dargelegten Grundsätze (§ 1666 Rz 153 ff). Aus der **Amtsermittlungspflicht** (§ 12 FGG; BayObLG FamRZ 1977, 144, 145) folgt, daß von Amts wegen die Erforderlichkeit milderer Maßnahmen geprüft werden muß, wenn der von einem Beteiligten angeregte Entzug der Vermögenssorge nicht gerechtfertigt ist (BayObLG FamRZ 1983, 528, 530). Für die **Anhörung des Kindes** ist, sofern nur seine Vermögensinteressen berührt sind, § 50 b Abs 2 S 2 FGG maßgeblich: Anhörung nur, wenn dies nach Art der Angelegenheit angezeigt erscheint (nicht anwendbar § 50 b Abs 3). Ist *auch* das persönliche Wohl betroffen, sind § 50 b Abs 1, 2 S 1 einschlägig (§ 1666 Rz 160, 161). Nach § 50 b Abs 2 S 2 kann von der Anhörung auch eines älteren Kindes abgesehen werden, wenn sachdienliche Beiträge nicht zu erwarten sind und die Erörterung das persönliche Eltern-Kind-Verhältnis belasten würde (BayObLG FamRZ 1982, 640).

Die **Anhörung der Eltern** (§ 50 a FGG) kann sich, wenn es darauf ankommt, auch auf ihre eigenen Vermögens- und Einkommensverhältnisse erstrecken (zB bei Vermögensverfall, fraglichen Pflichtverletzungen gem § 1649 Abs 2 S 1 oder Sicher-

heitsleistung). Die Anhörung kann ggf im Wege des § 33 FGG erzwungen werden (LG Münster DAVorm 1981, 604). Eine **Anhörung des Jugendamts** ist nicht zwingend vorgeschrieben (vgl § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG).

Auch für die **Rechtsmittel** gilt grundsätzlich das gleiche wie bei § 1666. Bei der **Beschwerde** durch das Kind ist zu unterscheiden die Einlegung durch den gesetzlichen Vertreter oder aus eigenem Recht. Im ersteren Fall ist der Elternteil, in dessen Vermögenssorge eingegriffen worden ist, nicht ex lege von der Kindesvertretung ausgeschlossen – es liegen weder §§ 1629 Abs 2 S 1 m 1795 Nr 1 noch Nr 3 vor (zwar können auch FGG-Verfahren unter den Begriff des „Rechtsstreits“ fallen, aber nur, wenn sich die Beteiligten „wie Prozeßparteien“ gegenüberstehen; dies ist bei § 1667 nicht der Fall, BayObLG FamRZ 1977, 144, 145). Bei aber immerhin naheliegenden sachlichen Interessenkonflikten kann dem Elternteil gem §§ 1629 Abs 2 S 2 m 1796 die Vertretung insoweit entzogen werden (Entzug auch beim anderen Elternteil möglich, wenn dessen Befangenheit in der Verfolgung der Kindesinteressen zu befürchten ist; dann [oder mangels eines anderen sorgeberechtigten Elternteils] Pflegerbestellung, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 50).

Eine eigenständige **Beschwerdeberechtigung** des mindestens 14jährigen Kindes kann sich aus § 59 FGG ergeben, wenn nicht ausschließlich seine Vermögensinteressen, sondern auch sein persönliches Wohl betroffen ist (§ 59 Abs 1 S 1 FGG) oder auch wenn in concreto eine Anhörungspflicht aus § 50 b Abs 2 FGG folgt (§ 59 Abs 1 S 2 FGG; BayObLG FamRZ 1983, 528 f). Bei Ablehnung oder Aufhebung von Maßnahmen nach § 1667 folgt ein Beschwerderecht der Verwandten und Verschwägerter nach § 57 Abs 1 Nr 8 FGG (bei reinen Vermögensangelegenheiten kein Beschwerderecht aus § 57 Abs 1 Nr 9 FGG).

Ähnliches gilt für das Jugendamt: Es ist gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG beschwerdeberechtigt, wenn die Vermögensangelegenheit mittelbar auch die Personensorge betrifft oder wenigstens berührt (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216 [bejahend für die Frage, ob Vermögenserträge gem § 1649 Abs 1 oder 1642 zu verwenden sind]).

Die **Durchsetzung** vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen erfolgt grundsätzlich **38** nach § 33 FGG (aber Einschränkung für die Sicherheitsleistung, Abs 4 S 4, oben Rz 26, und unmittelbares Eintrittsrechts des VormG gem Abs 4 S 3 sowie beim Sperrvermerk gem Abs 2 S 1, oben Rz 22).

**3. Die Kosten des Verfahrens** bestimmen sich nach § 94 Abs 1 Nr 3 KostO und **39** können vom VormG nach billigem Ermessen den Eltern auferlegt werden, § 94 Abs 3 S 2 KostO (zu den Kosten der Maßnahmen oben Rz 34).

### §§ 1668, 1669

Diese Bestimmungen sind aufgehoben.

Das SorgeRG v 18. 7. 1979 (BGBl I S 1061) hat die in den früheren §§ 1667 bis 1669 enthaltenen Bestimmungen im neuen § 1667 zusammengefaßt, § 1669 aufgehoben und in einem neuen § 1668 die in § 50 Abs 1 FGG allgemein geregelte Pflicht des Gerichts zur Mitteilung an das Vormundschaftsgericht für die Fälle eines Antrags auf Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens und eines Antrags nach § 807 ZPO, der die Eltern oder einen Elternteil betrifft, konkretisiert. Diese Bestimmung wurde wieder aufgehoben durch das UÄndG v 20. 2. 1986 (BGBl I S 301).

## § 1670

Die Vermögenssorge eines Elternteils endet mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen; beantragt der Elternteil selbst die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen, so endet seine Vermögenssorge bereits mit der Stellung des Konkursantrages.

Wird das Konkursverfahren beendet oder wird der Eröffnungsantrag des Elternteils abgewiesen, so hat das Vormundschaftsgericht dem Elternteil die Vermögenssorge wieder zu übertragen, soweit dies den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht.

E I § 1553, II § 1538, III § 1624; Mot IV 816; Prot IV 638. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 19.

## Systematische Übersicht

## I. Allgemeines 1

1. Normbedeutung 1
2. Normentwicklung 3

## 2. Rechtsfolgen 7

- a) Beim betroffenen Elternteil 7
- b) Beim anderen Elternteil 9

## II. Ende der Vermögenssorge kraft Gesetzes, Abs 1 4

1. Voraussetzungen 4
  - a) Eröffnung des Konkursverfahrens 4
  - b) Eigener Konkursantrag des Elternteils 6

## III. Rückübertragung der Vermögenssorge, Abs 2 10

1. Grundsätze 10
2. Sorgerechtsentscheidung während des Konkursverfahrens 12
3. Zuständigkeit und Verfahren 15

## Alphabetische Übersicht

Ablehnung der Konkursöffnung mangels  
Masse 2, 5, 10

Nachlaßkonkurs 5  
Nichteheliches Kind 9

Eröffnungsbeschluß 3 f

Pfleger 9, 12 ff  
Pflichtverletzung, elterliche 10

Gefährdung des Kindesvermögens 1, 5 f,  
14

Rechnungslegung 7  
Rechtspfleger 15

Grundrechte der Eltern 3, 10, 15  
Gütergemeinschaft 5, 7

Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671,  
1672 9, 12 ff

Herausgabe des Kindesvermögens 7

Vergleichsverfahren 1, 5  
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10  
Vermögenssorge 1, 3  
– Ende derselben 1, 3, 6 ff  
– Rückübertragung 3, 10 ff  
Vermögensverfall 1, 8, 10  
Vormund 9, 12 ff

Kindesschutzsystem 4, 10

Kindesvermögen 2 f

Kindesvermögensgefährdung 1, 5 f, 14

Kindeswohl als Vermögensinteresse 3, 9 f,  
14 f

Konkursantrag eines Elternteils 6

Konkursöffnung 3 ff

## I. Allgemeines

## 1 1. Normbedeutung

Der Vorschrift liegt die *unwiderlegliche Vermutung* zugrunde, daß ein Elternteil, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist oder der selbst Konkursantrag

gestellt hat, als Inhaber der Vermögenssorge das Kindesvermögen gefährden würde (GERNHUBER § 49 VIII 11: „... vom Mißtrauen getragene ratio legis“). Seine *Vermögenssorge endet* deshalb *kraft Gesetzes* (Mot 4, 816). Anders als beim Vermögensverfall im Vorfeld des Konkurses kommt es auf eine konkret festzustellende Vermögensgefährdung des Kindes nicht an (vgl § 1667 Abs 1 u dort Rz 12), auch wird die gesetzliche Wirkung nicht durch die Möglichkeiten milderer Schutzmaßnahmen im Einzelfall ausgeschlossen (zu § 1667 Abs 5 s dort Rz 29). Konkurs des Elternteils wird vom Gesetz also ähnlich wie ein rechtliches oder tatsächliches Hindernis an der Ausübung der elterlichen Sorge (§§ 1673, 1674) behandelt.

Rechtspolitisch inkonsequent erscheint die Beschränkung dieser Regelung auf den Konkursfall – § 1670 ist weder anwendbar auf die Eröffnung des **Vergleichsverfahrens** (BT-Drucks 7/2060 S 31) noch bei **Ablehnung** der nicht vom Elternteil selbst beantragten Konkursöffnung **mangels Masse** (§ 107 Abs 1 KO, unten Rz 5). Beides kann aber anders sein bei einem Einschreiten des VormG gem § 1667 (s dort Rz 12). Zur konkursrechtlichen Behandlung des Kindesvermögens im Konkurs der Eltern s Vorbem 8 zu §§ 1638–1664 (ENGLER).

## 2. Normentwicklung

3

Das GleichberG (Art 1 Nr 22) hatte die ursprünglich in § 1647 aF untergebrachte Regelung als § 1670 übernommen und inhaltlich auf beide Eltern ausgedehnt. Das SorgeRG, auf dem die jetzige Fassung beruht, hat wesentliche Änderungen sowohl im Kindesinteresse (Abs 1) wie im Elterninteresse (Abs 2) eingeführt. In Abs 1 wurde der *Zeitpunkt* der Beendigung der Vermögenssorge *vorverlegt* (Abs 1 aF: Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses), um der Gefahr entgegenzuwirken, daß das Kindesvermögen bei Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses bereits aufgebraucht ist (so die Erfahrungen der Praxis vor der Reform, BT-Drucks 7/2060 S 31). Abs 2 hat hinsichtlich einer Rückübertragung der Vermögenssorge nach Beendigung des Konkursverfahrens die bisherige Kann-Vorschrift durch eine grundsätzliche Rückübertragungspflicht ersetzt (ie Rz 10).

## II. Ende der Vermögenssorge kraft Gesetzes, Abs 1

### 1. Voraussetzungen

4

Die Voraussetzungen des § 1670 sind dem VormG vom Konkursgericht mitzuteilen (§ 50 Abs 1 FGG) und auch von den Eltern selbst (§ 1909 Abs 2; diese Pflicht obliegt auch dem vom Konkurs nicht betroffenen Elternteil im Hinblick auf § 1680 Abs 1 S 3, 4).

#### a) Eröffnung des Konkursverfahrens

Der Konkurs (auch als Anschlußkonkurs) ist eröffnet, sobald der Richter den Eröffnungsbeschluß unterzeichnet hat (BGHZ 50, 242, 247). Die Stunde der Eröffnung ist im Beschluß anzugeben; ist dies versäumt worden, gilt als Eröffnungszeitpunkt die Mittagsstunde des Eröffnungstages (§ 108 KO). Auf den Zeitpunkt der *Wirksamkeit* des Beschlusses, die erst eintritt mit seiner Kundgabe nach außen (vgl BGH NJW 1982, 2074 f), kommt es nicht an (aA PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; wie hier MünchKomm-HINZ Rz 4). Auf letztere wollte noch der dem SorgeRG vorangehende FraktE abstellen (BT-Drucks 7/2060 S 31). Der Rechtsausschuß des Bundestages ist hiervon jedoch ausdrücklich abgewichen und hat die Eröffnung wegen ihrer präzisen zeitlichen Fixierung vorgezogen (BT-Drucks 8/2788

S 61, unter Hinweis auf § 108 KO). Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, das Faktum eines Staatsakts unabhängig von seinem Wirksamwerden zum Anknüpfungspunkt kindesschützender Regelungen zu machen.

- 5 Der Konkurs muß über das **Gesamtvermögen des Elternteils** (oder beider Elternteile) eröffnet sein. Leben die Eltern in Gütergemeinschaft, genügt der Konkurs über ihr Gesamtgut (vgl §§ 2, 236 a-236 c KO; dann Beendigungswirkung gem Abs 1 gegenüber beider Eltern). Das gleiche gilt für die Konkursöffnung über ein Sondervermögen, an dem der Elternteil als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist (KGJ 43 A 35, 36 ff; MünchKomm-HINZ Rz 5). Konkurs über einen Nachlaß, an dem der Elternteil als Mit- oder Alleinerbe beteiligt ist, reicht allerdings nicht aus, da hieraus nichts für eine Gefährdung des Kindesvermögens oder eine Ungeeignetheit des Elternteils zur Vermögensverwaltung folgt (SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; GERNHUBER § 49 VIII 11).

Nichteröffnung mangels Masse und Eröffnung des Vergleichsverfahrens fallen nicht unter Abs 1 (Rz 2).

#### 6 b) Eigener Konkursantrag des Elternteils

Die Stellung eines Konkursantrags durch Dritte (§ 103 Abs 2 KO) konnte nicht zum Anknüpfungspunkt für eine Beendigung der Vermögenssorge genommen werden, da sie sich als ungerechtfertigt herausstellen kann (BT-Drucks 7/2060 S 31). Stellt hingegen der Elternteil selbst den Antrag, so kann von dessen wirtschaftlicher Berechtigung und der schon in diesem Zeitpunkt gem Abs 1 vermuteten Gefährdung des Kindesvermögens ausgegangen werden. Das Gesetz hat deshalb für diesen Fall die Beendigungswirkung hinsichtlich der Vermögenssorge auf die Antragstellung vorverlegt.

### 2. Rechtsfolgen

#### 7 a) Bei dem betroffenen Elternteil

Die Rechtsfolge des Abs 1 tritt bei dem Elternteil ein, der in Konkurs fällt, uU also bei beiden (so auch bei Konkurs des Gesamtguts, Rz 5). Es endet die gesamte Vermögenssorge, dh sowohl die tatsächliche Vermögensverwaltung wie die gesetzliche Vertretung in Vermögenssachen. Des weiteren endet das (die Vermögenssorge voraussetzende) Verwendungsrecht gem § 1649 Abs 2 (§ 1649 Rz 37). Gem § 1698 ist der Elternteil zur Vermögensherausgabe und Rechnungslegung verpflichtet.

- 8 § 1670 gilt auch bei einem den Einsatzzeitpunkten des Abs 1 *nachfolgenden Erwerb der elterlichen Sorge* (also etwa Geburt, Adoption oder Legitimation während des Konkursverfahrens; vorgeburtlich s § 1912 Abs 2): In diesen Fällen erwirbt der Gemeinschuldner nur die Personensorge, die Vermögenssorge kann ihm nur durch Entscheidung des VormG gem Abs 2 übertragen werden. Wird die elterliche Sorge hingegen erst nach Beendigung des Konkurses erlangt, greift § 1670 nicht mehr ein (GERNHUBER § 49 VIII 11 Fn 37 mwN); bei fortbestehendem Vermögensverfall kommen allenfalls Maßnahmen nach § 1667 in Betracht.

#### 9 b) Beim anderen Elternteil

Die Vermögenssorge des vom Konkurs nicht betroffenen Elternteils erstarkt nicht automatisch zur Alleinsorge. Vielmehr ist gem § 1680 zu differenzieren: Bei bislang *gemeinsamem Sorgerecht* (uU auch nach Scheidung) ruht zunächst auch die Vermögenssorge des anderen Elternteils, § 1680 Abs 1 S 4, bis das VormG seine fortan

alleinige Vermögenssorge anordnet. Diese Anordnung hat zu ergehen, wenn nach den Feststellungen des VormG die Alleinsorge des anderen Elternteils den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht, § 1680 Abs 1 S 3. Andernfalls ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen.

War aufgrund einer Entscheidung nach §§ 1671, 1672 der vom Konkurs betroffene Elternteil alleiniger Inhaber der Vermögenssorge, so ist diese vom VormG dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Andernfalls bestellt es einen Vormund oder Pfleger (§ 1680 Abs 2; Einzelh zum ganzen s Erl zu § 1680). Diese Grundsätze gelten ohne weiteres auch für das nichteheliche Kind.

### III. Rückübertragung der Vermögenssorge, Abs 2

#### 1. Grundsätze

10

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs 1 entfallen, wenn das Konkursverfahren beendet wird, sei es durch Aufhebung (§§ 163, 190 KO), sei es durch Einstellung (§§ 202, 204 KO), oder wenn der Antrag des Elternteils auf Konkurseröffnung abgewiesen wird (auch mangels Masse, § 107 Abs 1 KO; war der Eröffnungsantrag von Dritten gestellt, hat die Vermögenssorge nicht geendet). Dennoch erwirbt in diesem Fall der betroffene Elternteil die Vermögenssorge nicht automatisch wieder, da seine schlechte Vermögenslage möglicherweise fortbesteht (BT-Drucks 7/2060 S 31). Andererseits bedeutete die bloß fakultative Rückübertragungsmöglichkeit nach § 1670 Abs 2 aF eine überproportionale Zurücksetzung des Elternrechts (BT-Drucks 8/2788 S 61; 7/2060 S 31; gegen die Begründung aus dem Elternrecht MünchKomm-HINZ Rz 11). Das VormG hat deshalb gem Abs 2 vor der regelmäßig gebotenen Rückübertragung zu prüfen, ob diese den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht (so bereits die hM vor der Sorgerechtsreform, Vorauf Rz 9 mwN).

Scheidet eine Rückübertragung demnach aus, bleibt es bei der gem Abs 1 eingetretenen Rechtslage. Eine Rückübertragung unter Einschränkungen gem § 1667 Abs 1–4 ist jedoch als vorrangig in Erwägung zu ziehen. § 1667 kann wegen fortbestehenden Vermögensverfalls oder (drohender) Pflichtverletzung anwendbar sein, und der Vorrang milderer Maßnahmen als die Zurückhaltung der Vermögenssorge ergibt sich aus dem das Kindesschutzrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsprinzip (GERNHUBER § 49 VIII 11; ähnl MünchKomm-HINZ Rz 11).

Wird dem Elternteil, der die Vermögenssorge nach Abs 1 verloren hatte, diese nach Abs 2 zurückübertragen, erwirbt sie automatisch auch der andere Elternteil zurück, dem die Vermögenssorge nach § 1680 Abs 1 S 3 genommen worden war (MünchKomm-HINZ Rz 12). **11**

#### 2. Familiengerichtliche Sorgerechtsentscheidungen während des Konkursverfahrens **12**

Hat die Vermögenssorge eines Elternteils gem § 1670 geendet und ist anschließend eine Sorgerechtsentscheidung nach §§ 1671, 1672 ergangen, so kann diese einer Rückübertragung durch das VormG entgegenstehen. Das FamG entscheidet über die gesamte elterliche Sorge, auch wenn diese im Entscheidungszeitpunkt einem Elternteil ganz oder teilweise nicht zusteht oder ruht (§ 1671 Rz 31). Dem vom Konkursverfahren betroffenen Elternteil kann das FamG die Vermögenssorge zwar grundsätzlich zuteilen, dann müßte aber wegen § 1670 für die Dauer des Konkursverfahrens ein Vormund oder Pfleger bestellt werden (entspr die Rechtslage bei

Ruhen der elterlichen Sorge, vgl GERNHUBER § 56 I 3, s § 1671 Rz 34). In diesem Fall ist nach Beendigung des Konkursverfahrens gem Abs 2 zu entscheiden, ein Vorrang der familiengerichtlichen Entscheidung ist nicht gerechtfertigt.

- 13** Im übrigen aber kommt für die Sorgerechtsentscheidung nur der andere Elternteil (selbst wenn auch ihm die Vermögenssorge gem § 1680 Abs 1 S 3 vom VormG nicht zuerkannt wurde – Trennung oder Scheidung verändern die Sachlage) oder ein Vormund oder Pfleger (§ 1671 Abs 5 S 1) in Betracht. Hat das FamG die Vermögenssorge dem anderen Elternteil zugewiesen, so ist nach Beendigung des Konkursverfahrens einer Rückübertragung gem § 1670 Abs 2 der Boden entzogen – diese setzt grundsätzliche Sorgeberechtigung, wenn nicht der Konkursfall eingetreten wäre, voraus. Das FamG hat aber im Hinblick auf die eingetretene Trennung oder Scheidung die sorgerechtlichen Verhältnisse grundsätzlich neu geordnet und den ehemals konkursbetroffenen Elternteil entrechtet. Dieser kann allenfalls im Wege einer Änderungsentscheidung des FamG nunmehr die Vermögenssorge zugewiesen bekommen (§§ 1696, 1671 Abs 4 S 2).
- 14** Hat das FamG während des Konkursverfahrens die Vermögenssorge gem § 1671 Abs 5 S 1 auf einen Vormund oder Pfleger übertragen, so liegt dem die Feststellung zugrunde, daß die alleinige Vermögenssorge des anderen Elternteils wie auch die (künftige) des konkursbetroffenen Elternteils das Kindeswohl gefährden würde. Eine vormundtschaftsgerichtliche Rückübertragung auf letzteren nach § 1670 Abs 2 scheidet deshalb aus, die trennungs- bzw scheidungsspezifische Entscheidung des FamG hat Vorrang.

### 15 3. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit des VormG für die Rückübertragungsentscheidung folgt aus §§ 43, 36 FGG. Der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a RPfLG; kein Richtervorbehalt gem § 14 RPfLG) entscheidet von Amts wegen auf Mitteilung des Konkursgerichts hin (§ 50 Abs 1 FGG). Gelangt die Sache in die Rechtsbeschwerdeinstanz, kann dort überprüft werden, ob die nach Abs 2 gebotene Abwägung von Elternrecht und Kindesinteressen zutreffend vorgenommen worden ist (MünchKomm-HINZ Rz 11; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; GERNHUBER § 49 VIII 11 Fn 40; anders nach altem Recht [richterliche Ermessensentscheidung] BayObLGZ 2, 407). Verfahrenskosten: § 94 Abs 1 S 4, Abs 3 S 2 KostO.

### § 1671

**Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.**

**Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.**

**Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.**

**Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen\*. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.**

**Das Gericht kann die Personensorge und die Vermögenssorge einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das Wohl des**

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

**Kindes abzuwenden. Es soll dem Kind für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einen Pfleger bestellen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.**

**Die vorstehenden Vorschriften gelten entsprechend, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist.**

\* Abs 4 S 1 ist nichtig, BVerfG vom 3. 11. 1982, BGBl I S 1596 = BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179 (vgl RZ 14).

E I § 1456; II § 1479; III § 1613; Mot 4, 622; GleichberG Art 1 Nr. 22; 1. EheRG Art 1 Nr. 22; SorgeRG Art 1 Nr. 20.

## Schrifttum

ARNTZEN, Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht (1980); BAER, Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, ZRP 1989, 344; BALLOFF-WALTER, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall?, FamRZ 1990, 445; BALSCHKEIT, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, SJZ 1988, 25; BEITZKE, Reform des elterlichen Sorgerechts, ZBJuGR 1973, 121; ders, Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 8; BERES, Das Kindeswohl – ein Wunschtraum? Versuch einer Bilanz, ZBJuGR 1982, 449; ders, Gemeinsame Sorge nach Scheidung, DAVorm 1983, 16; BÖHM, Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigengutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtsachen, DAVorm 1985, 731; BRIEGLEB, Eherechtsreform – zu Lasten der Kinder?, ZBIJR 1971, 33; BRÜGGEMANN, Familiengerichtsbarkeit – Verfahren in Ehesachen im allgemeinen – Verfahren in anderen Familiensachen, FamRZ 1977, 1; BURCKHARDT, Frontenwechsel für das Kindeswohl, DRiZ 1984, 210; BUSCHMANN, Sorgerechtsprobleme aus gerichtspsychologischer Sicht, RdJ 1983, 408; CAESAR-WOLF-EIDMANN-WILLENBACHER, Die gerichtliche Ehelösung nach dem neuen Scheidungsrecht: Normstruktur und Verfahrenspraxis, ZfRSoz 1983, 202; COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983); ders, Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsverteilung nach neuem Recht, FamRZ 1977, 217; ders, Sorgerechtsentscheidungen und Grundgesetz, NJW 1981, 961; ders, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung? Verfassungsrechtliche Überlegungen und internationale Erfahrungen, EuGRZ 1982, 256; ders, Kindeswohl: Juristischer Begriff und multidisziplinäre Dimensionen, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg.), Der Anwalt des Kindes, Protokolldienst 14/1983, 60; ders, Kindeswohl als Rechtsbegriff, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 4 (1986), 35; DEUTSCHES FAMILIENRECHTSFORUM, Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise (1982); DICKMEIS, Die kindespsychologische Begutachtung im familiengerichtlichen Verfahren, NJW 1983, 2053; ders, Die gemeinsame Sorge – ein engagiertes Plädoyer, ZfJ 1989, 57; DIECKMANN, Bemerkungen zum Recht der elterlichen Sorge, vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe, AcP 178 (1978), 298; ders, Fragwürdige Begründungen im Streit um die Verfassungsgebundenheit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung der Elternehe, NJW 1981, 668; DIEDERICHSEN, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461; ders, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1; DIEDERICHSEN-WAGNER, Sorgerecht und Unterhalt, RdJ 1988, 128; DITTMANN, Sonderfragen zur Regelung der elterlichen Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts, ZBJuGR 1977, 187; DITZEN, Gedanken zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1977, 239; DÖRR, Elterliche Sorge, Umgangsbezugnis und Kindesherausgabe in der Entwicklung seit dem 1. EheRG, NJW 1989, 690; DÜRR, Verkehrsregelungen gem. § 1634 BGB (2. Aufl 1978); Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen; zur Neuregelung des Rechts der Kinder geschiedener und getrennt lebender Eltern ... (1971); ELL, Trennung – Scheidung und die Kinder? (1979); ders, Wie ist das mit der Hauptbezugsperson?, ZBJuGR 1982, 76; ders, Psychologische Kriterien bei der Sorgerechtsregelung, ZfJ 1986, 289; ders, Väter – Väter – Väter, ZfJ 1988, 436; Elterliches Sorgerecht – Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuß des Dt Bundestages am 12. 9. 1977, in: Zur Sache 1/1978; ESCHWEILER, Scheidungskinder vor Gericht, RdJ 1988, 440; EVANS-VON KRBEK, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, FamRZ 1975, 20; dies, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung – Verfassungskonforme Auslegung, Rechtsfortbildung durch Analogie oder Verfassungswidrigkeit des § 1671 BGB?, FamRZ 1977, 371; FAHRENHORST, Sorge- und Umgangsrecht nach der Ehescheidung und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 1988, 238; FEHMEL, Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1979, 380; ders, Ist

das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs IV S 1 BGB) verfassungswidrig?, FamRZ 1980, 758; ders, Nochmals: Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1981, 116; ders, Die Anhörung des Kindes im Sorgerechtsverfahren, DAVorm 1981, 170; ders, Buchbesprechung zu Fthenakis-Niesel-Kunze, Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder (1982), FamRZ 1983, 126; ders, Kindschaftsrecht und Gleichberechtigung, FamRZ 1983, 971; FELDER, Fragebogenuntersuchung bei Richtern zum Thema Kindeszuteilung im Scheidungsprozeß, SJZ 1988, 340; FIGDOR, Scheidung als Katastrophe oder Chance für die Kinder, in: 8. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 6 (1990), 21; FINGER, Die besondere Entscheidung: Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Ehescheidung entgegen § 1671 IV, 1 BGB, Jura 1984, 133; ders, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung – eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten, DRiZ 1985, 91; FREUND, Der Versuch einer Theorie der Praxis. Funktionswandel richterlicher Tätigkeit: Von der Streitentscheidung zur Konfliktlösung, dargestellt am Beispiel des Familienrichters, DRiZ 1979, 72; FROMMANN, Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Diss Frankfurt/M 1977); FTHENAKIS-NIESEL-KUNZE, Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder (1982); FTHENAKIS, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – Möglichkeiten und Grenzen eines Ansatzes. Gutachten vor dem BVerfG (1982); ders, Neue Erkenntnisse der Familienforschung und das Wohl des Kindes, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg), Der Anwalt des Kindes, Protokolldienst 14/1983, 73; ders, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 36; ders, Der Vater als sorge- und umgangsberechtigter Elternteil, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 55; ders, Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit –, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 3 (1984), 33; ders, Väter, Bd 1: Zur Psychologie der Vater-Kind-Beziehung (1985); ders, Väter, Bd 2: Zur Vater-Kind-Beziehung in verschiedenen Familienstrukturen (1985); ders, Zum Stellenwert der Bindungen des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1985, 662; ders, Einige Implikationen eines Wechsels im Scheidungsparadigma, Vortrag auf der Tagung der Ev Akademie Tutzing (31. 5.–2. 6. 85) (unveröff Manuskript I); ders, Wandel im Verständnis der Ehescheidung? – Zur Entwicklung familiärer Beziehungen nach der Scheidung, Vortrag auf der Tagung der Ev Akademie Tutzing (31. 5.–2. 6. 85) (unveröff Manuskript II); ders, Der sorgeberechtigte Vater (Manuskript 1985); ders ua, Entwicklungspsychologische Beiträge zur Bestimmung des Kindeswohls als sorgerechtsrelevantes Kriterium im Scheidungsverfahren (Manuskript 1985); ders, Psychologische Beiträge zur Bestimmung von Kindeswohl und elterlicher Verantwortung (Manuskript 1985); ders, Interventionsansätze während und nach der Scheidung, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1986 (ArchfsozArb), 174; ders, Mütterliche Berufstätigkeit, außerfamiliäre Betreuung und Entwicklung des (Klein-)Kindes aus kinderpsychologischer Sicht, Zeitschrift für Familienforschung 1989, 5; ders (Hrsg), Fünf Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung (1989); ders, Frühpädagogik im Wandel – von einer institutionellen zu einer systematischen Betrachtung, in: HRUSCHKE-RHEIN (Hrsg), Zur Praxisrelevanz der System-Theorien, Bd IV (1990); GIESEN, Anm zu BVerfG v 3. 11. 1982, JZ 1983, 301; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls (1974, zit: GOLDSTEIN ua I); dies, Diesseits des Kindeswohls (1982, zit: GOLDSTEIN ua II); GOLDSTEIN ua, Das Wohl des Kindes (1988, zit: GOLDSTEIN ua III); GÖPPINGER, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung (6. Aufl 1988); HAKENBERG-KRAUSE-SCHLACK, Systematische Interaktionsbeobachtung als Hilfsmittel für die Beurteilung der Eltern-Kind-Beziehung bei strittigem Sorgerecht, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 101; HAFFTER, Kinder aus geschiedenen Ehen (2. Aufl 1960); HARRER, Pflege, Erziehung und Verwaltung des Vermögens des Kindes nach Scheidung der Elternehe, ÖJZ 1984, 452; HINZ, Kinderschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht (1976); ders, Elternverantwortung und Kindeswohl – neue Chancen zu ihrer Verwirklichung für die Rechtsprechung? – Zur Diskussion um die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung –, ZfJ 1984, 529; ders, Kriterien der Sorgerechtsentscheidung, in: SPECK-PETERANDER-INNERHOFFER, Familientherapie (1986), 189; ders, Normstruktur und Praxis des Scheidungsverfahrens, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg), Protokolldienst 30/1986, 68; Das neue Recht der elterlichen Sorge, JZ 1979, 665; HOLZHAUER, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109; JÄGER, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungen (Diss Freiburg 1988); JOPT, Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl: Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall, FamRZ 1987, 875; KALTENBORN, Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen, FamRZ 1983, 964; ders, Katamnestische Untersuchung von Scheidungskindern nach Gutachten zum Recht der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB (Diss Tübingen 1984); ders, Die personalen

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium, FamRZ 1987, 990; ders., Entscheidungskriterien im Rahmen der Sachverständigenbegutachtung zur Frage der elterlichen Sorge nach der Ehescheidung, ZfJ 1989, 60; KLAR, Was geschieht nach der Scheidung?, in: REMSCHMIDT (Hrsg.), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 18; KLENNER, Gedanken über die Anwendung psychologischer Erkenntnisse durch den Familienrichter, DAVorm 1979, 807; ders., Vertrauensgrenzen des psychologischen Gutachtens im Familienrechtsverfahren – Entwurf eines Fehlererkennungssystems –, FamRZ 1989, 804; KLUSSMANN, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen (1981); ders., Der verfassungsgemäße Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 IV S 1 BGB), FamRZ 1982, 118; KNIEPER, Personensorge für Kinder und Scheidung der Eltern, JZ 1976, 158; KNÖPFEL, Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung, NJW 1983, 905; KOEHEL, Die Bindungen des Kindes – doch ein sorgerechtsrelevantes Kriterium, FamRZ 1986, 637; KOEHEL-HEIDER, Das Wohl des Kindes in der familienrechtlichen Sorgerechtspraxis, ZfJ 1989, 76; KROPHOLLER, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und ausländischen Recht, JR 1984, 89; ders., Übereinstimmender Elternvorschlag und Sorgerecht, NJW 1984, 271; ders., Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, JZ 1984, 164; KUMME, Zwei gegensätzliche familiengerichtliche Entscheidungen des Kammergerichts über die Verteilung der elterlichen Sorge nach der Scheidung, ZBlJugR 1980, 85; LEHR, Die Rolle der Mutter in der Sozialisation des Kindes (1974); dies., Die Rolle der Mutter für die Entwicklung des Kindes – überbewertet oder unterbewertet, ZBlJugR 1975, 413; LEMPP, Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, NJW 1967, 1659; ders., Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440; ders., Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315; LEMPP-RÖCKER, Die kinder- und jugendpsychiatrische Problematik bei Kindern aus geschiedener Ehe, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 1 (1973) 25; LEMPP, Die Ehescheidung und das Kind (1976); ders., Das Kindeswohl und das neue Scheidungsrecht, ZBlJugR 1979, 49; ders., Zur Anwendbarkeit projektiver Textuntersuchungen im Rahmen der Begutachtung für Familiengerichte, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 8 (1980) 220; ders., Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie (1983); ders., Das neue Familienrecht aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 169; ders., Das gemeinsame Sorgerecht aus kinderpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 305; ders., Die Bindungen des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1984, 741; ders., Kann die Familie weiterhin das Recht des Kindes gewährleisten?, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 13 (1985) 43; LEMPP-FEHMEL, Zur Bewertung des Kindeswillens bei Entscheidungen nach § 1671 BGB (zu KG, FamRZ 1978, 829), FamRZ 1986, 530; LEMPP ua, Die Anhörung des Kindes gem § 50 b FGG. Rechtstatsachenforschung (1987); LIDLE-HAAS, Das Kind im Sorgerechtsverfahren bei der Scheidung (1989); LIMBACH, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern (1988, zit: Gemeinsame Sorge); dies., Die Suche nach dem Kindeswohl – Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz, ZfRSoz 9 (1988) 155; dies., Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechtstatsachenstudie (1989, zit: LIMBACH-Studie); LÜDERITZ, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605; ders., Neues elterliches Sorgerecht, FamRZ 1978, 475; LUTHIN, Aus der Praxis zum SorgeRG, FamRZ 1981, 111; ders., Nochmals: Zu den durch das SorgeRG normierten Anhörungspflichten, FamRZ 1981, 1149; ders., Anm zu AG Charlottenburg v 22. 12. 1982, FamRZ 1983, 420; ders., Elterliche Sorge, Umgangsbezugnis und Kindeswohl, FamRZ 1984, 114; ders., Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1985, 565; ders., Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung (1987); MÄRZ, Das BVerfG und der „Verfahrenspfleger“ des minderjährigen Kindes im Sorgerechtsverfahren, FamRZ 1981, 736; MAGNUS-DIETRICH, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine Erhebung beim Familiengericht Hamburg-Mitte, FamRZ 1986, 416; MAGNUS, Sorgerecht und Scheidung, RdJ 1988, 158; MANSSEL, Abänderung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen und perpetuatio fori im FGG-Verfahren, IPRax 1987, 298; ders., Neues internationales Sorgerecht, NJW 1990, 2176; MARTINY, Sorgerecht, Umgangsrecht und Unterhalt – Die Teilung des Unteilbaren?, in: FS Ferid (1988), 309; MÖBS, Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung (Diss Frankfurt/M 1965); MORITZ, Gemeinsame elterliche Sorge beider Elternteile nach Scheidung im bisherigen und neuen Recht, ZBlJR 1981, 11; MÜLLER-ALTEN, Die Parameter der Sorgerechtsregelung bei Scheidung, ZfJ 1989, 443; MÜLLER-LEMPP, Einvernehmliche Vorschläge der Eltern in Sorgerechtsverfahren, ZfJ 1989, 269; NEDDENRIEP-HANKE, Das Jugendamt und das Kindeswohlprinzip (Diss Kiel 1988); NEUHAUS, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, FamRZ 1980, 1089; NICOLAS-MAGUIN, A propos de la garde conjointe des enfants des parents divorcés, Dalloz 1983, Chronique XX, 111; NORMANN, Das Recht der elterlichen Sorge in Frankreich im Vergleich mit dem deutschen Recht, FamRZ 1988, 568; NOTE, Custody denials to parents in same-sex relationships: An equal protection

analysis, *HarvLRev* 102 (1989), 617; PRESTIEN, Die Stellung des Kindes im Rechtsstreit der Erwachsenen, *RdJ* 1988, 431; PROKSCH, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) – ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe, *FamRZ* 1989, 916; PULS, Das Recht zur Neuregelung der elterlichen Sorge in der Rechtsanwendung, in: REMSCHMIDT (Hrsg.), *Kinderpsychiatrie und Familienrecht* (1984), 18; dies, Beteiligung von Psychologen und Psychiatern als Sachverständige in familiengerichtlichen Verfahren, *ZfJ* 1984, 8; RABAA, Kindeswohl im Elternkonflikt (Diss Berlin 1985); RASSEK, Begriff und Bestimmung des Kindeswohls als Maßstab der Sorgerechtsregelung nach §§ 1671, 1672 BGB (1983); RÖHL, SABINE-RÖHL, KLAUS, Alternativen zur Justiz?, *DRiZ* 1979, 33; RÖCKER, Sexueller Mißbrauch in der Scheidungsfamilie, in: DU BOIS (Hrsg.), *Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie* (1989), 145; RÖNN, Kindeswohlbeurteilung aus medizinrechtlicher Sicht, *FamRZ* 1988, 463; RÖSNER-SCHADE, Der psychologische Sachverständige als Berater in Sorgerechtsverfahren, *ZfJ* 1989, 439; ROLFS, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in isolierten FGG-Verfahren, *FamRZ* 1978, 225; ROTAX, Für die Schwächsten ist das Beste gerade gut genug – zur Anhörungspflicht gemäß § 50 b FGG, *DRiZ* 1982, 466; SCHLEICHER, Gemeinsame Sorgerechtsausübung durch geschiedene Eltern zum Kindeswohl?, *ZfSozH* 1983, 296; SCHLÜTER, Elterliches Sorgerecht im Wandel... (1985); SCHMIDT-RÄNTSCH, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – keine gesetzgeberischen Maßnahmen, *FamRZ* 1983, 17; SCHMITT-GLAESER, Die Eltern als Fremde, *DÖV* 1978, 629; ders., Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung (1980); RAINER SCHOLZ, Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht?, *ZRP* 1984, 201; SCHÜTZ, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, durch Gesetz zum Regelfall zu erhebende Chance für Eltern und Kind oder für die Praxis ungeeignetes Ausnahmefallmodell?, *ZfJ* 1987, 189; SCHÜTZ-JOPT, Ein Kind soll ins Heim: Anmerkungen zur Allianz zwischen Recht und Psychologie aus der Sicht beider Disziplinen, *ZfJ* 1988, 349; DIETER SCHWAB, *Handbuch des Scheidungsrechts* (2. Aufl. 1989); SCHWENZER, *Der Anwalt des Kindes*, *FamRZ* 1983, 974; dies, Vom Status zur Realbeziehung (1987); SCHWOERER, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe, *FamRZ* 1954, 120; ders., Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB nF), *FamRZ* 1958, 433; ders., Kindeswohl und Kindeswille, *NJW* 1964, 5; ders., Erwiderung, *FamRZ* 1965, 302; SIMITIS ua, Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis (1979); SIMITIS, Tendenzen der Rechtsprechung zum Sorge- und Besuchsrecht, 2. DFGT (1979); ders., Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS Müller-Freienfels (1986), 579; SIMON, Das neue elterliche Sorgerecht, *JuS* 1979, 752; ders., Neuere Entwicklungstendenzen im Kindschaftsrecht, *ZfJ* 1984, 14; STERNBECK-DÄTHER, Das familienpsychologische Gutachten in Sorgerechtsverfahren, *FamRZ* 1986, 21; STRÄTZ, Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie; *FamRZ* 1975, 541; STRECKER, Der Familienrichter im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Problemlösung, *DRiZ* 1983, 175; STREMPPEL, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – Rechtstatsachen und gesetzliche Regelung (1989); SUESS, Das Kindeswohl bei Sorgerechtsentscheidungen – Kriterien aus entwicklungspsychologischer Sicht, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie* 36 (1987), 22; THALMANN, Der Bericht des Jugendamtes in den Verfahren nach §§ 1671, 1672 BGB aus der Sicht des Familienrichters, *ZBJugR* 1983, 249; ders., Die Verhandlungsführung des Familienrichters bei „existenzgefährdenden“ Familiensachen unter Berücksichtigung des Kübler-Ross-Phänomens, *FamRZ* 1984, 634; ders., Apodiktische Gedanken zu Beziehungsproblemen mit neuen Partnern in gescheiterten Ehen, *FamRZ* 1990, 342; TREITZ, Die Verteilung der elterlichen Gewalt bei Auflösung der Elternehe und bei dauerndem Getrenntleben der Eltern (1974); TROJE, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung?, *Nachrichtendienst des Dt Vereins für öffentlich und private Fürsorge* 1981, 17; UFFELMANN, Das Wohl des Kindes als Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren (Diss Freiburg 1977); ULLMANN, Die völkerrechtlichen Prämissen der Regelung der elterlichen Sorge bei Auflösung von Ehen, *FamRZ* 1987, 434; ders., Kindeswohlbeurteilung in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren aus medizinrechtlicher Sicht, *FamRZ* 1987, 1109; ders., Die forensische Gutachterstätigkeit von Diplom-Psychologen in Familiensachen, *FamRZ* 1988, 1127; WACKE, „Elterliche Sorge“ im Wandel der Jahrtausende – Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht –, *FamRZ* 1980, 205; WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner und Verlierer: Frauen, Männer, Kinder nach der Scheidung (1989); WASKOWIAK, Die Einigung der Eltern bei der elterlichen Personensorge (Diss Marburg 1967); PETER WEBER, Die Anwesenheit des neuen Ehegatten oder „Lebensgefährten“ eines Elternteils bei Ausübung des Besuchsrechts nach § 1634 BGB, *FamRZ* 1973, 285; URSULA WEBER, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, *FamRZ* 1975, 401; WENDL-KAMPMANN-WENDL, Partnerkrisen und Scheidung (1986); WUPPERMANN, Kindesverteilung und Verkehrsrecht nach deutsch-italienischen Ehescheidungen, *FamRZ* 1971, 511; ders., Kindeswohl und Elternrecht bei faktischer Trennung deutsch-

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

italienischer Ehen, RdJ 1971, 114; ZENZ, Elterliche Sorge und Kindesrechte, StAZ 1973, 257; dies, Zur Reform der elterlichen Gewalt, AcP 173 (1973) 527; dies, Kindeswohl und Selbstbestimmung, in: KÜHN-TOURNEAU, Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit (1978) 169; ZENZ-SALGO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983).

### Systematische Übersicht

#### I. Grundsätzliches

1. Normbedeutung 1
2. Gesetzesgeschichte 6
3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund des § 1671 und Folgerungen für das Normverständnis 15
  - a) Verfassungsrechtliche Vorgaben nach der Rspr des BVerfG 15
  - b) Folgerungen für Struktur und Inhalt des § 1671 18
  - c) Gesamtwürdigung des § 1671 im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben und humanwissenschaftlicher Erkenntnisse 23

#### II. Anwendungsbereich

1. Persönlich 27
2. Sachlich 28
  - a) Entscheidungssituationen 28
  - b) Verhältnis zu anderen Vorschriften 31
3. International 36

#### III. Die richterliche Entscheidung

1. Rechtsnatur der Entscheidung 37
2. Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsmöglichkeiten: Grundsätze 38
3. Insbes: Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts 42
  - a) Trennung Personensorge/Vermögenssorge, Abs 4 S 2 42
- aa) Voraussetzungen 42
- bb) Übertragung und Rechtsfolgen 45
  - b) Unterhaltspflegschaft, Abs 5 S 2 46
  - c) Sonstige sachliche Aufteilungen der Personensorge 47
- d) Zeitliche Aufteilungen 48

#### IV. Sorgerechtsregelung nach Abs 2

1. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab 51
  - a) Grundsatz 51
  - b) Sachlicher Aussagegehalt des Kindeswohlbegriffs 52
- aa) Vorrangigkeit des Kindesinteresses 52
  - (1) Elterninteressen 55
  - (2) Gesellschaftsinteressen 62
  - (3) Drittinteressen bei „gleichwertiger Erziehungseignung“ 64
- ab) Inhalt des Kindesinteresses 65
  - c) Funktionale Bedeutung des Entscheidungsmaßstabs „Kindeswohl“ 66
- aa) Individualisierungsgebot 66

- bb) Integrierende Gesamtschau 67
2. Die Sorgerechtskriterien im einzelnen 70
  - a) Überblick 70
  - b) Förderungsprinzip 71
- aa) Persönlichkeit und persönliche Umstände der Eltern 71
- bb) Verhalten der Eltern im persönlichen Bereich 78
- cc) Kindbemühtheit der Eltern 83
- dd) Erziehung und Förderung des Kindes 87
  - c) Bindungen des Kindes 99
  - aa) Grundgedanken 99
  - bb) Der sogenannte „Bindungsstreit“ 102
  - cc) Der Bindungsaspekt im einzelnen 106
  - dd) Insbes: Geschwisterbindung 112
    - d) Kindeswille 115
    - aa) Grundsätze 115
    - bb) Der Kindeswille als Bindungsindiz 118
    - cc) Der Kindeswille als Selbstbestimmung 122
  - dd) Der Kindeswille im Einzelfall 125
  - e) Kontinuität 126

#### V. Übereinstimmender Elternvorschlag, Abs 3

1. Grundlagen 129
2. Tatbestandliche Voraussetzungen 134
  - a) Zustandekommen 134
  - b) Zulässiger Inhalt 137
3. Rechtsnatur des Elternvorschlags und Bindung der Eltern 145
4. Familiengerichtliche Entscheidung 149
5. Abweichernder Kindesvorschlag, Abs 3 S 2 152
  - a) Voraussetzungen 153
  - b) Wirkung 157

#### VI. Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung

1. Grundlagen 158
  - a) Rechtsentwicklung und Diskussionsstand 158
  - b) Die wesentlichen Gesichtspunkte gegen und für das gemeinsame Sorgerecht 161
  - c) Rechtlicher Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts 164
    - aa) Das rechtliche Gewicht der Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts 165
    - bb) Folgerungen aus dem rechts- und sozialpolitischen Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts 168

#### 4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- 2. Voraussetzungen 169
  - a) Allgemeines 169
  - b) Übereinstimmender Elternvorschlag 172
  - c) Kindeswohlprüfung 174
  - aa) Grundsätzliches 174
  - bb) Kooperationswilligkeit der Eltern 176
  - cc) Erziehungs- und Kooperationsfähigkeit der Eltern 177
  - dd) Sonstige Kindeswohlaspekte 179
  - d) Erkenntnisquellen des Familiengerichts 182
- 3. Die richterliche Entscheidung 185
- 4. Folgewirkungen bei gemeinsamem Sorgerecht 188

#### VII. Übertragung auf Vormund oder Pfleger, Abs 5 S 1

- 1. Systematische Einordnung 191
- 2. Voraussetzungen 192
  - a) Gefährdung des Kindeswohls 192
  - b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit 194
- 3. Maßnahmen des Familiengerichts 196
- 4. Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft 197

#### VIII. Sorgerechtsregelung in anderen Fällen der Familienauflösung 198

#### IX. Bestand und Änderung der familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung 200

#### X. Verfahrensfragen

- 1. Zuständigkeiten 201
- 2. Verfahren 202
- 3. Insbes: Anhörungspflichten 207
- 4. Insbes: Sachverständigengutachten 210
- 5. Einstweilige Anordnungen 213
- 6. Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen 215
- 7. Rechtsmittel 216
- 8. Kostenentscheidung 218

#### XI. Auslandsbezüge

- 1. Internationale Zuständigkeit 219
- 2. Anwendbares Recht 221
- 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen 223
- 4. Insbes: Internationale Kindesentführungen 228
  - a) Gemeinsame Regelungen 229
  - b) Das Haager KindesEÜ 235
  - c) Das EuKindesEÜ 238

### Alphabetische Übersicht

Abweichender Kindesvorschlag 40, 51, 115, 129, 152 ff, 173, 180  
Adoptivkind 27  
Änderung der Sorgerechtsentscheidung 9 f, 45, 49 f, 94, 142, 149, 159, 188, 197, 200, 206, 216, 223, 226 f, 239  
Ärztliche Behandlung 47  
Aids 74  
Alkoholabhängigkeit der Eltern 74  
Alleinsorge 3, 26, 34, 41, 50, 155, 204  
– vor Scheidung 29, 32 ff  
Alleinzuständigkeitsprinzip 8, 11, 13 f, 38 ff, 56, 158, 204  
– Ausnahmen 42 ff, 142  
Anerkennung ausländischer Entscheidungen 223 ff, 230, 238 ff  
Anhörung  
– der Eltern 9 ff, 134, 146, 182, 198, 205, 207  
– des Jugendamts 209  
– des Kindes 10, 13, 115, 119, 153, 176, 180, 182, 202, 205, 207 f  
Anstaltsunterbringung eines Elternteils 50  
Anwalt 168, 229  
– des Kindes 88, 208, 217  
Aufenthaltsbestimmungsrecht 47, 50, 188, 193 f, 214  
Aufhebung der Ehe 5, 28, 198

Aufsichtspflegschaft 194 f  
Ausbildung 89  
Ausländerkind 36, 88, 96, 219 ff  
Ausübungsüberlassung elterlicher Sorge 139, 142 f, 161  
Beeinflussung 85, 94, 111, 115, 118, 121, 124, 193  
Befriedungsfunktion der Sorgerechtsentscheidung 4, 17 f, 132, 146 f, 152, 162, 193  
Behindertes Kind 27  
Beratung 24 f, 178, 211  
Berufstätigkeit eines Elternteils 56, 58, 73, 91 f, 182, 193  
Berufswahl 47, 89  
Berufung 216  
Beschwerde 172, 205 ff, 213, 216 f  
– des Kindes 153, 217  
– weitere 216  
Betreuer iSd BetrG 27  
Betreuung  
– durch Eltern(-teil) 58, 61, 91 ff, 106, 127 f, 139, 179, 183, 186, 193, 228  
– durch Dritte 58, 91 f, 101, 109, 192 f, 203  
Beziehungsnetz 95, 101 ff, 107, 113 f, 117, 162  
Bhagwan-Sekte 82, 89

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Bildungsstand der Eltern 73, 161, 178  
Bindungen des Kindes  
– an Eltern(-teil) 13, 23, 26, 58, 61, 70, 90, 92, 99 ff, 106 ff, 116 ff, 124 ff, 162, 179  
– an Dritte 92, 101, 109, 192 f, 196  
– an Geschwister 112 ff, 151, 156  
Bindungsstreit 102 ff  
Bindungstheorie 102 ff  
Bindungswirkung des Elternvorschlags s übereinstimmender Elternvorschlag  
Bluttransfusion 47, 82
- Drogenabhängigkeit der Eltern 74  
Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen s Vollstreckung
- Eheverfehlung 78 ff  
Einstweilige Anordnung 31, 35, 47, 192, 202, 213 f, 219, 221, 223, 226, 232  
Einverständliche Scheidung 4, 135, 146  
Einzelfallgerechtigkeit 6, 65 ff, 114, 123, 203, 222  
Elterlicher Primat 2, 15, 19, 41, 43, 129 ff, 140, 142 ff, 146, 179, 186  
Elterninteressen 19, 53 ff, 78 f, 84 f  
Eltern-Kind-Verhältnis 16, 35, 70, 81, 108, 110 f, 152, 157, 210  
– Neuordnung des 2 ff, 16, 35, 129  
Elternstreit 3, 17, 19 f, 24 f, 31, 45, 56, 172, 188, 193  
Elternvereinbarung s übereinstimmender Elternvorschlag  
Elternvorrang s Elterlicher Primat  
Entscheidungsbegründung 66, 126, 167, 196, 202, 206, 234  
Ermessen 115, 210  
Ermittlungen 27, 71, 77, 95, 128, 150, 175, 182 ff, 202 ff, 210, 239  
Ersuchter Richter 207  
Erziehungseignung 32, 34, 50 f, 55, 58, 61, 63 f, 71, 74, 79, 84, 88, 94, 96, 110 f, 128, 132, 192 ff, 210  
– hins gemeinsamer Sorge 167, 170, 175 f, 182  
Erziehungsmethode 87 ff, 100  
Erziehungsunvermögen 31, 50, 88, 94, 110  
Erziehungsziel 15, 62, 87, 100  
EuKindesEÜ 228 ff, 238
- Familienautonome Konfliktlösung 18, 25, 122, 152, 154, 168, 211  
Familiendynamischer Ansatz 51, 53, 102 ff  
Familiengericht  
– Entscheidungsfunktion 2 f, 18, 24 f, 37, 63, 122, 131, 185  
– Zuständigkeit  
– internationale 36, 219 f, 229–232, 239  
– örtliche 201, 231
- sachliche 12, 31 ff, 37 ff, 45, 188, 191, 196 ff, 201, 215, 232  
Familieninteresse 53, 62  
Familienunterstützende Hilfepflicht des Staates 17, 23 ff, 41, 111, 160, 168, 178, 195, 209, 211  
Förderungsprinzip 70 ff, 81, 84, 87 ff, 100 f, 110 ff, 126  
Fremdbetreuung s Betreuung durch Dritte
- Gemeinsames Sorgerecht 13 f, 21 f, 26, 37 f, 40 f, 45, 57, 104 f, 141 f, 155, 158 ff, 200, 204, 206, 210  
Gemischt-nationale Familie 96, 228  
Geschäftsunfähiger Elternteil 136  
Geschlechterrollen 49, 58 ff, 143  
Geschwister 9 f, 54, 57, 95, 112 ff, 125, 151, 156, 187  
Gesellschaftsinteressen 53 f, 62 f, 78, 80 f, 85, 87, 151  
Getrenntleben der Eltern 5, 28, 35, 182 f, 185  
Gewalt gegen Kinder 69, 88 f  
Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes 36, 220 f, 228, 235  
Gleichberechtigung 6, 49, 56 ff, 64, 91, 113, 143, 151, 161  
Großeltern 91, 95, 109, 192 f, 196, 203  
Grundrechte  
– der Eltern 2, 15, 25 f, 37, 41, 43, 56, 71, 129, 133, 136, 152, 158, 165, 167, 169, 211  
– des Kindes 26, 52, 54, 61, 100, 117, 152, 158, 165, 167, 169
- Haager KindesEÜ 228 ff  
Haager MSA 36, 219 ff, 225 f, 228  
Halbgeschwister 113  
Hauptbezugsperson 107, 127  
Heranwachsender 106, 122 ff, 129, 152, 179 f, 217, 233  
Herausgabeanordnung gem § 1632 Abs 1 215, 234  
Herausgabestreit 215, 228 ff  
Homosexualität 75  
Humanwissenschaftliche Erkenntnisse 24 ff, 65, 81, 99 ff, 112 f, 118, 123, 159, 180 f, 210 ff
- Individualisierungsgebot 66 ff, 114  
Inhaftierter Elternteil 50  
Internationales Recht 36, 60, 219 ff  
Isolierung des Kindes 74, 82, 88, 111  
Isoliertes Sorgerechtsverfahren 207
- Jugendamt 25, 108, 133, 168, 207, 209, 217, 229, 233

## 4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- Kindergarten 101  
 Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)  
 25 f, 87, 160, 168, 194 f, 209  
 Kindesalter 106 f, 113, 117, 119, 122 f, 125,  
 127, 208, 236  
 Kindesentführung 63, 85, 94, 111  
 – internationale 228 ff  
 Kinderschutzsystem 19, 31, 46, 65, 131,  
 191, 194, 202  
 Kindeswille 13, 58, 68 ff, 101, 115 ff, 152 ff,  
 180, 208, 227, 236, 239  
 Kindeswohl, persönliches 6, 49 f, 98, 100 f,  
 121, 130 ff, 146 f, 158, 161–163  
 – als Eingriffslegitimation 2, 17–22, 26, 49,  
 129, 131, 149, 175, 191  
 – als Entscheidungsmaßstab 9 ff, 14, 18,  
 20, 40 f, 48 ff, 116, 121 f, 127, 139 f, 143,  
 149, 165 ff, 175, 222, 236 ff  
 – als Gestaltungsauftrag an den Gesetzge-  
 ber 18, 23 ff, 160, 165, 167  
 – als Leitprinzip 2, 13, 18, 20, 23, 25, 41,  
 52 ff, 100, 146, 158, 170, 202, 222  
 – als Verfahrensrichtlinie 18, 202  
 Kindeswohlgefährdung 2, 31, 40, 46, 88 f,  
 96, 116, 167, 171 f, 191 ff, 235 f  
 Kindeswohlkonkretisierung 13, 68 ff, 170  
 Kindeswohl als Vermögensinteresse 40,  
 42 ff  
 Kleinkind 59, 93, 102, 106 f, 109, 119, 125,  
 127, 180, 203, 208  
 Konkurs 34  
 Kontakt zum nichtsorgeberechtigten El-  
 ternteil 94, 97, 104, 109, 132, 162 f  
 Kontinuitätsgrundsatz 48 f, 68 ff, 90, 101 f,  
 109, 126 ff, 142 f, 161 f, 179, 227, 238  
 Kooperationsfähigkeit der Eltern 26, 41 f,  
 57, 133, 141, 163, 167 f, 172 ff, 181 ff,  
 187, 207, 211  
 Krankheit eines Elternteils 55, 74  
 Krisenbedingtes Fehlverhalten der Eltern s  
 Scheidungskrise  
 Labilität eines Elternteils 55, 74  
 Loyalitätskonflikt 78, 95, 113, 118, 162  
 Minderjährigkeit eines Elternteils 34, 73,  
 136  
 Mißhandlung 69, 88 f  
 Mitteilungsfähigkeit des Kindes 119  
 Moral s Sittlichkeit  
 Muttersvorrang 49, 56, 59 ff, 91, 143, 203  
 Nach-Scheidungsfamilie 2 f, 23, 41, 48, 94,  
 103, 162 f, 183, 194  
 Negativkontrolle 166 f, 174 f, 204  
 Nestmodell 179  
 Neuordnung s Reorganisation  
 Nichtehe 5, 28  
 Nichteheliche Lebensgemeinschaft 5, 29 f  
 Nichteheliches Kind 27, 29, 231  
 Nichtigkeit der Ehe 5, 11, 28, 198  
 Nichtsorgeberechtigter Elternteil 3, 37, 47,  
 162  
 Nichtverheiratete Eltern 5, 29 f  
 Ordre public 36, 221 f, 225, 236, 238  
 Overprotection 110 f  
 Paarkonflikt 24, 86, 211  
 Partner 65, 81, 95, 181  
 – Zusammenleben mit 78, 80 f, 85, 192,  
 203  
 Partnerwechsel 90, 95, 192  
 Pendelmodell 179 f  
 Persönlichkeit der Eltern 20, 25, 71 ff,  
 84 ff, 178  
 Personensorge 38, 42, 46 f, 139  
 Pflegepersonen 192 f, 196, 203  
 Pfleger 9 ff, 27, 33, 39 ff, 46, 50, 138, 190 ff,  
 210, 214 f, 219  
 Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 2,  
 46, 94, 111, 152, 191  
 Protokoll 205  
 Psychosoziale Elternschaft 77  
 Realpräsenz des nichtsorgeberechtigten  
 Elternteils 94  
 Rechtsmittel 134, 172, 205 ff, 213, 216 ff,  
 230, 232  
 Religion 47, 82  
 Reorganisation der Familie 2, 31, 51,  
 103 ff, 162, 168, 209, 211  
 Residenzmodell 179, 188  
 Revision 126  
 Rollenstereotype s Geschlechterrollen  
 Ruhen der elterlichen Sorge 31, 34, 136,  
 189  
 Sachverständigengutachten 118 f, 121, 184,  
 202, 210 ff  
 Sachverständiger 108, 133, 168, 184, 208,  
 211  
 Scheidungsfamilie s Nach-Scheidungsfam-  
 ilie  
 Scheidungsfolgenvertrag 134, 148  
 Scheidungskrise 2, 19, 25, 72, 86, 94, 194  
 Scheidungsrate 3  
 Scheidungsschuld 64, 78  
 Scheidungstrauma 94, 99, 102, 150, 161 f  
 Scheidungsverband s Verbundverfahren  
 Scheineheliches Kind 77, 187  
 Schulbesuch 47, 101, 139  
 Schulprinzip 6, 8 ff, 64  
 Sekte 47, 82, 89  
 Selbstbestimmung des Kindes 117, 122 ff,  
 129, 236  
 Selbstmordgefahr bei Elternteil 55, 74  
 Sexueller Mißbrauch 88

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Sittlichkeit 63, 75, 78 ff, 192  
 Sorgerechtskriterien 65, 67 ff, 170  
 Sorgerechtsplan 26, 57, 179, 183, 186, 188  
 Sorgerechtsübertragung auf Dritte s Vormund, Pfleger  
 Sorgerechtsvereinbarungen s übereinstimmender Elternvorschlag  
 Sozialrecht 24 ff, 104, 111, 160, 168, 194 f, 209  
 Staatsangehörigkeit des Kindes 96, 219 f, 227  
 Stabilitätsgrundsatz 48, 90, 93, 95 f, 98, 109, 142, 162, 227, 238  
 Standards 23, 62, 80 ff  
 Stiefgeschwister 113  
 Subsidiaritätsklausel s elterlicher Primat  
 Systemischer Ansatz s Familiendynamischer Ansatz
- Tagesbetreuung 193, 203  
 Teilfamilie 194  
 Teilmündigkeit 62, 114, 152, 156  
 Therapie 24 f  
 Tod eines Elternteils 28, 189, 197, 200  
 Todeserklärung 5, 28, 199  
 Transsexualität 76
- Übereinstimmender Elternvorschlag 4, 10 f, 16 f, 19, 23, 40 ff, 50 f, 57, 129–157, 204, 207 f  
 – Bindungswirkung gem Abs 3 S 1 41, 129, 140, 149 ff, 157  
 – hins gemeinsamer Sorge 164, 166 f, 172 f, 183 f, 204, 206, 210  
 – Widerruf 145 ff, 172  
 Übersiedlung ins Ausland 48, 96 f, 142, 145, 192, 227 f  
 Umgangsbestimmungsrecht 194  
 Umgang s Kontakt  
 Umgangsrecht  
 – des auch sorgeberechtigten Elternteils analog § 1634 Abs 4 188  
 – des nichtsorgeberechtigten Elternteils 97, 109, 194, 229  
 Umplazierung 85, 102, 107, 109, 128, 142, 192 f, 227, 236 ff  
 Unteilbarkeitsgrundsatz 28, 38, 57, 139, 142, 187  
 – Ausnahmen 39 ff, 40, 140 ff, 194, 214  
 Unterhalt  
 – des Gatten 3, 46, 55, 78, 148, 150, 190  
 – des Kindes 3, 40 f, 46, 190  
 Unterhaltspflegschaft 13, 40 f, 46, 190 f
- Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 189, 192  
 Verbundverfahren 4, 12, 37, 135, 146, 202 ff, 218, 220, 231  
 Verfahrenskosten 218  
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 17, 23, 25, 39, 168, 194 f  
 Verhinderung des sorgeberechtigten Elternteils 50, 189  
 Vermittlung  
 – durch Gericht 24 ff, 104, 133, 155, 157, 168, 173, 178, 182, 198, 207, 211  
 – durch beratende Institutionen 24 f, 133, 168, 178, 182  
 – durch Sachverständigen 133, 168, 211  
 Vermögenssorge 8, 11, 34, 38 ff, 140 f, 156, 187, 196  
 Vertretung des Kindes 8, 38, 41, 45, 47, 139, 187 f, 190  
 Vollstreckung 63, 67, 121, 215 f, 223, 226, 228, 234, 236–240  
 Vormund 11, 27, 33, 39 ff, 45, 50, 138, 154, 190–197, 215, 219  
 Vormundschaftsgericht 31 ff, 38, 45 f, 50, 188, 196 f  
 – Maßnahmen gem §§ 1666 ff 31 ff, 38 f, 65, 191, 196 f, 210
- Wächteramt des Staates 1 f, 17 ff, 37, 39, 41, 78, 103, 129, 133, 160, 165, 167 f, 183 f, 186, 191, 194 f, 206, 211  
 Wertbildung 62, 79 ff  
 Wiederheirat 48, 142, 200  
 – gegenseitige 197, 200  
 Wiederversöhnungswunsch 161, 163  
 Wirtschaftliche Verhältnisse 98  
 Wohlverhaltensklausel 2, 26, 94, 104, 188  
 Wohngemeinschaft 82
- Zeitfaktor 91 f, 108, 127  
 Zeitgefühl des Kindes 93, 127  
 Zerrüttungsprinzip 6, 12, 78  
 Zerrüttungsvermutung 4, 12  
 Zeuge 205  
 Zeugen Jehovas 47, 82  
 Zwangsbegutachtung 25, 210  
 Zwangstherapie der Eltern 24 f, 211

## I. Grundsätzliches

### 1 1. Normbedeutung

Während § 1666 die generelle Demarkationslinie zwischen elterlicher Erziehung und staatlichem Wächteramt bezeichnet (Art 6 Abs 2 S 1 und Abs 2 S 2 GG; § 1 Abs 2 S 1, 2 KJHG), gewissermaßen den staatlichen Minimalschutz für **jedes** Kind ungeachtet der familiären Strukturen, konkretisiert § 1671 die Zuordnung elterlicher und staatlicher Verantwortung speziell für die Situation der durch die Ehescheidung ihrer Eltern betroffenen Kinder. Thematik des § 1671 ist die Frage, ob und ggf wie die den Eltern bislang (regelmäßig) gemeinsam zustehende elterliche Sorge (§§ 1626, 1627, 1629) für die Zeit nach der Eheauflösung neu zu regeln ist (zu den Entscheidungsalternativen Rz 40).

- 2 Diese Frage ist bei **jeder** Scheidung vom Familienrichter zu beantworten. Das Gesetz geht davon aus, daß das Ereignis der Scheidung per se eine Intervention des Staates als Wächter des Kindesinteresses rechtfertigt (Abs 1). Eine konkrete Gefährdung des Kindes muß nicht festgestellt werden (anders nur bei Abs 5, der thematisch eher in den Bereich des § 1666 gehört), und auch auf elterliche Pflichtwidrigkeiten kommt es unstreitig nicht an (MünchKomm-HINZ Rz 1; zur Diskussion bei § 1666 vgl dort Rz 17 ff). Allein maßgeblicher Gesichtspunkt bei der in § 1671 geregelten Intervention ist die **Wahrung des Kindeswohls** in einer tiefgreifenden, die bisherigen Familienstrukturen umstürzenden familiären Krise und bei der zukunftsgerichteten Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses (zu den rechtlichen Funktionen des Kindeswohlprinzips im einzelnen unten Rz 18; zum Stellenwert anderer Interessen Rz 52–64). Dabei folgt nicht nur aus der Beschränkung des Staates auf ein Wächteramt (Art 6 Abs 2 S 2 GG; § 1 Abs 2 S 2 KJHG), sondern auch aus der Aufgabenstellung und Funktion des Familienrichters, daß die sachliche **Verwirklichung des Kindeswohls** im täglichen, familiären Leben nach der Scheidung durch die Regelung nach § 1671 nicht gewährleistet werden kann. Dies bleibt, entsprechend dem Grundsatz des Art 6 Abs 2 S 1 GG, Sache des oder der Sorgeberechtigten (sowie auch des nur umgangsberechtigten Elternteils, § 1634 Abs 1 S 2): Die familienrichterliche Entscheidung stellt nur die äußerliche Konstitution und die Funktionsbedingungen der Nach-Scheidungsfamilie her, sie schafft eine rechtliche Rahmenordnung, die die unmittelbare Verwirklichung der Kindesinteressen durch die insoweit zuständigen Eltern nach den gegebenen Umständen am ehesten ermöglicht, günstigenfalls wahrscheinlich sein läßt (FTHENAKIS, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33 ff, 42, 54; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 36; JOPT FamRZ 1987, 875, 878; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 922; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua III S 196).
- 3 Die Entscheidung über das Sorgerecht für gemeinsame Kinder hat für die beteiligten Familienmitglieder in persönlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht zentrale Bedeutung. § 1671 ist nicht eine Verteilungsregel für ein besonderes Gut aus der Liquidationsmasse der ehelichen Familie, vergleichbar etwa den Regeln bezüglich Hausrat oder Zugewinn (vgl das Bild der Scheidungsfamilie als Trümmerlandschaft bei LEMPP, Ehescheidung S 10). Die auch nach Trennung und Scheidung fortbestehenden Eltern-Kind-Beziehungen erhalten vielmehr eine diesen Ereignissen angepaßte, neue rechtliche Verfassung. Damit wird nicht nur die Neugestaltung auch hinsichtlich der **tatsächlichen** Lebensverhältnisse und persönlichen Beziehungen vorgezeichnet (oder sanktioniert, soweit schon faktisch eingespielt) – eine für die weitere Entwicklung vor allem der Kinder, aber auch der Eltern lebensgestaltende Entscheidung (D SCHWAB, Handbuch Rz III 1, 2). Auf **rechtlicher** Ebene fällt bei künftiger Alleinsorge eines Elternteils die weitgehende „Entrechtung“ des

anderen Teils schwer ins Gewicht (Restberechtigung: § 1634, latent § 1681, 1696). Auch für die Regelung sonstiger Scheidungsfolgen ist die sorgerechtliche Weichenstellung präjudiziell (*Gattenunterhalt*: §§ 1570, 1571 Nr 2, 1572 Nr 2, 1573 Abs 5 S 1 HS 2, 1574 Abs 2 HS 2, 1578, Abs 1 S 2 HS 2, S 3, 1579 Einleitungssatz und Nr 1, 1582; *Kindesunterhalt*: § 1606 Abs 3 S 2; *Familienwohnung*: vgl die zu §§ 3, 5, 6 HausratsVO entwickelten Kriterien).

Auf Grund der menschlichen und rechtlichen Implikationen der Sorgerechtsentscheidung gilt diese (jedenfalls bei Elternstreit) zu Recht als eine der schwierigsten, verantwortungsvollsten (und oft auch quälendsten) richterlichen Aufgaben (JOHANNSEN-HEINRICH-JAEGER Rz 4; COESTER, Kindeswohl S 61, 98; vgl KOEHEL FamRZ 1986, 637, 639 Fn 27 zur psychischen Belastung der Familienrichter). Konstant hohe Scheidungsziffern (über 100 000 pro Jahr seit 1981, mit etwa ebensoviel betroffenen Kindern, vgl statistische Angaben bei PROEBSTING StAZ 1990, 9 ff) sichern §§ 1671, 1672 erhebliche quantitative, ja sogar gesellschaftspolitische Bedeutung. Dem entspricht ein intensives Bemühen seitens der Rechts- und Nachbarwissenschaften um diese Regelungsfrage, das Mitte der Sechzigerjahre begonnen hat und unvermindert anhält (die eingangs gegebenen Schrifttumshinweise beschränken sich auf neuere Spezialliteratur, ältere Nachweise in der Voraufgabe sowie auch in den Schrifttumsangaben zu § 1634).

Der Bedeutung der Sorgerechtsregelung wird auch im **Verfahrensrecht** Rechnung 4 getragen. Bei Vorhandensein gemeinschaftlicher minderjähriger Kinder ist über die elterliche Sorge als Folgesache von Amts wegen gleichzeitig und zusammen mit der Scheidungssache zu verhandeln und, sofern dem Scheidungsantrag stattgegeben wird, einheitlich durch Urteil zu entscheiden (**Verbundverfahren**, §§ 623 Abs 1 S 1, Abs 3 S 1; 621 Abs 1 Nr 1; 629 Abs 1 ZPO; vgl Rz 201). Bei *einverständlicher Scheidung* nach nur einem Trennungsjahr können sich die Ehegatten nur dann auf die Zerrüttungsvermutung des § 1566 Abs 1 stützen, wenn sie mit dem Scheidungsantrag einen übereinstimmenden Vorschlag zur Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses vorlegen (§ 630 Abs 1 Nr 2 ZPO). Beabsichtigt das FamG, von einem übereinstimmenden Elternvorschlag abzuweichen, so hat es insoweit vorab zu entscheiden, das Verfahren über den Scheidungsantrag selbst ist bis zur Rechtskraft des Sorgerechtsbeschlusses auszusetzen (§ 627 ZPO; OLG München FamRZ 1984, 407). Diese Verfahrensregelungen verfolgen einen doppelten Zweck: Sie sollen den Ehegatten die Auswirkungen der beabsichtigten Scheidung vor Augen führen und damit unbedachte, übereilte Scheidungen verhindern (BGH NJW 1983, 1317, 1318), und es soll sichergestellt werden, daß das Eheband nicht gelöst wird ohne rechtliche Befriedung und Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses.

§ 1671 stellt schließlich über die Scheidungsthematik hinaus ein **Regelungsmodell** 5 zur Verfügung, dessen Grundsätze direkt oder entsprechend auch in **anderen Situationen** familiärer Trennung anwendbar sind, so etwa bei schlichtem Getrenntleben der verheirateten Eltern (§ 1672), bei Eheaufhebung oder -nichtigterklärung (§§ 37 Abs 1 EheG, 1671 Abs 6, vgl 1591 Abs 1 S 1 HS 2, 1719 HS 2) sowie der Situation des § 1681 Abs 2 S 3 iVm § 38 Abs 2 EheG. Entsprechendes sollte für die faktische Auflösung der „Nichtehe“ sowie – de lege ferenda – einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten (Rz 28–30 und 198, 199).

## 2. Gesetzesgeschichte

6

Die vielfältigen Veränderungen, die die Vorschrift bis zu ihrer heutigen Gestalt durchlaufen hat, spiegeln deutlich vier Entwicklungslinien wider, die das Familienrecht im 20. Jh entscheidend geprägt haben: (1) Die rechtliche Gleichstellung von

Mann und Frau (teils im Gefolge, teils im Vorgriff auf entsprechenden gesellschaftlichen Wandel), (2) der Wechsel vom Schuld- zum Zerrüttungsprinzip bei der Ehescheidung, (3) die verstärkte Beachtung und Sicherung der individuellen Kindesinteressen auch im ehelichen Familienverband, und damit verbunden (4) der Trend von starren Zuteilungsschemata und -kriterien zum Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit (vgl. SCHLÜTER, Elterliches Sorgerecht [1985]).

7 Nach **gemeinem Recht** übte die Ehescheidung grundsätzlich weder auf die väterliche Gewalt noch auf das Erziehungsrecht Einfluß aus; doch konnte das Erziehungsrecht, wenn der Ehemann als der schuldige Teil erklärt war oder wenn nach richterlichem Ermessen das Interesse des Kindes es erforderte, der Mutter zugesprochen werden (Nachw. Vorauf. Rz 2).

8 Das **BGB** traf in § 1635 folgende Regelung:

*Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.*

*Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.*

Das BGB sah also in seiner ursprünglichen Fassung für den Fall der Scheidung in Anknüpfung an Scheidungsschuld sowie Alter und Geschlecht des Kindes den *automatischen* Übergang der tatsächlichen Personensorge auf einen Elternteil vor und ließ nur im Einzelfall eine abweichende Anordnung des VormG zu, wenn die Regel des § 1635 Abs 1 S 1 das Interesse des Kindes gefährdete. Die Vermögenssorge und die Vertretung des Kindes verblieben stets dem Vater. Die Zuweisung der Personensorge an einen Dritten war im Rahmen des § 1635 Abs 1 S 2 nicht zulässig, sie konnte nur unter den Voraussetzungen des § 1666 erfolgen.

9 Das **Ehegesetz 1938** brachte in § 81 eine völlig neue Regelung:

*Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.*

*Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.*

*Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.*

*Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung jederzeit ändern, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.*

*Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten zu hören.*

*Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist.*

In grundsätzlicher Abkehr von dem allgemein als unbefriedigend erkannten Schematismus des § 1635 machte diese Vorschrift dem VormG zur Pflicht, in jedem Fall

von Amts wegen eine Entscheidung über die Personensorge einschl der Vertretung des Kindes auf diesem Gebiet zu treffen. Für diese Entscheidung sollte das Wohl des Kindes maßgeblich sein, doch kam der *Scheidungsschuld* weiterhin Bedeutung zu. Geschwister sollten möglichst nicht getrennt werden (Abs 2). Die Personensorge konnte nunmehr auch einem Dritten in Form der „Sorgerechtpflegschaft“ ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 übertragen werden (Abs 4). Abs 5 brachte für die Abänderung der Entscheidung eine die allgemeine Vorschrift des § 1635 einengende Sonderbestimmung. Abs 5 erweiterte die in § 1673 aF bestimmten Anhörungspflichten (LitNachw in VoraufI Rz 4).

An die Stelle des § 81 EheG 1938 trat § 74 EheG 1946:

10

*Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, falls eine Einigung der Ehegatten nicht zustande gekommen ist, welchem von ihnen die Sorge für die Person des oder der gemeinschaftlichen Kinder zustehen soll. Die Einigung der Ehegatten ist in einem schriftlichen Vorschlag binnen einer Frist von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorzulegen.*

*Ist der Vorschlag innerhalb der in Absatz 1 bestimmten Frist nicht vorgelegt worden oder findet er nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, so hat dasselbe diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht. Es kann dabei auch mit den Kindern persönlich Fühlung nehmen.*

*Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten persönlich zu hören. Von der Anhörung soll nur abgesehen werden, wenn sie unmöglich ist.*

*Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des oder der Kinder dient.*

*Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen für das Wohl des oder der Kinder erforderlich ist.*

*Das Vormundschaftsgericht kann die Regelung jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Wohls des oder der Kinder für angezeigt hält.*

Neu war die dem gemeinsamen Vorschlag der Eltern zugebilligte Bedeutung (Abs 1, 2). Die Regelung für Geschwister entfiel. Die an die Anhörung der Eltern gestellten Anforderungen wurden erhöht, Abs 2 S 2 sah eine persönliche Fühlungnahme mit den Kindern vor. Die Voraussetzungen für eine Änderung der Entscheidung wurden erleichtert (Abs 6). Hinsichtlich der Bedeutung der *Scheidungsschuld* und der Voraussetzungen für eine *Pflegschaftsanordnung* verblieb es bei den bisherigen Regelungen.

Das **GleichberG 1957** führte die Regelung zurück ins BGB. Die Änderungsvorschrift des § 74 Abs 5 EheG 1946 wurde in § 1696 verlagert, Anhörungspflichten in § 1695 aF. Die zentrale Regelung, von nun an § 1671, lautete:

*Ist die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.*

*Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.*

*Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil allein für schuldig*

*erklärt und sprechen keine schwerwiegenden Gründe dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen Teil übertragen.*

*Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für diese Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.*

*Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.*

*Die vorstehenden Vorschriften gelten auch, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist. Der Schuldigerklärung steht es gleich, wenn einem der Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war.*

Regelungsgegenstand war demnach nun die *gesamte elterliche Gewalt*. Die Maßgeblichkeit der Scheidungsschuld wurde eingeschränkt, dem Elternvorschlag in Gewicht und Vorlagefrist mehr Spielraum gewährt. Das Prinzip der Alleinzuständigkeit taucht erstmals ausdrücklich (als Sollvorschrift) auf, ebenso die entsprechende Anwendbarkeit bei Nichtigerklärung der Ehe. Die Sorgerechtsübertragung auf Vormund oder Pfleger wurde den Voraussetzungen des § 1666 angepaßt (zu dieser Gesetzesfassung vgl die Kommentierung von SCHWOERER in der Vorauffl).

- 12 Mit dem durch das **1. EheRG** ab 1. 7. 1977 eingeführten Zerrüttungsprinzip entfiel die **Scheidungsschuld** als Zuteilungskriterium nun endgültig. Im übrigen wurde die Entscheidungszuständigkeit des **Familiengerichts** begründet und das Verbundprinzip eingeführt.
- 13 Die letzte gesetzgeberische Änderung durch das am 1. 1. 1980 in Kraft getretene **SorgeRG** hat – mit einer wesentlichen Ausnahme – zu der derzeit geltenden Gesetzesfassung geführt. Das **Kindeswohl** wurde als Leitprinzip der Sorgerechtsentscheidung durch Umstellung der Absätze 2 und 3 stärker herausgestellt. Außerdem erfuhr es eine inhaltliche Konkretisierung durch den gesetzlichen Hinweis auf die Bindungen des Kindes (dazu Rz 99 ff). Der **Wille** des Kindes fand materiellrechtlich nur eine begrenzte Regelung (Abs 3 S 2), ergänzt jedoch durch eine grundsätzliche richterliche Anhörungspflicht (§ 50 b FGG). Der **Grundsatz der Alleinzuständigkeit** wurde von einer Sollvorschrift zu zwingendem Recht; hiermit wollte der Gesetzgeber eine zuvor aufgekommene Diskussion über die Zulässigkeit eines gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung beenden (BT-Drucks 8/2788 S 63). Schließlich wurde die Möglichkeit einer Unterhaltspflegschaft (Abs 5 S 2) eingeführt (dazu Rz 46), sowie Abs 6 modifiziert.
- 14 Den vorläufigen Schlußpunkt der Gesetzesentwicklung hat das **BVerfG** mit seiner **Entscheidung vom 3. 11. 1982** (BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179) gesetzt: Der Zwang zur Übertragung der elterlichen Sorge auf einen der Elternteile, also das Prinzip der Alleinzuständigkeit wurde in seiner Ausnahmslosigkeit für verfassungswidrig und **Abs 4 S 1** demgemäß für **nichtig** erklärt. Art 6 Abs 2 S 1 GG gebiete es, jedenfalls in jenen Ausnahmefällen, in denen die Eltern trotz der Ehescheidung hinsichtlich der Kinder kooperationswillig und -fähig seien und Kindeswohlgesichtspunkte nicht entgegenstünden, die Möglichkeit eines **gemeinsamen Sorgerechts** auch nach der Scheidung offenzuhalten (zur grundsätzlichen rechtspolitischen Bedeutung dieser Entscheidung unten Rz 23–26; zum gemeinsamen Sorgerecht ie Rz 158 ff).

### 3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund des § 1671 und Folgerungen für das Normverständnis

#### a) Verfassungsrechtliche Vorgaben nach der Rechtsprechung des BVerfG

15

Regelungen über das elterliche Sorgerecht sind an Art 6 Abs 1 und 2 GG zu messen. In der Interpretation durch das BVerfG stellt sich das Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG dar als „ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit“ (BVerfGE 59, 360, 376 f; BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182), die Grund und Grenzen findet in der Aufgabe, das Kind zu pflegen und zu erziehen zu einer selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit (BVerfGE 24, 119, 143 f). Elternrecht und -pflicht sind „unlöslich miteinander verbunden“ (BVerfGE 24, 119, 143). Die derart im Vordergrund stehende „Elternverantwortung“ ist im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Wahrnehmung staatlichen Kompetenzen für das Kindeswohl gegenüber vorrangig (Art 6 Abs 2 S 1 GG: „zuvörderst“) – elterliche Kindeswohlwahrung schließt die des Staates grundsätzlich aus. Dieser Vorrang beruht auf dem Gedanken, „daß in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“ (BVerfG FamRZ 1981, 1179, 1182; Einzelh s Erl zu § 1626).

Trennung und Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind. Vielmehr folgt aus diesen Ereignissen „die Pflicht der . . . Eltern, die regelmäßig mit der Scheidung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine weiteren persönlichen Beziehungen zu den nunmehr getrennten Eltern zu finden“ (BVerfGE 31, 194, 205 = NJW 1971, 1447 f = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1982, 1179, 1182; vgl BVerfG NJW 1981, 217, 218). Eine einverständliche Regelung der Sorgerechtsfrage durch die Eltern rechtfertigt die Vermutung, daß sie ihre **fortwirkende Verantwortung** in diesem Sinne wahrgenommen haben (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182). Inhaltlich gehört es zur Elternverantwortung bei Scheidung, die Kinder von ihren eigenen Konflikten auf Gattenebene möglichst freizuhalten, eine fortbestehende gefühlsmäßige Bindung der Kinder an beide Elternteile zu achten (vgl auch § 1634 Abs 1 S 2) und „für die Entwicklung des Kindes förderliche familiäre Bindungen in einem Restbestand“ zu erhalten (BVerfG aaO).

Die einschneidenden Folgen der Scheidung für die Kinder rechtfertigen in jedem Scheidungsfall eine **Intervention des Staates** als Wächter der Kindesrechte und -interessen (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448; NJW 1981, 217, 218 [für den Fall mangelnder Elterneinigung]; NJW 1983, 101, 102 = FamRZ 1982, 1179, 1182 [für den Fall elterlicher Einigkeit]). Bei **elterlicher Einigkeit** beschränkt sich das Wächteramt, der vorerwähnten Vermutung entsprechend, auf eine Kontrollfunktion; mangels erkennbarer Verletzungen des Kindesinteresses durch die elterliche Sorgerechtslösung sind weitergehende staatliche Eingriffe oder Reglementierungen unzulässig (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182 ff). Bei **elterlichem Streit** ist der Staat sowohl als Wahrer des Rechtsfriedens wie der Kindesinteressen gefordert (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448; NJW 1981, 217, 218; NJW 1981, 1771, 1773; NJW 1983, 101, 102 = FamRZ 1982, 1179, 1182). Allerdings ist auch bei durch Art 6 Abs 2 S 2 GG legitimierten staatlichen Eingriffen der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* zu beachten (BVerfGE 24, 119, 145): „Der Staat muß daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen“. Nur wenn dies nicht gelingt, kommt unmittelbare Gestaltung der Lebensbedingungen des Kindes in Betracht (BVerfG aaO).

**18 b) Folgerungen für Struktur und Inhalt des § 1671**

§ 1671 normiert die Aufgaben und Kompetenzen des Staates, repräsentiert durch das FamG, hinsichtlich der von der Scheidung ihrer Eltern betroffenen Kinder. Deren *Wohl* ist gem Art 6 Abs 2 S 2 GG Basis und Richtpunkt staatlicher Tätigkeit (der in der Rechtsprechung des BVerfG auch anklingende Gesichtspunkte des „Rechtsfriedens“ und der „Schlichtung“ ist nachrangig, uU sogar fehlleitend, vgl COESTER, Kindeswohl S 138 ff). Die **Bedeutung des Kindeswohls als die gesamte staatliche Intervention beherrschenden Grundsatzes** kommt im Gesetz, trotz der nunmehrigen Voranstellung des Abs 2 vor dem die elterliche Einigung betreffenden Abs 3 nur unvollkommen zum Ausdruck. Richtigerweise sind, ebenso wie bei § 1666 (dort Rz 55), folgende Wirkungsfelder oder auch **Funktionen des Kindeswohls** bei der Sorgerechtsproblematik zu unterscheiden (vgl COESTER, Kindeswohl S 1 ff, 134 ff; ders Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff; dem zT folgend HINZ, ZfJ 1984, 529; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 3, 4; RGRK-ADELMANN Rz 42; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 71; RABAA S 44 f):

(1) Aus den Kindesinteressen rechtfertigt sich zunächst die Befugnis des Staates, überhaupt kontrollierend und ggf regelnd der Scheidungsfamilie gegenüberzutreten und damit in den familienautonomen Regelungsprozeß einzugreifen – insoweit fungiert das Kindeswohl als **Eingriffslegitimation**.

(2) Zugleich zeichnet das Kindeswohl der staatlichen Intervention auch Inhalt und Richtpunkt vor – insoweit fungiert es als **Entscheidungsmaßstab**.

(3) Dem materiellrechtlichen Ziel der Kindeswohlwahrung darf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der staatlichen Intervention nicht zuwiderlaufen – das Kindeswohl ist insoweit auch übergeordnete **Verfahrensrichtlinie**.

(4) Als einfaches Recht stellt § 1671 nur den Versuch des Gesetzgebers dar, die staatliche Wächterpflicht aus Art 6 Abs 2 S 2 GG angemessen umzusetzen. Das in dieser Verfassungsnorm verankerte Kindeswohlprinzip enthält deshalb auch den **verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gestaltungsauftrag** an den Gesetzgeber, die staatliche Intervention inhaltlich so zu gestalten, wie es das Wohl der Scheidungskinder erfordert. Dies impliziert die Pflicht des Gesetzgebers zur Überprüfung und ggf Änderung des generellen Regelungsansatzes, wenn sich dieser als verbesserungsbedürftig erweisen sollte.

An dieser Stelle bedarf es nur einer Auseinandersetzung mit der erstgenannten Funktion des Kindeswohlprinzips (zum Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab unten Rz 66 ff; als Verfahrensrichtlinie Rz 202; als rechtspolitischer Gestaltungsauftrag Rz 23–26).

**19** Die **Eingriffslegitimation** des Staates wird in § 1671 Abs 1 schlicht und generell unterstellt. Für den **Elternstreit** um das Kind ist diese Position des Gesetzes und des BVerfG (Rz 17) ernsthaft nicht bestritten. Nicht die Schlichtung eines privaten Konflikts ist hier dem Staat in erster Linie auferlegt, sondern vor allem der Schutz des potentiell gefährdeten Kindes. Dabei muß keine aktuelle „Gefährdung“ iSd § 1666 vorliegen – allein der Sachverhalt „Scheidung und Streit um das Kind“ stellt eine situationsbedingte, typische Gefährdungslage dar, die den Staat zum Eingreifen und Sicherstellen geordneter Rechtsverhältnisse legitimiert. Es handelt sich um eine situationsspezifische, von den Eingriffskriterien des § 1666 abgekoppelte Schutzfunktion des Staates (vgl BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182).

Bei **elterlicher Einigkeit** muß jedoch gefragt werden, warum den sich scheidenden Eltern nicht in gleicher Weise wie während intakter Ehe zugestanden wird, das Kindesinteresse verantwortlich zu konkretisieren und zu wahren, ohne staatliche

Kontrolle oberhalb des allgemeinen Kindesschutzrechts (§ 1666). Insoweit könnte angeführt werden: Angesichts erheblicher persönlicher und wirtschaftlicher Eigeninteressen beider Elternteile bei der Scheidung ist nicht ausgeschlossen, daß das Kind nur Handelsobjekt im Auseinandersetzungsprozeß der Eheleute war, oder daß der wirtschaftlich, psychisch oder intellektuell überlegene Teil dem anderen seine Vorstellungen aufgezwungen hat. Selbst wenn das nicht der Fall ist, ist in der Scheidungssituation die Fähigkeit der Eltern zu kindzentriertem Denken und Handeln oft erheblich eingeschränkt: Weitgehend fehlen schon die Kenntnisse von der Lage und den Bedürfnissen der Kinder in dieser Situation; hinzu tritt die Verstricktheit der Erwachsenen in ihre eigenen Probleme (zum ganzen COESTER, Kindeswohl S 287 ff mwN). Die Vermutung optimaler Kindeswohlwahrung durch die Eltern (Rz 15) ist also für die Familienkrise „Scheidung“ erheblich abgeschwächt, so daß die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten grundsätzlicher Kontrollbedürftigkeit (Abs 3) vertretbar erscheint (nicht weiterführend mE der Ansatz, die staatliche Eingriffsbefugnis bei übereinstimmendem Elternvorschlag aus dem „Weichen“ des nicht vorgeschlagenen Elternteils herzuleiten [so SCHWAB, Handbuch Rz III 8] – die elterliche Sorge ist unverzichtbar [so in anderem Zusammenhang auch SCHWAB selbst Rz 71]).

Damit ist die generelle Unterstellung staatlicher Eingriffslegitimation in § 1671 20 Abs 1 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus ihr folgt die grundsätzliche Kompetenz des Staates, sich ungeachtet allgemeiner Kindesschutzkriterien in jedem Scheidungsfall in den familiären Regelungsprozeß einzuschalten. Weithin unbeachtet und deshalb hervorzuheben ist jedoch ein zweiseitiger Effekt des Kindeswohlprinzips hinsichtlich der Eingriffslegitimation: Das Kindeswohl *eröffnet* nicht nur staatliche Handlungsmöglichkeiten, sondern *begrenzt* sie auch. Das staatliche Eindringen in den Privatbereich muß nicht nur hinsichtlich des „Ob“, sondern auch des „Wie“ und „Wie weit“ jederzeit aus dem Kindesinteresse legitimierbar sein. Das Kindeswohl ist kein Vehikel, mittels dessen der sonst öffentlicher Kontrolle verschlossene Familien- und Persönlichkeitsbereich nun unbeschränkter staatlicher Bewertung unterworfen wäre (vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 120, 123, 124). Das gilt für die Beurteilung von Persönlichkeit und Verhalten der Eltern (unten Rz 71–86) ebenso wie für Erziehungsfragen (Rz 87 ff). Das Bewußtmachen dieses Aspekts sollte helfen, gelegentliche Grenzüberschreitungen in der Praxis einzudämmen (vgl mwN COESTER, Kindeswohl S 218 f, 224 f, 227, 240 ff, 254 [„Sperrfunktion“ des Kindeswohls]; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 38).

Die hier vertretene und herrschende Einstellung zum Eingriffsrecht des Staates bei 21 der Scheidung ist allerdings zunehmender rechtspolitischer **Kritik** ausgesetzt: Der *Zwang* zur familiengerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge im Scheidungsurteil wirke oft erst als *Streitauslöser*, die Furcht vor gerichtlicher Entrechtung führe zur Kampfhaltung. De lege ferenda besser sei es, die Dinge sich „erst einmal entwickeln zu lassen“ und eine Sorgerechtsregelung nur für den Fall vorzusehen, daß bei Scheidung oder in der Folgezeit ein Elternteil (oder das Kind?) eine solche Regelung beantragt, entspr § 1672 für die Trennungsphase (BAER Zur Sache 1/78 S 87, 107; dies ZRP 1989, 344, 347 f; BERES DAVorm 1983, 16 f; DITZEN FamRZ 1987, 239 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 881; LEMPP Zur Sache 1/78 S 117; LIDLE-HAAS S 35 f; MÜLLER-ALTEN ZfJ 1989, 443 ff; MünchKomm-HINZ Rz 76; *etwas abweichend* DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 58, der eine staatliche Regelungsbefugnis nur unter den Voraussetzungen des § 1666 zulassen will; *ablehnend* LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 73, 74).

Immerhin wird ein solcher Ansatz **vereinzelt im Ausland praktiziert**, ohne daß von 22 Problemen berichtet wird (zB Schweden, UdSSR – allerdings fehlen fundierte

Erfahrungsberichte). Ihm folgte auch das novellierte FGB der DDR (§ 25 Abs 1, 5 FGB idF vom 20. 7. 1990, in Kraft vom 1. 10. bis 2. 10. 1990). Andererseits stehen ihm aber auch Bedenken entgegen: Er zielt nicht auf Eltern, die die Sorgerechtsfrage ohnehin einvernehmlich regeln oder aber streitig austragen, sondern vornehmlich auf konfliktscheuende, aber auch einigungsunfähige Eltern. Die Dinge sich faktisch entwickeln zu lassen, besteht schon während der gesetzlichen Trennungszeit Gelegenheit. Spätestens nach gewisser Konsolidierung der neuen Verhältnisse entspricht es elterlicher Pflicht, sich über die Situation ihrer Kinder klarzuwerden und deren Lebensverhältnisse kindgerecht zu ordnen und abzusichern. Wird die Kompetenzfrage erst bei aktuellen Regelungsproblemen (zB Berufswahl, Operation) aufgeworfen, drohen eine Blockierung kindgerechter Entscheidungen oder deren Verlagerung auf staatliche Instanzen (§ 1628). Statt konfliktauslösend kann der Entscheidungszwang bezüglich des Sorgerechts auch *einigungsfördernd* wirken (deutlich insoweit § 630 ZPO). Ein Offenlassen der Sorgerechtsfrage würde schließlich kaum vereinbar sein mit der verfassungsrechtlichen Abwägung von Elternrecht und Kindeswohl, die das BVerfG in seinem Urteil zur gemeinsamen Sorge geschiedener Eltern getroffen hat: Die gemeinsame Sorge würde dann künftig nicht mehr auf kontrollierter, kindeswohlverträglicher Einigung beruhen, sondern wäre unkontrollierte Folge einer auf Einigungsunfähigkeit beruhenden Nicht-Entscheidung der Eltern, bestenfalls elterlicher Entschlußlosigkeit. Nicht dieser nachzugeben scheint der richtige Weg, sondern die *Aufrechterhaltung des Regelungszwangs*, verbunden mit nachhaltiger staatlicher Förderung und Unterstützung des elterlichen Einigungsbemühens (dazu sogleich Rz 23–26).

### 23 c) Gesamtwürdigung des § 1671 im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben und humanwissenschaftlicher Erkenntnisse

Mit § 1671 wird der klassische Regelungsansatz des BGB im Familienrecht fortgesetzt: Der Staat schaltet sich, sofern nicht Minimalstandards verletzt sind, in gesellschaftliche Prozesse nur ein als Konfliktschlichter oder als „Obervormund“ zum Schutze nicht voll geschäftsfähiger Personen. Instrument staatlicher Intervention ist die justizielle Entscheidung, vergleichbar dem chirurgischen Einschnitt in soziale Organismen, deren Selbsteilungskräfte versagt haben (jedenfalls für § 1671 unzutreffend die Qualifikation des Kindeswohlprinzips als „social engineering“, vgl WIEACKER, FS Weber [1974] 421, 440).

Dieser distanzierte Ansatz harmoniert schlecht mit dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Verhältnis von Familie und Staat. Geht man mit dem BVerfG (oben a) davon aus, daß (1) die Familie auch nach Scheidung als psychosozialer Verband (mit dem Kind als Bindeglied der geschiedenen Eltern) fortbesteht, (2) die gemeinsame vorrangige Verantwortung der ehelichen Eltern sich auch gerade darauf erstreckt, das Kindeswohl in der Scheidungssituation und für die Folgezeit zu wahren, (3) ein gemeinsamer Elternvorschlag vermutlich die für das Kind beste Lösung bedeutet, (4) die Erhaltung und Förderung der gefühlsmäßigen Kindesbindungen an *beide* Elternteile dem Kindeswohl dient, und stellt man dem schließlich (5) das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die daraus folgende Verpflichtung des Staates gegenüber, vor Eingriffen zunächst helfend und unterstützend auf Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens hinzuwirken, so wird deutlich, daß der Gesetzgeber mit § 1671 allein seinen Aufgaben gegenüber der Scheidungsfamilie nicht voll genügen kann (vgl RGRK-ADELMANN Rz 6: „begründete Zweifel“ am Grundansatz des § 1671; siehe auch SCHWAB, Handbuch Rz III 123–126). Die Aussagen des BVerfG zum *Verhältnismäßigkeitsprinzip* und zur vorrangigen Unterstützungspflicht staatlicher Organe (BVerfGE 24, 119, 145) wurden nicht im Scheidungszusammenhang getroffen, sondern im Kindesschutzrecht, wo sie inzwischen auch vom

Gesetzgeber verankert wurden (vgl § 1666 Rz 134 ff; § 1666 a Rz 1). Sie beanspruchen aber Geltung für die Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes schlechthin, das – nach herrschender und vom BVerfG geteilter Auffassung – auch Grundlage staatlicher Intervention bei Ehescheidung der Eltern ist. Es fehlte nur bislang an einer konsequenten Umsetzung dieser Erkenntnisse für die Scheidungssituation. Eine solche Umsetzung bedeutet zweierlei:

(1) Der Staat darf **gemeinsamen Elternvorschlag oder Elternstreit nicht als vorgegebene Fakten** nehmen und **nur zwei verschiedene Entscheidungsraster** bereithalten. Um das Sorgerecht streitende Eltern werden ihrer *gemeinsamen* Verantwortung gegenüber dem Kind nicht gerecht. Die in jüngerer Zeit gewonnenen Erfahrungen aus familientherapeutischer Arbeit mit in der Scheidungskrise befangenen Familien zeigen deutlich, daß der Elternstreit im wesentlichen auf zwei Faktoren beruht: der persönlichen Verstricktheit jedes Elternteils in den Paar-Konflikt und der mangelnden Informiertheit über die eigenständigen Bedürfnisse und Wünsche des Kindes. Feindschaft und Streit herrschen oft nur an der Oberfläche, dahinter stecken Verletztheit, Angst und Hilflosigkeit (vgl THALMANN FamRZ 1984, 634, 638; RABAA S 136 [äußerer Konflikt eigentlich „Hilferuf der Familie“]; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 31 ff, 106 ff; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff).

**Vermittlung** durch kompetente Dritte und Unterstützung bei der Erarbeitung tragfähiger Arrangements in der Sorgerechtsfrage wird von einem erheblichen Teil der zerstrittenen Eltern nicht als „staatliche Zwangstherapie“ empfunden, sondern dringend gewünscht und – wo immer öffentlich angeboten – aktiv nachgesucht (RABAA S 126 ff, 155 ff [sowie 115 ff zum „Stuttgarter Modell“ und „Familiennotruf München“]; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 186 ff [„Münchener Modell“]; zum „Bielefelder Modell“ PRESTIEN in: Landeskinderbericht der Reg NRW 1982, 82 ff; ders RdJ 1988, 431, 437 ff; zu weiteren Modellen im In- und Ausland PROKSCH FamRZ 1989, 916, 918 ff; Berichte des Arbeitskreises 5 des 8. DFGT, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 68 ff).

Das Einigungspotential bei solchen Familien ist erheblich; mit professioneller Unterstützung erreichte Sorgerechtsvereinbarungen haben sich als bestandskräftig erwiesen (PROKSCH FamRZ 1986, 916, 921; FTHENAKIS aaO; PRESTIEN aaO).

**Zur Abgrenzung:** Das justizielle Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 wird für einen Bodensatz heillos zerrütteter Familienverhältnisse Bedeutung behalten und unverzichtbar sein. Das Grundgesetz legitimiert auch nicht staatlich verordnete Therapie für Scheidungsfamilien, die aus eigener Kraft zur konstruktiven Neuregelung ihrer Beziehungen nicht in der Lage sind (warnend DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 317 Fn 61; HINZ ZfJ 1984, 529, 532; KLENNER FamRZ 1989, 804, 807 f; RABAA S 121). Das Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 ist damit sogar Garant privater Freiheit vor staatlicher Ingerenz. Aus Art 6 Abs 1 und 2 GG (Kindeswohlprinzip, Familienautonomie, Familienförderung) wie auch aus dem Sozialstaatsprinzip folgt aber die **Pflicht des Staates, Familien, die in soziale Not geraten sind und Hilfe wünschen, diese auch anzubieten**. Diese Konsequenz hat nun auch der Gesetzgeber gezogen. Zur Begründung des § 17 KJHG wird angeführt, es gehöre „zur Wirklichkeit jeder Familie, daß sie . . . in Krisen und Konflikte geraten kann, deren Bewältigung ihre eigenen Kräfte übersteigt“. Ein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtetes, präventiv verstandenes Wächteramt erfülle seine Aufgabe auch im Scheidungsfall deshalb vorrangig durch Hilfe und Unterstützung für die Eltern bei der Herstellung oder Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens (RegE, BR-Drucks 503/89 S 65 [dort noch § 15 KJHG]; vgl auch BT-Drucks 11/5948 S 58). Der *sozialrechtliche Hilfsansatz des § 17 KJHG* ist deshalb sachlich notwendige und verfassungsrechtlich gebotene *Ergänzung* zum privatrechtlichen

Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 BGB, er ist ihm rechtlich wie tatsächlich *vorgelagert* (tendenziell in diesem Sinne FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 189; ders FamRZ 1985, 662, 670 f; FINGER Jura 1984, 133, 139; PROKSCH FamRZ 1989, 916 ff; RABAA S 53 ff; COESTER, Kindeswohl S 319 ff; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 48; wohl auch KLENNER FamRZ 1989, 804, 807 f; KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f). Dies auch unter dem Gesichtspunkt, daß bei familieninterner Konfliktlösung die staatliche Persönlichkeits- und Beziehungsanalyse, wie sie unvermeidliche Voraussetzung justizieller Entscheidung ist, zurückgedrängt, uU sogar verzichtbar wird. Persönlichkeitsrechtliche Bedenken gegen das Entscheidungsmodell des § 1671 sowie „kindschädigende Potenzen“ des Entscheidungsverfahrens selbst (dazu SCHWAB, Handbuch Rz III 121–126) verlieren damit an Gewicht.

- 26 (2) **Ziel staatlicher Förderung** hat nicht nur die elterliche Einigung als solche zu sein, sondern darüber hinaus ein Einigungsinhalt, der das als fundamental erkannte Bedürfnis von Scheidungskindern bestmöglich befriedigt: Den **Erhalt positiver Beziehungen zu beiden Eltern** (zu letzterem vor allem die empirischen Forschungen von WALLERSTEIN-KELLY, *Surviving the Breakup* [1980] 307 ff, dazu COESTER, Kindeswohl 181 f mwN; WALLERSTEIN-BLAKESLEE, *Gewinner und Verlierer ...* [1989]; aus der *Rechtsprechung*: BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; FamRZ 1985, 527; OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752; vgl auch BT-Drucks 8/2788 S 54, 61. *Sonstige Literatur*: FTHENAKIS, Gutachten S 48 ff; ders ArchfsozArb 1986, 174 ff, 186 mwN; ders, Väter Bd 2 S 55 ff; FTHENAKIS-NIESEL-KUNZE, Ehescheidung S 121 ff; LEMPP, Ehescheidung [1982] S 35 ff; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 52; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 917 mwN; RGRK-ADELMANN Rz 6). Gesetzlichen Niederschlag hat diese Leitidee gefunden in § 1634 Abs 1 S 2 BGB (vgl auch unten Rz 94), sie kann auch zwanglos der „Bindungsklausel“ in § 1671 Abs 2 integriert werden: Die Erhaltung der Bindung an **beide** Elternteile geht der Erhaltung nur der stärkeren Bindung vor (vgl JOPT FamRZ 1987, 875, 884; zu den kindlichen Bindungen unten Rz 99 ff). Dieses inhaltliche Ziel staatlicher Unterstützung und Förderung ist von der Gestaltung der rechtlichen Sorgezuständigkeit prinzipiell unabhängig, es kann auch im Rahmen der Alleinsorge eines Elternteils erreicht werden (JOPT aaO; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 187). Es findet jedoch seinen optimalen und auch äußerlichen Ausdruck in einem verantwortungsvoll erarbeiteten *Kooperationsplan* als Grundlage fortgeführter *gemeinsamer Sorge* für die Kinder. Zutreffend nimmt deshalb § 17 Abs 1 Nr 3, Abs 2 KJHG auch dieses inhaltliche Ziel in die staatlichen Förderungsbemühungen auf (deutlich die Begründung zum RegE, BT-Drucks 11/5948 S 58, vgl auch S 87 f: Kindeswohlbegriff nicht statisch, sondern dynamisch zu verstehen). Das „gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung“ ist keine Problemlösung für die große Masse der Scheidungsfälle, das Potential geeigneter Familien ist gegenwärtig aber sicherlich noch nicht ausgeschöpft. Letzteres anzustreben gebietet nicht nur das Kindeswohl, sondern auch das Elternrecht – erspart das gemeinsame Sorgerecht doch die „Entrechtung“ (und damit auch Entpflichtung!) eines Elternteils. Die Legitimation zum Eingriff in das Elternrecht fehlt nicht nur bei aktueller, kindeswohlgemäßer Einigkeit der Eltern zugunsten gemeinsamen Sorgerechts (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182), sondern schon bei potentieller Kooperationsfähigkeit und -willigkeit, solange nicht angemessene Hilfe und Unterstützung zur Aktualisierung dieses Einigungspotentials angeboten und ggf gewährt worden ist (zum gemeinsamen Sorgerecht ie unten Rz 158 ff).

## II. Anwendungsbereich

### 1. Persönlich

27

Regelungsgegenstand ist die elterliche Sorge für **gemeinschaftliche eheliche Kinder** (§§ 1591, 1593; gemeinsame Sorgeberechtigung im Scheidungszeitpunkt ist nicht erforderlich, Rz 31 ff). Hierzu gehören auch nichtehelich geborene Kinder, wenn sie durch die Heirat ihrer Eltern legitimiert worden sind (§ 1719) sowie gemeinschaftliche Adoptivkinder (Voraussetzung: Gemeinschaftliche Adoption, § 1741 Abs 2 S 1, oder Stiefkindadoption, § 1741 Abs 2 S 2 iVm § 1754 Abs 1). Das nur einbenannte Kind ist rechtlich kein gemeinschaftliches, sondern bleibt nichteheliches Kind seiner Mutter (§ 1618 Rz 61).

Das elterliche Sorgerecht besteht nur für **minderjährige** Kinder (§ 1626 Abs 1 S 1). Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit der voraussichtliche Scheidungstermin. Ist das Kind bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags noch minderjährig, wird es aber bei Scheidung volljährig sein, so wird im Scheidungsurteil nicht über die elterliche Sorge zu entscheiden sein, folglich können einschlägige Ermittlungen von vornherein unterbleiben (JOHANNSEN-HEINRICH-JAEGER Rz 10). Sind die Eltern für ein *volljähriges behindertes Kind* zu Mitvormündern oder Mitpflegern (LG Berlin FamRZ 1986, 103 f) oder – ab 1. 1. 1992 – zu Mitbetreuern (§ 1899 idF des BetrG) bestellt, so ist bei Scheidung ihrer Ehe über den Fortbestand ihres Amtes nicht gem § 1671, sondern nach Vormund- und Pflegschaftsrecht bzw nach Betreuungsrecht zu entscheiden (ggf teilweise Aufhebung oder Entlassung). Dabei kommt eine Anlehnung an die sachlichen Kriterien des § 1671 in Betracht.

### 2. Sachlich

#### a) Entscheidungssituationen

28

Regelungsgegenstand ist die **Sorgerechtszuständigkeit** für die gemeinsamen minderjährigen Kinder für die Zeit **nach der Scheidung** (zum Grundsatz der Unteilbarkeit der elterlichen Sorge Rz 38, 48 ff). Bei **Tod** eines Elternteils während bestehender Ehe ist über das Sorgerecht nicht richterlich zu entscheiden, die Sorge steht allein dem überlebenden Elternteil zu (§ 1681 Abs 1 S 1). Wohl aber ist § 1671 **entsprechend** anwendbar auf andere Formen der Eheauflösung (Nichtigerklärung und Aufhebung der Ehe, Neuheirat nach unrichtiger Todeserklärung, s Rz 5) wie auch bei nur faktischer Trennung verheirateter Eltern gem § 1672. Darüber hinaus sollte § 1671 entsprechend angewendet werden bei faktischer Trennung von Eltern, deren Verbindung sich als **Nichtehe** herausgestellt hat, sofern nicht Heilung dieses Mangels anzunehmen ist (dazu MASSFELLER-COESTER Vorbem 1–4 zu § 16 ff EheG). Nicht auf das Eheband kommt es entscheidend an, sondern auf die gelebte, vermeintlich eheliche Familiengemeinschaft.

Eine Anwendung des § 1671 bei Auflösung **nichtehelicher Lebensgemeinschaften** 29 scheidet nach herrschender Auffassung aus, die Kinder stehen unter elterlicher Sorge allein der Mutter (§ 1705). Bei de lege ferenda einzuräumender Möglichkeit gemeinsamen Sorgerechts auch für nichtverheiratete, zusammenlebende Eltern (dagegen noch BVerfGE 56, 363 ff; KG FamRZ 1982, 95 ff) wird zu klären sein, ob der Grundsatz staatlicher Intervention im Kindesinteresse (§ 1671 Abs 1) hier – mangels gerichtlicher Scheidung – an die faktische Trennung anknüpfen sollte, oder ob es insoweit beim Antragssystem des § 1672 bleibt – mit der Folge, daß das gemeinsame Sorgerecht der Eltern bei Trennung ohne weiteres fortbestünde bis zur Stellung eines Antrags auf Alleinsorge (vgl SCHWENZER, Status S 269 f, auch zum gemeinsamen Sorgerecht nichtverheirateter Eltern ohne Lebensgemeinschaft).

Rechtspolitisch vertretbar sind beide Lösungen, rechtssystematisch kommt aber jedenfalls nur eine *Gleichbehandlung* ehelicher und nichtehelicher Kinder mit gemeinsamem Sorgerecht in Betracht (zur Problematik auch LIEB, Gutachten z 57. DJT [1988] A 102, 113).

- 30 Schließlich wird eine entsprechende Anwendung des § 1671 bei **nichtverheirateten Eltern schlechthin** vorgeschlagen: De lege ferenda soll § 1705 nur Regelzuweisung sein, die durch vormundschaftsgerichtliche Entscheidung nach den Kriterien und mit den Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 geändert werden kann (SCHMIDT-ASSMANN, Referat 57. DJT [1988] J 31 ff, 43; COESTER-WALTJEN ebd J 165 f; MANSEES ebd J 157; für gemeinsames Sorgerecht nur auf gemeinsamen Antrag: SCHWENZER, Diskussionsbeitrag zum 57. DJT [1988] J 143 f [ohne richterliche Kindeswohlprüfung]; ebenso SCHMIDT-ASSMANN J 179; BATTES J 162; OEHLISCHLÄGEL J 171 f; dagegen wiederum MANSEES J 157 [mit richterlicher Kindeswohlprüfung]; ab insgesamt DAMM ebd J 148; LAUBACH J 167 f).

### 31 b) Verhältnis zu anderen Vorschriften

Zur **Regelungskonkurrenz von VormG (§§ 1666, 1667) und FamG (§ 1671)** s § 1666 Rz 37–39, 1667 Rz 6. § 1671 nimmt als Sonderregelung die Schutzfunktion der §§ 1666 ff insoweit in sich auf, als völlige Erziehungsunfähigkeit eines Elternteils (dann Übertragung auf den anderen) oder beider Elternteile (dann § 1671 Abs 5 S 1) festgestellt wird. Die Kompetenz des FamG, über die elterliche Sorge vom Scheidungszeitpunkt bis zur Volljährigkeit des Kindes zu entscheiden, wird auch nicht dadurch berührt, daß in das Sorgerecht eines oder beider Elternteile bereits **vor der Scheidung** kraft Richterspruchs oder Gesetzes eingegriffen worden ist: Die Sorgerechtsregelung gem § 1671 setzt aktuelle Sorgeberechtigung beider Elternteile im Scheidungszeitpunkt nicht voraus. Im Gegensatz zu anderweitigen Sorgerechtsbeschränkungen, die auf Kindesgefährdung (§§ 1666, 1667), Elternstreit (§§ 1672 BGB, 620 S 1 Nr 1 ZPO) oder elterlicher Verhinderung (§§ 1673–1675) beruhen und die entfallen oder aufzuheben sind, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr bestehen, ist gem § 1671 eine *auf Dauer angelegte Neuordnung* des Sorgerechtsverhältnisses für die (als endgültig vorgestellte) Nach-Scheidungsphase der Familie vorzunehmen (zur Wiederheirat der geschiedenen Eltern Rz 200). Die Umstände, die zu den bereits bestehenden Sorgerechtsbeschränkungen geführt haben, sind in die familienrichterliche Abwägung einzubringen, machen sie aber nicht überflüssig. Die familiengerichtliche Entscheidung ist auch in diesen Fällen eine eigenständige, originäre Regelung, nicht eine Änderungsentscheidung iSv § 1696 (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 591, 592; MünchKomm-HINZ Rz 10). Im einzelnen:

- 32 **Vormundschaftsgerichtliche Vorentscheidungen insbes gem §§ 1666 oder 1667 Abs 5** können in das Sorgerecht eines oder beider Elternteile eingegriffen haben. Hat dies im ersten Fall zur Alleinberechtigung des anderen Elternteils gem § 1680 Abs 1 S 1 geführt, so hat das FamG dennoch die künftige Erziehungseignung *beider* Elternteile nach der Scheidung zu überprüfen. Möglicherweise gibt der Scheidungsvorgang zu einer abweichenden Beurteilung Anlaß. Gleich, zu wessen Gunsten seine Entscheidung ausfällt, so **verdrängt** letztere jedenfalls die bisherigen vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen. Diese werden automatisch wirkungslos, einer vormundschaftsgerichtlichen Aufhebungsentscheidung bedarf es nicht. Eine entsprechende Klarstellung in der familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung ist sinnvoll (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 591, 592; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11; RGRK-ADELMANN Rz 16; MünchKomm-HINZ Rz 10).
- 33 Ist es bei einseitigem (§ 1680 Abs 1 S 2) oder beidseitigem Entzug durch das VormG zu einer **Vormund- oder Pflegerbestellung** gekommen, wird auch dadurch

die sachliche Überprüfungscompetenz des *FamG* nicht beeinträchtigt. Soll die vollständige oder teilweise Entrechtung beider Eltern Bestand haben, hat es die Vormundschaft oder Pflegschaft durch Entscheidung gem § 1671 Abs 5 zu bestätigen – die familiengerichtliche Entscheidung *ersetzt* auch hier die des Vormunds als konstitutive Grundlage des Sorgerechtsentzugs (übersehen in BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 f). Dem *VormG* obliegt jedoch die Entscheidung, ob es bei dem bestellten Vormund oder Pfleger bleiben soll (vgl Rz 196). Will das *FamG* hingegen das uneingeschränkte Sorgerecht auf einen oder beiden Elternteile übertragen, so ist umstritten, ob seiner Entscheidung eine auch die Vormund- oder Pflegschaft verdrängende Wirkung zukommt (bejahend JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11, 12; abl MünchKomm-HINZ Rz 11 [„aus Gründen der Rechtssicherheit“]; nur für die Pflegschaft abl RGRK-ADELMANN Rz 16 [unter Hinweis auf § 1919]). Diese Frage ist zu bejahen, die Betrauung mindestens eines Elternteils mit der vollständigen elterlichen Sorge führt bei der Vormundschaft ipso iure zu deren Ende (§§ 1882, 1773). Einer Aufhebung durch das *VormG* bedarf es bei Beendigung der Vormundschaft grundsätzlich nicht (MünchKomm-SHWAB § 1882 Rz 3). Das *FamG* kann aber auch ohne weiteres eine deklaratorische Feststellung des Endes der Vormundschaft treffen (und damit die Rechtssicherheit wahren). Im Ergebnis gilt nichts anderes für die Pflegschaft: Hier bedarf es zwar gem § 1919 konstitutiver Aufhebung; hierauf beschränkt sich aber die wesentliche Aussage dieser Vorschrift, ihr Schwerpunkt ist nicht eine Kompetenzabgrenzung zwischen Vormundschafts- und Familiengericht (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 12). Das *FamG* ist deshalb neben der Sorgerechtsregelung auch zur Aufhebung der Pflegschaft gem § 1919 zuständig.

Gleichermaßen ist nach § 1671 zu entscheiden, wenn das Sorgerecht eines oder beider Elternteile im Scheidungszeitpunkt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen **ruht** (§§ 1673–1675). Eine Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil, dessen Sorgerecht ruht, ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie kommt in Betracht, wenn der andere Elternteil ungeeignet und ein Wegfall des Ruhensgrundes in absehbarer Zeit zu erwarten ist (vgl § 1678 Abs 2; ebenso GERNHUBER § 56 I 3; BayObLG FamRZ 1968, 95; FamRZ 1968, 659; FamRZ 1969, 430; KG FamRZ 1968, 262). Die Ruhenswirkung wird in diesem Fall durch die familiengerichtliche Entscheidung nicht beseitigt. Letztere begründet aber grundsätzlich die alleinige Sorgeberechtigung des begünstigten Elternteils nach der Scheidung; mit Wegfall der rechtlichen Verhinderung (zB Minderjährigkeit) oder mit vormundschaftsgerichtlicher Feststellung gem § 1674 Abs 2 wird diese Rechtsstellung ohne weiteres ausübbar. 34

Wird die Alleinsorge auf den nichtverhinderten Elternteil übertragen, so verliert der andere Teil auch sein bislang nur gem § 1675 ruhendes Sorgerecht.

Ähnliche Grundsätze gelten, wenn im Scheidungszeitpunkt die **Vermögenssorge** eines Elternteils wegen **Konkurses** beendet ist, § 1670 (näher § 1670 Rz 12–14).

Einer endgültigen Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 bedarf es schließlich auch, **35** wenn das *FamG* bereits während der Trennungszeit eine **Regelung nach § 1672** oder gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO getroffen hat. Einstweilige Anordnungen nach letzterer Vorschrift gelten ohnehin nur für die Dauer des Scheidungsverfahrens (§ 620 f Abs 1 Nr 1 ZPO). Auch gegenüber der Regelung nach § 1672 hat die Entscheidung nach § 1671 eigenständige Bedeutung. Zwar ist die Regelung nach § 1672 nicht „vorläufig“ iS konzeptioneller zeitlicher Begrenztheit. Das Getrenntleben verheirateter Eltern ist jedoch bei weitgehender rechtlicher Scheidungsfreiheit regelmäßig kein Dauerzustand, eine Entscheidung der Gatten iS einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft oder einer Auflösung der Ehe ist über kurz oder lang zu erwarten. Dem hat die familiengerichtliche Regelung nach § 1672 Rechnung zu

tragen, sie ist nicht de iure, aber der Sache nach eine einstweilige. Die Scheidung stellt demgegenüber ein wesentliches neues Ereignis dar, das zu einer originären und endgültigen Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses Anlaß gibt. Die Änderungsmaßstäbe des § 1696 sind nicht anzuwenden (allgM: BayObLG FamRZ 1962, 267, 268; FamRZ 1962, 436, 437; FamRZ 1968, 95, 98; KG FamRZ 1970, 202, 204; FamRZ 1973, 42).

### 36 3. International

Sorgerechtsregelungen bei Elternscheidung sind „Schutzmaßnahmen“ iSv Art 1 des Haager MSA. Bei gewöhnlichem Kindesaufenthalt im Inland ist von deutschen Gerichten deshalb idR nach den Kriterien des § 1671 zu entscheiden (Art 1, 2 MSA). Gesetzliche Gewaltverhältnisse nach dem Heimatrecht des Kindes, die dem entgegenstehen könnten (Art 3 MSA), kommen selten vor und verstoßen wegen ihres generalisierenden Ansatzes regelmäßig gegen den deutschen ordre public (ausf zu internationalen Aspekten der Sorgerechtsentscheidung Rz 219 ff).

## III. Die richterliche Entscheidung

### 37 1. Rechtsnatur der Entscheidung

Die familiengerichtliche Entscheidung nach § 1671 ist – ungeachtet ihres Inhalts – **konstitutiv** für die elterliche Sorgeberechtigung nach der Scheidung. Dies folgt materiellrechtlich aus dem Entscheidungszwang nach Abs 1 und verfahrensrechtlich aus dem Verbundprinzip: Der ehelichen und nachehelichen Sorgeberechtigung ist prinzipiell eine familiengerichtliche Entscheidung als Äußerung staatlichen Wächteramts zwischengeschaltet.

Bei **Übertragung** der elterlichen Sorge **auf einen Elternteil** hat die familiengerichtliche Entscheidung **rechtsgestaltenden Charakter** (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; VoraufL Rz 39, 54; MünchKomm-HINZ Rz 15). Sie befreit den begünstigten Elternteil von der Gemeinschaftsbindung gem § 1627 und nimmt dem anderen Teil die elterliche Sorge. Die sog „Substanztheorie“, wonach das Sorgerecht nur in der Ausübung, nicht aber in der Substanz verlorengelange (BEITZKE, FS Lehmann II [1956] 507 ff; ders, FamRZ 1958, 9 f; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9; SCHWAB, Handbuch Rz III 16, 27; weitere Nachw VoraufL Rz 41), beruht auf einer unzutreffenden Gleichsetzung von verfassungsrechtlichem Elternrecht und familienrechtlicher Sorgeberechtigung. Die Rechtsstellung des nichtsorgeberechtigten Elternteils ergibt sich hinreichend deutlich aus §§ 1634, 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 S 1, 1681, 1696, 1748 – weder bedarf es der Substanztheorie noch hat sie praktische Bedeutung (vgl GERNHUBER § 5 IV 4, § 56 II 1 Fn 1; MünchKomm-HINZ Rz 15 und § 1626 Rz 12–15).

**Beläßt** das FamG **den Eltern das gemeinsame Sorgerecht**, so ändern sich die sorgerechtlichen Verhältnisse sachlich nicht. Die familiengerichtliche Entscheidung hat hier deshalb keinen rechtsgestaltenden Charakter, behält aber ihre konstitutive Bedeutung (HINZ ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-HINZ Rz 16).

### 38 2. Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsmöglichkeiten: Grundsätze

Entscheidungsgegenstand ist grundsätzlich die **gesamte elterliche Sorge**, umfassend Personen- und Vermögenssorge sowie das Vertretungsrecht auf beiden Gebieten für den Zeitraum von der Scheidung bis zur Volljährigkeit des Kindes (vgl §§ 2, 1626, 1629, 1633; zur Rechtslage vor dem GleichberG 1957 s Rz 7–10). Anders als bei

einstweiligen Anordnungen (Rz 214) hat die familiengerichtliche Endentscheidung diesen Regelungsgegenstand voll auszuschöpfen, **Teilentscheidungen** sind **nicht zulässig: Grundsatz der Unteilbarkeit**. Dazu gehört auch die nur negative Entscheidung, daß einem der Elternteile das Sorgerecht nicht zugeteilt werde (BGH NJW 1981, 126, 127 = FamRZ 1980, 1107, 1108; BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; KG FamRZ 1984, 1143, 1144; MünchKomm-HINZ Rz 14). Einzelmaßnahmen sind nur auf der Basis des § 1666 möglich und obliegen dem VormG (§§ 1666 Rz 37–39, 1667 Rz 6).

Trotz weitgehender inhaltlicher Überschneidungen ist davon ein weiterer Grundsatz zu unterscheiden: Der **Grundsatz der Alleinzuständigkeit** oder **Alleinsorge** (regelmäßig werden beide Aspekte nicht deutlich unterschieden, vgl MünchKomm-HINZ Rz 17; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 69–71). Dieser Grundsatz besagt, daß für ein- und denselben Regelungsgegenstand nur **ein** Elternteil nach Scheidung zuständig sein darf – im Interesse der Rechtsklarheit und zum Schutze des Kindes vor elterlichem Streit in Sorgerechtsangelegenheiten (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448 = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1982, 23). Der Grundsatz der Unteilbarkeit besagt demgegenüber, daß die Sorgezuständigkeit möglichst umfassend in derselben Hand liegen soll – dies auch ein Ausdruck des „Kindesinteresses an kompetenten Eltern“ (GOLDSTEIN ua II S 18f, 162; III S 28).

Der Grundsatz der Alleinzuständigkeit, noch durch das SorgeRG 1980 zwingend in Abs 4 S 1 festgeschrieben, ist vom BVerfG in seiner Ausnahmslosigkeit für verfassungswidrig erklärt worden (Rz 14). Er gilt jedoch als Gesetzesimmanentes Prinzip fort (vgl auch Abs 1) für alle Fälle, in denen zum Entscheidungszeitpunkt kein übereinstimmender Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung vorliegt (MünchKomm-HINZ Rz 17; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 69). Der Grundsatz der (sachlichen oder zeitlichen) Unteilbarkeit gilt hingegen uneingeschränkt auch für das gemeinsame Sorgerecht, vorbehalten seiner allgemeinen Ausnahmen (dazu Rz 42 ff).

**Beide Grundsätze** haben Bedeutung nur für die familiengerichtliche Entscheidung **39** zwischen den Eltern, also die situationsspezifische, vorverlagerte Wächterfunktion des Staates bei Scheidung. **Sorgerechtsübertragungen** auf Pfleger oder Vormund **gem Abs 5** sind rechtssystematisch Eingriffe, die Maßnahmen nach §§ 1666, 1667 Abs 5 gleichstehen, sie nehmen der Familie Kompetenzen und verlagern sie auf Außenstehende. Anders als bei der familieninternen Verlagerung gem § 1671 Abs 2, 3 besteht die strikte Bindung an das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (§ 1666 a) auch im Rahmen des § 1671 Abs 5 (Rz 194 f). Der zwischen den Eltern herrschende Grundsatz der möglichst umfassenden (ungeteilten) Sorgerechtszuweisung wird hier verdrängt durch das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs.

Daraus ergeben sich für das FamG folgende **Entscheidungsalternativen**: Bei **über-** **40**  
**einstimmendem Regelungsvorschlag der Eltern** kann, entspr dessen Inhalt, das Sorgerecht insgesamt **beiden Eltern** belassen oder dem vorgeschlagenen **Elternteil allein** übertragen werden, wenn nicht aus Gründen des Kindeswohls ein Abweichen vom Elternvorschlag erforderlich ist (Abs 3 S 1) bzw wenn – bei abweichendem Vorschlag des mindestens 14jährigen Kindes, Abs 3 S 2 – die von den Eltern vorgeschlagene Regelung den Kindesinteressen am besten entspricht (Abs 2). Bei **fehlendem Elternvorschlag** oder wenn einem vorgeschlagenen gemeinsamen Sorgerecht das Kindeswohl entgegensteht, ist die elterliche Sorge einem **Elternteil allein** zu übertragen. Vom Grundsatz, daß das Sorgerecht **insgesamt** zu übertragen ist, kann ausnahmsweise nur dann abgewichen werden, wenn die Interessen des Kindes eine Sonderregelung für die Vermögenssorge (Abs 4 S 2) oder für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (Abs 5 S 2) erfordern oder wenn einzelne Befug-

nisse auf einen Pfleger oder Vormund übertragen werden müssen, um eine Gefährdung des Kindesinteresses abzuwehren (Abs 5 S 1; Einzelh Rz 42 ff).

Bei **drohender Kindesgefährdung** kann auch – unabhängig vom Vorliegen eines Elternvorschlags – das Sorgerecht insgesamt beiden Eltern entzogen und auf einen **Vormund** übertragen werden (Abs 5 S 1).

- 41 Diese Entscheidungsalternativen stehen nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern in einem bestimmten **Rangverhältnis** zueinander.

Die **gemeinsame Fortführung des Sorgerechts** nach der Scheidung ist, bei entsprechender Kooperationsfähigkeit der Eltern und Fehlen sonstiger Kindeswohlgesichtspunkte, die dagegensprechen könnten, die sowohl den Kindesinteressen wie dem Elternrecht am besten entsprechende Lösung (vgl Rz 26 und 167; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 248 f). Bei einer familiengerichtlichen Entscheidung in diesem Sinne beschränkt sich die staatliche Intervention in die Scheidungsfamilie auf eine überwachende (Art 6 Abs 2 S 2 GG) Kontrolle, substantielle Eingriffe sind nicht notwendig. Ergibt die Kontrolle, daß einem Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts keine Bedenken entgegenstehen (zu den Kontrollkriterien ie unten Rz 169 ff), so ist eine entsprechende familiengerichtliche Entscheidung nicht nur einfachgesetzlich (Abs 3 S 1), sondern **verfassungsrechtlich geboten** (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; MünchKomm-HINZ Rz 4). Da dieser Vorrang nicht nur auf dem elterlichen Regelungsprimat beruht, sondern auch auf dem Kindeswohlprinzip des Art 6 Abs 2 S 2 GG (oben Rz 23), entfaltet er Bedeutung sogar in Fällen, in denen ein übereinstimmender Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts (noch) nicht vorliegt: Erscheint im konkreten Fall eine Kindeswohlgerechte Kooperation der Eltern in Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts nicht ausgeschlossen, hat das FamG dem nachzugehen und – wenn die Ermittlungen diesen Eindruck bestätigen – auf eine elterliche Einigung zugunsten fortgesetzter gemeinsamer Elternverantwortung hinzuwirken. Die oben (Rz 23–26) dargelegte staatliche Unterstützungs- und Förderungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmung gemeinsamer Elternverantwortung bei der Scheidung obliegt also nicht nur dem Gesetzgeber, sondern auch im justizförmigen Entscheidungsverfahren gem § 1671 dem FamG (und den sonst beteiligten professionellen Kräften, s Rz 168).

Die Entscheidung iS eines übereinstimmenden, auf **Alleinsorge** eines Teils gerichteten **Elternvorschlags** ist gegenüber einer freien richterlichen Entscheidung nach dem Kindeswohl insoweit vorrangig, als dem Elternvorschlag eine **begrenzte Bindungswirkung** zukommt (Rz 149).

Als Regelfall vorrangig ist weiterhin eine Entscheidung über die **gesamte elterliche Sorge**, Abspaltungen der Vermögenssorge oder der Vertretungsbefugnis hinsichtlich kindlicher Unterhaltsansprüche (Abs 4 S 2, 5 S 2) bedürfen besonderer Gründe.

Sorgerechtsübertragungen auf Dritte gem Abs 5 S 1 schließlich dürfen immer nur ultima ratio sein (oben Rz 39, unten Rz 194 f).

### 3. Insbesondere: Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts

#### 42 a) Trennung Personensorge/Vermögenssorge, Abs 4 S 2

##### aa) Voraussetzungen

Als gesetzliche Ausnahme von den Grundsätzen der Alleinzuständigkeit und Unteilbarkeit gestattet es Abs 4 S 2, bei alleiniger Zuweisung der Personensorge an

einen Elternteil die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn die Vermögensinteressen des Kindes dies erfordern. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis selten Gebrauch gemacht. Angesichts der dadurch notwendig werdenden Kooperation der Eltern und vielfältiger Überschneidungen von Personen- und Vermögenssorge (mit der Konsequenz unklarer Entscheidungszuständigkeit) ist eine solche Aufteilung nicht unproblematisch, ihre Vorteile müssen diese Nachteile aufwiegen (KG FamRZ 1962, 432, 434; RGRK-ADELMANN Rz 28; MünchKomm-HINZ Rz 18; GERNHUBER § 56 II 2). Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen, etwa die bessere Eignung zur Vermögensverwaltung des einen Teils bei grundsätzlicher Eignung auch des Personensorgeberechtigten genügen nach einhelliger Auffassung nicht (KG aaO; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63; rechtspolitische Kritik bei LÜDERITZ FamRZ 1975, 609, 613). Hieraus lassen sich folgende **Grundsätze** ableiten (zu Aufteilungen auf Grund gemeinsamen Elternvorschlages unten Rz 137 ff, im Rahmen gemeinsamen Sorgerechts unten Rz 186):

Eine Aufspaltung kommt von vornherein nur in Betracht, wenn der **Umfang des Kindesvermögens** den Vermögensinteressen des Kindes nennenswertes Gewicht verleiht (BayObLG Rpfleger 1975, 347; MünchKomm-HINZ Rz 18). Eine Aufspaltung ist in diesem Fall notwendig, wenn der hinsichtlich der Personensorge vorzuziehende Elternteil zur Vermögensverwaltung schlechthin *ungeeignet*, der andere Teil dazu aber in der Lage ist. Fehlende Eignung ist dann anzunehmen, wenn der Elternteil den aus der Vermögenssorge folgenden Pflichten (§§ 1640–1649) nicht gewachsen ist – entscheidend ist insoweit eine objektive Beurteilung, auf aktuelle oder konkret absehbare Vermögensgefährdungen des Kindes kommt es nicht an (KG FamRZ 1962, 432, 434). Das gleiche gilt, wenn die Eignung nur für einen (wesentlichen) Vermögensteil fehlt, dessen Verwaltung besondere Qualifikationen erfordert (dann teilweise Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil; SOERGEL-STRÄTZ Rz 11). Die Notwendigkeit einer Aufteilung in diesen Fällen wird durch die Möglichkeit einer Beistandsbestellung gem §§ 1685, 1686 nicht ausgeschlossen (so aber LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 613; TREITZ S 19; DÖLLE II § 97 V), denn die Handlungsmacht des Sorgeberechtigten wird dadurch nicht eingeschränkt. Entweder will er mitverwalten – dann schadet seine Ungeeignetheit (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 87); oder er überließe die Vermögenssorge allein dem Beistand – dann lägen Sorgekompetenzen in den Händen eines Dritten, obwohl der andere Elternteil geeignet wäre. Dies widerspräche dem Grundsatz von Art 6 Abs 2 S 1 GG und § 1671 Abs 5 S 1. Aus denselben Gründen scheidet erst recht eine (deprivierende) Beistandschaft nach § 1690 aus (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER aaO).

Sind **beide Elternteile** grundsätzlich zur Vermögensverwaltung *geeignet*, zeigt sich aber ein deutlicher Eignungsvorsprung zugunsten dessen, der nicht zur Personensorge berufen ist, so soll nach überwiegender Meinung eine Aufspaltung iSv Abs 4 S 2 zulässig sein, wenn der Vorteil der besseren Vermögensverwaltung den Nachteil durch die Aufspaltung überwiegt (KG FamRZ 1962, 432, 434; RGRK-ADELMANN Rz 28; SOERGEL-STRÄTZ Rz 11; GERNHUBER § 56 II 2). Nach anderer Auffassung ist dies letztlich aber nur eine Zweckmäßigkeitserwägung, die – allgemeinen Grundsätzen zufolge – eine Aufteilung gerade nicht rechtfertigen soll (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 88; LÜDERITZ FamRZ 1975, 609, 613). In der Tat ist der Unterschied zwischen „vorteilhaft“ und (nur) „zweckmäßig“ bestenfalls ein gradueller. Entsprechend feine Gewichtungen muß das FamG aber auch sonst treffen, wenn das Gesetz im Zusammenhang mit dem Kindeswohl von „erforderlich, förderlich, dienlich, angezeigt“ usw spricht. Deshalb sollte die Aufteilung auch in dieser Konstellation der verantwortlichen richterlichen Abwägung überlassen werden.

**45 bb) Übertragung und Rechtsfolgen**

Die Vermögenssorge kann ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden, damit verliert sie der Teil, der die Personensorge erhält. Die vollständige Übertragung umfaßt die tatsächliche Vermögensverwaltung wie auch die diesbezügliche Vertretung. Die sachliche Abgrenzung von Personen- und Vermögenssorge richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (so gehört zB die Geltendmachung und Verwendung von Unterhaltsbeiträgen für das Kind zur Personensorge, vgl Erl zu § 1626).

Können sich die Eltern in einer Frage **nicht einigen**, die sowohl die Personensorge wie auch die Vermögenssorge betrifft, so besteht Unklarheit, wer nach welcher Vorschrift den Streit zu schlichten hat. Überwiegend wird das VormG für zuständig gehalten, das entweder nach § 1628 (MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 6) oder entspr § 1630 Abs 2 (SOERGEL-STRÄTZ Rz 12; DÖLLE II § 97 V) oder als „streitentscheidendes Organ im Elternstreit überhaupt“ entscheiden soll (GERNHUBER § 56 II 2). Wegen des Zusammenhangs mit einer allfälligen Änderung gem § 1696 wird auch die Zuständigkeit des FamG statt des VormG postuliert (MünchKomm-HINZ Rz 25 [„entspr § 621 Abs 1 Nr 1 ZPO“]) bzw das Änderungsverfahren des § 1696 als **alleiniger** Rechtsbehelf postuliert (RGRK-ADELMANN Rz 32 [auch dort müsse der Familienrichter zunächst auf Einigung hinwirken]).

Der Weg über die vormundschaftsgerichtliche Streitschlichtung gem § 1628 ist richtig, ihm kann nicht entgegengehalten werden, die dort vorausgesetzte gemeinsame Sorgeberechtigung fehle hier (so MünchKomm-HINZ aaO). In Überschneidungsfällen besteht sachlich eben doch ein gemeinsamer Kompetenzbereich (vgl auch MünchKomm-HINZ § 1628 Rz 8 für Teilüberschneidungen). § 1628 ist die Grundnorm für elterlichen Regelungsstreit, sie gilt auch – unbeschadet der familiengerichtlichen Änderungskompetenz – bei gemeinsamem Sorgerecht nach Scheidung (Rz 188).

**46 b) Unterhaltspflegschaft, Abs 5 S 2**

Von der Personensorge kann das FamG die Befugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt abspalten und auf einen Pfleger übertragen, wenn das Kindeswohl dies erforderlich macht (Abs 5 S 2). Ein diesbezüglicher elterlicher Antrag ist nicht vorausgesetzt. Im System des § 1671 gehört diese Vorschrift (eingeführt durch das SorgeRG 1980) eher zu Abs 4, da sie eine Kindesgefährdung nicht voraussetzt. Sie ist also nicht Ausdruck staatlichen Minimalschutzes wie §§ 1671 Abs 5 S 1, 1666 (insbes dessen Abs 3), sondern regelwidrige Aufspaltung der elterlichen Sorge nach dem Erforderlichkeitsprinzip wie Abs 4 S 2. Übertragung auf einen Pfleger mußte vorgesehen werden, weil hier der andere Elternteil sachbedingt als Alternative ausscheidet (zur Auswahl und Bestellung des Pflegers Rz 196).

Die Unterhaltspflegschaft soll einem *Interessenkonflikt* vorbeugen, in dem sich der seinerseits (zB gem § 1570) unterhaltsberechtigten Personensorgeberechtigten befindet, wenn er eigene Unterhaltsansprüche und die des Kindes verfolgen soll – insbes bei nicht voll ausreichender Leistungsfähigkeit des anderen, unterhaltsverpflichteten Elternteils (BT-Drucks 8/2788 S 63 f). Sachlich gehört die Vorschrift damit in den Themenbereich der §§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 (wie auch 1706 Nr 2). Wie dort genügt nicht die generelle Möglichkeit eines Konflikts und elterlicher Pflichtwidrigkeit, zu fordern ist ein erheblicher, konkret zu belegender Interessengegensatz (§ 1796 Abs 2; vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 43, 44). Damit sind die Eingriffskriterien für das FamG dieselben wie für das VormG, falls – nach uneingeschränkter Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil – später eine Pflegerbestellung gem

§§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 erforderlich werden sollte (vgl OLG Hamm DAVorm 1985, 1026; aA SOERGEL-STRÄTZ Rz 40 [erleichterte Eingriffsmöglichkeit nach Abs 5 S 2]).

Die praktische Bedeutung dieser Regelungsmöglichkeit ist bislang gering geblieben (bedauernd JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 95).

#### c) Sonstige sachliche Aufteilungen der Personensorge

47

Weitere Ausnahmen von den Grundsätzen der Unteilbarkeit und Alleinzuständigkeit werden nach allg Auffassung für sorgerechtliche Endentscheidungen des FamG nicht anerkannt (vorbehaltlich einer Abtrennungsnotwendigkeit nach Abs 5 S 1, dazu Rz 194; zu einstweiligen Anordnungen Rz 214). Dies gilt insbes für **sachliche Aufspaltungen im Bereich der Personensorge** wegen der andernfalls drohenden Rechtsunsicherheit und Streitigkeiten der Eltern (BT-Drucks 8/2788 S 63). Als **unzulässig** angesehen wurde demnach die Abspaltung (und Übertragung auf den sonst nichtsorgeberechtigten Elternteil) der Schulwahl (BGHZ 3, 220 ff), der religiösen Erziehung des Kindes (BayObLG FamRZ 1976, 43, 44), der Entscheidung über Bluttransfusion (BayObLG aaO, bezüglich Zeugen Jehovas, dazu noch Rz 82), des Aufenthaltsbestimmungsrechts (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108 = NJW 1981, 126, 127; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1055), des Vertretungsrechts von der tatsächlichen Personensorge (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 70).

Speziell gegen den Grundsatz der Alleinzuständigkeit verstoßen **Sorgerechtsbindungen** an die Zustimmung des anderen Elternteils, **Mitsprache-** und über § 1634 Abs 3 hinausgehende **Informationsrechte** (OLG München FamRZ 1978, 620, 621: Zustimmungspflicht bei Aufenthaltsveränderung des Kindes, Schul- und Berufswahl; Übertragungspflicht aller Schulzeugnisse [dazu aber § 1634 Rz 81, 86]). Sie laufen auf ein teil-gemeinsames Sorgerecht hinaus, das abzulehnen ist (Rz 38, 187).

#### d) Zeitliche Aufteilungen

48

Zeitliche Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts oder Befristungen der familiengerichtlichen Zuteilung verstoßen nicht gegen den Grundsatz der Alleinzuständigkeit, wohl aber gegen den der **Unteilbarkeit** in seiner zeitlichen Dimension (Rz 38). Die Rechtsprechung hält zeitliche Beschränkungen oder Aufteilungen deshalb für unzulässig (BGHZ 3, 220 ff; BayObLG FamRZ 1962, 165, 167; vgl auch JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 71; MünchKomm-HINZ Rz 23). Dem liegt die Überzeugung zugrunde, daß zeitliche Aufteilungen die notwendige *Kontinuität und Stabilität* der Erziehung beeinträchtigen sowie Sorgeberechtigten und Kind verunsichern können – Verantwortungsgefühl für die Gesamterziehung auf der einen Seite und die Bereitschaft zur Konfliktbewältigung auf Kindesseite können gemindert sein, wenn die bestehende Teilfamilie von vornherein „auf Zeit“ konstituiert ist (COESTER, Kindeswohl S 309 ff). Außerdem fehlt es an der notwendigen richterlichen Prognosefähigkeit hinsichtlich des Kindeswohls zu einem künftigen Zeitpunkt, sei dieser nun ungewiß (zB etwaige Wiederheirat oder Umzug ins Ausland) oder feststehend (bestimmter Termin; aA insoweit GERNHUBER § 56 II 3). Für eine schlichte Befristung der Sorgerechtszuweisung mit Vorbehalt der Neuentscheidung gem § 1671 nach Fristablauf fehlt es aber an einer gesetzlichen Grundlage.

Hinter der (zT begrenzten) Befürwortung zeitlicher Aufteilung in der Lit (SOERGEL-STRÄTZ Rz 14, 21; GERNHUBER § 56 II 3; TREITZ S 21 f) stehen Gesichtspunkte, die nichts oder nur scheinbar mit dem Kindeswohl zu tun haben: Das elterliche Gleichberechtigungsinteresse (dazu Rz 56 ff), Interessen des Unterhaltsverpflichteten (GERNHUBER aaO verweist auf § 1570, dazu noch Rz 55) oder geschlechtsstereotype Rollenvorstellungen (Muttervorrang für Kleinkinder, dazu Rz 59–61 sowie COESTER, Kindeswohl S 311 Fn 732). Insgesamt ist zeitlichen Aufteilungen entge-

genzuhalten: Das **Kindeswohl** ist einzig maßgeblicher Gesichtspunkt bei allfälligen Veränderungen im Laufe der Zeit. Die Abgrenzung zwischen Kontinuitäts- und Änderungsinteressen des Kindes ist vom Gesetzgeber der Abwägung nach § 1696 zugewiesen. An dieser pflichtgemäßen und stets erst ad hoc, nach Eintritt von Veränderungen vorzunehmenden Abwägung führt kein rechtlicher Weg vorbei.

- 50 Das gilt auch für die einzige (scheinbar) problematische Situation, daß der nach allgemeinen Kriterien zu bevorzugende Elternteil *für einen begrenzten Zeitraum nicht zur Verfügung steht* (Auslandsreise, Haft, Sanatoriumsaufenthalt). Die Sorgerechtsübertragung auf ihn mit der (auf § 1666 gestützten) Verpflichtung, die Sorgerechtsausübung einstweilen dem anderen Elternteil zu überlassen (vgl BayObLG FamRZ 1962, 165, 167), ist unzulässig (schon wegen Zuständigkeit des VormG). Kann der verhinderte Elternteil ein im Lichte des Kindeswohls befriedigendes Arrangement für die Zeit seiner Abwesenheit anbieten und ist diese Regelung insgesamt günstiger für das Kind als eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Teil, ist ihm das Sorgerecht uneingeschränkt zu übertragen (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 1323 f). Sonst gilt: Entweder ist auch der andere Teil grundsätzlich geeignet, dann ist diesem das Sorgerecht zu übertragen, alles weitere bestimmt sich nach § 1696 (vgl OLG Köln FamRZ 1977, 62 f; zu Gestaltungsmöglichkeiten durch Elternvorschlag s Rz 143). Oder der andere Elternteil ist erziehungsunfähig – dann ist das Sorgerecht dem verhinderten Elternteil zu übertragen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die tatsächliche Sorge aber für die Zeit der Verhinderung einem Pfleger (Abs 5 S 1; überflüssig, wenn gem §§ 1674, 1675, 1773 schon ein Vormund bestellt ist, vgl oben Rz 34).

#### IV. Sorgerechtsregelung nach Abs 2

##### 1. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

###### 51 a) Grundsatz

Nach **Abs 2** hat das FamG zu entscheiden, wenn zumindest ein Elternteil grundsätzlich geeignet ist zur alleinigen Übernahme des Sorgerechts (bei beiderseitiger Nichteignung: Abs 5 S 1), wenn kein übereinstimmender Elternvorschlag vorliegt (vgl Abs 3 S 1) oder wenn das mindestens 14jährige Kind einem solchen Elternvorschlag widersprochen hat (Abs 3 S 2). Justitielle Streitentscheidung ersetzt also in vollem Umfang den nicht funktionierenden familienautonomen Regulierungsmechanismus.

Dabei ist das **Kindeswohl** alleiniger Maßstab und Richtpunkt der richterlichen Abwägung zwischen den bei Mutter und Vater bestehenden Platzierungsalternativen (vgl Rz 2, 18). Das FamG ist durch keine rechtliche Vorgabe gebunden, es hat „frei“ nach der im Lichte der Kindesinteressen besseren Lösung zu suchen und zu entscheiden. Daß angesichts gescheiterter Ehe und Uneinigkeit über das Sorgerecht die Gesetzesformulierung „am besten“ nur in relativem Sinne verstanden werden kann (BGH NJW 1985, 1702, 1704 = FamRZ 1985, 169, 171), war auch dem Gesetzgeber bewußt (vgl BT-Drucks 8/2788 S 61): Ziel kann immer nur die **unter den gegebenen Umständen bestmögliche Lösung** sein. So gesehen, ist die verbreitet ersatzweise angebotene Formel der „am wenigsten schädlichen Alternative“ (GOLDSTEIN ua I S 49 ff, 56; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 126) nicht nur rechtlich unergiebig, sondern sogar kontraproduktiv: Sie betont vergangenheitsorientiert das elterliche Scheitern, ohne dieses ungeschehen machen zu können, und verleitet eher

zur Resignation bei dem Versuch einer konstruktiven Reorganisation der familiären Beziehungen (JOFF FamRZ 1987, 875, 881; anderes mag gelten bei fortgesetzt kindeswohlwidrigen Zuständen bei beiden Eltern, wenn wirklich nur das „geringere Übel“ zur Wahl steht, vgl BGH NJW 1985, 1702, 1704 = FamRZ 1985, 169, 171).

Zum „Kindeswohl“ als **wertausfüllungsbedürftigen, generalklauselartigen Rechtsbegriff** vgl bereits § 1666 Rz 55–60. Die dort dargelegten Grundsätze gelten auch im Rahmen des § 1671, die folgende Darstellung konzentriert sich auf ihre spezifische Bedeutung im Scheidungszusammenhang.

## b) Sachlicher Aussagegehalt des Kindeswohlbegriffs

52

### aa) Vorrangigkeit des Kindesinteresses

Eine wesentliche Aussage des gesetzlichen Kindeswohlprinzips liegt bereits darin, daß das **Kindesinteresse** anderen Interessen gegenüber den **Vorrang** hat bei der Sorgerechtsentscheidung: Das Gesetz genügt damit dem „grundrechtlichen Anspruch des durch die Scheidung seiner Eltern ohnehin beeinträchtigten Kindes auf eine an seinem Wohle ausgerichtete Regelung“ (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1184; NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 125 f). Die Vorrangigkeit des Kindesinteresses rechtfertigt sich aus der zentralen Betroffenheit des Kindes bei der Sorgerechtsregelung und seiner „Individualität als Grundrechtsträger“ (BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 126; BVerfGE 37, 217, 252). Nachdem bei Trennung und Scheidung der Eltern deren Interessen vorherrschend waren, gebührt nunmehr dem Kind die volle Aufmerksamkeit (FTHENAKIS, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 37; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1 ff, 8; BRIEGLEB ZBJugR 1971, 33, 38; MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht S 213 f).

Allerdings gebietet vernünftigt verstandenes Recht niemals Unmögliches, und so wäre es eine verfehlte Sicht des § 1671 Abs 2, wenn dieser Vorschrift das Gebot entnommen würde, aus dem komplexen Beziehungs- und Interessengefüge „Familie“ ein Individualinteresse herauszuschälen und isoliert zu verwirklichen. Zwischen den beteiligten Individualinteressen (Kind, Mutter, Vater, Geschwister) besteht eine *unauflösbare Interdependenz*, an der ein die Einzelinteressen überwältigendes *Gemeinschaftsinteresse* („Familieninteresse“) teilhat (auf COESTER, Kindeswohl S 206 ff; vgl FTHENAKIS aaO; RABAA S 10, 38). Darüber hinaus wird auch ein legitimes Interesse der *Gesellschaft* an den Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes anerkannt (BVerfG FamRZ 1968, 578, 584). Diese Zusammenhänge muß das FamG nicht ignorieren (und darf es auch nicht). Nur folgt aus dem gesetzlichen Primat des Kindeswohls, daß andere Interessen „da zurückstehen müssen, wo sie mit den Interessen des Kindes in Widerspruch treten“ (BGH FamRZ 1976, 446, 447; ähnlich BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; FamRZ 1974, 579, 588; strikter RGRK-ADELMANN Rz 69: Elterninteressen seien grundsätzlich nicht zu berücksichtigen).

Der **Primat des Kindeswohls** hat deshalb eine **doppelte Bedeutung** für die richterliche Rechtsfindung: Einerseits verpflichtet er das FamG, **kindzentriert** zu denken und jeden Aspekt, der nicht ohnehin das Kind betrifft (also zB elterliche Persönlichkeit und Verhalten, elterliche oder gesellschaftliche Interessen) auf seine Bedeutung und Auswirkungen **gerade für das Kindeswohl** zu prüfen und entsprechend zu würdigen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 16; vgl COESTER, Kindeswohl S 218: „Leitfunktion des Kindeswohls“). Die Rechtsprechung bringt dies mit der Formulierung zum Ausdruck, das FamG habe die Gesamtverhältnisse „unter Voranstellung des allein maßgeblichen Kindeswohls“ zu untersuchen (BayObLG FamRZ

1977, 650, 652; OLG Hamm FamRZ 1980, 484 f; FamRZ 1980, 487; FamRZ 1980, 488, 489).

Als Kehrseite **verbietet** der Kindeswohlprimat die Einbringung **kindesfremder Gesichtspunkte** in die richterliche Abwägung, dh vor allem elterliche oder gesellschaftliche Interessen ohne Bezug oder gar in Widerspruch zu den Bedürfnissen des betroffenen Kindes („Sperrfunktion des Kindeswohls“, dazu schon Rz 20). Solches Entscheidungsverhalten macht das Kind letztlich zum Objekt außerhalb seiner Person liegenden Interessen (BGH FamRZ 1976, 446, 447; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201, 202; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828 f; zu Geschwisterinteressen OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312) und verletzt es in seiner grundrechtlich geschützten Individualität (s Rz 52).

Angesichts gängiger Argumentationspraxis (vor allem in der öffentlichen Diskussion), nahezu jeden Aspekt auch als solchen des „Kindeswohls“ erscheinen zu lassen, soll die Bedeutung der vorerwähnten Grundsätze im folgenden beispielhaft konkretisiert werden, zunächst hinsichtlich der Elterninteressen, dann der gesellschaftlich/staatlichen Interessen.

#### 55 (1) Elterninteressen

Abgesehen von generellen Interessen jedes Elternteils, das Kind zugewiesen zu bekommen (zum diesbezüglichen Gleichberechtigungsaspekt Rz 56; zum in concreto mangelnden Elterninteresse Rz 83) kann es vorkommen, daß ein Elternteil **besondere persönliche Interessen** an der Sorgerechtszuteilung geltend macht (zum Aspekt der „Scheidungsschuld“ unten Rz 78): So braucht etwa ein labiler Elternteil das Kind als psychische Stütze (Berücksichtigung abgelehnt: OLG Köln FamRZ 1971, 186, 187 f; BayObLG FamRZ 1986, 534 f) oder ein kranker Teil zur Pflege (befürwortend SCHWOERER FamRZ 1958, 439); der Vater wünscht sich den Sohn zum Unternehmensnachfolger (OLG Hamburg FamRZ 1959, 255, 256 [„natürliches Recht“ des Vaters]; weitere Nachw bei UFFELMANN S 104) oder deshalb, weil er der letzte Nachkomme des väterlichen Geschlechts ist (abl: BayObLG NJW 1953, 626); ein Elternteil begehrt die elterliche Sorge, um Gattenunterhalt gem § 1570 beanspruchen zu können bzw nicht an den anderen Teil zahlen zu müssen (BGH NJW 1980, 1686, 1688; zu berücksichtigen; ähnl wohl BVerfG NJW 1981, 1771, 1773).

Der Primat des Kindeswohls **verbietet** grundsätzlich die Berücksichtigung solcher Elterninteressen, sofern nicht ausdrücklich deren zumindest teilweise Koinzidenz mit den konkreten Kindesinteressen festzustellen ist. So könnte beim psychisch labilen Elternteil, der ernsthaft mit Selbstmord droht, falls er das Kind verliert, die seelische Belastung auch für das Kind im Falle eines Selbstmordes zu beachten sein (OLG Köln FamRZ 1971, 186, 187 f). Gleichzeitig sind aber auch Bedenken gegen die Erziehungseignung dieses Elternteils in die Abwägung einzubringen (vgl OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532). Als bedauerlicher Mißgriff muß jedoch vor allem das obiter dictum des BGH zum Gattenunterhalt eingestuft werden – jedenfalls nach der Neufassung des § 1579 ist diese Äußerung als obsolet zu betrachten.

56 Eine besondere Bedeutung kommt dem Aspekt der **elterlichen Gleichberechtigung** zu. Mit Billigung des Prinzips der Alleinsorge bei Elternstreit hat das BVerfG (NJW 1971, 1447, 1448) bestätigt, daß die Eltern kein Recht auf „gleichmäßige Befriedigung“ haben, sondern daß zugunsten des Kindeswohls ein Elternteil im Ergebnis zurückstehen muß. „Gleichberechtigung“ könnte dennoch reduzierte Bedeutung behalten iSv grundsätzlicher **Chancengleichheit** im richterlichen Abwägungsprozeß. In diesem Zusammenhang ist zu beachten: Gleichberechtigung meint „gleichrangiges Elternrecht“ bei der Sorgerechtszuteilung. Elternrecht und Elterninteressen ist

vom Gesetz gegenüber dem **vorrangigen Kindesinteresse** aber nur ein geringer Spielraum eröffnet, aus dem Gleichberechtigungsgedanken kann sich keine Verschiebung in dieser generellen Interessenbewertung ergeben (vgl ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20, 32). Was gleichwertig ist, bestimmt sich allein aus der Sicht des Kindeswohls. Ergäbe sich aus dieser Sicht eine generelle Überlegenheit etwa der Mutter vor dem Vater, oder des nicht-berufstätigen Elternteils vor dem berufstätigen, dann könnten diese vom Kindeswohl her gesehen ungleichwertigen Positionen nicht qua Gleichberechtigungsprinzip normativ gleichgestellt werden – darin läge eine gesetzlich verbotene, elternorientierte Zurücksetzung der Kindesinteressen (vgl Rz 58–61). Sind hingegen im Lichte der Kindesinteressen die mütterliche und väterliche Platzierungsalternative generell gleichwertig, dann allerdings streitet das Gebot freier, unvoreingenommener Würdigung der Kindesinteressen im konkreten Fall zusammen mit der Forderung nach grundsätzlicher elterlicher Chancengleichheit (COESTER, Kindeswohl S 219 ff).

Hieraus lassen sich konkrete Folgerungen ziehen: **Zeitliche oder sachliche Aufteilungen des Sorgerechts** zwischen den Eltern, für deren Zulässigkeit zT auch unter Hinweis auf die elterliche Gleichberechtigung argumentiert wird (GERNHUBER § 56 II 3; TREITZ S 65), sind vom Gesetz implizit für kindeswohlwidrig erklärt worden (Rz 38), für den Gleichberechtigungsaspekt bleibt kein Raum (ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 25; ELL ZBIJugR 1980, 320; LEMPP, Ehescheidung S 27). **Geschwisteraufteilungen** sind nach gesetzlicher Wertung (Abs 2: „Bindungen... an... Geschwister“; vgl § 81 Abs 2 EheG 1938, oben Rz 9) und einhelliger Meinung dem Kindeswohl generell abträglich (näher Rz 112 ff). Sie mögen im Einzelfall unvermeidbar sein, der Aspekt „gleichmäßiger Befriedigung“ der Eltern darf dabei aber keine entscheidende Rolle spielen (GERNHUBER § 56 V 2; DIECKMANN AcP 178 [1978] 320; KLUSSMANN, Das Kind S 39; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 607; TREITZ S 66; COESTER, Kindeswohl S 225 f; anders und abzulehnen OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 726, 727 f; MünchKomm-HINZ Rz 41; zu **vereinbarten** Geschwisteraufteilungen s Rz 151).

Das **gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern** ist eine zulässige und – in geeigneten Fällen – kindeswohlförderliche Gestaltung (Rz 158 ff). Ausschlaggebend hierfür ist jedoch (neben dem Elternvorschlag) allein das Kindeswohl. Hinsichtlich insoweit geeigneter Familien darf legitimerweise auch auf den Aspekt elterlicher Gleichberechtigung hingewiesen werden (Rz 56). Dieser Aspekt wird aber illegitim, wenn versucht werden sollte, den Anwendungsbereich des gemeinsamen Sorgerechts über die vom Kindeswohl her gesehen geeigneten Fälle auszudehnen (ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 37; so gelegentlich von seiten der „Vaterrechtsbewegung“, vgl COESTER, Kindeswohl S 226 f mwN). Das gilt auch für den konkreten Fall im Rahmen der gebotenen Prüfung, ob das Kindeswohl einem elterlichen Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entgegensteht (Rz 174, 176): Als „Kontraindikation“ hat es das FamG zu nehmen, wenn der Gleichberechtigungsaspekt bei der elterlichen Entscheidung für das gemeinsame Sorgerecht eine dominierende Rolle spielte oder – erst recht – wenn der konkrete Betreuungsplan eher am elterlichen Interesse an gleichmäßiger Befriedigung ausgerichtet ist als an den Kindesbedürfnissen.

Unsicherheit besteht hinsichtlich der **Chancengleichheit des berufstätigen Elternteils**. Wenn es richtig ist, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kind förderlicher ist als Drittbetreuung (unten Rz 91), dann hat der nicht- oder nur teilberufstätige Elternteil im Lichte des Kindeswohls einen generellen Eignungsvorsprung vor dem berufsbedingt weitgehend abwesenden Teil, sofern zugunsten des letzteren nicht andere Gesichtspunkte (wie: stärkere Kindesbindung, Kindeswille)

ausgleichend in die Waagschale fallen (BVerfG NJW 1981, 217, 219 = FamRZ 1981, 124, 127; COESTER NJW 1981, 961, 962; ie unten Rz 91 ff). Hiergegen wird verbreitet angeführt, daß dann „angesichts der gesellschaftlichen Rollenverteilung“ Väter kaum je das Sorgerecht erhalten könnten – im Interesse ihrer Chancengleichheit dürfe dem Betreuungsaspekt kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden (OLG Stuttgart FamRZ 1957, 27; KG FamRZ 1959, 509, 511, OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1980, 487 f; BayObLG FamRZ 1976, 38, 40; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1 ff, 9; MünchKomm-HINZ Rz 30). Dieses Vorgehen setzt konzeptionell Elternrecht gegen das Kindeswohl und ist deshalb **unzulässig**. Das Gleichberechtigungsprinzip verbietet allerdings die unterschiedliche Bewertung mütterlicher und väterlicher Berufstätigkeit (vgl insoweit BayObLG FamRZ 1964, 523, 524; wie hier BGH FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 94, 95; OLG Stuttgart FamRZ 1975, 221, 222; ZBIJugR 1975, 131, 132 ff; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609).

- 59** Entsprechende Kriterien gelten schließlich für die Frage eines generellen **Vorrangs der Mutter bei Kleinkindern**. Ein solcher Vorrang hat in der Vergangenheit weitgehend die Rechtspraxis beherrscht und entsprach verbreiteter Überzeugung (vgl VoraufL Rz 92; heute noch ERMAN-MICHALSKI Rz 21; Darstellung bei ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 24; COESTER, Kindeswohl S 450 f mwN). Hintergrund war ein geschlechtsspezifisches Elternbild, wonach Domäne der „Mutter“ der emotionale Bereich ist – sie gibt dem Kind Liebe, Wärme, Geborgenheit, ist geduldig, einfühlsam und zuverlässig; der „Vater“ hingegen vermittelt dem Kind die „Außenwelt“, er steht für Rationalität, berufliche Fertigkeiten und eine „feste Hand“ in Erziehungsfragen (Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 432 ff, 450 f).
- 60** Wenn dem kraft der Natur von Mann und Frau so wäre, könnte der **Mutternvorrang** für Kleinkinder als vom Kindeswohl gefordert angesehen werden, Väter wären insoweit grundsätzlich nicht gleichberechtigt. Allerdings ist ein wissenschaftlicher Nachweis entsprechender geschlechtsspezifischer Unterschiede in der Elternrolle bisher nicht gelungen, einschlägige Äußerungen insbes aus dem entwicklungspsychologischen und verhaltensbiologischen Bereich sind empirisch nicht untermauert und sind nur Ausdruck eines allgemeinen, Naturwissenschaften wie Rechtswissenschaft umfassenden Vorverständnisses (COESTER, Kindeswohl S 429 ff, 432 ff mwN). An dessen Stelle ist heute weitgehend die Überzeugung getreten, daß ein **naturgesetzlicher Unterschied** zwischen Vater und Mutter im zuvor bezeichneten Sinne **nicht** besteht, daß vielmehr entscheidend sei die konkrete Persönlichkeit der Eltern und die Funktionsverteilung in der Familie (FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 238 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 743; vereinzelt erweist sich der „natürliche Mutternvorrang“ aber noch als von zäher Lebenskraft, vgl OLG München FamRZ 1979, 70, 71; KG FamRZ 1978, 826, 827; FamG Zweibrücken als Vorinstanz zu OLG Zweibrücken, FamRZ 1986, 1038). Demgemäß entspricht nunmehr fast allgM, daß Mutter und Vater, ungeachtet des Alters des Kindes, **gleiche Rechte iSv grundsätzlicher Chancengleichheit** bei der Sorgerechtsentscheidung haben (BayObLG FamRZ 1975, 226; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 12; JOHANSSEN-HENRICH-JAEGER Rz 27; RGRK-ADELMANN Rz 49; FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 240 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 743; COESTER NJW 1981, 961, 962; LUTHIN FamRZ 1984, 114, 115; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20 ff, 32 ff; SCHWENZER, Status S 115). Dies entspricht auch Vorgaben des **internationalen Rechts** (vgl Art 8, 14 EMRK [dazu FAHRENHORST FamRZ 1988, 238, 240 mit Rechtsprechung des EuGH für Menschenrechte]; Art 16 Abs 1 UN-Deklaration v 10. 12. 1948 [BGBl 1973 II 430]; Art 23 Abs 4 des internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte v 19. 12. 1966

[BGBl 1973 II 1533]; Art 16 Abs 1 des UN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v 1. 3. 1980 [BGBl 1985 II 647]; sowie Art 5 des [noch nicht ratifizierten] Prot Nr 7 zur EMRK v 22. 11. 1984 [dazu FAHRENHORST a.a.O]).

Auch aus dem *Geschlecht des Kindes* (zB: Mädchen zur Mutter, Söhne zum Vater) ergibt sich kein Vorrang des einen oder anderen Elternteils, da die Kinder den Elternteil desselben wie auch des gegenteiligen Geschlechts gleichermaßen für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung brauchen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 27; COESTER, Kindeswohl S 460 f; verfehlt OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202, das bei einem vierjährigen Mädchen seiner Entscheidung zugunsten der Mutter eine Behauptung des Sachverständigen zugrundelegt, wonach die leibliche Mutter besser geeignet sie für die „sexuelle Aufklärung und die Vorbereitung des Mädchens auf ihre Rolle als Frau“). Die Unterstellung eines Muttervorrangs ist **unzulässig**, soweit nicht im **Einzelfall** die bessere Eignung der Mutter für das Kind feststeht (vgl ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 32 sowie die vorzitierte Rechtsprechung).

Ebenso eindeutig wie Kindeswohl und Elternrecht es gebieten, von grundsätzlicher Chancengleichheit beider Eltern auszugehen, kann der Gleichberechtigungsaspekt jedoch nicht einen **statistischen** oder auch **faktischen Muttervorrang** überspielen, der sich aus der weitgehend noch vorherrschenden familiären Rollenverteilung in unserer Gesellschaft ergibt. Solange und soweit in erster Linie Frauen (aus welchen Gründen auch immer) allein oder überwiegend die Kindesbetreuung übernehmen unter Zurückstellung beruflicher Tätigkeit, werden sie auch im Regelfall die engeren Bindungen zum Kind besitzen und – bei Fortführung dieser Aufgabe nach Trennung der Gatten – der für die Zukunft erziehungsgeeigneterer Elternteil sein. Einen entsprechenden Vorsprung hat in gleicher Weise der „Hausmann“. Ein deutliches statistisches Übergewicht der Mütter bei der Sorgerechtsverteilung besteht deshalb auch ohne normativen Muttervorrang, es ist schlicht *Ausdruck vorhandener gesellschaftlicher Strukturen*. Eine Änderung könnte erst mit einer solchen der gesellschaftlichen, familiären Verhältnisse einhergehen. Die Sorgerechtsverteilung als Instrument gesellschaftlichen Wandels und zur Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter einzusetzen, verbietet hingegen der Primat des Kindeswohls (LEMPF FamRZ 1984, 741, 743: Ideologie; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 23 f, 32 f, 36; SCHWENZER, Status S 115; RGRK-ADELMANN Rz 49. Zur Weichenstellung zugunsten der Mutter vor allem auch im Vorfeld der Sorgerechtsentscheidung [elterliche Einigung, anwaltliche Beratung; gesellschaftlich-familiärer Erwartungsdruck] vgl FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 240 ff; SCHWENZER, Status S 128; MÜLLER-ALTEN, Ehescheidung und Scheidungsverträge [1984] 187).

61

62

## (2) Gesellschaftsinteressen

Auch **gesellschaftliche/staatliche Interessen** sind berührt, wenn es um die Erziehung und Lebensbedingungen von Kindern geht. Sie zielen auf gewisse Homogenität und Kontinuität der gesellschaftstragenden Strukturen, die Beachtung von gesellschaftlichen Werten und Standards ist im Grundsatz vom BVerfG als legitim anerkannt (BVerfG FamRZ 1968, 578, 584; DÖLLE II S 136). Als Mitglied der Gesellschaft, in die es hineinwächst, hat das Kind seinerseits korrespondierende Interessen, so daß auch insoweit – wie bei den Eltern- und Familieninteressen – teilweise Interessenübereinstimmung besteht. Allerdings gilt der Primat des Kindeswohls gem § 1671 Abs 2 auch gegenüber Gesellschaftsinteressen. Auch wenn „übergreifende Werte“ auf dem Spiel stehen, ist das FamG zu **kindzentrierter** Betrachtung gehalten und hat jeder Versuchung zu wehren, die Sorgerechtszuweisung zum Instrument staatlicher Wert- und Ordnungsdurchsetzung zu machen. In einem freiheitlichen Rechtsstaat

sind nicht Gesellschafts- oder Staatszwecke leitend für die Kindesentwicklung, wie noch § 1 Abs 1 JWG mit dem Erziehungsziel der „gesellschaftlichen Tüchtigkeit“ suggerierte (vgl SCHÜTZ FamRZ 1986, 947, 948: „Erziehung geeigneten Nachwuchses“; GEIGER FamRZ 1979, 457, 459: Erziehung zu „tüchtigen Gliedern der Gesellschaft, zu Demokraten“; austauschbar: „tüchtiger Volksgenosse“, FREISLER, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht [1937] 257; „staatsbewußter Bürger“, Art 38 Abs 4 DDR-Verfassung; krit KIEHL ZRP 1990, 94, 95). Im Mittelpunkt der Rechtsordnung steht das freie, selbstbestimmungsfähige, allerdings auch gemeinschaftsfähige Individuum (Rz 87); dem entspricht jetzt auch die Formulierung in § 1 Abs 1 KJHG.

- 63** Die Balance zwischen individuellem Kindeswohl und staatlicher/gesellschaftlicher Wertverfolgung ist nicht immer leicht zu finden. So hat die Rechtsprechung wiederholt kindgerecht entschieden und staatliche Durchsetzungs- oder Sanktionsinteressen zurückgestellt, wenn ein Elternteil sich in zu mißbilligender Weise über Rechts- oder Gerichtsgebote hinweggesetzt hatte (BGH NJW 1985, 1702, 1703; FamRZ 1975, 273, 276; BayObLG FamRZ 1974, 534, 536; OLG Bamberg FamRZ 1986, 1175, 1178; OLG Hamm FamRZ 1967, 296 ff; vgl LEMPP ZBJJugR 1977, 507, 510; zur Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen Rz 215; zu Kindesentführungen Rz 85 u 228). Überproportionales, dh sonstige Bedürfnisse des Kindes zurückdrängendes Gewicht erhalten jedoch häufig **moralisch-sittliche Aspekte** (vgl OLG München FamRZ 1977, 749 f; KG FamRZ 1958, 423; FamRZ 1959, 253 ff; FamRZ 1968, 98; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528; FamRZ 1980, 620, 622). Dabei wird zum einen verkannt, daß sittliche und gesellschaftliche Werte, mögen sie auch die der Mehrheit sein, in einem freiheitlich-pluralistischen Staat nicht ohne weiteres als „Rechtswerte“ durchgesetzt werden dürfen (auch das „von der Verfassung vorausgesetzte Sittengesetz“ taugt nicht zur Transformation ins Recht, vgl aber OLG Bamberg aaO; SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; WEGENER JZ 1985, 851). Zum anderen betrifft das korrespondierende Kindesinteresse an Homogenität mit der Gesellschaft nur einen **Teilaspekt** seines Wohls, der der relativierenden Abwägung bedarf zu elementaren Aspekten wie emotionale Eltern-Kind-Beziehung, Erziehungseignung, Kindeswille ua (ausf COESTER, Kindeswohl S 240 ff; zur Bewertung des Elternverhaltens noch unten Rz 78, 81).

**64 (3) Dritttinteressen bei „gleichwertiger Erziehungseignung“**

Gelegentlich wird Dritttinteressen, wie der Gleichberechtigung der Eltern oder dem Interesse des ehetreuen Teils, mit dem Ehebruch des anderen Teils nicht auch noch die Kinder zu verlieren, dann entscheidungsleitende Bedeutung zugesprochen, wenn beide Eltern im Lichte des Kindeswohls gleich geeignet erscheinen (so insbes SCHWAB, Handbuch Rz III 14, 172; SOERGEL-STRÄTZ Rz 34). Dies scheint im theoretischen Ansatz unbedenklich. Dennoch ist vor derartigen Grundsätzen zu warnen, denn die praktische Erfahrung zeigt, daß die Gerichte dazu neigen, bei bereitstehenden Entscheidungsregeln für „gleichgelagerte Verhältnisse“ diese vorschnell zu unterstellen (näher COESTER, Kindeswohl S 482 ff). Aus einer Hilfslösung für den Fall des non liquet wird de facto eine Vermutung zugunsten der Regelentscheidung, die allenfalls aus dem Einzelfall zu widerlegen wäre. Damit gewinnen kindesfremde Interessen eine entscheidungssteuernde Wirkung, die das Gesetz gerade ausschließt (hinsichtlich der Scheidungsschuld erhaltene der abgeschaffte Vorrang des schuldlosen Teils der Sache nach wieder Bedeutung).

**bb) Inhalt des Kindesinteresses**

65

Der Kindeswohlbegriff verpflichtet zu einer **umfassenden**, von vornherein nicht begrenzten **Berücksichtigung aller Aspekte**, die im Einzelfall für das Kind und seine weitere Entwicklung von Bedeutung sein könnten (vgl § 1666 Abs 1 mit der Aufgliederung in eine körperliche, geistige und seelische Komponente). Insoweit sind teils *rechtliche* Vorgaben zu beachten, der Kindeswohlbegriff nimmt aber auch *außerrechtliche*, insbes humanwissenschaftliche Erkenntnisse in Bezug (insoweit ist auf die Erl zu § 1666 [Rz 57 ff] zu verweisen; vgl auch COESTER, Kindeswohl S 411 ff [gesellschaftliche Standards] 419 ff [wissenschaftliche Kriterien]; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 40 ff mwN). Aus der Gesamtheit aller Gesichtspunkte haben Rechtsprechung und Wissenschaften „**Sorgerechtskriterien**“ entwickelt, die konkretisieren, was im allgemeinen als dem Kindeswohl förderlich oder schädlich anzusehen ist (dazu unten Rz 70 ff).

Dabei besteht für die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 Abs 2 ein grundsätzlicher **Unterschied** zu Kindesschutzmaßnahmen nach § 1666: Kindeswohlaspekte unterhalb der dort bezeichneten Gefährdungsschwelle können Eingriffsentscheidungen nicht tragen, der Vormundschaftsrichter hat nicht zwischen „gut“ und „weniger gut“ zu entscheiden. Der Familienrichter hingegen ist nicht auf Kriterien des staatlichen Minimalschutzes beschränkt. Die sich scheidenden und um das Sorgerecht streitenden Eltern öffnen die Familie vielmehr für eine **vorverlagerte rechtliche Beurteilung der Familiensituation**. Zum einen wird der allgemeine familiäre Autonomie- und Integritätsanspruch gegenüber dem Staat insoweit funktionslos, als nunmehr aus den zerbrochenen bisherigen Familienstrukturen neue rechtliche Beziehungen zu konstituieren sind. Zum zweiten muß schon deshalb auf Gesichtspunkte zurückgegriffen werden, die über staatlichen Minimalschutz hinausgehen, weil die durchschnittliche Scheidungsfamilie keine Tatbestände aufweist, die im Lichte der Gefährdungsgrenze des § 1666 relevant wären. Bei Zerfall der elterlichen Gemeinschaft hat das Kind Anspruch auf die Plazierungsalternative, die sich unter Abwägung **aller** rechtsverträglichen Gesichtspunkte als die für sein Wohl „beste“ erweist (COESTER, Kindeswohl S 140 ff; zu den Grenzen richterlicher Beurteilung im Privatbereich oben Rz 20). So können bei der Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 auch Rechtswertungen Bedeutung erlangen, die im Lichte des Kindeschutzrechts „sanktionslos“ sind (zB §§ 1626 Abs 2, 1618 a; näher Rz 89).

**c) Funktionale Bedeutung des Entscheidungsmaßstabs „Kindeswohl“**

66

**aa) Individualisierungsgebot**

Die zentrale Stellung des generalklauselartigen, offenen Kindeswohlbegriffs im jetzigen § 1671 ist Ausdruck der gesetzlichen Intention, anders als in früheren Gesetzesfassungen (Rz 7 ff) nicht generelle Zuteilungskriterien entscheidend sein zu lassen, sondern maßgeblich auf das Wohl des konkret betroffenen Kindes abzustellen. Hauptziel der Sorgerechtsentscheidung muß deshalb die Verwirklichung von **Individualgerechtigkeit** sein (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 16; COESTER, Kindeswohl S 143 ff). Bezugspunkt der Kindeswohlprüfung ist *dieses* Kind in seiner unaustauschbaren Identität sowie Familien- und Lebenssituation. Hieraus folgt, daß die vorfindbaren „Sorgerechtskriterien“ (Rz 70 ff) nicht unvermittelt der konkreten Entscheidung zugrundegelegt werden dürfen. Mögen sie hergeleitet sein aus Gesetz, Rechtsprechung, Rechtswissenschaft, Nachbarwissenschaften oder allgemeiner Richtigkeitsüberzeugung – stets sind sie notwendigerweise **allgemein** formuliert, bezeichnen nur **mögliche** Interessen von Kindern in der Scheidungssituation. Das Prinzip der Individualgerechtigkeit impliziert deshalb die richterliche **Verpflichtung**,

jeden allgemein anerkannten Kindeswohaspekt auf seine Bedeutung gerade für das betroffene Kind zu überprüfen und nur dann und mit dem Gewicht zu berücksichtigen, das der Aspekt im konkreten Fall hat (BGHZ 3, 53, 60; BayObLG FamRZ 1975, 223, 226; KG FamRZ 1978, 829, 830; OLG Düsseldorf FamRZ 1973, 316, 318; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314 f; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29; OLG Köln FamRZ 1976, 32 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 52; MÜNDER, Anm zu BGH v 6.12.1989, EzFamR § 1671 Nr 5; ausf COESTER, Kindeswohl S 465 ff). Vermutungen, Erfahrungssätze und „allgemeine Erwägungen“ haben solange keinen legitimen Platz in Entscheidungsbegründungen, als sie nicht konkret auf den Einzelfall umgesetzt sind (zutr OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312: Befürchtung des Sachverständigen, die Mutter könne den 5jährigen Sohn als „Partnerersatz“ nehmen, nur „allgemeine psychologische Erwägungen“, bei *dieser* Mutter bestünden keine Anzeichen dafür).

Das Individualisierungsgebot fordert gerade auch eine Vergegenwärtigung des *Sinns* der (oft formelhaft verwendeten) Sorgerechtskriterien und die diesbezügliche Überprüfung des Sachverhalts (zB: unterfallen dem grundsätzlichen Verbot der Geschwistertrennung auch Halbgeschwister, Stiefgeschwister?, dazu Rz 113).

#### 67 bb) Integrierende Gesamtschau

Mit der Feststellung und Zusammenstellung der im Einzelfall bedeutsamen Aspekte ist „das Kindeswohl“ iSv § 1671 Abs 2 noch nicht ermittelt. Die Kriterien können beziehungslos nebeneinanderstehen, sich ergänzen oder auch gegenseitig aufheben. Kernstück familienrichterlicher Verantwortung ist es, die Summe dieser Gesichtspunkte zu einem **Gesamtbild „Kindeswohl“** zu verschmelzen, dh unter Abwägung aller für und gegen eine bestimmte Zuweisung sprechenden Umstände, die für das Kind zuträglichste Lösung zu finden (BGH FamRZ 1990, 392, 393; NJW 1985, 1702, 1703; deutliche Trennung zwischen Einzelfaktoren und Gesamtabwägung auch bei OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751). Diese „integrierende Gesamtschau“ ist ein wertender, logisch und dogmatisch nicht vorstrukturierbarer Akt richterlicher Rechtserkenntnis (allgemein-rechtsmethodisch: DIEDERICHSEN FS Flume [1978] 283 ff, 285 ff; LARENZ, FS Klingmüller [1974] 235, 247 f; speziell zur Sorgerechtsentscheidung COESTER, Kindeswohl S 472 ff). Er setzt unvermittelte Sachverhaltsanschauung einschl der Persönlichkeiten der Betroffenen voraus und gehört deshalb in den spezifischen, nur begrenzt überprüfbaren Verantwortungsbereich des Tatrichters (vgl BGH aaO). In die integrierende Gesamtabwägung ist auch die Durchsetzbarkeit einer Sorgerechtszuweisung einzubeziehen – wäre der Vollzug der „eigentlich richtigen“ Zuweisung mit einer Belastung für das Kind verbunden, die größer ist als der mit ihr verbundene Vorteil, entspricht sie letztlich doch nicht dem Kindeswohl (BGH aaO: die von der Mutter aufgehetzten Kinder wären nur mit Gewalt zum sachlich vorzugswürdigen, aber von ihnen abgelehnten Vater zu bringen; vgl auch Rz 62 f zum „Sanktionsinteresse“ des Staates).

68 Eine generelle **Rangordnung einzelner Sorgerechtskriterien** würde gegen den gesetzlichen Primat des individuellen Kindeswohls verstoßen. Aus der Offenheit des Gesetzes und seiner generalklauselartigen Ermächtigung an den Familienrichter zur Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit folgt auch dessen Pflicht, sich seinerseits die Gesamtabwägung offenzuhalten und nicht mit strikten Regeln, Vermutungen und Absolutsetzungen einzelner Gesichtspunkte den Weg zu einer kindgerechten Bewertung im Einzelfall zu verbauen (BGH FamRZ 1976, 446, 448; FamRZ 1978, 405, 407; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 52; RGRK-ADELMANN Rz 9, 44, 48; MünchKomm-HINZ Rz 29 [abweichend aber Rz 35]; GERNHUBER § 56 V 1 [S 867]; *grundsätzlich anderer Ansatz* bei RASSEK [1983] und STRUCK in: VOIGT [Hrsg],

Gegentendenzen zur Verrechtlichung [1983], die das individuelle Kindeswohl gar nicht ermitteln und nach *formalen* Kriterien entscheiden wollen [vgl. Besprechung COESTER FamRZ 1984, 132]). Dem steht nicht entgegen, daß einzelne Kriterien (zB persönliche Bindung, Kindeswille) generell für gewichtiger gehalten werden als andere (zB wirtschaftliche Verhältnisse, Rz 98), und daß das Verhältnis zweier Aspekte zueinander generell vorstrukturiert wird (etwa: persönliche Betreuungsmöglichkeiten zu emotionaler Bindung, dazu Rz 92, oder: Bindung zu Elterneignung, dazu Rz 110). Die Erhebung eines Aspekts zum Leitkriterium jedoch mit der Folge, daß ein Abweichen von der so indizierten Sorgerechtszuweisung nur noch bei „Erforderlichkeit“ gestattet sein soll (entspr dem gesetzlichen Regelungsmodell bei übereinstimmendem Elternvorschlag, Abs 3 S 1), verzerrt den vom Gesetz gewollt offengelassenen Abwägungsprozeß. Ein solches Vorgehen stuft das individuelle Kindeswohl zum Korrektiv herab und ist unzulässig (vgl als Leitkriterium idS zB den „Kontinuitätsgrundsatz“ in OLG Frankfurt FamRZ 1978, 261 f; OLG Köln FamRZ 1976, 3234; oder den „Kindeswillen“ bei ELL ZfJ 1986, 289, 294 f).

Steht somit das Prinzip der Individualgerechtigkeit einer sachlichen Vorstrukturierung der Gesamtabwägung entgegen, so bleibt um so mehr zu betonen die bleibende Verpflichtung des Familienrichters auf das **Gesamtwohl des betroffenen Kindes** und die methodische Verpflichtung zur **rationalen Entscheidung**: Ausgeschlossen bleiben auch hier kindesfremde Gesichtspunkte sowie subjektive Wertungen oder Voreingenommenheit des Richters. Die Rechtspraxis zeigt insoweit gelegentlich Schwächen: So ist es weder vom Kindeswohl her noch rational nachvollziehbar, wenn die „Freundin“ des Vaters stärker negativ ins Gewicht fällt als Gewalttätigkeit und Zuwendungsmangel auf seiten der Mutter und auch den Kindeswillen zugunsten des Vaters verdrängt (OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 747 f). Oder wenn eine „gleichstarke emotionale Bindung“ des Kindes zu beiden Eltern konstatiert wird, die Mutter sodann jedoch als „wesentliche Bezugsperson“ das Sorgerecht erhält, obwohl das Kind bisher beim Vater lebte und nun von seinen Geschwistern getrennt wird (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; weitere Beispiele bei COESTER, Kindeswohl S 477 ff).

## 2. Die Sorgerechtskriterien im einzelnen

### a) Überblick

Als wesentliche Gesichtspunkte bei der Entscheidung zwischen beiden Eltern sind anerkannt: (1) Die Persönlichkeit der Eltern und ihre persönlichen Lebensumstände, ihre Erziehungseignung, die Betreuung und äußeren Lebensverhältnisse, die das Kind bei ihnen vorfindet; (2) die Qualität der jeweiligen Eltern-Kind-Beziehung; (3) die Kontinuität und Stabilität der kindlichen Lebensbedingungen; (4) der Wille des Kindes. Für die erste Gruppe hat sich die schlagwortartige Bezeichnung „*Förderungsprinzip*“ durchgesetzt; der zu (2) genannte Aspekt wird unter dem Stichwort „*Bindungen des Kindes*“ erörtert, der dritte Aspekt als „*Kontinuitätsprinzip*“ und der vierte als „*Kindeswille*“.

Diese Aufgliederung wird auch im folgenden zugrunde gelegt, allerdings mit folgenden Vorbehalten: Die genannten vier Grundaspekte sind nur idealtypisch trennbar, in der Sache bestehen vielerlei Verflechtungen (SCHWAB, Handbuch Rz III 145): So hängt der Erziehungserfolg wesentlich ab auch von der Qualität der Eltern-Kind-Beziehung (vgl Rz 100) und von der Akzeptanz des Elternteils durch das Kind (Kindeswille; vgl LEMPP FamRZ 1986, 530, 531), aber auch von der Kontinuität der Erziehungsverhältnisse. Die wünschenswerte Kontinuität bezieht sich gerade auch

auf die Bindungen des Kindes, gleichzeitig hat kontinuierliches Zusammenleben von Kind und Elternteil Indizwirkung für gewachsene Bindung (COESTER, Kindeswohl S 177; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 33); Kindeswille und Kindesbindungen sind teildentisch (Rz 117). Als Konsequenz dieser Verflechtungen ist die Terminologie der Rechtspraxis nicht einheitlich. So bezieht das BVerfG den Kontinuitätsgedanken schwerpunktmäßig auf die Bindungen im Eltern-Kind-Verhältnis (FamRZ 1982, 1179, 1183; ebenso KG FamRZ 1983, 1159, 1160 f; BT-Drucks 8/2788 S 61), während der BGH Kontinuität und Bindungen als verschiedene Gesichtspunkte behandelt (NJW 1985, 1702 f; ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 ff; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; FamRZ 1989, 654, 655), dafür aber Wünsche und Willen des Kindes dem Bindungsaspekt integriert.

## 71 b) Förderungsprinzip

Nach dem Förderungsprinzip gebührt demjenigen Elternteil der Vorzug, „bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann“ (BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 126; vgl schon BGHZ 3, 52, 59 f; NJW 1985, 1702 f = FamRZ 1985, 169). Der Sache nach umfaßt das Förderungsprinzip die **Elterneignung im weitesten Sinne**, einschl persönlicher, zwischenmenschlicher und die äußerlichen Verhältnisse betreffender Komponenten. Im einzelnen:

### aa) Persönlichkeit und persönliche Umstände der Eltern

Es gibt weder ein rechtliches Leitbild „geeigneter Elternpersönlichkeit“ noch positive wissenschaftliche Kriterien hierfür (zu letzterem LEMPP FamRZ 1986, 530, 531; KLENNER FamRZ 1989, 804, 808). Möglich sind allenfalls negative Abgrenzungen. Während die Rechtsprechung gelegentlich zu umfassender Würdigung der elterlichen Persönlichkeit neigt und zB auch über den „Charakter“ der Eltern Urteile fällt (BayObLG FamRZ 1962, 165, 168; OLG Hamm FamRZ 1967, 296, 298; OLG Karlsruhe FamRZ 1966, 108, 109), ist demgegenüber nachdrücklich auf die dem Primat des Kindeswohls innewohnende Leit- und Begrenzungsfunktion zu verweisen (oben Rz 20, 54): Zwar müssen sich Eltern eine Beurteilung ihrer persönlichen Verhältnisse daraufhin gefallen lassen, inwieweit die daraus folgenden Einflüsse auf das Kind den Kindesinteressen förderlich oder schädlich sind (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285). Die Eingriffs-iSv Beurteilungslegitimation des Staates endet aber dort, wo ein Zusammenhang mit dem Wohl des betroffenen Kindes nicht mehr besteht oder allenfalls auf hoher Abstraktionsebene herstellbar ist, daß ein konkreter Bezug nicht erkennbar ist (etwa: ein Elternteil mit „gutem Charakter“ ist auch gut für das Kind). Das Optimierungsgebot hinsichtlich grundrechtlich geschützter, aber gegenläufiger Rechte (Persönlichkeitsrecht der Eltern/Entwicklungs- und Schutzanspruch des Kindes) legt insoweit eine **zurückhaltende Tendenz** nahe (KG FamRZ 1990, 1383, 1384; 1983, 1159, 1161; OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283; zum ganzen COESTER, Kindeswohl S 203 f, 243 f, 254).

72 Zurückhaltung ist auch aus einem anderen Grund geboten: Die Persönlichkeit der Eltern bietet sich dem Familienrichter in einem Moment dar, der von vielen Betroffenen als Katastrophe, Versagen und existenzielle Verunsicherung oder Bedrohung empfunden wird. Daraus möglicherweise resultierende Haltungen (Depressivität, Aggressivität, Vermengung von Gatten- und Elternrolle) müssen nicht kennzeichnend für die Persönlichkeitsstruktur sein; sind sie offenbar *situationsbedingt*, sollten sie bei der richterlichen Prognose außer acht gelassen werden (vgl THALMANN FamRZ 1984, 634 ff, insbes 637; BUSCHMANN RdJ 1983, 408, 409; MünchKomm-HINZ Rz 33; zutr relativierend KG FamRZ 1983, 1159, 1161).

Unbeachtlich für das Kindeswohl sind regelmäßig **Ausbildung, Bildung und sozialer Status** eines Elternteils (OLG Hamm FamRZ 1980, 484, 485; MünchKomm-HINZ Rz 30; abw PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14). Anderes könnte gelten, wenn ein Elternteil auf Grund seines Berufs oder seiner Vorbildung die konkreten Neigungen oder die Ausbildung des Kindes besonders zu fördern geeignet ist.

Die **Minderjährigkeit** eines Elternteils wird ebenfalls idR unbeachtlich sein. Die tatsächliche Personensorge kann von ihm ausgeübt werden (§ 1673 Abs 2), ihr kommt für (hier notwendigerweise) kleine Kinder zentrale Bedeutung zu (BayObLG NJW 1968, 452 f). Außerdem handelt es sich nur um kurze Zeiträume, die bis zur Volljährigkeit durch Vormundbestellung zu überbrücken sind (vgl § 1 Abs 2 EheG; zur Sorgerechtsübertragung bei Ruhen der elterlichen Sorge oben Rz 34).

Seelische oder körperliche **Krankheit** können einer Sorgerechtsübertragung entgegenstehen, wenn sie die Erziehungseignung des Elternteils ausschließen, das Kind gefährden (Ansteckung) oder sonstige ungünstige Auswirkungen auf das Kind haben. Bei **Aids-Infiziertheit** eines Elternteils ist nach gegenwärtigem Erkenntnisstand eine Ansteckung des Kindes im normalen familiären Kontakt „extrem unwahrscheinlich“, eine Sorgerechtsübertragung auf ihn kommt deshalb in Betracht, wenn dies (auch im Hinblick auf das Verantwortungsbewußtsein des infizierten Elternteils und die künftige Krankheitsentwicklung) als die dem Kind vorteilhaftere Lösung erscheint (OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621; vgl OLG Hamm NJW 1989, 2336; TIEDEMANN NJW 1988, 729, 736 [allerdings mit Hinweis auf die zu befürchtende soziale Isolierung des Elternteils und seiner Familie]). Dauernde **seelische Labilität** kann die Erziehungseignung beeinträchtigen, insbes wenn sie zu **Alkoholabhängigkeit** (vgl BayObLG FamRZ 1976, 534, 535: trotz momentaner Abstinenz Rückfallgefahr; BUSCHMANN RdJ 1983, 408, 409) oder **Drogensucht** geführt hat. Auch **Selbstmordversuche** können das Kind erheblich belasten und seine Entwicklungsbedingungen beeinträchtigen (OLG Köln FamRZ 1971, 186, 187 f; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532). Allerdings ist auch hier auf die *Scheidungsbedingtheit* des elterlichen Verhaltens zu achten (vgl KG FamRZ 1983, 1159, 1161 für Selbstmorddrohungen).

Problematisch ist die **Homosexualität** eines Elternteils. *Gegen* seine Eignung wird vor allem angeführt: Das Kind könne seinerseits zur Homosexualität verleitet werden (vgl WACKE FamRZ 1990, 347, 349 im Adoptionszusammenhang); seine moralische Entwicklung werde gefährdet; es werde Angriffen und Isolierung in der gesellschaftlichen Umwelt ausgesetzt sein (zu Rechtsprechung und Diskussionsstand in den USA, wo solche Fälle sehr häufig zu entscheiden sind, vgl NOTE HarvLRev 102 [1989] 617 ff). Der verallgemeinernde Charakter dieser Argumente ist offensichtlich (vgl Rz 66). *Entscheidend* ist auch hier eine kindeszentrierte, einzelfallbezogene Sicht. Aus ihr kann sich ergeben, daß die aufgezeigten Gefahren in concreto unbelegt oder unwahrscheinlich sind und daß der homosexuelle Elternteil besser erziehungsgerecht ist als der andere Teil (so AG Mettmann FamRZ 1985, 529 [Anm LUTHIN], mit Zuweisung eines 5jährigen Sohnes zur Mutter, die in lesbischer Gemeinschaft mit einer anderen Frau lebt).

Im Grundsatz nichts anderes gilt hinsichtlich eines **transsexuellen Elternteils**. Plant dieser eine Geschlechtsumwandlung, so muß die Ehe schon vorher geschieden sein (§ 8 Abs 1 Nr 2 TSG). Die Zuweisung des Kindes zum transsexuellen Elternteil kann nicht schon wegen der Belastung versagt werden, die für das Kind mit dem Umstand verbunden ist, daß es künftig zwei Frauen oder zwei Männer als Eltern haben wird – hiermit wird es ohnehin konfrontiert. Die Erziehungseignung des transsexuellen Elternteils könnte aber dadurch beeinträchtigt werden, daß das Kind

sich statt von der bislang vertrauten Mutter nunmehr von einem zweiten „Vater“ versorgt und erzogen sieht (oder umgekehrt). Dennoch können die persönlichen Qualitäten und sonstigen Umstände im Einzelfall den Ausschlag zugunsten des transsexuellen Elternteils geben (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434 f [Änderung zugunsten des transsexuellen Elternteils]; zu einem amerikanischen Fall COESTER, Kindeswohl S 480). Plant dieser nur eine Vornamensänderung oder hat er sie während der Ehe schon durchgeführt (zu dieser Möglichkeit MASSFELLER-BÖHMER § 1 TSG Anm 2; vgl aber auch § 7 Abs 1 Nr 3 TSG), wiegen die Belastungen für das Kind von vornherein weniger schwer.

77 Problematisch ist schließlich die Entscheidung bei behaupteter **Nichtabstammung des Kindes vom (rechtlichen) Vater**. Die Abstammung des Kindes kann nur im Abstammungsprozeß geklärt werden (§§ 1593 BGB, 640 ff ZPO), diesbezügliche Ermittlungen durch das FamG sind unzulässig (SCHWOERER JZ 1962, 442 und VoraufI Rz 97; RGRK-ADELMANN Rz 67; MünchKomm-HINZ Rz 46; GERNHUBER § 45 I 5; GÖPPINGER FamRZ 1965, 169, 173; aA BayObLGZ 1961, 349 ff = FamRZ 1962, 169, 170 f). Dennoch ist eine Berücksichtigung der Abstammungsverhältnisse durch das FamG nicht ausgeschlossen (BayObLG FamRZ 1959, 122, 124; vgl BGH FamRZ 1975, 273, 276). Geht auch der Ehemann der Mutter von seiner Nichtvaterschaft aus und beantragt er nicht die Sorge für das Kind, so scheidet er mangels persönlicher Eignung und Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme als Übertragungsalternative aus (vgl Rz 83). Beansprucht er hingegen das Sorgerecht, entweder weil er die Behauptung der Mutter bestreitet oder weil er die biologischen Verhältnisse für unwichtig hält für seine Vaterrolle, so hat das FamG die Abstammungsfrage außer acht zu lassen: Die **rechtliche** Elternstellung des Vaters folgt aus §§ 1591, 1593, und für das Kindeswohl ist die **psychosoziale** Elternschaft wichtiger als die genetische (im Ergebnis ebenso GERNHUBER aaO; RGRK-ADELMANN Rz 67; teilweise abweichend MünchKomm-HINZ Rz 46; SCHWAB, Handbuch Rz III 144 für den Fall „offenkundiger Nichtabstammung“).

#### 78 bb) Verhalten der Eltern im persönlichen Bereich

Die **Scheidungsschuld** ist seit dem 1. EheRG kein Sorgerechtskriterium mehr – sie kann es schon deshalb nicht sein, weil es seit Einführung des Zerrüttungsprinzips eine verbindliche Schuldfeststellung im Eheverfahren nicht mehr gibt. Damit ist fraglich geworden, inwieweit tatsächliche **Eheverfehlungen** noch in der Sorgerechtsentscheidung berücksichtigt werden dürfen. Zwar verbieten sich Parallelen zu Billigkeitsklauseln bei den vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen (§§ 1381, 1579, 1587 c, 1587 h; zum Hausrat KG FamRZ 1988, 182 ff), weil es dort um Gerechtigkeit auf Paar-Ebene geht, bei § 1671 aber um kindgerechte Lösungen. Der **Primat des Kindeswohls** zeichnet jedoch, bereits dargestellten Grundsätzen entsprechend (Rz 20, 54), die Antwort vor: Eheverfehlungen sind insoweit weiterhin beachtlich, als sie unmittelbar die Kindesinteressen beeinträchtigt haben und aus ihnen eine fortdauernde Minderung der Erziehungseignung des betreffenden Elternteils gefolgert werden kann. Ausmaß und Gewicht der Eheverfehlungen im Verhältnis zum Ehepartner sind hingegen unbeachtlich – eine vom Erfordernis der unmittelbaren Kindbetroffenheit abstrahierende Berücksichtigung würde Elterninteressen und staatliches Sanktionsinteresse vor das Kindeswohl treten lassen, sie ist durch die allein aus den Kindesinteressen legitimierte Eingriffsbefugnis des Staates nicht gedeckt (ausf COESTER FamRZ 1977, 217 ff; vgl SCHWENZER, Status S 116; DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 309 f). Die Instrumentalisierung der Sorgerechtszuweisung im Elterninteresse wird besonders deutlich, wenn die Freihaltung des „nichtschuldigen“ Teils von Unterhaltsverpflichtungen gem § 1570 in die Abwägung einfließen soll (vgl Rz 55).

Das **Kind** ist durch Eheverfehlungen **unmittelbar betroffen**, wenn es im Zusammenhang mit ihnen zu Beeinträchtigung von Betreuung und Erziehung gekommen ist (haushaltsführender Elternteil verläßt abrupt die Familie und zieht zu neuem Partner), wenn das Kind mehr oder weniger unmittelbar Zeuge des ehewidrigen Verhaltens ist (vgl BGH FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG FamRZ 1967, 402, 405); einschl Gewalttätigkeiten gegen den anderen Ehegatten, wenn das Loyalitätsgefühl des Kindes zum anderen Elternteil verletzt wird (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283f: Der Vater bezeichnete seine Freundin schon vor der Scheidung den Kindern gegenüber als „Mama“) oder wenn der untreue Teil in anderer Weise zu erkennen gibt, daß er seine Interessen ohne die gebotene Rücksicht auf die Kinder verfolgt (vgl Rz 84). Sind die Kinder in den Ehestreit hineingezogen worden, so kann es für sie eine Belastung bedeuten, in einem Haushalt mit dem Ehebruchspartner des sorgberechtigten Teils leben zu müssen (OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716).

**Abzulehnen** sind hingegen **pauschale Verknüpfungen** von Eheverfehlungen mit **79** (vermutlich) mangelnder Erziehungseignung (so aber KEMPER ZBlJugR 1977, 413 f; STEFFEN ZBlJugR 1979, 129; bedenklich auch BVerfG NJW 1981, 1771, 1773). Wie schon vor 1977, wird hier sichtbares Fehlverhalten mit „Schuld“ an der Ehezerstörung schlicht gleichgesetzt (zutr Kritik deshalb – auf unterhaltsrechtlicher Ebene – bei DIEDERICHSEN NJW 1980, 1672, 1673; LIMBACH NJW 1980, 873 f; dies, Brühler Schriften Bd 2 [1982] S 44 ff, 48 ff) und Gattenversagen mit Elternversagen untrennbar verknüpft. Nicht-kindbezogenes Fehlverhalten darf aber auch dann nicht in die Sorgerechtsabwägung einfließen, wenn es „kraß“ ist (so aber BVerfG NJW 1981, 1771, 1773; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528; zust SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; MünchKomm-HINZ Rz 33). Ein Bezug zum Kindeswohl kann auch nicht auf abstrakter Ebene schon durch das Argument hergestellt werden, die Zerstörung der ehelichen Familiengemeinschaft sei stets kindeswohlwidrig (zu pauschal OLG Bamberg aaO; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036, wonach die Zuwendung zu einem anderen Partner Indiz sei für eine Höherbewertung der eigenen Interessen vor denen der Kinder) oder das ehewidrige Verhalten beeinträchtige als schlechtes Vorbild die sittliche Wertbildung des Kindes (OLG Bamberg aaO; OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 748 mwN für den Diskussionsstand vor dem 1. EheRG; zum Vorbildargument noch Rz 81).

Damit ist auch das Gewicht **sonstiger sittlicher Bedenken** gegen die Lebensführung **80** eines Elternteils *nach* der endgültigen Trennung berührt, insbes das Zusammenleben mit einem neuen Partner in **ehähnlicher Gemeinschaft**. Die Beachtung sittlicher Standards bei Beurteilung der Elterneignung wirft die Frage nach ihrem legitimen Stellenwert in Rechtsentscheidungen auf, die Durchsetzung „sittlicher Normen“ führt tendenziell zu einer Verdrängung der konkreten Kindesinteressen durch Gesellschaftsinteressen (oben Rz 62; SIMITIS ua, Kindeswohl S 289 ff, 296; COESTER, Kindeswohl S 242 ff). Unproblematisch ist allerdings auch hier die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen, die unmittelbar negative Auswirkungen auf das Kind haben (zB Betreuungsmängel, seelische Bedrängnis; deutlich die Fragestellung in BayObLG FamRZ 1977, 650, 653). Eine mittelbare Betroffenheit des Kindes wurde üblicherweise mit dem **Vorbildargument** begründet: Das Vorleben eines von der „Sittenordnung“ nicht gebilligten Verhaltens sei geeignet, die sittlichen Vorstellungen des Kindes von Ehe und Familie in bedenklicher Weise zu verwischen, ihm würden nicht „die richtigen sittlichen Wertmaßstäbe“ vermittelt (BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; KG FamRZ 1959, 423, 424; OLG Bamberg FamRZ 1980, 620, 622; FamRZ 1985, 528 [allerdings für den Fall doppelseitigen Ehebruchs]; OLG Hamm FamRZ 1973, 148, 149; FamRZ 1977, 744, 748; OLG München FamRZ 1979, 70, 71; ERMAN-MICHALSKI Rz 22). Angesichts weitgehender

Akzeptanz unverheirateten Zusammenlebens in der heutigen Gesellschaft hat diese Rechtsprechung viel von ihrer praktischen Bedeutung verloren, kann aber nicht als überwunden bezeichnet werden.

**81** Zuzugendermaßen gehört die Entwicklung moralisch-sittlicher Maßstäbe zum „Wohl des Kindes“ iSv § 1671 Abs 2, und die Vorbildwirkung elterlichen Verhaltens entspricht nicht nur allgemeiner Überzeugung, sondern ist entwicklungspsychologisch belegt (Eltern als „Identifikationsmodelle“, vgl LEMPP, Ehescheidung S 8; LEMPP-RÖCKER ZfKinderuJugPsych 1 [1973] 25, 26; LEHR, Die Rolle der Mutter [1974] S 129; MITSCHERLICH, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft [1963] S 74, 152, 227). Zum einen findet hier aber eine bedauerliche Verengung des „Sittlichen“ auf das geschlechtliche Partnerverhalten statt – für die umfassende sittliche Entwicklung des Kindes dürfte das Vorleben harmonischer Beziehungen zwischen zwei Erwachsenen förderlicher sein als das Erlebnis verheirateter, aber ständig streitender Eltern (verquer KG FamRZ 1968, 98, 100, wonach gerade die Harmonie der außerehelichen Partnerbeziehung die Wertmaßstäbe des Kindes gefährden soll; zutr demgegenüber BGH FamRZ 1979, 113; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531: stabiles eheähnliches Verhältnis positiv für das Kind). Zum zweiten ist der unvermittelte Schluß vom elterlichen Vorbild auf die kindliche Wertbildung zu simplifizierend, letztere ist ein komplexer, auch von vielen anderen Faktoren abhängender Prozeß (vgl PIAGET, Das moralische Urteil beim Kinde [1973]; OERTER, Moderne Entwicklungspsychologie [1977] 3. Kap). Zum dritten kann der so reduzierten Restbedeutung eines „unsittlichen Vorbilds“ im Rahmen der Gesamtabwägung des Kindeswohls (Rz 67) kaum entscheidende Bedeutung zukommen, eine positive, liebevolle Eltern-Kind-Beziehung ist für die Kindesentwicklung nach heutigem Verständnis wichtiger (i Erg ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 30; RGRK-ADELMANN Rz 66; ROLLAND Rz 25; D SCHWAB, Handbuch Rz III 136; anders noch KG FamRZ 1958, 423, 424; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528 f [im Ergebnis wegen mangelnder Kindeswohlorientiertheit des Elternteils aber vertretbar]).

**82** Entsprechend hat die Rechtsprechung auch entschieden, wenn ein Elternteil seiner von den vorherrschenden sittlichen Standards abweichenden Lebensweise eine **weltanschaulich/religiöse Rechtfertigung** unterlegt hat. So gab bei einer alternativen Wohngemeinschaft mit dem Konzept „befreiter Sexualität“ trotz teilweise auch unmittelbarer Kindbetroffenheit die enge Mutter-Kind-Beziehung und die bisherige positive Entwicklung des (7jährigen) Mädchens den Ausschlag zugunsten des Verbleibs bei der Mutter (OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f [Änderungsfall], mit überzogener Kritik von SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; WEGENER JZ 1985, 851; abl auch BOSCH FamRZ 1985, 1286; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 28; SCHWAB, Handbuch Rz III 136). Auch die Zugehörigkeit eines Elternteils zur **Bhagwan-Bewegung** disqualifiziert ihn nicht automatisch, sondern nur bei Einbeziehung und Festlegung des Kindes auf diese Weltanschauung mit der Gefahr der Abdrängung in eine gesellschaftliche Außenseiterrolle (OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285).

Gleiches gilt für die stark *religiös* geprägte Lebensführung eines Elternteils: Über Religionen ist staatlicherseits nicht zu urteilen, die Berücksichtigung kindeswohlwidriger Auswirkungen (Isolierung des Kindes, Herumschleppen bei Missionstätigkeit) ist aber bei der Auswahl des für das Kind „besseren“ Elternteils geboten (COESTER, Kindeswohl S 229 ff). Allerdings sind auch hier Pauschalurteile zu vermeiden. Ist ein Elternteil **Zeuge Jehovas**, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob er sich einer erforderlich werdenden Bluttransfusion für die Kinder wirklich entgegenstellen würde. Gewinnt das Gericht die Überzeugung, daß der Elternteil im Ernstfall das Kindeswohl über seine religiösen Überzeugungen stellen würde, kann ihm die

elterliche Sorge uneingeschränkt übertragen werden (BayObLG FamRZ 1976, 43, 46).

### cc) Kindbemühtheit der Eltern

83

#### **Bereitschaft und Fähigkeit zur Verantwortungsübernahme für das Kind:**

Maßgebliches Kriterium des Kindeswohls ist die *ernstliche Bereitschaft* eines Elternteils, die alleinige Verantwortung (einschl der damit verbundenen Belastungen) für das Kind zu übernehmen (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294 f; OLG Hamm FamRZ 1980, 487 f; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828). Sie drückt sich regelmäßig in einem *Antrag* auf Zuweisung des Sorgerechts aus; dies muß aber nicht sein, ebensowenig wie ein ausdrücklicher Antrag stets Ausdruck elterlichen Bemühens um das Kindeswohl ist (denkbar zB auch als Motiv: Unterhaltssicherung, § 1570, oder Fortsetzung des Kampfes auf Partnerebene, vgl OLG Frankfurt FamRZ 1990, 783).

Wesentlich ist auch die **Kindeswohlorientiertheit der Eltern**, dh ihre Fähigkeit, die Interessen des Kindes als eigenständige neben den ihren zu erkennen, insbes auch im Gattenstreit, und die eigenen Verhaltensweisen auf die Bedürfnisse des Kindes abzustimmen, möglicherweise auch unter Zurückstellung persönlicher Belange oder Wünsche. Dies gilt hinsichtlich der **persönlichen Lebensgestaltung**, etwa der beruflichen Tätigkeit oder der Partnerbeziehungen: Ist in der Vergangenheit deutlich geworden, daß ein Elternteil sich vorrangig von seinen persönlichen Interessen leiten ließ und Kindesinteressen für ihn eher zweitrangige Bedeutung haben, so spricht dies gegen seine Eignung (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297 [krasser Fall]; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Umgekehrt läßt erkennbare Berücksichtigung der Kindesinteressen bei der persönlichen Lebensplanung auf gute Elterneignung schließen (OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036 [Vater bringt berufliche Entscheidungen mit den Kindesinteressen in Einklang]).

Die Fähigkeit zu kindesorientiertem, verantwortlichem Handeln kann dadurch in Zweifel gerückt sein, daß ein Elternteil bei den **Trennungsvorgängen** oder im **Sorgestreit** rigoros und eigenmächtig seine Interessen verfolgt (vgl WENDL-KAMPMANN-WENDL S 254 f; OLG Köln FamRZ 1980, 1153 f [Mutter verläßt zunächst die Kinder und zieht zu Freund, fordert später, nach Konsolidierung der Verhältnisse, das Sorgerecht]; zur Aufhetzung des Kindes gegen den anderen Elternteil unten Rz 94), etwa durch *Zurückhaltung des Kindes*, nachdem es durch einstweilige Anordnung oder gem § 1672 dem anderen zugewiesen wurde, oder durch *Wegnahme* beim anderen (OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297), insbes durch **Kindesentführungen**. Solche Maßnahmen treffen das Kind regelmäßig unvorbereitet, verwirren und verunsichern es, können es entwurzeln und der Gefahr mehrfacher Umgebungswechsel aussetzen. Sie belasten das Kind seelisch im Hinblick auf die Beziehung zum anderen Elternteil und sind oft mit anderen kindeswohlwidrigen Begleitumständen verbunden (zB Verbergen, Verleugnungen, gewaltsame Rückführungsversuche). Kindesentführungen deuten deshalb auf mangelnde Kindeswohlorientiertheit des entführenden Elternteils hin und damit auf seine mangelnde Erziehungseignung (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1136 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297; OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200; OLG Hamburg FamRZ 1972, 1514, 1515 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; SIEHR FamRZ 1976, 255 ff; ders DAVorm 1977, 220 ff; die Wegnahme ignorierend hingegen AG Mettmann FamRZ 1985, 529). Dies gilt auch, wenn gleich

möglicherweise abgeschwächt, im Fall der „Gegenentführung“ durch den anderen Elternteil (vgl OLG Hamburg, ZBlJugR 1988, 94, 96). Das Gewicht, das einer Kindesentführung beizumessen ist, hängt allerdings von den Motiven des Elternteils im konkreten Fall ab: „Mildernd“ könnte berücksichtigt werden, wenn der Entführer sich für allein sorgeberechtigt (KG FamRZ 1983, 1159, 1161) oder das Kind für bedroht hielt (OLG Oldenburg FamRZ 1983, 94, 95) oder aus sonstigen Gründen im Kindesinteresse zu handeln glaubte (OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200 [Sorge um das gesundheitliche Wohl des Kindes]). Die allgemeine Überzeugung, das Kindeswohl sei nur bei ihm oder nur in Deutschland gewahrt, kann dem Entführer insoweit jedoch nicht zugutegehalten werden, hier werden nur eigene Interessen in die des Kindes projiziert. Im übrigen ist das FamG in Entführungsfällen gehalten, die Elternbeurteilung im Lichte des Kindeswohls gedanklich zu trennen vom staatlich-gesellschaftlichen Interesse an Sanktion rechtswidrigen Verhaltens (dazu oben Rz 62) und an Generalprävention. Geschieht dies nicht, kann der Entführungsaspekt überproportionales Gewicht erlangen und vom konkreten Kindeswohl ablenken (vgl COESTER, Kindeswohl S 239 Fn 351 mwN). Insbes können in der Gesamtabwägung die inzwischen eingetretene Verwurzelung des Kindes beim Entführer und sein Wille seine dortige Belassung gebieten (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200; vgl auch OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534, 535; nur im Ergebnis anders BGH FamRZ 1979, 577, 580; zu *internationalen Kindesentführungen* s noch Rz 228 ff; zur Erstattung v Detektivkosten vgl BGH NJW 1990, 2060 ff mwN [Anspruch grds gegeben]).

- 86** Das Postulat der Kindeswohlorientiertheit gilt schließlich auch für das **Verhalten der Eltern zueinander**, soweit es vom Kind wahrnehmbar ist. Zwar gelingt es vielen Betroffenen nicht, im Scheidungsstreit die Partnerebene und die Elternebene auseinanderzuhalten, zu oft kommt es zu einer Instrumentalisierung der Kinder. Insoweit handelt es sich um typischerweise situationsbedingtes Verhalten, das nicht einen grundsätzlichen Eignungsmangel darstellen muß (JOPF FamRZ 1987, 880, 883 f: Hier liegt ein wichtiger Ansatzpunkt für präventives staatliches Bemühen um das Kindeswohl, vgl Rz 24). Gelingt es einem Elternteil im Einzelfall jedoch, die persönlichen Spannungen im Verhältnis zum Partner zurückzudrängen, das Kind von den Elternkonflikten freizuhalten und ihm das Gefühl zu geben, daß es weiterhin zwei um sein Wohl bemühte Elternteile hat, so ist dies um so mehr ein wesentlicher Gesichtspunkt zugunsten dieses Elternteils (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036 [Vater hat „in schwieriger persönlicher Situation vorbildhaft reagiert“]; vgl auch OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284). Indiz für die Voranstellung der Kindesinteressen vor die eigenen kann auch sein, wenn der in erster Instanz obsiegende Elternteil das Kind zunächst, bis zur endgültigen Klärung der Sorgeberechtigung, noch beim anderen Elternteil beläßt (OLG Celle aaO; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312).

#### **87 dd) Erziehung und Förderung des Kindes**

Die elterliche **Erziehung** ist nicht, wie gelegentlich vertreten wird, im Hinblick auf Art 6 Abs 2 S 1 GG der rechtlichen Beurteilung völlig entzogen (so SCHMITT-GLAESER, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung [1980] S 14, 33, 42, 58 f). Hinsichtlich Erziehungsziel und Erziehungsmethoden gibt es einige Vorgaben des Rechts, darüber hinaus konsensgetragene Überzeugungen von den Grundbedingungen kindesförderlicher Erziehung in Wissenschaft und Rechtsprechung, die der Familienrichter ebenfalls seiner Entscheidungsfindung zugrundelegen darf (Rz 65). Über diese Vorgaben hinaus allerdings darf der Familienrichter nicht Partei ergreifen im Erziehungsstreit der Eltern, sondern muß vertretbare Erziehungskonzeptionen der Eltern als gleichwertig behandeln (OLG Hamm

FamRZ 1989, 654, 655; OLG Frankfurt FamRZ 1978, 261, 262; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202 [betr Uneinigkeit über medizinisch/hygienische Maßnahmen, die auch von Fachleuten divergierend beantwortet wurden: Entscheidend sei nur entsprechendes Verantwortungsbewußtsein der Eltern]).

Als rechtliches **Erziehungsziel** ist die *Heranbildung der jungen Menschen zur selbstbestimmungsfähigen, selbstverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit* anerkannt (vgl Art 1, 2 GG, dazu BVerfG FamRZ 1968, 578, 584; FamRZ 1974, 595, 597; BT-Drucks 8/2788 S 34; einfachgesetzliche Umsetzung in §§ 1 Abs 1, 8 Nr 2, 10 Abs 1 S 2, 21 Abs 1 KJHG). Dem entspricht eine **Erziehungsmethode**, die das Kind als *Individuum mit eigener Würde, Rechten sowie der wachsenden Fähigkeit zur Selbstentscheidung* ernst nimmt und insoweit fördert (vgl §§ 1626 Abs 2, 1631 Abs 2, 1631 a Abs 1 S 1; ausf COESTER, Kindeswohl S 183 ff, 189 ff; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 49 ff).

**Nicht** mehr zum rechtlichen Erziehungsziel gehört „gesellschaftliche Tüchtigkeit“, wie § 1 JWG formulierte. Die Eltern schulden dem Staat nicht „geeigneten Nachwuchs“ (vgl aber SCHÜTZ FamRZ 1986, 947, 948), und auch das „Aufbauen einer echten Bindung zum deutschen Volk“ ist nicht Inhalt rechtlich vorgeschriebener Erziehung (so aber SCHÜTZ aaO mit unzutreffender Berufung auf BVerfG FamRZ 1974, 579, 588; vgl dagegen BGH FamRZ 1990, 392, 393 f). Bei diesen Forderungen geht es nicht mehr um Kindeswohl, sondern Gesellschaftsinteressen (Rz 62).

Erziehungsweisen eines Elternteils, die das vorgegebene Erziehungsziel gefährden, **88** lassen ihn als ungeeignet erscheinen (Isolierung des Kindes, strikt autoritäre, auf Befehl und Gehorsam aufbauende Erziehung). Die Herkunft des Elternteils aus *fremder Kultur*, in der solche Erziehung üblich ist, ändert daran nichts, das Kindeswohl ist nach deutschem Recht zu beurteilen (Rz 221; zu türkischen Eltern § 1666 Rz 120 ff; vgl AG Bonn FRES 1 [1979] S 10 ff [spanischer Vater unterbindet Kontakte der Tochter zu Gleichaltrigen]). Die Elterneignung entfällt regelmäßig auch bei Fehlverhalten gegenüber dem Kind, das von vornherein nicht mehr als „Erziehungsverhalten“ eingestuft werden kann und auch Eingriffe nach § 1666 rechtfertigen würde, zB **Gewalttätigkeiten** (OLG Hamm NJW 1968, 454; FamRZ 1977, 745, 747; LG Mannheim NJW 1972, 950; zur Kindesmißhandlung im Rahmen des § 1666 s dort Rz 75 ff) oder **sexueller Mißbrauch** (vgl § 1666 Rz 75; zur Problematik entsprechender Vorwürfe, zumeist der Mutter gegen den Vater, im Scheidungszusammenhang s RÖCKER in: DU BOIS [Hrsg], Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie [1989] S 145 ff [Risiko der Falschbeziehung; psychologische Zwangslage für das Kind; Fall für Kindesanwalt?]).

In der Wahl zwischen den Eltern darf der Familienrichter aber auch Rechtswertungen **89** heranziehen, deren Verletzung allein noch keinen Eingriff in die intakte Familie rechtfertigen würde (Rz 19; insoweit mißverständlich der Ansatz in OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285 [Bhagwan]). Es ist also zugunsten eines Elternteils zu berücksichtigen, wenn es ihm (im Gegensatz zum anderen Teil) gelingt, das Kind **partnerschaftlich zu erziehen** (§ 1626 Abs 2; vgl demgegenüber § 1666 Rz 113). Dabei ist „partnerschaftlich“ nicht zu verwechseln mit permissiver, auf elterlicher Schwäche beruhender Haltung (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233; OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 3). Partnerschaftliche Erziehung ist auch „in gewissem Umfange“ mit der Forderung nach Disziplin, Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit und Unterordnung verträglich (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655; eine gewisse Vorliebe der Rechtsprechung für die „feste Hand“ in Erziehungsfragen ist jedoch unverkennbar). Zu berücksichtigen ist ferner, wenn (nur) ein Elternteil das Kind in **Ausbildungs- und Berufsfragen** angemessen beteiligt

(§ 1631 a Abs 1 S 1), oder wenn ein Elternteil ohne **Züchtigung** des Kindes auskommt, selbst wenn die Züchtigung durch den anderen Elternteil das Maß des (derzeit noch) Erlaubten nicht überschreitet (OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 747; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 29; näher COESTER, Kindeswohl S 194 f; zum elterlichen Züchtigungsrecht allgemein s Erl zu §§ 1626, 1631).

- 90** Die Qualität der Erziehung hängt desweiteren von der **Stabilität der Lebensverhältnisse** ab, die das Kind bei den Elternteilen jeweils zu erwarten hat. Als zukunftsorientierter Aspekt ist die Stabilität vom Kontinuitätsgedanken zu unterscheiden (zu letzterem unten Rz 126), sie ist als „Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes“ (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183) zu sichern, unabhängig von den bisherigen Betreuungsverhältnissen (vgl FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 36, 41; ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 18; ELL, Trennung [1979] S 62 ff). Sie beruht auf der Erkenntnis, daß Erziehung „das Aufbauen von Verhaltenskonstanten“ ist (BayObLG FamRZ 1976, 38, 40), bezieht sich aber auch auf die persönlichen Bindungen des Kindes (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233) und die äußeren Lebensumstände. Der Stabilität der künftigen Erziehungsverhältnisse wird in der Rechtsprechung hohe Bedeutung zugemessen (KG FamRZ 1990, 1383, 1384; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 298; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314). Sind die künftigen Lebensumstände eines Elternteils hingegen ungesichert oder führt er einen unsteten Lebenswandel, spricht dies gegen eine Sorgerechtszuweisung an ihn (OLG Celle aaO; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Die Unstetigkeit kann auch auf ständigem Partnerwechsel der zur dauernden Bindung unfähigen Mutter beruhen (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 f, unter Hinweis auf entsprechende soziale Entwicklungsstörungen beim Kind).
- 91** Ein wesentlicher Aspekt sind auch die Möglichkeiten der Eltern zur **persönlichen Betreuung des Kindes**. Es entspricht verbreiteter Überzeugung, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kindeswohl förderlicher ist als Drittbetreuung, und seien die „Dritten“ auch die Großeltern (BVerfG NJW 1981, 217, 219; OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297; FamRZ 1990, 550; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Demgemäß gebührt bei beiderseits geeigneten Eltern regelmäßig dem *nicht berufstätigen* Elternteil der Vorrang (zur Unmaßgeblichkeit von Gleichberechtigungserwägungen und zum „Muttevvorrang“ insoweit Rz 58). Bei *beiderseitiger Berufstätigkeit* kann entscheidend sein, wer dem Kind mehr Zeit zuwenden kann (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294 f [Vater, der Betreuung durch Dritte werktätlich bis 15 Uhr sicherstellt und sich im übrigen intensiv um das Kind kümmert, hat Vorrang vor Mutter, die das Kind gänzlich bei den Großeltern aufwachsen lassen will]; ähnlich, nur in umgekehrter Konstellation OLG Hamm FamRZ 1980, 487 f; vgl OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; AG Mettmann FamRZ 1985, 529).
- 92** Allerdings ist der Betreuungsaspekt in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Zum einen ist im Zweifel die **Qualität der elterlichen Zuwendung** für das Kind wichtiger als die Quantität der aufgewendeten Zeit (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531, 532; vgl LEHR, Die Rolle der Mutter in der Sozialisation des Kindes [1974]; dies ZBlJugR 1975, 413: Die schlechteste Alternative für das Kind ist die mit ihrer Rolle unzufriedene Nur-Hausfrau). Zum zweiten kann der **Bindungsaspekt** den Zeitfaktor aufwiegen. Dies gilt einerseits zugunsten des berufstätigen Elternteils, zu dem das Kind sich stärker hingezogen fühlt (BVerfG NJW 1981, 217, 219; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 27 ff; KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998). Es kann aber auch eine gewachsene Bindung an den *betreuenden Dritten*,

häufig die Großeltern, schützenswert sein – in diesem Fall kann das Sorgerecht dem Elternteil zuzusprechen sein, der das Kind den Großeltern (zumindest zunächst) beläßt (OLG Hamm FamRZ 1986, 714; FamRZ 1985, 637, 638; FamRZ 1980, 485 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43; RGRK-ADELMANN Rz 59). Gefordert werden muß dabei jedoch, daß er dieses zur Schonung der Kindesbindungen tut und nicht aus Desinteresse am Kind. Aufschlußreich insoweit sollte sein, ob und wie intensiv der Elternteil sich um das Kind in der ihm dafür zur Verfügung stehenden Zeit kümmert und versucht, seiner Elternverantwortung zu genügen. Die Sorgerechtszuweisung an einen Elternteil, der das Kind bei dessen vertrauter Bindungsperson belassen will und im übrigen selbst keinerlei Elternfunktionen wahrnimmt, ist eine Umgehung des § 1671 Abs 5 S 1 und keine kindeswohlgerechte Ausübung des staatlichen Wächteramts (tendenziell ebenso JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43). Auf eine bestimmte Quantität der elterlichen Beteiligung an der Sorgerechtsausübung kommt es dabei allerdings nicht an, entscheidend ist das Bemühen im Rahmen des Möglichen (ähnlich wohl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14).

Nach mancher Ansicht hat die persönliche elterliche Betreuung *zentrale Bedeutung* **93** für **Kleinkinder**, verliert aber mit zunehmendem Alter an Gewicht (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; MünchKomm-HINZ Rz 30; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 25, 26; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14). Dies mag im Hinblick auf das Zeitgefühl des Kleinkindes, seine psychische Angewiesenheit auf seine „Bezugspersonen“ und sein gesteigertes Bedürfnis nach stabilen familiären Lebensbedingungen richtig sein, sollte aber nicht in dem Sinne mißverstanden werden, daß persönliche Betreuung bei älteren Kindern „unwichtig“ sei.

In neuerer Zeit hat sich ein weiteres Erziehungskriterium in den Vordergrund **94** geschoben, das speziell für die Scheidungsfamilie gilt: Die Fähigkeit und Bereitschaft eines Elternteils, als Sorgeberechtigter dem Kind ein **positives Bild vom anderen Elternteil** zu belassen (oder zu vermitteln) und dessen **Kontakte mit dem Kind spannungsfrei zu ermöglichen**, möglichst sogar zu fördern (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; BGH NJW 1985, 1702, 1704; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1137; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 254 f). Grundlage dieses Kriteriums ist die wissenschaftliche Erkenntnis, daß das Scheidungskind das Scheidungstrauma am ehesten bewältigen kann, wenn es erfährt, daß es weiterhin *zwei* an seinem Wohl interessierte Eltern hat (§ Rz 162). Gesetzlichen Niederschlag hat diese Erkenntnis in § 1634 Abs 1 S 2 gefunden (als scheidungsspezifische Ausprägung von § 1618 a, dazu dort Rz 36).

Ist diese kindgerechte Haltung bei einem Elternteil vorhanden, scheint er als Sorgeberechtigter besonders gut geeignet. In Zweifelsfällen drohen Gerichte gelegentlich mit § 1696, falls der begünstigte Elternteil das erforderliche Wohlverhalten nicht zeigen sollte (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234 f). Umgekehrt fällt negativ in die Waagschale, wenn ein Elternteil seine feindselige, aggressive Einstellung gegenüber dem anderen Teil auch auf das Kind überträgt, es etwa negativ beeinflusst und aufhetzt. Hierin liegt ein erhebliches Elternversagen, das die Erziehungseignung stark beeinträchtigt (BGH NJW 1985, 1702, 1704; OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655 f; Schweizerisches Bundesgericht, BGE 115, 206 ff, 210 f). Eine extreme Spielart dieses Versagens sind Kindesentführungen (dazu Rz 85). Allerdings ist auch hier zu prüfen, ob eine verhärtete Grundhaltung des Elternteils vorliegt oder nur *krisenbedingtes Fehlverhalten*, das nicht repräsentativ sein muß für die Beziehungen in der Nach-Scheidungsfamilie (THAL-

MANN FamRZ 1984, 634, 636; KG FamRZ 1983, 1159, 1160). Selbst im erstgenannten Fall muß das Kind die Situation jedoch schicksalhaft hinnehmen, wenn in der Person des anderen Elternteils keine bessere Alternative zur Verfügung steht: Das Versagen des aufhetzenden Elternteils betrifft immerhin nur einen *Teil* des gesamten Erziehungsbereichs und begründet nicht notwendig seine völlige Ungeeignetheit als Sorgeberechtigter (BGH NJW 1985, 1702, 1704).

- 95 Familiäres und soziales Umfeld:** Neben den persönlichen Erziehungs- und Betreuungsfähigkeiten der Eltern ist auch das familiäre und soziale Umfeld zu beachten, das das Kind jeweils vorfinden würde. Hierzu gehören die **Großeltern** und andere Verwandte, deren Persönlichkeiten und Verhaltensweisen dann in die Ermittlungen einzubeziehen sind, wenn sie nennenswerten Einfluß auf das Kind haben werden (OLG München FamRZ 1979, 70, 71). Das Vorhandensein von **Geschwistern** ist ein wichtiger Gesichtspunkt, aber auch von anderen Kindern im Haushalt, etwa Stiefgeschwistern (vgl BayObLG FamRZ 1976, 38, 40: „pädagogischer Vorteil“; vgl noch Rz 112). Auch die Person des **neuen Lebenspartners** ist für das Kind von Interesse, sie kann positiv oder negativ ins Gewicht fallen (OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154; zum sittlichen Aspekt des „Konkubinats“ Rz 80, 81). Hat der neue Partner die Lebensverhältnisse des Elternteils stabilisiert und zeigt er eine positive Einstellung zum Kind (einschl dessen Beziehungen zum anderen Elternteil), kann er als günstiger Faktor für den jeweiligen Elternteil berücksichtigt werden (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; zur entsprechenden Ermittlungspflicht des Gerichts OLG Köln FamRZ 1980, 1153 f). Eine ungesicherte Partnerbeziehung oder gar häufig wechselnde Beziehungen sind eher negativ einzustufen (OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297 f; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 f). War der Partner der „Scheidungsgrund“ und wissen die Kinder das, kann das Zusammenleben mit diesem die Kinder in Loyalitätskonflikte bringen und psychisch belasten (OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716).
- 96** Auch die **sonstigen Lebensbedingungen** bei einem Elternteil können im Einzelfall Gewicht erlangen, etwa die Abwägung zwischen dem Aufwachsen auf einem (dem Kind vertrauten) Bauernhof oder in einer Stadtwohnung (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655). Das gleiche gilt in der gemischt-nationalen Familie, insbes wenn zwischen einem deutschen und einem **ausländischen Elternteil** zu entscheiden ist. Die Begünstigung des einheimischen Elternteils, wie sie in der Gerichtspraxis (auch ausländischer Staaten) häufig zu beobachten ist, wirkt als Einladung zu Kindesentführungen (vgl Rz 228 ff) und hat mit den konkreten Kindesinteressen nichts zu tun (vgl § 1666 Rz 68; eher nationalistisch demgegenüber Schürz FamRZ 1986, 947, 948). Die ausländische Staatsangehörigkeit eines Elternteils als solche ist schlechthin unbeachtlich (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232 ff). Aber auch wenn die *Umsiedlung ins Heimatland* dieses Elternteils geplant ist, entscheidet allein dessen persönliche Eignung und die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung; weitere Gesichtspunkte können dabei sein die Staatsangehörigkeit des Kindes und seine Vertrautheit mit Sprache und Kultur im fremden Staat (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 ff [Entscheidung zugunsten des iranischen Vaters; allerdings hätte die deutsche Mutter das Kind sonst mit nach Spanien genommen]). Kindeswohlgefährdungen im Ausland sind nicht generell zu unterstellen (vgl aber OLG München FamRZ 1977, 749 f; § 1666 Rz 68), sondern im Einzelfall zu überprüfen (das OLG Düsseldorf prüfte und verneinte eine Gefährdung des Kindes durch die iranisch-irakischen Kriegswirren). Das Erziehungsverhalten des ausländischen Elternteils muß allerdings an denselben Grundsätzen gemessen werden wie das des deutschen Teils (Rz 88). Ähnliches gilt, wenn ein *deutscher Elternteil* mit den Kindern **ins Ausland umziehen will** oder schon umgezogen ist – nicht das „Ausland“ ist entscheidend, sondern die Lebensbedin-

gungen des Kindes nach allgemeinen Kriterien (BGH FamRZ 1990, 392 [Mutter ist mit Kindern nach Italien gezogen]; OLG Bamberg FamRZ 1988, 752 f [Mutter will nach Kanada zu ihren Eltern]). Zwar mögen damit für die Kinder anfangs Sprachprobleme verbunden sein, und sie werden nicht auch faktisch-sozial im deutschen Lebenskreis verwurzelt. Dem stehen als Vorteile aber die Vertrautheit mit einer anderen Kultur und die Zweisprachigkeit der Kinder gegenüber (BGH S 393 f).

Problematisch ist in all diesen Fällen allerdings der Umstand, daß der **Kontakt des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil** bei Umzug ins Ausland erheblich erschwert wird, praktisch sogar oft abreißt (vgl den Sachverhalt in OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201). Bei deutlich besserer Eignung des ausländischen bzw auswanderungswilligen Elternteils muß das Umgangsrecht als das „schwächere Recht“ jedoch zurücktreten (BGH FamRZ 1990, 392, 393; FamRZ 1987, 356, 358), zumal nach der geplanten Entwicklung die Eltern ohnehin in verschiedenen Staaten leben werden, mit entsprechenden Umgangsproblemen des nichtsorgeberechtigten Teils. Es liegt in der Verantwortung der Eltern, den nach den Umständen noch möglichen Kontakt aufrechtzuerhalten (zur entsprechenden Änderungsproblematik s Erl zu § 1696).

**Wirtschaftliche Verhältnisse:** Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern sind für 98 das Kind nicht bedeutungslos (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036), treten aber gegenüber den persönlichen Aspekten des Kindeswohls nach allgemeiner Auffassung zurück (BGH NJW 1951, 879; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 23). Wesentliches Gewicht können sie nur erlangen, wenn bei einem Elternteil die ökonomischen Mindeststandards nicht gewährleistet sind (vgl OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178: Unterschiede oberhalb dieser Grenze unbeachtlich) oder wegen ungesicherter wirtschaftlicher Situation eines Elternteils die Instabilität seiner Lebensverhältnisse zu befürchten ist (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313 ff; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036).

### c) Bindungen des Kindes

99

#### aa) Grundgedanken

Der Hinweis auf die Bindungen des Kindes ist durch das SorgeRG in Abs 2 eingefügt worden. Hintergrund waren *entwicklungspsychologische und kinderpsychiatrische Erkenntnisse* über die psychischen Bedürfnisse des Kindes, insbes in nicht intakten Familien, und deren Verbreitung nicht nur in der Allgemeinheit, sondern gezielt auch im juristischen Bereich (vgl insbes die Publikationen von GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT und LEMPP im Schriftumsverzeichnis). Dem durch Zerbrechen der Elterngemeinschaft psychisch ohnehin belasteten Kind sollen seine gewachsenen Bindungen nicht weitergehend zerstört werden, als dies den Umständen nach unvermeidbar ist (BT-Drucks 8/2788 S 33, 40, 61).

Der rechtspolitische Grund für die Beachtung der Kindesbindungen ist ein zweifacher: Zum einen geht es um den **Schutz des Kindes „in seiner Individualität als Grundrechtsträger“** (BVerfG NJW 1981, 217, 218, s oben Rz 52), um die Minimierung des Schadens für seine Beziehungswelt und damit auch Persönlichkeit, der mit der Trennung seiner Eltern verbunden ist: Humanwissenschaftler sprechen von einem „Grundrecht auf Bindung“ (LEMPP FamRZ 1984, 741, 742, 744; vgl. ELL ZfJ 1986, 289, 294). Für die staatliche Intervention gem § 1671 Abs 1 und den Kindeswohlbegriff ist dies nicht ein Kriterium unter anderen, sondern ein **sinngebendes Prinzip**, dem deutlich eigenständige Bedeutung neben dem Förderungsprinzip zukommt. 100

Zum zweiten besteht aber auch ein **Zusammenhang mit dem Förderungsprinzip:** Persönlichkeitsentwicklung und Erziehungserfolg im Hinblick auf die Erziehungs-

ziele der Selbstbestimmungs- und Gemeinschaftsfähigkeit (Rz 87) sind nur auf der Grundlage kontinuierlicher, liebe- und vertrauensvoller Beziehung zwischen Kindern und Eltern möglich (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233; LEMPP FamRZ 1984, 741, 742; ders FamRZ 1986, 530, 531; ders FamRZ 1986, 1061, 1062; MünchKomm-HINZ Rz 40; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 37).

Hieraus wird auch eine **Verflechtung** des Bindungsaspekts **mit den anderen Hauptkriterien** des Kindeswohls deutlich: Bindungserhaltung ist das Herzstück des **Kontinuitätsgedankens** (vgl. Rz 90, 126), außerdem kann auch der **Kindeswille** als Artikulierung der kindlichen Bindungen verstanden werden (Rz 117, 118 ff).

- 101 Bezugspunkt der Bindungen** sind nach dem Gesetz „insbesondere“ die Eltern und Geschwister. Hieraus wird allgemein geschlossen, daß auch anderweitige Bindungen personaler und regionaler Art beachtlich sind. Demgemäß werden gelegentlich zwei Bindungsbereiche unterschieden, mit unterschiedlicher Bezeichnung: personale/lokale Bindung (ELL ZBlJugR 1986, 289, 291), psychische Bindung an Bezugspersonen/Beziehungs- und Umgebungskontinuität (vgl MünchKomm-HINZ Rz 38, 39) oder inner-/außerfamiliäre Beziehungswelt (vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 44). Solche Aufteilungen haben beschreibenden Wert, dürfen aber nicht von der Erkenntnis ablenken, daß das Kind – wie jeder Mensch – in ein (mehr oder weniger ausdifferenziertes) **komplexes Beziehungsnetz** eingebunden ist, mit stufenlosen Übergängen von der engsten persönlichen Bindung bis zur (bloßen) regionalen Vertrautheit und mit sich verlagernden Schwerpunkten im Laufe der Kindesentwicklung. Bezugspunkte kindlicher Bindung können demnach vor allem sein die Eltern, Geschwister, weitere Familienmitglieder, familienfremde Betreuungspersonen, Freunde, Kindergarten und Schule sowie die dort tätigen Erziehungspersonen, Wohnumgebung sowie Kulturkreis.

## 102 bb) Der sogenannte Bindungsstreit

Bedeutung und Gewicht des Bindungsaspekts sind in der humanwissenschaftlichen und juristischen Literatur seit dem SorgeRG umstritten; Hintergründe und Inhalt der streitigen Positionen sind bei der Gesetzesinterpretation zu beachten. Die Betonung der psychosozialen Bedürfnisse des Kindes insbes nach stabilen menschlichen Bezugsverhältnissen richtete sich zunächst nur gegen eine Rechtspraxis, die normal entwickelte und insbes auch kleinere Kinder für problemlos umsetzbar hielt: „Erfahrungsgemäß“ sollten die Kinder demnach die mit einem Plazierungswechsel verbundenen seelischen Erschütterungen schnell und ohne nachhaltige Beeinträchtigung überwinden (BGHZ 6, 342, 347; BayObLG FamRZ 1985, 1175 [Leitsatz zu § 1632 Abs 4]; weitere Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 178 Fn 13; zur Kritik ebd sowie S 376, 380, 447, 455, 469 f mwN). Die sich hiergegen wendende „**Bindungstheorie**“ fußt auf psychoanalytischer Grundlage (ist aber nicht deren notwendiges Ergebnis; es gibt auch Psychoanalytiker, die eine eher systemische Sicht vertreten, vgl FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff).

Sie sieht das Kind als unfertigen Menschen gebunden an *Bezugspersonen*, deren konstante Präsenz und Zuwendung ihm die Sicherheit zur allmählichen Reifung und Ablösung verleiht. Scheiden sich die Ehegatten, gibt es für das Kind nur noch „Elterntrümmer“ (LEMPP, Ehescheidung S 10). Die bisherige Beziehungsgemeinschaft ist zerfallen, die am wenigsten schädliche Alternative für das Kind in dieser Situation ist die Konstituierung einer neuen und dauerhaften *Restfamilie* mit demjenigen Elternteil, zu dem es die *stärkere Bindung* hat. Angesichts der Scheidungserschütterung stehen jetzt *Klarheit, Sicherheit und Stetigkeit* dieser Neuordnung im Vordergrund (GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I, passim, insbes S 37 f; LEMPP, Verhandlungen des 54. DJT [1982] Teil I, S 43, 52 f; ders, Ehescheidung S 8 ff; ders FamRZ

1984, 741 ff; ders ZfJ 1984, 169 ff; ders ZfKinderuJugPsych 13 [1985] 43 ff; KALTENBORN FamRZ 1987, 990 ff; 997 ff; ders ZfJ 1989, 60, 67; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 32 f).

Die „systemische“ oder auch „familiendynamische Sicht“ kritisiert diesen Bindungsbegriff als zu statisch und zu verengt. „Bindung“ sei keine gegebene Eigenschaft des Kindes, sie bezeichne wechselseitige, sich gegenseitig beeinflussende und kontinuierlich wandelnde Beziehungen *zwischen* Menschen. Die Familie und sonstige soziale Umwelt des Kindes werden als „System“ verstanden, als ein *Beziehungsnetz*, das sich bei Trennung und Scheidung der Eltern nicht auflöst – das Kind behält zwei Elternteile –, sondern nur einschneidende Veränderungen erfährt. Nicht Konstituierung einer Restfamilie aus den Trümmern der bisherigen umfassenden Gemeinschaft, nicht die eher retrospektive Feststellung der „Haupt Bezugsperson“ am Maßstab der stärkeren Bindung des Kindes sei im Scheidungsfall sinnvolles Interventionsziel, sondern der *Versuch*, im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Kindes *möglichst viel von seinem bisherigen Beziehungsgeflecht zu erhalten*, wengleich unter Anpassung an die veränderten Lebensumstände (FTHENAKIS ArchfSozArb 1986, 174 ff; ders, in: Der Anwalt des Kindes, Evangelische Akademie Bad Boll, Protokolldienst 14/1983 S 73 ff; ders, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33 ff; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 55 ff; ders, Väter Bd 1 [1985] S 210 ff, Bd 2 [1985] S 55 ff; ders FamRZ 1985, 662 ff; JOPT FamRZ 1987, 875 ff; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 918; RABAA S 27 ff und passim; COTRONEO-KRASNER Familiendynamik 4 [1979] 355 ff; *im Grundsatz* auch KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f; KLENNER FamRZ 1989, 804 ff).

In dieser unter dem Stichwort „**Bindungsstreit**“ bekanntgewordenen Kontroverse **103** (dazu auch LUTHIN FamRZ 1984, 114, 115 f; LIMBACH, Gemeinsames Sorgerecht S 48 ff; dies ZfRSoz 9 [1988] 155; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] 35, 43 ff) geht es – trotz vieler mißverständlicher Äußerungen – in Wirklichkeit nicht um die grundsätzliche Beachtlichkeit der Kindesbindungen im Rahmen des Kindeswohls. Der *Gesetzgeber* hat „Bindungen des Kindes“ nicht in einem wissenschaftlich vorgeprägten Sinne verstanden, sondern umgangssprachlich als emotionale Zuneigung, Verbundenheitsgefühl, „gute Beziehung“ (vgl BT-Drucks 8/111 S 40; RABAA S 20; KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f). Insoweit sind „Bindungen“ ein der Erkenntnis auch des psychologischen Laien zugängliches und unbestreitbares Phänomen (KOECHEL 641). Weder bestreiten die „Systemiker“ die Existenz oder die Wichtigkeit solcher Bindungen (FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 663), noch bestreiten umgekehrt die „Bindungstheoretiker“ die grundsätzliche Berechtigung der systemischen Sicht der Familie (vgl KOECHEL FamRZ 1986, 637 ff; KLENNER FamRZ 1989, 804 ff [heute allgemeine psychologische Erkenntnis]). Die eigentliche Meinungsverschiedenheit besteht hinsichtlich des grundsätzlich angemessenen staatlichen Interventionsansatzes bei Scheidung: *Schaffung klarer Sorgerechtsverhältnisse durch Etablierung einer Restfamilie* unter (weitgehendem) Ausschluß des nichtsorgeberechtigten Elternteils (Bindungstheorie) **oder** *Reorganisation der gesamten Familie* unter weitestmöglicher Einbeziehung beider Elternteile (systemischer Ansatz).

*Bindung* spielt in beiden Ansätzen eine wesentliche Rolle. Unausgesprochene Prämisse der sog Bindungstheorie ist der notwendige Verlust einer vollwertigen Eltern-Kind-Beziehung für das Kind; die Betonung der „Bindung“ bei der Suche nach dem künftigen sorgeberechtigten Elternteil dient der Schadensminimierung. Die Bindungstheorie ist eine *Theorie der teilweisen Eltern-Kind-Scheidung* als notwendige Folge der Ehegattenscheidung (deshalb FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 669: „erwachsenenorientiert“).

Die *systemische Theorie* wendet sich gegen die begrenzte Wirkungsmöglichkeit von „Bindung“ als Auswahlkriterium zwischen zwei Elternteilen und gegen ihre thematische Verengung auf das bilaterale („dyadische“) Eltern-Kind-Verhältnis. Sie akzeptiert die Prämisse notwendigen Elternverlustes nicht und erhebt die *möglichst umfassende Beziehungserhaltung* zur Leitidee der staatlichen Wächterintervention. Sie will früher ansetzen als die Bindungstheorie, will im Vorfeld justizieller Entscheidung die Familie in ihrer eigenständigen Reorganisationsfähigkeit stützen und für die Zukunft ihre geringstmöglich beeinträchtigte Funktionsfähigkeit unter veränderten Bedingungen fördern. „Bindung“ ist in dieser Theorie kein Fremdkörper, sondern immanenter Systemgedanke iS eines nicht von vornherein beschränkten Optimierungsgebots.

- 104** Aus dieser Gegenüberstellung wird das begrenzte Konfliktfeld beider Ansätze deutlich. Die *systemische Sicht* hat ihre zentralen Wirkungsansätze *im sozialrechtlichen Bereich* (Jugend- und Familienhilfe, s § 17 KJHG; oben Rz 25, 26) und – im Rahmen des § 1671 – bei konsensgetragenen Sorgerechtsmodellen (Abs 3 S 1), insbes dem „gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung“ (Rz 162). Wo familiäre Reorganisation hingegen im Ergebnis ausscheidet, insbes bei heillos zerstrittenen Eltern, muß auch aus systemischer Sicht nach üblichen Sorgerechtskriterien, einschl des Aspekts der „stärksten Bindung“, justiziell zwischen den Eltern entschieden werden. Eine Restbedeutung behält diese Sicht aber auch noch bei familiengerichtlichen Entscheidungen nach Abs 2: (1) Der Begriff „Bindung“ ist, dem Gesetzeswortlaut entsprechend, nicht auf die Beziehung des Kindes zu seinen beiden Elternteilen beschränkt, sondern meint grundsätzlich das gesamte bisherige Beziehungsnetz des Kindes (deutlich insbes MünchKomm-Hinz Rz 38, 39); (2) Bindung ist kein statisches Phänomen, sondern als lebende und sich auch künftig verändernde Beziehung zu verstehen (JOPr FamRZ 1987, 875, 878, 882; FTHENAKIS ArchfSozArb 1986, 174, 181 ff; vgl RABAA S 38, 41, 145 f); (3) auf systemischer Sicht beruht das Entscheidungskriterium des „elterlichen Wohlverhaltens“ hinsichtlich der Beziehungen des Kindes zum anderen Elternteil (Rz 94); (4) schließlich steuert das Optimierungsgebot hinsichtlich der kindlichen Beziehungswelt die familienrichterliche (und sonstige professionelle) Einflußnahme auf die Eltern im Rahmen des Scheidungsverfahrens (Rz 25, 26, 133, 168).
- 105** Bindungstheorie und systemische Familiensicht sind also *keine unverträglichen Gegensätze*, sondern stimmen in der wesentlichen Zielsetzung (Kindesschutz, Bindungserhaltung) und bei streitigen Sorgerechtsentscheidungen teilweise überein. Soweit sie in Gegensatz treten, scheint der systemische Ansatz vorzugswürdig (vgl schon COESTER, Kindeswohl S 319–322; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35, 46–48; dem neigt offenbar auch die Bundesregierung zu, vgl Begründung zum RegE des KJHG, BT-Drucks 11/5948 S 87 f: Kindeswohlbegriff sei nicht statisch, sondern dynamisch zu verstehen). Die *optimierende Erhaltung familiärer Strukturen* ist, wie das BVerfG für eine Teilfrage entschieden hat, *verfassungsrechtliches Gebot*, wenn die Kindesinteressen in concreto gewahrt sind (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182 zur elterlichen Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts; im übrigen vgl Rz 25, 26). Spekulationen über die *quantitative* Bedeutung des Reorganisationsmodells und des „Trümmermodells“ liegen außerhalb der juristischen Fragestellung.

#### **106 cc) Der Bindungsaspekt im einzelnen**

Art und Gewicht der Bindung hängen zT vom **Kindesalter** ab. Beim Kleinkind bilden die innerfamiliären Bindungen, vor allem an die täglichen Betreuungspersonen im wesentlichen seine soziale Bezugswelt. Beim älteren Kind, etwa ab Einschulung, gewinnen die Außenkontakte stärker an Gewicht; insbes im pubertären

Ablösungsprozeß kann die Freundes- und Schulwelt für den Jugendlichen eine der Elternbindung nahezu vergleichbare Bedeutung erlangen (ELL ZfJ 1986, 289, 291; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 44).

Das Gewicht einer Bindungsbeeinträchtigung hängt weiterhin davon ab, wieviel dem Kind von seinem **sonstigen Beziehungsnetz** erhalten bleibt. Beim Kleinkind beschränkt sich dieses auf die Personen seiner nächsten und täglichen Umgebung; ist hier *ein* Elternteil auf Grund der bisherigen Funktionsverteilung zur „*Hauptbezugsperson*“ des Kindes geworden, neben der alle anderen Personen für das Kind nur periphere Bedeutung haben, so würde eine Umplazierung des Kindes einer psychosozialen Entwurzelung gleichkommen. Die hiermit verbundene seelische Erschütterung des Kindes kann nur durch schwerwiegende Bedenken gegen die bisherige Hauptbezugsperson aufgewogen werden (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39).

Besteht zu *beiden Eltern* eine tragfähige psychosoziale Eltern-Kind-Beziehung, ist das Gewicht des Bindungsaspekts im Verhältnis der Eltern zueinander wesentlich vermindert. Eine völlige Deprivation des Kindes ist jedenfalls nicht zu befürchten, eine teilweise Deprivation im Grundsatz unvermeidlich, in den Folgen über § 1634 möglichst gering zu halten. Für die Auswahl zwischen den Eltern kommt nur noch ein etwaiger *Bindungsvorsprung* eines Teils als Kriterium in Betracht. Hier gerät das FamG jedoch auf ungesicherten Boden, sofern nicht **erhebliche Bindungsunterschiede** bestehen, die auch dem psychologischen Laien erkennbar sind (vgl KOEHEL FamRZ 1986, 637, 641: Die umgangssprachlich zu verstehende „Bindung“ ist ein der Allgemeinerkenntnis zugängliches Phänomen, die beteiligten Professionellen [Familienrichter, Jugendamt, Arzt, Sachverständiger] unterscheiden sich in der Erkenntnisfähigkeit nur graduell; vgl insoweit auch die Überlegungen in OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 f). Bei **geringeren Bindungsunterschieden** wird einzuberechnen sein, daß und ggf mit welchen *Beziehungsveränderungen* nach der Scheidung zu rechnen sein wird (etwa: Die liebevoll-nachsichtige Mutter müßte als Sorgeberechtigte auch die bisher dem Vater überlassenen Disziplinierungsfunktionen übernehmen, während der Vater zum „Sonntags-Elternteil“ wird; vgl LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609; COESTER, Kindeswohl S. 336 f). Vor allem aber ist *zweifelhaft*, ob solche Bindungsunterschiede *überhaupt noch hinreichend verlässlich festgestellt* werden können. Die relative Quantifizierbarkeit von „Bindung“, etwa durch psychologische Tests, wird von humanwissenschaftlicher Seite überwiegend verneint (ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 3; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 665; ders, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 39; JOPT FamRZ 1987, 875, 879; ELL, Trennung S 86 ff; ders ZBIJugR 1982, 76 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 742; ders FamRZ 1986, 530, 531; vgl auch OLG Frankfurt DA Vorm 1979, 130, 132; KG FamRZ 1983, 1159, 1160 f; kein Problem sieht offenbar KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 999; zu Konsequenzen hinsichtlich der Einholung von Sachverständigengutachten s Rz 210). Sie kann auch nicht mit Hilfe eines Vergleichs der Betreuungszeiten erfolgen, die jeder Elternteil für das Kind einsetzen konnte, denn Bindung ist eher ein qualitativer Begriff, kein bloßes inneres Spiegelbild aufgewendeter Betreuungszeit (ARNTZEN S 13 f; ELL ZBIJugR 1982, 76, 78 f; ZfJ 1986, 289, 294; FTHENAKIS Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 50; JOPT FamRZ 1987, 875, 876). Angesichts dieser Ermittlungsprobleme und des ohnehin stark reduzierten Gewichts eines nur geringen Bindungsvorsprungs als Zuteilungskriterium sollten die FamGe, statt einen Sachverständigen zu zeit- und kostenaufwendigen Spekulationen zu veranlassen, von einer „*gleich starken Bindung*“ zu beiden Elternteilen ausgehen (vgl OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638) und nach anderweitigen Kriterien Ausschau halten (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 28; SCHWAB, Handbuch Rz III 1569).

- 109** Insoweit können auch für das kleinere Kind **andere Beziehungen** wichtig sein, etwa zur Großmutter, die bislang (und häufig verstärkt seit der Elterntrennung) die Betreuung überwiegend übernommen hat. Hier kann es angezeigt sein, das Kind demjenigen Elternteil zuzuweisen, bei dem dem Kind der Großmutterkontakt erhalten bleibt – letzterer kann bei sonst gleichen Verhältnissen den Ausschlag geben (OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550) oder eine (unterstellt) schwächere Kindesbindung zu dem sorgeberechtigten Elternteil selbst aufwiegen (s Rz 92). Ausnahmsweise können auch in jüngerem Alter schon die *Umweltbedingungen* eine Rolle spielen (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655: Bindung des Kindes an väterlichen Bauernhof und ländliche Umgebung). Wäre die Übersiedlung zu einem Elternteil mit einer erheblichen Veränderung der äußeren Lebensverhältnisse verbunden, tritt (bei beiderseitiger Kindesbindung) der Gesichtspunkt der Umweltkontinuität in den Vordergrund (Rz 128; vgl § 1666 Rz 97). Umgekehrt verliert der Bindungsaspekt an Gewicht, je vertrauter das Kind auch mit dem anderen Elternteil und den bei ihm bestehenden Lebensverhältnissen ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 295). Auch das Ausmaß, in dem eine (möglicherweise überwiegende) Bindung auf umgangsrechtlicher Ebene aufrechterhalten werden kann, ist zu berücksichtigen (ARNTZEN S 18 f; ELL ZfJ 1986, 289, 291 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39; KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 320).
- 110** Die zentralen Kindeswohlkriterien **Kindesbindung und elterliche Erziehungseignung (Förderungsprinzip)** beeinflussen sich wechselseitig (vgl MünchKomm-HINZ Rz 40: „abgestufte Komplementärfunktion“). Im Interesse des Kindes können seine persönlichen Bindungen nicht geschützt werden, wenn der Einfluß des betreffenden Elternteils für das Kind auf Dauer negativ ist. Demgemäß kommt trotz starker Bindung eine Zuweisung an einen *völlig erziehungsungeeigneten Elternteil* nicht in Betracht (BGH NJW 1985, 1702, 1703; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39; MünchKomm-HINZ Rz 40). Auch die Persönlichkeitsentwicklung behindernde, übersteigerte (symbiotische) Bindungen sprechen eher gegen eine Zuteilung (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 [„Kind als Partnerersatz“, in concreto nicht vorliegend]; vgl § 1666 Rz 88). Bei nur *geringerer Erziehungseignung* eines Elternteils kann hingegen eine wirklich stärkere Bindung an ihn doch den Ausschlag zu seinen Gunsten geben (BGH aaO). Eignungsunterschied und Bindungsunterschied sind dabei in ein proportionales Verhältnis zu setzen (MünchKomm-HINZ Rz 40). Bei beiderseitig guten Eltern-Kind-Beziehungen, aber deutlich besserer Erziehungseignung eines Teils setzt sich letzterer durch, ohne daß es auf die (spekulative, Rz 108) Frage ankommt, ob zum weniger geeigneten Teil möglicherweise eine etwas stärkere Bindung besteht.
- 111** Problematisch ist die Bewertung „*illoyaler Bindung*“, dh eines Eltern-Kind-Verhältnisses, dessen Begründung oder wesentliche Verfestigung auf pflichtwidrigem Verhalten des Elternteils beruht, insbes auf *Beeinflussung* des Kindes gegen den anderen Elternteil oder im Gefolge einer *Kindesenführung*. Bei kindzentrierter Sicht scheiden sowohl staatliches Sanktionsinteresse als auch der Gerechtigkeitsanspruch des anderen Elternteils als legitime Entscheidungskriterien im Rahmen des § 1671 Abs 2 aus (oben Rz 6 bzw 55). Die von seiten des Elternteils illoyal begründete Bindung ist in der Person des Kindes ein *Faktum*, das im Kindesinteresse nicht ignoriert werden darf (BGH NJW 1985, 1702, 1703 zur pflichtwidrigen Beeinflussung). Die Pflichtwidrigkeit des Elternteils bleibt als negativer Gesichtspunkt bei Festlegung seiner Erziehungseignung verwertbar (vgl Rz 94). Das Faktum starker Eltern-Kind-Bindung kann diese Eignungsminderung jedoch – entsprechend vorstehenden Grundsätzen (Rz 110) – überspielen. Beruht die Bindung aber nicht nur in ihrer Entstehung auf pflichtwidriger Abgrenzung gegenüber dem anderen Elternteil, sondern ist sie substantiell als kindesschädlich einzustufen (symbiotische Ein-

bindung des Kindes, isolierende soziale Abschottung, „Haßgemeinschaft“), so muß sie im wohlverstandenen Kindesinteresse (Förderungsprinzip) durch Sorgezuweisung an den besser erziehungsgeeigneten Elternteil abgebaut werden (s Rz 110; im Fall des BGH aaO gab die Erziehung durch die haßerfüllte Mutter jedoch „ansonsten . . . zu Beanstandungen keinen Anlaß“). Dabei schuldet der Staat dem Kind auch Hilfe, uU verbunden mit heilsamem Zwang, bei der Überwindung einer verhärteten Einstellung gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil (auch hier besteht eine aus Art 6 Abs 2 GG folgende sozialrechtliche Handlungspflicht des Staates [vgl Rz 25], wie sie für den allgemeinen Kinderschutz in § 1666 a iVm mit dem KJHG einfachgesetzlich ausgeführt ist, vgl § 1666 a Rz 12 f).

#### dd) Insbesondere: Geschwisterbindung

112

Das Gesetz hebt neben der Elternbindung auch die an die Geschwister besonders hervor. Dahinter steht die tradierte Überzeugung, daß es dem Kindeswohl regelmäßig förderlich sei, mit seinen Geschwistern gemeinsam aufzuwachsen (BT-Drucks 8/2788 S 62; BGH NJW 1985, 1702, 1703; BayObLG FamRZ 1985, 522, 523; FamRZ 1976, 38, 40; FamRZ 1976, 534, 535; KG FamRZ 1968, 264, 266; OLG Hamm FamRZ 1985, 1078 [LS]; FamRZ 1968, 533, 534; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Oldenburg NdsRpfl 1977, 24, 26; GERNHUBER § 56 V 2; TREITZ S 66; KLUSSMANN, Das Kind S 39; DIECKMANN AcP 178 [1978] 320). Anders als in § 81 Abs 2 EheG 1938 hat der Gesetzgeber jedoch davon abgesehen, die Geschwistergemeinschaft zum Regelfall zu erheben – man wollte die Abwägung im Einzelfall offenhalten (BT-Drucks 8/2788 S 62, gegen Bedenken der Ausschlußminderheit).

Dem Geschwistergrundsatz liegen zwei verschiedene rechtspolitische Aspekte zugrunde: Zum einen die *Erhaltung gewachsener Bindungen*, zum anderen die *Förderung des Sozialisations- und Erziehungsprozesses* durch gemeinsames Aufwachsen (vgl. NAVE-HERZ FuR 1990, 29 ff, 33 f mwN zur sozialwissenschaftlichen Lit). Der zweite Aspekt setzt eine schon vorhandene Geschwisterbindung nicht voraus, er gehört zu den Erwägungen im Rahmen des Förderungsprinzips (Rz 95). Insoweit ist die Behauptung unzutreffend, Geschwistergemeinschaft spiele nur bei bestehender gegenseitiger Bindung eine Rolle (so aber MünchKomm-HINZ Rz 41).

Die **Beachtlichkeit der Geschwisterbindung** ergibt sich zwanglos aus der Erkenntnis, **113** daß Geschwister zum psychosozialen Beziehungsnetz der Kinder gehören – dort sogar oft eine zentrale Bedeutung haben –, und daß die Erhaltung der Geschwisterbeziehung ein wesentliches Anliegen sein muß bei dem Bemühen, dem durch das Ausscheiden eines Elternteils ohnehin belasteten Kind seine emotionale Beziehungswelt im übrigen soweit wie möglich zu erhalten (vgl Rz 101; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258). Dieser allgemeine Aspekt wird unterstrichen durch die Überlegung, daß um das Sorgerecht streitende Eltern ihre Kinder in Loyalitätskonflikte und Verunsicherung stürzen, was wiederum dazu führen kann, daß diese verstärkt aneinander Halt suchen (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598: „Notwehrreaktion“).

Daß der Geschwistergrundsatz nur bei Geschwistern mit geringem **Altersunterschied** gälte (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283; MünchKomm-HINZ Rz 41), ist humanwissenschaftlich nicht belegt und widerspricht allgemeiner familiärer Erfahrung (vgl OLG Hamm FamRZ 1979, 853, 855: wichtige Bindung trotz Altersunterschiedes von 6 Jahren). Geschwisterbindung ist ein psychosoziales Phänomen, das auf tatsächlichem gemeinsamen Aufwachsen beruht – unmaßgeblich sind demgemäß die **rechtlichen und biologischen Beziehungen** zwischen den Kindern. „Psychosoziale Geschwister“ iS der Bindungsklausel des Abs 2 sind deshalb auch *Halb- und Stiefgeschwister* (BayObLG FamRZ 1976, 38, 40; FamRZ 1976, 534, 535; KG

FamRZ 1968, 264, 266; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1979, 853, 855; OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 36; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; *anders* KG FamRZ 1959, 253, 254 [mit offensichtlich mißbräuchlicher Distinktion, vgl COESTER, Kindeswohl S 468]).

Das **elterliche Gleichberechtigungsinteresse**, soweit es auf Aufteilung der Geschwister gerichtet ist, kann gegenüber dem Kindesinteresse an Bindungserhaltung keine eigenständige Bedeutung gewinnen (Rz 57; zu entsprechenden Elternvereinbarungen Rz 151).

- 114** Bindungsinteressen im familiären Beziehungsnetz können miteinander in Konflikt geraten. So mag jedes Kind, trotz Bindung der Geschwister untereinander, zu verschiedenen Elternteilen tendieren. Insoweit gilt der Grundsatz, daß das Gewicht der Geschwisterbindung **für jedes Kind**, über dessen Sorgerechtsverhältnisse zu entscheiden ist, **gesondert** und individualbezogen festzustellen und abzuwägen ist (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; MünchKomm-HINZ Rz 41). Erweist es sich in der Gesamtabwägung für Kind 1 geboten, es dem Elternteil zuzuweisen, bei dem Kind 2 nicht lebt oder leben kann, so muß im Interesse der durch das Kindeswohlprinzip geforderten Individualgerechtigkeit (Rz 66) außer acht bleiben, daß Kind 2 auf Kind 1 mehr angewiesen ist als umgekehrt – andernfalls würde Kind 1 zum Objekt der Befriedigung von Geschwisterinteressen (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; vgl Rz 54). Andererseits ist zu prüfen, ob nicht die gegenseitige Geschwisterbindung einen gewissen Bindungsrückstand hinsichtlich des Elternteils, der das andere Kind hat, auszugleichen vermag (OLG Hamm FamRZ 1979, 853, 855; entsprechende Abwägung fehlt bei OLG Karlsruhe aaO. Von einer grundsätzlichen Vorrangigkeit der Elternbindung vor der Geschwisterbindung (vgl ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 21; ELL ZBJugR 1980, 319, 324; LEMPP, Ehescheidung S 32 f; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258) sollte dabei nicht ausgegangen werden; hiergegen spricht die Fragwürdigkeit des Kriteriums „überwiegende Bindung“ bei beiderseitig vorhandener psychosozialer Elternbeziehung (Rz 108) und die Erkenntnis von der ständigen Veränderung des familiären Beziehungsgefüges (Rz 104; ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 42).

Unproblematisch ist hingegen die *ausschlaggebende Bedeutung der Geschwisterbindung*, wenn Kind 1 hinsichtlich der Eltern ambivalent ist, es aber auf jeden Fall mit Kind 2 zusammenleben möchte – mangels sonst gewichtiger Gesichtspunkte folgt die Sorgezuweisung für Kind 1 dann akzessorisch der für Kind 2 (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598: „anhängen an die ältere Schwester“).

Wie grundsätzlich, hängt auch hier die Entscheidung letztlich von den individuellen Umständen des Falles ab. Eine **Geschwistertrennung** wird in Einzelfällen unvermeidlich sein, insbes wenn die Kinder selbst ihre Präferenz für verschiedene Elternteile auch unter Inkaufnahme der Trennung aufrechterhalten (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 266, 267; FamRZ 1966, 315, 316 f; OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258).

## 115 d) Kindeswille

### aa) Grundsätze

Der Kindeswille ist seit langem als **zentrales Entscheidungskriterium** anerkannt (auslösend für die Diskussion war vor allem ein Vorstoß von LEMPP NJW 1963, 1659 ff; ders NJW 1964, 440 [gegen SCHWOERER NJW 1964, 5 ff]). Das materielle Recht erwähnt den Kindeswillen nur für eine eng begrenzte Teilfrage (Abs 3 S 2); umfassend wird hingegen auf verfahrensrechtlicher Ebene die Anhörung des Kindes

angeordnet (§ 50 b Abs 1, 2 FGG; s Rz 208). Die Gesetzesgeschichte gibt Aufschluß über diese Diskrepanz wie auch über die zutreffende Gesetzesauslegung. Den Entwürfen zum SorgeRG war die Stärkung der Kindesposition und der kindlichen Selbstentscheidung ein wesentliches Anliegen (BT-Drucks 8/2788 S 33, 40 f). Ursprünglich sollte der ausdrückliche Kindeswille eine ähnlich begrenzte Bindungswirkung für das FamG entfalten wie ein übereinstimmender Elternvorschlag (jeweils zu § 1671 Abs 3: BT-Drucks 7/650; 7/2060; 8/111), sofern das Kind 14 Jahre oder in natürlichem Sinne urteilsfähig war. Hiervon ist der Gesetzgeber schließlich abgerückt. Grund hierfür war jedoch nicht eine materielle Rückstufung des Gewichts des Kindeswillens, sondern Bedenken gegen eine formalisierte Entscheidungskompetenz des Kindes: Man fürchtete eine übermäßige Belastung des Kindes (dazu auch BVerfG NJW 1981, 217, 219; ARNTZEN, Elterliche Sorge S 65 f), massive Beeinflussungsversuche seitens der Eltern und außerdem Rechtsunsicherheit hinsichtlich der „Urteilsfähigkeit“ des Kindes unter 14 Jahren (BT-Drucks 8/2788 S 40, 61 f). Über § 50 b FGG wird das FamG jedoch gezwungen, das Kind in seiner Individualität einschl seiner Wünsche zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht impliziert die (in § 1671 unausgesprochene) **umfassende materiellrechtliche Beachtlichkeit des Kindeswillens** (BT-Drucks 8/2788 S 73; vgl BGH NJW 1985, 1702, 1703). Dabei bleiben seine Gewichtung und sein Stellenwert in der Gesamtabwägung dem gesetzlich nicht eingeschränkten, pflichtgemäßen Ermessen des FamG überlassen. Das Konzept des Gesetzes lautet also: Beachtlichkeit des Kindeswillens als wesentliches Entscheidungskriterium, aber weitestmögliche Schonung und Schutz des Kindes bei Ermittlung und Berücksichtigung seiner Haltung.

Der Kindeswille als Ausdruck des „subjektiven Kindesinteresses“ bleibt **Gesichtspunkt im Rahmen des übergeordneten Entscheidungsmaßstabs Kindeswohl**, dh des „wohlverstandenen Kindesinteresses“. Demgemäß muß stets die Verträglichkeit der vom Kind gewünschten Lösung mit seinem „Wohl“ geprüft werden (innerhalb dessen allerdings der Kindeswille zu beachten ist, BVerfG NJW 1981, 217, 218; BGH NJW 1985, 1702, 1703; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; LUTHIN FamRZ 1984, 116). Ist das Kindeswohl bei beiden Eltern gefährdet, muß sein Wille zugunsten eines Elternteils unbeachtlich bleiben und gem Abs 5 S 1 entschieden werden (OLG München FamRZ 1984, 407). Im übrigen kann das **Gewicht des Kindeswillens** im Einzelfall sehr verschieden sein: Der schwankende, unentschlossene Wille hat weniger entscheidungsleitende Bedeutung (OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751) als der nachdrückliche und beständige Kindeswille (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655). Hat das Kind eine tragfähige Bindung zu jedem Elternteil und zeigt es sich nur von den „Sonntagsbedingungen“ beim bisherigen Besuchs-Elternteil beeindruckt, die dieser als Sorgeberechtigter nicht durchhalten könnte, so kann der Kindeswille ebenfalls weniger beachtlich sein (OLG Bamberg aaO; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314). Umgekehrt kann dem Kindeswillen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, wenn die Verhältnisse bei beiden Elternteilen im Lichte des Kindeswohls als annähernd gleichwertig erscheinen (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598; ERMAN-MICHALSKI Rz 21; LEMPP FamRZ 1986, 530 f).

Im übrigen sind **zwei Funktionen des Kindeswillens** im Rahmen der Entscheidungsfindung deutlich zu unterscheiden: Zum einen ist der Kindeswille **Ausdruck seiner inneren Verbundenheit** mit dem gewünschten Elternteil, also Indiz für seine innere Bindung (BGH FamRZ 1990, 392, 393); daneben kann der Kindeswille aber auch **Akt der Selbstbestimmung** eines hierzu in natürlichem Sinne fähigen Kindes sein (ausf COESTER, Kindeswohl S 257 ff; dem folgend OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 47; RABAA S 31; SCHWENZER, Status S 112; SCHWAB, Handbuch Rz III 167). Diese Unterscheidung klingt auch an, wenn von

den „Neigungen“ oder „Wünschen“ des Kindes einerseits, seinem „Willen“ andererseits die Rede ist (BGH NJW 1985, 1702, 1703; MünchKomm-HINZ Rz 44, 45).

Die Beachtlichkeit des Kindeswillens in der ersten Funktion folgt unmittelbar aus der Bindungsklausel des Abs 2 (dazu Rz 99 ff; DÖRR NJW 1989, 690, 691), sachliches Entscheidungskriterium bleibt hier allein die „Bindung“ als Teilaspekt des Kindeswohls, für die der Kindeswille als wesentliches Erkenntnismittel fungiert. Die Beachtlichkeit als Akt der Selbstbestimmung des reiferen Kindes folgt aus seiner „Betroffenheit als Grundrechtsträger“ (BGH NJW 1985, 1702, 1703, im Anschluß an BVerfGE 37, 217, 252; FamRZ 1981, 124, 126 = NJW 1981, 217, 218; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 47), sie bezieht sich auf die Sorgerechtsfrage insgesamt. Die Unterscheidung dieser beiden Funktionen hat nicht nur dogmatischen, sondern auch heuristischen Wert, erst sie erlaubt befriedigende Antworten auf umstrittene Einzelfragen (erforderliches Kindesalter, Begründetheit des Kindeswillens, elterliche Beeinflussung). Dennoch steht hinter der Berücksichtigung des Kindeswillens insgesamt ein **übergreifender Leitgedanke: Die Achtung der Persönlichkeit des Kindes**. Diese bezieht sich einerseits auf die weitestmögliche **Integrität der seelisch-emotionalen Beziehungswelt des Kindes** (Bindungsaspekt), andererseits auf die **Integrität der bewußten Eigenentscheidung** des selbstbestimmungsfähigen Kindes (Autonomieaspekt).

#### 118 bb) Der Kindeswille als Bindungsindiz

Über seine emotionale Bindungen kann am ehesten ein Mensch *selbst* Auskunft geben – dies gilt im Grundsatz auch für das Kind (vgl KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620; LEMPP FamRZ 1986, 530, 531; ders FamRZ 1984, 741, 744; KALTENBORN FamRZ 1987, 990 ff, 998 f). Allerdings mag gerade bei Kindern in der Scheidungssituation zweifelhaft sein, ob ihre geäußerte Tendenz als wirklichkeitstreuere Wiedergabe ihrer seelisch-emotionalen Bindung genommen werden kann (Nachw psychologisch/psychiatrischer Lit bei COESTER, Kindeswohl S 262 Fn 461). Loyalitätskonflikte, Verdrängungsmechanismen oder elterliche Manipulation können dazu führen, daß der Kindeswille als Bindungsindiz versagt – er ist *unrichtig* insoweit, als er die wirkliche Bindung des Kindes nicht bezeichnet. Neben dem Kindeswillen können insoweit andere Indizien (bisherige Betreuungssituation, Verhaltensbeobachtung, Sachverständigenexploration) bestätigende oder korrigierende Wirkung entfalten. Eine Unterscheidung von (weniger beachtlichen) Präferenzen des Kindes und (beachtlicher) Ablehnung ist verfehlt (so aber KG FamRZ 1978, 829, 830; MünchKomm-HINZ Rz 45; SCHWAB, Handbuch Rz III 169; vgl FEHMEL FamRZ 1986, 531, 532; wie im Text LEMPP FamRZ 1986, 530 f). Eine kindliche Präferenz ist der natürliche Ausdruck von Bindung; Ablehnung eines Elternteils indiziert aber psychische Konflikte und die Notwendigkeit, einen psychologischen Sachverständigen beizuziehen.

**119** In dieser Funktion kann es **keine absolute untere Altersgrenze** für die grundsätzliche Beachtlichkeit des Kindeswillens geben. Kriterien wie „Reife“ oder „Urteilsfähigkeit“, die gelegentlich in der Rechtsprechung genannt werden (BayObLG FamRZ 1982, 958; FamRZ 1980, 1064; FamRZ 1976, 38, 40; OLG Köln FamRZ 1972, 264; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; LG Berlin FamRZ 1969, 219), sind unpassend, da es allein darauf ankommt, ab wann bei einem Kind *Mitteilungsfähigkeit* bezüglich seiner emotionalen Bindung erwartet werden kann. Hierbei genügen Artikulationsmöglichkeiten, die für einen in der Kommunikation mit Kindern erfahrenen Erwachsenen verständlich sind – ggf ist hierfür ein Sachverständiger

beizuziehen. Verbale und indirekte Ausdrucksformen stehen gleichwertig nebeneinander und ergänzen sich, vor allem beim kleineren Kind (MünchKomm-HINZ Rz 45). Überwiegend wird es in der Rechtsprechung insoweit für sinnvoll und (gem § 50 b Abs 2 FGG) geboten erachtet, **jedenfalls ab dem 3. Lebensjahr** die betroffenen Kinder anzuhören (BayObLG FamRZ 1983, 948; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; vgl BGH FamRZ 1990, 392, 393 [„kleinere Kinder unter 10 Jahren“]; FEHMEL ZBIJugR 1982, 654, 656 f; LUTHIN FamRZ 1981, 111, 113; ders FamRZ 1981, 1149).

Für den Kindeswillen als Bindungsindiz ist es auch **unmaßgeblich**, ob das Kind für seine Präferenz „**beachtliche Gründe**“ vorbringt (so aber – ohne Unterscheidung der Funktionen des Kindeswillens – verbreitet die Rechtsprechung, zB BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; OLG Köln FamRZ 1972, 650, 652). Gefühlsmäßige Bindung kann und braucht nicht rational erfaßt und begründet zu werden, sie ist ein inneres Faktum (vgl FROMMANN S 8; LEMPP NJW 1963, 1659, 1660; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 48).

Bei **Beeinflussung des Kindes** durch einen Elternteil neigt die Rechtsprechung überwiegend dazu, den Kindeswunsch nicht als Ausdruck seiner wirklichen Bindung anzusehen und deshalb zu ignorieren (BayObLG Z 1951, 330, 335; FamRZ 1975, 169, 171 f; FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145; FamRZ 1972, 574, 576). Insofern muß jedoch differenziert werden: Zunächst ist *jede* Erziehung und Zuwendung „Beeinflussung“ (ELL ZBIJugR 1980, 319, 323 f; LEMPP NJW 1964, 440; ders, Ehescheidung S 8, 13, 27), disqualifizierend kann deshalb nur die illegitime, etwa eigensüchtige und aufhetzende Einflußnahme wirken. Zweitens kann auch derartige Beeinflussung zu wirklicher psychischer Prägung des Kindes führen, die – soll das Kind ernstgenommen werden – als Tatsache hingenommen werden muß (Rz 111). Davon zu unterscheiden sind einstudierte Erklärungen oder ein „rationalisierter Überbau“ beim Kind, die seine eigentliche seelisch-emotionale Haltung eher verdecken – sie sind nicht „Kindeswille“ in materiellem Sinn und deshalb unbeachtlich (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193 [in concreto keine Verfälschung]; diese Feststellung sollte idR mit Hilfe eines psychologischen Sachverständigen getroffen werden, vgl FROMMANN S 110 ff; HAFFTER S 48).

Unter Umständen muß insoweit auch noch weiter differenziert werden: Die Beeinflussung gegen den anderen Elternteil führt regelmäßig auch zu einem engen emotionalen Zusammenrücken der Kinder mit dem beeinflussenden Obhuts-Elternteil. Es ist dann denkbar, daß die Ablehnung des anderen Elternteils durch die Kinder eine aufgesetzte, „unechte“ Haltung ist (OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202), während die Bindung an den beeinflussenden Elternteil durchaus „echt“ und als psychische Tatsache zu berücksichtigen ist (BGH NJW 1985, 1702, 1703).

Soweit in letzterem Sinne erklärter Wille und innere, verfestigte Einstellung des Kindes übereinstimmen (möglicherweise auch in ihrer negativen, ablehnenden Komponente), so sanktioniert man mit der Ignorierung dieses Willens nicht nur Elternverhalten auf Kosten des Kindes, sondern riskiert kindeswohlschädliche, im Ergebnis oft doch erfolglose Durchsetzungsversuche (vgl BayObLG FamRZ 1974, 150 ff, 326 ff und 534 f [3 Entscheidungen im selben Fall]). Wird dieses Risiko in eine kindzentrierte Abwägung eingebracht, bleibt oft nichts anderes übrig, als auch beim beeinflussten Kindeswillen nachzugeben (BGH NJW 1985, 1702, 1703 ff; OLG Hamm FamRZ 1967, 296, 298; LG Ravensburg StAZ 1975, 317).

## 122 cc) Der Kindeswille als Selbstbestimmung

Ist ein Kind in natürlichem Sinne urteils- und entscheidungsfähig, so bedeutet sein erklärter Wille im Streit seiner Eltern für das Gericht eine *Restform familienautonom* (und damit grundsätzlich vorrangiger) *Konfliktlösung*. Dennoch ersetzt die Eigenentscheidung des Jugendlichen nicht die dem Kindeswohl verpflichtete Entscheidung des FamG, auch insoweit bleibt der Kindeswille ein der Letztverantwortung des Richters unterstelltes Kriterium: „Der freie, nicht manipulierte Wille eines genügend einsichtsfähigen Minderjährigen . . . ist als Ausdruck seiner Selbstbestimmung zugleich maßgebliches Anzeichen für rechtverstandenes Kindeswohl . . .“ (BayObLG FamRZ 1977, 650, 653). Je reifer das Kind und je ausgeprägter sein Wille ist, um so mehr verlagern sich die materiellen Kompetenzen: Die richterliche Kindeswohlsentscheidung wird tendenziell zum Korrektiv der Eigenentscheidung des Heranwachsenden.

- 123 Das für eine Beachtlichkeit des Kindeswillens in dieser Funktion erforderliche **Kindesalter** ist umstritten. Auch hier ist die allgemeine Erkenntnis zu beachten, daß Reife und Selbstbestimmungsfähigkeit nicht von einem Tag auf den anderen eintreten, sondern kontinuierlich von frühester Jugend an wachsen (vgl § 1626 Abs 2). Einen merklichen Durchbruch zu rationaler und verständiger Weltsicht sehen die Humanwissenschaftler etwa ab Einschulungsalter (Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 279; etwas abweichend ELL ZBlJugR 1986, 289, 294; nach der Grundschulzeit). In der Rechtsprechung werden Altersgrenzen zwischen 10 und 16 Jahren genannt (*10 Jahre*: OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145 f; FamRZ 1972, 262, 264; FamRZ 1972, 574, 576; FamRZ 1976, 32, 34; FamRZ 1980, 829, 830; OLG Oldenburg NdsRpfl 1977, 24, 25; MünchKomm-HINZ Rz 44; *16 Jahre*: OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 631, 632; vgl DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 314). Dabei wird nicht immer deutlich, ob diese Grenzen den *Regelfall* kindlicher Selbstbestimmungsfähigkeit bezeichnen sollen (vorbehaltlich im Einzelfall zu belegende Ausnahmen) oder das *Mindestalter*, unterhalb dessen Selbstbestimmungsfähigkeit grundsätzlich nicht zu erwarten sei. In Anlehnung an die **14-Jahresgrenze** in §§ 1671 Abs 3 S 2 und 50 b Abs 1 FGG (sowie mangels besserer Maßstäbe) kann dieses Alter **als Durchschnittstypus** für die in § 1671 Abs 2 erforderliche Reife und Urteilsfähigkeit gelten – eine andere Beurteilung im Einzelfall ist vom FamG konkret zu begründen (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; GERNHUBER § 56 IV 2; LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063; aA JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 49 [15 Jahre]).

Der **Wille jüngerer Kinder** kann als Akt der Selbstbestimmung berücksichtigt werden, wenn sie im Einzelfall die erforderliche Urteilsfähigkeit und Reife für eine selbstverantwortliche Entscheidung besitzen. Es erscheint nicht sinnvoll, insoweit eine Mindestaltersgrenze zu nennen (wie es zT ausdrücklich die vorerwähnten Befürworter der 10-Jahresgrenze tun, sowie JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 49). Für eine solche Ausschlußgrenze fehlt es an einer wissenschaftlich abgesicherten Grundlage; die Flexibilität des FamG in der Gewichtung des Kindeswillens macht strikte tatbestandliche Eingrenzungen überflüssig (die **Anhörung** des jüngeren Kindes ist ohnehin geboten, Rz 119).

- 124 **Beachtliche Gründe**, die das Kind für seine Entscheidung anführt, können als Indiz für seine ausreichende Selbstbestimmungsfähigkeit gelten. *Voraussetzung* für die Anerkennung seiner Eigenentscheidung sind sie jedoch **nicht**. Auch der zur Selbstbestimmungsfähigkeit herangereifte Jugendliche kann Anlaß haben, seine Entscheidungsgründe zu verschweigen, insbes um den nichtbegünstigten Elternteil zu schonen und die künftige Beziehung zu ihm nicht zu belasten (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598). Darüber hinaus muß das volitive Element, das in persönlichen

Entscheidungen jedes Menschen steckt, auch dem Jugendlichen zugestanden werden. Bei annähernd gleichwertigen Verhältnissen auf beiden Elternseiten bietet der (rational kaum begründbare) Kindeswille zugunsten eines Elternteils sogar die sicherste Grundlage für eine rationale Gerichtsentscheidung (vgl Rz 116). Insbes kann der Eigenentscheidung des Jugendlichen nicht entgegengehalten werden, daß er auch den anderen Elternteil mag und mit ihm zusammenleben könnte (so aber KG FamRZ 1964, 641, 643; LG Berlin FamRZ 1969, 219).

Beruhet der Wille auch des älteren Kindes auf illegitimer **elterlicher Beeinflussung**, so scheidet seine Respektierung als Akt der Selbstbestimmung aus, wenn sich der Kindeswunsch als projizierter Elternwille, also eigentlich als Ausdruck von Fremdbestimmung darstellt (BGH NJW 1985, 1702, 1703: Es bleibt jedoch seine Verwertung als Bindungsindiz zugunsten des beeinflussenden Elternteils möglich; zust JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 50). Vorhandene Beeinflussung kann aber außer acht bleiben, wenn das Kind seine Entscheidung mit eigenständigen, vernünftigen Motiven begründen kann (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655).

#### dd) Der Kindeswille im Einzelfall

125

Im konkreten Fall kann der Kindeswille in beiden oder auch nur in einer der vorgenannten Funktionen beachtlich sein. Beim *Kleinkind* scheidet Selbstbestimmungsfähigkeit aus, und bei *Heranwachsenden* verdrängt der Gesichtspunkt der Eigenentscheidung zunehmend die Frage nach der inneren Bindung. In *mittleren Altersbereichen* kann der Kindeswille in beiden Funktionen Bedeutung haben, das Element der Selbstbestimmung ist angepaßt an sein kontinuierliches Wachstum flexibel zu berücksichtigen. Ist dem Kindeswillen in einer Funktion die Beachtung zu versagen, so muß dies nicht auch die Ablehnung in seiner anderen Funktion implizieren (BGH NJW 1985, 1702, 1703; vgl Rz 124).

Der Kindeswille kann auch insoweit beachtlich sein, als er auf Fortbestand der Geschwistergemeinschaft gerichtet ist (BGH FamRZ 1990, 392, 393; s Rz 114).

#### e) Kontinuität

126

Das Kontinuitätsprinzip, dh der **Grundsatz einheitlicher und gleichmäßiger Erziehungsverhältnisse** spielt in der familiengerichtlichen Begründungspraxis eine große Rolle (vgl BVerfG NJW 1981, 217, 218 f; FamRZ 1982, 1179, 1183; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312). Über den genauen Inhalt dieses Prinzips besteht jedoch Unklarheit (Rz 90). Wird der auf die inneren Bindungen des Kindes bezogene Kontinuitätsaspekt unter dem übergreifenden Kriterium „Kindesbindungen“ gesondert behandelt (Rz 70, 101), und wird die zukünftige Stabilität der Erziehungsbedingungen als Element des Förderungsprinzips erkannt (Rz 100), so ist die verbleibende **Bedeutung des Kontinuitätsprinzips stark reduziert** (RGRK-ADELMANN Rz 55; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 34; ROLLAND Rz 29; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165 f).

Zum einen verbleibt ihm eine (bloße) **Hilfsfunktion für das Bindungskriterium** 127 (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 33; COESTER, Kindeswohl S 177): Vor allem bei kleineren Kindern läßt ihre kontinuierliche Betreuung durch einen Elternteil über einen längeren Zeitraum regelmäßig vermuten, daß dieser Elternteil zur „Hauptbezugsperson“ des Kindes geworden ist, wenn der andere Elternteil nur geringfügige Kontakte mit dem Kind hatte. Dabei ist der *kindliche Zeitbegriff* zu beachten (GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I S 39 f; vgl OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; KG FamRZ 1983, 1159, 1162; OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638). Die Kontinuität verliert ihre Indizfunktion mit zunehmendem Kindesalter oder bei beiderseitigem

Engagement der Eltern in der Kindeserziehung (nicht notwendig zu gleichen Zeitanteilen, vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234).

- 128** In **sachlicher** Hinsicht bleibt im wesentlichen nur der Gesichtspunkt, daß jeder Betreuungs- und Umgebungswechsel für das Kind eine Belastung bedeutet und deshalb vermieden werden sollte, sofern nicht Überlegenheit der Platzierung beim anderen Elternteil feststeht. Bei besserer Eignung des Obhuts-Elternteils ist der Kontinuitätsaspekt allenfalls ein zusätzliches Argument für den dortigen Verbleib des Kindes. Sachliche Gesichtspunkte zugunsten des anderen Elternteils (bessere Eignung, Bindung, Kindeswille) kann der Kontinuitätsaspekt nicht aufwiegen (vgl BVerfG NJW 1981, 217 ff; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297). Er entfaltet seine wesentliche Bedeutung also als **ausschlaggebendes Kriterium, wenn die Verhältnisse bei beiden Eltern** im Lichte aller anderen Aspekte des Kindeswohls auch nach Ausschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten **gleichwertig erscheinen** (OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; FamRZ 1986, 715 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Zweibrücken FamRZ 1986, 1038; WENDL-KAMPFMAN-WENDL S 256; der Sache nach auch KG FamRZ 1990, 1383, 1385) oder wenn zwei Hauptkriterien des Kindeswohls (stärkere Bindung einerseits, bessere Eignung andererseits) miteinander kollidieren (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; aA KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998 f [Vorrang der Bindung]). Problematisch bleibt der Kontinuitätsaspekt in dieser Funktion deshalb, weil er die Eltern bei der Trennung zu eigenmächtiger „Beschlagnahme“ des Kindes ermuntert (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550).

**Unzulässig** ist es demgegenüber, die *Ermittlungen* und Erwägungen zum Kindeswohl dergestalt zu *verkürzen*, daß das Kind grundsätzlich in der bisherigen Umgebung zu verbleiben habe, sofern nicht die Erforderlichkeit eines Platzierungswechsels dargelegt und begründet sei (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 34; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165; vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232 ff). Hierdurch wird die vom Gesetz vorgeschriebene, offene und uneingeschränkte Kindeswohlprüfung verzerrt (COESTER, Kindeswohl S 484 ff) und ein sachlich nachrangiger Aspekt de facto zum Leitkriterium der Sorgerechtsentscheidung aufgewertet.

## V. Übereinstimmender Elternvorschlag, Abs 3

### 129 1. Grundlagen

In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle entscheidet das Familiengericht über die elterliche Sorge nicht gem Abs 2, sondern auf der Grundlage eines übereinstimmenden Elternvorschlags. Abs 3 S 1 räumt diesem Vorschlag eine gewisse Bindungswirkung ein, das Gericht darf von ihm nur abweichen, wenn dies „zum Wohle des Kindes erforderlich ist“ (s Rz 149). Macht allerdings das mindestens 14jährige Kind einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht ungebunden nach Abs 2 (s Rz 152). Abs 3 S 1 ist Ausprägung des Rechtsgedankens, daß sich die elterliche Sorgeverantwortung und der elterliche Regelungsprimat gem Art 6 Abs 2 S 1 GG auch auf die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses nach der Scheidung erstrecken (Rz 16). Trotz elterlicher Einigkeit legitimiert aber die situationsbedingte Gefährdung der Kindesinteressen eine kontrollierende – und ggf korrigierende – Intervention des Staates (Rz 19; vgl GERNHUBER § 56 III 1: „kontrollierter Dispositionsakt der Eltern“).

- 130** Der in dieser Weise **eingeschränkt fortbestehende elterliche Bestimmungsvorrang** wird sachlich mit verschiedenen Erwägungen gerechtfertigt. *Zunächst* wird darauf

hingewiesen, daß der Vorschlag zugunsten eines Elternteils stets den *Verzicht* des anderen Elternteils impliziere – diesem aber gegen seinen erklärten Willen das Sorgerecht aufzudrängen, könne dem Interesse des Kindes nicht entsprechen (Eherechtskommission [1971] S 89 f; DIECKMANN AcP 178 [1978], 298, 318 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; ders, Gutachten z 48. DJT [1970] Bd I, Teil 3 B 119; MAIER-REIMER, ebd A 65 f). Diese Überlegung ist aber nur begrenzt tragfähig, das Zurücktreten eines Elternteils im Einigungsprozeß bedeutet nicht notwendig, daß er das Kind und die Übernahme der Sorgeverantwortung grundsätzlich ablehnt (s Rz 157).

*Zum zweiten* wird unterstellt, daß die generelle **Vermutung besserer Kindeswohl-** **131**  
**Konkretisierung durch die Eltern** auch für die Plazierungsfrage nach der Scheidung gerechtfertigt sei – es könne erwartet werden, daß sie ihren persönlichen Streit zurückstellten, soweit es um das Kind gehe (zum BVerfG s Rz 15, 16; vgl im übrigen BT-Drucks 8/2788, S 62; BGHZ 1, 214, 216; BayObLGZ 51, 300, 305 f; FamRZ 1968, 657, 658; FamRZ 1976, 36, 37; KG FamRZ 1979, 340, 341; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57; MünchKomm-HINZ Rz 47; RGRK-ADELMANN Rz 72; DITTMANN, ZBlJugR 1977, 187, 189 f; LUTHIN FamRZ 1985, 638 f; STRÄTZ FamRZ 1975, 541, 542). In dieser Allgemeinheit ist die Erwartung kindgerechten Verhaltens der Eltern in der Scheidungssituation zwar nicht zu halten: Die diesbezügliche *Fähigkeit* der Eltern scheidet oft schon am mangelnden Wissen um die eigenständigen und spezifischen Bedürfnisse der Kinder in dieser Situation oder an der Verstrickung in persönliche Probleme; in Einzelfällen mag auch der *Wille*, die Interessen des Kindes den eigenen voranzustellen, fehlen (GERNHUBER § 56 III 1; COESTER, Kindeswohl S 287 ff). Das Gesetz berücksichtigt diese Umstände aber bereits, indem es die richterliche Eingriffsschranke im Vergleich zum allgemeinen Kindesschutzrecht vorverlagert – es gilt nicht das Gefährdungskriterium des § 1666, sondern der Maßstab der Erforderlichkeit (Rz 149; s schon Rz 19 zur Eingriffslegitimation). Im übrigen ist auch pauschales Mißtrauen gegenüber den Eltern fehl am Platz; die Erfahrung zeigt, daß es viele sich scheidende Ehegatten gibt, die sich um kindzentriertes Denken und eine kindgerechte Sorgerechtslösung bemühen. Der übereinstimmende Vorschlag solcher Eltern darf die Vermutung bester Kindeswohl-Konkretisierung beanspruchen, der Richter als sachfremder Dritter ist schon von der Sache her auf eine bloße Kontrollfunktion beschränkt.

*Zum dritten* schließlich wird auf den **Befriedigungsaspekt** hingewiesen: Schon die **132**  
elterliche Einigung als solche dient dem Kindesinteresse, weil sie den Sorgerechtsstreit beendet und die Chancen erhöht, daß die Beziehungen in der getrennten Familie künftig auf befriedeter, möglicherweise sogar kooperativer Basis stattfinden (insbes hins Umgang, Änderungswünsche; vgl BGHZ 1, 214, 216; RGRK-ADELMANN Rz 72; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57; COESTER, Kindeswohl S 290 f, 295 f, 305; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272 f; LUTHIN FamRZ 1985, 638; RABAA S 5, 53, 63, 117 ff). Die Beilegung des elterlichen Streits kann für die weitere Entwicklung des Kindes wertvoller sein als seine Zuweisung statt zum (vorgeschlagenen) geeigneten zum (objektiv gesehen) besser geeigneten Elternteil (vgl die Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Folgenkontrolle bei KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 992 ff).

**Ergebnis:** Insgesamt erweist sich deshalb der in Abs 3 S 1 festgelegte eingeschränkte **133**  
Elternvorrang als von den Kindesinteressen her gerechtfertigt und deshalb auch vom Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG her geboten. Die Wirkungschancen elterlicher Einigung begründen darüber hinaus die **Pflicht des Familiengerichts**, auf die Eltern mit dem Ziel einer Einigung **hinzuwirken** (vgl schon oben Rz 24 sowie STRECKER DRiZ 1983, 175 [grds zur Doppelrolle als Richter und Vermittler]; das gilt

auch für die Hilfsinstitutionen wie Jugendamt (§ 17 KJHG) oder Sachverständiger – bei letzterem zudem als berufsethische Forderung; vgl STERNBECK-DÄTHER FamRZ 1986, 21, 24 f; zum gemeinsamen Sorgerecht s noch Rz 168). Aus der Wächterverantwortung des Staates, wie sie in Abs 3 S 1 ausgestaltet ist, folgt jedoch, daß auch bei übereinstimmendem Elternvorschlag nicht unmittelbar dieser, sondern erst die billigende **famliengerichtliche Entscheidung Rechtsgrundlage der sorgerechlichen Neuordnung** ist (BayObLG FamRZ 1966, 247, 248 [bloße richterliche Unterzeichnung der Niederschrift über die elterliche Vereinbarung ist keine gerichtliche „Entscheidung“]; vgl MünchKomm-HINZ Rz 51; DÖLLE II § 97 III 6; wohl aA, aber schon mit dem Wortlaut von § 1671 Abs 1, Abs 3 S 1 nicht vereinbar, GERNHUBER § 56 III 1 Fn 2).

## 2. Tatbestandliche Voraussetzungen

### 134 a) Zustandekommen

Das Gesetz will mit der Formulierung „*übereinstimmender Vorschlag*“ (vgl EheG 1946: „*Einigung*“; GleichberG 1957: „*gemeinsamer Vorschlag*“) klarstellen, daß eine gegenseitige Einigung der Eltern nicht notwendig ist, es genügt die bloße äußerliche, inhaltliche Übereinstimmung (so schon die hM zum GleichberG, Voraufl Rz 55 mwN; vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 16; RGRK-ADELMANN Rz 75; aA SCHWAB, Handbuch Rz III 62 [stets „Einigung“ erforderlich, ggf vom Richter herbeizuführen]). So kann sich ergeben aus voneinander unabhängigen Anträgen oder der Zustimmung des einen Gatten zum Vorschlag des anderen (LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; MünchKomm-HINZ Rz 49), möglicherweise erst im Rahmen der richterlichen Anhörung gem § 50 a FGG (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 54).

Andererseits liegt dem Vorschlag oft eine **Einigung** der Eltern zugrunde, regelmäßig eingebettet in einen umfassenden Scheidungsfolgenvertrag. Um zum „Vorschlag“ zu werden, bedarf es allerdings stets noch einer Mitteilung an das Gericht oder der Berufung auf die Vereinbarung durch einen der Elternteile (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294). Eine etwaige Nichtigkeit der Vereinbarung (vgl BGH FamRZ 1986, 444 f: Koppelung mit vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen nicht grds, aber möglicherweise wegen Kindeswohlwidriger Motivation der Eltern sittenwidrig) beseitigt noch nicht das (für Abs 3 S 1 allein entscheidende) Faktum eines übereinstimmenden Elternvorschlags (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 17; SCHWAB, Handbuch Rz III 78), ist aber Anlaß zu einer intensiven, eigenständigen Prüfung des Kindeswohls durch das Familiengericht, die sachlich der nach Abs 2 entspricht. Das Abweichen des Familiengerichts von einem auf wirksamer Scheidungsvereinbarung beruhenden Elternvorschlag kann umgekehrt Rückwirkungen auf die übrigen Vereinbarungen haben (Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 139).

**135 Zeitpunkt und Form** für den Elternvorschlag sind materiellrechtlich nicht vorgeschrieben, aus dem Verbundprinzip folgt jedoch, daß der Vorschlag bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz dem Gericht vorliegen muß (uU auch erstmalig in der Beschwerdeinstanz, MünchKomm-HINZ Rz 50). Bei einverständlicher Scheidung nach nur einjähriger Trennungszeit muß der Vorschlag allerdings schon der Antragschrift zur Scheidung enthalten sein, § 630 Abs 1 Nr 2 ZPO – er kann jedoch auch hier „nachgereicht“ werden (unstr, vgl BAUMBACH-LAUTERBACH-HARTMANN-ALBERS § 630 ZPO Anm 2 B, dort auch zum Streit über die Folgen des endgültigen Ausbleibens eines Vorschlags), allerdings wohl nicht mehr in der zweiten Instanz (MünchKomm-HINZ Rz 50; GERNHUBER § 56 III 3).

Der Vorschlag ist eine **rechtsgeschäftsähnliche Handlung**; er muß von den Eltern **136 höchstpersönlich** stammen, Stellvertretung (im Willen) oder die Überlassung der Ausübung an Dritte sind nicht zulässig (unbeschadet der Kundgabe des Elternvorschlages durch den Prozeßvertreter; vgl KG FamRZ 1966, 153 f; BayObLG FamRZ 1968, 657; GERNHUBER § 56 III 2; MünchKomm-HINZ Rz 51). **Vorschlagsberechtigt** sind nur Elternteile, die *zumindest teilweise sorgerechtsfähig* sind (also auch Minderjährige ohne Zustimmungsbinding an den gesetzlichen Vertreter, vgl § 1673 Abs 2, SOERGEL-STRÄTZ Rz 16). Ein geschäftsunfähiger Elternteil kann demnach einen wirksamen Vorschlag nicht abgeben (weder persönlich noch durch seinen gesetzlichen Vertreter, vgl § 1673 Abs 1), ein übereinstimmender Elternvorschlag ist dann unmöglich. Andererseits hindert eine vorangegangene Entrechtung eines Elternteils gem §§ 1666, 1667 oder das Ruhen seines Sorgerechts gem §§ 1673 ff sein Vorschlagsrecht nicht (SCHWAB, Handbuch Rz III 58; SOERGEL-STRÄTZ Rz 16). Dies folgt schon aus der familiengerichtlichen Verpflichtung, auch in diesen Fällen die Sorgerechtsfrage neu zu regeln (Rz 31 ff, 34), vor allem aber auch aus der Verwurzelung des Vorschlagsrechts im Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG, das auch durch Entzug des Sorgerechts nicht berührt wird (vgl Rz 37).

### b) Zulässiger Inhalt

137

Inhaltlich ist nach hM ein zulässiger Elternvorschlag auf die Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt, die auch dem Familiengericht bei einer Entscheidung nach Abs 2, 4 offenstehen (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; FamRZ 1976, 534, 535; KG FamRZ 1979, 539, 540; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63; ERMAN-MICHALSKI Rz 34; MünchKomm-HINZ Rz 56; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 22; ROLLAND Rz 48; RGRK-ADELMANN Rz 31, 85; SCHLÜTER § 22 V 1 d). Dieser Grundsatz ist zu formalistisch. Zwar ist auch bei einem Elternvorschlag die gerichtliche Entscheidung der rechtsgestaltende Akt (Rz 37, 133), aber die staatliche Sanktion familienautonomer Regelung ist qualitativ etwas anderes als der einen Konflikt unmittelbar ordnende Staatseingriff (krit auch JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 60). Für das *gemeinsame Sorgerecht* muß die hM ohnehin eine Ausnahme machen – es kann grds *nur* auf der Grundlage eines übereinstimmenden Elternvorschlages angeordnet werden (s Rz 172, 173). Andererseits setzen die Kindesinteressen der elterlichen Gestaltungsfreiheit Grenzen, so daß die hM im praktischen Ergebnis die Rechtslage doch tendenziell zutreffend kennzeichnet. Ein im allgemeinen etwas weiterer Gestaltungsrahmen der Eltern kann sich jedoch aus der Erwägung ergeben, daß die richterliche Erkenntnis des Kindeswohls mit Unsicherheiten behaftet und daß die elterliche Einigkeit als solche ein wichtiger Kindeswohlaspekt ist (Rz 132), die nicht leichtfertig zugunsten eines „objektiv besseren“ Kindeswohlverständnisses aufs Spiel gesetzt werden sollte (iE ähnlich KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275; demgegenüber will SCHWAB, Handbuch Rz III 30, 31, der elterlichen Einigung weitgehend Gestaltungsfreiheit einräumen).

Die von den Eltern gewünschte Neuregelung muß **inhaltlich** unmittelbar aus ihrem **138** Vorschlag erkennbar sein, unzulässig ist die Vorschlagsüberlassung an Dritte (Rz 136) oder die Entscheidungsüberlassung an das Kind (vgl KG FamRZ 1967, 294, 295 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 61). Wegen der Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge ist auch der Vorschlag unbeachtlich, das Sorgerecht einem *Pfleger oder Vormund* zu übertragen (vgl Abs 5 S 1; SCHWAB, Handbuch Rz III 71; allerdings kann bei schon bestehendem beidseitigen Sorgerechtsentzug ein Vorschlag zur Aufrechterhaltung dieses Zustands für § 630 Abs 1 Nr 2 ZPO genügen, GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 616; SCHWAB aaO). Der Vorschlag kann allerdings auf eines von mehreren Kindern beschränkt sein (im übrigen Entscheidung nach Abs 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 22).

- 139** Für **unzulässig** werden alle **sachlichen Aufspaltungen** des Sorgerechts außerhalb von Abs 4 S 2 gehalten – die dagegen sprechenden Gründe des Kindeswohls bei einer gerichtlichen Entscheidung nach Abs 2 (s Rz 47, 48) schlagen auch gegenüber dem Elternvorschlag durch (Trennung Personensorge/Vertretung: OLG Hamm FamRZ 1972, 469; LG Augsburg FamRZ 1967, 406; Bindung des Sorgeberechtigten an Mitwirkungsrecht des anderen Elternteils: BGHZ 3, 220 ff [Schulwahl]; OLG Neustadt FamRZ 1964, 91 f [bei wesentlichen Erziehungsfragen, mit Stichentscheid des VormG]; vgl insgesamt GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 191; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 61; zT abw [mit nicht überzeugenden Beispielen] KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Sie stehen auch einer Vereinbarung entgegen, wonach das gesamte Sorgerecht zwar einem Elternteil zustehen, dieser aber die faktische Betreuung ganz oder überwiegend dem nichtsorgeberechtigten Elternteil überlassen soll (OLG Köln FamRZ 1977, 62 f: Kind von Montag bis Freitag beim nichtsorgeberechtigten Elternteil als Dauerregelung).
- 140** Nicht ganz klar ist der richterliche Entscheidungsmaßstab bei Vorschlägen, die auf eine **Teilung von Personensorge und Vermögenssorge** gerichtet sind. Nach Abs 4 S 2 ist diese Gestaltung ausnahmsweise zulässig, wenn das Kindeswohl sie erfordert. Nach Abs 3 S 1 muß das FamG im Sinne eines Elternvorschlags entscheiden, sofern das Kindeswohl nicht ein Abweichen erforderlich macht. KROPHOLLER will diesen Wertungskonflikt dadurch „harmonisieren“, daß der Elternvorschlag zwar nicht die normale Bindungswirkung des Abs 3 S 1 entfaltet, wohl aber dem FamG Anlaß gibt, großzügiger als sonst die „Erforderlichkeit“ der Aufteilung iSv Abs 4 S 2 anzunehmen (NJW 1984, 271, 275). Zutreffender erscheint es demgegenüber, grundsätzlich die Erforderlichkeit der Aufteilung dem *Beurteilungsermessen der Eltern* zu überlassen und dem Elternvorschlag das nach Abs 3 S 1 vorgesehene Gewicht einzuräumen (RGRK-ADELMANN Rz 31). Die Probleme einer Aufteilung können zwanglos in die Prüfung eingebracht werden, ob die Kindesinteressen ein Abweichen vom Elternvorschlag erfordern.
- 141** Ähnliches gilt für einen Vorschlag, der grundsätzlich auf *gemeinsames Sorgerecht* gerichtet ist, aber die Vermögenssorge einem Elternteil allein vorbehalten will (KROPHOLLER aaO; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 31). Die generelle Zulässigkeit einer solchen Gestaltung kann nicht bezweifelt werden; allerdings wirft der Vorschlag die Frage auf, ob die für gemeinsames Sorgerecht erforderliche Vertrauens- und Kooperationsbasis (Rz 176, 178) nicht vielleicht doch zu schwach ausgebildet ist.
- 142** Vorschläge zugunsten **zeitlicher Aufteilung** der elterlichen Sorge sind in der Praxis ebenfalls überwiegend abgelehnt worden (*Sorgerechtswechsel zu bestimmtem Zeitpunkt oder Ereignis*: BGH NJW 1952, 1254; KG FamRZ 1957, 176; OLG Frankfurt FamRZ 1962, 171, 172; OLG Hamm FamRZ 1964, 577; *bei ungewissem künftigen Ereignis* [Wiederheirat, Auswanderung]: BayObLG FamRZ 1976, 38, 39; KG FamRZ 1967, 294, 295 f [Kindeswunsch]; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128 [Änderungswunsch des nichtsorgeberechtigten Elternteils]; *Befristung oder Bedingung mit richterlicher Neuentscheidung gem § 1671*: BayObLG FamRZ 1965, 51, 52; FamRZ 1966, 247, 248 f; FamRZ 1976, 38, 39; FamRZ 1976, 534, 535; OLG Frankfurt, FamRZ 1962, 171, 172; *aA* insoweit KG FamRZ 1967, 294, 295 f; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731). Eine Gegenauffassung hält zeitliche Aufteilungen durch Elternvorschlag jedoch in gewissem Rahmen für zulässig (GERNHUBER § 56 II 3; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62; TREITZ S 20 ff; VoraufL Rz 51, 78; beschränkt auf Befristung mit richterlicher Neuentscheidung: vorzitierte Entscheidungen sowie Münch-Komm-HINZ Rz 57; SCHWAB, Handbuch Rz III 32; für eine Befristbarkeit speziell des „gemeinsamen Sorgerechts“ KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909 [dagegen KROPHOLLER NJW 1984, 271, 276]).

**Stellungnahme:** Soweit der Wechsel bei gewissem oder ungewissem künftigen Ereignis **automatisch** erfolgen soll, sind solche Elternvorschläge mit der herrschenden Rspr aus denselben Gründen abzulehnen, die gegen eine gerichtliche Aufteilung gem Abs 2 sprechen (Rz 48): Die Eltern sind in der Beurteilung des gegenwärtigen Kindeswohls vermutlich überlegen, nicht aber in der Prognosefähigkeit. Weder noch so sichere Erwartung künftiger (äußerer und menschlicher) Entwicklung (Bspe bei JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62: Schul- oder Berufswechsel mit notwendiger Ortsveränderung) noch der Wunsch nach Rechtsklarheit können es rechtfertigen, entgegen dem gesetzlich betonten Kontinuitäts- und Stabilitätsprinzip einen Plazierungswechsel zu einem künftigen Zeitpunkt vorzuschreiben, ohne daß eine gerichtliche Kindeswohlkontrolle zwischengeschaltet wäre – dies wäre ein Verstoß gegen die gesetzliche Wertung in § 1696 (iE ebenso MünchKomm-HINZ Rz 57; aA in der Rspr OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731).

Dies steht allerdings nicht Vereinbarungen entgegen, wonach der als Sorgeberechtigter vorgeschlagene Elternteil für eine begrenzte Zeit die **Ausübung des Sorgerechts** dem anderen Teil **überlassen** soll (OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 f; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63 [obiter dictum]; bei zeitlich unbegrenzter Überlassung liegt de facto eine sachliche Aufspaltung des Sorgerechts vor, vgl Rz 139). Das FamG hat nur über die Sorgeberechtigung zu entscheiden, die Ausübungsüberlassung fällt in den Verantwortungsbereich des Sorgeberechtigten (und ist frei widerruflich, vgl BayObLG FamRZ 1976, 232, 234). Das FamG hat die geplante Gestaltung aber in die Prüfung einzubeziehen, ob die Kindesinteressen ein Abweichen vom Elternvorschlag erfordern (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62). Die im Vorschlag implizierte Verletzung der kindlichen Kontinuitätsinteressen muß durch triftige Gründe für diese Gestaltung aufgewogen werden (etwa: Überbrückung vorübergehender Betreuungsprobleme beim vorgeschlagenen Elternteil). Beruht sie nur auf elterlichem Gleichberechtigungsinteresse oder auf überholten rollenstereotypen Vorstellungen (Kleinkinder brauchen Mutter), wird im Interesse des Kindes eine andere, rechtliche und tatsächliche Sorge vereinende Lösung geboten sein. Andernfalls könnte auf diese Weise das Verbot zeitlicher Aufteilungen einfach unterlaufen werden (abzulehnen OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 f: zeitliche Aufteilung [Kind bis zum 6. Lebensjahr bei Mutter, dann zum Vater], sogar umgedeutet [§ 140] in Vorschlag zugunsten des Vaters mit befristeter Ausübungsüberlassung).

Ist der Elternvorschlag nicht Kindeswohlwidrig, kann durch ihn bei zeitweiser Verhinderung eines von zwei grundsätzlich geeigneten Elternteilen also ein anderes Ergebnis erreicht werden als bei freier gerichtlicher Entscheidung nach Abs 2 (vgl Rz 50).

Weniger bedenklich erscheint eine **Befristung** (oder Bedingung), verbunden mit **richterlicher Neuentscheidung gem § 1671** (ohne Bindung an die Änderungsvoraussetzungen des § 1696). Diese Frage sollte im Einklang mit derjenigen bei § 1696 beantwortet werden, ob ein übereinstimmender Änderungsvorschlag der Eltern eine dem § 1671 Abs 3 S 1 entsprechende Bindungswirkung entfaltet (vgl Erl zu § 1696; iE anders KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Wollen die Eltern das FamG im Vorhinein von den Änderungsvoraussetzungen des § 1696 freistellen, können sie sich insoweit nicht auf bessere Kindeswohlkenntnis berufen, sie bewerten nur generell das Verhältnis zwischen Kontinuitäts- und Änderungsinteresse anders als § 1696 und die dazu entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze. Der Vorrang der Eltern besteht aber nur hinsichtlich der Interessenkonkretisierung gerade *ihres* Kindes, generelle Interessenbewertungen sind Sache des Gesetzgebers und stehen nicht zur Disposition der Eltern.

**145 3. Rechtsnatur des Elternvorschlags und Bindung der Eltern**

Nach einer **älteren** und bislang von der Rspr noch überwiegend vertretenen **Auffassung** wird der Elternvorschlag weitgehend nach *vertragsrechtlichen Grundsätzen* beurteilt. Eine elterliche Einigung bzw Übereinstimmung soll demnach jedenfalls ab ihrer Mitteilung an das Gericht *Bindungswirkung* zwischen den Eltern entfalten. Einseitiger Widerruf kann nach dieser Auffassung den Vorschlag iSd Abs3 S1 ebensowenig beseitigen wie ein beidseitiges, aber inhaltlich nicht übereinstimmendes Abrücken. Möglich bleiben nur übereinstimmende Aufhebung (ersatzlos oder zugunsten eines anderen Vorschlags), Anfechtung wegen Willensmängeln oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (letzteres bejaht in BGH FamRZ 1990, 392 f [Wegzug des vorgeschlagenen Elternteils nach Italien]). Ein demnach unwirksamer, einseitiger Widerruf soll aber für das Gericht Anlaß sein, besonders gründlich zu prüfen, ob nicht ein Abweichen vom de iure fortbestehenden Vorschlag im Kindesinteresse erforderlich ist. Damit nähert sich der Prüfungsmaßstab dem des Abs2 (zum ganzen BGHZ 1, 214, 217; 33, 54, 57 = FamRZ 1960, 397 f; BayObLG FamRZ 1966, 249, 250; FamRZ 1967, 402, 403; KG FamRZ 1968, 264 ff; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731, 1732; OLG Koblenz DAVorm 1978, 313; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; OLG Stuttgart FamRZ 1981, 704 f; GERNHUBER § 56 III 4; ERMAN-MICHALSKI Rz 30).

**146** Diese Auffassung ist heute **nicht mehr herrschend**, eine **Bindung** der Eltern wird zunehmend **abgelehnt** (AK-MÜNDER Rz28; ders, Anm zu BGH v 6.12.1989, EzFamR § 1671 Nr 5; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57–59; MünchKomm-HINZ Rz 54; SOERGEL-STRÄTZ Rz 17; SCHWAB, Handbuch Rz III 64, 65; GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 606; DAMRAU NJW 1977, 1172; DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 319; DÖRR NJW 1989, 690, 691; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 607; LUTHIN FamRZ 1985, 638 f; TREITZ S 40–46; dem zuneigend auch RGRK-ADELMANN Rz 83, 84).

Auch in der Rspr zeichnet sich ein Auffassungswandel ab (erste Zweifel bei OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; ausdrücklich offen lassend BGH FamRZ 1990, 392 = EzFamR § 1671 Nr 5 [Münder]; OLG Hamm FamRZ 1985, 637; elterliche Bindung ablehnend OLG Zweibrücken FamRZ 1986, 1038; OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 656).

**Stellungnahme:** Dieser neueren Tendenz ist der Vorzug zu geben (vgl schon COESTER, Kindeswohl S 298 ff). Die ältere Auffassung kann schon nicht erklären, woraus eine Bindung der Eltern folgen soll, wenn keine Einigung, sondern nur inhaltlich übereinstimmende Vorschläge (etwa im Rahmen der Elternanhörung) vorliegen. Eine unterschiedliche Behandlung des gemeinsamen und des nur übereinstimmenden Vorschlags ist nicht gerechtfertigt (MünchKomm-HINZ Rz 54). Aber auch elterliche Einigung ist kein bindender Vertrag, sondern Wahrnehmung gemeinsamer elterlicher Verantwortung dem Art 6 Abs 2 S 1 GG (Rz 16) und demgemäß dem „*gegenseitigen Einvernehmen*“ iSd § 1627 zuzuordnen (vgl Erl zu § 1627). Die inhaltliche Verpflichtung elterlicher Sorge auf das Kindeswohl steht einer vertraglichen Bindung dabei insoweit entgegen, als jeder Elternteil aus Gründen des Kindeswohls – definiert nach seiner freien, eigenverantwortlichen Überzeugung – neu und anders entscheiden können muß (MASSFELLER-COESTER § 1627 Rz 18): Im Konflikt der Bindungen an die Vereinbarung mit dem Ehegatten und an das Kindesinteresse setzt sich die Bindung an das Kindesinteresse durch. Darüber hinaus entfällt bei einem Widerruf des Elternvorschlags auch nur durch einen Teil die innere Rechtfertigung für dessen eingeschränkten Primat iSv Abs 3 S 1 (s Rz 130–132): Die Vermutung besserer Kindeswohlinterpretation durch die Eltern ist bei unterschiedlicher Interpretation im Entscheidungszeitpunkt entfallen, glei-

ches gilt für den Befriedigungseffekt elterlicher Einigkeit (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 50; MünchKomm-HINZ Rz 54).

Die eine elterliche Bindung bejahende ältere Auffassung ist auf der Grundlage früheren Verfahrensrechts entwickelt worden, die Gatten sollten nach der Scheidung zu ihren vorherigen Vereinbarungen stehen müssen. Mit Einführung des Verbundprinzips ist dieser Gesichtspunkt gegenstandslos geworden; die Widerruflichkeit des Sorgerechtsvorschlags korrespondiert jetzt mit der des Einverständnisses zur einverständlichen Scheidung bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung (§ 630 Abs 2 S 1 ZPO; vgl KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272).

Die vorstehenden Erwägungen, insbes die Parallele zu § 1627, legen es nahe, die **147**  
**grundsätzlich zu bejahende Widerruflichkeit** des Elternvorschlags darauf zu beschränken, daß der Widerruf *aus dem Kindesinteresse begründet* wird (vgl OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 656 [„aus nicht völlig unverständlichen Gründen“]; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 59; noch strenger, aber kaum sachgerecht DÖRR NJW 1989, 690, 691 [Widerrufsrecht der Eltern, wenn sich auch der Richter gem Abs 3 S 1 vom Elternvorschlag lösen dürfte]). Statt richterlicher Nachforschungen in die (wirklichen oder vorgeschobenen) Gründe des widerrufenen Elternteils scheint es jedoch praktikabler (und im Hinblick auf die entfallene Befriedigungswirkung elterlicher Einigkeit auch gerechtfertigt), **jeden** Widerruf zum Anlaß zu nehmen, von einer Entscheidung nach Abs 3 zu einer solchen nach Abs 2 überzugehen. Die frühere Einigung und die Gründe des Widerrufs können als Fakten im Rahmen der freien Kindeswohlabwägung nach dieser Vorschrift berücksichtigt werden (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 59). Im Ergebnis ist der elterliche Vorschlag damit **frei widerruflich bis zum Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung**.

War die elterliche Vereinbarung eingebettet in einen **umfassenden Scheidungsfol-** **148**  
**genvertrag**, so kann ihr Widerruf die Geschäftsgrundlage für andere Regelungen entfallen lassen (GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 606; GERNHUBER § 56 III 5). Vereinbarungen über den Ehegattenunterhalt und das Sorgerecht werden darüber hinaus als Geschäftseinheit anzusehen sein, so daß § 139 anzuwenden ist (SCHWAB, Handbuch Rz III 194; MünchKomm-HINZ Rz 54).

#### 4. Familiengerichtliche Entscheidung

149

Der Elternvorschlag entfaltet aus den vorerwähnten Gründen (Rz 129–133) eine **beschränkte Bindungswirkung für das FamG**, dieses hat nicht nach der objektiv besten Lösung für das Kind zu suchen (Abs 2), sondern nur nach etwaigen Gründen, die ein Abweichen vom elterlichen Vorschlag erforderlich machen könnten (hM, vgl BT-Drucks 7/650 s 177; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 60; MünchKomm-HINZ Rz 59; RGRK-ADELMANN Rz 26; SCHWAB, Handbuch Rz III 74; *abw* [aber sachlich widersprüchlich] PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 24 [keine „formelle Bindung“, sondern „allenfalls eine gewisse Arbeits-erleichterung für den Richter“]; ERMAN-MICHALSKI Rz 28, 40).

„*Erforderlich*“ ist nach gefestigter Rspr ein Abweichen dann, wenn „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ vorliegen, „deren Außerachtlassung die Entwicklung des Kindes ungünstig beeinflussen würde“ (BGH FamRZ 1979, 113; BayObLG FamRZ 1962, 169, 170; FamRZ 1963, 141, 142; FamRZ 1966, 249, 250; FamRZ 1976, 36, 38; KG FamRZ 1958, 423, 424; FamRZ 1979, 340, 341; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575). Diese Eingriffsschranke entspricht derjenigen des § 1696 (OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 63). Sie

liegt zwischen der Gefährdungsschwelle des § 1666 einerseits (bei § 1671 Abs 3 S 1 nicht zu verlangen: BGH FamRZ 1979, 113; BayObLG FamRZ 1963, 141, 142; KG FamRZ 1958, 423 f; bei gegebener Gefährdung jedoch stets ausreichend, OLG München FamRZ 1984, 407) und bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen oder der schlicht „besseren“ Interessenwahrung andererseits (noch nicht genügend für den Erforderlichkeitsstandard: BGHZ 33, 54, 58; BayObLG FamRZ 1976, 36, 38; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575).

**150** Diese Grundsätze haben nur scheinbare Orientierungskraft, sie erleichtern auch nicht grundsätzlich die richterliche Ermittlungspflicht. Im Lichte der rechtlichen Verteilung elterlicher und richterlicher Kindeswohlverantwortung (Rz 16, 19) erscheint ein **zweistufiger Prüfungsansatz** angemessen: Richterliches Ermittlungsthema ist zunächst nur die „*Bonität*“ des *Elternvorschlags*, dh die Kindzentriertheit der elterlichen Motive und ihre Informiertheit über die wesentlichen Bedürfnisse ihrer Kinder. Gewinnt das FamG die Überzeugung, daß die Eltern fähig und willens sind, die scheidungsbedingte Belastung der Kinder möglichst gering zu halten, genügt auf *zweiter Stufe* ein prima-facie-Vergleich des Elternvorschlags mit objektiven Kindeswohlvorstellungen (zu den richterlichen Anhörungspflichten in dieser Situation s Rz 207, 208). Besteht hingegen Anlaß zu der Vermutung, daß bei der Vereinbarung Elterninteressen im Vordergrund standen, sind die Interessen der Kinder intensiver zu ermitteln (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 63). Ist die Sorgerechtsvereinbarung gekoppelt mit einem Unterhaltsverzicht des begünstigten Elternteils (vgl Sachverhalt in BGH FamRZ 1986, 444), ist dies kein Indiz gegen diesen Elternteil und den übereinstimmenden Vorschlag, sondern eher für eigenständige Interessenverfolgung durch den anderen Elternteil (MünchKomm-HINZ Rz 60).

**151** Grund zu sorgfältiger Überprüfung sollte stets eine von den Eltern vereinbarte **Geschwistertrennung** sein – es könnte das Gemeinschaftsinteresse der Geschwister den Gleichberechtigungsinteressen der Eltern geopfert worden sein (vgl Rz 57). Hier sind die Geschwisterbindung einerseits, das Kindesinteresse an der Befriedung des Elternstreits andererseits zu ermitteln wie auch sonstige Gründe für den Elternvorschlag (Unterbringungsprobleme, Überlastung jedes Elternteils, falls er alle Kinder nehmen müßte). In der Gesamtabwägung *kann* sich für vereinbarte Geschwistertrennungen ein etwas breiterer Anwendungsbereich ergeben als bei richterlicher Entscheidung nach Abs 2, Zurückhaltung bleibt aber im Interesse der Kinder geboten.

## 152 5. Abweichender Kindesvorschlag, Abs 3 S 2

Der abweichende Vorschlag des mindestens 14jährigen Kindes hebt die eingeschränkte Bindungswirkung des Elternvorschlags nach Abs 3 S 1 (Rz 149) auf. An dessen Stelle tritt nun aber nicht der Kindesvorschlag, vielmehr hat das FamG angesichts innerfamiliären Konflikts in freier Kindeswohlabwägung **nach Abs 2 zu entscheiden**.

Das Gesetz hat dem Kindeswillen damit nur für einen eng begrenzten Entscheidungssachverhalt unmittelbare Rechtswirkung verliehen (zur Reformdiskussion der verbleibenden übergreifenden Bedeutung des Kindeswillens s Rz 115). Insoweit begründet Abs 3 S 2 eine vorgezogene **Teilmündigkeit** des 14jährigen Kindes **zur Ausübung eines Gestaltungsrechts** (beschränkt auf negative Gestaltung = Aufhebung der Bindungswirkung des Elternvorschlags). Damit wird das (typisiert) selbstbestimmungsfähige Kind als **Mitträger familiärer Autonomie** anerkannt (vgl GERNHUBER § 56 IV 2: „Form der Mitbestimmung“). Dies rechtfertigt sich aus seiner

zentralen Betroffenheit und aus der gebotenen Achtung vor dem grundgesetzlich geschützten Persönlichkeitsrecht des Kindes (vgl BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 125 f; *krit* SCHWAB, Handbuch Rz III 79 [Abs 3 S 2 verfassungsrechtlich bedenklich]). Bei abweichendem Kindesvorschlag sind auch die Gründe für einen Vorrang der elterlichen Sorgerechtsbestimmung entkräftet (Vermutung besserer Kindeswohlkonkretisierung; familiäre Befriedung, Rz 130 ff). Der Vorschlagswiderspruch zwischen beiden Eltern einerseits und dem Kind andererseits muß dem FamG ein warnender Hinweis auf ungelöste Konflikte im Eltern-Kind-Verhältnis sein, die den Staat in seiner Funktion als Wächter der Kindesinteressen in besonderer Weise fordern. Rechtssystematisch steht Abs 3 S 2 im Zusammenhang mit den elterlichen Verhaltensanforderungen in § 1626 Abs 2 – vermutlich haben sich die Eltern nicht in gebotener Weise um die Haltung des Kindes und um Einvernehmen mit ihm bemüht. Abs 3 S 2 kann in diesen Fällen als Sanktion elterlicher Pflichtverletzungen gem § 1626 Abs 2 verstanden werden (BELCHAUS Rz 19; MünchKomm-HINZ Rz 61).

#### a) Voraussetzungen

153

Der Gesetzeswortlaut „abweichender Vorschlag“ impliziert, daß sich das Kind ausdrücklich **entschieden** haben muß zugunsten einer abweichenden Lösung der Sorgerechtsfrage – bloße Wünsche, Abneigungen oder Gegenvorstellungen bedeuten noch keine Ausübung des Gestaltungsrechts gem Abs 3 S 2 (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 65). Eine besondere **Form** ist hingegen nicht vorgeschrieben, insoweit wie auch hinsichtlich des **Zeitpunkts** gilt das gleiche wie für die Unterbreitung des Elternvorschlags: Es genügt Äußerung im Rahmen der Kindesanhörung gem § 50 b Abs 1 FGG, möglicherweise auch erst in der zweiten Instanz; das Kind kann gegen die auf übereinstimmenden Elternvorschlag gestützte Entscheidung des FamG auch selbständig *Beschwerde* einlegen (§ 59 FGG) und zur Begründung erstmalig einen abweichenden Vorschlag machen – in diesem Fall hat das Beschwerdegericht gem Abs 2 zu entscheiden (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 65). Das Kind ist (wie die Eltern) auch frei, seinen Vorschlag bis zur letzten Tatsachenverhandlung zurückzunehmen, dann ist statt nach Abs 2 nach Abs 3 S 1 zu entscheiden (MünchKomm-HINZ Rz 61; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER aaO). Eine **Bindung** des Kindes scheidet aus; insbes ist es an einem abweichenden Vorschlag nicht durch eine vorherige Vereinbarung mit den Eltern oder eine Verzichtserklärung gehindert (GERNHUBER § 56 IV 2).

Nach allgemeiner Meinung muß der Kindeswille auf eine **positive Andersregelung** 154 gerichtet sein, die bloße (wenn auch dezidierte) Ablehnung eines oder beider Elternteile soll nicht ausreichen, um die Wirkung des Abs 3 S 2 auszulösen (GERNHUBER § 56 IV 2; SCHWAB, Handbuch Rz III 86; MünchKomm-HINZ Rz 61; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66). Auch dies wird mit dem Gesetzeswortlaut „Vorschlag“ begründet sowie mit der Erwägung, daß das Kind nicht über in Abs 5 S 1 festgelegte Schranken für eine Vormund- oder Pflegerbestellung disponieren könne (vgl dazu auch die rechts- und gesellschaftspolitische Diskussion vor dem SorgeRG, DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 315; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609; STRÄTZ FamRZ 1975, 541, 543; eine nach Abs 5 S 1 gebotene Vormundschaft wird auch nicht durch den positiven Wunsch des Kindes zugunsten eines Elternteils verhindert, vgl OLG München FamRZ 1984, 407).

Demgegenüber ist zu bedenken: Die Gründe für die Außerkraftsetzung des Elternvorschlags in Abs 3 S 1 (Rz 152) liegen auch hier vor (keine familiäre Autonomie, sondern Beziehungsstörung; keine Vermutungs- und Befriedungswirkung des Elternvorschlags); auch bedeutet Ablehnung beider Eltern nicht positiven Wunsch

nach Vormundbestellung iSv Abs 5 S 1. In Frage steht nur, ob das FamG nach Abs 3 S 1 oder Abs 2 entscheiden soll, und hierfür gibt die entschiedene Ablehnung des Elternvorschlags durch das Kind genügend Anlaß. In der Sache läuft die hM auf dasselbe Ergebnis hinaus, wenn das FamG in dieser Situation zu „besonderer Sorgfalt“ bei der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Abs 3 S 1 verpflichtet wird (MünchKomm-HINZ Rz 62 aE).

**155** Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich auch die Antwort auf die Frage, ob der **Kindesvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts** der Eltern einen auf Alleinsorge gerichteten Elternvorschlag aufheben kann (dagegen MünchKomm-HINZ [1. Aufl] Erg zu § 1671 Rz 54 [ohne Stellungnahme in 2. Aufl]; dafür JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; zur umgekehrten Konstellation [Kind will Alleinsorge, Eltern das gemeinsame Sorgerecht] s Rz 180). Das Kind kann das gemeinsame Sorgerecht der Eltern nicht erzwingen, da dieses elterliche Einigkeit voraussetzt, vom FamG gem Abs 2 also nicht angeordnet werden kann. Dennoch sollte die Achtung vor der Kindespersönlichkeit dazu führen, daß das FamG in eine umfassende Kindeswohlprüfung entspr Abs 2 und vor allem in den Vermittlungsprozeß eintritt, der primär Folge eines abweichenden Kindesvorschlags ist (ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; nach Feststellungen der LIMBACH-Studie [S 24] ging das gerichtlich angeordnete gemeinsame Sorgerecht in etwa 20 Prozent der untersuchten Fälle auf die Anregung der **Kinder** zurück). Erweist sich jedoch als Ergebnis der Prüfungen die gemeinsame Sorge als unangemessen oder sind die Eltern nicht zu einer diesbezüglichen Einigung zu bewegen, so kann das Gericht gem Abs 2 nur iS des Elternvorschlags oder zugunsten des anderen Elternteils entscheiden (SCHWAB, Handbuch Rz III 85 nimmt dann fortbestehende Bindung des Gerichts gem Abs 3 S 1 an).

**156** Der Kindesvorschlag kann **ganz oder auch nur teilweise** vom Elternvorschlag abweichen. Letzteres kommt zB in Betracht, wenn die Eltern Vermögens- und Personensorge aufgeteilt haben oder das Kind dies erreichen will. Die nur teilweise Abweichung des Kindesvorschlags begründet die familiengerichtliche Entscheidungskompetenz nach Abs 2 für die *gesamte* Sorgerechtsfrage. Der Elternvorschlag ist als Einheit zu sehen, für seine nur teilweise Aufrechterhaltung im mit dem Kindesvorschlag übereinstimmenden Bereich bedürfte es neuer Willensbildung der Eltern (ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; abw ROLLAND Rz 50 [Entscheidung teils nach Abs 3 S 1, teils nach Abs 2]). Nicht als Teilabweichung kann eingestuft werden, wenn das Kind der Regelung für seine Person zustimmt, aber entgegen dem Elternvorschlag einer *Geschwistertrennung* widerspricht (aA RGRK-ADELMANN Rz 92; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; SOERGEL-STRÄTZ Rz 25; SCHWAB, Handbuch Rz III 84). Die Sorge für jedes Kind ist ein selbständiger Verfahrensgegenstand, die in Abs 3 S 2 eingeräumte Teilmündigkeit bezieht sich nur auf die Sorgerechtsregelung für das Kind selbst.

Allerdings ist der Widerspruch des Kindes gegen die Geschwistertrennung im Hinblick auf die gesetzliche Wertung in Abs 2 (Geschwisterbindung) ein Anlaß für das Gericht, den Elternvorschlag insoweit besonders kritisch zu überprüfen, insbes wenn auch das andere (möglicherweise jüngere) Kind nicht vom Geschwister getrennt werden will.

#### **157 b) Wirkung**

Primär Folge des abweichenden Kindesvorschlags ist die richterliche Verpflichtung, in einen **intensiven Erörterungs- und Vermittlungsprozeß** mit den Beteiligten einzutreten, um den familieninternen Konflikt beizulegen (vgl LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 67). Gleichzeitig werden in dieser Erörte-

rung die Grundlagen für die justizielle Entscheidung nach Abs 2 gewonnen, falls es nicht den Eltern gelingt, das Kind von ihrem Vorschlag zu überzeugen oder sie sich umgekehrt gemeinsam den Kindesvorstellungen anschließen (dann richterliche Entscheidung nach Abs 3 S 1).

Bleibt es im Ergebnis beim Widerspruch zwischen Eltern- und Kindesvorschlag oder tritt nur ein Elternteil dem Standpunkt des Kindes bei, so entscheidet das FamG in freier Kindeswohlabwägung nach den zu Abs 2 entwickelten Grundsätzen (Rz 51 ff). Zwar ist die eingeschränkte Bindungswirkung des Elternvorschlags entfallen, als *Faktum* bleibt die elterliche Übereinstimmung jedoch bei dieser Entscheidung ebenso verwertbar wie auf der anderen Seite die Kindesvorstellungen (GERNHUBER § 56 IV 2; MünchKomm-HINZ Rz 62). Hat sich ein Elternteil vom übereinstimmenden Vorschlag abgewandt, ist die normale Entscheidungssituation des Abs 2 gegeben. Bei fortbestehender Meinungsverschiedenheit zwischen Eltern einerseits und Kind andererseits muß sich das FamG im Ergebnis entweder über den Elternvorschlag oder über den Kindeswillen hinwegsetzen – in jedem Fall eine problematische Entscheidung. Die Anordnung von Vormundschaft und Pflegschaft scheidet aus, der Eltern-Kind-Konflikt als solcher begründet noch keine für Abs 5 S 1 erforderliche Kindesgefährdung (RGRK-ADELMANN Rz 93; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 67; GERNHUBER § 56 IV 2). Ob im übrigen eine Entscheidung *gegen* den Elternvorschlag, also für den nicht-vorgeschlagenen Elternteil in Betracht kommt, hängt wesentlich von dessen subjektiver Einstellung ab. Sein Zurücktreten im Rahmen des Elternvorschlags muß keineswegs bedeuten, daß er das Kind oder die Sorgeverantwortung grundsätzlich ablehnt (s Rz 130). Hat er nur im vermeintlichen Kindesinteresse oder widerstrebend verzichtet, ist er eine geeignete Sorgerechtsalternative. Bei grundsätzlich mangelnder Sorgereitschaft (auch noch nach der vermittelnden Erörterung vor dem FamG) muß er hingegen nach allgemeinen Kriterien (Rz 83) als ungeeignet angesehen werden – letztlich bleibt dem FamG in diesem Fall nichts anderes übrig, als dem von den Eltern vorgeschlagenen, vom Kind aber abgelehnten Elternteil die Sorge zu übertragen.

## VI. Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung

### 1. Grundlagen

#### a) Rechtsentwicklung und Diskussionsstand

158

Seit dem Urteil des BVerfG v 3. 11. 1982 (BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179) steht fest, daß den Eltern in geeigneten Fällen auch die Möglichkeit offenstehen muß, das Sorgerecht für ihre Kinder nach der Scheidung gemeinsam fortzuführen (zur Gesetzeslage nach dem 1. EheRG und dem SorgeRG s Rz 12, 13; zu Rspr und Rechtsdiskussion vor 1982 vgl die Darstellung bei LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 19 ff mwN). „Gemeinsames Sorgerecht“ meint *nicht alternierendes Sorgerecht*, für dieses besteht entsprechend den Grundsätzen über „zeitliche Aufteilungen“ keine Rechtsgrundlage (vgl Rz 48).

Der ausnahmslose Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts durch § 1671 Abs 4 S 1 idF des SorgeRG 1980 verstieß nach Auffassung des BVerfG gegen das **Elternrecht** des Art 6 Abs 2 S 1 GG – es fehle an einer verfassungsrechtlichen Legitimation für einen Eingriff in die gemeinsame elterliche Sorgezuständigkeit, wenn die Eltern beide das gemeinsame Sorgerecht begehren, beiderseits erziehungsfähig sind und keine Gründe des Kindeswohls ersichtlich sind, die demgegenüber die Anordnung der Alleinsorge eines Elternteils erfordern. Darüber hinaus sei auch der **grundrecht-**

**liche Anspruch des Kindes** auf eine an seinem Wohl ausgerichtete Regelung verletzt, da unter den bezeichneten Voraussetzungen die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten entspreche (vgl auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752).

- 159** Obwohl das BVerfG damit im bisherigen Grundsatzstreit um das gemeinsame Sorgerecht Stellung bezogen und die verfassungsrechtlichen Vorgaben verbindlich festgestellt hat, ist die weitere Diskussion um dieses Rechtsinstitut von **Unklarheiten und Divergenzen** gekennzeichnet. In der **Rechtspraxis** hat das gemeinsame Sorgerecht seit 1983 – entgegen anderslautenden Erwartungen – statistisch nur eine untergeordnete Bedeutung erlangt, es wurde nur in etwa *1,3 Prozent* aller Scheidungsverfahren angeordnet (LIMBACH-Studie S 18 f, mit Hinweis auf regionale Schwankungen; tendenziell übereinstimmend die begrenzten rechtstatsächlichen Untersuchungen von MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; FINGER DRiZ 1985, 92 f; ders DRiZ 1988, 13 ff; LIDLE-HAAS S 29; weitere Zahlenangaben bei LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 23 ff; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 190). Die Gründe hierfür werden in verbreiteter *Unkenntnis* von dieser Sorgerechtsform gesehen (dagegen jedoch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 449), der *Skepsis* vieler Anwälte, Richter und Autoren gegenüber ihren Erfolgsaussichten oder in der *Unsicherheit* über die rechtlichen Voraussetzungen im einzelnen (LIMBACH-Studie S 52, 63 ff, 77; vgl auch LIDLE-HAAS S 32). Auch auf der Ebene von Sorgerechtsänderungen (§ 1696) spielte das gemeinsame Sorgerecht nur eine geringe Rolle – überwiegend ging es vor 1983 geschiedenen Eltern darum, auf der Grundlage des Bundesverfassungsgerichtsurteils nun auch das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten (LIMBACH-Studie S 42). Im **Schrifttum** sind die Meinungen nach wie vor gespalten. Neben *zurückhaltend-negativer* Einstellung (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; D SCHWAB, Familienrecht Rz 488; COESTER EuGRZ 1982, 256 ff; ders, Kindeswohl S 314\*; vor dem Urteil des BVerfG vor allem DIECKMANN NJW 1981, 668 ff; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 115; KLUSSMANN FamRZ 1982, 119, 121; ders, Das Kind S 57; SCHMITT-GLAESER, Erziehungsrecht S 22) und gleichfalls zurückhaltender, aber doch *grads positiver* Einschränkung (FINGER ZfJ 1987, 194; ders DRiZ 1985, 91; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f; vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 49 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 72 ff; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35, 45; aus psychologischer Sicht BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445 ff) sind zunehmend auch Stellungnahmen zu registrieren, die für *wertungsmäßige Priorität* und zahlenmäßige Ausweitung dieses Sorgerechtsmodells plädieren und es als Symbol für einen grundlegenden „Perspektivenwechsel“ bei der Sorgerechtsproblematik nehmen (von humanwissenschaftlicher Seite FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 36 ff; ders ArchfsozArb 1986, 174 ff; ders, Fünf Jahre gemeinsame elterliche Sorge [1989] S 30 ff; JOPT FamRZ 1987, 875; von juristischer Seite [mit unterschiedlichem Nachdruck] BAER ZRP 1989, 344, 347 f; DITZEN FamRZ 1987, 239; FEHMEI, FamRZ 1983, 971, 972; HINZ ZfJ 1984, 529 ff; MünchKomm-HINZ Rz 4, 5, 63 ff; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 58 ff; LIMBACH-Studie S 77 ff, 82 f; STREMPPEL, Gemeinsame Sorge S 18). Ein entsprechender Diskussionsstand in Praxis und Lehre ist auch im *Ausland* festgestellt worden (rechtsvergleichend: FTHENAKIS, Gutachten S 73 ff; KROPHOLLER JR 1984, 89, 91 ff; KALTENBORN FamRZ 1983, 965 ff; LIMBACH-Studie S 66 ff; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 5 ff; SCHWENZER, Status S 120 ff; COESTER EuGRZ 1982, 256 ff [USA]; NORMANN FamRZ 1988, 568 ff [Frankreich]; BALSCHKEIT SJZ 1988, 25 ff [Schweiz]).

- 160** Der **Gesetzgeber** ist, obwohl das BVerfG seine Regelungskompetenz ausdrücklich bestätigt hat, zunächst nicht tätig geworden. Eine gesetzliche Regelung wurde für nicht notwendig, die vom BVerfG genannten Kriterien für ausreichend gehalten

\* Die dort vertretene Grundtendenz gebe ich in dieser Kommentierung ausdrücklich auf, vgl schon Rz 26, 105.

(SCHMIDT-RÄNTSCH FamRZ 1983, 17; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 30; aA COESTER EuGRZ 1982, 434). Inzwischen ist insoweit ein Auffassungswandel eingetreten. In § 17 Abs 1 Nr 3 und Abs 2 KJHG hat der Gesetzgeber erstmalig eine *positive Haltung* gegenüber dem gemeinsamen Sorgerecht eingenommen, die sozialrechtliche Unterstützung und Förderung der Eltern bei der Erarbeitung gemeinsamer Sorgeverantwortung gibt jenen Recht, die einen grundsätzlichen Wechsel im staatlichen Interventionsansatz fordern (s Rz 159 u oben Rz 23 ff). Darüber hinaus hat die Überzeugung an Boden gewonnen, daß auch die materiellrechtlichen Grundlagen des gemeinsamen Sorgerechts in § 1671 ausdrücklich geregelt werden müssen (Bundesjustizminister ENGELHARD in: LIMBACH-Studie, Vorwort; STREMPER, Gemeinsames Sorgerecht S 13–15; LIMBACH-Studie S 77; LIDLE-HAAS S 35). Entsprechende Reformarbeiten im BJM sind im April 1989 aufgenommen worden, aber noch nicht abgeschlossen (dazu STREMPER aaO).

### b) Die wesentlichen Gesichtspunkte gegen und für das gemeinsame Sorgerecht 161

Einige *gegen* das gemeinsame Sorgerecht vorgebrachte Argumente sind vom BVerfG zurückgewiesen oder durch die inzwischen vorliegenden praktischen Erfahrungen widerlegt worden. Hierzu gehört die Erwägung, bei verständigungsbereiten Eltern genüge es, wenn der Sorgeberechtigte den anderen Teil *faktisch* an der Sorgerechtsausübung teilhaben lasse (BT-Drucks 8/2788, S. 63; GERNHUBER § 56 II 1; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 115 f; *dagegen* BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1184). Gleichmaßen kann eine vom Kindes- und Elternrecht geforderte Gestaltungsmöglichkeit nicht mit dem Hinweis abgewehrt werden, der *eheliche Institutionenschutz* verlange, das Privileg gemeinsamer Sorge verheirateten Eltern vorzubehalten (so SCHMITT-GLAESER, Erziehungsrecht S 22; HOLZHAUER aaO; DIECKMANN NJW 1981, 668, 670; vgl WILLUTZKI in: Ev Akad Bad Boll, Protokolldienst 30/86, 95 f; möglicherweise auch LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 54; *dagegen* implizit BVerfG 1182 f; vgl auch JOPT FamRZ 1987, 875, 885: der Institution Ehe schaden eher instabile Ehen, deren Häufigkeit bei in ihrer Jugend selbst scheidungsgeschädigten Partnern deutlich höher liegt). Auch ist die befürchtete „*Sogwirkung*“ ausgeblieben, also der massenhafte Mißbrauch des gemeinsamen Sorgerechts zu kindesfremden Zwecken, etwa als eigentliche „Nicht-Entscheidung“, zur Scheidungsbeschleunigung oder zur Durchsetzung elterlicher Gleichberechtigungsinteressen (so der BMJ FamRZ 1982, 1181; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263; *dagegen* die tatsächlichen Erfahrungen, vgl LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 23; LIMBACH-Studie S 13; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 79). Nicht einmal die Befürchtung, das gemeinsame Sorgerecht sei konzeptionell ein *Privileg „gebildeter Schichten“* (LUTHIN S 56), ist bisher bestätigt: Zwar sind Berufstätige und höher Gebildete in den bisher positiv entschiedenen Fällen überproportional vertreten, Arbeiter hingegen unterrepräsentiert (im Vergleich zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung; vgl LIMBACH-Studie S 26–29; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 56–58; *Simitis*, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 611; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 448 f). Dies belegt jedoch noch nicht die mindere Qualifikation weniger gebildeter Elternpaare für das gemeinsame Sorgerecht (immerhin 55,5 Prozent „Nicht-Akademiker“), sondern ist derzeit eher auf den noch unzureichenden Informationsstand über dieses Konzept und auf das geringere Durchsetzungsvermögen solcher Paare gegenüber einer tendenziell abweisenden Anwalt- und Richterschaft zurückzuführen (LIMBACH-Studie S 29: „Verdacht, daß die restriktive Rechtspraxis ungewollt schichtspezifisch diskriminierend wirkt“, vgl auch S 77).

Schließlich scheint auch das Argument widerlegt, das gemeinsame Sorgerecht sei ein inhärent *instabiles Konzept*, das früher oder später doch in Alleinsorge umgewan-

delt werden müsse (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907). Zum einen kann schon „Erziehungskontinuität auf Zeit“ durch beide Eltern dem Kindeswohl förderlich sein, späteres Scheitern besagt nichts über die anfängliche Qualität des Sorgearrangements (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183). Zum zweiten hat sich das gemeinsame Sorgerecht als jedenfalls nicht weniger stabil erwiesen als die Alleinsorge (LIMBACH-Studie S 41–45; allerdings sagt auch Stabilität nichts aus über „Qualität“ im Lichte der Kindesinteressen, S 76).

Es bleiben Bedenken, daß die Eltern nicht überblicken, worauf sie sich einlassen, und sich sowie das Kind deshalb *überfordern* (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116; vgl LIMBACH-Studie S 79); daß ihre Einigkeit im Einzelfall nur vorgetäuscht sein kann und ihre *eigentliche Entscheidungsunfähigkeit* später zu Lasten des Kindes ausgetragen wird (COESTER EuGRZ 1982, 256, 262 f; dagegen LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 50; ders FamRZ 1984, 114, 116: auch bei Alleinsorge möglich); daß das *Kind faktisch hin- und hergeschoben* und dadurch „heimatlos“ wird (s Rz 179); daß in den Kindern irrealer und damit belastende *Wiederversöhnungswünsche* genährt würden (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 452 ff); daß Elternteile, die sich weder während der Ehe noch nach der Trennung nennenswert in der Kindesbetreuung und -erziehung engagiert haben, das gemeinsame Sorgerecht als „*Gegenleistung*“ für ihre *Unterhaltungspflicht* und als fortdauerndes *Kontrollinstrument* ansehen und den anderen Teil in eine entsprechende „*Verinbarung*“ drängen könnten (so Bedenken aus feministischer Sicht, vgl LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62–65 mwN; zu den Rechtstatsachen LIMBACH-Studie S 30, 57).

- 162** Für das gemeinsame Sorgerecht sprechen demgegenüber – abgesehen vom verfassungsrechtlichen Eltern- und Kindesrecht (Rz 26) – mehrere generelle Überlegungen: So werden die *Loyalitätsgefühle des Kindes* geschont, das sich nicht zwischen den Eltern entscheiden muß (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752; FTHENAKIS, Gutachten, S 48 ff; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 42; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 55), und die *Kontinuität* seiner Beziehungen wird weitestmöglich gewahrt (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 668 f; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 39; RABAA, S 28, 37; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 450 ff). Der Umstand, daß beide Elternteile weiter für das Kind „zuständig“ sein und sorgen wollen, mag ihm eine *psychische Hilfe* bei der Bewältigung der Scheidungskrise sein (OLG Celle FamRZ 1985, 527), wie überhaupt das Bedürfnis des Scheidungskindes nach *fortbestehenden Beziehungen zu beiden* Eltern als fundamental erkannt worden ist (vgl COESTER, Kindeswohl S 181 f mwN; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 52; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174, 176; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 917; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21, 31; relativierend allerdings WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 304 ff; LIMBACH-Studie S 75 f). Das gemeinsame Sorgerecht bietet damit auch einen *Ausweg vor der* – im europäischen Vergleich – relativ weitgehenden *Entrechtung* des nichtsorgeberechtigten Elternteils (vgl FAHRENHORST FamRZ 1988, 238, 241 unter Hinweis auf Art 8 EMRK) und umgekehrt vor der einseitigen Belastung des alleinsorgeberechtigten Elternteils, die gerade in der Umstellungsphase übergroß werden und auf die Beziehung zum Kind durchschlagen kann (BAER ZRP 1989, 344, 345; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 39 f; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20, 34). Die rechtliche Einbeziehung auch des sonst nichtsorgeberechtigten Elternteils in die Sorgezuständigkeit ist geeignet, dessen *Verantwortungsgefühl* für das Kind zu aktivieren (BAER aaO; vgl JOPT FamRZ 1987, 875, 884). Weiterhin kann das gemeinsame Sorgerecht die *Befriedung* der familiären Konflikte fördern und Umgangsstreitigkeiten ersparen (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752; DITZEN FamRZ 1987, 239 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 885; gegen eine Überschätzung

des Befriedigungseffektes allerdings WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 321 f). Es eröffnet der Familie Perspektiven für eine *Neuorganisation*, für einen konstruktiven Fortbestand statt des Auseinanderfalls in „Trümmer“ (vgl Rz 102; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 44 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 877 ff; LIDLE-HAAS S 26; RABAA S 28, 127 u öfter; THALMANN FamRZ 1984, 634, 637; skeptisch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445 ff).

**Ergebnis:** Sowohl die negativen wie die positiven Argumente bezeichnen stets nur **163** *Wirkungsmöglichkeiten* des gemeinsamen Sorgerechts. Ob sich diese Gestaltung zum Wohle des Kindes auswirkt, hängt vom Einzelfall ab; ob sie in der Mehrzahl der praktischen Fälle dem Kindeswohl dient, ist bislang ebensowenig erforscht wie die einzelnen Faktoren, die bei Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts und bei seiner späteren Ausübung notwendig oder auch nur förderlich sind (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 36 ff; LIMBACH-Studie S 45, 75 f). Fest steht jedoch, daß das gemeinsame Sorgerecht in geeigneten Fällen die für das Kind schonendste und ihm förderlichste Sorgerechtsform sein kann und konzeptionell der Alleinsorge überlegen ist. Wenn – wie neue empirische Feststellungen nahelegen – das gemeinsame Sorgerecht oft mit dem Preis unerfüllbarer *Wiederversöhnungswünsche* der Kinder verbunden ist (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 447, 452 ff mwN), so sind diese Wünsche zunächst einmal Ausdruck und Beleg für fortbestehende positive Beziehungen der Kinder zu beiden Eltern und deren erfolgreiche Kooperation. Weitergehende Aussöhnungshoffnungen der Kinder sind in der Tat der Preis, den Scheidungskinder zahlen müssen, weil ihnen die Eltern die beste Lösung, die harmonische Familieneinheit, vorenthalten. Abbau der Kontakte zu einem Elternteil (mit entsprechendem Abbau der Versöhnungshoffnungen, vgl BALLOFF-WALTER 453) ist jedoch keine akzeptable Alternative; dies hieße, wegen der Nachteile der zweitbesten Lösung die drittbeste vorzuziehen.

Aus dieser rechtspolitischen Bewertung ergeben sich neben der verfassungsrechtlich gebotenen, grundsätzlichen Zulässigkeit des gemeinsamen Sorgerechts weitere rechtliche Folgerungen.

### c) Rechtlicher Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts

164

Die rechtliche Diskussion ist von dem anhaltenden Streit darüber geprägt, ob das gemeinsame Sorgerecht als **Regel** oder als **Ausnahme** anzusehen sei. Teilweise überschneidend erörtert wird ihre Einstufung als gleichberechtigte, nachrangige oder gar vorrangige Entscheidungsalternative.

Im Streit um das Regel-Ausnahme-Verhältnis wird nicht immer klar, ob die rechtliche oder die statistische Ebene gemeint ist (zB SOERGEL-STRÄTZ Rz 19: gemeinsames Sorgerecht „Ausnahmefall“; andererseits: Bindung des FamG an entsprechenden Elternvorschlag; undifferenziert auch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 446, 448). Nur von der statistischen Häufigkeit hat das BVerfG gesprochen, als es im Hinblick auf eine mögliche „Sogwirkung“ des gemeinsamen Sorgerechts dem Gesetzgeber anheimstellte, durch Regulierung sicherzustellen, daß diese Sorgerechtsform „die Ausnahme bleibt“ (FamRZ 1982, 1179, 1184; wie hier HINZ ZfJ 1984, 529, 531). Für die Einzelfallentscheidung des FamG ist dieser Aspekt hingegen völlig unerheblich, hier interessiert nur der **rechtliche** Stellenwert. Diese Frage ist eng verknüpft mit der weiteren, ob einem auf gemeinsames Sorgerecht gerichteten Elternvorschlag die (eingeschränkte) Bindungswirkung des Abs 3 S 1 zukommt.

### aa) Das rechtliche Gewicht der Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts

165

Wann die gemeinsame Sorge im Einzelfall rechtlich vorrangig ist, ergibt sich aus dem Bundesverfassungsurteil: Ist beim Vorliegen der dort genannten Vor-

aussetzungen (Rz 169, 171) der *Gesetzgeber* verfassungsrechtlich gezwungen, das gemeinsame Sorgerecht zu ermöglichen, so kann im entsprechenden Einzelfall das *FamG* den Eltern nicht entgegenhalten, die Alleinsorge sei „ebenso gut“ und deshalb als Regelfall anzuordnen – der Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts könne sich nur durchsetzen, wenn er positiv als beste Lösung nachgewiesen sei (so AG Arnsberg FamRZ 1985, 424 f; FamRZ 1986, 1145; ähnl wohl auch KG FamRZ 1989, 654; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274). Grundrechte wie das Eltern- und Kindesrecht, die das gemeinsame Sorgerecht fordern, binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Gerichte als Teil der staatlichen Gewalt. Unter den vom BVerfG bezeichneten Voraussetzungen **muß** das *FamG* zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entscheiden (MünchKomm-HINZ Rz 63, 67; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 81; iE auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; FamRZ 1987, 509, 510), seine Wächterfunktion beschränkt sich auf die Feststellung dieser Voraussetzungen. Die Regel-Ausnahme-Diskussion ist insoweit gegenstandslos (ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 94).

- 166** Eine andere Frage ist es, ob die familiengerichtliche Kontrolle bezüglich dieser Voraussetzungen nur eine eingeschränkte ist iSd Abs 3 S 1 wie bei „normalen“ Elternvorschlägen oder ob das Gericht entspr Abs 2 eine umfassende Prüfung anzustellen und sich eine positive Überzeugung von der Kindeswohlgemäßheit des Elternvorschlags zu bilden hat, bevor es die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts anordnen darf. Die **eingeschränkte Kontrolle gem Abs 3 S 1** wird für richtig gehalten, wenn in diesem Zusammenhang das gemeinsame Sorgerecht als der Alleinsorge „*gleichwertige Alternative*“ bezeichnet wird (weil auf gemeinsames Sorgerecht oder Alleinsorge gerichtete Elternvorschläge die gleiche Kraft haben; FEHMEL FamRZ 1983, 971, 972; HINZ ZfJ 1984, 529, 531 f, 537; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 72; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f) oder als *rechtlche „Regel“* (weil bei Abs 3 S 1 die Bestätigung des Elternvorschlags die Regel, ein Abweichen die Ausnahme ist; AG Charlottenburg FamRZ 1983, 420 [m krit Anm LUTHIN]; LIDLE-HAAS S 26; RABAA S 56; vgl auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; FamRZ 1987, 509, 510; krit SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f). Allerdings wird diese Konsequenz nicht immer erkannt (vgl SCHÜTZ aaO; nicht widerspruchsfrei auch LUTHIN aaO). Darüber hinaus wird die *rechtlche Bindung* gem Abs 3 S 1 auch unmittelbar thematisiert und *bejaht* (vorstehend AG Charlottenburg; FEHMEL; HINZ; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 68 f; ders FamRZ 1983, 420, 421; KG FamRZ 1983, 648; FamRZ 1983, 1055, 1057; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 28 f, 59 [unter Berufung auf Konsens als zentrales Strukturprinzip des Familienrechts]; LIMBACH-Studie S 80 ff, 82; LIDLE-HAAS S 26 ff; RABAA S 50; SCHWENZER, Status S 125; GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 618; SCHWAB, Handbuch Rz III 97).

Eine **richterliche Bindung** wird demgegenüber **abgelehnt**, wenn das gemeinsame Sorgerecht als *rechtlche „Ausnahme“* eingestuft wird (AG Arnsberg FamRZ 1985, 424, 425; FamRZ 1986, 1145; wohl auch KG FamRZ 1989, 654; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274 [mit abweichenden Folgerungen]) oder als *nicht-gleichwertige*, weil tendenziell oder vermutlich kindeswohlgefährdende Gestaltung (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908). Konsequenterweise verlangt diese Auffassung die *positive Prüfung und Überzeugung des FamG*, daß durch die gemeinsame Sorge der geschiedenen Eltern das Kindeswohl „am besten“ gewahrt sei (insbes AG Arnsberg aaO).

Eine **vermittelnde Auffassung** geht zwar grundsätzlich von einer richterlichen Bindung gem Abs 3 S 1 aus, hält diese aber für „gemindert“ und das *FamG* zu intensiverer Kontrolle verpflichtet im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen, die nach dem Urteil des BVerfG für das gemeinsame Sorgerecht zu fordern seien (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274 [entsprechend Elternvorschlägen auf Tei-

lung der Personen-/Vermögenssorge gem Abs 4 S 2, dazu o Rz 140, 141]; ders JR 1984, 89, 94 ff; ähnl schon AG Lübeck FamRZ 1982, 428 f). Wo die Grenze liegen soll zwischen einer (intensivierten) Negativkontrolle iSd Abs 3 S 1 und einer positiven Überzeugungsbildung des FamG, die rechtssystematisch nur in Abs 2 gefordert ist, wird dabei nicht immer deutlich (vgl die Äußerungen von LUTHIN FamRZ 1983, 420 f; FamRZ 1984, 114, 116; Gemeinsames Sorgerecht S 66).

**Stellungnahme:** Das BVerfG (s Rz 14) hat die positiven Wirkungschancen des **gemeinsamen Sorgerechts** für das Kind festgestellt und, darauf aufbauend, die grundrechtliche Position von Kind und Eltern betont, die bei einem Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts zu beachten ist. Die Abwehr der mit diesem Konzept potentiell verbundenen Gefahren für das Kindeswohl hat das BVerfG den Gerichten und (ggf) dem Gesetzgeber überlassen. Auch wenn das BVerfG dabei von einer besonders „eingehenden richterlichen Prüfung des Einzelfalls“ spricht (FamRZ 1982, 1179, 1182, 1184 li Sp) und die „Überzeugung des Richters“ voraussetzt, „daß die Ehegatten die Pflege und Erziehung ihres Kindes weiterhin, wenn auch in einer durch die Scheidung modifizierten Form gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen können“ (1184, re Sp), so verlassen diese Äußerungen nicht den Funktionsbereich der richterlichen Gefahrenabwehr. *Zuvor* nämlich hat das BVerfG den übereinstimmenden Wunsch der Eltern nach fortbestehender gemeinsamer Elternverantwortung an die Spitze seiner Erörterungen gestellt und demgegenüber das staatliche Wächteramt auf die Prüfung beschränkt, ob „im übrigen keine Gründe vor(-liegen), die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen“ (1182 re Sp). Die Verpflichtung der Gerichte auf eine gewissenhafte Wahrnehmung dieses Wächteramts richtet sich gegen eine floskelhaft entleerte, mittels Textbausteinen standardisierte „Erforderlichkeitskontrolle“ iSv Abs 3 S 1, wie sie zT üblich geworden ist (vgl LIMBACH-Studie S 35 [aber S 36 f: trotz formelhafter Begründung des Ergebnisses oft sorgfältige Prüfung im Verfahren]; LIDLE-HAAS S 30 f; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 418). Von einer notwendigen „positiven Überzeugung“ des Richters, daß das gemeinsame Sorgerecht die im Einzelfall „beste“ Lösung sei, ist hingegen nirgends die Rede, sie widerspräche dem rechtlichen Grundansatz des BVerfG (vgl SCHWAB, Handbuch Rz III, 13, 15, 99). Darüberhinaus fehlen empirische Belege für die These, daß das Konzept der gemeinsamen Sorge inhärent gefährlich und kindeswohlwridrig sei, die Rechtstatsachen haben entsprechende Befürchtungen nicht bestätigt.

Das gemeinsame Sorgerecht muß deshalb, bis zum Nachweis des Gegenteils, der Alleinsorge insoweit gleichgestellt werden, als seine Vereinbarung durch die Eltern ebenfalls **Bindungswirkung gem Abs 3 S 1** auslöst. Weder Kindeswohl noch Elternrecht rechtfertigen eine andere Entscheidung, und der Gesetzeswortlaut liefert keinen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit einer Differenzierung zwischen den Elternvorschlägen (die geplante gesetzliche Regelung [Rz 160] soll insoweit Klarheit schaffen, vgl STREMPPEL S 15; BT-Drucks 11/6002 S 3). Das gilt auch für die Vorstellung einer „abgeschwächten“ Bindung (Rz 166), bei der eine Vermengung faktischer Befolgungsbereitschaft durch den Richter und rechtlicher Eingriffshürde zugrundeliegt. Die gebotene Prüfung der besonderen Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts ist im vollen Umfang der Negativkontrolle gem Abs 3 S 1 zu integrieren, *abweichen* darf das FamG vom Elternvorschlag nur nach dem allgemeinen Erforderlichkeitsstandard dieser Vorschrift (dazu Rz 149).

## 168 bb) Folgerungen aus dem rechts- und sozialpolitischen Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts

Der übergeordnete rechts- und sozialpolitische Stellenwert des Konzepts gemeinsamer Sorgeverantwortung nach Scheidung ist bereits dargelegt worden (Rz 26, 41). Hieraus ergeben sich Folgerungen für das FamG, die über die vorstehend erörterte rechtsdogmatische Einordnung des Elternvorschlags hinausgehen. Die aus dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip* fließende Pflicht des Staates, vor Eingriffen zunächst alle Unterstützungs- und Förderungsmöglichkeiten zugunsten familienautonomer Konfliktlösung auszuschöpfen, bezieht sich nicht nur auf die Förderung elterlicher Einigung als solcher (Rz 24, 25, 133), sondern auch inhaltlich auf eine möglichst gemeinschaftliche, kooperationsgetragene Gestaltung der künftigen Sorgerechtsverhältnisse (Rz 26). Nicht nur die *Familienrichter*, sondern *alle institutionell beteiligten Personen* (Jugendamt, Sachverständige, als „Organe der Rechtspflege“ auch Anwälte) haben sich diesem staatlichen Bemühen, wie es in § 17 KJHG sozialrechtlich festgeschrieben ist, einzugliedern. Eine derzeit verbreitete Tendenz in der richterlichen und anwaltlichen Praxis, die Möglichkeiten gemeinsamen Sorgerechts zu verschweigen oder sie den Parteien „auszureden“ (als rechtstatsächlicher Befund: LIMBACH-Studie S 49, 52; FINGER DRiZ 1985, 91, 95; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 419; als Aufforderung an die Praxis: LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116), muß deshalb als rechtswidrig bezeichnet werden.

Zutreffend wird umgekehrt die **Verpflichtung** angenommen, **auf Einigung und Kooperation der Eltern hinzuwirken**, wo immer im Einzelfall tatsächliche Grundlagen hierfür erkennbar sind (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 59; JOPT FamRZ 1987, 875, 883 [auch bez des psychologischen Sachverständigen]; vgl WENDL-KAMPMANN-WENDL S 244; PRESTIEN RdJ 1988, 431, 434 f; SCHWAB, Handbuch Rz III 96; zust offenbar LIMBACH ZfRSoz 1988, 155, 160; skeptisch LUTHIN FamRZ 1988, 753; zum rechtstatsächlichen Verhalten der Familienrichter LIMBACH-Studie S 49). Das Augenmerk des FamG hat sich also nicht erst auf die Frage zu richten, ob die Eltern einig und kooperationsbereit *sind*, sondern schon auf die Prüfung, ob sie es nur *potentiell sind* und welche Unterstützung ihnen insoweit gegeben werden kann (RÖSNER-SCHADE ZfJ 1989, 439, 440). Insofern ist zu beachten, daß sich nach bisheriger Erfahrung viele elterliche Vereinbarungen zugunsten gemeinsamen Sorgerechts erst während des Gerichtsverfahrens herausbilden (MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 417). Daß umgekehrt aber auch kein *Druck* auf die Eltern zugunsten gemeinsamen Sorgerechts ausgeübt werden darf (SCHWAB, Handbuch Rz III 96), dürfte selbstverständlich sein.

## 2. Voraussetzungen

### 169 a) Allgemeines

Besondere Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts sind dem Gesetz nicht zu entnehmen, das Urteil des BVerfG v 3. 11. 1982 hat nur zum ersatzlosen Wegfall des Abs 4 S 1 geführt. Überwiegend werden dennoch der Urteilsbegründung auch die Voraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht entnommen. Dies ist im methodischen Ansatz verfehlt: Das BVerfG hatte nur die Frage zu beantworten, wann der gesetzliche Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts gegen das Grundgesetz verstößt, inwieweit also das Verfassungsrecht Ausnahmen vom generellen Verbot des Abs 4 S 1 fordert. Nachdem dieses Verbot wegen seiner Ausnahmslosigkeit gefallen ist, stellt sich die ganz andere Frage, unter welchen Umständen das gemeinsame Sorgerecht sinnvollerweise zuzulassen ist. Verfassungsrechtliche Gebotenheit und rechtspolitische Zweckmäßigkeit sind verschiedene Maßstäbe.

Solange der Gesetzgeber nicht gesprochen hat, **gilt für das gemeinsame Sorgerecht 170 das allgemeine Regelungssystem des § 1671**. Dies bedeutet: Herrschaft des Kindeswohlprinzips mit eingeschränktem Bestimmungsvorrang der Eltern bei übereinstimmendem Vorschlag. Die Frage nach den Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts kann nur gerichtet sein auf *Konkretisierungshilfen für die Familiengerichte hinsichtlich des Kindeswohls* gerade bei dieser Sorgerechtsgestaltung. Die Suche nach „besonderen Voraussetzungen“ rechtfertigt sich dabei aus der Erwägung, daß (anders als bei der Alleinsorge) beim gemeinsamen Sorgerecht *beide* Eltern erziehungsgerecht und zur gemeinschaftlichen Sorgewahrnehmung in der Lage sein müssen – eine für geschiedene Gatten nicht selbstverständliche Fähigkeit.

Wegen der gemeinschaftlichen Sorgezuständigkeit drohen bei späterem Elternstreit auch eher Gefahren für das Kindeswohl als bei Alleinzuständigkeit eines Elternteils (vgl OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; Risiko bei Fehlentscheidung höher).

**Gesetzsystematisch** sind diese „Voraussetzungen“ mangels einer positiven Regelung aber nur der **Kindeswohlkontrolle nach Abs 3 S 1** zu integrieren (Rz 167). Eine Anlehnung an die vom BVerfG hervorgehobenen Gesichtspunkte (elterliche Einigkeit, beiderseitige Erziehungsfähigkeit, Kindeswohlverträglichkeit) ist dabei verständlich und zulässig, solange nur die unterschiedliche Fragestellung bewußt bleibt (in diesem Sinne MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; LIMBACH-Studie S 9 Fn 2; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 ff; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96).

Dem Urteil der BVerfG wird vielfach noch eine **vierte Voraussetzung** entnommen: **171** Das FamG müsse die Überzeugung erlangen, daß die Eltern die Sorge für das Kind weiterhin gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen könnten (KG FamRZ 1983, 1055, 1057; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 758, 759; DÖRR NJW 1989, 690, 691 f; FINGER DRiZ 1985, 91, 92; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; KROPHOLLER JR 1984, 89, 94; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; PULS ZfJ 1984, 8, 12; SCHMIDT-RÄNTSCH FamRZ 1983, 17; SCHWENZER, Status S 124). Zu diesem Satz aus dem Bundesverfassungsgerichtsurteil ist bereits Stellung genommen worden (Rz 164 f). Er gehört in einen ganz anderen Begründungszusammenhang des Urteils als die zu dessen Eingang aufgezählten drei Grundvoraussetzungen (HINZ ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-HINZ Rz 72; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 79). Als „vierte Voraussetzung“ wurde die „richterliche Überzeugung“ erstmalig in einer parlamentarischen Antwort des BMJ aufgeführt (KLEIN in: Verh des Deutschen Bundestags, Sten Ber 9/129 S 7971 f) und seitdem (über SCHMIDT-RÄNTSCH aaO) kritiklos tradiert. Der Zusammenhang mit den Fragen der richterlichen Bindung gem Abs 3 S 1 und der negativen oder positiven Kindeswohlkontrolle wird oft nicht bemerkt (LIMBACH-Studie S 56 ff). Die sogenannte „vierte Voraussetzung“ enthält keine neuen sachlichen Aussagen und ist, wie dargelegt, vom BVerfG nicht als eigenständige Voraussetzung, sondern als Ermahnung gemeint, die nach Abs 3 S 1 gebotene Kontrolle ernst zu nehmen. Es wäre auch merkwürdig, wenn neben sachlichen Kriterien als weiteres Tatbestandsmerkmal aufgeführt würde, der Richter müsse von deren Vorliegen auch überzeugt sein (iE ebenso HINZ und JAEGER aao; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 64 f [unter Aufgabe früherer Äußerungen]; SCHWAB, Handbuch Rz III 92 f).

#### b) Übereinstimmender Elternvorschlag

172

Gemeinsames Sorgerecht der Eltern kann nach allgemeiner Auffassung nur dann gedeihlich für das Kindeswohl sein, wenn die geschiedenen Ehegatten bereit sind, als **Eltern** weiterhin zusammen Verantwortung für das Kind zu tragen und auszuüben. Im einzelnen muß unterschieden werden zwischen ihrer **sachlichen Einigkeit und Kooperationswilligkeit** einerseits und einem entsprechenden Elternvorschlag

andererseits. Nach ganz herrschender Auffassung (zur Gegenauffassung Rz 173) soll ein **übereinstimmender Elternvorschlag** iSv Abs 3 S 1 unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung gemeinsamen Sorgerechts sein (OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 758, 759; OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754; KG FamRZ 1989, 654 [im Prinzip]; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 454; HINZ ZfJ 1984, 529, 532; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 65; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 419; SCHWENZER, Status S 124; SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 612). Auch nur einseitiges Abrücken vom Elternvorschlag, möglicherweise erst in der Beschwerdeinstanz, nehme dem gemeinsamen Sorgerecht die Grundlage (OLG Bamberg aaO). Die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts bei uneinigen Eltern hieße, den Elternstreit gerade auch zu Lasten der Kinder zu perpetuieren (vgl WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 321 f; LIMBACH-Studie S 82 [„keine fürsorgliche Bevormundung widerspenstiger Eltern“]; s auch OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511 [„grobe Gefährdung des Kindeswohls“]).

- 173 Vereinzelt wird jedoch erwogen, ob gemeinsames Sorgerecht nicht auch einmal **ohne Elternvorschlag** in Betracht komme, also gem Abs 2 angeordnet werden könne (OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89; DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 59 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 94). Stets wird jedoch auch hier vorausgesetzt, daß die Eltern sachlich einig sind und kooperieren. Ist dem im Einzelfall aber wirklich so, dann müßte es mit richterlicher Unterstützung möglich sein, die Eltern zu einem übereinstimmenden Vorschlag zu bewegen. Gelingt dies nicht, reicht die Gemeinsamkeitsbasis der Eltern offenbar doch nicht aus, gemeinsames Sorgerecht scheidet aus.

Dennoch bleiben Fälle denkbar, in denen auch im Rahmen von Abs 2 zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entschieden werden könnte: Wenn beide Eltern dies wollen, ihr Vorschlag aber durch abweichenden Kindesvorschlag gem Abs 3 S 2 entkräftet worden ist (vgl MünchKomm-HINZ Rz 74), oder wenn ein Elternteil vorzugsweise die Alleinsorge begehrt, aber zu erkennen gibt, daß er hilfsweise auch zur gemeinsamen Sorgerechtsausübung bereit ist (vgl KROPHOLLER JR 1984, 89, 94). Im Gegensatz zu Abs 3 S 1 muß das Gericht hier aber zu der Überzeugung gelangen, daß das gemeinsame Sorgerecht die im Lichte des Kindeswohls (unter Berücksichtigung des Kindeswiderspruchs oder der Präferenz eines Elternteils für Alleinsorge) allen anderen Gestaltungen überlegene Lösung ist.

**Inhaltlich** muß der Elternvorschlag gerichtet sein auf Gemeinsamkeit in der Rechts- und Pflichtstellung (zu der faktischen Ausgestaltung Rz 179).

#### 174 c) Kindeswohlprüfung

##### aa) Grundsätzliches

Die Kindeswohlprüfung ist rechtssystematischer Ansatzpunkt der richterlichen Kontrolle überhaupt, sie umfaßt auch die vom BVerfG hervorgehobenen Gesichtspunkte der Kooperationswilligkeit und gemeinsamen Erziehungsfähigkeit der Eltern (vgl Rz 167, 170). Sie ist entspr Abs 3 S 1 auf die Prüfung beschränkt, ob Gründe des Kindeswohls ein Abweichen vom Elternvorschlag zugunsten elterlicher Alleinsorge erforderliche machen („**Negativkontrolle**“, Rz 167; anders bei Entscheidung nach Abs 2, s Rz 174). Dies bedeutet jedoch nicht, daß nur *gegen* das gemeinsame Sorgerecht sprechende Gesichtspunkte zu beachten wären, auch positive Indizien für die Tragfähigkeit der Verabredung sind zu berücksichtigen.

- 175 Auf jeden Fall ist, im Gegensatz zur Praxis bei Elternvorschlägen zugunsten eines Elternteils, eine **sorgfältige richterliche Prüfung** erforderlich (vgl BVerfG FamRZ

1982, 1179, 1184). Die besondere Sorgfalt hat sich auf die **spezifischen Probleme und Gefahren** einer Verabredung gemeinsamen Sorgerechts zu beziehen, die sich aus der Scheidungssituation sowie aus dem Kooperationszwang für zwei Partner ergeben, deren Gemeinsamkeit im persönlichen Bereich gescheitert ist. Diese besonderen Prüfungspunkte sind Kooperationswilligkeit (bb) und Erziehungsfähigkeit der Eltern (cc), hinzu treten einzelne Kindeswohl Aspekte (dd).

**Darüber hinaus** gibt der Elternvorschlag jedoch weder Anlaß noch Berechtigung, die Persönlichkeit der Eltern und ihre Beziehungen inquisitorisch zu erforschen (so aber AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148; BERES DAVorm 1983, 16, 17; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; wohl auch LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66; dagegen LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 f, 59 ff). Weder das Urteil des BVerfG noch die bisher festgestellten Rechtstatsachen bieten eine Grundlage dafür, das gemeinsame Sorgerecht als „vermutlich kindeswohlwidrig“ oder den Elternvorschlag als „vermutlich unseriös“ einzustufen und deshalb die Eltern einer Perfektionskontrolle zu unterwerfen, die auch sonst nicht stattfindet und auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt (nach den vom AG Arnsberg aaO angelegten Maßstäben wäre die Mehrzahl aller Eheleute in Deutschland erziehungsunfähig).

#### bb) Kooperationswilligkeit der Eltern

176

Zum formellen Erfordernis des übereinstimmenden Vorschlags (Abs 3 S 1) muß als sachliche Basis im Lichte des Kindeswohls die elterliche **Kooperationswilligkeit** treten (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26) – das allgemeine Kriterium der Übernahmebereitschaft (Rz 83) ist hier nicht nur *beidseitig* notwendig, sondern muß sich gerade auch auf die *gemeinschaftliche* Wahrnehmung richten (abw KG FamRZ 1983, 1055, 1057). Elternvorschläge sind insoweit auf ihre Seriosität und Tragfähigkeit zu prüfen (FINGER DRiZ 1985, 91, 95). Hier liegt ein Schwerpunkt der Bedenken, die im Vorfeld des Bundesverfassungsgerichtsurteils gegen das gemeinsame Sorgerecht vorgetragen worden sind. Das BVerfG hat sie auch ernst genommen und ihre Abwehr der richterlichen Verantwortung überwiesen (FamRZ 1982, 1179, 1183 f; vgl dementsprechend OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511).

Möglich sind insoweit bloße *Schein-Einigkeit*, bei der die vorgeschlagene Gemeinsamkeit nur Ausdruck von Einigungsunfähigkeit ist (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263). Ferner kann die Einigung auf *Druck des überlegenen Partners* zustande gekommen sein und nicht der Überzeugung des anderen Teils von der besten Kindeswohlwahrung entsprechen (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 64 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 82; KLUSMANN FamRZ 1982, 118, 122). Das Kind ist möglicherweise bloßes *Handelsobjekt* bei der elterlichen Auseinandersetzung gewesen (HINZ ZfJ 1984, 529, 536; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263), auch kann der *Wunsch nach schneller Scheidung* im Vordergrund gestanden haben (vgl § 630 Abs 1 Ziff 2 ZPO; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26). Zu Nachforschungen in dieser Hinsicht besteht besonderer Anlaß, wenn das Kind die bisherige elterliche Betreuung und Erziehung anders darstellt als die Eltern selbst in ihrer Vorschlagsbegründung (OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511).

#### cc) Erziehungs- und Kooperationsfähigkeit der Eltern

177

Neben den Willen zum gemeinsamen Sorgerecht muß die **Fähigkeit** zu seiner kindeswohlgerichten Wahrnehmung treten. Sie umfaßt zunächst die beiderseitige, **individuelle Erziehungseignung**, darüber hinaus aber auch die Fähigkeit zu gemeinschaftlicher Erziehung, insbesondere die **Kooperationsfähigkeit**.

Hinsichtlich der **persönlichen Erziehungsfähigkeit** gelten beim gemeinsamen Sorgerecht kaum Besonderheiten über den Umstand hinaus, daß sie *beiderseits* vorliegen muß (vgl Rz 71 ff). Es müssen nicht unbedingt beide Elternteile „voll erziehungsfähig“ sein, wie im Anschluß an das BVerfG regelmäßig vertreten wird (vgl BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; für die hM MünchKomm-HINZ Rz 69 mwN; dagegen SCHWAB, Handbuch Rz III 99). Defizite auf der einen oder anderen Seite sind unschädlich, wenn sie durch die gemeinsame Sorgerechtsausübung ausgeglichen werden (FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 80). Bei gänzlich mangelnder Eignung eines Teils scheidet gemeinsames Sorgerecht allerdings aus (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753). Wie bei der Alleinsorge wird das Gericht über die persönliche Eignung nur insoweit Nachforschungen anzustellen haben, als negative Eigenschaften erkennbar geworden sind (gegenseitiges Bestreiten der Erziehungseignung beseitigt schon die notwendige Kooperationsbasis, vgl LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 f, 59 ff).

- 178** Neben der individuellen muß auch die **gemeinsame Erziehungsfähigkeit** vorliegen. Sie kann zweifelhaft sein, wenn die konkrete Gefahr besteht, daß das Kind die Eltern gegeneinander ausspielt und damit ihren jeweiligen Erziehungseinfluß unterläuft (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89, 90; LIMBACH-Studie S 43 [spätere Änderung in Alleinsorge]). Besonderes Augenmerk gebührt im übrigen der **Kooperationsfähigkeit**, die das Gericht auch bei Bekundung des Kooperationswillens nicht ohne weiteres unterstellen darf (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 51). Sie kann fraglich sein bspw bei starken persönlichen Spannungen (OLG Bamberg FamRZ 1988, 753, 754; KG FamRZ 1989, 654), die sich auch in Umgangs- oder Sorgestreitigkeiten während der Trennungszeit ausgedrückt haben können (KG aaO; OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754), oder bei offenkundig unausgeglichenen Machtverhältnissen zwischen den Ehegatten (OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89, 90). Gleiches gilt, wenn erheblich unterschiedliche Erziehungskonzeptionen der Eltern deutlich werden (OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66), insbes wenn sie mit zur Zerrüttung der Ehe beigetragen haben (FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 83). Kooperationsfähigkeit fehlt auch, wenn sie nur mittels begleitender Dauerberatung aufrechterhalten werden könnte (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 58 f), während der Umstand, daß erst Beratung und Unterstützung durch soziale Institutionen (vgl § 17 KJHG) oder das Gericht die Eltern zur Vereinbarung des gemeinsamen Sorgerechts gebracht haben, nichts gegen die künftige Kooperationsfähigkeit besagt (LUTHIN S 58; BT-Drucks 11/5948 S 58: gemeinsames Konzept ohne fachliche Hilfestellung oft nicht möglich). Möglicherweise zeichnen sich die mit professioneller Hilfe erarbeiteten Arrangements eher durch besondere Haltbarkeit aus (zum „Sorgerechtsplan“ und zur bisherigen Praktizierung der gemeinsamen Sorge s Rz 183). Keine sachliche Voraussetzung oder auch nur ein Kriterium der Kooperationsfähigkeit ist ein „gehobenes intellektuelles Niveau“. Zwar sind höher gebildete Eltern in den bisher entschiedenen Fällen überrepräsentiert (Rz 161), aber auch in vielen Arbeiterfamilien wurde das gemeinsame Sorgerecht zugesprochen (ca 10 Prozent aller Fälle, LIMBACH-Studie S 27 ff). Nicht das statistische Bild kann im übrigen entscheidend sein, sondern nur die erkennbare Verständigungsfähigkeit der Eltern im Einzelfall, die nicht primär eine intellektuelle Leistung ist (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 99; abw wohl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 56 f).

#### **179 dd) Sonstige Kindeswohlaspekte**

Zu den beim gemeinsamen Sorgerecht besonders zu prüfenden Gesichtspunkten gehört vor allem die **faktische Betreuungssituation**, die die Eltern für die Zukunft planen. Aus der Sicht des *Kindes* ist diese entscheidender als die rechtliche Ausge-

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

staltung (FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 671; ders FamRZ 1988, 579 f). Das gemeinsame *Sorgerecht* konstituiert nur den rechtlichen Rahmen, die fortbestehende gemeinsame Kompetenz der Eltern, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder weiterhin nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu gestalten. Der Elternvorrang gegenüber staatlicher Einmischung besteht *nach* der Sorgerechtsentscheidung grundsätzlich in gleichem Umfang wie bei bestehender Ehe (Art 6 Abs 2 S 1 GG; § 1666 BGB). Um so mehr besteht Anlaß, bei der familiengerichtlichen Entscheidung gem Abs 3 S 1 darauf zu achten, ob die elterlichen Vorstellungen zuträgliche künftige Lebensbedingungen für das Kind erwarten lassen (zum „Sorgerechtsplan“ Rz 183). Typische Gestaltungen sind das „**Residenzmodell**“ (das Kind wohnt überwiegend bei einem Elternteil, der schwerpunktmäßig die tatsächliche Personensorge wahrnimmt; der andere Elternteil hat häufig Umgang mit dem Kind und wirkt an wichtigen Entscheidungen mit), das „**Pendelmodell**“ (das Kind wechselt in periodischen Abständen zwischen den elterlichen Haushalten hin und her, die grundlegenden Entscheidungen treffen die Eltern gemeinsam, im übrigen der Obhuts-Elternteil) und das „**Nestmodell**“ (die Kinder wohnen ständig im selben Haushalt, die Eltern wechseln sich in der Betreuung ab).

Das „*Residenzmodell*“ steht statistisch mit Abstand im Vordergrund (LIMBACH-Studie S 25 f; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 451). Gegen das gemeinsame Sorgerecht in diesen Fällen wurde vorgebracht, die rechtliche Entscheidungskompetenz müsse allein demjenigen Elternteil zustehen, der die Person und Bedürfnisse des Kindes aus täglicher Erfahrung genau kenne (vgl OLG Hamm FamRZ 1987, 745, 747). Alleinsorge mit Umgangsrecht sei hier allein angemessen (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908). Dies gelte insbes bei weiter räumlicher Entfernung der elterlichen Wohnungen voneinander (FEHMEL FamRZ 1980, 758; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 61, 66). Andererseits wird das Residenzmodell im *Kontinuitätsinteresse* des Kindes sogar für besonders günstig gehalten (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 59 f; ähnl OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89 f; HINZ ZfJ 1984, 529, 535), und auch *weite räumliche Entfernung* wird nicht als Hindernis für eine echte, dem Kindeswohl förderliche Mitverantwortung der Eltern angesehen (OLG Celle FamRZ 1985, 527; KG FamRZ 1983, 1055, 1058; AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148; HINZ aaO; FTHENAKIS, Gutachten S 52; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 43; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 84).

Problematisch im Hinblick auf die notwendige Kontinuität der Lebensbedingungen erscheinen eher *Pendelarrangements* (dazu näher COESTER EuGRZ 1982, 256, 260 f; zu negativen Erfahrungen s LIMBACH-Studie S 43, 72 ff). Insbesondere bei älteren Kindern verdrängt der Wunsch nach Kontinuität und ungestörtem Kontakt zu Gleichaltrigen den nach häufigem und zeitintensivem Kontakt mit beiden Elternteilen (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 452 mwN).

Insgesamt müssen jedoch pauschale Bewertungen ausscheiden, als wesentlich zu berücksichtigen sind stets die konkreten Lebensumstände des Kindes, das beiderseitige Engagement der Eltern, die Möglichkeit zu gemeinsamer Elternverantwortung sowie ihr Wert aus der Sicht des Kindes (OLG Celle FamRZ 1985, 527; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff, 36).

Zentrale Bedeutung kommt des weiteren der **Einstellung des Kindes** zu. Lehnt das mindestens *14jährige Kind* den Elternvorschlag ab, kann das gemeinsame Sorgerecht bei der sodann gebotenen Entscheidung nach Abs 2 (iVm Abs 3 S 2) zwar dennoch angeordnet werden (Rz 174), dies aber allenfalls nach sorgfältiger Prüfung und Abwägung. Im Ergebnis kann nichts anderes gelten bei einer ablehnenden Haltung *jüngerer Kinder*, denen ein Gestaltungsrecht gem Abs 3 S 2 noch nicht zusteht. Dies gilt um so mehr, wenn das Kind Belastungen anführt, die nach

psychologischen Feststellungen objektiv begründet sind – etwa Verunsicherung und Störung der Lebensführung beim „Pendelmodell“ (Rz 179). Der Kindeswiderspruch nimmt dem Elternvorschlag weitgehend die Vermutung kindgerechter Lösung, so daß sich die richterliche Erforderlichkeitsprüfung nach Abs 3 S 1 sachlich eher an der Frage auszurichten hat, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl (positiv) dient (weitergehend COESTER, Kindeswohl S 318 [insoweit nicht mehr aufrechterhalten]).

**Wünscht** umgekehrt auch das Kind die fortbestehende gemeinsame elterliche Sorge, wird hierdurch das Gewicht des Elternvorschlags wesentlich verstärkt, die richterliche Kontrolle wird zwar nicht überflüssig, aber entlastet (vgl KG FamRZ 1983, 1055, 1058; HINZ ZfJ 1984, 529, 536).

Für einen Grundsatz, wonach das gemeinsame Sorgerecht für Kleinkinder weniger geeignet sei (so SOERGEL-STRÄTZ Rz 19), fehlt es derzeit an einer tatsächlichen oder wissenschaftlichen Erfahrungsgrundlage.

- 181** Ein **neuer Partner** auf der einen oder anderen Elternseite bedeutet sicherlich eine Belastungsprobe für das elterliche Konzept. Dies ist aber keine Besonderheit des gemeinsamen Sorgerechts, bei Alleinsorge äußert sich die Problematik auf der Umgangs- oder Änderungsebene (vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 61). Ist der neue Partner bekannt, muß ermittelt werden, ob er die fortdauernde Kooperation der Eltern zumindest nicht ablehnt oder ihr sonst entgegensteht (vgl KG FamRZ 1983, 1055, 1058 [dort positive Einstellung]). Die Möglichkeit neuer Partnerschaften ist im übrigen noch kein Grund, das gemeinsame Sorgerecht abzulehnen (KG FamRZ 1980, 821; LUTHIN aaO; vgl aber LIMBACH-Studie S 43: neue Partnerschaft *kann* im Einzelfall Auslöser elterlichen Streits und eines Änderungsverfahrens sein).

#### **182 d) Erkenntnisquellen des Familiengerichts**

Als Überzeugungsgrundlage für die unter c) aufgeführten Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts dienen den Familiengerichten regelmäßig die Anhörung der Eltern, des Kindes und der Bericht des Jugendamts (vgl LIMBACH-Studie S 59 [Richterbefragung], in Kontrast dazu jedoch die tatsächliche Praxis, S 37). Angesichts der gebotenen sorgfältigen Prüfung (Rz 175) sind diese Anhörungen sachgerecht, insbesondere sollte auch das Kind stets gehört werden (vgl Rz 180).

Eine wesentliche Erkenntnisgrundlage für das Gericht, die bei der Elternanhörung Thema sein sollte, ist die **praktische Bewährung** elterlicher Kooperation in der Vergangenheit. Eine partnerschaftliche Funktionsteilung schon *während bestehender Lebensgemeinschaft* ist Indiz für fortbestehendes beiderseitiges Engagement und Kooperationsbereitschaft, aber nicht Voraussetzung des gemeinsamen Sorgerechts: Der allein berufstätige Elternteil mochte während bestehender Ehe zu Recht auf die verabredete Rollenaufteilung vertrauen, kann sich jetzt aber veranlaßt sehen, sich stärker an der Kindeserziehung zu beteiligen, damit dem Kind wirklich beide Eltern erhalten bleiben (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62–64, gegen anderslautende Forderungen aus feministischer Sicht). Für die Praktizierung gemeinsamer Sorge *während der Trennungszeit* gilt das gleiche: Oft begehren die Eltern nur rechtliche Sanktionierung erfolgreicher Kooperation nach ihrer persönlichen Trennung (vgl OLG Celle FamRZ 1985, 527; KG FamRZ 1983, 1055; AG Lübeck FamRZ 1982, 428; AG Arnsberg FamRZ 1985, 424; FamRZ 1986, 1145; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 418), die Familiengerichte haben hier eine hervorragende Beurteilungsgrundlage für elterliche Eignung und die Kindeswohlprüfung. Gemeinsame Bewährung in der Trennungszeit wird verbreitet als positives Indiz für auch künftige Kooperationsfähigkeit genommen (HINZ ZfJ 1984, 529, 536; KNÖPFEL NJW

1983, 905, 908; KROPHOLLER JR 1984, 89, 95; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66; PULS ZfJ 1984, 8, 13; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 83; unzulässig demgegenüber die Argumentation des AG Arnsberg FamRZ 1985, 424, 425: Die Eltern kämen offensichtlich auch freiwillig zurecht und brauchten das gemeinsame Sorgerecht nicht). *Unverzichtbare Voraussetzung* für das gemeinsame Sorgerecht ist die bisherige Praktizierung jedoch *nicht* (HINZ ZfJ 1984, 529, 536); gerade im Hinblick auf die Unterstützungs- und Förderungsleistungen des Jugendamts gem § 17 KJHG sowie entsprechende Bemühungen des Gerichts und anderer Beteiligter muß den Eltern die Möglichkeit einer Einigung erst im Scheidungsverfahren offengehalten werden. Allerdings wird die Ernsthaftigkeit des Elternvorschlags sorgfältiger Prüfung bedürfen, wenn sie die Sorge während der Trennungszeit nicht gemeinsam ausgeübt haben.

Gerade wenn es an bisheriger Praktizierung gemeinsamer Sorge fehlt, gewinnt der **Sorgerechtsplan** der Eltern an Bedeutung. Damit ist keine vertragsmäßige Festschreibung aller Einzelheiten der künftigen Kooperation gemeint, sondern ein die Grundkonzeption der Eltern und die Konturen der geplanten Durchführung hervortreten lassender gemeinsamer Entwurf. Vielfach legen die Eltern von sich aus dar, wie sie sich die tatsächliche Betreuung und Erziehung ihres Kindes künftig vorstellen. Das FamG kann einen derartigen „Sorgerechtsplan“ aber auch von den Eltern *fordern* als Beurteilungsgrundlage für die Kindeswohlprüfung. Diese Befugnis wird *de lege ferenda* für sinnvoll gehalten (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 65 f; LIMBACH-Studie S 79; STREMPER, Gemeinsame Sorge S 15; vgl KROPHOLLER JR 1984, 89, 95). Sie ergibt sich aber schon *de lege lata* aus dem staatlichen Wächteramt und den materiellen Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts iVm § 12 FGG (ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 109, wo zumindest Erörterungsbereitschaft der Eltern über ihre Vorstellungen verlangt wird). Ein Sorgerechtsplan erlaubt nicht nur eine Überprüfung der Seriosität des Elternvorschlags und der Kindeswohlaspekte, sondern trägt auch dem Einwand Rechnung, beim gemeinsamen Sorgerecht wüßten die Eltern oft nicht, „was auf sie zukommt“ (LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907). Haben die Eltern die gemeinsame Sorge bisher schon erfolgreich praktiziert, entfallen diese Gesichtspunkte – der *Sorgerechtsplan* erweist sich damit als (*unverzichtbare*) *Alternative zur praktischen Bewährung* elterlicher Sorgegemeinsamkeit nach der Trennung. Die Unverbindlichkeit des Sorgerechtsplans (Rz 186) steht seinem Erkenntniswert für das FamG nicht entgegen.

Die Heranziehung eines **Sachverständigen** ist bei übereinstimmendem Elternvorschlag regelmäßig nicht indiziert (Rz 210). Das gilt im Prinzip auch bei Beantragung gemeinsamen Sorgerechts, nur im Einzelfall können Zweifel über die Kooperationsfähigkeit der Eltern oder bestimmte Kindeswohlaspekte ein Gutachten rechtfertigen (dem entspricht die bisherige Gerichtspraxis, vgl LIMBACH-Studie S 37, 59). Eine umfassende psychologische Persönlichkeitserforschung der Eltern (so AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148) scheidet schon aus Rechtsgründen aus (Rz 175).

### 3. Die richterliche Entscheidung

185

Der Tenor einer dem Elternvorschlag folgenden Entscheidung lautet nicht auf Übertragung, sondern auf **Belassung des gemeinsamen Sorgerechts**, weil die Eltern bis zur Scheidung ohnehin gemeinsam berechtigt waren (vorbehaltlich Sorgerechtsregelungen nach §§ 1672 oder 620 Abs 1 Nr 1 ZPO – in diesen Fällen wird gemeinsames Sorgerecht regelmäßig nicht in Frage kommen, vgl Rz 178; sonst müßte auch hier das Sorgerecht beiden Eltern übertragen werden). Dennoch hat die Entscheidung *rechtskonstitutive Bedeutung*, weil erst sie die Fortführung des ge-

meinsamen Sorgerechts nach Scheidung ermöglicht (HINZ ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-HINZ Rz 16; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 74 f).

**186** Die Entscheidung ist beschränkt auf die **Inhaberschaft des Sorgerechts**, die *faktische Gestaltung* ist der richterlichen Regelungsmacht *nicht zugänglich*. Zwar wird dies vereinzelt gefordert (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 51, 61, 80; KROPHOLLER JR 1984, 89, 95), und auch die Eltern haben möglicherweise ein Interesse daran, daß das Gericht ihrem Sorgerechtsplan Verbindlichkeit verleiht, insbes hinsichtlich der Kompetenzverteilung im einzelnen und der vereinbarten Betreuungs- bzw Besuchszeiten. Richterlichen Regelungen steht insoweit aber der Elternprimat des Art 6 Abs 2 S 1 GG entgegen, die Eltern können auf ihre vorrangige Verantwortung auch nicht verzichten zugunsten staatlicher „Obervormundschaft“. Eine von ihnen angeordnete richterliche Regelung ist auch nicht analog § 623 Abs 3 S 2 ZPO zulässig (so aber KROPHOLLER aaO). Die Eltern müssen frei bleiben, die Kindesinteressen stets neu verantwortlich zu interpretieren und ihre Entscheidung ggf zu revidieren (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85), für ihren diesbezüglichen Einigungsprozeß gelten die allgemeinen Regeln (§§ 1627, 1628). Das Gericht muß aufgrund seiner Ermittlungen zu der Überzeugung gelangt sein, daß das beantragte gemeinsame Sorgerecht im Lichte des Kindeswohls unbedenklich ist. Hält es Ausübungsregelungen für notwendig, fehlt diese Überzeugung, und das gemeinsame Sorgerecht muß versagt werden – tertium non datur. Wünsche nach weitergehender Steuerungsmacht bei den Richtern (vgl LIMBACH-Studie S 79) sind verständlich, weil wohlmeinend, aber mit Art 6 GG nicht vereinbar. Bindende Regelungen tragen außerdem das Risiko künftigen Streits in sich.

**187** Für die Sorgerechtsentscheidung gilt im übrigen der **Grundsatz der Unteilbarkeit** in dargestelltem Umfang (Rz 38, 42 ff). Eine **zeitliche Begrenzung** des gemeinsamen Sorgerechts (gewissermaßen als „Probezeit“, vgl KNÖPFEL aaO) ist unzulässig. Eine **sachliche Aufspaltung** ist im Rahmen des Abs 4 S 2 möglich – so kann die Personensorge beiden Elternteilen, die Vermögenssorge nur einem zustehen oder umgekehrt (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Vorschläge in diesem Sinne können aber ein Indiz sein, daß die elterliche Kooperationsbereitschaft insgesamt nicht in ausreichendem Maße vorhanden ist; das gilt verstärkt bei Erforderlichkeit einer Aufteilung gem Abs 4 S 2 ohne entsprechenden Elternvorschlag. Bei anderen Aufteilungen ist entsprechend den obigen Ausführungen (Rz 47, 48) noch mehr Zurückhaltung geboten (vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 10 zur Aufspaltung von tatsächlicher Sorge und Vertretung; tendenziell anders LIMBACH-Studie S 79 zugunsten eines abgestuften Regelungsangebots gemeinsamer Sorge, das die Eltern „eher ermutigt, das ihnen jeweils mögliche Maß an Gemeinsamkeit anzustreben“). Unterschiedliche Regelungen für **Geschwister** sind denkbar, weil die Sorge für jedes Kind ein eigenständiger Verfahrensgegenstand ist (zur Geschwistertrennung Rz 112, 151). Alleinsorge für ein Kind bei gemeinsamer Sorge für die Geschwister kommt zB bei einem scheinhelichen Kind in Betracht (vgl LIMBACH-Studie S 23, zum scheinhelichen Kind Rz 77).

#### **188 4. Folgewirkungen bei gemeinsamem Sorgerecht**

Für die **Ausübung** des gemeinsamen Sorgerechts gelten wie bei bestehender Ehe §§ 1626 ff. Die Eltern müssen sich also (im Sorgerechtsplan und ggf stets neu) über anstehende Maßnahmen und ihre Funktionsverteilung einigen, § 1627; im Hinblick auf ihre getrennten Wohnsitze werden ausdrückliche gegenseitige Bevollmächtigungen sinnvoll sein, um die schwerfällige Gesamtvertretung (§ 1629 Abs 1 S 2) aususchalten. Bei Meinungsverschiedenheiten über wichtige Sorgeangelegenheiten ist

vormundschaftsgerichtliche Schlichtung gem § 1628 möglich (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 77; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; MünchKomm-HINZ Rz 75; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; hierauf sollten die Familiengerichte zur Abwendung von Sorgerechtsänderungen hinweisen, vgl LIMBACH-Studie S 43). Häufige Anrufung des VormG indiziert aber mangelndes Funktionieren des gemeinsamen Sorgerechts, das VormG sollte die Sache in solchen Fällen an das FamG zwecks Prüfung einer Sorgerechtsänderung abgeben (vgl vorstehende Nachw). Bei Streit über **Aufenthalt und Besuche des Kindes** will man verbreitet § 1634 Abs 4 entsprechend anwenden (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 77; SCHWAB, Handbuch Rz III 113; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97), zum Teil beschränkt auf die „Residenzmodelle“ (vgl Rz 179), also bei faktischem Aufenthalt des Kindes nur bei einem Elternteil (MünchKomm-HINZ § 1634 Rz 6; PESCHEL-GUTZEIT oben § 1634 Rz 139). Dabei ist jedoch zu beachten, daß § 1634 Abs 4 der Sache nach völligen Konsenszerfall der Eltern voraussetzt, während bei gemeinsamem Sorgerecht die Eltern grundsätzlich kooperationsfähig sein müssen. Auch kann nicht über § 1634 Abs 4 analog eine familiengerichtliche Regelungskompetenz begründet werden, die hinsichtlich der faktischen Sorgerechthandhabung idR gerade nicht besteht (Rz 186). Bei richterlicher Regelungsnotwendigkeit hinsichtlich des persönlichen Umgangs mit dem Kind ist die Basis des gemeinsamen Sorgerechts zerstört; familiengerichtliche Entscheidung analog § 1634 Abs 4 ist in diesem Fall zulässig, aber nicht als Hilfsregelung zur Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge, sondern als *Interimslösung vor der notwendigen Sorgerechtsänderung*.

Bei **Tod** eines Elternteils ist der andere gem § 1681 Abs 1 S 1 allein berechtigt **189** (MünchKomm-HINZ Rz 75; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 78). § 1681 Abs 1 S 2 ist auf die Alleinsorge nach Scheidung zugeschnitten und paßt nicht; Gefährdungen des Kindeswohls im Einzelfall ist über §§ 1666 oder 1632 Abs 4 zu begegnen. Entsprechendes gilt bei tatsächlicher Verhinderung eines Elternteils oder bei Ruhen seines Sorgerechts (§ 1678 Abs 1 HS 1, nicht Abs 2).

Besonderheiten ergeben sich in **Unterhaltsfragen**. Beim **Kindesunterhalt** vertritt der **190** andere Elternteil allein das Kind gegen den Schuldner-Elternteil – dies ergibt sich allerdings nicht aus §§ 1629 Abs 1 S 3 iVm 1678, 181 (so OLG Stuttgart FamRZ 1986, 595; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 76), sondern aus § 1629 Abs 2 S 2 (PALANDT-DIEDERICHSEN § 1629 Rz 19 [analog]; MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 72 [direkt und in Analogie zu § 1360]; dagegen SCHWAB, Handbuch Rz III 115–117 [stets Unterhaltspfleger zu bestellen]).

**Ehegattenunterhalt** gem § 1570 bleibt denkbar bei alleiniger tatsächlicher Personensorge eines Elternteils; inwieweit eine erhöhte Mitbeteiligung des anderen Elternteils an der Sorgeausübung und eine damit verbundene Entlastung des hauptbetreuenden Elternteils (Erwerbsmöglichkeit!) den Unterhaltsanspruch beeinflussen, ist weitgehend ungeklärt (vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 76 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; für diesbezügliche Regelungen der Eltern bei Vereinbarung des gemeinsamen Sorgerechts BAER ZRP 1989, 344, 348 f).

## VII. Übertragung auf Vormund oder Pfleger, Abs 5 S 1

### 1. Systematische Einordnung

**191**

Abs 5 S 1 dient der Abwehr einer **Kindesgefährdung**, die bei Übertragung der elterlichen Sorge auf den einen wie den anderen Elternteil zu besorgen wäre. Nach

dem Wegfall von elterlicher Schuld oder Pflichtverletzung auch im Tatbestand des § 1666 (s dort Rz 12–21) besteht zwischen beiden Vorschriften kein sachlicher Unterschied mehr, § 1671 Abs 5 S 1 ist nur eine situationsbezogene Hervorhebung der in Art 6 Abs 2 S 2 GG, §§ 1626 ff formulierten Schutzverpflichtung des Staates, die wegen des Sachzusammenhangs hier dem FamG zugewiesen wird. Abs 5 S 1 stellt klar, daß der Zusammenbruch der Elternehe grundsätzlich zwar die Sorgeentscheidung zwischen den Eltern legitimiert, eine Auslagerung der Sorgeverantwortung aus der Kernfamilie aber nur unter den allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen des § 1666 zulässig ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195).

Die **Unterhaltungspflegschaft** des Abs 5 S 2 setzt keine Kindesgefährdung voraus und ist kein Teil des Schutzsystems der §§ 1666, 1671 Abs 5 S 1 (s Rz 46). Abs 5 S 1 setzt jedoch nicht voraus, daß die Gefährdung erst dem FamG bei der Scheidung offenbar wird. Auch bei bereits erfolgten Eingriffen des VormG in die Familie gem § 1666 hat das FamG nach Abs 5 S 1 zu entscheiden, weil die veränderte Situation zu neuer Beurteilung Anlaß gibt (Rz 31 ff).

## 2. Voraussetzungen

### 192 a) Gefährdung des Kindeswohls

Das FamG muß die Überzeugung gewinnen, daß die Übertragung des vollen Sorgerechts auf beide oder nur einen Elternteil voraussichtlich zu einer nicht unerheblichen Schädigung des Kindes führen würde. Dies gilt auch bei einstweiligen Anordnungen im Rahmen des Scheidungsverfahrens (OLG Hamm FamRZ 1988, 199 f). Der Begriff der **Kindeswohlgefährdung** ist grundsätzlich identisch mit dem des § 1666 (s dort Rz 64–69). Bei der Scheidung kann sich eine Gefährdung gerade aus der Zerrüttungssituation ergeben oder aus dem Umstand, daß jeweils nur eingeschränkt erziehungsfähigen Gatten nunmehr der Partner als Stütze und Komplementär-Elternteil fehlt (BT-Drucks 8/2788 S 63; GERNHUBER § 56 II 4). Im übrigen gelten die zu § 1666 entwickelten Grundsätze auch im Rahmen des Abs 5 S 1, etwa bezüglich einer geplanten oder schon vollzogenen Umsiedlung eines Elternteils ins Ausland (§ 1666 Rz 68 sowie oben Rz 96), bezüglich des Zusammenlebens mit neuen Partnern oder sonstiger „sittlicher Bedenken“ (§ 1666 Rz 89 ff sowie oben Rz 80 f) oder bezüglich eines Schutzes gewachsener Kindesbindungen zu Dritten (etwa Großeltern oder Pflegeeltern, die die Kinder während der Ehekrise betreut haben). Der notwendige Schutz im letztgenannten Fall ist vom FamG gem § 1671 Abs 5 S 1 (uU iVm § 1632 Abs 4) sicherzustellen, wenn keiner der Eltern als potentieller Sorgeberechtigter auf die Bindungen des Kindes Rücksicht nehmen, sondern es abrupt aus seinen derzeitigen Betreuungsverhältnissen herausreißen will (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1979, 57 sowie § 1666 Rz 96).

- 193** Eine Gefährdung muß bei **beiden Elternteilen** vorliegen. Kann die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil trotz Bedenken noch verantwortet werden (Maßstab: Eingriffsgrenze des § 1666), so hat die innerfamiliäre Lösung gem Abs 1, 2 den Vorrang vor einer Vormundschaft oder Pflegschaft (BGH NJW 1985, 1702, 1704 f für den Fall einer haßerfüllten, die Kinder aufhetzenden, aber sonst erziehungsgerechten Mutter). Das gilt auch, wenn der objektiv besser geeignete Elternteil wegen strikter Ablehnung durch das Kind als Sorgeberechtigter ausscheidet (OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467 f; dazu SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f; s auch BGH aaO).

Ist *ein Elternteil* gänzlich ungeeignet, so ist dem anderen die elterliche Sorge auch dann zu übertragen, wenn er im Lichte einer Kindeswohlprüfung gem Abs 2 oder

Abs 3 S 1 regelmäßig keine Zuteilungschance hätte, von einer „Gefährdung“ des Kindes bei ihm aber noch keine Rede sein kann. So etwa bei einem Elternteil, der wegen seiner Berufstätigkeit das Kind ganz oder überwiegend nicht selbst betreuen kann, aber für eine angemessene Drittbetreuung sorgt bzw das Kind bei den es bereits betreuenden Dritten belassen will (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 1323 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 92). Auch eine Sicherung des Verbleibs des Kindes bei der Betreuungsperson durch Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Pfleger ist unzulässig, wenn der sorgeberechtigte Elternteil keinen Anlaß zu der Befürchtung gibt, er werde das Kind unter Gefährdung seines Wohls dort herausnehmen (OLG Frankfurt aaO). Schließlich ist eine Entscheidung nach Abs 5 auch kein zulässiges Mittel, hochstrittige Sorgerechtskämpfe durch „neutrale Drittplazierung“ zu befrieden (vgl OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466 ff; SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f).

### b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

194

Aus der systematischen Einbettung des Abs 5 S 1 in das allgemeine staatliche Kindesschutzrecht iSv Art 6 Abs 2 S 2 GG, § 1666 BGB folgt, daß der dieses Rechtsgebiet beherrschende **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** auch vom FamG zu beachten ist. Zum einen gilt also das **Gebot des geringstmöglichen Eingriffs**: Teilübertragung auf einen Pfleger ist vorrangig gegenüber der Vormundschaftsordnung, die völligen Ausfall der Eltern voraussetzt. Auch die Pflegschaftsordnung ist auf die Sorgefragen zu begrenzen, die keinem der Elternteile zugewiesen werden können – das bei Abs 2 und 3 herrschende Prinzip der Unteilbarkeit der elterlichen Sorge (Rz 38 ff, 137 ff) wird in Abs 5 S 1 vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verdrängt. In derartigen Fällen ist das Sorgerecht im übrigen einem Elternteil zu übertragen. So kann bspw auch nur das *Aufenthaltsbestimmungsrecht* einem Pfleger übertragen werden (OLG Hamm FamRZ 1978, 941, 942), etwa zur Sicherstellung des Umgangs zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil (OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178). In Betracht kommt auch eine bloße *Aufsichtspflegschaft*, wenn nur sie die Anvertrauung der Kinder an einen Elternteil vertretbar erscheinen läßt (OLG Hamm FamRZ 1973, 148, 150; OLG Köln FamRZ 1971, 186, 188; OLG Oldenburg DAVorm 1980, 37; MünchKomm-HINZ Rz 82; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 94; GERNHUBER § 56 II 4). Eine derartige Gestaltung kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn eine Stabilisierung und Besserung der elterlichen Verhältnisse nach der Scheidung zu erwarten ist und dem Sorgeberechtigten Gelegenheit gegeben werden soll, sich – zunächst unter rechtlicher Überwachung durch den Pfleger mit jederzeitiger Eingriffsmöglichkeit – tatsächlich zu bewähren. Dies gilt auch bei gleichzeitiger Unterstützung durch jugendhilferechtliche Maßnahmen (Rz 195). Allerdings ist gerade auch die Aufsichtspflegschaft strikt an die Eingriffsvoraussetzungen der Kindesgefährdung zu binden, sie ist nur zulässig, wenn ohne Pflegerkontrolle die Kinder dem Elternteil gar nicht überlassen werden könnten. Sie ist nicht zulässig als generelle „Oberaufsicht“ des Staates über die Teilfamilie nach Scheidung. Sie kann jedoch auf die Vermögenssorge oder die Personensorge beschränkt sein (vgl § 1666 Rz 138; 1667 Rz 17).

Zum zweiten gilt die Eingriffsschranke der **Erforderlichkeit** in dem Sinne, daß gemäß dem Rechtsgedanken des § 1666 a vor einer Entscheidung des FamG nach Abs 5 S 1 auch zu prüfen ist, ob der beim einen oder anderen Elternteil drohenden Gefahr für das Kindeswohl nicht durch staatliche Unterstützung und Hilfe begegnet werden kann (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195). Dies setzt die konkrete *Geeignetheit* sozialer Maßnahmen, insbes nach dem KJHG, voraus wie auch die Bereitschaft des Elternteils, diese anzunehmen. Der Versuch der (Wieder-) Herstellung elterlicher Sorgefähigkeit ist zwingend vorrangig vor der Verlagerung von

Sorgekompetenzen auf Dritte (zweifelhaft unter diesem Aspekt OLG München FamRZ 1984, 407). Der *Aufsichtspflegschaft* (Rz 194) könnte insoweit erhöhte Bedeutung zukommen als Bindeglied zwischen staatlicher Wächterfunktion für das Kind und staatlicher Unterstützungspflicht für die Familie.

### 196 3. Maßnahmen des Familiengerichts

*Vormundschaft* darf nur angeordnet werden, wenn die Übertragung auch nur eines Teilbereichs des Sorgerechts auf einen Elternteil wegen Kindesgefährdung auszuscheiden hat. Im übrigen ist *Pflegschaft* anzuordnen (auch bei Entziehung der gesamten Personen- oder Vermögenssorge, OLG Stuttgart FamRZ 1978, 380 f). Liegt schon eine die Vormundschaft oder Pflegschaft anordnende Vorentscheidung des VormG gem §§ 1666, 1666 a vor, kann sich die familiengerichtliche Entscheidung auf eine Bestätigung beschränken (BayObLG FamRZ 1990, 551, 552; s Rz 33).

Die sachliche Zuständigkeit ist zwischen FamG und VormG dergestalt aufgeteilt, daß das *FamG* zwar über die Anordnung von Vormundschaft oder Pflegschaft zu entscheiden hat, die Auswahl und Bestellung des Vormunds oder Pflegers jedoch dem *VormG* obliegt (BGH NJW 1981, 2460 = FamRZ 1981, 1048; BayObLG FamRZ 1990, 551, 552; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187; OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 887 [LS]; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1163). Dies wird damit begründet, daß dem *VormG* auch die weitere Aufsicht über den Vormund (§§ 1837 ff) sowie die etwaige Genehmigung seiner Rechtsgeschäfte obliegt.

Legt man diese nicht unumstrittene, aber durch den BGH bestätigte Regel zugrunde, so besteht kein Grund zu einer Ausnahme für den Fall, daß sich die vom *FamG* festgestellte Gefährdung nur durch Übertragung auf einen *bestimmten* Vormund oder Pfleger abwehren läßt, etwa beim Schutz gewachsener Bindungen an Großeltern oder Pflegepersonen (vgl OLG Koblenz FamRZ 1981, 1004 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 96; dagegen OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187). Ist das *VormG* ohnehin an die *Anordnung* der Vormund- oder Pflegschaft durch das *FamG* gebunden (BGH 1049), so kann die Bindung in diesen Fällen zwanglos auf die in den Entscheidungsgründen des *FamG* bezeichnete Person erstreckt werden. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil hier die Personenauswahl ausnahmsweise zur dem *FamG* zugewiesenen Kindeswohlbewertung gehört; in die formelle Kompetenz des *VormG* braucht jedoch nicht eingegriffen zu werden.

### 197 4. Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft

Das Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft kraft Gesetzes richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 1882, 1773, 1918). Im übrigen ist die Anordnung vom *FamG* in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen und ggf aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr besteht (§ 1696 Abs 3, 2).

Gegenseitige *Wiederheirat der Eltern* beseitigt die Gefahr nicht unbedingt, so daß die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft zum Schutz des Kindes zunächst fortbesteht. Das *FamG* hat die Anordnung entweder ersatzlos aufzuheben (§ 1696 Abs 2) oder – bei fortbestehender Gefahr – dem nun zuständigen *VormG* zuvor Gelegenheit zu geben, den Umständen angepaßte Maßnahmen nach §§ 1666 ff zu treffen (KG FamRZ 1982, 736, 737; OLG Hamm FamRZ 1972, 379 f; FamRZ 1978, 262, 263 f). Auch der *Tod eines Elternteils* berührt die nach Abs 5 S 1 angeordnete Maßnahme nicht ipso iure (§ 1681 Abs 1 S 3).

**VIII. Sorgerechtsregelung in anderen Fällen der Familienauflösung**

198

Für den Fall der *Nichtigerklärung der Ehe* ordnet Abs 6 die entsprechende Anwendung der Abs 1 bis 5 an (Rz 5); die aus dieser Verbindung hervorgegangenen Kinder gelten als ehelich (§ 1591 Abs 1 S 1 HS 2). Da für Nichtigkeitsurteile (wie auch für Aufhebungsurteile) die Vorschriften über den Entscheidungsverbund nicht anwendbar sind (BGH NJW 1982, 1386 f), setzt die Sorgerechtsentscheidung des FamG die *Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils* voraus. Die bis zum SorgeRG vorgeschriebene zweimonatige Wartefrist für das FamG ist entfallen. Dennoch ist keine „Überraschung“ der Eltern durch die Sorgerechtsentscheidung zu befürchten, da sie zuvor zwingend anzuuhören sind (§ 50 a FGG) und das FamG mit ihnen die Möglichkeit einer einverständlichen Regelung zu erörtern hat Rz 133, 168; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 98; für auch künftige Einhaltung der Zweimonatsfrist demgegenüber MünchKomm-HINZ Rz 86).

Für die *Aufhebung der Ehe* gilt der Sache nach dasselbe (vgl § 37 Abs 1 EheG).

Nach § 1681 Abs 2 S 3 ist auch dann entspr § 1671 Abs 1 bis 5 durch das FamG zu 199 entscheiden, wenn ein zu Unrecht für tot Erklärter wieder auftaucht, nachdem seine Ehe durch Neuheirat des früheren Gatten aufgelöst worden ist (§ 38 EheG). Nach den Umständen und Zeitabläufen (vgl §§ 3–7 VerschG) soll eine Sorgerechtsübertragung auf diesen Elternteil allerdings nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

Zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 1671 bei *Nichtehe* und *nichtehelicher Lebensgemeinschaft* vgl Rz 28, 29.

**IX. Bestand und Änderung der familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung**

200

Die Sorgerechtsregelung des FamG gilt grundsätzlich für die gesamte Restdauer der elterlichen Sorge, also bis zur Volljährigkeit des Kindes (vgl Rz 48, 49). Sie kann jedoch aus Gründen des Kindeswohls jederzeit geändert werden (§ 1696 Abs 1). Bei gegenseitiger Wiederheirat der Eltern werden Entscheidungen nach Abs 1 bis 4 ipso iure gegenstandslos, eine Aufhebung ist nicht notwendig (BayObLG FamRZ 1965, 152; KG FamRZ 1982, 736, 737; OLG Hamm FamRZ 1972, 379 f; FamRZ 1978, 262, 263; anderes gilt bei Vormundschafts- oder Pflegschaftsanordnung gem Abs 5, vgl Rz 197). Bei Tod des allein Sorgerechtsberechtigten ist vom VormG nach § 1681 Abs 1 S 2 zu entscheiden; stirbt bei gemeinsamem Sorgerecht einer der Elternteile, steht das Sorgerecht gem § 1681 Abs 1 S 1 dem anderen Teil allein zu (Rz 189).

**X. Verfahrensfragen****1. Zuständigkeit**

201

Sachliche und örtliche Zuständigkeit des FamG ergeben sich aus §§ 606, 621 Abs 1 Nr 1 ZPO. Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von FamG und VormG s Rz 31 ff; 196 sowie § 1666 Rz 37 ff.

**2. Verfahren**

202

Die Sorgerechtsfrage ist zur Verhandlung und Entscheidung mit der Scheidungsfrage verbunden (Verbundprinzip, §§ 621 Abs 1 Nr 1 iVm 623 Abs 1 S 1, Abs 3 S 1 und 629 Abs 1, 2 ZPO). Während für das Scheidungsverfahren zivilprozessuale Regeln gelten (§§ 606, 622 ff ZPO), wird für die Sorgerechtsfrage pauschal auf das

FGG verwiesen (§ 621 a Abs 1 ZPO), soweit nicht Sondervorschriften der ZPO bestehen (vgl §§ 620 ff, 623 Abs 3 S 1, 627, 629 a, 630).

Das **Kindeswohl** beherrscht als ungeschriebener Leitpunkt auch das Verfahrensrecht (Rz 18; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 125, 170, der von „kindschädigenden Potenzen“ des Sorgerechtsverfahrens spricht). Dies ergibt sich aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht, dessen einziger Zweck wiederum der Schutz und die Förderung des Kindes in der Scheidungssituation ist. Sowohl bei den Ermittlungen, insbes den Kindesanhörungen (vgl LIDLE-HAAS S 99 f, 102 f; SCHWAB, Handbuch Rz III 169 f) und Sachverständigenbegutachtungen, den Entscheidungsbegründungen (vgl § 59 Abs 2 S 2 FGG), bei einstweiligen Anordnungen sowie hinsichtlich der Verfahrensdauer insgesamt (dazu SIMTIS FS Müller-Freienfels [1986] 579, 615) ist darauf zu achten, daß die staatliche Intervention dem Kind nicht mehr schadet als nützt.

- 203** Auf Grund des Verweises in § 621 a Abs 1 ZPO gilt der Grundsatz der **Amtsermittlung** gem § 12 FGG auch für das familiengerichtliche Sorgerechtsverfahren (Einzelheiten § 1666 Rz 156 f; COESTER, Kindeswohl S 368 ff). Soll das Kind ganz oder teilweise von *Dritten* (zB Großeltern) betreut werden, ist auch deren Person und Verhalten in die Ermittlungen miteinzubeziehen (OLG München FamRZ 1979, 71 f). Gleiches gilt für die Person des *neuen Partners*, falls der Elternteil mit diesem zusammenlebt oder zusammenleben will (Rz 95). Generell folgt aus dem § 1671 beherrschenden Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit (Rz 66) die verfahrensrechtliche Pflicht, allgemeine „Erfahrungssätze“ und tatsächliche Vermutungen auf ihre Bedeutung im konkreten Einzelfall zu überprüfen (so insbes zu Geschlechterrollen oder der Trennungsempfindlichkeit von Kleinkindern, vgl COESTER, Kindeswohl S 376 f).
- 204** Bei **übereinstimmendem Elternvorschlag** ergibt sich aus dem materiellen Recht eine Einschränkung der richterlichen Ermittlungspflicht: Ist **gemeinsames Sorgerecht** vorgeschlagen, sind die Voraussetzungen dieser Sorgerechtsform, aber auch nicht mehr, im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung des § 1671 Abs 3 S 1 sorgfältig festzustellen (vgl Rz 174 ff). Bei vorgeschlagener **Alleinsorge** eines Elternteils richten sich die Ermittlungen nach den oben dargelegten Grundsätzen (Rz 150; vgl COESTER, Kindeswohl S 373 ff).
- 205** Das **Ergebnis der Ermittlungen**, insbes von Anhörungen und Zeugenvernehmungen, ist in einem **Protokoll oder Aktenvermerk** festzuhalten (für die Anhörung: LIDLE-HAAS S 108 ff). Ist dies nicht geschehen, fehlt es an einer Überprüfungsmöglichkeit für das Rechtsmittelgericht, wegen Verfahrensverstößes ist die tatrichterliche Entscheidung aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35). Das Ergebnis der Ermittlungen muß auch den Beteiligten vor der Entscheidung **mitgeteilt** werden, damit sie dazu noch Stellung nehmen können.
- 206** Die familiengerichtliche Entscheidung ist jedenfalls dann zu **begründen**, wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag nicht vorgelegen hat (OLG Celle FamRZ 1978, 54; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 56, 57; OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 746; OLG Köln FamRZ 1972, 377 f; OLG Nürnberg FamRZ 1986, 1247; zu diesbezüglichen Mängeln der Praxis vgl SIMTIS ua, Kindeswohl S 31, 56; FROMMANN S 182; für die zweite Instanz s § 25 FGG). Diese Pflicht folgt aus der Schwere des Eingriffs in die Stellung des „entrechteten“ Elternteils; die Begründung ermöglicht den Beteiligten eine Überprüfung im Hinblick auf die Einlegung eines Rechtsmittels und ist auch Erkenntnisgrundlage bei späteren Änderungsverfahren gem § 1696.

Aber auch bei Entscheidungen, die den Eltern auf ihren Vorschlag hin das *gemeinsame Sorgerecht* belassen, sollte aus der Begründung erkenntlich sein, daß das

Gericht seine Kontrollfunktion (Rz 174 ff) wahrgenommen hat (die Praxis begnügt sich häufig mit formelhaften Wendungen, vgl LIMBACH-Studie S 35 ff [„Vierzeiler auf Textbausteinbasis“]).

### 3. Insbesondere: Anhörungspflichten

207

Für die vorgeschriebenen Anhörungen gilt grundsätzlich das gleiche wie im Vormundschaftsgerichtlichen Verfahren (s § 1666 Rz 158, 159 [Anhörung der Eltern]; 160, 161 [Anhörung des Kindes]; 162 [Jugendamt]; 175 [in der Beschwerdeinstanz]). Die Anhörungspflichten ergeben sich unmittelbar aus §§ 50 a bis 50 c FGG, nicht erst über § 12 FGG (str, OLG Stuttgart FamRZ 1989, 1110 f mwN). Eine Anhörung durch den ersuchten Richter ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig (OLG Frankfurt FamRZ 1988, 98 f).

Die **Elternanhörung** gem § 50 a FGG dient im familiengerichtlichen Verfahren auch dem Zweck, mit den Eltern die Möglichkeit einer Einigung zu erörtern (Rz 24, 133), in geeigneten Fällen auch auf elterliche Kooperation hinzuwirken (Rz 26, 168). Die Anhörung ist grundsätzlich auch erforderlich, wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag vorliegt. Das persönliche Erscheinen der Eltern zur Anhörung ist im Rahmen des Scheidungsverbands (vgl § 613 ZPO) regelmäßig gewährleistet; in isolierten Sorgerechtsverfahren kann das persönliche Erscheinen nicht erzwungen werden (OLG Hamburg FamRZ 1983, 409, 410 mwN; aA OLG Zweibrücken FamRZ 1987, 392 f [Anordnung gem § 33 FGG, aber *kein* Ordnungsgeld]).

Die nach § 50 b FGG in Sorgerechtsverfahren stets gebotene **Kindesanhörung** 208 (BGH NJW 1985, 1702, 1705) ist auch bei gemeinsamem Elternvorschlag vorzunehmen (KG FamRZ 1983, 1055, 1057; HINZ ZfJ 1984, 529, 536); bei länger dauernden Verfahren kann wiederholte Anhörung geboten sein (KG FamRZ 1983, 1159, 1161 f; RABAA S 95): Thematisch ist sie an den beiden Grundfunktionen des Kindeswillens auszurichten (Rz 117), eine generelle untere Altersgrenze besteht nicht (vgl § 1666 Rz 160; OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154 [zweieinhalb und vier Jahre]; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamburg FamRZ 1983, 527 f; aA OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1199 [nicht unter drei Jahren]; vgl LIDLE-HAAS S 85 ff, 87, 105). Bei kleineren Kindern ist die „Anhörung“ mehr eine *Beobachtung*, insbesondere auch der Interaktion mit den Eltern. Dabei kann ein Sachverständiger hinzugezogen werden; die Anhörung darf ihm aber nicht allein überlassen werden, da das Gesetz die persönliche Anhörung vorschreibt (LIDLE-HAAS S 191). Die Anhörung kann im Gericht oder in der Wohnung des Kindes stattfinden (zu letztgenanntem OLG Hamburg FamRZ 1983, 527, 528; PRESTIEN RdJ 1988, 427, 431; nur Gericht: KG FamRZ 1983, 1159, 1162; FEHMEL ZBlJugR 1982, 654, 659; LUTHIN FamRZ 1981, 111, 114; ders FamRZ 1981, 1149; KLUSSMANN, Das Kind S 85, 99). Ob dem Kind zur besseren Artikulierung und Wahrung seiner Interessen ein **Kindesanwalt** beigeordnet werden kann oder de lege ferenda sollte, ist umstritten (Nachw bei LIDLE-HAAS S 158; de lege lata aus verfassungsrechtlichen Gründen in „schwerwiegenden Sorgerechtsfällen“ AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1986, 389 ff mwN; abl LUTHIN ebd S 391). Lehnt das Kind die Äußerung einer Präferenz erkennbar und unbeirrbar ab, so „hat das Gericht dies zu respektieren und darf nicht versuchen, über psychologische Tests oder etwa auch über Fangfragen in den inneren Bereich einzudringen“ (KG FamRZ 1990, 1383, 1385).

Das gem § 49 a Abs 1 Nr 2 FGG zu hörende **Jugendamt** hat gem § 50 Abs 2 KJHG 209 das FamG zu unterrichten über seine Bemühungen gem § 17 KJHG (vgl Rz 25) und deren Erfolg. Die bislang mehr auf den status quo und Äußerlichkeiten konzentrierten Jugendamtsberichte (vgl RABAA S 100; LIDLE-HAAS S 122 ff) werden sich des-

halb intensiver mit den Reorganisationsmöglichkeiten der Familie beschäftigen müssen (vgl BT-Drucks 11/5948 S 87f). Gleichzeitig wird damit die eigenständige Funktion des Jugendamts gegenüber dem Gericht (nicht nur Hilfsorgan) deutlicher (vgl § 49 Abs 1 KJHG; BT-Drucks 11/5948 S 87).

#### 210 4. Insbesondere: Sachverständigengutachten

Auch insoweit ist pauschal auf die zum Kindesschutzverfahren dargelegten Grundsätze zu verweisen (§ 1666 Rz 163–168). Im einzelnen bestehen für das familiengerichtliche Sorgerechtsverfahren jedoch Besonderheiten (vgl BÖHM DAVorm 1985, 732 ff).

Gesetzliche Grundlage der Sachverständigenbestellung sind §§ 621 a Abs 1 ZPO, 64 k Abs 3 S 1 FGG iVm 12, 15 FGG sowie 402 ff ZPO. Die im pflichtgemäßen Ermessen des FamG stehende **Einholung eines Gutachtens** (BVerfG NJW 1981, 217 f) ist regelmäßig nicht erforderlich, wenn das Kind offenkundig zu beiden Elternteilen eine tragfähige psychosoziale Beziehung hat und es im Gutachten nur um die Ermittlung einer „stärkeren Bindung“ gehen könnte [Rz 108; krit zu *projektiven Tests* insoweit OLG München FamRZ 1979, 337 ff; OLG Frankfurt DAVorm 1979, 130; JOPt FamRZ 1987, 875, 882; RABBA S 108 ff; vgl andererseits LIDLE-HAAS S 176 mwN; BÖHM DAVorm 1985, 732, 740). Nicht erforderlich ist ein Gutachten in aller Regel auch bei übereinstimmendem Elternvorschlag, auch nicht, wenn dieser auf gemeinsames Sorgerecht zielt (gegen AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148; s Rz 184). Für eine psychologische/psychiatrische Begutachtung bedarf es der Zustimmung der Betroffenen, beim Kind des oder der Sorgeberechtigten (BayObLG FamRZ 1987, 87, 88 f; OLG München FamRZ 1984, 75 f; FamRZ 1979, 337, 339; OLG Hamm FamRZ 1981, 706 f; OLG Stuttgart NJW 1980, 1229, 1230). Bei Verweigerung der Zustimmung für sich oder das Kind scheidet ein Gutachten regelmäßig aus; die Verweigerung kann auch nicht als Indiz für mangelnde Erziehungseignung verwertet werden, da der Verweigernde aus seiner Sicht gute und kindesorientierte Gründe haben mag (OLG München FamRZ 1984, 75, 76): Zwar gefährdet eine Begutachtung normalerweise nicht das Kindeswohl (Ausnahmen möglich, BayObLG FamRZ 1987, 87 f), umgekehrt ist sie im Bereich des § 1671 aber auch nicht unverzichtbar zum Schutze des Kindes (deshalb kein Zwang, BayObLG FamRZ 1979, 737, 739 f). Nur wenn sie sich im Einzelfall ausnahmsweise als dringend geboten erweisen sollte, käme eine vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der elterlichen Zustimmung gem § 1666 Abs 1, 2 in Betracht (BayObLG aaO; OLG München FamRZ 1984, 75, 76; eine Pflegerbestellung durch das FamG gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO, 1671 Abs 5 bringt keine Beschleunigung, da die Auswahl des Pflegers ohnehin dem VormG obliegt, vgl BÖHM DAVorm 1985, 732, 739).

- 211 Die Erwägung, ob ein Sachverständiger einzuschalten ist, wird beeinflusst durch die Vorstellungen über die grundsätzliche **Funktion von Sachverständigen**. Das Sachverständigengutachten wird herkömmlich als *Erkenntnishilfe* für die justizielle Entscheidung, der Sachverständige dementsprechend als „Gehilfe des Richters“ qualifiziert (OLG Düsseldorf MDR 1979, 409; BAUMBACH-LAUTERBACH-HARTMANN Übersicht vor § 402 ZPO Anm 1 A). Seine Tätigkeit ist *diagnostischer* Natur, sie soll der bloßen Anschauung nicht zugängliche Tatsache offenlegen.

Demgegenüber wird von psychologischer Seite für eine *Funktionserweiterung* plädiert. In psychologischem Sinne sei nicht erst die gerichtliche Entscheidung, sondern schon die Einschaltung des Sachverständigen „Intervention“ in das Familiengeschehen; sie könne nicht auf bloße Diagnose beschränkt sein, sondern müsse – entsprechend dem berufsethischen Auftrag und der übergreifenden Pflicht des Staates, auf

elterliche Einigung und Kooperation hinzuwirken (dazu Rz 133, 168) – *auch Bemühungen einschließen, die Beteiligten zu einer familieninternen Konfliktlösung zu befähigen*. Gefordert wird keine staatlich verordnete Familientherapie, sondern eine die Exploration und Gutachtererstellung begleitende *Beratung* der Eltern, die sie in die Lage versetzt, die Konfliktebenen (Ehepartner-/Elternebene) zu trennen, die eigenständigen Kindesbelange zu erkennen und sich insoweit zu begrenzter Kooperation zusammenzufinden. Der gutachtliche Befund ist in dieser Sicht nicht Schlußpunkt der staatlich angeordneten Intervention durch den Sachverständigen, sondern die Grundlage familienunterstützender Maßnahmen: Der Sachverständige wird – neben seiner Funktion als Entscheidungshelfer – zum *Schlichtungshelfer* für das FamG (vgl RÖSNER-SCHADE ZfJ 1989, 439 ff; STERNBECK-DÄTHER FamRZ 1986, 21 ff; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 670 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 881 ff [mit scharfer Kritik der herrschenden Gutachtenpraxis]; STAHLMANN in: PIPER-BRÄUNUNG-STAHLMANN, Sachverständige im Zivilprozeß [1982] 119). Die *rechtliche* Ausgestaltung der Sachverständigentätigkeit in dieser Funktion bedarf noch der Klärung; festzuhalten bleibt jedoch, daß sie sich nahtlos dem Wechsel im staatlichen Interventionsansatz einfügt, wie er vom Gesetzgeber in §§ 17, 50 Abs 2 KJHG eingeleitet und vom Grundgesetz gefordert ist (Rz 25, 209).

Zur unverzichtbaren richterlichen Pflicht gehört die **Kontrolle eines erstellten Sachverständigengutachtens** (s § 1666 Rz 168; BÖHM DAVorm 1985, 732, 741 ff). Hierzu besteht im Scheidungszusammenhang besonderer Anlaß, da Vorurteile und Spekulationen auch bei Sachverständigen (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312) hier ein weites Wirkungsfeld haben (auf COESTER, Kindeswohl S 453 ff; für einen Katalog strikter Kontrollkriterien KLENNER FamRZ 1989, 804 ff; eine eigenständige Kontrolle durch das Gericht fehlte in OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202 [Sachverständiger befürwortet Sorgeübertragung für vierjähriges Mädchen auf Mutter, da die leibliche Mutter besser sei für die „sexuelle Aufklärung und die Vorbereitung des Mädchens auf ihre Rolle als Frau“]). Auch sind wissenschaftliche Qualifikation und Vorgehensweise der Gutachter (bzw Gutachteninstitute) nicht stets über jeden Zweifel erhaben (vgl Anfrage Lanfermann im Landtag NRW, Drucks 10/3816 [1988], und Antwort der Landesregierung v 2. 1. 1989, Drucks 10/3947; „Der Spiegel“ Nr 35/1988, S 60; Nr 42/1988, S 75; vgl auch LIMBACH-Studie S 41 f; zur Benennung des Sachverständigen und der Weitergabe des Gutachtensauftrags an Fachkollegen s BÖHM DAVorm 1985, 732, 736).

## 5. Einstweilige Anordnungen

213

Einstweilige Anordnungen durch das FamG sind zulässig, sobald die Ehesache anhängig oder der Antrag auf Prozeßkostenhilfe eingereicht ist, §§ 620 a Abs 2 S 1, 620 S 1 Nr 1 ZPO (zur Sorgerechtsregelung gem § 1672 und vorläufigen Anordnungen in jenem Verfahren sowie ihrem Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO s § 1672 Rz 24 f, 28). Einstweilige Anordnungen sind auch noch in der Beschwerdeinstanz zulässig, selbst wenn die Scheidung selbst rechtskräftig geworden ist.

Sachliche Voraussetzung ist ein **dringendes Regelungsbedürfnis**, das ein Abwarten **214** der endgültigen Entscheidung im Interesse des Kindes nicht zuläßt (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268). Dieses Bedürfnis kann auch bestehen, wenn die Eltern noch in häuslicher Gemeinschaft leben (ZÖLLER-PHILIPPI § 620 ZPO Rz 33; aA AG Hamburg FamRZ 1983, 1043).

**Inhaltlich** richtet sich die einstweilige Anordnung nach § 1671, bei Übertragung auf einen Pfleger müssen die Voraussetzungen des Abs 5 vorliegen (OLG Hamm

FamRZ 1988, 199; KG NJW 1978, 648; OLG Schleswig, SchlHAnz 1978, 212, 213). Der Grundsatz der Unteilbarkeit gilt für einstweilige Anordnungen nicht, es können auch *Teilbefugnisse* wie das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf einen Elternteil übertragen werden (OLG Köln FamRZ 1979, 320; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; KG FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Hamm FamRZ 1988, 199). Angesichts der *faktisch präjudiziellen Wirkung* einstweiliger Anordnungen (vgl auch § 1672 Rz 2, 26) sollte der Regelungsumfang auf das zur Schadensverhinderung Erforderliche beschränkt bleiben (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; umgekehrt OLG Hamburg FamRZ 1986, 481: grds gesamte elterliche Sorge, Teilung nur bei besonderem Bedürfnis). Das Verfahren im einzelnen ist in §§ 620 a bis 620 d ZPO geregelt.

## 215 6. Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen

Hat das FamG einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen, kann dieser das Kind vom anderen Elternteil oder Dritten herausverlangen, § 1632 Abs 1. Für *Herausgabestreitigkeiten* ist das FamG oder das VormG zuständig, § 1632 Abs 3 (für die familiengerichtliche Zuständigkeit auch dann, wenn ein nach § 1671 Abs 5 S 1 berufener Pfleger oder Vormund das Kind herausverlangt, DÖRR NJW 1989, 690, 691 mwN). Zur begrenzten Kindeswohlprüfung im Rahmen dieses Verfahrens s Erl zu § 1632 (vgl auch oben Rz 121 sowie § 1666 Rz 170–173). Die Vollstreckung erfolgt nach § 621 Abs 1 Nr 3, 621 a ZPO, 33 FGG (BGH FamRZ 1983, 1008, 1010 f; anders [§ 888 ZPO] OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 421, 422; zum Streitstand mwN OLG Köln FamRZ 1982, 508).

## 216 7. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung des FamG ist das Rechtsmittel der *Berufung* oder der *Beschwerde* an das OLG gegeben, je nachdem, ob auch der Scheidungsausspruch mitangegriffen oder ob nur die Sorgerechtsentscheidung als Folgesache angefochten wird (§§ 629 a Abs 2, 621 e ZPO). Die Frist beträgt einen Monat ab Zustellung der familiengerichtlichen Entscheidung (§§ 621 e Abs 3 S 2, 516 ZPO). Für die *Revision* oder die weitere Beschwerde ist der BGH zuständig (§ 133 GVG; zur begrenzten Zulässigkeit §§ 621 d, 621 e Abs 2 ZPO; zur Einmonatsfrist §§ 621 e, Abs 3 S 2, 552 ZPO). Ein Wiederaufnahmeverfahren entspr §§ 578 ff ZPO gibt es in Sorgerechtsachen nicht, statt dessen steht die Änderungsmöglichkeit nach § 1696 BGB zur Verfügung (OLG Frankfurt FamRZ 1987, 394 f).

**217 Beschwerdeberechtigt** sind die Eltern, das über 14jährige Kind (§ 59 FGG) und das Jugendamt (§ 64 k Abs 3 S 3 FGG). Die eigenständige Berechtigung des Jugendlichen aus § 59 FGG umfaßt die Beauftragung eines Rechtsanwalts (BayObLG FamRZ 1985, 738 mwN) sowie einen Antrag auf Kostenvorschuß gem § 621 f ZPO (vgl bei jüngeren Kindern AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1986, 389 ff: Bestellung eines „Kindesanwalts“ und Gewährung von Prozeßkostenhilfe hierfür).

**218 8. Die Kostenentscheidung** folgt aus §§ 93 a Abs 1, 2 und 97 Abs 3 ZPO.

## XI. Auslandsbezüge

### 219 1. Internationale Zuständigkeit

Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA; s Vorbem 252 ff zu Art 18 EGBGB), so sind nach dessen **Art 1** die Gerichte des Aufenthaltsstaates international zuständig

für Maßnahmen zum Schutz des Kindes. Hierzu gehören auch Sorgerechtsregelungen bei Scheidung. Art 1 MSA begründet also die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für alle Kinder, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Bei Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat sind deutsche Gerichte grundsätzlich nicht zuständig, es sei denn, das Kind hat die deutsche Staatsangehörigkeit (als effektive bei doppelter Staatsangehörigkeit, PALANDT-HELDRIch Anh zu Art 24 EGBGB Rz 31) und das Gericht nimmt die Heimatstaat-Zuständigkeit des **Art 4 MSA** in Anspruch (dies sollte nur bei besonderen Gründen in Betracht kommen, PALANDT-HELDRIch aaO; MünchKomm-SIEHR Anh zu Art 19 EGBGB Rz 214). Bei Eilmaßnahmen (einstweilige Anordnungen) ergibt sich darüber hinaus eine Zuständigkeit aus **Art 9 MSA**, für Maßnahmen gem § 1671 Abs 5 S 1 aus **Art 8 MSA**.

Vom MSA nicht erfaßt sind lediglich endgültige Sorgerechtsentscheidungen zwischen Eltern in Fällen, in denen das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Nicht-Vertragsstaat hat oder in denen es nicht minderjährig iS seines ausländischen Heimatrechts ist (vgl Art 12 MSA). Die internationale Zuständigkeit des deutschen FamG ergibt sich dann aus §§ **43 Abs 1, 35 a FGG**, wenn das Kind deutsch ist, oder als Annexzuständigkeit aus dem **Verbundprinzip**, wenn in der Scheidungsfrage internationale Zuständigkeit besteht (OLG München IPRax 1985, 49; HENRICH FamRZ 1986, 841, 852; ders FamRZ 1990, 394; DÖRR NJW 1989, 690, 694). 220

## 2. Anwendbares Recht

221

Bei Zuständigkeit nach dem MSA wendet das FamG **deutsches Recht**, also § 1671 an, Art 2, 4 Abs 1 MSA. Bei Aufenthaltszuständigkeit nach Art 1 MSA ist allerdings auch das *Heimatrecht des Kindes* zu beachten, Art 3 MSA (zur Bedeutung des Art 3 MSA s Vorbem 350 ff zu Art 18 EGBGB; § 1666 Rz 183; § 1672 Rz 30). Ein *ex-lege-Gewaltverhältnis* iS dieser Vorschrift ist nur anzunehmen, wenn die Sorgerechtsfrage unmittelbar und endgültig aus dem Gesetz beantwortet wird, nicht also schon bei gesetzlicher Regelzuweisung mit gerichtlichem Änderungsvorbehalt (Regelungsspielräume in ausländischen Sorgerechtsgesetzen werden bejaht zB für Italien [OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 1066, 1067; OLG Frankfurt IPRax 1982, 30], Griechenland [OLG Frankfurt FamRZ 1979, 743; OLG Stuttgart NJW 1983, 1981], Tunesien [BGH FamRZ 1984, 686, 687; IPRax 1987, 317]). Allerdings wird in diesem Fall stets zu prüfen sein, ob die gesetzliche Regelung trotz Art 3 MSA nicht deshalb zu ignorieren ist, weil sie gegen den deutschen *ordre public* verstößt (Art 16 MSA; s noch Rz 222).

**Außerhalb des MSA** folgt das anwendbare Recht aus Art 19 Abs 2, 3 EGBGB. Für die endgültige Sorgerechtsregelung gilt das **Recht des gewöhnlichen Kindesaufenthalts**, Art 19 Abs 2 S 2 EGBGB, weil sich diese Regelung auf die Zeit nach Auflösung der Ehe bezieht (hM, vgl MünchKomm-Wv MOHRENFELS Art 17 EGBGB Rz 177 mwN; aA OLG Hamm FamRZ 1990, 781 f; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 783 [Scheidungsstatut]). Bei **einstweiligen Anordnungen** für die Dauer des Scheidungsverfahrens hingegen ist Art 19 Abs 2 S 1 EGBGB (Ehewirkungsstatut) maßgeblich.

Ausnahmsweise ist das berufene Recht nicht anzuwenden, wenn es gegen den **deutschen ordre public** verstößt (Art 16 MSA bzw 6 EGBGB). Hierbei kommt es nicht auf die abstrakte Norm, sondern auf das Ergebnis im Einzelfall an. Zu den unverzichtbaren Grundwerten der deutschen Rechtsordnung gehören insbes die Grundrechte (Art 6 S 2 EGBGB) und die Maßgeblichkeit des Kindeswohls in Sorgerechtsfragen. 222

Bedenklich erscheinen insoweit ausländische Gesetze, die das Kind im Scheidungsfall ohne Berücksichtigung des konkreten Kindeswohls einem Elternteil zuweisen oder die generell den Vater für berechtigt erklären (etwa islamische Rechte; vgl auch OLG Hamm FamRZ 1990, 781, 782 [Disqualifikation des nicht-islamischen Elternteils]). Aber auch hier greift der Vorbehalt des *ordre public* nur ein, wenn das Ergebnis *im Einzelfall* aus deutscher Sicht nicht hinnehmbar erscheint (OLG Stuttgart DAVorm 1986, 556 [Ägypten]). Der Sache nach ist also stets eine Kindeswohlabwägung entspr § 1671 vorzunehmen; stimmt das Ergebnis mit dem des ausländischen Gesetzes überein, bleibt es bei dessen Anwendung; weist es auf den anderen Elternteil, ist statt des ausländischen Gesetzes § 1671 anzuwenden. Wie im internen deutschen Recht, entscheidet auch im Rahmen der *ordre public*-Prüfung also stets das Kindeswohl, nicht der Gleichberechtigungsaspekt (vgl MünchKomm-SIEHR Art 19 EGBGB Rz 80; zu Einzelfällen vgl Vorbem 762, 766 zu Art 18 EGBGB; MünchKomm-SIEHR Art 19 EGBGB Anh Rz 473; PALANDT-HELDRICH Art 6 EGBGB Rz 25).

### 223 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen

Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen s § 1666 Rz 184. Für Sorgerechtsentscheidungen gibt es kein besonderes Anerkennungsverfahren, die Anerkennungsfähigkeit wird regelmäßig als *Vorfrage* im deutschen Vollstreckungsverfahren gem § 33 FGG geprüft (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011 f; FamRZ 1979, 577, 578 f; FamRZ 1977, 126, 127; OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534 f; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2203; zur besonderen Rechtslage bei *Kindesentführungen* s Rz 228 ff). Die grundsätzliche Abänderbarkeit von Sorgerechtsentscheidungen auch nach ausländischem Recht steht ihrer Vollstreckbarkeit nicht entgegen (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011). Auch *einstweilige Anordnungen* sind vollstreckungsfähig (OLG Koblenz aaO).

Die Anerkennungsfähigkeit kann aber auch in einem Änderungsverfahren oder in einem originären Sorgerechtsverfahren vor dem deutschen FamG zu prüfen sein – letzteres dann, wenn sich im Sorgerechtsverfahren ein Elternteil auf eine bereits ergangene ausländische Entscheidung beruft. Hierdurch wird eine Sachentscheidung des FamG nicht gehindert: Erweist sich die ausländische Entscheidung als anerkennungsfähig, so hat das FamG aus Gründen der Rechtsklarheit gleichlautend zu entscheiden (s aber noch Rz 226); bei mangelnder Anerkennungsfähigkeit ist der sorgeberechtigte Elternteil nach § 1671 zu bestimmen (BGH IPRax 1987, 317; NJW 1964, 1626).

224 Ist die ausländische Sorgerechtsentscheidung *Bestandteil eines Scheidungsurteils*, bedarf es grds dessen vorheriger Anerkennung im Verfahren nach Art 7 § 1 FamRÄndG (BGH FamRZ 1975, 273; OLG Frankfurt IPRspr 1976 Nr 202; Vorbem 625 zu Art 18 EGBGB sowie Art 19 EGBGB Rz 365 [KROPHOLLER]; krit HENRICH, Internationales Familienrecht [1989] S 247 f). Zu diesem Zweck ist das Verfahren gem § 148 ZPO auszusetzen (Inzidentanerkennung der Sorgerechtsentscheidung bleibt möglich, wenn die Scheidung im gemeinsamen Heimatstaat der Gatten ausgesprochen wurde, Art 7 § 1 Abs 1 S 3 FamRÄndG). Die Anerkennung des Scheidungsurteils impliziert nicht die der Sorgerechtsentscheidung (HENRICH aaO mwN).

225 Der **Prüfungsmaßstab** für die Anerkennung ergibt sich aus Art 7 MSA oder § 16 a FGG (ausf HENRICH, Internationales Familienrecht [1989] S 246 ff). Der Vorbehalt des *ordre public* (Art 16 MSA; § 16 a Nr 4 FGG) spielt dabei eine wichtige Rolle in der Rechtspraxis. Die Anerkennungsfähigkeit hängt nicht davon ab, ob das deut-

sche Gericht zur selben Kindeswohlbewertung gekommen wäre (so aber OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534, 535). Sie ist vielmehr nur dann zu versagen, wenn die ausländische Entscheidung in einem „starken Widerspruch“ zu deutschen Vorstellungen steht, wenn sie „untragbar“ erscheint (BGH FamRZ 1983, 1008, 1012; FamRZ 1979, 577, 580; FamRZ 1968, 642, 644; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 507). Dabei geht es nicht nur um einen kontrollierenden Nachvollzug der ausländischen Entscheidung, sondern auch um die Bewertung ihres Ergebnisses im Zeitpunkt der Vollstreckungsentscheidung in Deutschland (s vorstehende Nachw; DÖRR NJW 1989, 690, 696).

Obwohl diese *ingeschränkte Kindeswohlprüfung* im Lichte des *ordre public* dem **226** Grundsatz nach immer maßgeblich ist, wenn die Anerkennung einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung in Frage steht, wird sie nach der Rspr des BGH im Ergebnis doch durch den *Eingriffsmaßstab des § 1696 BGB* (mit Art 2 MSA) verdrängt, wenn ein konkurrierendes deutsches Sorgerechtsverfahren anhängig gemacht worden ist. Selbst bei Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Entscheidung soll demnach die Verpflichtung des FamG, gleichlautend zu entscheiden (s Rz 224), dann entfallen, wenn iSd § 1696 „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ für eine abweichende Entscheidung sprechen (BGH IPRax 1987, 317, 318; BGHZ 64, 19, 29 f). In diesem Fall wird die ausländische Entscheidung gegenstandslos und ist nicht mehr vollstreckbar (BGH IPRax 1987, 318, 319; krit zur BGH-Rspr MANSEL IPRax 1987, 298, 300 f; SIEHR IPRax 1984, 309, 311 f).

Welcher Maßstab im einzelnen auch angelegt wird, abzuwägen sind stets auch die **227 Gesichtspunkte für und gegen einen Verbleib des Kindes beim Elternteil in Deutschland** (vgl BGH FamRZ 1979, 577, 580). Dabei können eine Rolle spielen die zwischenzeitliche *Verwurzelung* des Kindes im Inland (erwogen, aber abgelehnt in BGH FamRZ 1979, 577, 580 [nach vierjährigem Aufenthalt!]; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 508 [nach sechsmonatigem Aufenthalt]; ausschlaggebend gegen Anerkennung in OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 535 bzw für Abänderung in BGH IPRax 1987, 317), der *Kindeswille* (OLG Düsseldorf aaO), *Sprachschwierigkeiten* im Aus- oder Inland (OLG Düsseldorf aaO; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 508) oder die *Staatsangehörigkeit* des Kindes (BGH FamRZ 1983, 1008, 1012; FamRZ 1979, 577, 580; iE anders OLG Düsseldorf aaO). Differenziert sind ausländische Entscheidungen zu beurteilen, die – nachdem zunächst dem deutschen Elternteil das Sorgerecht zugesprochen worden war unter der *Auflage*, daß das Kind im ausländischen Staat belassen wird – nach verbotswidrigem Umzug des Elternteils nach Deutschland das Sorgerecht dem anderen Elternteil übertragen haben. Ist die zweite Entscheidung lediglich Sanktion gegen die Auflagenmißachtung durch den deutschen Elternteil, dh beruht sie nicht auf einer sachlichen Kindeswohlabwägung, so ist ihr die Anerkennung zu versagen (vgl Rz 63). Hat das ausländische Gericht die zweite Entscheidung jedoch aus dem Kindeswohl begründet (wozu auch die Wertung gehören kann, daß das Kind besser im ausländischen Staat verbleibt, wo es bisher aufgewachsen ist), dann ist die Entscheidung anerkennungsfähig (deutlich differenzierend OLG Hamm FamRZ 1987, 506 ff; vgl auch BGH FamRZ 1983, 1008, 1012 f [aber zu Unrecht unterstellend, daß die ausländische Änderungsentscheidung auf einer Bewertung der Kindesinteressen beruhte]).

#### 4. Insbesondere: Internationale Kindesentführungen

228

Angesichts jährlich bis zu 30 000 gemischt-nationaler Eheschließungen in Deutschland kommt dem Problem internationaler Kindesentführungen durch einen Elternteil im Scheidungsfall erhebliche Bedeutung zu (ca 200 Entführungen aus Deutschland pro Jahr, vgl Denkschrift der Bundesregierung BT-Drucks 11/5314 S 35). Vor

die Bewertung des Elternverhaltens im Rahmen der Kindeswohlabwägung (dazu Rz 85) schiebt sich hier das Bedürfnis, zunächst die bisherigen Betreuungsverhältnisse wiederherzustellen und die eigenmächtige Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern. Zur Rechtslage nach dem Haager MSA und autonomen deutschen Recht s § 1666 Rz 182 ff (vgl auch OLG Hamburg ZfJ 1988, 94 ff). Nicht begrenzt auf Familiensachen, wohl aber schwerpunktmäßig für sie einschlägig sind darüber hinaus zwei für die Bundesrepublik Deutschland am 1. 12. 1990 bzw. 1. 2. 1991 in Kraft getretene internationale Abkommen: das **Haager Übereinkommen v 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen** und das **Europäische Übereinkommen v 20. 5. 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses** (BGBl 1990 II, 206, 220; Ausführungsgesetz [SorgeRÜbkAG] v 5. 4. 1990, BGBl 1990 I, 701; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks 11/5314 [zu den Abkommen] und BT-Drucks 11/5315 [zum SorgeRÜbkAG]; vgl zur Thematik § 1634 Rz 364–366 [PESCHEL-GUTZEIT]; MANSEL NJW 1990, 2176 ff; KROPHOLLER, Internationales Privatrecht S 348 ff; BAER ZRP 1990, 209 ff; BÖHMER RabelsZ 46 [1982], 643 ff; ders IPRax 1984, 282 ff; DESCHENAUX ZfJ 1987, 97 ff; REYMOND ZSR 100 [1981–I], 329 ff; STURM, FS Nagel [1987], 457 ff; MÜLLER-FREIENFELS JZ 1988, 120 ff; HÜSSTEGE, Der Uniform Child Custody Jurisdiction Act [1982] S 196 ff).

Beiden Abkommen geht es um eine möglichst schnelle und verfahrensmäßig unkomplizierte *Rückführung* der Kinder zum Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts, das Europäische Übereinkommen erleichtert und sichert darüber hinaus die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen. Die Übereinkommen sind jeweils *nur im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten anzuwenden* und zielen insoweit auf internationale Kooperation. **Vertragsstaaten** sind (Stand 1. 1. 1991):

*Haager Übereinkommen (Haager KindesEÜ)*: Australien, Belgien, Belize, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Kanada, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Ungarn, USA (teilweise sind Vorbehalte eingelegt, vgl BT-Drucks 11/5314 S 36).

*Europäisches Übereinkommen (EuKindesEÜ)*: Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Zypern (zu Vorbehalten s BT-Drucks S 37).

Die Abkommen sind nebeneinander anwendbar, allerdings mit einer Präferenz für das Haager Übereinkommen, sofern der Antragsteller nicht die Anwendung des Europäischen Übereinkommens begehrt (§ 12 SorgeRÜbkAG). Die Anwendung anderer internationaler Verträge ist durch die Abkommen nicht ausgeschlossen, im *Verhältnis zum MSA* beansprucht das Haager Entführungs-Übereinkommen jedoch Vorrang, sofern sich die Anwendungsbereiche sachlich überschneiden und die beteiligten Staaten Vertragsparteien sowohl des MSA wie auch des Entführungs-Übereinkommens sind (Art 34 Haager KindesEÜ; vgl MANSEL NJW 1990, 2176).

## 229 a) Gemeinsame Regelungen

Nach beiden Übereinkommen haben die Vertragsstaaten eine **zentrale Behörde** zu bestimmen, die als Anlauf- und Schaltstelle fungiert und die notwendigen Maßnahmen einleitet, organisiert und überwacht. Diese Funktion ist dem **Generalbundesanwalt beim BGH** zugewiesen, der unmittelbar mit den deutschen Gerichten und Behörden verkehrt (§ 1 SorgeRÜbkAG). ZT wird der Generalbundesanwalt unmittelbar tätig (zB Weiterleitung von Anträgen, Rechtsauskünfte an ausländische Stellen, Ermittlungen unter Einschaltung von Polizei und Jugendamt; Art 7 Haager

KindesEÜ, Art 3, 5 EuKindesEÜ). Hierzu sowie zur Beauftragung von Vertretern (Rechtsanwalt, Staatsanwalt) gilt der Generalbundesanwalt als vom Antragsteller ermächtigt (§ 1 Abs 3 SorgeRÜbkAG). Die **Gerichte** sind hingegen zuständig für Rückgabeanordnungen, Umgangsregelungen und Bescheinigungen über die Widerrechtlichkeit einer Entführung für ausländische Verfahren (vgl § 15 Haager KindesEÜ; § 10 SorgeRÜbkAG).

**Anträge** auf Rückführung eines Kindes ins Ausland oder auf Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen („**eingehende Ersuchen**“) sind beim Generalbundesanwalt zu stellen (beim Haager KindesEÜ auch bei jedem Gericht oder Behörde, Art 30). Sie müssen in *deutscher Sprache* abgefaßt oder von einer deutschen Übersetzung begleitet sein, in Ausnahmefällen veranlaßt der Generalbundesanwalt die Übersetzung (§ 2 SorgeRÜbkAG; die Ausnahmeregelung bezieht sich sinnvollerweise nicht nur auf das Haager KindesEÜ, wie § 2 Abs 2 sagt, sondern auch auf das EuKindesEÜ gem § 2 Abs 1). Damit hat der Gesetzgeber von der Vorbehaltsmöglichkeit in Art 6 Abs 3 EuKindesEÜ Gebrauch gemacht. **230**

Lehnt der Generalbundesanwalt ein beantragtes Tätigwerden nach den Entführungs-Übereinkommen ab, so kann hiergegen das **OLG** angerufen werden (§ 4 SorgeRÜbkAG; Entscheidung nach FGG). Dessen Entscheidung ist unanfechtbar (allerdings Divergenzvorlage gem § 28 FGG möglich).

Für Anordnungen nach den Übereinkommen sind – unter Durchbrechung der allgemeinen Funktionsaufteilung zwischen VormG und FamG – grundsätzlich die **Familiengerichte** zuständig (also auch bei nichtehelichen Kindern; §§ 5, 6 SorgeRÜbkAG; vgl BT-Drucks 11/5315 S 11). Ist schon eine Ehesache anhängig, gilt Verbundzuständigkeit, sonst – auch bei nachträglicher Anhängigkeit einer Ehesache – ist das FamG am Aufenthaltsort des Kindes bei Antragsingang örtlich (unwandelbar) zuständig (§ 5 SorgeRÜbkAG). Die Weiterleitung eines Antrags durch den Generalbundesanwalt bindet das Gericht bei der Beurteilung seiner örtlichen Zuständigkeit nicht (BT-Drucks 11/5315 S 10). **231**

Verfahrensrechtlich sind die betroffenen Angelegenheiten als **Familiensachen** nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandeln (§ 6 Abs 1 SorgeRÜbkAG). Alle beteiligten Stellen haben „*mit der gebotenen Eile zu handeln*“ (Art 11 Abs 1 Haager KindesEÜ; vgl Art 3 Abs 1 EuKindesEÜ). Konkrete Zeitvorgaben hat der Gesetzgeber nicht gesetzt; § 11 Abs 2 Haager KindesEÜ geht allerdings davon aus, daß binnen *sechs Wochen* nach Antragsingang eine Entscheidung getroffen sein sollte. Die Kompetenz zum Erlaß  *einstweiliger Anordnungen* im Rahmen des Verfahrens wird ausdrücklich klargestellt (§ 6 Abs 2 SorgeRÜbkAG; diese Anordnungen sind unanfechtbar). **232**

Im Hinblick auf die einschneidende Bedeutung gerichtlicher Rückführungsanordnungen werden diese erst **mit Rechtskraft wirksam**, sofern nicht das Gericht die sofortige Vollziehung anordnet (§ 8 Abs 1 SorgeRÜbkAG). Gegen die erstinstanzliche Entscheidung des FamG ist nur die *sofortige Beschwerde* zum OLG eröffnet (Frist: zwei Wochen, § 8 Abs 2 SorgeRÜbkAG), die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen (aber Divergenzvorlage möglich). *Beschwerdeberechtigt* gegen Rückgabeanordnungen sind nur der Antragsgegner (der Entführer), das mindestens 14jährige Kind und das Jugendamt (vgl BT-Drucks 11/5315 S 14). **233**

Besonderes gilt schließlich für „**ausgehende Ersuchen**“. Deutsche Sorgerechts- und Herausgabeentscheidungen, die in einem anderen Vertragsstaat geltend gemacht werden sollen, sind zu **begründen** und mit einer **Vollstreckungsklausel** zu versehen (uU auch nachträglich, § 9 SorgeRÜbkAG; Klauseltextvorschlag in BT-Drucks 11/5315 S 13). Das Ersuchen kann nach den Kindesentführungs-Übereinkommen bei **234**

den zentralen Behörden jedes Vertragsstaates eingereicht werden, gem § 11 Abs 1 SorgeRÜbkAG aber auch beim AG am (gewöhnlichen) Aufenthaltsort des Antragstellers. Dieses leitet als Justizverwaltungsbehörde den Antrag weiter an den Generalbundesanwalt. Anträge nach dem Haager KindesEÜ müssen von einer *Übersetzung in die Amtssprache* des ersuchten Staates, hilfsweise einer ins Französische oder Englische begleitet sein (§ 24 Abs 1 Haager KindesEÜ; *Vorbehalte*: Frankreich fordert stets französische, USA englische Übersetzung; Norwegen akzeptiert keine französischsprachigen Ersuchen oder Übersetzungen). Ähnliches gilt für Anträge nach dem EuKindesEÜ; wegen des deutschen Vorbehalts zugunsten der deutschen Sprache bei eingehenden Ersuchen (§ 2 Abs 1 SorgeRÜbkAG, s Rz 230) können jedoch auch alle anderen Vertragsstaaten auf ihrer Amtssprache bestehen (Art 6 Abs 3 EuKindesEÜ), so daß entsprechende Übersetzungen von vornherein tunlich sind. Diese veranlaßt der Generalbundesanwalt auf Kosten des Antragstellers (§ 11 Abs 2 SorgeRÜbkAG; Prozeßkostenhilfe möglich).

### 235 b) Das Haager KindesEÜ

Das Haager KindesEÜ bezweckt die Beachtung aller tatsächlich ausgeübten Sorgerechtsverhältnisse in allen Vertragsstaaten und die **sofortige Rückführung von Kindern** (bis zum 16. Lebensjahr), die in Verletzung eines solchen Sorgerechtsverhältnisses entführt oder (nach einem Besuch) zurückbehalten worden sind (Art 1, 4, 8). Das Kind muß unmittelbar vor der Verletzungshandlung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat gehabt haben (Art 4 S 1). Ob der Entführer widerrechtlich gehandelt hat, ist vom FamG unmittelbar nach dem Recht und den gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen dieses Staates zu beurteilen, vorherige Anerkennung (etwa auch eines Scheidungsurteils gem Art 7 § 1 FamRÄndG) ist nicht notwendig (vgl BT-Drucks 11/5315 S 12). Bei Zweifeln über die Rechtslage kann eine Bescheinigung ausländischer Stellen über die Widerrechtlichkeit verlangt werden (Art 15).

236 Ist das FamG von der Widerrechtlichkeit des Verbringens oder des Zurückhaltens des Kindes in Deutschland überzeugt und kann es nicht nachweisen, daß der Sorgeberechtigte die Sorge zuvor tatsächlich nicht ausgeübt hatte oder dem Verbringen bzw Verbleiben zugestimmt hat (Art 13 Abs 1 Ziff a), hat es **grundsätzlich die sofortige Rückgabe des Kindes anzuordnen** (Art 12). Diese Anordnung ist **keine Sorgerechtsentscheidung**, sondern soll nur bestehende Sorgerechtsverhältnisse schützen und verhüten, daß künftige Sorgerechtsentscheidungen durch eigenmächtiges Verhalten der Parteien beeinflusst werden (Art 19; vgl PÉREZ-VERA in: BT-Drucks 11/5314 S 57). Bezweckt ist nur die Wiederherstellung des „status quo ante“, der Entführer soll sein Recht bei dem Gerichtsstand suchen, den er umgehen wollte (OberG Zürich BIZürchRspr 1989, 58 ff, 60, 63). Im übrigen ist zu differenzieren: Ist der Rückgabeantrag binnen eines Jahres nach der Entführung gestellt, ist ihm ohne weiteres stattzugeben (Art 12 Abs 1), bei späterer Antragstellung regelmäßig ebenfalls, sofern nicht die inzwischen eingetretene Verwurzelung des Kindes im neuen Lebensbereich entgegensteht (Art 12 Abs 2). Die konkrete Kindeswohlbeurteilung wird vom generalisierten Kindesinteresse an schneller Rückführung zurückgedrängt [PÉREZ-VERA S 41f; BÖHMER RabelsZ 46 [1982], 643, 649; vgl OberG Zürich SJZ 1990, 46f], im ersten Fall völlig, im zweiten in eine Korrektivfunktion. Allerdings enthält das Übereinkommen selbst einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des *ordre public* des Anordnungs-Staates (Art 20), der hinsichtlich der Rechtsposition des Kindes noch konkretisiert wird: Das FamG kann die Rückgabe ausnahmsweise ablehnen, wenn sie eine schwerwiegende Gefahr für das Kindeswohl bedeuten würde oder sonst unzumutbar wäre (Art 13 Abs 1 Ziff b) oder wenn das Kind sich der Rückgabe widersetzt und „ein Alter und eine Reife

erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen“ (Art 13 Abs 2). Die Kriterien für die Beachtlichkeit des Kindeswillens als Ausdruck von Selbstbestimmung (Rz 122 ff) sowie auf Vollstreckungsebene (§ 1666 Rz 170–173) sind hier entsprechend heranzuziehen, der Kindeswille fungiert also nur als Korrektiv bei einer grundsätzlich gebotenen Rückgabeentscheidung (BÖHMER aaO; vgl STEHR IPRax 1984, 309, 312; OberG Zürich BIZürchRspr 1989, 58, 60 ff mit sorgfältiger Einzelfallprüfung).

Ist deutschen Gerichten die Entführung mitgeteilt oder sonst bekannt geworden, **237 darf über das Sorgerecht nicht mehr entschieden werden**, es sei denn, ein Rückgabeantrag wird nicht gestellt oder ist gerichtlich abgelehnt worden (Art 16; eine regelmäßige Unterrichtung aller Gerichte durch die zentrale Behörde ist allerdings nicht vorgesehen, BT-Drucks 11/5315 S 12). Vorherige Sorgerechtsentscheidungen oder spätere in Unkenntnis der Entführung sind nicht unwirksam, stehen einer Rückgabeordnung nach dem Übereinkommen aber auch nicht per se entgegen. Die Entscheidungsgründe sind vielmehr im Rahmen der Rückgabeentscheidung zu berücksichtigen (Art 17).

### c) Das EuKindesEÜ

238

Das EuKindesEÜ will die **Rückgabe entführter Kinder durch erleichterte Anerkennung und Vollstreckung** ausländischer Sorgerechtsentscheidungen fördern. Nach der Konzeption des Übereinkommens ist hinsichtlich der grundsätzlichen **Pflicht zu Anerkennung und Vollstreckung** (Art 7) dreistufig zu differenzieren: Sie besteht **ohne Einschränkung**, wenn

- (1) der Antrag binnen sechs Monaten nach der Entführung gestellt wurde,
- (2) Kind und Eltern Angehörige des Staates sind, der die Sorgerechtsentscheidung erlassen hat und
- (3) das Kind dort auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art 8 Abs 1, 2).

Ist die Voraussetzung zu (1), nicht aber zu (2) oder (3) gegeben, kann Anerkennung und Vollstreckung *versagt* werden bei Verfahrensmängeln der ausländischen Sorgerechtsentscheidung oder bei einem Konflikt mit einer deutschen Sorgerechtsentscheidung, die vor der Entführung vollstreckbar wurde (Art 9; aber keine inhaltliche Überprüfung der ausländischen Entscheidung). Nur wenn die Voraussetzung zu (1) fehlt, also bei Anträgen nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist, können Gesichtspunkte des *ordre public* und des konkreten Kindeswohls gegen die Anerkennung in die Entscheidung eingebracht werden (Art 10 Abs 1 Ziff a, b), ebenso wie die engere Beziehung des Kindes zum ersuchten Staat (Art 10 Abs 1 Ziff c) oder die Kollision mit anderen Sorgerechtsentscheidungen (Art 10 Abs 1 Ziff d).

Kraft eines vom deutschen Gesetzgeber erklärten (in Art 17 EuKindesEÜ zugelassenen) **Vorbehalts** sind die in Art 10 Abs 1 Ziff a, b aufgeführten Gesichtspunkte des deutschen *ordre public* und des offensichtlich entgegenstehenden konkreten Kindeswohls jedoch **stets**, also auch in den Fällen der Art 8, 9 EuKindesEÜ, zu beachten (§ 7 SorgeÜbkAG). Man war sich bewußt, daß damit die Effektivität des Übereinkommens beeinträchtigt wird, wollte aber doch eine Sicherung verfassungsrechtlicher Grundwerte entspr Art 6 S 2 EGBGB, § 328 Abs 1 Nr 4 ZPO und § 16 a Nr 4 FGG erreichen (BT-Drucks 11/5315 S 13). Insbesondere kann so veränderten Umständen seit der ausländischen Sorgerechtsentscheidung und einer zwischenzeitlichen Verwurzelung des Kindes im Inland Rechnung getragen werden (vgl BT-Drucks 11/5314 S 65 [Nr 48]) – die hierzu allgemein entwickelten Grundsätze (Rz 227) gelten also auch im Rahmen des EuKindesEÜ.

Der Vorbehalt kann spiegelbildlich auch von allen anderen Vertragsstaaten im Verhältnis zu deutschen Sorgerechtsentscheidungen angewendet werden (Art 17 Abs 2 EuKindesEÜ).

- 239** Die Prüfung, ob eine Anerkennung und Vollstreckung möglicherweise mit dem **konkreten Kindeswohl** unvereinbar ist, hat sich auf die Haltung des Kindes zu erstrecken (Art 15 Abs 1 Ziff a). Es können auch Ermittlungen in anderen Vertragsstaaten verlangt werden (Art 15 Abs 1 Ziff b). Wird unter Berufung auf das konkrete Kindeswohl nicht anerkannt, kann das FamG eine originäre Sorgerechtsentscheidung treffen. Mit dem Übereinkommen nicht vereinbar ist hingegen die gelegentliche Praxis deutscher Gerichte, die Anerkennung der ausländischen Entscheidung mit einer deutschen Abänderungsentscheidung gem § 1696 zu verbinden (Rz 226; vgl die Kritik bei STHR IPRax 1984, 309, 311 f mwN).
- 240** Steht das Kindeswohl der grundsätzlich gebotenen Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Sorgerechtsentscheidung nicht entgegen, so erfolgt diese, wenn die Entscheidung im Ursprungs-Vertragsstaat vollstreckbar ist, durch Hinzufügung einer **Vollstreckungsklausel** (§ 7 SorgeRÜbkAG; Art 14 EuKindesEÜ; Formulierungsvorschlag BT-Drucks 11/5315 S 13). Ist die Entscheidung im Ursprungs-Staat nicht vollstreckbar, wird ihre Anerkennung festgestellt und – auf Antrag – die Herausgabe des Kindes angeordnet (§ 7 Abs 2 SorgeRÜbkAG). Auch die bloße Feststellung der Anerkennung kann auf Antrag erfolgen (§ 7 Abs 3 SorgeRÜbkAG).

### § 1672

**Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so gilt § 1671 Abs. 1 bis 5 entsprechend. Das Gericht entscheidet auf Antrag eines Elternteils; es entscheidet von Amts wegen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.**

GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 29; SorgeRG Art 1 Nr 21

### Schrifttum

S Angaben zu § 1671

### Systematische Übersicht

- |                                                  |                                                                      |
|--------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| <b>I. Normbedeutung</b> 1                        | a) Grundsätze 15                                                     |
|                                                  | b) Einzelheiten 16                                                   |
| <b>II. Voraussetzungen</b> 5                     | 2. Geltungsdauer 19                                                  |
| 1. Nicht nur vorübergehendes Getrennleben 5      | <b>IV. Verfahrensrechtliches</b> 23                                  |
| 2. Antrag eines Elternteils 7                    | 1. Allgemeines 23                                                    |
| a) Rechtliche Bedeutung 7                        | 2. Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO 24 |
| b) Folgerungen und Einzelheiten 8                | 3. Vorläufige Anordnungen im Verfahren nach § 1672 25                |
| 3. Regelung von Amts wegen, S 2 HS 2 13          |                                                                      |
| <b>III. Entscheidung des Familiengerichts</b> 15 | <b>V. Auslandsbezüge</b> 29                                          |
| 1. Inhalt der Entscheidung 15                    |                                                                      |

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

## Alphabetische Übersicht

- Änderung der Sorgerechtsentscheidung 2, 22, 24  
Alleinzuständigkeitsprinzip 16 f  
Anhörung 7, 25  
Antrag 7 ff, 15, 17, 22  
Antragsabweisung 15 f  
Antragsbeschränkung 7, 9, 17  
Antragsrücknahme 8  
Aufhebung der Sorgerechtsentscheidung 22  
Aufenthaltsbestimmungsrecht 9, 17, 26  
Ausländisches Kind 29 f  
Aussetzung des Verfahrens 8, 23
- Beschwerde 8, 20, 23, 28
- Eingriffsgrenze 13  
Einstweilige Anordnung  
– gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO 4, 9, 12, 19, 21, 24, 28  
– gem § 628 Abs 2 ZPO 21  
Elterlicher Erziehungsprimat (Elternvorrang) 1, 7, 9, 13  
Eltern-Kind-Beziehung 18  
Ermittlungspflicht 2, 23  
Erziehungseignung 25  
Erziehungsunvermögen 25
- Familiengericht  
– Entscheidung 8 ff, 15 ff, 25 ff  
– internationale Zuständigkeit 29 f  
– örtliche Zuständigkeit 23  
– sachliche Zuständigkeit 3, 7, 14, 22, 24, 26
- Fehlverhalten der Eltern 13
- Gemeinsame Sorge 9, 15 ff  
Geschwister 9  
Getrenntleben 1, 5 f, 20
- Haager KindesEÜ 29  
Haager MSA 29 f  
Hauptbezugsperson 25
- Internationales Recht 29 f
- Jugendamt 7, 15, 23
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 7  
Kindesschutzsystem 1, 3, 7, 14, 29  
Kindeswohl  
– als Eingriffslegitimation 15, 17, 25  
– als Entscheidungsmaßstab 8 f, 11, 15 f  
– als Leitprinzip 7 f, 30  
Kindeswohlgefährdung 7, 13, 25  
Kindeswohlkriterien 18  
Kontinuitätsgrundsatz 2, 18, 25
- Maßnahmen gem §§ 1666 ff 3, 6, 13 f, 22, 26
- Partnerwechsel 18  
Pfleger 3 f, 14, 22, 27
- Rechtsmittel 20, 23, 28  
Rechtsschutzbedürfnis 10 ff, 16, 23  
Ruhens der elterlichen Sorge 6
- Scheidungsverfahren 12, 15, 19 ff, 23, 28
- Übereinstimmender Elternvorschlag 9, 16  
Umgangsrecht 2, 25  
Umplazierung 18, 25  
Unteilbarkeitsprinzip 9, 17, 26  
Unterhalt 4
- Verbundverfahren 19  
Verfahrenskosten 11  
Vermittlung 7, 11, 15  
Vermögenssorge 9, 17  
Versöhnung 22  
Vorläufige Anordnung 20, 25 f, 28  
Vormund 3, 14, 22, 27  
Vormundschaftsgericht 3, 6, 14, 22, 26
- Wächteramt des Staates 1, 9

## I. Normbedeutung

1

Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß die *faktische Auflösung* der Familiengemeinschaft das Wohl der Kinder schon ebenso, wenn nicht sogar stärker beeinträchtigen kann als die rechtliche Auflösung des Ehebandes. Es zerfällt nicht nur die tatsächliche Basis der gemeinsamen Sorgerechtsausübung der Eltern, sondern oft auch ihre grundsätzliche Kooperationsbereitschaft iSd § 1627 (ausf OLG Köln FamRZ 1980, 929, 930). Die Sorgerechtsregelung nach § 1672 soll hier die Kompetenzen klarstellen und die Kinder aus dem elterlichen Streit heraushalten.

Andererseits besteht die Ehe noch, die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht ausgeschlossen. Um nicht durch vorschnelle staatliche Eingriffe

das Zerwürfnis der Eltern zu vertiefen sowie im Lichte des allgemeinen Elternvorrangs gem Art 6 Abs 2 S 1 GG, fordert § 1672 als Voraussetzung einer gerichtlichen Sorgerechtsregelung deshalb grundsätzlich einen elterlichen **Antrag** (anders § 1671 Abs 1); nur bei Kindesgefährdung handelt das FamG **von Amts wegen**. Die Vorschrift ist damit legitimer Ausdruck des **staatlichen Wächteramts** gem Art 6 Abs 2 S 2 GG (BVerfG FamRZ 1982, 23) in seiner zweifachen Erscheinungsform: bei elterlichem Antrag der situationsspezifischen, vorgelagerten Wächterfunktion des Staates bei Auflösung der Familiengemeinschaft (s § 1671 Rz 19), sonst der staatlichen Wächterfunktion im Sinne des allgemeinen Kindesschutzrechts (§ 1666 Rz 2).

- 2 Die Sorgerechtsregelung nach §1672 ist keine vorläufige, sondern eine familiengerichtliche **Endentscheidung** auf der Basis der Elterntrennung (umgangsrechtliche Konsequenz: § 1634 Abs 4; zur Geltungsdauer ie Rz 19 ff; zu vorläufigen Anordnungen Rz 25 ff). Für die richterliche Ermittlungspflicht wie auch die Abänderbarkeit (§ 1696) gelten deshalb im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie bei Entscheidungen nach § 1671. Der Sache nach ist eine *präjudizielle Wirkung* einer Entscheidung gem § 1672 für die Sorgeverteilung nach Scheidung unverkennbar, insbes unter dem Einfluß des Kontinuitätsgedankens (ELL ZBIJugR 1980, 319, 321; ZfJ 1986, 289, 291; ZÖLLER-PHILIPPI § 620 ZPO Rz 31). Die Regelung nach § 1672 erfordert deshalb gleiche Sorgfalt wie die gem § 1671 (SCHWAB, Handbuch Rz III 194).
- 3 Die an § 1671 angelehnte Regelungsmöglichkeit des § 1672 ist durch das **GleichberG** eingeführt worden, zuvor war nur vormundschaftsgerichtliches Eingreifen nach § 1666 möglich. § 1672 aF erlaubte richterliche Entscheidungen nur auf elterlichen Antrag und nur zugunsten des einen oder anderen Elternteils (vgl Kommentierung in der Vorauf). Während die Eherechtsreform 1977 im wesentlichen nur eine Zuständigkeitsverlagerung auf das FamG brachte, hat das **SorgeRG** der familiengerichtlichen Regelungskompetenz nach § 1672 weitgehend auch die allgemeine kindesschutzrechtliche Richterfunktion der §§ 1666 ff integriert: Seitdem kann das FamG auch von Amts wegen tätig werden und (durch Verweis auf § 1671 Abs 5) Sorgebefugnisse auch auf einen Vormund oder Pfleger übertragen (zur Abgrenzung zur vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeit s Rz 14).
- 4 Die Wahrung **unterhaltsrechtlicher Interessen** des Kindes bei Trennung der Eltern ist vom Gesetzgeber in § 1629 Abs 2 S 2, Abs 3 (idF des UÄndG 1986) auch ohne Sorgerechtsregelung dadurch gesichert (und eine Sorgerechtsregelung nur zu diesem Zweck überflüssig gemacht), daß der *Obhuts-Elternteil* die Ansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil im Wege gesetzlicher Prozeßstandschaft geltend machen kann (s Erl zu § 1629; zum Begriff der „Obhut“ auch MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 54–56; für Ansprüche *gegen* den Obhuts-Elternteil bedarf es einer Pflegerbestellung). Die Sorgezuweisung an einen Elternteil nach § 1672 (auch durch vorläufige Anordnung oder gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO) verdrängt diese Kompetenz aus § 1629 (MASSFELLER-COESTER Rz 58).

## II. Voraussetzungen

### 5 1. Nicht nur vorübergehendes Getrenntleben

Der Begriff des *Getrenntlebens* wird entsprechend der Definition in § 1567 bestimmt (hM, vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 185; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 5; MünchKomm-HINZ Rz 3; aA ROLLAND Rz 3). Demgemäß reicht auch eine Trennung innerhalb der Ehewohnung. Eine nur im Interesse und zur Schonung der

Kinder aufrechterhaltene „Rest-Gemeinsamkeit“ schadet dabei nicht (OLG Köln FamRZ 1986, 388 f: gemeinsames sonntägliches Mittagessen), andernfalls würde die Kinderschutzbefugnis des § 1672 zu kindeswohlwidrigem Elternverhalten zwingen.

Leben die Eltern *nicht oder nicht dauerhaft getrennt*, scheidet § 1672 aus, es bleiben 6 Eingriffsmöglichkeiten des VormG gem §§ 1666 ff. Bei faktischer Trennung ohne die in § 1567 geforderte „ehefeindliche Absicht“ kann auch *Ruhen* der elterlichen Sorge des abwesenden Elternteils eintreten (§§ 1674 Abs 1, 1675, 1678 Abs 1).

## 2. Antrag eines Elternteils

7

### a) Rechtliche Bedeutung

Der Antrag im Rahmen des § 1672 hat nur eine begrenzte Funktion: Er begründet die Regelungskompetenz (und damit Eingriffslegitimation) des FamG schon dann, wenn eine Kindesgefährdung noch nicht vorliegt („gerufene Intervention“), er disponiert also über den elterlichen Regelungsprimat gem Art 6 Abs 2 S 1 GG. Nach Eröffnung staatlicher Regelungskompetenz durch die Eltern wird das gerichtliche Handeln jedoch – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – vom **Kindeswohlprinzip** beherrscht. Nur begrenzte Freigaben staatlicher Intervention (durch Antragsbeschränkungen) sind im Hinblick auf den Elternprimat zu beachten, soweit sie mit dem Kindeswohl vereinbar sind (Rz 9).

Besondere Bedeutung erlangt in diesem „Frühstadium“ des Familienzerfalls die aus Art 6 GG folgende und in § 17 KJHG nunmehr umgesetzte **Pflicht** des Staates, **vor Eingriffen** zunächst – nötigenfalls helfend und unterstützend – **auf fortgeführte beiderseitige Wahrnehmung der Elternverantwortung hinzuwirken**.

Die jugendhilferechtliche Beratungs- und Unterstützungspflicht des Jugendamts gem § 17 Abs 1 Nr 3, Abs 2 KJHG setzt schon bei der *faktischen* Trennung an; bei der pflichtgemäßen Anhörung des *Jugendamts* durch das FamG (§ 49 a Abs 1 Nr 2 FGG) hat dieses dem Gericht darzulegen, ob und inwieweit die Möglichkeiten zur Wiederherstellung gemeinsamer Elternverantwortung nach Trennung ausgeschöpft worden sind (§ 50 Abs 2 KJHG). Das *FamG* hat seinerseits zu versuchen, die fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung zu reaktivieren, hilfsweise, eine elterliche Einigung über die Sorgerechtsregelung herbeizuführen (vgl § 1671 Rz 24–26, 133, 168; zum Elternvorschlag im Verfahren nach § 1672 s Rz 16).

### b) Folgerungen und Einzelheiten

8

Der Antrag kann von einem oder beiden Elternteilen gestellt werden. Er ist **Verfahrensvoraussetzung**, **bindet aber** das (allein dem Kindeswohl verpflichtete) FamG **nicht** (OLG Celle FamRZ 1978, 622; OLG Frankfurt FamRZ 1979, 177 f; OLG Köln FamRZ 1980, 929, 930; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; SCHWAB, Handbuch Rz III 191). Demgemäß kann das FamG die Sorge auch dem Antragsgegner zuweisen (BayObLG FamRZ 1968, 659 sowie vorstehende Nachw) bzw das OLG zuungunsten des Beschwerdeführers in zweiter Instanz entscheiden (OLG Frankfurt aaO; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 6). Auch eine Aussetzung des Verfahrens gegen den Willen des Antragstellers ist grundsätzlich zulässig (Rz 23).

Die **Rücknahme des Antrags** bleibt zulässig bis zur letzten Tatsachenentscheidung; in diesem Fall darf eine Sachregelung nur noch ergehen, wenn die Voraussetzungen des S 2 HS 2 (Entscheidung von Amts wegen) vorliegen (RGRK-ADELMANN Rz 7; GERNHUBER § 56 I 2; SCHWAB, Handbuch Rz III 186).

- 9 Der Antrag kann auch auf eines oder einige Kinder einer **Geschwistergruppe** beschränkt werden (OLG Hamm FamRZ 1976, 284; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 6; MünchKomm-HINZ Rz 4; SCHWAB, Handbuch Rz III 188; Regelung für die anderen Kinder wieder nur gem S 2 HS 2).

Streitig ist, ob auch **inhaltliche Beschränkungen** zulässig sind. Dies ist aus Gründen des Kindeswohls zu *verneinen*, soweit nur *Teile der Personensorge*, insbes etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht, geregelt werden sollen (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108 mwN; SCHWAB, Handbuch Rz III 187; zum Kindeswohl vgl § 1671 Rz 47; zu einstweiligen Anordnungen s § 1671 Rz 214; zu vorläufigen Anordnungen s unten Rz 25 ff). Das FamG hat den Antragsteller hierauf hinzuweisen und auf eine zulässige Antragstellung hinzuwirken; notfalls ist der nicht geänderte Antrag als unzulässig abzuweisen (OLG Hamm FamRZ 1976, 284, 285). *Zulässig* sind hingegen Anträge, die sich im Rahmen des **§ 1671 Abs 4 S 2** bewegen (Übertragung der Personensorge auf einen, der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil, OLG Hamm aaO) – bei gemeinsamem Antrag liegt insoweit ein übereinstimmender Elternvorschlag entspr § 1671 Abs 3 S 1 vor (s Rz 16), bei einseitigem Antrag hat das FamG entspr § 1671 Abs 4 S 2 zu entscheiden. Der Antrag kann aber auch auf die Personensorge *oder* die Vermögenssorge (oder nur Teile der Vermögenssorge) *beschränkt* sein – im übrigen bleibt es beim gemeinsamen Sorgerecht der Eltern (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; KG FamRZ 1973, 151; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; MünchKomm-HINZ Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 9; SCHWAB, Handbuch Rz III 187, 195; **abl** GERNHUBER § 56 I 2; TREITZ S 85; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11). Hierdurch können die Eltern eine über § 1671 Abs 3 S 1 hinausgehende *Bindung* für das Gericht erreichen, dieses kann über die vom Antrag nicht erfaßten Bereiche nicht entscheiden. Es kann aber den Antrag abweisen, wenn es die beantragte Teilregelung für den Kindesinteressen nicht dienlich hält (Rz 15). Durch diese Lösung wird sowohl dem durch das Antragsprinzip des § 1672 verstärkten Elternvorrang wie auch der staatlichen Verpflichtung auf das Kindeswohl Rechnung getragen.

- 10 Umstritten ist, ob neben dem Elternantrag noch ein zusätzliches **Rechtsschutzbedürfnis** zu fordern ist. ZT wird dies bejaht – das Rechtsschutzbedürfnis könne fehlen, wenn die Eltern trotz Trennung die Sorge bisher einvernehmlich wahrgenommen hätten und das Einvernehmen auch künftig gewährleistet erscheine (OLG Köln FamRZ 1980, 929, 931) oder wenn ein Elternteil die Sorgerechtsausübung bisher schon faktisch allein dem anderen überlassen habe und hieran nichts ändern wolle (OLG Hamm [7. FamS] FamRZ 1986, 503). Jedenfalls fehle ein Rechtsschutzinteresse für die Beantragung gemeinsamen Sorgerechts, dieses stehe den Eltern ohnehin zu (SCHWAB, Handbuch Rz III 191).

Dabei wird dem Antrag zumeist aber immerhin eine **Indizwirkung** für ein bestehendes Rechtsschutzbedürfnis zugesprochen (OLG Köln aaO; OLG Hamburg FamRZ 1988, 523; OLG Saarbrücken FamRZ 1989, 530).

Von der Gegenauffassung wird der Elternantrag hingegen als **unwiderlegliches Indiz** für ein Rechtsschutzbedürfnis genommen, dieses sei nicht gesondert zu prüfen (OLG Hamm [6. FamS] FamRZ 1986, 1039; OLG Koblenz FamRZ 1990, 550, 551; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7; im wesentlichen auch SCHWAB, Handbuch Rz III 191).

- 11 Der Streit steht mit der weiteren Frage im Zusammenhang, ob das FamG trotz zulässigen Antrags eine Sorgerechtsregelung (ganz oder teilweise) **ablehnen** darf (Rz 15). Führt man sich die begrenzte Funktion des Elternantrags vor Augen, der lediglich die Barriere elterlichen Vorrangs vor staatlicher Kindeswohlwahrung beiseite räumt (Rz 7), wird deutlich, daß die Reaktion auf überflüssige und mutwil-

lige Anträge – sofern die gebotenen Vermittlungsversuche und Appelle an die elterliche Verantwortung (oben Rz 7) fruchtlos bleiben – nur aufgrund Sachprüfung im Lichte des Kindeswohls und nur durch (ggf ablehnende) **Sachentscheidung** erfolgen sollte. Anderes gilt nur, wenn für mutwillige Anträge Prozeßkostenhilfe begehrt wird (vgl AG Hannover FamRZ 1987, 1069, bestätigt durch das OLG Celle [in concreto aber verfehlt, da Mutwilligkeit fehlte]); im übrigen erlaubt § 13 a Abs 1 FGG, dem mutwilligen Antragsteller die Verfahrenskosten aufzuerlegen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7).

Auch wenn dieser Auffassung nicht gefolgt wird, so entfällt ein Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls nicht schon deshalb, weil im Rahmen eines anhängigen Scheidungsverfahrens eine *einstweilige Anordnung gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO* erlassen werden könnte (BGH FamRZ 1982, 788; OLG Hamburg FamRZ 1988, 523; OLG Saarbrücken FamRZ 1989, 530; zur Begründung s Rz 24) oder weil die Eltern sich *einig* sind, wer für die Trennungszeit das Sorgerecht haben solle (OLG Hamburg und OLG Saarbrücken aaO; verfehlt demgegenüber AG Hannover [vgl Rz 11] m krit Anm LUTHIN). Dies folgt schon aus dem Verweis des § 1672 auch auf § 1671 Abs 3 S 1.

### 3. Regelung von Amts wegen, S 2 HS 2

13

Nach S 2 HS 2 kann das FamG von Amts wegen eine Sorgerechtsentscheidung entspr § 1671 Abs 2 bis 5 treffen, wenn andernfalls das Kindeswohl gefährdet wäre, die Eltern keinen Antrag gem S 1 stellen und die Gefahr auch nicht auf andere Weise abwenden können oder wollen. Die Vorschrift ist in offensichtlicher *Anlehnung an § 1666 Abs 1* formuliert. Obwohl man im Rechtsausschuß offenbar der Meinung war, die Eingriffsgrenzen des § 1666 Abs 1 und § 1672 S 2 HS 2 seien unterschiedlich (BT-Drucks 8/2788 S 64), besteht zwischen beiden Vorschriften kein sachlicher Unterschied (dies ist besonders augenfällig, wenn – wie hier vertreten – bestimmtes elterliches Fehlverhalten auch in § 1666 für unwesentlich gehalten wird [vgl § 1666 Rz 17 ff, 22 ff]; es gilt aber auch sonst, vgl GERNHUBER § 56 I 2 [allein theoretischer Unterschied]; SCHWAB, Handbuch Rz III 192). Eine Vorverlagerung der Eingriffsgrenze ist rechtspolitisch diskutierbar, aus der geltenden Gesetzesfassung aber nicht zu begründen.

Sowohl hinsichtlich des **Gefährdungsbegriffs** wie auch des **Abwendungsprimats der Eltern** ist deshalb auf die Erläuterungen zu § 1666 zu verweisen (§ 1666 Rz 64 ff bzw 130, 131). Praktische Anwendungsfälle sind bislang nicht publiziert. Es sollen sowohl solche Fälle in Betracht kommen, in denen die Eltern sich durch Uneinigkeit blockieren, aber Anträge nach S 1 oder § 1628 nicht stellen (BT-Drucks 8/2788 S 64), als umgekehrt auch Fälle, in denen es wegen der elterlichen Uneinigkeit zu einer Häufung von Verfahren nach § 1628 kommt (BELCHAUS Rz 5; MünchKommHINZ Rz 7; SCHWAB, Handbuch Rz III 192). Ausschlaggebend ist jedoch stets das Merkmal der *Kindeswohlgefährdung* – diese *kann* in den genannten Beispielen vorliegen, muß es aber nicht.

Die Bedeutung des S 2 HS 2 liegt demnach im wesentlichen darin, bisher dem **VormG** vorbehaltenen Funktionen des Kindesschutzes auf das FamG zu übertragen (mit allerdings nicht völlig deckungsgleicher Regelungsmacht). Damit stellt sich das Problem der **Zuständigkeitsabgrenzung zwischen VormG und FamG**.

Unstreitig bleibt das VormG allein zuständig für die Streitschlichtung nach § 1628 und bei fehlendem oder nur vorübergehendem Getrenntleben der Eltern. Auch die Auswahl und Bestellung eines Vormunds oder Pflegers obliegt auf jeden Fall dem VormG, selbst wenn das FamG entspr § 1671 Abs 5 entschieden hat (§ 1671 Rz 196). Im übrigen herrscht Unklarheit (vgl § 1666 Rz 38; s auch SCHLÜTER-KÖNIG

FamRZ 1982, 1159, 1161 ff mwN): *Überwiegend* wird aus § 1672 gefolgert, daß nunmehr das **FamG vorrangig** zuständig sei, sei es im durch S 2 HS 2 eröffneten Kompetenzbereich (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108; KG FamRZ 1990, 1021, 1022; SCHLÜTER-KÖNIG 1162 f), sei es umfassend „kraft Sachzusammenhangs“ (OLG Köln FamRZ 1980, 401; OLG Hamm FamRZ 1978, 941; diese Entscheidungen dürften durch die BGH-Entscheidung aaO überholt sein). Bei dauerhafter Elterntrennung *während* eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens nach § 1666 geht das KG allerdings von einer *perpetuatio fori* aus, wenngleich ohne Bindung des auch zuständig gewordenen FamG an die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung (KG FamRZ 1990, 1021, 1022 ff). Vereinzelt wird auch eine verfahrensrechtliche Regelungssperre für das VormG angenommen, wenn ein Verfahren nach § 1672 beim FamG anhängig ist (STEIN-JONAS-SCHLOSSER § 621 ZPO Rz 3; dagegen SCHLÜTER-KÖNIG aaO).

Nach der *Gegenauffassung* besteht die vormundschaftsgerichtliche *neben* der familiengerichtlichen Zuständigkeit ungeschmälert fort (SCHWAB, Handbuch Rz III 193; MünchKomm-HINZ Rz 7). Das VormG sei oft eher informiert (Verfahren nach § 1628) und könne allein Maßnahmen auch mit Wirkung gegen Dritte treffen sowie unmittelbare Erklärungen der Eltern ersetzen (§ 1666 Abs 1 S 2, Abs 2). Doppelte Zuständigkeit sei dem Kindeswohl zuträglicher als Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts (SCHWAB aaO).

Dieser Auffassung gebührt der Vorzug. Bei nur faktischer Trennung ist das VormG (noch) „näher daran“, ein gefährdetes Kind zu schützen. Der Schutz darf nicht von der (für anzeigende Dritte ohnehin kaum zu beantwortenden) Frage abhängen, ob die Trennung dauerhaft ist.

Schneller und effektiver Kinderschutz erfordert die **alternative Zuständigkeit von VormG und FamG**. Eine familiengerichtliche *Entscheidung* verdrängt jedoch vormundschaftsgerichtliche Regelungen.

### III. Entscheidung des FamG

#### 15 1. Inhalt der Entscheidung

##### a) Grundsätze

Der Inhalt der familiengerichtlichen Entscheidung richtet sich nach § 1671 Abs 2 bis 5 (das Umgangsrecht nach § 1634 Abs 4). Fraglich ist, ob das FamG eine sachliche Regelung treffen **muß** (OLG Hamm FamRZ 1976, 284 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7; RGRK-ADELMANN Rz 7; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; GERNHUBER § 56 I 2) oder ob es den elterlichen Antrag auch mangels Regelungsbedürfnisses (ganz oder teilweise) abweisen darf (MünchKomm-HINZ Rz 5; ROLLAND Rz 7; SCHWAB, Handbuch Rz III 191, 194 f).

Folge einer Abweisung wäre das Fortbestehen gemeinsamer elterlicher Sorge, idR gegen den Willen zumindest eines Elternteils.

Im Scheidungsfall ist diese Entscheidungsalternative nicht eröffnet: § 1671 Abs 1 verlangt eine positive Entscheidung, und fortbestehendes gemeinsames Sorgerecht ist konzeptionell nicht Auffangregel, falls keine bessere Lösung gefunden wird, sondern ist vom FamG nur – sofern das Kindeswohl nicht entgegensteht – konstitutiv anzuordnen, wenn beide Eltern damit einverstanden sind (§ 1671 Rz 167, 169 ff; zum konstitutiven Charakter der Entscheidung s dort Rz 185). Der Verweis des

§ 1672 S 1 auch auf § 1671 Abs 1 könnte bedeuten, daß dieses System auch bei Elterntrennung gilt.

Andererseits ist zu bedenken, daß die Eltern noch miteinander verheiratet sind und daß die Zuweisung des Sorgerechts zu einem Elternteil die Trennung notwendigerweise vertieft. Gemeinsame Sorgeverantwortung für gemeinschaftliche Kinder verheirateter Eltern ist der gesetzliche Regelfall (§§ 1626, 1627).

Das im elterlichen Sorgerecht steckende und es prägende **Pflichtelement** erstreckt sich gerade auch auf die **gemeinschaftliche** Wahrnehmung. Die Verantwortungsgemeinschaft kann von den Gatten nicht gekündigt werden, ihre Auflösung ist der richterlichen Entscheidung vorbehalten und muß aus dem Kindeswohl legitimiert werden. Der Regelungsantrag bei elterlichem Getrenntleben indiziert eine Regelungsnotwendigkeit im Kindesinteresse, belegt diese aber nicht zwingend (vgl die in Rz 10 zit Fälle: Antragstellung trotz einvernehmlicher Ausübung der elterlichen Sorge bzw streitloser Überlassung an einen Elternteil). Ausschlaggebend ist schließlich der Hinweis auf die unvermeidliche *präjudizielle Wirkung* von Sorgerechtsregelungen nach § 1672 auf die endgültige Neuordnung bei Scheidung (s Rz 2): Solange und soweit bei bestehender Ehe ein Eingriff in die gemeinsame Sorgeverantwortung nicht notwendig ist zum Schutze der Kindesinteressen, sollte er unterbleiben und die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses dem Scheidungsurteil überlassen bleiben (SCHWAB, Handbuch Rz III 194). Allerdings wird es sich dabei nur um seltene Ausnahmefälle handeln. In aller Regel werden die pflichtgemäße Beratung und Unterstützung durch das Jugendamt bzw entsprechende Einwirkungen durch das FamG (Rz 7) zur Antragsrücknahme führen.

## b) Einzelheiten

16

Ein **übereinstimmender Elternvorschlag** entfaltet die in § 1671 Abs 3 S 1 festgelegte Bindungswirkung für das FamG (OLG Koblenz FamRZ 1990, 550, 551; Münch-Komm-HINZ Rz 8; SCHWAB, Handbuch Rz III 191). Der Umstand, daß die Eltern die gewünschte Alleinsorge eines Teils der Sache nach auch durch Bevollmächtigung erreichen könnten (vgl AG Hannover FamRZ 1987, 1069), macht allein eine gerichtliche Regelung noch nicht überflüssig. Anderes gilt für den (auch wohl nur theoretischen) Fall, daß beide Eltern das **gemeinsame Sorgerecht** begehren – diese haben sie ohnehin inne (RGRK-ADELMANN Rz 10; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11; ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 191 [Rechtsschutzinteresse fehlt]; vgl Rz 10). Stellt ein Elternteil den Antrag auf Alleinsorge, der andere den Gegenantrag auf gemeinsames Sorgerecht, so begehrt letzterer damit bei sinnvoller Auslegung nur Abweisung des Regelungsantrags. Das FamG wird im einen oder anderen Sinne nach dem Kindeswohl (§§ 1672, 1671 Abs 2) entscheiden.

Für die **familiengerichtliche Entscheidung** gelten die Grundsätze der **Unteilbarkeit** **17** und **Alleinzuständigkeit** wie im Scheidungsfall (§ 1671 Rz 38 ff; BGH FamRZ 1980, 1107, 1108; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11). Insbesondere kann die Entscheidung nicht auf einen Teil der Personensorge, etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht, beschränkt werden (OLG Hamm FamRZ 1976, 284 f; vgl Rz 9 zur entsprechenden Antragsbeschränkung). Besteht unter dem Aspekt des Kindeswohls ein Regelungsbedürfnis nur für die Vermögenssorge (bzw einen Teilbereich davon) oder nur für die Personensorge, so kann die familiengerichtliche Entscheidung auf diesen Bereich selbst dann beschränkt werden, wenn der elterlichen Antrag umfassend gestellt war (Rz 15; zu insoweit beschränkten *Anträgen* Rz 9). Der nicht geregelte Bereich verbleibt dann in der gemeinsamen Sorgeverantwortung der Eltern (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; SCHWAB, Handbuch Rz III 195; vgl Münch-

Komm-HINZ Rz 4 [bei entsprechendem Antrag]; abl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11).

Hierdurch wird das rechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 1671 Abs 4 S 2 umgekehrt. Dies ist gerechtfertigt durch die besondere Entscheidungssituation bei bloßem Getrenntleben der Eltern; deshalb verweist § 1672 S 1 auch nur auf die „entsprechende“ Anwendung des § 1671.

- 18 Für die **Kindeswohlkriterien** ist auf die Erläuterungen zu § 1671 zu verweisen (insbes § 1671 Rz 51 ff, 66 ff, 70 ff). Erhöhtes Gewicht für die Trennungszeit kommt dem Aspekt zu, daß dem Kind nach Möglichkeit die **Beziehung zu beiden Elternteilen** erhalten bleiben sollte (vgl OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; § 1671 Rz 94). Im Hinblick auf den **Kontinuitätsgrundsatz** (§ 1671 Rz 126 ff) ist darauf zu achten, daß das Kind im Verlaufe des familiären Umbruchs nicht mehrfache Plazierungswechsel erleiden muß – eine Veränderung des status quo sollte mit noch größerer Sorgfalt und Zurückhaltung erwogen werden als bei Scheidung (OLG Hamburg ZfJ 1988, 94 ff – FamRZ 1988, 425 [LS]; OLG Köln FamRZ 1980, 1153 [nach Möglichkeit Verbleiben in Familienwohnung]). Für den **neuen Partner** eines Gatten gelten im Grundsatz keine Besonderheiten (s § 1671 Rz 80 f, 95; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 10); im Ergebnis mag er eher als negativer Faktor eingeschätzt werden, weil die Beziehungen zu ihm zumeist noch unkonsolidiert sind (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550), das Kind also möglicherweise (uU mehrfachem) Partnerwechsel des sorgeberechtigten Elternteils ausgesetzt wäre.

## 19 2. Geltungsdauer

Die Sorgerechtsregelung nach § 1672 wird ohne weiteres unwirksam, wenn sie durch eine **Entscheidung nach § 1671** abgelöst wird. Dies ist der Regelfall, wenn es zur Scheidung und einem Verbundurteil auch über das elterliche Sorgerecht kommt. Eine **einstweilige Anordnung im Scheidungsprozeß** gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO kann die Regelung nach § 1672 hingegen nicht abändern (Rz 24).

- 20 Wird die Elternehe geschieden oder auf andere Weise aufgelöst *ohne* gleichzeitige Sorgerechtsentscheidung nach § 1671, so **gilt die auf der Grundlage des § 1672 getroffene Regelung zunächst fort** bis zu einer endgültigen Entscheidung nach § 1671, damit kein regelungsloses Zwischenstadium eintritt (BGH FamRZ 1988, 54, 55; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; MAURER in: SCHWAB, Handbuch Rz I 506; MünchKomm-HINZ Rz 9).

Eine **Sachentscheidung** nach § 1672 kann *nach* Auflösung der Elternehe allerdings nicht mehr ergehen, da die Vorschrift Getrenntleben bei bestehender Elternehe voraussetzt. Das bedeutet: Schwebte bei Eheauflösung (ohne Entscheidung nach § 1671) noch ein *Beschwerdeverfahren* gegen die familiengerichtliche Regelung nach § 1672, so erledigt sich dieses Verfahren, die erstinstanzliche Entscheidung wirkt fort bis zu ihrer Ablösung durch eine Regelung nach § 1671 (BGH FamRZ 1988, 54, 55; OLG Stuttgart FamRZ 1970, 207; SCHWAB, Handbuch Rz III 198; MAURER ebd I 506; **aA** [mit guten Gründen, aber wohl vom BGH überholt] OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 717 [Fortdauern der Entscheidungskompetenz nach § 1672]; wiederum **aA** KG FamRZ 1973, 42 [Erledigung des **gesamten** Verfahrens nach § 1672]). Dies müßte konsequenterweise auch gelten, wenn bisher nur eine **vorläufige Anordnung** im Rahmen des Verfahrens nach § 1672 erlassen worden ist. Hatte das FamG noch gar nicht gem § 1672 entschieden, so erledigt sich das Verfahren (**aA** wohl auch insoweit OLG Hamm aaO).

- 21 Bei Eheauflösung durch Scheidung ist eine Vorabentscheidung über den Scheidungsantrag allerdings mit einer **einstweiligen Anordnung** über das Sorgerecht zu

verbinden, § 628 Abs 2 ZPO, sofern eine solche nicht bereits im Verfahren erlassen worden ist. Ebenso wie das erwähnte Fortgeltungsprinzip bei § 1672 will diese Vorschrift regelungslose Zwischenräume bis zur Entscheidung nach § 1671 verhindern. Ob eine Regelung nach § 1672 eine Anordnung nach § 628 Abs 2 ZPO überflüssig macht oder umgekehrt diese Anordnung (wie eine Entscheidung nach § 1671) eine gem § 1672 getroffene Regelung außer Kraft setzt, ist umstritten (im ersten Sinne: OLG Hamburg FamRZ 1988, 635; ZÖLLER-PHILIPPI § 628 ZPO Rz 21; im zweiten Sinne: OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 435, 436; MünchKomm-HINZ Rz 9; SCHWAB, Handbuch Rz III 198). Für den Vorrang des § 628 Abs 2 ZPO wird angeführt, die grundsätzlich auf die Ehezeit bezogene Entscheidung nach § 1672 müsse der auf die Zeit nach der Scheidung bezogenen Anordnung nach § 628 Abs 2 ZPO als speziellerer Regelung weichen. Andererseits beruht die Regelung nach § 1672 auf soliderer Ermittlungsgrundlage und ist wegen ihrer erhöhten Bestandskraft wie auch der faktisch-präjudiziellen Wirkung, die jeglicher Vorentscheidung zukommt, einer einstweiligen Anordnung nicht nur *vor* (s Rz 24), sondern auch *nach* der Scheidung *überlegen*. Im Ergebnis ist der Regelungsvorbehalt in § 628 Abs 2 ZPO nicht nur auf einstweilige Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO zu beziehen, sondern auch auf Regelungen nach § 1672; letztere machen einstweilige Anordnungen nach § 628 Abs 2 ZPO überflüssig.

Kommt es nicht zur Scheidung, so ist eine Sorgerechtsregelung nach § 1672 nur über **§ 1696** abänderbar oder aufhebbar. Nehmen die Eltern die **eheliche Lebensgemeinschaft wieder auf**, so wird aus Gründen der Rechtsklarheit die Sorgerechtsregelung nicht automatisch unwirksam. Vielmehr ist die Entscheidung vom FamG **aufzuheben**, wenn feststeht, daß es sich nicht nur um einen als vorläufig gedachten Versöhnungsversuch der Eltern handelt. Dies geschieht auf einen entsprechenden **Antrag** der Eltern hin (BayObLG NJW 1971, 197; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 12; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9; GERNHUBER § 56 I 2; SCHWAB, Handbuch Rz III 198) oder – analog § 1696 Abs 2 – von Amts wegen, wenn die Eltern dauerhaft wieder zusammenleben (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 12; zur Begründung vgl Rz 15). War das Sorgerecht gem §§ 1672, 1671 Abs 5 S 1 auf einen Vormund oder Pfleger übertragen worden, so muß die Sache an das VormG abgegeben werden, wenn trotz wiederaufgenommener Gemeinschaft Maßnahmen nach §§ 1666 ff nötig bleiben.

#### IV. Verfahrensrechtliches

##### 1. Allgemeines

23

Das Sorgerechtsverfahren nach § 1672 ist eine **isolierte Familiensache** (§ 621 Abs 1 Nr 1 ZPO; zur *örtlichen* Zuständigkeit §§ 621 Abs 2 S 2, 621 a Abs 1 ZPO, 43 Abs 1, 36 FGG, aber auch 621 Abs 3 ZPO bei späterem Anhängigwerden eines Scheidungsverfahrens). Die **Ermittlungen** sind nicht weniger gründlich als im Verfahren nach § 1671 durchzuführen (OLG Köln FamRZ 1980, 1153 f; SCHWAB, Handbuch Rz III 194). Das Jugendamt ist zu hören gem § 49 a Abs 1 Nr 2 FGG. Entscheidungen in streitigen Fällen bedürfen einer **Begründung** (OLG Nürnberg FamRZ 1986, 1247).

Eine **Aussetzung des Verfahrens** ist zwar auch gegen den Willen des Antragstellers zulässig, wenn nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten eine weitere Sachverhaltsklärung abgewartet werden soll; *vor* Abschluß der Ermittlungen, etwa „um die weitere Entwicklung abzuwarten“, ist eine Aussetzung jedoch unzulässig (OLG Frankfurt FamRZ 1986, 1140, 1141). Eine Sachentscheidung darf nur solange ergehen, als die Ehe der Eltern noch besteht (s Rz 20).

**Rechtsmittel** sind die Beschwerde und – ausnahmsweise – die weitere Beschwerde, § 621 e Abs 1, 2 ZPO.

#### 24 2. Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO

Ist ein Scheidungsverfahren anhängig, kann das FamG die elterliche Sorge (auf Antrag oder von Amts wegen) auch durch einstweilige Anordnung nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO regeln. Da die **Sorgerechtsregelung nach § 1672** nicht nur auf summarischer Prüfung beruht und höhere Bestandskraft hat (vgl Rz 22 im Vergleich zu §§ 620 b Abs 1, 620 f ZPO), hat sie eine andere Qualität als die einstweilige Anordnung und ist **grds vorrangig**. Hieraus folgt: Liegt noch keine Regelung vor, haben die Eltern die freie Wahl, welchen Rechtsbehelf sie beantragen (BGH FamRZ 1982, 788; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 91; SOERGEL-STRÄTZ Rz 10; MünchKomm-HINZ Rz 13; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 8; SCHWAB, Handbuch Rz III 197; LUTHIN FamRZ 1983, 92). Ist ein isoliertes Sorgerechtsverfahren bereits anhängig, so darf eine einstweilige Anordnung gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO nur ergehen, wenn hierfür eine Notwendigkeit besteht (OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 405; SOERGEL-STRÄTZ Rz 10; SCHWAB, Handbuch Rz III 197). Umgekehrt hindert eine einstweilige Anordnung im Scheidungsprozeß eine Entscheidung nach § 1672 nicht, sondern wird von ihr verdrängt (KG FamRZ 1985, 722; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 8; zu Unrecht fordert demgegenüber JOHANNSEN-HENRICH-SEDEMUND-TREIBER § 620 ZPO Rz 12 ein „besonderes Rechtsschutzbedürfnis“ für das Verfahren nach § 1672). Konsequenterweise kann eine Regelung nach § 1672 auch nicht durch eine einstweilige Anordnung abgeändert werden (KG FamRZ 1985, 722 f; JOHANNSEN-HENRICH-SEDEMUND-TREIBER aaO).

#### 25 3. Vorläufige Anordnungen im Verfahren nach § 1672

Eilmaßnahmen im isolierten Sorgerechtsverfahren werden zwar vom Gesetz nicht erwähnt, sind aber nach allgemeinen Grundsätzen des FGG zulässig (allgM, KG FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; SCHWAB Handbuch Rz III 196). Für eine vorläufige Anordnung muß aber ein **dringendes Bedürfnis** bestehen, das es im Kindesinteresse verbietet, bis zum Zeitpunkt der Endentscheidung nach § 1672 zu warten (KG aaO; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1162, 1163). Vorläufige Anordnungen sind kein legitimes Mittel, die Entscheidung nach § 1672 summarisch vorwegzunehmen und faktisch oft überflüssig zu machen. Es genügt deshalb nicht, daß eine vorläufige Anordnung dem Kindeswohl dienlicher ist als ihr Unterbleiben, vielmehr muß *ohne sie* das *Kindeswohl ernsthaft beeinträchtigt* sein; die vorläufige Anordnung muß eine dringend erforderliche Verbesserung der Kindessituation bewirken (OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 304, 305). Dies kann zB der Fall sein, wenn die Eltern sich gegenseitig das Kind wegnehmen (OLG Zweibrücken aaO; vgl OLG Hamm FamRZ 1988, 864, 868; OLG Hamburg ZfJ 1988, 94 ff), aber auch hier in aller Regel nicht ohne Anhörung der Parteien und des Kindes (OLG Frankfurt FamRZ 1988, 98, 99), oder wenn das Kind von seiner Hauptbezugsperson eigenmächtig getrennt wurde und die vorläufige Anordnung zunächst den status quo wiederherstellen will (vgl die Ansätze der internationalen Kindesentführungsabkommen, § 1671 Rz 228 ff), oder wenn sich das Kind bei einem ungeeigneten Elternteil oder in unzuträglichen Lebensverhältnissen befindet (alle Beispiele bei OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 304, 305). *Nicht ausreichend* ist die bloße rechtliche Absicherung einer Betreuungssituation, wenn keine Entführungsgefahr besteht oder – auch im Hinblick auf den Kontinuitätsgrundsatz – der Wunsch nach Umplazierung des Kindes, nur weil der Elternteil, der das Kind gegenwärtig

nicht betreut, bei summarischer Beurteilung besser geeignet erscheint. Gleichermaßen nicht ausreichend ist der dringende Wunsch eines Elternteils, mit den Kindern fortzuziehen, weil er es mit dem Gatten in der Familienwohnung trotz Getrenntlebens „nicht mehr aushält“ – nur die Kindesbedürfnisse sind maßgeblich (AG Landstuhl FamRZ 1990, 1025 f).

Im Gegensatz zur Endentscheidung sind vorläufige Anordnungen **auf Einzelbefugnisse**, etwa auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, **beschränkbar** (KG FamRZ 1977, 475; FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Hamm [5. FamS] FamRZ 1979, 157; [5. FamS] FamRZ 1988, 199; [8. FamS] FamRZ 1988, 864, 866; OLG München FamRZ 1978, 54; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1162 f; **aA** OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91; OLG Hamm [6. FamS] FamRZ 1979, 177; **SCHWAB**, Handbuch Rz III 187). Vorläufige Anordnungen sollten auf den **geringstmöglichen Eingriff** beschränkt werden, da sie nur auf summarischer Prüfung beruhen, dennoch aber faktisch spätere Entscheidungen präjudizieren (OLG Stuttgart aaO). Ge- oder Verbote zur Sicherung des Kindesinteresses fallen aber aus dem grundsätzlichen Kompetenzbereich des FamG heraus, sie können nur vom VormG erlassen werden (vgl. KG FamRZ 1984, 1143 f: Verbot, mit den Kindern aus der Stadt wegzuziehen; KG FamRZ 1985, 1059 f: Austragung der Kinder im Paß des Elternteils; ebenso Hinterlegung der Kinderausweise; **aA** OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235: auch insoweit Zuständigkeit des FamG).

Diese Aufteilung ist ebenso unsinnig wie de lege lata unabweisbar.

Die Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf einen **Dritten** (Pfleger, Vormund) **27** ist nur unter den Voraussetzungen des § 1671 Abs 5 zulässig (OLG Hamm FamRZ 1988, 199 f).

Ist ein Scheidungsverfahren anhängig, sind auch **einstweilige Anordnungen nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO** möglich. Zwischen beiden Anordnungen besteht freie Wahl (OLG Frankfurt FamRZ 1983, 91 [m. zust. Anm. LUTHIN]; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; **aA** [Vorrang des § 620 S 1 Nr 1 ZPO] OLG Bremen FamRZ 1982, 1033; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 405). Wenn das Verfahren gem § 1672 auch noch während des Scheidungsprozesses zulässig ist, muß sich dies auch auf vorläufige Anordnungen in diesem Verfahren beziehen; außerdem sind diese durch Beschwerde anfechtbar (§ 19 Abs 1 FGg), einstweilige Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO hingegen nicht.

## V. Auslandsbezüge

29

Hinsichtlich der **internationalen Zuständigkeit** und des **anwendbaren Rechts** gelten dieselben Grundsätze wie zu § 1671 (s. dort Rz 219 ff). Bei Getrenntleben der Gatten wird häufiger die Eilzuständigkeit gem Art 9 MSA (mit grds. Anwendbarkeit deutschen Rechts, ohne Rücksicht auf Gewaltverhältnisse des Heimatrechts des Kindes) in Betracht kommen. Bei **internationalen Kindesentführungen** ist vorrangig Rückführung nach dem Haager KindesEÜ geboten oder Anerkennung ausländischer Entscheidungen statt eigener Sorgerechtsregelung (s § 1671 Rz 228 ff). Anerkennungsfähig sind auch auf die Trennungszeit beschränkte ausländische Sorgerechtsentscheidungen (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011).

Stützt das FamG seine internationale Zuständigkeit auf Art 1 MSA, kann die Frage **30** problematisch werden, ob das Heimatrecht des Kindes ein **ex-lege-Gewaltverhältnis iSv Art 3 MSA** vorsieht. Die Gerichte haben sich besonders häufig mit *türkischen Familien* zu beschäftigen: Nach Art 263 türkisches ZGB berührt die tatsächliche Trennung der Gatten die gemeinsame elterliche Sorge nicht, in Streitfragen gilt der

Stichentscheid des Vaters. Dies als gesetzliche Problemlösung iSd Art 3 MSA anzusehen und Sorgerechtsregelungen nach § 1672 für in Deutschland lebende Kinder abzulehnen, ist jedoch verfehlt (*gegen* OLG Nürnberg IPRax 1984, 220 [m krit Anm HENRICH]; OLG Köln IPRax 1989, 311 f [m krit Anm HENRICH]). Nicht für das Sorgerecht selbst (übersehen in OLG Hamm FamRZ 1989, 1324 = IPRax 1990, 126 [m krit Anm HENRICH]), wohl aber für dessen *Ausübung* enthält das türkische Recht durchaus eine regelungsfähige Lücke (Art 162 türkische ZGB, ausgelegt in Anlehnung an Art 170 Schweizer ZGB), die nach deutschem Recht (§ 1672) auszufüllen ist (Heimatrechts- oder Anerkennungstheorie; OLG Celle FamRZ 1989, 1324 f; OLG Koblenz FamRZ 1990; 552 f; AG Kitzingen IPRax 1985, 298 [m zust Anm JAYME]).

Selbst wenn aber der väterliche Stichentscheid als nicht regelbares gesetzliches Gewaltverhältnis betrachtet würde (so auch KG IPRspr 1981 Nr 91; OLG Hamburg DA Vorm 1983, 151), verstieße er doch sowohl im Hinblick auf Art 3 GG wie auch auf das Kindeswohlprinzip (Art 1, 2, 6 GG) gegen den deutschen *ordre public* (Art 16 MSA) und wäre – bei kindeswohlwidrigem Ergebnis (vgl § 1671 Rz 222) – nicht anzuerkennen (AG München IPRax 1983, 131; HENRICH IPRax 1984, 220; ders IPRax 1989, 312; ders IPRax 1990, 126).

Gleiches gilt, wenn nach einem *islamischen Recht* das deutsche Sorgerecht allein dem Vater zusteht (aA OLG Celle FamRZ 1990, 656 f [Iran]).

### Vorbemerkungen zu §§ 1673 ff

#### 1 I. Ausfall sorgeberechtigter Eltern

Das den ehelichen Eltern grundsätzlich gemeinsam zugewiesene Sorgerecht (§§ 1626, 1627) bzw das Alleinsorgerecht der nichtehelichen Mutter (§ 1705) kann aus verschiedenen Gründen **enden**, es kann **ruhen** (Fall der rechtlichen Verhinderung) oder die Eltern können schlicht **tatsächlich gehindert** sein, ihrer Sorgeverantwortung nachzukommen. Die praktisch bedeutsamsten Fälle eines Wegfalls oder einer Beschränkung des Sorgerechts sind in §§ 1666–1672 geregelt; §§ 1673 ff ergänzen diese Tatbestände und regeln die Folgen für den anderen Elternteil. Insgesamt ist dieser Regelungskomplex nicht nur unübersichtlich, sondern auch lückenhaft und zT veraltet (s § 1673 Rz 2).

Zu unterscheiden sind die **Gründe** für diese Ereignisse, soweit sie sich aus dem Recht ergeben, und andererseits die **Folgen**.

- 2 Die **Gründe** für eine (uU teilweise) **Beendigung** der elterlichen Sorge sind teils unsystematisch im Gesetz geregelt (richterliche Eingriffe gem §§ 1631 a Abs 2, 1632 Abs 4, 1666 ff, 1671 f; kraft Gesetzes §§ 1670 Abs 1, 1677 [in Verschollenheitsfällen], § 1755 Abs 1), teils folgen sie implizit aus dem Gesetz oder der Natur der Sache (Tod des Sorgeberechtigten; Wegfall des Sorgebedürfnisses durch Volljährigkeit [§ 1626 Abs 1, § 2] oder Tod des Kindes [vgl § 1698 b]). **Ruhensgründe** finden sich in §§ 1673 (fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit), 1674 (richterliche Feststellung andauernder tatsächlicher Verhinderung), 1751 Abs 1 S 1 (Erteilung der Adaptionseinwilligung). Ruhensähnlich wirkt der Konkurs eines Elternteils auf die Vermögenssorge des anderen (§ 1680 Abs 1 S 4); ein Fall sonstiger rechtlicher Verhinderung ist in § 1629 Abs 2 geregelt. Die Gründe **tatsächlicher Verhinderung** (§ 1678 Abs 1) sind vom Gesetz offengelassen.
- 3 Hinsichtlich der **Folgen** für die weitere Sorgeverantwortung ist grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob – bei fortdauerndem Sorgebedürfnis – noch ein anderer

sorgeberechtigter Elternteil, in dessen Person obige Gründe nicht vorliegen, vorhanden ist oder nicht.

Waren bisher **zwei sorgeberechtigte Elternteile** vorhanden, erstarkt das Sorgerecht des anderen Elternteils regelmäßig zur Alleinsorge oder zumindest zur Alleinausübung, wenn und soweit der eine ausfällt (§§ 1678 Abs 1 [rechtliche oder tatsächliche Verhinderung], 1680 Abs 1 S 1 [vormundschaftsgerichtlicher Entzug, mit richterlicher Korrekturmöglichkeit, S 2], 1681 Abs 1 S 1 [Tod eines Elternteils]). **Ausnahmen:** §§ 1680 Abs 1 S 3 (Vermögenssorge bei Konkurs, dazu auch § 1670 Rz 9); 1629 Abs 2 S 1 (Interessenkollision bei Vertretung; zur beidseitigen Disqualifikation der Eltern MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 27 f; GERNHUBER § 50 III 5; für den Entzug des Vertretungsrechts gem §§ 1629 Abs 2 S 2, 1796 gilt hingegen der obige Grundsatz, MASSFELLER-COESTER Rz 50 [str]).

War der ausfallende Elternteil **alleinsorgeberechtigt** und ist der andere Elternteil **4** insoweit grundsätzlich sorgegeeignet (Scheidungs- und Trennungsfälle, §§ 1671, 1672), geht das Sorgerecht zwar niemals ex lege auf ihn über (Kinderschutz!), wohl aber ist es ihm als rechtlicher Regelfall gerichtlich zu übertragen (§§ 1678 Abs 2 [andauerndes Ruhen beim bisher Sorgeberechtigten], 1680 Abs 2 [gerichtlicher Entzug], 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 [Tod oder Todeserklärung]). Dies gilt nicht bei nur vorübergehendem Ruhen in der Person des Alleinsorgeberechtigten (s folgende Rz).

Steht **kein anderer sorgefähiger Elternteil** zur Verfügung, so ist dem Kind nach **5** allgemeinen Regeln bei völligem Ausfall des Sorgeberechtigten ein **Vormund** (§ 1773 Abs 1), bei teilweisem Ausfall ein **Pfleger** zu bestellen (§ 1909 Abs 1). Dies gilt auch bei vorübergehendem Ruhen des Sorgerechts (§ 1678 Rz 23) wie auch für den gesetzlich nicht geregelten Fall des **Ausfalls beider sorgeberechtigter Elternteile** (GERNHUBER § 55 I 2; vgl § 1666 Rz 145; § 1671 Abs 5, dazu § 1671 Rz 196).

Im übrigen kann bei jeglicher Verhinderung der Eltern an der Sorgeausübung **6** subsidiär das **VormG dringliche Maßnahmen** zur Wahrung der Kindesinteressen unmittelbar **selbst treffen**, insbes auch zur Überbrückung von Übergangssituationen (§ **1693**; bei völligem Wegfall der Sorgeberechtigten vgl § **1846**).

Zu den **Folgen** des Ruhens für den betroffenen Elternteil s § 1675; zur **Abwicklung 7** nach Ende oder Ruhen der elterlichen Sorge s hinsichtlich des Kindesvermögens § 1698 (Herausgabe und Rechenschaft), § **1698 b** (nach Tod des Kindes); zum Schutz gutgläubiger Eltern § **1698 a**.

## II. Folgen gerichtlicher Sorgerechtsingriffe

8

Teilweise überschneidend mit der vorstehenden Systematisierung sind unter dem Aspekt „Folgen gerichtlicher Sorgerechtsregelungen“ von Bedeutung: § **1696** als Generalnorm für die Überprüfung und Änderung aller vormundschaftsgerichtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen im Bereich der elterlichen Sorge; § 1680 Abs 1 zieht die Konsequenz aus der gerichtlichen (oder gesetzlichen) Entretung eines Elternteils gem §§ 1666 ff für den anderen Teil; speziell für den Ausfall des nach Entscheidung gem §§ 1671, 1672 alleinsorgeberechtigten Elternteils s §§ 1678 Abs 2; 1680 Abs 2; 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 (bei beidseitigem Sorgerechtsentzug: oben Rz 5).

### 9 III. Beistandschaft, Sonstiges

Recht ausführlich regelt das Gesetz in §§ 1685–1692 die bürgerlichrechtliche Beistandschaft (zur jugendhilferechtlichen Beistandschaft vgl §§ 18 Abs 1, 30, 54 Abs 4 S 1 KJHG).

Kindesschutzrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der Vermögenssorge enthält schließlich (an systemwidriger Stelle) § 1683.

## § 1673

**Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn er geschäftsunfähig ist.**

**Das gleiche gilt, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Personensorge für das Kind steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu; zur Vertretung des Kindes ist er nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit geht die Meinung des minderjährigen Elternteils vor, wenn der gesetzliche Vertreter des Kindes ein Vormund oder Pfleger ist; andernfalls gelten § 1627 Satz 2 und § 1628.**

E I § 1554 Abs 1 S 1; II § 1565; III § 1652. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 22, Art 9 § 2 Nr 3; BetrG Art 1 Nr 20.

### Schrifttum

KIRSCH, Das Ruhen der elterlichen Sorge. Rpfleger 1988, 234; OLLMANN, Die Stellung von minderjährigem Elternteil und Vormund nach § 1673 Abs 2 BGB, ZBJugR 1981, 45; WALTER, Betreuung und elterliche Sorge. FamRZ 1991, 765.

### Systematische Übersicht

#### I. Allgemeines

1. Normbedeutung 1
2. Textgeschichte 3
3. Sachlicher Anwendungsbereich und Abgrenzungen 4

#### II. Geschäftsunfähigkeit, Abs 1

1. Tatbestand 11
2. Rechtsfolgen 12
  - a) Ruhen der elterlichen Sorge; Beginn und Ende 12
  - b) Rechtsstellung des betroffenen Elternteils 15
  - c) Sorgeverantwortung für das Kind nach Eintritt des Ruhens 18

#### III. Minderjähriger Elternteil

1. Tatbestand 19
2. Rechtsfolgen: Grundsätze 20
3. Rechtsstellung des minderjährigen Elternteils im Bereich der tatsächlichen Personensorge 24
4. Entscheidungskonflikte 26
  - a) Auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge 26
  - b) Personensorge/Vertretung 27
  - c) Personensorge/Vermögenssorge 28

#### IV. Internationales Privatrecht 29

### Alphabetische Übersicht

Ärztlicher Eingriff 22, 27  
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 24  
 Ausübungsbindung 14, 20, 23, 25 ff

Beschränkte Geschäftsfähigkeit 1 ff, 5, 10, 19 ff  
 Betreuung (§ 1896) 8 ff, 19  
 Bevollmächtigung 22

Einwilligungsvorbehalt (§ 1903) 8 ff  
 Erforderlichkeitsgrundsatz 8

Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge 12 ff  
 – Anfechtung 13 ff  
 – Aufhebung 14

**5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder**

Geistig behinderte Eltern 7, 12	Pfleger 5, 13 f, 18, 20 f, 26 ff
– vorübergehende Störung 7	
Gemeinschaftsgebundenes Sorgerecht s Ausübungsbindung	Religion 22
Geschäftsunfähigkeit 1 f, 4, 8, 11 ff	Schuld 2
– partielle 11	
Geschiedene/getrennt lebende Eltern 14, 16, 18	Umgangsrecht (§ 1634) 15
Großeltern 25	
Haager MSA 29	Verfahrens(geschäfts)fähigkeit 13, 24
Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 24	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 2
	Vermögenssorge 5, 11, 15, 20 f, 23, 28
IPR 29	Vertretung 5, 15, 20 ff, 26 ff
	Vormund 5, 13 f, 16 ff, 20 f, 23, 26 ff
Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 2	– Entlassung 27
	Vormundschaft für Elternteil 14
Minderjähriger Elternteil 3, 5, 19 ff	Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe
	– gem §§ 1666 ff 17, 25
Nicht miteinander verheiratete Eltern 18 f	– gem § 1837 27
	– gem § 1693 7, 27

**I. Allgemeines****1. Normbedeutung****1**

Die Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, daß rechtliche Sorgeverantwortung für andere nur demjenigen zustehen kann, der in eigenen Angelegenheiten volle rechtliche Handlungskompetenz besitzt. Fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Elternteils sind deshalb rechtliche Hinderungsgründe für die Ausübung der ihm grundsätzlich zustehenden elterlichen Sorge (zum Begriff des „Ruhens“ der elterlichen Sorge § 1675; zur Gesetzessystematik s Vorbem zu §§ 1673 ff).

Nach früherem Recht erfüllten §§ 1673, 1674 eine Auffangfunktion gegenüber dem 2 verschuldensabhängig interpretierten § 1666. Seitdem diese Vorschrift Beschränkungen der elterlichen Sorge auch ohne elterliche Schuld, schon bei objektivem Ausfall der elterlichen Schutzverantwortung für das Kind zuläßt (§ 1666 Rz 12 ff), erscheint die pauschale und (bei § 1673) automatische Entrechtung von Eltern mit Kompetenzdefiziten eher fragwürdig (zur vergleichbaren persönlichkeitsrechtlichen Problematik im Geschäftsfähigkeitsrecht s CANARIS JZ 1987, 993 ff; 1988, 434 ff) – vor allem auch im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in seiner konkreten Ausformung durch § 1666 a sowie das KJHG (vgl näher § 1674 Rz 6, 16; s auch unten Rz 8).

**2. Textgeschichte****3**

Die ursprünglich in § 1676 aF enthaltene Vorschrift ist zunächst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) verändert worden, das Personensorgerecht der minderjährigen Mutter wurde aus § 1696 aF hierher in Abs 2 übernommen. Die Neuregelungen durch das VolljährigkeitsG und das SorgeRG erforderten weitere sachliche und terminologische Anpassungen (Art 1 Nr 22, Art 9 § 2 Nr 3 SorgeRG). Der Wegfall von Entmündigung, Gebrechlichkeitspflegschaft und beschränkter Geschäftsfähigkeit für Volljährige auf Grund des BetrG führte zur vorläufig letzten Änderung und nunmehr geltenden Gesetzesfassung (Art 1 Nr 20 BetrG vom 12. 9. 1990, in Kraft ab 1. 1. 1992, BGBl 1990 I 2002, 2003).

### 4 3. Sachlicher Anwendungsbereich und Abgrenzungen

**Abs 1** läßt die Sorge des **geschäftsunfähigen Elternteils** in vollem Umfang ruhen. Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils kann sich – seit Wegfall der Entmündigung – allein aus § 104 Nr 2 ergeben (sog. „natürliche Geschäftsunfähigkeit“; zur hieraus resultierenden Rechtsunsicherheit auch über die Sorgeberechtigung s Rz 13; vgl COESTER Jura 1991, 1, 6). Abs 1 ist demnach durch das BetrG zwar nicht textlich, wohl aber inhaltlich wesentlich verändert worden.

- 5 Im **Abs 2** ist fortan ausschließlich der Fall **beschränkter Geschäftsfähigkeit** geregelt (der alternative Ruhensgrund der Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 Abs 1 aF ist mit dieser Institution entfallen; zum betreuten Elternteil unten Rz 8–10). Beschränkt geschäftsfähig kann **nur noch der minderjährige Elternteil** sein (§ 114 aF ist aufgehoben). Die Ruhenswirkung betrifft beim minderjährigen Elternteil nur die Vermögenssorge und die Vertretung des Kindes; im übrigen unterscheidet Abs 2 danach, ob neben dem minderjährigen Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Kindes der andere Elternteil oder ein Vormund/Pfleger vorhanden ist (s Rz 21, 26–28).
- 6 § 1673 ist auf die Thematik „rechtliche Verhinderung an der Sorgerechtsausübung wegen persönlicher Kompetenzdefizite“ beschränkt. **Andere Fälle rechtlicher Verhinderung** finden sich in § 1674 (richterliche Feststellung tatsächlicher Ausübungsverhinderung) und § 1629 Abs 2 (Vertretungshindernis bei Interessenkollision; zu Einzelheiten und Folgen auch für den anderen Elternteil s Vorbem zu §§ 1673 ff Rz 3).
- 7 **Keine rechtliche Verhinderung** bewirkt die **vorübergehende geistige Störung**: Sie führt nicht zur Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr 2, sondern nur zur Nichtigkeit der in der Störungsphase abgegebenen Willenserklärung, § 105 Abs 2. Aus dem Blickwinkel des elterlichen Sorgerechts, das durch diese Vorschrift nicht rechtlich berührt wird, stellt sich § 105 Abs 2 als **tatsächliches Ausübungshindernis** dar (ERMAN-MICHALSKI Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235). Die unmittelbare Folge ergibt sich aus § 1678 Abs 1, richterliche Maßnahmen sind möglich gem § 1693, uU auch § 1674 – insgesamt ist die sorgerechtliche Stellung geistig behinderter Eltern unbefriedigend und unklar geregelt (s § 1674 Rz 16).
- 8 Auch die Anordnung einer **Betreuung** (§ 1896) und ggf eines **Einwilligungsvorbehalts** (§ 1903) beeinträchtigen als solche **nicht** die sorgerechtliche Kompetenz eines Elternteils, der nicht auch gem § 104 Nr 2 geschäftsunfähig ist. Die schlechte Betreuung berührt die Geschäftsfähigkeit nicht, sie ist generell nicht als disqualifizierendes, sondern als nur unterstützendes Rechtsverhältnis konzipiert. Überdies ist die Anordnung der Betreuung strikt am Erforderlichkeitsgrundsatz auszurichten (§ 1896 Abs 1 S 1, Abs 2 S 1), thematisch begrenzte Betreuung ist der Regelfall. Schon nach bisherigem Recht hat aber die begrenzte Pflegschaft gem § 1910 Abs 2, 3 aF keine Auswirkungen auf das Sorgerecht gehabt. Aber auch für den seltenen Fall einer Totalbetreuung hielt der Gesetzgeber einzelfallorientierte und differenzierte Maßnahmen nach §§ 1666–1667 für angemessener als pauschale Entrechtungen nach § 1673 (BT-Drucks 11/4528, 108; abzulehnen WALTER FamRZ 1991, 765, 770, die bei geschäftsfähigen, aber einsichtsunfähigen Betreuten § 1673 Abs 1 analog anwenden will).
- 9 Schwieriger ist die Rechtslage beim **Einwilligungsvorbehalt** gem § 1903, der für seinen Themenbereich eine der beschränkten Geschäftsfähigkeit ähnliche Rechtsstellung des Betreuten zur Folge hat (§ 1903 Abs 1 S 2, Abs 3; vgl COESTER Jura 1991, 1, 6f). Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden:

(1) Kann sich der Einwilligungsvorbehalt auf Willenserklärungen im Rahmen elterlicher Sorgerechtsausübung beziehen?

(2) Löst ein umfassender Einwilligungsvorbehalt das (beschränkte) Ruhen der elterlichen Sorge gem § 1673 Abs 2 aus?

Die **erste Frage** ist zu **verneinen**. Ein Einwilligungsvorbehalt ist nur zulässig zur Abwehr von Gefahren für den Betreuten selbst, nicht von Gefahren für Dritte (BT-Drucks 11/4528, 136). Die Gefahr für den betreuten Elternteil, dem Kind schadenersatzpflichtig zu werden, reicht nicht aus, sie ist im Hinblick auf oft mangelnde Schuld sowie § 1664 zu fernliegend. Außerdem würde ein Einwilligungsvorbehalt bezüglich sorgerechtl. Erklärungen den Betreuer praktisch zum Mitsorgeberechtigten machen, ohne ihn in eine entsprechende Verantwortung unmittelbar dem Kind gegenüber einzubeziehen. Ist Fehlauseübung des Sorgerechts zu befürchten, so bieten den richtigen Ansatz für Kindes- und Betreutenschutz die §§ 1666–1667 (aA WALTER FamRZ 1991, 765, 771 [§ 1673 Abs 1 analog]).

Im Ergebnis ähnliches gilt für die **zweite Frage**, betreffend einen Elternteil, der unter Totalbetreuung und einen (vorbehaltlich § 1903 Abs 2) umfassenden Einwilligungsvorbehalt gestellt, aber noch nicht geschäftsunfähig iSd §§ 104 Nr 2, 1673 Abs 1 ist. Da diese Situation in § 1673 Abs 2 nicht ausdrücklich geregelt worden ist, käme allenfalls eine analoge Anwendung (über den Begriff der „beschränkten Geschäftsfähigkeit“) in Betracht. Obwohl die Materialien zum BetrG diese Frage nicht unmittelbar ansprechen (vgl BT-Drucks 11/4528, 136), liegt es doch näher, von einem „beredten Schweigen“ des Gesetzgebers iS einer **bewußten Ablehnung des § 1673 Abs 2** auszugehen als von einer Gesetzeslücke. Der auf die Betreuung generell bezogene Verweis auf §§ 1666 ff (BT-Drucks 11/4528, 108) gilt sinngemäß auch für den Einwilligungsvorbehalt – er ist auch sachlich die angemessene Antwort (zu einer möglichen Anwendung auch des § 1674 s dort Rz 6, 16).

## II. Geschäftsunfähigkeit, Abs 1

11

**1.** Der **Tatbestand** setzt lediglich Geschäftsunfähigkeit voraus (dazu Rz 4), die ipso iure eintritt, wenn sich ein Elternteil in einem Zustand gem § 104 Nr 2 befindet, und gleichermaßen automatisch entfällt, wenn eine Besserung dieses Zustands eintritt. Bei nur **partieller Geschäftsunfähigkeit** (dazu RGZ 162, 223, 229; BGH FamRZ 1971, 243; § 104 Rz 24–26 mwN) kommt es darauf an, ob der defizitäre Kompetenzbereich gerade auch die Sorgerechtsausübung umfaßt – bei nur mittelbarer oder marginaler Betroffenheit der Sorgerechtsfähigkeit greift § 1673 Abs 1 nicht ein, ggf sind Maßnahmen nach §§ 1666 ff zu treffen. Bezieht sich allerdings die Geschäftsunfähigkeit auf abgrenzbare Teile der elterlichen Sorge (zB Vermögenssorge), tritt die Ruhenswirkung beschränkt auf diesen Teil ein (vgl BayObLGZ 1978, 172, 174; s auch § 1674 Rz 10).

### 2. Rechtsfolgen

#### a) Ruhen der elterlichen Sorge; Beginn und Ende

12

Die Kompetenz zur Ausübung der elterlichen Sorge ist gem Abs 1 – gewissermaßen akzessorisch – an den Bestand der Geschäftsfähigkeit gebunden. Die elterliche Sorge „**ruht**“, dh die Ausübungskompetenz entfällt bei grundsätzlichem Verbleib der Sorgerechtssubstanz (näher § 1675) deshalb **kraft Gesetzes** mit der Geschäftsfähigkeit, ist also mittelbar abhängig von dem natürlichen Zustand der dauernden krankhaften Geistesstörung iSd § 104 Nr 2. Eine gerichtliche Feststellung des Ru-

hens oder der Geschäftsunfähigkeit ist weder notwendig noch gesetzlich vorgesehen.

**13** Die sich hieraus ergebende **Rechtsunsicherheit** ist offenkundig (vgl GERNHUBER § 55 III 3 Fn 6; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235), der Gesetzgeber selbst hat ihr in § 1698 a für einen Teilaspekt (Schutz des betroffenen, aber gutgläubigen Elternteils) Rechnung getragen. Im übrigen behilft sich eine verbreitete Praxis praeter legem, aber billigenstweiserweise mit **deklaratorischen Feststellungsbeschlüssen** über das Ruhen gem Abs 1 (vgl BayObLG FamRZ 1976, 711, 712f; GERNHUBER aaO). Häufig wird das Ruhen auch implizit im Verfahren der Vormunds- oder Pflegerbestellung oder der Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2 festgestellt. Sowohl bei isolierter wie auch impliziter Feststellung ist von der **Verfahrensgeschäftsfähigkeit des betroffenen Elternteils** für die Anfechtung des Beschlusses auszugehen (BayObLG FamRZ 1976, 711, 712; OLG Düsseldorf FamRZ 1969, 663; OLG Hamm OLGZ 1971, 76; ERMAN-MICHALSKI Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).

**14** Ebenso automatisch **entfallen die Ruhewirkungen**, wenn der Elternteil wieder geschäftsfähig wird (BayObLG Rpfleger 1968, 22; anders bei § 1674, s dort Rz 22). Eine angeordnete Vormundschaft endet (§ 1882), eine Pflegerschaft ist aufzuheben (§ 1919), für den gem § 1678 Abs 1 allein ausübungsberechtigten anderen Elternteil tritt die Ausübungsbindung des § 1627 wieder in Kraft. Lediglich eine gerichtliche Übertragung auf den anderen Elternteil bei geschiedenen oder getrennten Eltern gem § 1678 Abs 2 wird nicht ipso iure rückgängig gemacht (§ 1678 Rz 29). Das Ende des Ruhens ist auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu beachten (BayObLG FamRZ 1976, 711, 713). War das Ruhen in einem isolierten Beschluß gerichtlich festgestellt worden, so besteht trotz seiner nur deklaratorischen Bedeutung ein Rechtsschutzinteresse an einem klarstellenden Aufhebungsbeschluß (BayObLG aaO). Das Ende der Vormundschaft (und damit implizit des Ruhens) ist hingegen vAw festzustellen (MünchKomm-SCHWAB § 1882 Rz 12).

#### **15 b) Rechtsstellung des betroffenen Elternteils**

Zur Wirkung des Ruhens im allgemeinen s § 1675; zum Schutz des gutgläubigen Elternteils § 1698 a. **Kindesvermögen** ist an den neuen gesetzlichen Vertreter des Kindes herauszugeben (§ 1698 Abs 1), es sei denn, dieser (etwa der andere Elternteil) hat es schon in Besitz. Der geschäftsunfähige Elternteil behält das Recht zum **persönlichen Umgang** mit dem Kind (§ 1634, s dort Rz 116, 126). Einschränkungen oder Ausschluß sind nach den zu § 1634 Abs 2 S 2 entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (s § 1634 Rz 261 ff).

**16** Bei Sorgerechtsentscheidungen anlässlich von Scheidung oder Trennung (§§ **1671, 1672**) scheidet der Elternteil, dessen Sorge ruht, nicht ipso iure als Platzierungsalternative aus – unter Würdigung seines Zustands, der Besserungshoffnungen sowie aller sonstigen Umstände beider Elternteile kann zu seinen Gunsten oder Ungunsten entschieden werden. Im ersten Fall ist für die Zeit bis zur erwarteten Wiedererlangung der Sorgerechtsfähigkeit ein Vormund zu bestellen, im zweiten Fall verliert der betroffene Elternteil auch sein bis dahin nur ruhendes Sorgerecht (§ 1671 Rz 34).

**17** Eingriffe in das ruhende Sorgerecht gem §§ **1666, 1667** scheiden aus: Die rechtliche Verhinderung an der Ausübung seines Sorgerechts gem §§ 1673 Abs 1, 1675 bedeutet auch das Ausscheiden des Elternteils aus seiner sorgerechtlichen Verantwortung für den Schutz des Kindes, so daß eine konkrete Kindesgefährdung nicht auf sein Versagen in dieser Schutzfunktion zurückgeführt werden kann (vgl § 1666 Rz 24, 73). Handlungen des geschäftsunfähigen Elternteils, die das Kind gefährden, ge-

schehen nicht in Ausübung des elterlichen Sorgerechts, sie sind im Rahmen des § 1666 Abs 1 als „Verhalten eines Dritten“ einzustufen (abzuwehren primär vom Sorgeberechtigten bzw Vormund, hilfsweise vom VormG, vgl § 1666 Rz 74).

### c) Sorgeverantwortung für das Kind nach Eintritt des Ruhens 18

Wird von zwei Eltern mit gemeinsamen Sorgerecht einer geschäftsunfähig, so übt gem § 1678 Abs 1 HS 1 der andere die elterliche Sorge alleine aus. War der geschäftsunfähige Elternteil nach Trennung oder Scheidung alleinsorgeberechtigt (§§ 1671, 1672) und steht der andere Elternteil als geeigneter, potentieller Sorgerechtsinhaber zur Verfügung, so kann ihm das Sorgerecht übertragen werden (§ 1678 Abs 2). In allen anderen Fällen (kein sorgerechtsfähiger anderer Elternteil vorhanden oder Geschäftsunfähigkeit beider Elternteile) ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (vgl Vorbem 3 ff zu §§ 1673 ff).

## III. Minderjähriger Elternteil, Abs 2

### 1. Tatbestand 19

Beschränkt geschäftsfähig kann nur ein **minderjähriger Elternteil** sein (oben Rz 5). Bei Elternehe muß der andere Teil volljährig, der minderjährige Teil 16 Jahre alt sein (§ 1 Abs 2 EheG). Bei nichtehelicher Elternschaft fallen auch jüngere Mütter unter den Tatbestand des Abs 2 (vgl § 106). Eine entsprechende Anwendung des Abs 2 auf betreute Elternteile scheidet aus (oben Rz 8–10).

### 2. Rechtsfolgen: Grundsätze 20

„Das gleiche“ (Abs 2 S 1), dh das Ruhen der elterlichen Sorge gilt für den minderjährigen Elternteil nur hinsichtlich der Vermögenssorge und der gesetzlichen Vertretung des Kindes gem § 1629: Die **Ruhenswirkung** ist also **sachlich beschränkt**. Die **tatsächliche Personensorge** steht dem minderjährigen Elternteil in gleichem Maße zu wie einem Volljährigen – dies allerdings stets neben einem anderen Personensorgeberechtigten, entweder dem anderen Elternteil oder einem Vormund/Pfleger. Das Recht des minderjährigen Elternteils ist also stets ein **gemeinschaftsgebundenes Sorgerecht** (zu Entscheidungskonflikten Rz 26 ff). Die gelegentliche Bezeichnung als „Nebensorgerecht“ (in Anlehnung an die Rechtsstellung der verheirateten Mutter nach der ursprünglichen Konzeption des BGB, § 1634 aF; vgl MünchKomm-HINZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3) ist irreführend, da das Recht des minderjährigen Elternteils im Verhältnis zum Gatten Gleichrang, zum Vormund/Pfleger Vorrang hat (zutr OILMANN ZBIJugR 1981, 45, 50).

Der **andere Inhaber des Personensorgerechts** wird von Abs 2 S 2 als „*gesetzlicher Vertreter des Kindes*“ bezeichnet, dem über die Personensorge hinaus allein die Vermögenssorge und Vertretung zusteht. Beim (volljährigen) Ehegatten ergibt sich diese Kompetenz zwanglos aus §§ 1626, 1678 Abs 1, 1629 Abs 1 S 3, beim Vormund aus §§ 1773, 1793, 1800, jeweils iVm § 1673 Abs 2 S 1, 2. Nicht bedacht ist der Fall, daß beide verheirateten Eltern zwar personensorgeberechtigt, aber auch der volljährige Teil nicht vertretungsberechtigt ist (etwa nach Entzug gem § 1629 Abs 2 S 3 iVm 1796 oder gem § 1666). In diesem Fall ist gesetzlicher Vertreter des Kindes ein Pfleger (§ 1909 Abs 1), dem aber nun – entgegen dem Wortlaut des Abs 2 S 2 HS 1 – sinnvollerweise nicht auch noch (als Drittem) das tatsächliche Personensorgerecht zustehen kann (zu Konsequenzen noch unten Rz 26).

Der Ausschluß des minderjährigen Elternteils von der **Vertretung des Kindes** kann 22 durch rechtsgeschäftliche **Bevollmächtigung** seitens des gesetzlichen Vertreters ab-

gemildert werden (KGJ 38, A 34; OLG Dresden SeuffA 66 Nr 115). Der Ausschluss bezieht sich auch nicht auf rechtsgeschäftliches Handeln im Interesse des Kindes, das **in eigenem Namen des Elternteils** erfolgt (sog. „amtsähnliche Handlungen“, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 5, 9) – allerdings wird im Hinblick auf § 107 regelmäßig die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des *Elternteils* notwendig sein (OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 47). Darüber hinaus wird gefordert, Abs 2 auf den minderjährigen Elternteil insoweit nicht anzuwenden (ihn also als voll vertretungsberechtigt anzusehen), als Minderjährigen generell für bestimmte Entscheidungen Teilmündigkeit zuerkannt wird (zB Religionsfragen §§ 3, 5 RelKEG, oder ärztliche Eingriffe bei Einwilligungsfähigkeit; vgl OLLMANN 47).

**23 Beginn und Ende des Ruhens** folgen den zu Abs 1 dargelegten Grundsätzen (Rz 12–14): Der minderjährige Elternteil erwirbt das Recht zur elterlichen Sorge von vornherein nur unter den Einschränkungen des §§ 1673 Abs 2, 1675, er erwirbt Vermögenssorge und Vertretung also nur als latente Rechtsmacht, die Personensorge stets in der Ausübungsbindung gem Abs 2. Diese Ruhenswirkungen entfallen automatisch mit Eintritt der Volljährigkeit. Schon vorher kann dem minderjährigen Elternteil das alleinige elterliche Sorgerecht gem §§ 1671, 1672 übertragen werden (bei praktisch voller Chancengleichheit); allerdings endet dadurch das Ruhen nicht, der Zeitraum bis zur Volljährigkeit ist durch Vormundbestellung zu überbrücken (§ 1671 Rz 34, vgl oben Rz 16).

#### **24 3. Rechtsstellung des minderjährigen Elternteils im Bereich der tatsächlichen Personensorge**

Zum **Begriff der tatsächlichen Personensorge** sowie zur Abgrenzung einerseits zur Vermögenssorge, andererseits zur Vertretung auf dem Gebiet der Personensorge s Erl zu § 1626. Insbes gehören dazu das Recht zur persönlichen Pflege und Erziehung des Kindes, das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie der Herausgabeanspruch gem § 1632 Abs 1 (GERNHUBER § 55 III 4 Fn 7; MünchKomm-HINZ § 1632 Rz 6). Aus diesen Kompetenzen ergibt sich auch die entsprechende **Verfahrensfähigkeit** des minderjährigen Elternteils für Anträge, Beschwerden sowie das Herausgabeverfahren gem § 1632 Abs 3, einer Analogie zu § 607 ZPO bedarf es nicht (vgl KG JFG 16, 253, 256 f; BayObLG FamRZ 1969, 430 f; GERNHUBER § 55 III 4 Fn 7; OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 46). Das Sorgerecht eines minderjährigen Elternteils bezieht sich naturgemäß auf ein Kleinkind; praktisch gegenstandslos sind deshalb die Personensorgebefugnisse gem § 3 Abs 2 EheG oder § 1632 Abs 2.

**25** Für das nicht ruhende Personensorgerecht des minderjährigen Elternteils gelten im übrigen die **allgemeinen Grundsätze zur elterlichen Sorge gem § 1626**. Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe sind nur nach §§ 1666, 1666 a zulässig (OLG Celle ZblJugR 1954, 305; LG Lübeck FamRZ 1955, 270), unzweckmäßige oder schlicht nachteilige Entscheidungen genügen nicht. Wird die Personensorge gem § 1666 entzogen, entfällt für deren anderen Inhaber (Rz 20) ohne weiteres die in Abs 2 S 3 geregelte Ausübungsbindung (vgl KG JFG 9, 48; LG Lübeck aaO; OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 47; aA OLG Stuttgart ZBIJugR 1954, 271).

Aus dem Sorgerecht der **Eltern des minderjährigen Elternteils** folgt **keine Einwirkungsbefugnis** auf ihr Kind hinsichtlich dessen sorgerechthafter Handlungen oder Entscheidungen – der minderjährige Elternteil hat insoweit eine eigenständige Rechtsstellung (LG Hamburg FamRZ 1981, 309, 310; vgl Rechtsgedanken aus § 1633).

#### 4. Entscheidungskonflikte

##### a) auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge

26

Das Gesetz differenziert danach, wer der Mitinhaber der Personensorge ist: Im Verhältnis zu einem **Vormund oder Pfleger** hat die Meinung des **minderjährigen Elternteils Vorrang** (S 3 HS 1, vgl entspr § 3 Abs 1 RelKEG), im Verhältnis zum **anderen Elternteil Gleichrang** nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1627, 1628 (S 3 HS 2). Der in diesen Vorschriften konkretisierten Ausübungsbindung gemeinsam sorgeberechtigter Eltern unterliegt der minderjährige Elternteil auch dann, wenn der andere Elternteil nur die Personensorge innehat, nicht aber gesetzlicher Vertreter des Kindes ist (vgl oben Rz 21), während der lediglich zur Kindesvertretung berufene Pfleger gar kein (auch kein gem Abs 2 S 3 HS 1 nachrangiges) Mitbestimmungsrecht auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge hat.

##### b) Personensorge/Vertretung

27

Kommt es **zwischen den Eltern** zu einer Entscheidungsübertragung auf den minderjährigen Teil gem § 1628 Abs 1, so ist dieser insoweit auch als ermächtigt anzusehen, Ausführungshandlungen mit Außenwirkung durchzuführen (analog § 1629 Abs 1 S 3, der grundsätzlich Vertretungsrecht des Elternteils voraussetzt).

Im **Verhältnis zum Vormund/Pfleger** als gesetzlicher Vertreter des Kindes ist zu bedenken, daß nahezu *jeder* Vertretungshandlung im Bereich der Personensorge eine sorgerechtliche Sachentscheidung zugrundeliegt, die der tatsächlichen Personensorge zuzurechnen ist (vgl MünchKomm-HINZ § 1626 Rz 30, 42; OLLMANN ZBlJugR 1981, 45, 49). Der Vorrang des minderjährigen Elternteils liefe leer, wenn er den Vormund/Pfleger nicht auch hinsichtlich der Ausführungshandlungen auf Vertretungsebene an die Bestimmung des minderjährigen Elternteils bände (so im Ergebnis auch MünchKomm-HINZ § 1626 Rz 42). Dieser kann also nicht nur Vertretungsmaßnahmen, die in Widerspruch zu seiner vorrangigen sorgerechtlichen Bestimmung stehen, verbieten, er kann auch bestimmungskonforme Vertretungshandlungen erzwingen – etwa den Abschluß des Arztvertrages bei vom Elternteil für notwendig befundener Behandlung (vgl OLG Oldenburg FamRZ 1964, 643; OLLMANN ZBlJugR 1981, 45, 47 ff). Mißachtet der Vormund/Pfleger den Vorrang des minderjährigen Elternteils, so hat das VormG unterstützend gem §§ 1837 oder – in Eilfällen – 1693 tätig zu werden. Außerdem kann ein Entlassungsgrund gem § 1886 vorliegen (wie auch schon bei dauerndem Streit zwischen Elternteil und Vormund).

##### c) Personensorge/Vermögenssorge

28

Berührt eine Entscheidungsfrage beide Sorgebereiche (s Erl zu § 1626; MASSFELLER-COESTER § 1630 Rz 6), so entscheidet im Streit zwischen minderjährigem Elternteil und **Vormund/Pfleger** das VormG gem § 1630 Abs 2 (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6; zur Anwendbarkeit auch bei Vormundschaft BayObLGZ 3, 119; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1630 Rz 3). Ist der **andere Elternteil** Inhaber der Vermögenssorge, so ist nicht nach § 1630 Abs 2 (so SOERGEL-STRÄTZ Rz 8), sondern nach § 1628 zu entscheiden (MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 27, § 1628 Rz 6).

#### IV. Internationales Privatrecht

29

Über die Anwendbarkeit des § 1673 entscheidet das Kindschaftsstatut (Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB). Wegen der *ex-lege*-Wirkung des Ruhens ist das MSA nicht anwendbar (BayObLG FamRZ 1976, 711, 713; Vorbem 287 zu Art 18 EGBGB).

## § 1674

**Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß er auf längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann.**

**Die elterliche Sorge lebt wieder auf, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der Grund des Ruhens nicht mehr besteht.**

E I § 1554 Abs 1 S 2; II § 1566; III § 1653. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

## Systematische Übersicht

**I. Allgemeines**

1. Normbedeutung 1
2. Abgrenzung zu anderen Vorschriften 5
3. Textgeschichte 7

**II. Ruhen auf Grund vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses, Abs 1**

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

- a) Tatsächliche Ausübungsverhinderung auf längere Zeit 8
- b) Vormundschaftsgerichtliche Feststellung längerer Ausübungsverhinderung 17
2. Vorläufige Anordnungen 21

**III. Wiederaufleben der elterlichen Sorge, Abs 2 22****IV. Internationales Privatrecht 24**

## Alphabetische Übersicht

- |                                               |                                                                    |
|-----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Abwesenheit eines Elternteils 11              | Kindesentführung 4, 13                                             |
| Adoptionspflege 15                            | Kindeswohlgefährdung 6, 11, 18, 21, 24                             |
| Amtsermittlungsgrundsatz 18                   |                                                                    |
| Amtsvormund 19                                | Ledige Mutter 19                                                   |
| Anhörung 18                                   |                                                                    |
| Asylsuchendes Kind 12, 24                     | Partielles Ruhen 10                                                |
| Ausländerkind 12 f, 24                        | Pfleger 1, 10, 19 ff, 23                                           |
| Ausübungsbindung 1, 10, 23                    | Pflegestelle 9                                                     |
| Ausübungsüberlassung 9, 11                    | Psychiatrische Untersuchung 6, 16, 18                              |
| Auswanderung 11                               |                                                                    |
|                                               | Rechtsmittel 18, 20, 22                                            |
| Erforderlichkeitsprinzip 6                    |                                                                    |
| Ergänzungspfleger 1                           | Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm<br>1671, 1672 1, 4, 11, 18, 23 |
| Feststellungsbeschluß                         |                                                                    |
| – über Verhinderung 2 f, 17 ff                | Tatsächliche Verhinderung 1 f, 5 f, 8 ff                           |
| – über Wegfall der Verhinderung 22 f          | – partielle 10                                                     |
| Geistig behinderte Eltern 5 f, 16, 18         | Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10                                   |
| Geschäftsunfähigkeit 5, 16                    | Vorläufige Anordnung 19, 21                                        |
| Geschiedene Eltern 18 f, 21, 23               | Vormund 1, 18 ff, 23                                               |
| Getrennt lebende Eltern 5, 19, 21, 23         | Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe                               |
| Haager MSA 3, 24                              | – gem §§ 1666 ff 1, 4, 6, 8, 11, 15 f, 18, 20 f                    |
| Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 4          | – gem § 1693 1, 19, 21                                             |
| Inhaftierte Eltern 14                         |                                                                    |
| Internat 9                                    | Wiederaufleben der elterlichen Sorge 22 f                          |
| IPR 3 f, 12 f, 24                             |                                                                    |
| Jugendamt 16, 18 ff                           | Zuständigkeit                                                      |
| Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 8,<br>16 | – internationale 24                                                |
|                                               | – örtliche 17                                                      |
|                                               | – sachliche 17, 19                                                 |

## I. Allgemeines

### 1. Normbedeutung

1

Ist ein Elternteil an der Ausübung der elterlichen Sorge **aus tatsächlichen Gründen gehindert**, so berührt dies nicht automatisch seine *Rechtsstellung*. Das Recht reagiert (zur Sicherung der Kindesinteressen) nur insoweit, als – bei Vorhandensein eines anderen sorgeberechtigten Elternteils – dessen Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628 entfällt, er also allein ausübungsbefugt wird (§ 1678 Abs 1). Steht kein anderer sorgeberechtigter Elternteil bereit, kommen Vormund- oder Pflegerbestellung in Betracht (§§ 1693, 1773, 1909 [uU nur Ergänzungspflegschaft, s § 1678 Rz 16]), unmittelbare Kindeswohlwahrung durch das VormG (§ 1693) oder Eingriffe in das elterliche Sorgerecht nach §§ 1666 ff oder nach §§ 1696 iVm 1671, 1672.

Das Merkmal der „**tatsächlichen Verhinderung**“ ist mit erheblichen *Unsicherheiten* 2 behaftet, sowohl hinsichtlich der Faktenerkenntnis wie auch der rechtlichen Interpretation. Im Interesse des Kindes, der Eltern und des Rechtsverkehrs ermöglicht § 1674 bei längerdauernden Verhinderungen eine förmliche **vormundschaftsgerichtliche Feststellung** und knüpft hieran die **gesetzliche Folge des Ruhens** der elterlichen Sorge des verhinderten Elternteils. Aus Gründen der Rechtsklarheit muß dieser es also hinnehmen, daß seine bisher nur tatsächliche Verhinderung nunmehr von einer rechtlichen überlagert wird (vgl GERNHUBER § 55 III 2; BEITZKE § 26 IV 2; zur Wirkung des Ruhens s § 1675): § 1674 Abs 1 betrifft deshalb nicht, wie häufig formuliert wird, einen Fall der tatsächlichen, sondern der **rechtlichen Verhinderung auf Grund richterlichen Feststellungsbeschlusses** über andauernde faktische Ausübungsunfähigkeit (die Rechtsfolge des § 1674 Abs 1 hängt nicht von der Richtigkeit der richterlichen Erkenntnis ab, Rz 20; vgl außerdem Abs 2).

Gesetzestechisch als bloße Feststellung konzipiert, bedeutet der vormundschaftsgerichtliche Beschluß gem § 1674 Abs 1 deshalb der Sache nach eine **Ruhensanordnung** durch das Gericht (konsequent die Zuerkennung „gestaltungsähnlicher“ Wirkung [BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; JANSEN, FG § 51 Rz 1] sowie die Einstufung als „Schutzmaßnahme“ iS Art 1 MSA, dazu Rz 24). Demgemäß darf der **Eingriffscharakter** der Entscheidung nicht übersehen werden (so schon DONAU in Vorauf Rz 9; vgl auch § 1673 Rz 2).

Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit einer **teleologischen Reduktion** der Norm: Sie 4 ist nicht anzuwenden, wenn einem Elternteil von Dritten das Kind vorenthalten und seine Sorgerechtsausübung dadurch auf das Herausgabeverlangen reduziert wird. Über die sorgerechtlichen Verhältnisse ist dann nach den einschlägigen Vorschriften zu entscheiden (§§ 1632 Abs 1, 3, 4; 1666 ff, 1671, 1672, 1696 oder die internationalen Kindesentführungsabkommen, dazu § 1671 Rz 228 ff); es wäre absurd, das Faktum der Verhinderung hier mit der Konsequenz rechtlicher Verhinderung gem § 1674 zu verbinden (vgl Rz 13, 15; zum Eingriffselement in § 1674 s auch Rz 3). Entsprechendes gilt, wenn ein älteres Kind von zu Hause weggelaufen ist und sich dem elterlichen Rückkehrverlangen widersetzt (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 43, 44 f.)

### 2. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

5

Bei § 1678 Abs 1 (dazu oben Rz 1) bleibt es, wenn die tatsächliche Verhinderung nur eine kurzfristige ist oder solange – auch bei andauernder Verhinderung – noch kein Beschluß gem § 1674 Abs 1 vorliegt.

Im Verhältnis zu § 1673 ist § 1674 einschlägig, wenn geistig/psychische Kompetenzmängel eines Elternteils nicht den Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit erfüllen (§ 104 Nr 2), ihn aber faktisch an der Wahrnehmung der Sorgeverantwortung hindern (näher Rz 16).

Bei **Getrenntleben** verheirateter Eltern besteht weiterhin Kooperationspflicht (§ 1627); wird ein Elternteil auf Grund des Zerwürfnisses der Ehegatten faktisch an der Sorgerechtsausübung gehindert, so ist nach § 1672, nicht nach § 1674 zu entscheiden.

- 6** Kaum sinnvoll möglich ist die **Abgrenzung zu §§ 1666, 1667**, die seit ihrer Neufassung durch das SorgeRG das Regelungsproblem des § 1674 weitgehend mit abdecken. Das bisherige Abgrenzungskriterium (Verantwortlichkeit und Verantwortungsfähigkeit der Eltern, vgl BayObLGZ 1967, 269, 271) ist mit dem Verschuldenselement in § 1666 entfallen. Kindesschutz nach dieser Vorschrift ist auch nicht auf Eltern beschränkt, die für ihr Kind sorgen könnten, dies aber nicht wollen oder schlicht unterlassen (so aber offenbar MünchKomm-HINZ Rz 6: Für § 1674 müsse eine geistige Erkrankung „immerhin so erheblich sein, daß von einem elterlichen Versagen iSv § 1666 Abs 1 S 1 . . . nicht mehr gesprochen werden“ könne; krit dazu KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235): Nach § 1666 hat der Staat notwendigen Kinderschutz zu gewährleisten, sobald die Eltern in ihrer vorrangigen Schutzfunktion für das Kind (Art 6 Abs 1 S 1 GG) objektiv ausfallen – aus welchen Gründen auch immer (§ 1666 Rz 24, 73). Bei weitgehender Kongruenz der Normbereiche ergeben sich Unterschiede nur daraus, daß § 1666 eine aktuelle Kindeswohlgefährdung voraussetzt, § 1674 hingegen eine längerdauernde Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge (die nicht notwendig zur Kindeswohlgefährdung führen muß, KG JW 1936, 1016 f; zum häufigen Zusammenfall beider Kriterien jedoch unten Rz 24). Bei Kindeswohlgefährdung kommt § 1666 deshalb **jedenfalls** eine **Auffangfunktion** gegenüber § 1674 zu, (1) soweit die Eltern nicht verhindert, sondern nur untätig sind; (2) wenn gewisse Kompetenzmängel der Eltern nicht den Grad einer „tatsächlichen Verhinderung“ erreichen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 597); (3) wenn Zweifel über dieses Merkmal verbleiben oder Aufklärungshindernisse bestehen (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167, 168 f [Weigerung des Elternteils zur psychiatrischen Untersuchung]; FamRZ 1976, 538 f; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 597) oder noch längere Ermittlungen notwendig wären (MünchKomm-HINZ Rz 6). Viel spricht dafür, darüber hinaus bei konkreter Kindeswohlgefährdung **generell § 1666 den Vorrang einzuräumen**, um dem Erforderlichkeits- und Hilfsprinzip des § 1666 a ein ungeschmäleretes Wirkungsfeld zu sichern. Der spezielle Schutzansatz von § 1674 (iVm §§ 1678, 1773, 1909) wäre dann darauf beschränkt, schon im Vorfeld von Kindeswohlgefährdungen bei andauernder Ausübungsverhinderung eines Elternteils insoweit Klarheit zu schaffen und dessen Rechtsmacht zugunsten der Etablierung einer anderen, voll ausübungsfähigen Person zurückzudrängen. In dieser Sicht handelt es sich bei § 1674 um eine *situationsspezifische, gegenüber § 1666 vorverlagerte Ausprägung staatlichen Kindesschutzes*.

### 7 3. Textgeschichte

Die Vorschrift, ursprünglich § 1677 aF, ist lediglich durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) inhaltlich geändert und durch das SorgeRG (Art 9 § 2 Nr 3) terminologisch angepaßt worden.

## II. Ruhen auf Grund vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses, Abs 1

### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen

#### 8 a) Tatsächliche Ausübungsverhinderung auf längere Zeit

Was unter „**längerer Zeit**“ zu verstehen ist, ist vom Gesetzeszweck her zu konkretisieren (vgl Rz 2): Maßgebend ist also eine Beurteilung unter dem Aspekt des

Kindessicherheits und der Rechtssicherheit (etwa konkrete Ungewißheit, Kindesbedürfnis nach klaren Kompetenzen). Es kommt nur auf die **künftige** Verhinderung an, längere Verhinderung in der Vergangenheit ist nur als Indiz hierfür verwertbar. Das Tatbestandsmerkmal „längere Zeit“ soll nur rechtliche Eingriffe bei **kurzfristigen** Verhinderungen ausschließen (dann: § 1678 Abs 1), setzt aber nicht umgekehrt voraus, daß irgendwann einmal ein Wegfall der tatsächlichen Verhinderung zu erwarten sein muß: Abs 1 betrifft deshalb nicht nur vorübergehende, sondern **auch bleibende Verhinderungen** (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 4; KIRSCH Pfleger 1988, 234, 235 f; aM OLG Frankfurt FamRZ 1966, 109, 110; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1). Dies ergibt sich auch aus § 1678 Abs 2 (Ruhe bei fehlender Aussicht auf Wegfall der Verhinderung). Allerdings ist der Gegenmeinung einzuräumen, daß bei voraussichtlich endgültiger Verhinderung § 1674 nicht den vom Kindesinteresse her angemessenen Interventionsansatz bietet, hier ist über §§ 1666 ff BGB, 37 KJHG dem „Anspruch des Kindes auf Familie“ bei der Ausfall seiner Eltern Rechnung zu tragen (vgl COESTER FamRZ 1991, 253, 259). Anderes gilt nur, wenn neben dem verhinderten Elternteil der andere Elternteil voll in die Sorgerechtsposition einrückt (§ 1678 Abs 1) – dann stellt sich das Ruhe beim verhinderten Teil als schonenderer Eingriff dar als ein Entzug seines Sorgerechts.

Ein „**tatsächliches Ausübungshindernis**“ ist nur anzunehmen, wenn die Sorgerechtsverantwortung im wesentlichen nicht vom Elternteil selbst wahrgenommen werden kann. Eine (zulässige) Übertragung der Ausübung auf Dritte (Internat, Pflegestelle) ist kein Hindernis iSd §§ 1674, 1678, da sie jederzeit widerruflich ist und die Eltern die Oberverantwortung behalten (vgl MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 11). Nur wenn diese Steuerungsmöglichkeit, uU „von fern“, praktisch nicht besteht, ist eine Verhinderung zu bejahen – eine Ausübungsüberlassung an Dritte liefe dann auf eine (unzulässige) Übertragung des Sorgerechts selbst hinaus (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 43, 45).

Es kommen nicht nur „äußere Hindernisse“ in Betracht (so noch Vorauf Rz 3), auch persönliche Probleme eines Elternteils (etwa psychischer oder geistiger Art) können dazu führen, daß er das Sorgerecht „tatsächlich nicht ausüben kann“ (Abs 1; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 596; FamRZ 1988, 867, 868; s unten Rz 16).

Die Verhinderung muß nicht notwendig umfassend sein. Kinderschutz einerseits, **10** der auch im Rahmen von § 1674 zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits gebieten es, diese Vorschrift auch bei nur **teilweiser Verhinderung** anzuwenden, mit entsprechend eingeschränkter Ruhenswirkung (**partielles Ruhe**; vgl schon § 1673 Rz 11). Eine Beschränkung auf generelle Verhinderung ist dem Normtext nicht zu entnehmen; die Möglichkeit partiellen Ruhens ergibt sich aus § 1673 Abs 2 (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; KG FamRZ 1974, 452, 454; GERNHUBER § 55 II 1; aM OLG Frankfurt FamRZ 1954, 21, 22; LG Verden MDR 1951, 359; DÖLLE II § 95 I; GÖPPINGER FamRZ 1960, 11).

Unerheblich ist auch der Umfang der Verhinderung im einzelnen. Sie kann abtrennbare Teilgebiete des Sorgerechts betreffen, etwa die Vermögenssorge (BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder die tatsächliche Personensorge (KG FamRZ 1974, 452, 453 aE), kann aber auch auf eine Gruppe von Angelegenheiten oder gar einzelne von ihnen beschränkt sein (GERNHUBER aaO).

### **Einzelfälle:**

11

Bloße **physische Abwesenheit** genügt allein nicht zur „Verhinderung“, es ist stets zu prüfen, ob dem abwesenden Elternteil angesichts moderner Kommunikations- und Reisemöglichkeiten nicht die Möglichkeit der Sorgerechtsausübung „aus der

Ferne“ verblieben ist (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1954, 21, 22; BayObLGZ 1961, 243, 248 = FamRZ 1962, 32, 33; OLLMANN FamRZ 1989, 350 mwN; zum **Getrennt-leben** verheirateter Eltern s oben Rz 5). Die pauschale Unterstellung einer Verhinderung ist unzulässig (KG JFG 17, 71, 73 f; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73). Wird in diesem Fall die tatsächliche Personensorge vom anderen Elternteil wahrgenommen, so ist dieser insoweit allein ausübungsberechtigt entweder auf Grund gemeinsamer Absprache (Ausübungsüberlassung) oder gem § 1678 Abs 1. Im ersten Fall liegt keine „tatsächliche Verhinderung“ im Rechtssinne vor, aber auch im zweiten Fall wird eine Feststellung gem § 1674 Abs 1 regelmäßig entbehrlich sein. Kümmert sich der abwesende Elternteil jedoch nicht um das Kind, etwa nach Auswanderung, oder kann er dies umständebedingt nicht (vgl BayObLG JW 1934, 1369), genügt die Abwesenheit zur Annahme einer „Verhinderung“ (vgl BGH FamRZ 1988, 1259, 1260; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; LG Kiel SchlHA 1947, 63 [Kriegsgefangenschaft]; LG Verden MDR 1951, 359 [Elternteil vermisst, Trennung auf Flucht]). Bei Eltern, die ihre Kinder dieserart verlassen, werden allerdings regelmäßig Entscheidungen gem §§ 1666 ff oder 1696 geboten sein.

- 12** Eine besondere Problematik besteht hinsichtlich **ausländischer Kinder**, die ohne ihre Eltern in die Bundesrepublik einreisen, oft mit entfernteren Verwandten („**unbegleitete Minderjährige**“). Es kann sich um Zigeunkinder handeln oder um Kinder aus unterentwickelten oder totalitären Staaten, die um Asyl nachsuchen (zu Kindern mit Eltern in der früheren DDR vgl OLG Düsseldorf NJW 1968, 453 = FamRZ 1968, 43; KG FamRZ 1968, 91; LG Berlin DAVorm 1963, 86). Häufig ist der Aufenthalt der Eltern im Ausland unbekannt oder sie sind praktisch nicht zu erreichen. Haben sie auch keinen Bevollmächtigten in Deutschland eingesetzt, müssen sie als „verhindert“ iSd §§ 1674, 1678 angesehen werden (LG Duisburg ZfJ 1989, 434 f; zur internationalprivatrechtlichen Seite s unten Rz 24). Polizeiliche oder ausländerpolitische Gesichtspunkte rechtfertigen es nicht, den betroffenen Kindern vormundschaftsgerichtlichen und jugendamtlichen Kinderschutz nach allgemeinen Grundsätzen zu versagen (so aber AG Duisburg ZfJ 1989, 433 f). Bemühen sich die Eltern hingegen um Rückführung des Kindes, so begründet dessen Weigerung allein noch keine tatsächliche Sorgeverhinderung (OLG Düsseldorf NJW 1968, 453 = FamRZ 1968, 43, 44 f; vgl oben Rz 4).
- 13** Befinden sich die Eltern im Inland, aber das **Kind im Ausland** und wird es dort von **Dritten zurückbehalten** (widerrechtlich nach deutschem Recht, aber gestützt auf ausländische Gerichtsentscheidungen), so sind die Eltern zwar offenkundig an der Sorgerechtsausübung tatsächlich gehindert. Dennoch ist dies kein Anwendungsfall von § 1674 (**anders** OLG Hamm FamRZ 1990, 781, 782 f = IPRax 1991, 191): Die ausländische Entscheidung ist möglicherweise in Deutschland anzuerkennen und verändert dann die sorgerechtliche Situation (vgl HENRICH FamRZ 1990, 783), oder es fehlt mangels gewöhnlichen Kindesaufenthalts im Inland die deutsche Gerichtsbarkeit (vgl Rz 24). Ist beides nicht der Fall, kann man den von rechtswidriger Kindesvorenthaltung betroffenen Eltern nicht aus diesem Grund auch noch das **Sorgerecht** nehmen (s oben Rz 4; zur entgegengesetzten Tendenz der internationalen Kindesentführungsabkommen s § 1671 Rz 228 ff; krit zu OLG Hamm aaO auch KLINKHARDT IPRax 1991, 174, 177).
- 14** Ähnliches wie für wie für den Auslandsaufenthalt von Eltern (Rz 11) gilt für **Eltern in Straftat**. Auch hier können Steuerungsmöglichkeiten vom Gefängnis aus nicht von vornherein verneint werden. Bei längerer Inhaftierung wird hingegen wegen fehlender Anschauung des Kindes und seiner Lebensbedingungen eine verantwortliche Sorgerechtsausübung regelmäßig nicht mehr möglich sein (vgl KG JW 1936, 1016 [noch 5 Jahre zu verbüßen]; OLG Hamm FamRZ 1966, 260, 261 [noch 2 Jahre];

BayObLG FamRZ 1965, 283). Bei Untersuchungshaft fehlt es demgegenüber idR an einer „andauernden Verhinderung“ (OLG Köln FamRZ 1978, 623f), es sei denn, daß nach den Umständen ein längerer Gefängnisaufenthalt wahrscheinlich ist (BayObLG FamRZ 1965, 283 [Giftmordverdacht]; **unzutreffend** demgegenüber LG Berlin FamRZ 1968, 474 [auch bei zu erwartendem längerem Aufenthalt Ausübungsmöglichkeit bei Kleinkind], krit dazu auch MünchKomm-Hinz Rz 4 Fn 5). Auch hier kommt es nur auf die noch ausstehende Inhaftierungszeit an (vgl Rz 8; LG Memmingen FamRZ 1981, 1003 [4 Monate Restzeit nicht genügend für § 1674]). Trotz kürzerer Inhaftierung kann jedoch Verhinderung vorliegen, wenn die Sorgerechtsausübung aus dem Gefängnis aus zusätzlichen Gründen scheitert (BayObLG FamRZ 1975, 425, 426 [anderer Elternteil betreut das Kind und betreibt Scheidung – mangelnde Kommunikations- und Durchsetzungsmöglichkeit durch den Inhaftierten]).

Ist das Kind in **Inkognito-Adoptionspflege** gegeben, so ist die früher kontrovers **15** diskutierte Frage nach der sorgerechtlichen Stellung des Elternteils, der wirksam eingewilligt hat oder dessen Einwilligung ersetzt worden ist, nunmehr durch § 1751 Abs 1 S 1 beantwortet: Die elterliche Sorge ruht. Das kann den *anderen Elternteil*, dessen Einwilligung fehlte, nicht wirksam war oder erst nachträglich erforderlich geworden ist (legitimierende Heirat der Eltern), jedoch nicht binden: Der „Distanzierungs-zweck“ der Inkognito-Adoption richtet sich nur gegen den einwilligenden Elternteil (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1988, 867, 868). Wie weit die Ausübungsmöglichkeiten des anderen Elternteils bei unbekanntem Kindesaufenthalt reichen, ist unerheblich (einerseits BayObLG aaO [keine Verhinderung], andererseits OLLMANN FamRZ 1989, 350 ff [Verhinderung]). Die faktischen Durchsetzungshindernisse können jedenfalls nicht zur Rechtseinschränkung gem § 1674 führen; das Sorge- und Elternrecht ist nur durch Entscheidungen gem §§ 1666 ff, 1748 beschränkbar (vgl oben Rz 4 und 13).

Weitgehend anerkannt ist die Anwendbarkeit des § 1674 bei Eltern, die zwar **16** anwesend sind, aber wegen **geistig/psychischer Behinderung** unterhalb der Schwelle der Geschäftsunfähigkeit (§ 1673 Abs 1) ihr Sorgerecht nicht ausüben können (BayObLGZ 1967, 269 = Rpfleger 1968, 22; BayObLGZ 1978, 172, 176; FamRZ 1981, 595 [minderbegabte Mutter ist geistesgestörtem Vater hörig]; KG FamRZ 1962, 200, 201; OLG Stuttgart ZBIJugR 1961, 90). In Grenzfällen zu § 1673 Abs 1 hat § 1674 eine Auffang- und Klarstellungsfunktion: Steht die tatsächliche Verhinderung fest, nicht aber die Geschäftsunfähigkeit, ist *jedenfalls* nach § 1674 Abs 1 zu entscheiden. Dies gilt, wenn die Erkrankung des Elternteils wegen dessen Weigerung, sich einer psychiatrischen Untersuchung zu unterziehen, nicht näher aufgeklärt werden kann (keine Pflicht zur Duldung der Untersuchung, Rz 18). Es gilt aber auch dann, wenn weitere, aber umfangreichere Ermittlungen zur Geschäftsunfähigkeit noch möglich wären: Ist der Elternteil tatsächlich nicht geschäftsunfähig, trifft die Entscheidung gem § 1674 Abs 1 genau den Sachverhalt; ist er geschäftsunfähig, so könnte er im Hinblick auf § 1673 Abs 1 nur insoweit beschwert sein, als nach Feststellung gem § 1674 Abs 1 das Ausübungsrecht nicht automatisch wieder auflebt bei Wegfall der Erkrankung (Abs 2). Dies wird aber durch die Beschwerneis durch weitere, sonst notwendige Sachverständigengutachten aufgewogen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 597).

Problematisch bleibt in all diesen Fällen jedoch das **Verhältnis des § 1674 zu §§ 1666 ff** (dazu grundsätzlich schon Rz 6). Spätestens seit BVerfGE 60, 79 (= NJW 1982, 1379) steht fest, daß eine pauschale Disqualifizierung behinderter Eltern verfassungsrechtlich verboten ist – voranzugehen hat eine Ausschöpfung aller öffentlichen Hilfsmöglichkeiten zur Stützung der Familie (§ 1666 a; vgl LG Berlin FamRZ 1988, 1308; zu den realen Elternchancen geistig Behinderter s COESTER, Die

Sterilisation geistig behinderter Menschen nach § 1905 BetrG-E, in: Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V., Regelungen zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Personen [Marburg 1989] 32 ff, 50 ff; ders ZfJ 1989, 350, 353 f). Die Regelung des § 1674 bietet hierfür keinen Raum, sie paßt nicht auf anwesende, aber behinderte Eltern. Ein legitimer Anwendungsbereich bleibt der Vorschrift nur als **Zwischenlösung** bis zur Klärung der nach §§ 1666, 1666 a BGB sowie 27 ff KJHG notwendigen, aber auch ausreichenden Maßnahmen.

#### 17 b) Vormundschaftsgerichtliche Feststellung längerer Ausübungsverhinderung

Die örtliche **Zuständigkeit** des VormG ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG (Wohnsitz oder Aufenthalt des Kindes), innerhalb des VormG entscheidet der Rechtspfleger (§ 3 Ziff 2 a RPflG).

- 18** Das **Verfahren** ist **von Amts wegen einzuleiten**, „Anträge“ von seiten der Beteiligten oder des Jugendamts haben nur die Bedeutung von Anregungen, sie können deshalb auch keine Beschwerdeberechtigung gem § 20 Abs 2 FGG begründen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 596; KG FamRZ 1962, 200, 201; LG Memmingen FamRZ 1981, 1003). Im Verfahren gilt dementsprechend der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 12 FGG). Bei geistig oder psychisch behinderten Eltern können diese jedoch nicht zu psychiatrischen Untersuchungen gezwungen werden (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167, 168; 1976, 538 f). Bei verbleibenden Zweifeln hinsichtlich einer über die tatsächliche Verhinderung hinausgehenden Geschäftsunfähigkeit s Rz 16; bleibt die Verhinderung selbst zweifelhaft, kann nicht nach § 1674, sondern – bei Kindesgefährdung – nur nach § 1666 entschieden (vgl Rz 6, 16), bei geschiedenen Eltern nach §§ 1696, 1671 das Sorgerecht dem anderen Teil übertragen werden (§ 1678 Rz 21, 30).

Zu vorläufigen Anordnungen bei längerdauernden Ermittlungen s Rz 21.

Die **Anhörung** von Eltern und Kindern richtet sich nach §§ 50 a, 50 b FGG. Eine Anhörung des **Jugendamts** ist gesetzlich nicht vorgesehen (vgl § 49 FGG; zum alten Recht LG Memmingen FamRZ 1981, 1003). Allerdings ist das Jugendamt zu hören, wenn es schon Vormund des Kindes und damit sein gesetzlicher Vertreter ist – dies folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs für die Beteiligten (Art 103 GG; BayObLG FamRZ 1981, 595, 596).

- 19** Das **Wirksamwerden** des Feststellungsbeschlusses (und damit die Auslösung der gesetzlichen Ruhenswirkung, s Rz 2, 3) ist in **§ 51 FGG** geregelt: Entscheidend ist demnach die Bekanntgabe an den anderen Elternteil, wenn dieser gem § 1678 fortan die elterliche Sorge allein ausübt; sonst die Vormundsbestellung, wenn kein anderer sorgerechtsfähiger Elternteil vorhanden ist (bei Vormundsbestellung ohne vorangegangenen Feststellungsbeschluß gem § 1674 Abs 1 soll dieser implizit im Beststellungsakt zu sehen sein, BayObLG FamRZ 1962, 74, 75). Bei Verhinderung der nichtehelichen Mutter genügt allerdings die Bekanntgabe des Beschlusses an das Jugendamt, das damit gem § 1791 c Abs 2 ipso iure Amtsvormund wird (KG FamRZ 1972, 44, 45). Kommt bei nur teilweisem Ruhen eine Pflegerbestellung in Betracht, so muß entspr § 51 Abs 1 FGG die Bestellung des Pflegers genügen (vgl Rz 10).

War der nun verhinderte Elternteil gem §§ 1671, 1672 allein sorgeberechtigt, so ruht sein Sorgerecht erst mit Vormundsbestellung. Kommt es hingegen zu einer (vorrangigen) Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2, so verliert der verhinderte Teil sein Sorgerecht wie bei einer Änderungsentscheidung nach § 1696 (s § 1678 Rz 28); ein Wirksamwerden des vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses mit der Folge des 1674 Abs 1 findet also nicht statt, sie wird vom Wirksamwerden des familiengerichtlichen Übertragungsbeschlusses „über-

holt“ (§ 51 Abs 1 FGG ist insoweit dem durch das SorgeRG geänderten § 1678 Abs 2 nicht angepaßt worden, vgl § 1678 Rz 19; unscharf auch BayObLG FamRZ 1988, 867, 868). Die aus dem Dualismus von VormG und FamG bedingten Verzögerungen (erst bei Nichtübertragung durch das FamG aus Kindeswohlgründen kann das VormG einen Vormund bestellen, § 1678 Rz 32) sind ggf durch vorläufige Anordnung (MünchKomm-HINZ Rz 10; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 236) oder Maßnahmen nach § 1693 zu überbrücken (s Rz 21).

Die gesetzlichen **Rechtsfolgen** des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses (§§ 1675, 1678, 1773, 1909) treten auch dann ein, wenn er sachlich unrichtig ist, also eine tatsächliche Verhinderung objektiv nicht vorliegt (vgl § 32 FGG; BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12; aM [nur redlichen Dritten gegenüber] ERMAN-MICHALSKI Rz 3). Das VormG hat schon im Verfahren gem § 1674 Abs 1 zu prüfen, ob der andere Elternteil gem § 1678 Abs 1 die Sorge künftig wahrnehmen kann oder ob Schutzmaßnahmen für das Kind gem §§ 1666 ff, 1773 oder 1909 notwendig werden (vgl § 1680 Rz 7). **Rechtsmittel** haben keine aufschiebende Wirkung (§§ 24 Abs 1, 29 Abs 4 FGG; BayObLG aaO). Beschwerdeberechtigt ist auch das Jugendamt, entweder als Vormund des Kindes oder sonst gem §§ 57 Abs 1 Nr 9, 63 FGG (BayObLG FamRZ 1981, 595, 596), nicht jedoch auf Grund eines verfahrenseinleitenden Antrags (oben Rz 18).

## 2. Vorläufige Anordnungen

21

Bei längerdauernden Ermittlungen werden allgemein **vorläufige Anordnungen** zur Sicherung der Sorgeausübung für zulässig gehalten, sofern hierfür ein dringendes Regelungsbedürfnis besteht; das gleiche gilt bei festgestellter Verhinderung eines gem §§ 1671, 1672 alleinsorgeberechtigten Elternteils (oben Rz 19; vgl KG FamRZ 1962, 200, 201; LG Berlin Rpfleger 1975, 359 = FamRZ 1976, 167 [LS]; ERMAN-MICHALSKI Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 9, 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 10; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Allerdings darf nicht das Ruhen selbst angeordnet, sondern beispielsweise nur die Befugnis zur einstweiligen Ausübung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil übertragen werden (oder aber vorläufige Pfleger- oder Vormundbestellung). Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern hat diese Anordnung, falls wirklich eine Verhinderung bei einem Teil vorliegt, wegen § 1678 Abs 1 nur klarstellende Bedeutung.

Alternativ sind jedoch auch vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1693 möglich (vgl BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder – bei Kindesgefährdung – nach §§ 1666 ff.

## III. Wiederaufleben der elterlichen Sorge, Abs 2

22

Da der vormundschaftsgerichtliche Feststellungsbeschuß gem Abs 1 aus Gründen der Rechtssicherheit zu einer Überlagerung der tatsächlichen durch eine (jedenfalls) rechtliche Verhinderung führt (Rz 2, 3, 20), kann der Wegfall der tatsächlichen Verhinderung allein nicht zum Wegfall der rechtlichen Verhinderung gem §§ 1674 Abs 1, 1675 führen: Es bedarf gem Abs 2 einer **konstitutiven vormundschaftsgerichtlichen Feststellung** des Wegfalls der tatsächlichen Verhinderung (anders bei §§ 1673, 1678 Abs 1). Die Feststellung ist vAw zu treffen (BayObLGZ 1967, 269, 271). Ein entsprechender Beschluß ist auch dann erforderlich, wenn sich – möglicherweise schon in der Rechtsmittelinstanz – herausstellt, daß die vormundschaftsgerichtliche Feststellung gem Abs 1 von Anfang an unrichtig war: Die dennoch ausgelöste Ruhensfolge (Rz 20) ist durch gegenläufige Feststellung gem Abs 2 zu

beseitigen (Wirkung *ex nunc*; möglich auch durch Rechtsbeschwerdegericht, BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; vgl JANSEN FGG § 18 Rz 32; PALANDT-DIEDE-RICHSEN Rz 6).

- 23** Der Beschluß gem Abs 2 wird **wirksam** mit Bekanntgabe an den bisher verhinderten Elternteil (§ 51 Abs 2 FGG) und führt kraft Gesetzes zum Wiederaufleben der Ausübungsbefugnis. Damit lebt auch die Ausübungsbindung des anderen Elternteils (§§ 1678 Abs 1, 1627) wieder auf (bis zu dessen Kenntnis: § 1698 a), eine Vormundschaft erlischt (§ 1882), eine Pflegschaft ist aufzuheben (§ 1919). Eine Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2 bleibt hingegen (zunächst) bestehen und kann allenfalls durch eine Änderungsentscheidung nach § 1696 revidiert werden (s § 1678 Rz 29).

#### 24 IV. Internationales Privatrecht

Auf Grund seiner der Sache nach gestaltenden Wirkung (oben Rz 3) wird der vormundschaftsgerichtliche Beschluß zu Recht als „behördliche Schutzmaßnahme“ iSv **Art 1 MSA** angesehen (BayObLG FamRZ 1975, 425, 426; FamRZ 1988, 867). Demnach besteht internationale Zuständigkeit deutscher VormG für Entscheidungen nach § 1674 für alle Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland. Soweit Zweifel am „gewöhnlichen Aufenthalt“ bestehen (so AG Duisburg ZfJ 1989, 433 f für „unbegleitete“, asylsuchende Minderjährige; **krit** LG Duisburg ebd 434; Redaktionsanm ebd 433), genügt unter den Voraussetzungen des Art 9 MSA auch schlichter Aufenthalt.

Auf das **Heimatrecht des Kindes** iSv Art 3 MSA soll es nach der Rechtspraxis grundsätzlich nicht ankommen, da die einer Feststellung gem § 1674 Abs 1 zugrundeliegenden Umstände gleichzeitig eine Kindeswohlgefährdung iSv Art 8 MSA begründen (BayObLG FamRZ 1975, 425; 426; FamRZ 1988, 867; LG Duisburg ZfJ 1989, 434). Dies mag häufig der Fall sein, darf aber nicht generell unterstellt werden (zur mißbräuchlichen Berufung auf Art 8 MSA im allgemeinen s BÖHMER-SIEHR Art 8 MSA Rz 11).

**Außerhalb des MSA** folgt die *internationale Zuständigkeit* entweder auf §§ 43, 35 a Abs 1 Nr 1 FGG oder aus der „Verbundzuständigkeit“, § 623 ZPO (OLG Hamm FamRZ 1990, 781 f = IPRax 1991, 191 f; HENRICH, Internationales Familienrecht § 7 II 3 a). Das *anwendbare Recht* ergibt sich aus Art 19 Abs 2 EGBGB (Mindermeinung: Art 17 Abs 1 EGBGB; zum Streitstand DÖRNER IPRax 1991, 173 ff; KLINKHARDT IPRax 1991, 174, 175 f).

### § 1675

**Solange die elterliche Sorge ruht, ist ein Elternteil nicht berechtigt, sie auszuüben.**

E I § 1554 Abs 1; II § 1567; III § 1654. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

#### 1 I. Allgemeines

Die Vorschrift konkretisiert die Rechtsfolge des „Ruhens der elterlichen Sorge“, wie sie sich aus den Tatbeständen der §§ 1673, 1674 Abs 1 und 1751 Abs 1 S 1 ergibt, es handelt sich also um eine unselbständige Rechtsnorm. Textgeschichte (ursprünglich § 1678 aF) wie § 1674 (dort Rz 7).

**II. Die Wirkung des Ruhens für den betroffenen Elternteil**

2

Der Elternteil, dessen Sorgerecht ruht, verliert dieses nicht der Substanz nach, er ist nur **rechtlich an der Ausübung gehindert**. Damit entfällt für ihn auch die aus Art 6 Abs 2 S 1 GG, § 1626 folgende **Pflicht** zur Kindessorge. Ob der Elternteil tatsächlich zur Sorgeausübung (ganz oder teilweise) in der Lage wäre, ist unerheblich (GERNHUBER § 55 III 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 2). Umgekehrt führen rein tatsächliche Ausübungshindernisse nicht zum rechtlichen Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1674 Rz 1).

Umfaßt das Ruhen auch die Vermögenssorge, so hat der betroffene Elternteil gem § 1698 das **Kindesvermögen** herauszugeben und auf Verlangen Rechenschaft abzugeben. Die Verwendungsbefugnis gem § 1649 Abs 2 entfällt für den betroffenen Elternteil (s § 1649 Rz 24, 35; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Im übrigen behält er das Recht zum **persönlichen Umgang** mit dem Kind, § 1634 (dazu § 1673 Rz 15). Darüber hinaus ist der betroffene Elternteil bei Auswahl oder Entlassung des Vormunds als verfahrensbeteiligt anzusehen (BayObLG FamRZ 1965, 283, 284 [Beschwerdebefugnis offenlassend]).

Handelt der Elternteil trotz des Ruhens seines Sorgerechts für das Kind, so entsprechen die Wirkungen grundsätzlich dem Handeln eines nicht sorgeberechtigten Dritten (**fehlende Vertretungs- und Verfügungsmacht**, § 177; § 1666 Abs 1 S 1 [„Verhalten eines Dritten“] und S 2 [dazu § 1673 Rz 17]). Hiervon macht § 1698 a Abs 2 zugunsten des gutgläubigen Elternteils eine Ausnahme (Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Maßnahmen); Dritte werden hierbei nur geschützt, soweit sie ebenfalls gutgläubig sind.

**III. Weitere Folgen und Maßnahmen**

5

Hinsichtlich der weiteren Sorge für das Kind unterscheidet das Gesetz danach, ob ein anderer sorgeberechtigter (§ 1678 Abs 1) oder sorgerechtsfähiger Elternteil vorhanden ist (§ 1678 Abs 2); andernfalls (auch bei beidseitigem Ruhen der elterlichen Sorge) ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (s Vorbem 3 ff zu §§ 1673 ff). Bei Tod oder Todeserklärung eines Elternteils s §§ 1677, 1681.

Das Ruhen der elterlichen Sorge **endet** im Fall des § 1673 ipso iure mit Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit, im Fall des § 1674 mit Wirksamwerden eines Beschlusses gem § 1674 Abs 2. Kommt es im Fall der Adoptionseinwilligung (§ 1751 Abs 1 S 1) nicht zur Adoption (sonst: § 1755) oder verliert die Einwilligung ihre Kraft (§ 1750 Abs 4), so lebt das elterliche Sorgerecht dennoch **nicht automatisch wieder auf**: Hier ist analog § 1681 Abs 1 S 2 zu entscheiden und ggf eine andere Adoption anzustreben (MünchKomm-LÜDERITZ § 1751 Rz 4).

**§ 1676**

(Die Vorschrift betraf die Verwirkung der elterlichen Gewalt, sie wurde aufgehoben durch Art 1 Nr 23 SorgeRG. Zu Übergangsproblemen BT-Drucks 8/2788, 64, 65; BIENWALD FamRZ 1979, 989; VAN ELS, ZBIJugR 1979, 522.)

**§ 1677**

**Die elterliche Sorge eines Elternteils endet, wenn er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt wird, mit dem Zeitpunkt, der als Zeitpunkt des Todes gilt.**

E 1 § 1557 Abs 2 S 1, Abs 3; II. § 1568; III § 1655. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung

Daß der **Tod eines Elternteils** auch das Ende seines Sorgerechts bedeutet, hat das Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt, eine ausdrückliche Regelung fehlt (entspr wird beim Tod des Kindes nur die „Nachsorge“ der Eltern angesprochen, § 1698 b). Hingegen bedurfte es bei **Todeserklärung oder Feststellung des Todeszeitpunkts** nach dem VerschG einer Regelung, weil diese Beschlüsse nur die **Vermutung** des Todes bzw des Todestages zur Folge haben (§ 9 bzw §§ 39, 44 Abs 2 VerschG). Konsequent wäre die Erstreckung des § 1674 jedenfalls auf die Todeserklärung gewesen (bei der Feststellung des Todeszeitpunkts steht der Tod als solcher fest, §§ 1 Abs 2, 39 VerschG). Ausgerichtet an der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit und zur Vermeidung langer Schwebezustände hat der Gesetzgeber in §§ 1677, 1681 Abs 2 S 2, 3 jedoch das Regel-/Ausnahmeverhältnis umgekehrt und die Todeserklärung für den Bereich der elterlichen Sorge dem Tod (wenngleich revidierbar) gleichgestellt: Die elterliche Sorge des für tot Erklärten **endet** mit Wirksamkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses (dazu §§ 29, 40 VerschG), sie kann aber **wiederaufleben**, wenn der unerwartet Zurückgekehrte dem VormG gegenüber die Erklärung abgibt, er wolle die elterliche Sorge wieder ausüben (dazu näher § 1681 Rz 22 ff).

- 2 Ob bei dieser Konzeption von einem (auflösend bedingten) Ende des Sorgerechts in seiner Substanz gesprochen werden kann oder ob nur – ähnl §§ 1673–1675 – in § 1677 ein rechtliches Ausübungshindernis ausgesprochen wird, ist streitig (im ersten Sinne GERNHUBER § 55 IV; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2; im zweiten Sinne SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Für die erste Auffassung sprechen der klare Wortlaut des Gesetzes sowie der Umstand, daß eine Ruhenslösung vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt worden ist (Prot IV 644 ff). Angesichts der eindeutigen Regelungen des Gesetzes kann diese Frage jedoch dahinstehen.
- 3 Nur dogmatisch, nicht aber rechtspolitisch bedenklich erscheint auch, daß die Wiedererlangung des Sorgerechts von einer diesbezüglichen Willenserklärung des Zurückgekehrten abhängt (krit GERNHUBER aaO: Besser Feststellung der Unrichtigkeit der Todeserklärung entspr § 1674 Abs 2 mit automatischem Wiederaufleben des Sorgerechts): Wer in dieser Situation die elterliche Sorge nicht mehr ausüben will, kommt im Interesse des Kindes als Sorgerechtsinhaber auch nicht in Betracht; die gesetzliche Konzeption erspart Eingriffe nach §§ 1666, 1748.

### 4 2. Textgeschichte

Die Vorschrift (ursprünglich § 1679 aF) ist durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) umgestellt und geändert worden; das SorgeRG (Art 9 § 2 Nr 3) brachte sprachliche Anpassungen.

## 5 II. Einzelheiten

Das mit dem Verschollenheitsverfahren befaßte Amtsgericht (§ 14 VerschG) hat, wenn ein Elternteil betroffen ist, dem VormG von seinen Beschlüssen Mitteilung zu machen, § 50 Abs 1 FGG. Wird eine Todeserklärung wegen Fehlens ihrer Voraussetzungen im Rechtsmittelverfahren aufgehoben, so ist die Beendigung des Sorgerechts als niemals eingetreten anzusehen (für zwischenzeitliche Sorgemaßnahmen des anderen Elternteils oder eines Vormunds s §§ 32 FGG, 1698 a BGB; bei einer Aufhebung gem §§ 30 ff VerschG bleibt es bei den Folgen des § 1681 Abs 2 S. 2, 3).

Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern führt die Todeserklärung des einen (wie 6 der Tod) zur Alleinsorge des anderen Teils (§ 1681 Abs 1 S 1, Abs 2 S 1). Bei alleiniger Sorge des für tot Erklärten gem §§ 1671, 1672 kann dem anderen Teil nach § 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 das Sorgerecht übertragen werden. Das gleiche gilt bei Alleinsorge auf Grund einstweiliger oder vorläufiger Anordnung (§ 1678 Rz 13). Soweit der andere Elternteil nicht oder nicht voll als Sorgeberechtigter in Betracht kommt, ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen.

## § 1678

**Ist ein Elternteil tatsächlich verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, oder ruht seine elterliche Sorge, so übt der andere Teil die elterliche Sorge allein aus; dies gilt nicht, wenn die elterliche Sorge dem Elternteil nach den §§ 1671, 1672 übertragen war.**

**Ruht die elterliche Sorge des Elternteils, dem sie nach den §§ 1671, 1672 übertragen war, und besteht keine Aussicht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht.**

E I § 1555; II § 1573; III § 1661. GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 30; SorgeRG Art 1 Nr 24, Art 9 § 2 Nr 3.

### Systematische Übersicht

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>I. Allgemeines</b></p> <p>1. Normbedeutung, Überblick 1</p> <p>2. Textgeschichte 5</p> <p><b>II. Tatbestandliche Voraussetzungen 6</b></p> <p><b>III. Konsequenzen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung eines Elternteils für die weitere Kindessorge 7</b></p> <p>1. Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern, Abs 1 8</p> <p>a) Gemeinsame Sorgeberechtigung 8</p> <p>b) Rechtsfolge 9</p> <p>c) Wegfall der Voraussetzungen des Abs 1 11</p> <p>2. Verhinderung des allein sorgeberechtigten Elternteils 12</p> | <p>a) Gesetzliche Konzeption; entsprechende Ausdehnung 12</p> <p>b) Rein tatsächliche Verhinderung 15</p> <p>c) Ruhen des Sorgerechts, Abs 2 18</p> <p>aa) Grundsätze 18</p> <p>bb) Ruhen 19</p> <p>cc) Keine Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes 22</p> <p>dd) Kindeswohlprüfung 24</p> <p>ee) Die Sorgerechtsübertragung und ihre Wirkungen 28</p> <p>ff) Verhältnis zu § 1696 30</p> <p>gg) Zuständigkeit und Verfahren 31</p> <p><b>IV. Internationales Privatrecht 33</b></p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

### Alphabetische Übersicht

- |                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Adoptionseinwilligung 6, 8, 19</p> <p>Anhörung 31</p> <p>Aufhebung der Ehe 8</p> <p>Ausübungsbindung 8 f, 11</p> <p>Bindung 12, 17, 26</p> <p>Ehe 8</p> <p>Einstweilige Anordnung 4, 8, 10, 13, 17, 20, 23, 32</p> <p>Elternteil 13, 18, 26, 30</p> | <p>Entfremdung 12</p> <p>Ergänzungspfleger 16, 23, 26</p> <p>Feststellungsbeschluß</p> <p>– über tatsächliche Verhinderung 10, 19</p> <p>– über Wegfall der Verhinderung 11</p> <p>Fremdbetreuung 23</p> <p>Geistig behinderte Eltern 10</p> <p>Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung 8</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## § 1678

1–4

### 4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- Geschiedene 3, 8, 10, 12 f, 20 f, 30  
Getrennt lebende Eltern 3 f, 8, 10, 12 f,  
20 f, 30
- Haager MSA 33
- IPR 33
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 27  
Kindeswohl 10, 12, 16, 24 ff, 29 f  
Kindeswohlgefährdung 10, 26  
Kontinuität 15, 17, 22
- Ledige Mutter 8
- Minderjähriger Elternteil 19
- Nichtigerklärung der Ehe 8
- Pfleger 1, 7, 10 f, 16 f, 23, 26, 32
- Rechtliche Verhinderung s. Ruhen der el-  
terlichen Sorge  
Rekonstituierung der Familie 27  
Ruhens der elterlichen Sorge 2, 4, 6, 8 ff,  
13 ff, 18 ff  
– partielle 20  
– vorübergehendes 22 f
- Wegfall der Ruhensgründe 11, 23, 29
- Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm  
1671, 1672 14, 16, 20 f, 23, 28 ff  
Sorgerechtsentzug 2, 10, 12, 25  
Stiefelternteil 12, 26
- Tatsächliche Verhinderung 2, 4, 6, 9 f,  
15 ff, 25  
– partielle 9  
– Wegfall 11  
Tod eines Elternteils 2
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10  
Vermögenssorge 9, 28  
Vertretung 9  
Vorläufige Anordnung 4, 8, 10, 13, 17, 20,  
23  
Vormund 1, 7, 10 f, 23, 26 f, 32  
Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe  
– gem §§ 1666 ff 2, 10, 12, 25 f  
– gem § 1693, 1, 10, 32
- Zuständigkeit  
– internationale 33  
– örtliche 31  
– sachliche 5, 13, 16, 23, 26, 31 f

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung, Überblick

Thema des § 1678 (wie auch der §§ 1680, 1681) ist die **sorgerechtliche Position des anderen Elternteils**, nachdem ein Elternteil als Sorgeperson ausgefallen ist. Von vornherein nicht Normthema ist die Situation bei Fehlen eines (sorgerechtsfähigen) anderen Elternteils oder bei beiderseitigem Ausfall (dann Vormundschaft oder Pflegerschaft nach allgemeinen Regeln, §§ 1773, 1909).

- 2 Hinsichtlich der **Gründe für den Ausfall** des einen Elternteils bezieht sich die Vorschrift ausschließlich auf die **rechtliche Verhinderung** gem §§ 1673–1675 (enthält also ergänzende Regelungen zur Ruhensfolge beim betroffenen Elternteil) sowie eine rein **tatsächliche Verhinderung**. Diese wird als Faktum genommen, § 1678 Abs 1 regelt in einer eigenständigen Folgeanordnung nur die Konsequenzen für den mitsorgerechtigten Elternteil (für andere Ausfallgründe s. §§ 1680 [Sorgerechtsentzug], 1681 [Tod]).
- 3 Inhaltlich differenziert das Gesetz danach, ob die Eltern vor der Verhinderung eines Teils **gemeinsam sorgerberechtigt** waren (implizit vorausgesetzt in Abs 1) oder ob der verhinderte Teil der **alleinige Sorgeinhaber** war nach einer familiengerichtlichen Entscheidung gem §§ 1671, 1672 (Abs 1, 2). Im ersten Fall wird der andere Elternteil kraft Gesetzes allein ausübungsberechtigt (Rz 9, 10), im zweiten Fall kommt bei voraussichtlich endgültiger Verhinderung eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil in Betracht (Abs 2, dazu Rz 18 ff).
- 4 Bei **alleiniger Sorgerechtsübertragung des verhinderten Elternteils** läßt § 1678 mehrere Fragen **ungeregelt**:

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- (1) Die Folgen einer nur tatsächlichen Verhinderung (dazu Rz 15–17);  
 (2) die Folgen einer rechtlichen Verhinderung (Ruhens der elterlichen Sorge), deren Wegfall zu erwarten ist (dazu Rz 23);  
 (3) die Folgen rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung, wenn das Alleinsorge-recht nicht auf einer Übertragung dem §§ 1671, 1672, sondern auf einer **einstweiligen Anordnung** gem § 620 Abs 1 Nr 1 oder § 628 Abs 2 ZPO oder einer **vorläufigen Anordnung** im Rahmen eines Verfahrens nach § 1672 (vgl § 1672 Rz 25) beruhte (dazu Rz 13).

## 2. Textgeschichte

5

Der ursprüngliche § 1685 aF ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) inhaltlich angepaßt worden und zu § 1678 geworden (ausf Voraufll Rz 1 f). Das 1. EheRG 1977 (Art 1 Nr 30) setzte für die Zuständigkeit zur Sorgerechtsübertragung nach Abs 2 das FamG an die Stelle des VormG (unten Rz 31). Seit dem SorgeRG 1979 (Art 1 Nr 24, Art 9 § 2 Nr 3) ist Gegenstand der Übertragung die „elterliche Sorge“, nicht nur deren Ausübung. Die Übertragung ist vAw vorzunehmen, eines Antrags des anderen Elternteils bedarf es nicht mehr (vgl BT-Drucks 8/2788, 65); auch wurde die Vorschrift sprachlich angepaßt.

## II. Tatbestandliche Voraussetzungen

6

Vom Tatbestand her setzt § 1678 nur voraus *entweder* eine **tatsächliche Ausübungs-  
verhinderung** oder das **Ruhen** der elterlichen Sorge als rechtliche Verhinderung. Während sich dieses auf der Grundlage der §§ 1673, 1674 Abs 1, 1751 Abs 1 S 1 (jeweils mit § 1675) ergibt, ist der Begriff der „tatsächlichen Verhinderung“ derselbe wie in § 1674 (s dort Rz 9 ff sowie § 1673 Rz 7). Erfasst sind – über § 1674 Abs 1 hinaus – auch **Verhinderungen von kürzerer Dauer**, sowie längere Verhinderungen, die nicht zu einem Beschluß nach § 1674 Abs 1 geführt haben. Rechtliche Verhinderungen, die nicht im Ruhen der elterlichen Sorge bestehen, können nicht als tatsächliches Hindernis qualifiziert werden, für sie gelten eigene Regeln (vgl Vorbem 3 zu §§ 1673 ff, betr § 1629 Abs 2).

## III. Konsequenzen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung eines Elternteils für die weitere Kindessorge

7

§ 1678 befaßt sich nur mit den Folgen für die sorgerechtliche Stellung des **anderen Elternteils**. Ist ein solcher nicht vorhanden oder kommt er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als alleiniger Sorgerechtsinhaber nicht in Betracht, ist gem §§ 1693, 1773, 1909 ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (vgl Rz 1).

## 1. Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern, Abs 1

## a) Gemeinsame Sorgeberechtigung

8

Das Gesetz geht in Abs 1 implizit davon aus, daß vor der Verhinderung des einen Teils beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausgeübt hatten (Rz 3). Entgegen verbreiteter Darstellung ist **nicht** erforderlich eine bestehende oder gar intakte **Ehe** der Eltern (vgl aber ERMAN-MICHALSKI Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Die Regelung des Abs 1 gilt **auch** bei dauernder **tatsächlicher Trennung** der Eltern, solange nicht eine Sorgerechtsregelung nach § 1672 oder

durch einstweilige oder vorläufige Anordnung getroffen worden ist (dazu noch Rz 13); sie gilt weiterhin nach **Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe** bis zu einer Sorgerechtsentscheidung entspr § 1671 (vgl dort Rz 198 f) sowie schließlich bei Belassung des **gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung** durch das FamG (MünchKomm-HINZ Rz 10, BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Sie wird künftig auch anzuwenden sein bei gemeinsamem Sorgerecht der Eltern, die nie miteinander verheiratet waren (vgl BVerfG NJW 1991, 1944). Abs 1 greift also immer ein, wenn und soweit die Eltern rechtlich zur gemeinsamen Sorgerechtsausübung gem § 1627 berufen sind (Teilgemeinschaft etwa nach beschränktem Sorgerechtsentzug auf einer Seite oder gem § 1673 Abs 2 [Personensorge], s § 1673 Rz 20 ff). Das gilt auch dann, wenn erst nach Verwirklichung eines Ruhestatsbestandes bei einem Elternteil der andere Elternteil als Sorgeberechtigter hinzutritt (vgl BayObLG FamRZ 1988, 867: Nichtehelelche Mutter willigt in Adoption ein [§ 1751 Abs 1 S 1], heiratet dann den Vater, der das Kind anerkannt hat [§§ 1719, 1626 ff]).

### 9 b) Rechtsfolge

Die tatsächliche Verhinderung eines Elternteils oder das Ruhen seines Sorgerechts führen **ipso iure** zum **alleinigen Ausübungsrecht des anderen Teils** – es entfällt also die Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1. Damit wird der andere Teil auch allein vertretungsberechtigt, § 1629 Abs 1 S 2. Bezieht sich die Verhinderung des betroffenen Elternteils (und damit die Ruhenswirkung des § 1675) nur auf einen **Teilbereich** des Sorgerechts, etwa die Personen- *oder* die Vermögenssorge, so beschränkt sich die Wirkung des Abs 1 hierauf. Entscheidungskonflikte in Fragen, die beide Sorgebereiche betreffen, sind entspr § 1628 zu lösen (§ 1673 Rz 28).

**10** Diese **Wirkung tritt nicht ein**, wenn auch der andere Elternteil rechtlich oder tatsächlich **verhindert** ist (MünchKomm-HINZ Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; vgl § 1674 Rz 20: diesbezügliche Prüfung schon bei Feststellungsbeschluß nach § 1674 Abs 1). War ihm das Sorgerecht zuvor ganz oder teilweise entzogen worden, fehlt es schon an der Voraussetzung gemeinsamer Sorgeberechtigung. Gleiches gilt nicht nur bei vorheriger Entrechtung durch Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 (§ 1678 Abs 1 HS 2), sondern auch durch einstweilige Anordnung im Scheidungsverfahren oder vorläufige Anordnung im Verfahren nach § 1672 (vgl KG FamRZ 1973, 152 f; MünchKomm-HINZ Rz 10; dazu unten Rz 13). Gleichfalls nach § 1666 abzuwehren sind gefährdende Einflüsse des verhinderten (möglicherweise geistesgestörten) Elternteils, gegen die der andere Teil das Kind nicht zu schützen vermag (vgl § 1680 Rz 9, 13, 19); uU kann beim anderen Teil insoweit auch tatsächliche Verhinderung anzunehmen sein, wenn seine mangelnde Schutzfähigkeit auf geistiger Behinderung beruht (vgl § 1674 Rz 16).

Sind in der Person des anderen Elternteils die Voraussetzungen der §§ 1666 ff erfüllt, *ohne* daß es bisher zu einem vormundschaftsgerichtlichen Eingriff gekommen ist, kann dies das automatische Erstarken zur Alleinsorge gem Abs 1 HS 1 nicht hindern (aM SCHWAB, Familienrecht Rz 514): Erst die einzelfallbezogene, an Kindeswohl und Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Entscheidung des VormG nach §§ 1666 ff führt zu einer rechtlichen Einschränkung der elterlichen Sorge. Allerdings muß die Situation dem VormG Anlaß geben (ähnlich wie in § 1680 Abs 1 S 1, 2), unverzüglich Maßnahmen zum Kinderschutz zu prüfen und ggf zu treffen (uU durch vorläufige Anordnung, dazu § 1666 Rz 177 ff).

Tritt die Wirkung des Abs 1 HS 1 wegen Verhinderung auch des anderen Teils ausnahmsweise nicht ein, so ist gem §§ 1693, 1773, 1909 ein Vormund oder Pfleger für das Kind zu bestellen (MünchKomm-HINZ Rz 11; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3).

## c) Wegfall der Voraussetzungen des Abs 1

11

Fällt die Verhinderung des einen Elternteils wegen Veränderung der tatsächlichen Umstände (im Fall der §§ 1673 Abs 1, 2 und 1678 Abs 1) oder durch Feststellungsbeschluß gem § 1674 Abs 2 weg, erlangt er ohne weiteres die Möglichkeit zur Ausübung der elterlichen Sorge zurück. Damit lebt im Fall des Abs 1 HS 1 die Ausübungsbindung des anderen Teils gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1 wieder auf (Gutgläubensschutz analog § 1698 a). Zur Rechtslage bei Vormund- oder Pflegerbestellung s § 1673 Rz 14.

## 2. Verhinderung des allein sorgberechtigten Elternteils

## a) Gesetzliche Konzeption; entsprechende Ausdehnung

12

Eine Übertragungsmöglichkeit auf den anderen Elternteil gem Abs 2 ist für den Fall vorgesehen, daß der verhinderte Elternteil das alleinige Sorgerecht durch Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 erhalten hat. Gedanklicher Hintergrund ist die Vorstellung, daß hier ein grundsätzlich sorgerechtsfähiger Elternteil latent bereitsteht, der vom Kindes- wie Elternrecht her primär dazu berufen ist, in das sorgerechtliche Vakuum einzurücken (anders bei Alleinsorge wegen Sorgerechtsentzugs beim anderen Elternteil, §§ 1666 ff iVm 1680 Abs 1 S 1, oder wegen dessen Verhinderung, §§ 1673 ff iVm 1678 Abs 1). Dennoch vollzieht sich der **Sorgerechtsübergang nicht kraft Gesetzes**, sondern durch **konstitutive richterliche Übertragung** nach vorgeschalteter Kindeswohlprüfung: Bei Alleinsorge eines Elternteils kann im Einzelfall eine Entfremdung des Kindes zum anderen Elternteil oder eine enge Bindung an einen Dritten (Stiefelternteil) entstanden sein, so daß eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil dem Kindeswohl zuwiderlaufen würde (unten Rz 24, 26).

Während das Gesetz diesen Gedanken nicht nur bei rechtlicher Verhinderung des allein sorgberechtigten Elternteils (§ 1678 Abs 2), sondern auch bei sonstigen Ausfallgründen konsequent durchführt (§§ 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2), ist der *tatbestandliche Ausgangspunkt* (Alleinsorge nach Entscheidung gem §§ 1671, 1672) zu eng gefaßt. Wertungsmäßig grundsätzlich gleich zu behandeln sind Sorgerechtsübertragungen durch **einstweilige Anordnung** im Scheidungsverfahren (§§ 620 Abs 1 Nr 1, 628 Abs 2 ZPO; vgl GERNHUBER § 56 VIII 2; teilweise abweichend KG FamRZ 1973, 152, 153 f) oder durch **vorläufige Anordnung** im Verfahren nach § 1672 (vgl § 1672 Rz 25; oben Rz 4). Die familiengerichtliche Übertragungskompetenz auf den anderen Elternteil gründet sich in diesen Fällen zwar nicht auf § 1678 Abs 2, sondern auf die grundsätzliche Änderungsmöglichkeit bei einstweiligen Regelungen (§ 620 b Abs 1 S 2 ZPO in direkter oder entsprechender Anwendung, vgl ZÖLLER-PHILIPPI § 628 Rz 21), denn auch die so verliehene Sorgerechtsübertragung kann nur vorläufigen Charakter haben. Das **materielle rechtliche Wertungsmodell des § 1678 Abs 2 muß aber auch für diese Entscheidungen gelten**: Übertragungsanspruch des anderen Elternteils, wenn dem nicht das Kindeswohl im Einzelfall entgegensteht (vgl unten Rz 24). Im Ergebnis wird hier eine Übertragung auf den anderen Elternteil häufig sogar eher möglich sein im Hinblick auf die regelmäßige erst kürzere Trennung vom Kind und die Vorläufigkeit der Änderung (weitere Einzelheiten u Rz 17, 23).

§ 1678 Abs 2 ist **entsprechend anwendbar** auch auf Elternteile, deren (nunmehr ruhende) Alleinsorge auf einer Entscheidung gem § 1696 (iVm §§ 1671, 1672) beruht oder auf einem richterlichen Übertragungsakt gem §§ 1678 Abs 2, 1680

Abs 2, wenn beim anderen Elternteil die damaligen Hinderungs- oder Entzugsgründe weggefallen sind.

Die Vorschrift wird nach der vom BVerfG erzwungenen Reform des Nichteheleichenrechts künftig auch auf **nichteheleiche Eltern** anzuwenden sein (BVerfG NJW 1991, 1944) – sowohl bei Trennung von Partnern mit gemeinsamen Sorgerecht wie auch bei alleinigem Sorgerecht der Mutter (nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder auch generell).

#### 15 b) Rein tatsächliche Verhinderung

§ 1678 **regelt nicht** die Folgen eines nur **tatsächlichen Ausfalls** des alleinsorgeberechtigten Elternteils: Abs 1 HS 2 schließt einen gesetzlichen Übergang des Sorgerechts auf den anderen Teil ausdrücklich aus, und Abs 2 eröffnet die richterliche Übertragungsmöglichkeit nur für den Fall des Ruhens der elterlichen Sorge. Das Gesetz geht davon aus, daß bei kurzfristigen Verhinderungen ein Sorgerechtswechsel dem Kontinuitätsinteresse des Kindes zuwiderlaufen würde, bei langfristigen Verhinderungen aber zunächst der Weg des § 1674 Abs 1 zu beschreiten ist.

16 Immerhin bleibt die negative Aussage, daß der tatsächliche Ausfall des alleinsorgeberechtigten Elternteils für sich genommen noch kein Grund ist, dem anderen Teil das Sorgerecht zu übertragen. Regelmäßige Konsequenz des Ausfalls ist deshalb eine Pflegerbestellung (**Ergänzungspflegschaft**) durch das VormG (§§ 1693, 1909 Abs 1 S 1; nicht Vormundschaft, vgl MünchKomm-SCHWAB § 1773 Rz 9), ohne daß beim anderen Elternteil die Voraussetzungen des § 1671 Abs 5 erfüllt sein müßten (SCHWOERER FamRZ 1958, 88, 93; vgl BayObLG FamRZ 1962, 32 ff; MünchKomm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-AEDELMAHN Rz 8). Daneben bleibt die Kompetenz des Familiengerichts unberührt, unter den (zusätzlichen) Voraussetzungen des § **1696** (mit §§ 1671, 1672) das Sorgerecht auf den anderen Elternteil zu übertragen (BayObLG aaO). Zwischen beiden Möglichkeiten besteht kein Regel-/Ausnahmeverhältnis (vgl aber MünchKomm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-AEDELMAHN Rz 8), entscheidend ist die Gesamtabwägung des Kindeswohls im Einzelfall.

17 Beruht das Alleinsorgerecht des verhinderten Elternteils auf einer **einstweiligen oder vorläufigen Anordnung**, wird regelmäßig eine Änderung dieser Anordnung zugunsten des anderen Elternteils in Betracht kommen: Kontinuitäts- wie Bindungsinteressen des Kindes weisen hier eher auf den anderen Elternteil als auf einen Pfleger (vgl Rz 13).

#### c) Ruhen des Sorgerechts, Abs 2

##### 18 aa) Grundsätze

Das FamG hat die elterliche Sorge (nicht nur die Ausübungsbefugnis) auf den anderen Elternteil zu übertragen, wenn (1) das Sorgerecht des bislang Alleinberechtigten **ruht**, (2) **keine Aussicht auf Wegfall** des Ruhens besteht, und (3) die Übertragung dem **Wohl des Kindes nicht widerspricht**. Die Übertragung hat **von Amts wegen** zu erfolgen (Rz 5).

Aus der Gesetzesfassung wie auch aus Art 6 Abs 2 GG ergibt sich ein **Recht des anderen Elternteils auf Sorgeübertragung**, das nicht schon Zweckmäßigkeitserwägungen weicht, sondern erst konkreten entgegenstehenden Kindesinteressen (näher Rz 26; vgl MünchKomm-HINZ Rz 12).

##### 19 bb) Ruhen

Einschlägige Ruhenstatbestände finden sich in §§ 1673 Abs 1 und 1674 Abs 1. Bei minderjährigen Elternteilen (§ 1673 Abs 2) kann die Übertragungssituation des

§ 1678 Abs 2 praktisch nicht entstehen; bei § 1751 Abs 1 S 1 fehlt es im Hinblick auf § 1750 Abs 4 stets an der voraussichtlichen Endgültigkeit des Ruhens. Genaugenommen müßte auch § 1674 Abs 1 als Ruhensgrundlage für § 1678 Abs 2 ausscheiden, da die Ruhenswirkung nach dieser Vorschrift erst mit der Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Teil eintritt (§ 51 Abs 1 FGG), die Übertragung aber ihrerseits das Ruhen voraussetzt. Dieser **gesetzliche Widerspruch** ist aufzulösen durch eine Auslegung (teleologische Extension) des § 1678 Abs 2, wonach für eine Übertragung der Feststellungsbeschluß des VormG gem § 1674 Abs 1 genügt, auf die gesetzliche Ruhenswirkung kommt es nicht an (diese wird nicht einmal durch die anschließende Übertragung ausgelöst, s § 1674 Rz 19). Tatsächliche Verhinderung des Sorgeberechtigten *ohne Feststellungsbeschluß* des VormG gem § 1674 Abs 1 genügt nicht für § 1678 Abs 2 (BayObLGZ 1961, 262, 263 f).

**Partielles Ruhen** (§ 1673 Rz 11; § 1674 Rz 10) genügt regelmäßig nicht für eine Übertragung nach Abs 2; die sonst entstehende sachliche Aufspaltung des Sorgerechts zwischen den Eltern widerspräche den Grundsätzen des § 1671 (dort Rz 47). Anderes kann gelten, wenn die gesamte Personensorge oder Vermögenssorge betroffen ist: Entsprechend § 1671 Abs 4 S 2 und den dazu entwickelten Grundsätzen (§ 1671 Rz 42–44) kommt auch hier eine Teilübertragung in Betracht. Sachliche Aufspaltungen des Sorgerechts durch Teilübertragung nach Abs 2 können auch großzügiger zugelassen werden, wenn die Alleinsorge des betroffenen Elternteils zunächst nur auf einstweiliger oder vorläufiger Anordnung beruhte (vgl Rz 13), eine endgültige Entscheidung nach §§ 1672 oder 1671 also bevorsteht. Sonst aber gibt dauerhaftes partielles Ruhen Anlaß zur Prüfung gem §§ 1696, 1671, 1672.

Bestehen **Zweifel über das Ruhen** der elterlichen Sorge beim alleinigen Sorgerechtsinhaber, sind aber die Voraussetzungen einer Sorgerechtsänderung gem §§ 1696, 1671, 1672 gegeben, so ist vorrangig nach diesen Vorschriften zu entscheiden (BayObLGZ 1978, 172, 176 f = FamRZ 1979, 178 [LS]).

#### cc) Keine Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes

22

Eine vorübergehende Verhinderung des Sorgeberechtigten genügt für sich allein nicht für eine Übertragung (vgl auch Abs 1 HS 2, dazu Rz 10). Das Erfordernis der voraussichtlichen Endgültigkeit des Ruhens soll dem Kind mehrfache Sorgerechtswechsel ersparen und die Erziehungskontinuität sichern (MünchKomm-Hinz Rz 12; Soergel-STRÄTZ Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8).

**Besteht Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes**, so gilt das gleiche wie bei nur tatsächlicher Verhinderung (oben Rz 15–17): Zur Überbrückung ist ein **Vormund oder Pfleger** zu bestellen, §§ 1693, 1773 Abs 1, 1909 Abs 1 S 1, oder aber eine familiengerichtliche **Sorgerechtsänderung** gem §§ 1696, 1671, 1672 in Betracht zu ziehen (bzw – bei Alleinberechtigung auf Grund einstweiliger oder vorläufiger Anordnung – eine ändernde Anordnung, vgl Rz 13 und 17). Daß eine Sorgerechtsänderung bei vorübergehendem Ruhen regelmäßig nicht angezeigt sei (BayObLGZ 1961, 243, 249 = FamRZ 1962, 32, 33), kann so generell nicht gesagt werden: Es kommt stets auf den Einzelfall, insbes das Kindesalter, die Dauer der Verhinderungszeit sowie die Betreuungsalternativen an. Drittbetreuung kann dem Kind schädlicher sein als ein Sorgerechtswechsel, außerdem genießt persönliche elterliche Betreuung auch rechtlich Vorrang (vgl BVerfG NJW 1981, 217, 219; § 1671 Rz 91 ff).

#### dd) Kindeswohlprüfung

24

Auch bei endgültigem Ruhen des Sorgerechts beim alleinigen Inhaber kommt eine Übertragung auf den anderen Elternteil nur in Betracht, wenn dies nicht **dem**

**Kindeswohl widerspricht.** Abs 2 erlaubt keine „offene“ Kindeswohlabwägung, sondern eröffnet den Kindesinteressen Wirkungsmöglichkeit nur als **Korrektiv einer Regelzuweisung an den anderen Elternteil** (näher § 1681 Rz 10).

25 Nicht Inhalt, sondern schon **Voraussetzung** der von Abs 2 geforderten Kindeswohlprüfung ist die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit des anderen Elternteils**. An einer Übertragbarkeit der elterlichen Sorge fehlt es von vornherein, wenn auch beim anderen Elternteil **Ruhensgründe** vorliegen oder wenn ihm das elterliche Sorgerecht **entzogen** worden war und die Entzugsgründe (§§ 1666 ff) noch fortbestehen (wenn noch kein Entzug: Rz 26). Eine Übertragung scheidet auch aus, solange der andere Elternteil **tatsächlich** an der Sorgerechtsausübung **verhindert** ist (vgl § 1678 Abs 1).

26 Der Übertragung auf einen grundsätzlich sorgerechtsfähigen anderen Elternteil können im Einzelfall alle generell beachtlichen Kindeswohl-Aspekte entgegenstehen (§ 1671 Rz 70 ff, zum Kindeswillen ebd Rz 115 ff), vor allem persönliche **Eignungsmängel** oder Betreuungsprobleme oder aber eine positive **psychosoziale Bindung des Kindes**, etwa an einen Stiefelternteil, deren Abbruch den Kindesinteressen zuwiderlaufen würde (vgl Rz 12). Diese Gesichtspunkte *können* ein auch für Eingriffe nach § 1666 ausreichendes Gewicht erlangen, müssen es aber nicht: Abs 2 verlangt keine Kindeswohlgefährdung als Ausschlußgrund für die Übertragung, *es genügen erkennbar widersprechende, wesentliche Kindesinteressen*. Das Recht der Eltern auf ihr Kind wird demnach unterschiedlich geschützt, je nachdem, ob sie aktuell oder nur latent Sorgerechtsträger sind (GERNHUBER § 56 VIII 4).

Scheidet eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil aus Kindeswohlgründen aus, hat das VormG gem §§ 1693, 1773, 1909 einen **Vormund oder Pfleger** für das Kind zu bestellen (das FamG kann diese Bestellung gem §§ 1696, 1671 Abs 5 nur bei Kindesgefährdung vornehmen; aA BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7).

27 Auch wenn man Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Konzeption nicht teilt (vgl GERNHUBER aaO), so muß gesehen werden, daß die Nichtübertragung gem Abs 2 zur dauernden rechtlichen Elternlosigkeit des Kindes führen kann. Die Bestellung eines Vormunds ist deshalb nicht Schlußpunkt der staatlichen Intervention, sondern hat Ausgangspunkt pflichtgemäßer jugendhilferechtl. Bemühungen iSd § 37 Abs 1 KJHG zu sein, gerichtet auf Rekonstituierung der Herkunftsfamilie des Kindes *oder* Etablierung einer neuen Familie. Die Hürde für den zweiten Weg darf nicht höher sein als die des § 1678 Abs 2, will man nicht eine Gruppe von Kindern schaffen, denen sowohl die eigenen Eltern wie auch Ersatzeltern rechtlich verweigert werden (vgl COESTER FamRZ 1991, 253, 259 f).

## 28 ee) Die Sorgerechtsübertragung und ihre Wirkungen

Die Sorgerechtsübertragung nach Abs 2 führt zu einem **Wechsel des Sorgerechtsinhabers**, die Wirkungen entsprechen der einer Änderungsentscheidung gem § 1696 (GERNHUBER § 56 VII 3; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9). Im Fall des § 1673 Abs 1 verliert der bisherige Inhaber auch sein schon ruhendes Sorgerecht, im Fall des § 1674 Abs 1 folgt dem Verlust der faktischen Ausübungsmöglichkeit nun auch der Rechtsverlust (vgl Rz 19; aA [kein Substanzverlust] SOERGEL-STRÄTZ Rz 11). Soweit noch nicht geschehen, hat der bisherige Sorgerechtsinhaber dem anderen Elternteil das Kindesvermögen herauszugeben (§ 1698).

29 Fallen nach Sorgerechtsübertragung unerwartet die **Ruhensgründe** beim früheren Sorgerechtsinhaber **wieder weg**, so führt dies weder zum automatischen Rückfall des Sorgerechts auf ihn noch auch nur zum automatischen Wiederaufleben seines

Sorgerechts neben dem anderen Elternteil (so aber DÖLLE § 95 II 2; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK § 1678 Rz 8). Vielmehr **bleibt es grundsätzlich bei dem alleinigen Sorgerecht des anderen Elternteils**, Änderungen sind allein nach Maßgabe der §§ 1696, 1671, 1672 möglich (GERNHUBER § 56 III 3 Fn 2; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12 spricht mißverständlich von „Aufhebung“ nach Maßgabe von § 1696). Entscheidend sind also allein die Kindesinteressen, eine Rückübertragungspflicht des FamG besteht nicht. Der früher sorgeberechtigte Elternteil kann das Sorgerecht auch wiedererlangen, wenn hinsichtlich der Person des nunmehr sorgeberechtigten anderen Elternteils ein Tatbestand der §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 oder 1681 Abs 1 S 2 erfüllt ist.

#### ff) Verhältnis zu § 1696

30

§ 1678 Abs 2 wird weitgehend von §§ 1696, 1671, 1672 überlagert. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem der Tatbestand des § 1678 Abs 2 erfüllt ist, nicht aber die Änderungsvoraussetzungen nach § 1696 gegeben sind (vgl BayObLGZ 1978, 172, 173; SCHWOERER FamRZ 1958, 88, 92; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9). Darüber hinaus bleibt die Möglichkeit einer Sorgerechtsänderung unberührt, wenn eine Übertragung gem § 1678 Abs 2 ausscheidet (vgl Rz 16, 19, 21) oder die tatbestandlichen Voraussetzungen (Ruhen, Endgültigkeit) zweifelhaft sind (BayObLGZ 1978, 172, 176 f; oben Rz 21). Für die Situation des voraussichtlich endgültigen rechtlichen Ausfalls des allein Sorgerechtigten verdeutlicht § 1678 Abs 2 nur die sorgerechtlichen Konsequenzen im Lichte von Elternrecht und Kindesinteresse (vgl BayObLG FamRZ 1962, 32 ff; MünchKomm-HINZ Rz 15: nur § 1678 Abs 2 normiere einen Übertragungsanspruch des anderen Elternteils) und erlaubt eine – im Verhältnis zu § 1696 – verkürzte Kindeswohlprüfung und Übertragungsbegründung. Zum gleichen Ergebnis käme man allerdings auch bei recht verstandener, Art 6 Abs 2 GG Rechnung tragender Handhabung des § 1696 – die normative Bedeutung des § 1678 Abs 2 beschränkt sich also auf einer Konkretisierung der zu allgemein gehaltenen Änderungs-Generalklausel des § 1696.

#### gg) Zuständigkeit und Verfahren

31

Die Übertragung ist eine **Familien Sache** gem § 621 Abs 1 Nr 1 ZPO, die örtliche **Zuständigkeit** folgt aus §§ 621 Abs 2 S 2 ZPO iVm 64k Abs 3, 43 Abs 1, 36 FGG. Bei Streit über die Zuständigkeit erfolgt obergerichtliche Bestimmung nach §§ 621 a Abs 1 S 2, 36, 37 ZPO (BGH FamRZ 1988, 1259, 1260). Innerhalb des FamG entscheidet nicht der Rechtspfleger, sondern der **Richter** (§ 14 Abs 1 Nr 15 RPfG). **Anhörungen** der Eltern nach § 50 a, des Kindes nach § 50 b FGG, des Jugendamts nach § 49 a Abs 1 Nr 3 FGG (§ 49 Abs 1 Nr 1 Buchst g FGG, betr das VormG, soll sich wohl auf Maßnahmen vor Übertragung oder bei deren Ablehnung beziehen). Beschwerde nach § 621 e ZPO. Kosten: § 94 Abs 1 Nr 4, Abs 3 KostO.

Vor der Übertragung kann das FamG durch **einstweilige Anordnung** (§ 620 Abs 1 Nr 1 ZPO) die Sorge für das Kind sicherstellen; daneben kommen Maßnahmen des VormG gem § 1693 in Betracht. **Vormund- oder Pflegerbestellung** des VormG kann erst erfolgen, wenn die Übertragung gem § 1678 Abs 2 durch familiengerichtlichen Beschluß abgelehnt worden ist (vorrangig jedoch familiengerichtliche Anordnungen gem §§ 1696, 1671 Abs 5).

### IV. Internationales Privatrecht

33

Für Abs 1 gilt das gleiche wie bei § 1673 (dort Rz 28). Die Übertragung nach Abs 2 ist ebenso wie Vormund- oder Pflegerbestellung „Schutzmaßnahme“ iSd Art 1 MSA (näheres § 1674 Rz 24).

## § 1679

(Die Vorschrift regelte die Folgen der Verwirkung elterlicher Gewalt, § 1676 aF, für den anderen Elternteil. Sie wurde mit dem Institut der Verwirkung aufgehoben durch Art 1 Nr 25 SorgeRG.)

## § 1680

**Wird die gesamte elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge einem Elternteil entzogen, so übt der andere Elternteil die Sorge allein aus. Das Vormundschaftsgericht trifft eine abweichende Entscheidung, wenn dies das Wohl des Kindes erfordert. Endet die Vermögenssorge eines Elternteils nach § 1670, so hat das Vormundschaftsgericht anzuordnen, daß dem anderen Elternteil die Vermögenssorge allein zusteht, es sei denn, daß dies den Vermögensinteressen des Kindes widerspricht. Vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kann der andere Elternteil die Vermögenssorge nicht ausüben.**

**Wird die gesamte elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge dem Elternteil entzogen, dem sie nach den §§ 1671, 1672 übertragen war, oder endet seine Vermögenssorge nach § 1670, so hat das Vormundschaftsgericht sie dem anderen Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht. Andernfalls bestellt es einen Vormund oder Pfleger.**

GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 26.

## Systematische Übersicht

**I. Allgemeines**

1. Normbedeutung, Überblick 1
2. Normgeschichte 4

- c) Die Entscheidung des VormG gem Abs 1 S 3 19
- d) Spätere Änderungen 21

**II. Gemeinsame Sorgerechtsberechtigung beider Eltern, Abs 1**

1. Gemeinsame Sorgerechtsberechtigung 5
2. Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil, Abs 1 S 1, 2 6
  - a) Gegenstand des Entzugs 6
  - b) Grundsätzliche Alleinsorge des anderen Teils, Abs 1 S 1 7
  - c) Abweichende Entscheidung aus Gründen des Kindeswohls, Abs 1 S 2 9
- aa) Eingriffsvoraussetzungen 9
- bb) Entscheidungsinhalt und -folgen 14
- cc) Änderungen; Wegfall der Eingriffsvoraussetzungen 16
3. Ende der Vermögenssorge bei Konkurs, Abs 1 S 3, 4 17
  - a) Gesetzliche Konzeption 17
  - b) Rechtsstellung des anderen Elternteils 18

**III. Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge beim alleinsorgerechtigten Elternteil, Abs 2**

1. Gesetzliche Konzeption 23
2. Tatbestandliche Voraussetzungen 24
  - a) Alleiniges Sorgerecht des betroffenen Elternteils 24
  - b) Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge gem § 1670 Abs 1 25
  - c) Kindeswohlprüfung 26
3. Die richterliche Entscheidung und ihre Wirkungen 29

**IV. Verhältnis zu § 1696 32****V. Zuständigkeit und Verfahren 33****VI. Internationales Privatrecht 34**

## Alphabetische Übersicht

Amtsermittlungsgrundsatz 33	Ausübungsbindung 6 f, 18, 22, 29
Anhörung 33	
Aufenthaltsbestimmungsrecht 6, 25	Bindung 27
Aufsichtspflegschaft 14	
Aufspaltung der elterlichen Sorge 1, 6, 25, 29	Ehe 5
	Einstweilige Anordnung 24

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- |                                                        |                                                                |
|--------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|
| Elternrecht 6, 10, 17, 23                              | Rückübertragung 22, 30                                         |
| Entzugsgründe 2, 25                                    | Ruhen der elterlichen Sorge 1, 8                               |
| – Wegfall 30                                           | – partielles 25                                                |
| Gefährdungsgrenze 10 ff                                | Schulisches Vertretungsrecht 25                                |
| Geschiedene Eltern 3 ff, 23 ff, 32                     | Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm<br>1671, 1672 24 f, 30, 32 |
| Getrennt lebende Eltern 3 ff, 13, 16, 21,<br>23 ff, 32 | Sorgerechtseignung 8, 12 ff, 19, 26 f                          |
| Haager MSA 34                                          | Sorgerechtsentzug 1 f, 5 ff, 9, 11, 15 f, 25,<br>29            |
| Individualisierungsgebot 6 f, 13                       | – Aufhebung 16                                                 |
| IPR 34                                                 | – Teilentzug 1, 6, 20, 25                                      |
| Jugendamt 33                                           | Stiefelternteil 27                                             |
| Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 28                | Tatsächliche Verhinderung 1, 8                                 |
| Kindeswille 27                                         | Tod eines Elternteils 1                                        |
| Kindeswohl 1, 4, 6 ff, 20, 22 f, 25 ff, 32             | Verfahren 7, 16, 33                                            |
| Kindeswohlgefährdung 3, 9 ff, 16, 27 f, 34             | Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 14, 16, 20                       |
| – hins Vermögen 17, 19, 21                             | Vermögenspfleger 18, 20 ff                                     |
| Konkurs eines Elternteils 2 f, 7, 17 ff                | Vermögenssicherung gem § 1667 14 f, 19 ff                      |
| Legitimation 5                                         | Vermögenssorge 1 ff, 6, 14 f, 17 ff, 25                        |
| Nichteheliches Kind 5                                  | – Teilentzug 20, 25                                            |
| Öffentliche Hilfen 14, 28                              | Vorläufige Anordnung 18, 24                                    |
| Pfleger 1, 15, 18, 20 ff, 25, 31                       | Vormund 1, 15, 31                                              |
| Pflichtwidrigkeit 11                                   | Zuständigkeit                                                  |
|                                                        | – internationale 34                                            |
|                                                        | – örtliche 33                                                  |
|                                                        | – sachliche 3, 25, 29 f, 32                                    |

## I. Allgemeines

## 1. Normbedeutung, Überblick

1

§ 1680 befaßt sich mit der **sorgerechtlichen Stellung des anderen Elternteils, nachdem einem Elternteil das Sorgerecht ganz oder teilweise entzogen worden ist** (entsprechende Regelungen bei anderen Ausfallgründen §§ 1678 [rechtliche oder tatsächliche Verhinderung], 1681 [Tod oder Todeserklärung]). Bei beiderseitigem Entzug oder bei Fehlen eines anderen (sorgerechtsfähigen) Elternteils ist nach allgemeinen Grundsätzen Vormundschaft oder Pflegschaft anzuordnen (§§ 1673, 1909; vgl § 1678 Rz 1; Vorbem 5 zu §§ 1673 ff). Das gleiche gilt, wenn das Kindeswohl einem Übergang oder einer Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil entgegensteht, Abs 2 S 2 (s Rz 9). Werden beiden Elternteilen verschiedene Teilbereiche des Sorgerechts entzogen (zB einem die Vermögenssorge, dem anderen die Personensorge oder einzelne Befugnisse daraus), ergibt sich die Rechtsfolge allerdings aus Abs 1 S 1 (s noch Rz 6, 29).

Als **Entzugsgründe** für die Personensorge eines Elternteils kommen §§ 1666 Abs 1, 1666 a in Betracht, für die Vermögenssorge §§ 1640 Abs 4, 1666 Abs 3, 1667 Abs 5, 1683 Abs 4. Dem Entzug gleichgestellt wird das Ende der Vermögenssorge bei Konkurs eines Elternteils nach § 1670 Abs 1. Ein Entzug der „gesamten elterlichen Sorge“ (Abs 1 S 1, Abs 2 S 1) ist nur als Kombination des Entzugs von Personen- wie Vermögenssorge nach den vorerwähnten Tatbeständen möglich. § 1680 **ergänzt** diese Regelungen hinsichtlich der Folgewirkungen für den anderen Elternteil.

3 Entsprechend der gemeinsamen Grundkonzeption der §§ 1678, 1680, 1681 wird danach unterschieden, ob im Moment des Sorgerechtsverlustes bei einem Elternteil auch der andere Teil sorgeberechtigt war, oder ob der vom Entzug oder Konkurs betroffene Elternteil alleiniger Inhaber des Sorgerechts nach einer Sorgerechtsübertragung bei Trennung oder Scheidung war (vgl § 1678 Rz 3). Im Hinblick darauf, daß dem in § 1680 vorausgesetzten Sorgerechtsverlust eines Elternteils stets eine (konkrete oder generell unterstellte) Kindeswohlgefährdung zugrundeliegt, modifiziert § 1680 Abs 1 bei bislang gemeinsamem Sorgerecht der Eltern den (in §§ 1678 Abs 1, 1681 Abs 1 S 1 vorbehaltlos angeordneten) gesetzlichen Erwerb des Alleinsorgerechts durch den anderen Teil. Das VormG kann, wenn der Schutz der Kindesinteressen dies erfordert, den Erwerb korrigieren bzw verhindern (Abs 1 S 2; s Rz 9 ff); im Konkursfall bedarf es sogar erst einer konstitutiven Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Teil (Abs 1 S 3, 4; s Rz 17 ff).

#### 4 2. Normgeschichte

Die Vorschrift ist durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) neu eingeführt worden, sie trug der sorgerechtlichen Gleichstellung der Eltern Rechnung. Das Regelungsproblem wurde zunächst durch Verweisung auf § 1679 aF (betr die Folgen der Verwirkung) erledigt; mit dem Wegfall des Rechtsinstituts der Sorgerechts-Verwirkung im Rahmen der Sorgerechtsreform 1979 bedurfte es eines Ausbaus des § 1680 zu einer eigenständigen Norm (Art 1 Nr 26 SorgeRG). Die neue, jetzt gültige Fassung brachte gegenüber dem bisherigen Rechtszustand Änderungen und Klärungen (zT in Gleichschaltung der §§ 1678, 1680, 1681), dh (1) den *gesetzlichen* Erwerb des Alleinsorgerechts durch den nicht betroffenen Elternteil bei bislang gemeinsamem Sorgerecht (Abs 1); (2) die Ersetzung des automatischen Sorgerechtserwerbs durch konstitutive richterliche Übertragung, wenn der betroffene Elternteil nach Trennung oder Scheidung alleinsorgeberechtigt war (Abs 2); (3) die gesetzliche Suspendierung der Vermögenssorge auch des anderen Teils bei Konkurs des Gatten bis zur richterlichen Entscheidung (Abs 1 S 4); (4) gleichzeitig den Rechtsanspruch des anderen Elternteils auf die Vermögenssorge vorbehaltlich entgegenstehenden Kindeswohls (Abs 1 S 3; vgl Vorauff Rz 5).

### II. Gemeinsame Sorgeberechtigung beider Eltern, Abs 1

#### 5 1. Gemeinsame Sorgeberechtigung

Abs 1 setzt nicht eine intakte Ehe voraus (mißverständlich ERMAN-MICHALSKI Rz 1, 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4, 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Entscheidend ist, daß die Eltern bislang die elterliche Sorge oder jedenfalls den einem von ihnen entzogenen Sorgerechtsteil **gemeinsam innehatten**. Dies kann auch nach Auflösung der Ehe oder nach faktischer Trennung der Fall sein (Einzelheiten § 1678 Rz 8). Es genügt auch das nachträgliche Einrücken des Vaters in die Sorgeberechtigung auf Grund legitimierender Heirat mit der Kindesmutter (§§ 1719, 1626 ff), selbst wenn dieser das Sorgerecht schon zuvor entzogen worden ist (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181; DAVorm 1984, 1048, 1052).

#### 2. Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil, Abs 1 S 1, 2

##### 6 a) Gegenstand des Entzugs

Der Entzug des Sorgerechts muß auf einem der vorerwähnten Tatbestände beruhen (Rz 2) und sich auf die Personensorge, die Vermögenssorge oder beides (und damit

praktisch die gesamte elterliche Sorge) beziehen. Nach hM genügt auch der Entzug von **Teilbefugnissen** innerhalb der Personen- oder Vermögenssorge, zB des Aufenthaltsbestimmungsrechts (GERNHUBER § 49 VIII 14 mit Fn 48; SCHWAB, Familienrecht Rz 489; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 6; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; wohl auch BT-Drucks 8/2788, 65; zum früheren Recht OLG Hamm NJW 1960, 2239; BayObLG NJW 1962, 2204; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; zur entsprechenden Fragestellung bei Abs 2 s Rz 25). Da vor dem Entzug beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam innehatten, ist die jetzige Alleinsorge des anderen Elternteils für den entzogenen Teilbereich eine Selbstverständlichkeit und verfassungsrechtliches Gebot (Art 6 Abs 2 S 1 GG); Bedenken vom Kindeswohl her kann im Einzelfall gem Abs 1 S 2 Rechnung getragen werden. **Entscheidungskonflikte** zwischen den Eltern sind auch dann entspr § 1628 zu lösen, wenn die Streitfrage Sorgebereiche berührt, die teils dem einen, teils dem anderen Elternteil zustehen oder für die teils beide Eltern gemeinsam, teils ein Elternteil allein zuständig ist (vgl § 1673 Rz 28 mwN; s auch unten Rz 29).

### b) Grundsätzliche Alleinsorge des anderen Teils, Abs 1 S 1

7

Nach Abs 1 S 1 führt der Sorgerechtsentzug bei einem Elternteil **kraft Gesetzes zur Alleinsorge des anderen Teils**, dh zum Wegfall seiner bisherigen Ausübungsbindung gem §§ 1627–1629. Allerdings verpflichtet das Gesetz den Vormundschaftsrichter zur Prüfung, ob aus Gründen des Kindeswohls im Einzelfall eine abweichende Entscheidung notwendig ist (Abs 1 S 2). Zur Vermeidung einer möglicherweise kindesgefährdenden Zwischenphase bis zur abweichenden Entscheidung ist die **Prüfung nach Abs 1 S 2** deshalb schon **zusammen mit dem Entzug** gem §§ 1640 Abs 4, 1666 ff beim hauptbetroffenen Elternteil vorzunehmen – die gesetzliche Rechtsfolge des Abs 1 S 1 beruht demnach praktisch auf vorangegangener vormundschaftsgerichtlicher Unbedenklichkeitsprüfung (BT-Drucks 8/2788, 65 [„... bei einem Eingriff . . . zu prüfen . . .“]; MünchKomm-HINZ Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; vgl § 1666 Rz 145). Beide Verfahren sind miteinander zu verbinden – dies gibt dem VormG Gelegenheit, die nach § 1666 ins Auge gefaßten Maßnahmen auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Folgewirkungen gem § 1680 zu sehen und ggf anzupassen (BayObLG NJW 1962, 2204). Die Entzugsentscheidung nach §§ 1666 ff ist zweckmäßigerweise durch klarstellenden Ausspruch zu ergänzen, daß fortan der andere Elternteil das Sorgerecht allein ausübt (s § 1666 Rz 145).

Die gesetzliche Rechtsfolge des Abs 1 S 1 ist von dieser pflichtgemäßen Vorprüfung allerdings nicht abhängig, sie tritt mit dem Wirksamwerden des Entzugs bei einem Elternteil auch ein, wenn Erwägungen nach Abs 1 S 2 nicht angestellt wurden oder werden konnten (zB wegen erst nachträglichen Erwerbs des Sorgerechts durch den anderen Elternteil, vgl Rz 5). Die in Abs 1 S 4 angeordnete Schwebezeit bis zur vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung gilt nur für den Konkursfall gem Abs 1 S 3.

Implizite Voraussetzung des Abs 1 S 1 ist allerdings die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils. Auch ohne Beschluß nach Abs 1 S 2 tritt die **Rechtsfolge des Abs 1 nicht ein**, wenn der andere Elternteil tatsächlich oder rechtlich verhindert oder durch gerichtliche Entscheidung entrechtet worden ist (näher § 1678 Rz 10). Derartige Gesichtspunkte sind also nicht erst im Rahmen der Kindeswohlprüfung nach Abs 1 S 2 beachtlich.

## c) Abweichende Entscheidung aus Gründen des Kindeswohls, Abs 1 S 2

## 9 aa) Eingriffsvoraussetzungen

Der Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil beseitigt dessen Rechtsmacht hinsichtlich des Kindes, nicht aber notwendig auch seine **gefährdenden Einflüsse auf das Kind und den anderen Elternteil**. Die Abwehr dieser Einflüsse zum Schutz des Kindes fällt – bei Alleinsorge des anderen Teils gem Abs 1 S 1 – nunmehr in dessen alleinige und vorrangige Verantwortung, der entrechtete Gatte steht insoweit einem gefährdenden Dritten iS § 1666 Abs 1 S 1 gleich (§ 1666 Rz 142). Mit Abs 1 S 2 will das Gesetz der nicht ganz fernliegenden Möglichkeit Rechnung tragen, daß der andere Elternteil auf Grund seiner persönlichen Beziehungen zum gefährdenden Elternteil dieser Schutzfunktion nicht in gebotenem Maße genügt oder genügen kann. Um die Effektivität der gerichtlichen Maßnahmen zur Abwehr der schon eingetretenen Kindeswohlgefährdung zu sichern, können sich deshalb (gleichzeitig mit dem Entzug, Rz 7) auch Sorgerechtereingriffe beim anderen Elternteil als notwendig erweisen (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181).

- 10** Unklar ist die **Eingriffsgrenze gem Abs 1 S 2**. Der gesetzliche Wortlaut („erfordert“) deutet auf eine **Vorverlagerung** staatlichen Kindesschutzes gegenüber der allgemeinen Gefährdungsgrenze der §§ 1666 ff hin. Demgemäß entspricht es herrschender Auffassung, daß es für eine abweichende Entscheidung zwar noch nicht genüge, daß diese zweckmäßiger, dem Kindeswohl dienlicher sei; andererseits müßten *in der Person des anderen Elternteils* nicht die Voraussetzungen der §§ 1666 ff vorliegen (BT-Drucks 8/2788, 65; BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181; KG NJW 1965, 871; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7). Im Hinblick auf die absehbar fortdauernde Gefährdung durch den hauptbetroffenen Elternteil und die persönliche Verbundenheit der Eltern müsse sich auch der andere Elternteil eine Einschränkung seines Sorgerechts schon dann gefallen lassen, wenn das Kindeswohl dies erfordere (vgl KG aaO 872; BayObLG FamRZ 1974, 318, 320; GERNHUBER § 49 VIII 14). Auch unter verfassungsrechtlichem Aspekt sei diese Regelung nicht zu beanstanden (KG aaO; BayObLG FamRZ 1974, 318, 320 [jeweils zu §§ 1680, 1679 aF]).
- 11** Diese Auffassung ist **im Ergebnis richtig**, aber in der Begründung ungenau: **Abs 1 S 2 enthält keine Ausnahme von der allgemeinen Eingriffsgrenze der §§ 1666 ff**. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß eine *konkrete Kindesgefährdung* durch einen Elternteil *schon vorliegt* und in ihren Auswirkungen durch bloßen Sorgerechtsentzug bei diesem Elternteil nicht gebannt werden kann (deutlich BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 f) – sie besteht also fort. Des weiteren gehört es zur persönlichen Sorgeverantwortung jedes Elternteils, das Kind vor Gefährdungen durch andere Personen zu schützen. Dies gilt auch für Gefährdungen durch einen Elternteil – duldet der andere dessen Verhalten (zB Kindesmißhandlungen), so liegt in seiner Person ein *Versagen* vor, das nach allgemeinen Grundsätzen des § 1666 Abs 1 S 1 zu Sorgerechtereingriffen auch bei ihm Anlaß gibt (vgl BayObLG FamRZ 1984, 932 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258, 1259; LG Bamberg DAVorm 1984, 196, 198; § 1666 Rz 8, 74). Die Besonderheit bei § 1680 Abs 1 S 2 liegt allenfalls darin, daß für die (stets notwendige) Prognose künftigen Versagens das bisherige Verhalten des anderen Elternteils nicht unbedingt Indiz sein muß.

Mit dieser systematischen Einstufung von Abs 1 S 2 hat die hM nur deshalb Probleme, weil sie für § 1666 am überflüssigen (hier sogar hinderlichen) Merkmal „elterlicher Pflichtwidrigkeit“ festhält (so deutlich bei MünchKomm-HINZ Rz 9; zur Pflichtwidrigkeit bei § 1666 s dort Rz 17 ff; zum hier vertretenen Verständnis des § 1680 Abs 1 S 2 s § 1666 Rz 50; HARMS, Die Funktion des elterlichen Fehlverhal-

tens als Voraussetzung für Eingriffe in das Personensorgerecht [Diss Freiburg 1988] 164).

Aus diesem Normverständnis folgt, daß Abs 1 S 2 **beschränkt ist auf die „Ausstrahlungs- 12  
wirkungswirkungen“ der Kindesgefährdung** durch den hauptbetroffenen Elternteil, es handelt sich um eine **Sonderausprägung der Versagensalternative des § 1666 Abs 1 S 1**. Damit nicht zusammenhängende Eignungsmängel in der Person des anderen Elternteils können nur nach den allgemeinen Kriterien des § 1666 Beachtung finden (so zutr KG NJW 1965, 871, 872; GERNHUBER § 49 VIII 14; MünchKomm-HINZ Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; undeutlich LG Bamberg DAVorm 1984, 196, 198; eine ältere Gegenauffassung [DÖLLE § 96 Fn 23; DONAU in Vorauf § 1679 Rz 11] dürfte überholt sein). Sachlich folgt daraus jedoch, im Gegensatz zur hM, kein wesentlicher Unterschied (auch ohne Abs 1 S 2 wäre die Rechtslage im wesentlichen die gleiche, vgl § 1678 Rz 10).

Ob das **Kindeswohl im Einzelfall** einen Eingriff gem Abs 1 S 2 in das Sorgerecht 13 auch des anderen Elternteils erfordert, hängt demnach von der Frage ab, ob bei dessen Alleinsorge fortdauernde gefährdende Einflüsse durch den entrechteten Elternteil zu besorgen wären, die abzuwehren der Alleinsorgeberechtigte nicht willens oder in der Lage ist (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 f). Leben die Eltern getrennt, wird diese Gefahr wesentlich geringer sein (GERNHUBER § 49 VIII 14; BELCHAUS Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 9).

#### bb) Entscheidungsinhalt und -folgen

14

Erweist sich eine Beschränkung des Sorgerechts auch des anderen Elternteils als notwendig, so muß diese nicht deckungsgleich mit dem Entzug beim hauptbetroffenen Elternteil sein. Entsprechend dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (§ 1666 a analog) sind vorrangig öffentliche Hilfen zu gewähren und im übrigen die mildesten Eingriffe zu wählen, die geeignet sind, der Gefährdungsausstrahlung durch den Gatten vorzubeugen (OLG Hamm FamRZ 1967, 416, 417; GERNHUBER § 49 VIII 14; MünchKomm-HINZ Rz 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8). Auf dem Gebiet der Vermögenssorge kommen insoweit auch Maßnahmen nach **§ 1667 Abs 1–4** in Betracht, im gesamten Sorgebereich kann eine **Aufsichtspflegschaft** genügen (so offenbar KG NJW 1965, 871, 872; zur Aufsichtspflegschaft s § 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194).

Soweit gem Abs 1 S 2 auch in das Sorgerecht des anderen Elternteils eingegriffen 15 werden muß, ist für die Sorgeteile, die *beiden* Eltern entzogen sind, nach allgemeinen Grundsätzen ein **Pfleger oder Vormund** zu bestellen (§§ 1909, 1773; einer entsprechenden Anwendung des [überflüssigen] Abs 2 S 2 bedarf es nicht, anders MünchKomm-HINZ Rz 10; vgl Vorbem 5 zu § 1673 ff). Ist der Entzug bei einem Elternteil weitergehend als die Sorgerechtsbeschränkung gem Abs 1 S 2 beim anderen Elternteil, kommt es zu einer Kombination von Abs 1 S 1 und S 2.

Durch Beschränkungen nach § 1667 Abs 1–4 kann weitergehend sogar die Alleinsorge des anderen Elternteils nach Abs 1 S 1 ermöglicht werden.

#### cc) Änderungen; Wegfall der Eingriffsvoraussetzungen

16

Maßnahmen nach Abs 1 S 2 können **auch noch später** getroffen werden, wenn sich – entgegen der ursprünglichen Erwartung des VormG – doch zeigt, daß der gefährdende Elternteil weiterhin auf das Kind (uU mittelbar über den Alleinsorgeberechtigten) einzuwirken vermag.

Umgekehrt sind Beschränkungen nach Abs 1 S 2 entspr § 1696 Abs 2 (als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips) sofort **vAw aufzuheben oder zu ändern**,

wenn gefährdende Einflüsse durch den hauptbetroffenen Elternteil nicht mehr zu befürchten sind (etwa wegen Trennung der Eltern; GERNHUBER § 47 VIII 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 6). Das gleiche gilt, wenn der Sorge-rechtsentzug beim hauptbetroffenen Elternteil aufgehoben wird; der Wegfall der Gefahrenquelle muß zur Aufhebung auch der Beschränkungen nach Abs 1 S 2 führen (auch hier sind beide Verfahren miteinander zu verbinden, vgl Rz 7). Bei Alleinsorge des anderen Teils gem Abs 1 S 1 wird dieser bei gutem Glauben entspr § 1698 a geschützt.

### 3. Ende der Vermögenssorge bei Konkurs, Abs 1 S 3, 4

#### 17 a) Gesetzliche Konzeption

Nach § 1670 Abs 1 *endet* die Vermögenssorge eines Elternteils ipso iure, wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird oder er selbst den Eröffnungsantrag stellt. Nach § 1680 Abs 1 S 4 *lähmt* der Verlust der Vermögenssorge durch den Gemeinschuldner ohne weiteres zunächst auch die Vermögenssorge des anderen Elternteils, allerdings hat das VormG gem Abs 1 S 3 *konstitutiv* anzuordnen, daß dem anderen Elternteil die Vermögenssorge allein zusteht, wenn die Kindesinteressen dem nicht widersprechen.

Im Vergleich zu Abs 1 S 1, 2 ist die Grundsituation damit gewissermaßen umgekehrt (GERNHUBER § 49 VIII 14): Statt gesetzlicher Regelzuweisung an den anderen Elternteil mit dem Vorbehalt richterlichen Eingriffs hier gesetzliche Entrechtung als Regelfall vorbehaltlich richterlicher Zuweisung bei Unbedenklichkeit. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß die (gem § 1670 Abs 1 unwiderleglich vermutete) Gefährdung des Kindesvermögens durch den Konkurselternteil (§ 1670 Rz 1) regelmäßig auch noch fortbesteht bei alleiniger Vermögenssorge des anderen Elternteils (BT-Drucks 8/2788, 65). Ob diese Erwartung (im Vergleich zu Abs 1 S 1, 2) begründet ist, kann dahinstehen; jedenfalls rechtfertigt sich der vorsichtigere Schutzansatz des Abs 1 S 3, 4 daraus, daß wegen der *gesetzlichen* Beendigung der Vermögenssorge beim Konkurselternteil gem § 1670 Abs 1 eine der Alleinsorge des anderen Elternteils vorgeschaltete richterliche Kontrolle wie in Entzugsfällen (oben Rz 7) nicht möglich ist.

Kinderschutz und Elternrecht gelangen nach zunächst rigoroser Intervention des Gesetzes wieder in ein ausgewogenes Verhältnis dadurch, daß dem anderen Elternteil ein **Rechtsanspruch** auf Zuweisung der alleinigen Vermögenssorge gem Abs 1 S 3 zusteht, sofern nicht die Vermögensinteressen des Kindes einen Eingriff auch in seine Vermögenssorge konkret rechtfertigen (s Rz 19; BT-Drucks 8/2788, 65 f; MünchKomm-HINZ Rz 11). Insoweit ist die Rechtsstellung des anderen Elternteils der in §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2 vergleichbar.

#### 18 b) Rechtsstellung des anderen Elternteils

*Vor der Entscheidung* des VormG gem Abs 1 S 3 „kann der andere Elternteil die Vermögenssorge nicht ausüben“ (Abs 1 S 4), dh er behält die Vermögenssorge zwar der Substanz nach, ist aber an ihrer Ausübung **rechtlich verhindert** (wie bei Ruhen der elterlichen Sorge, § 1675; vgl GERNHUBER § 49 VIII 14: „Suspensiveffekt“).

Die Zeit *bis zur Entscheidung* kann erforderlichenfalls mit **vorläufiger Anordnung** bezüglich der Ausübung der Vermögenssorge überbrückt werden (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7).

Im Falle einer **Zuweisung der alleinigen Vermögenssorge** gem Abs 1 S 3 endet ex nunc ihre Suspensierung beim anderen Elternteil, gleichzeitig wird er von der Ausübungsbindung der §§ 1627–1629 befreit (zu Abs 2 s unten Rz 29).

Entscheidet das VormG gegen den anderen Elternteil und bestellt es einen **Vermögenspfleger** für das Kind, so *verliert* der andere Elternteil das bis dahin nur suspendierte Vermögenssorgerecht.

### c) Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gem Abs 1 S 3

19

Das VormG hat zu prüfen, ob der regelmäßig gebotenen Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil im Einzelfall die Kindesinteressen entgegenstehen. Der Sache nach gilt das gleiche wie bei der Entscheidung nach Abs 1 S 2 (oben Rz 9, 13). Maßgebend ist

- (1) die hinsichtlich des Gemeinschuldners generell vermutete (Rz 17), hinsichtlich des anderen Elternteils jedoch konkret festzustellende **Gefährdung des Kindesvermögens** durch Übergriffe des Gemeinschuldners sowie
- (2) die Prognose, daß der **andere Elternteil** als alleiniger Inhaber der Vermögenssorge diese Übergriffe **nicht verhindern will oder kann**.

Ausschließliches Thema des Abs 1 S 3 ist (voraussichtliches) elterliches Versagen bei der Abwehr der vom Gemeinschuldner drohenden Vermögensgefährdung, auf seine Mitschuld an den bisherigen Vermögensschwierigkeiten kommt es nicht an (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1969, 429 zu §§ 1680, 1679 aF). Andere Eignungsmängel in der Person des anderen Elternteils sind nur im Rahmen des § 1667 zu berücksichtigen.

Beschränkungen der Vermögenssorge des anderen Elternteils unterstehen dem **20** Prinzip der **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit**. Genügen Sicherungsmaßnahmen nach § 1667 Abs 1–4, sind diese gleichzeitig mit der alleinigen Vermögenssorge des anderen Elternteils anzuordnen (MünchKomm-HINZ Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12). Bezieht sich die Übergriffsgefahr nur auf **einzelne Vermögensgegenstände**, so ist auch eine Pflegschaftsanordnung entsprechend zu begrenzen (MünchKomm-HINZ Rz 11), im übrigen die alleinige Vermögenssorge des anderen Elternteils anzuordnen. Auch sonst ist Teilentzug der Vermögenssorge dem Vollentzug beim anderen Elternteil vorzuziehen. Soweit dem anderen Elternteil die alleinige Vermögenssorge nicht zugewiesen werden kann, ist für das Kind ein **Vermögenspfleger** (§ 1909 Abs 1) zu bestellen.

### d) Spätere Änderungen

21

Hat das VormG dem anderen Elternteil die alleinige Vermögenssorge zugewiesen, stellt sich dann aber eine **Gefährdung der Vermögensinteressen** des Kindes heraus, so ist nach §§ **1696 Abs 1, 1667** vorzugehen (§ 1680 Abs 1 S 3 bietet keine Eingriffsmöglichkeit).

War zunächst ein Pfleger bestellt worden, fällt aber (bei Fortdauer des Konkurses) die **Gefahr** von Vermögensübergriffen des Gemeinschuldners **weg** (etwa wegen Trennung der Eltern, vgl MünchKomm-HINZ Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 11), so ist gem §§ 1696 Abs 2, 1919 die **Pflegschaft aufzuheben** und entspr § 1680 Abs 1 S 3 die **Vermögenssorge dem anderen Elternteil zu übertragen**.

Die **Beendigung des Konkursverfahrens** oder **Zurückweisung des Eröffnungsantrags** **22** führt nicht kraft Gesetzes zum Wiederaufleben der Vermögenssorge des betroffenen Elternteils, seine Vermögensschwierigkeiten können fortbestehen. Deshalb ermöglicht § 1670 Abs 2 nur die konstitutive richterliche Rückübertragung nach vorangegangener Kindeswohlprüfung (s § 1670 Rz 10). Demgemäß bleibt bis zu

dieser Entscheidung auch die sorgerechtliche Situation bestehen, die durch Beschluß nach § 1680 Abs 1 S 3 geschaffen worden war (einschl einer Pflegerbestellung).

Erfolgt die Rückübertragung nach § 1670 Abs 2, so lebt – bei bislang alleiniger Vermögenssorge des anderen Teils – dessen Ausübungsbindung gem §§ 1627–1629 automatisch wieder auf. War gem §§ 1680 Abs 1 S 3, 1909 Abs 1 ein Pfleger bestellt worden, so ist **mit dem Beschluß nach § 1670 Abs 2 die Pflegschaft aufzuheben**, mit der Wiedererlangung der Vermögenssorge durch den konkursbetroffenen Elternteil erwirbt auch der andere Elternteil die Vermögenssorge ipso iure zurück (§ 1670 Rz 11).

Das gleiche gilt, wenn die Rückübertragung mit sichernden Maßnahmen nach § 1667 Abs 1–4 verbunden wird (vgl § 1670 Rz 10); in sie ist ggf auch der andere Elternteil einzubeziehen.

### III. Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge beim alleinsorgeberechtigten Elternteil, Abs 2

#### 23 1. Gesetzliche Konzeption

Die gesetzliche Konzeption bei Ausfall eines nach Trennung oder Scheidung alleinsorgeberechtigten Elternteils ist in §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 und 1681 Abs 1 S 2 die gleiche, nur der Ausfallgrund ist jeweils ein anderer. Demgemäß gilt auch hier: **Kein automatischer Rechtsübergang** auf den anderen, bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil, sondern nur Möglichkeit der **konstitutiven Übertragung durch Richterakt** vAW nach vorheriger Kindeswohlprüfung; jedoch **Übertragungsanspruch** des anderen Elternteils, soweit nicht die Kindesinteressen im Einzelfall dem entgegenstehen (s § 1678 Rz 12, 18; § 1681 Rz 8; vgl BT-Drucks 8/2788, 66; Münch-Komm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 14).

#### 2. Tatbestandliche Voraussetzungen

#### 24 a) Alleiniges Sorgerecht des betroffenen Elternteils

Die bisherige Alleinsorgeberechtigung des betroffenen Elternteils muß nicht auf einer Entscheidung gem §§ 1671, 1672 beruhen, als Grundlage genügen auch **einstweilige oder vorläufige Anordnungen, Änderungsentscheidungen** nach §§ 1696, 1671, 1672 sowie alle sonstigen Fälle, in denen ein nichtsorgeberechtigter, aber sorgerechtsfähiger anderer Elternteil zur Sorgeübernahme latent bereitsteht (Einzelh § 1678 Rz 13, 14).

#### 25 b) Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge gem § 1670 Abs 1

Die Entzugs- oder Beendigungstatbestände sind dieselben wie bei Abs 1 (Rz 2). Fraglich ist jedoch, ob auch bei Entzug nur von **Teilbefugnissen** der Personen- oder Vermögenssorge deren Übertragung auf den anderen Elternteil in Betracht kommt (**bejahend** BayObLG FamRZ 1985, 635, 636 f [Aufenthaltsbestimmungsrecht, schulisches Vertretungsrecht]; BayObLGZ 1979, 300 ff; KG FamRZ 1971, 267, 269 [beide zu §§ 1680, 1679 aF, betr das Aufenthaltsbestimmungsrecht]; MünchKommHINZ Rz 13, 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9 [zurückhaltend]; **ablehnend** LG Berlin FamRZ 1985, 965; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 14; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1162; zur Fragestellung im Rahmen von Abs 1

s Rz 6). Dies würde zur sachlichen Aufspaltung des Sorgerechts zwischen geschiedenen oder getrennten Eltern führen, die über das in § 1671 Abs 4 S 2 zugelassene Ausmaß hinausgehen und die dort als tendenziell kindeswohlwidrig abgelehnt wurden (§ 1671 Rz 47). Demgemäß wurde auch zu § 1678 Abs 2 die Auffassung vertreten, daß partielles Ruhen für eine Übertragung nach dieser Vorschrift nicht ausreicht, der richtige Lösungsweg vielmehr in §§ 1696, 1671, 1672 zu suchen sei (§ 1678 Rz 20). In Entzugsfällen des § 1680 Abs 2 liegt eine Sorgerechtsänderung sogar in besonderem Maße nahe, so daß im Prinzip hier das gleiche gelten müßte.

Dennoch ergibt sich hier eine andere Beurteilung im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung in § 1680 Abs 2: Anders als bei § 1678 Abs 2 ist für die Übertragung nach § 1680 Abs 2 das VormG, für eine Sorgerechtsänderung des FamG zuständig. Damit enthält § 1680 Abs 2 eine gesetzliche Ausnahme von der grundsätzlichen Kompetenzabgrenzung zwischen FamG und VormG, wie sie von der hM für die naheheliche Familie vertreten wird (§ 1666 Rz 40–43; s noch unten Rz 32). Diese Zuständigkeitsregelung in § 1680 Abs 2 ermöglicht es immerhin dem VormG, den Entzug beim alleinsorgeberechtigten Elternteil mit der Prüfung nach Abs 2 sowie ggf der Übertragung oder Pflegerbestellung zu verbinden, es entsteht keine „Sorgerechtslücke“. Der Dualismus von familiengerichtlicher und vormundschaftsgerichtlicher Zuständigkeit für die Familie nach Scheidung ist eine systemimmanente Schwäche des geltenden Rechts, sie muß im Interesse angemessenen Kindesschutzes hingenommen werden. Im **Ergebnis** kann das VormG nach Abs 2 also auch Teilbereiche des Sorgerechts dem anderen Elternteil übertragen – der Sache nach wird sich eine solche Übertragung aber regelmäßig nur als *Zwischenlösung* bei der familiengerichtlichen Sorgerechtsänderung darstellen (Rz 32).

### c) Kindeswohlprüfung

26

Voraussetzung der Prüfung, ob das konkrete Kindeswohl der regelmäßig gebotenen Übertragung widerspricht, ist die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils, dh er darf nicht seinerseits entrechtet oder verhindert sein (Einzelh § 1678 Rz 25).

Als der Übertragung entgegenstehende **Kindeswohl-Gesichtspunkte** kommen auch **27** hier (vgl § 1678 Rz 26; § 1681 Rz 11) vor allem *Eignungsmängel* des anderen Elternteils in Betracht (wozu auch nachhaltiges Desinteresse gehört, vgl BT-Drucks 8/2788, 66) oder eine erhaltungsbedürftige *psychosoziale Bindung des Kindes an Dritte*, zB einen Stiefelternteil. Im zweiten Fall ist allerdings – analog Abs 1 S 2, 3 – zu prüfen, ob nicht wegen der persönlichen Verbundenheit des Stiefelternteils mit dem vom Entzug betroffenen Elternteil eine Fortdauer der von diesem Elternteil ausgehenden Gefährdungswirkungen zu besorgen ist. Zwischen den Eltern selbst wird diese Gefahr angesichts ihrer Trennung regelmäßig nicht bestehen (MünchKomm-Hinz Rz 14).

Auch alle anderen allgemein anerkannten Kindeswohlkriterien (einschl des Kindeswillens) sind daneben zu beachten (vgl § 1671 Rz 70 ff, 115 ff).

Die **Eingriffsgrenze**, von der an wegen entgegenstehender Kindesinteressen die **28** Übertragung abgelehnt werden kann, ist gegenüber dem allgemeinen Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff) **vorverlagert**, eine Kindeswohl*gefährdung* beim anderen Elternteil braucht nicht zu bestehen (näher § 1678 Rz 26). Zur jugendhilferechtlichen Bemühungspflicht gem § **37 Abs 1 KJHG** bei Nichtübertragung auf den anderen Elternteil s § 1678 Rz 27.

### 29 3. Die richterliche Entscheidung und ihre Wirkungen

Die **Übertragung des Sorgerechts** nach Abs 2 wirkt wie eine **Sorgerechtsänderung**, auch wenn sie dem Entzug beim bisher Sorgeberechtigten nachfolgt (vgl MünchKomm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 15). Bei Übertragung nur der Personen- oder Vermögenssorge ist es Sache des FamG, im Rahmen von § 1696 Abs 1 zu überprüfen, ob diese Teilung des elterlichen Sorgerechts im Lichte des § 1671 Abs 4 S 2 Bestand haben kann (vgl § 1671 Rz 42 ff) oder ob dem anderen Elternteil auch das übrige Sorgerecht zuzuweisen ist. Entscheidungskonflikte bei geteilter Sorgerechtszuständigkeit sind nicht entspr § 1630 Abs 2, sondern entspr § 1628 zu lösen (s Rz 6).

**30 Fallen die Entzugsgründe** beim entrechteten Elternteil **später weg**, rückt dieser weder automatisch in seine frühere Rechtsstellung wieder ein noch ist die Übertragung auf den anderen Teil ohne weiteres aufzuheben (unklar SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). Eine Rückübertragung kommt allenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen für Änderungsentscheidungen (§ 1696 Abs 1, FamG) in Betracht (vgl § 1678 Rz 29; § 1681 Rz 25).

**31 Lehnt das VormG** eine Übertragung der entzogenen Sorgerechtsbefugnisse auf den anderen Elternteil gem Abs 2 S 1 ab, so ist dem Kind insoweit ein **Vormund oder Pfleger** zu bestellen (Abs 2 S 2, vgl oben Rz 15; Vorbem 5 zu §§ 1673 ff; § 1678 Rz 26).

### 32 IV. Verhältnis zu § 1696

Famliengerichtliche Änderungsentscheidungen gem § 1696 Abs 1 bleiben neben § 1680 nicht nur uneingeschränkt möglich, sondern sind sogar vorrangig (vgl MünchKomm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5, 15): Sie beruhen auf einer Gesamtwürdigung der Familiensituation und einer umfassenden Abwägung der elterlichen Betreuungsalternativen; sie können die Sorgerechtsverhältnisse grundlegend neu ordnen. Die Übertragungsentscheidung gem § 1680 Abs 2 (auch nach Abs 1 S 3, wenn den Eltern nach Scheidung das Sorgerecht gemeinsam belassen worden ist) oder der Übergang nach Abs 1 S 1 sind notwendig auf die entzogenen Sorgerechtsbefugnisse beschränkt, die vormundschaftsgerichtliche Kindeswohlkontrolle ist stets auf die Fragestellung verkürzt, ob dem Regelübergang konkrete Kindesinteressen entgegenstehen (Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 1; vgl auch § 1678 Rz 30). Im Hinblick auf die unterschiedlichen Zuständigkeiten nach § 1680 und § 1696 bleibt den vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen nach der ersten Vorschrift jedoch die Funktion, schon vor der (stets notwendigen) Abgabe an das FamG eine (nicht rechtlich, aber sachlich) provisorische und uU thematisch begrenzte Neuordnung der Sorgerechtskompetenzen zu schaffen.

### 33 V. Zuständigkeit und Verfahren

Die **örtliche Zuständigkeit** des VormG für Entscheidungen nach Abs 1 S 2, 3 und Abs 2 S 1, 2 folgt aus §§ 43, 36 FGG (Richtervorbehalt, § 14 Nr 15 RPflG). Zur sachlichen Zuständigkeit in Abgrenzung zum FamG s Rz 25, 32.

Das **Verfahren** ist **von Amts wegen** einzuleiten und mit dem Entzugsverfahren zu verbinden (Rz 7). Vom Tatbestand des § 1670 Abs 1 ist dem VormG durch das AG Mitteilung zu machen (§ 50 Abs 1 FGG). Die Ermittlungen erfolgen ebenfalls vAw (§ 12 FGG). Das Jugendamt ist anzuhören gem § 49 Abs 1 Nr 1 Buchst h FGG (auch wenn nur die Vermögenssorge betroffen ist), die Eltern und das Kind gem

§§ 50 a, 50 b FGG. Ist das Kind bisher nur im Entzugsverfahren gegen den gefährdenden Elternteil gehört worden, so bedarf es seiner erneuten Anhörung, wenn der Entzug auch beim anderen Elternteil gem Abs 1 S 2 in Frage steht (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 f).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 94 Abs 1 Nr 4, Abs 3 KostO.

## VI. Internationales Privatrecht

34

Vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen nach Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 1, 2 sind „Schutzmaßnahmen“ iS Art 1 Haager MSA, nicht jedoch der gesetzliche Sorge-rechtsübergang gem Abs 1 S 1, selbst wenn er sich nach vormundschaftsgerichtlicher Vorkontrolle vollzieht. **International zuständig** für Entscheidungen sind deutsche VormG also stets, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, bei Eilmaßnahmen gem Art 9 MSA genügt schlichter Aufenthalt. Die Entscheidungen unterstehen dann **deutschem Recht** (Art 2 MSA). Das Heimatrecht des Kindes ist gem Art 3 MSA zu beachten; es kann allerdings außer Betracht bleiben, wenn eine Kindesgefährdung iSd Art 8 MSA vorliegt (vgl BGHZ 60, 68, 73 [sogar Regelfall]; BayObLG FamRZ 1991, 216, 218 = ZfJ 1991, 74, 75).

### § 1681

**Ist ein Elternteil gestorben, so steht die elterliche Sorge dem anderen Teil allein zu. War der verstorbene Elternteil nach den §§ 1671, 1672 sorgeberechtigt, so hat das Vormundschaftsgericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht. Eine Vormundschaft oder Pflegschaft nach § 1671 Abs. 5 oder nach § 1672 Satz 1 in Verbindung mit § 1671 Abs. 5 bleibt bestehen, bis sie vom Gericht aufgehoben wird.**

**Das gleiche gilt, wenn die elterliche Sorge eines Elternteils endet, weil er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt worden ist. Lebt dieser Elternteil noch, so erlangt er die elterliche Sorge dadurch wieder, daß er dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt, er wolle sie wieder ausüben. Ist seine Ehe durch Wiederverheiratung seines Ehegatten aufgelöst, so gilt § 1671 Abs. 1 bis 5 entsprechend.**

Art 1 Nr 22 GleichberG; Art 1 Nr 31, 1. EheRG; Art 1 Nr 27, Art 9 § 2 Nr 3 SorgeRG.

### Systematische Übersicht

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>I. Allgemeines</b></p> <p>1. Normbedeutung, Überblick 1</p> <p>2. Gesetzesgeschichte 3</p> <p><b>II. Tod, Feststellung der Todeszeit oder Todeserklärung eines Elternteils, Abs 1, Abs 2 S 1</b></p> <p>1. Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern. Abs 1 S 1, Abs 2 S 1 4</p> <p>2. Tod des nach Scheidung oder Trennung alleinsorgeberechtigten Elternteils. Abs 1 S 2 8</p> <p>a) Zweck der Regelung 8</p> <p>b) Voraussetzungen der Übertragung 9</p> <p>c) Die Übertragungsentscheidung 10</p> <p>aa) Kindeswohlprüfung 10</p> | <p>bb) Nichtübertragung 13</p> <p>cc) Zuständigkeit und Verfahren 14</p> <p>3. Bei Tod bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft, Abs 1 S 3 15</p> <p>a) Vormundschaft oder Pflegschaft gem (§ 1672 iVm) § 1671 Abs 5 15</p> <p>aa) Normbedeutung 15</p> <p>bb) Reichweite und Maßstab der familiengerichtlichen Entscheidung 16</p> <p>b) Vormundschaft oder Pflegschaft aus anderen Gründen 18</p> <p>aa) Vor oder nach Erlass einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung 18</p> <p>bb) Fehlen einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung 19</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

**4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft**

c) Zuständigkeit und Verfahren für Entscheidungen gem Abs 1 S 3 20

b) Erklärung gegenüber dem VormG: Abgabe und Wirkung 23

c) Rückkehr des zuvor alleinsorgeberechtigten Elternteils 25

**III. Rückkehr des fälschlich für tot erklärten Elternteils, Abs 2 S 2,3**

1. Überblick 21
  2. Wiedererlangung der elterlichen Sorge durch Erklärung gegenüber dem VormG, Abs 2 S 2 22
- a) Voraussetzungen 22

3. Zwischenzeitliche Eheauflösung durch Neuheirat des anderen Elternteils, Abs 2 S 3 26

**IV. Internationales Privatrecht 28**

**Alphabetische Übersicht**

Amtsermittlungsgrundsatz 14, 20

Anhörung 14, 20

Aufhebung der Ehe 5, 27

Auflösung der Ehe durch Neuheirat 21, 26

Aufspaltung der elterlichen Sorge 15

Ausübungsbindung 5, 24

Beziehungsnetz 8, 11 f

Bezugsperson 11 ff

Bindung 11 f, 15, 25

Einstweilige Anordnung 9, 26

Elternrecht 8

Entfremdung 7 f, 10

Feststellung des Todeszeitpunkts 1 f, 4, 9

Gemeinsame Sorge nach Scheidung 5, 7

Geschiedene Eltern 2, 5, 8 ff, 15 ff, 22, 25

Getrennt lebende Eltern 2, 5, 7 ff, 15 ff, 22, 25

Großeltern 8, 11 f

Gutgläubensschutz 24

Haager MSA 28

Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 7 f, 24

IPR 28

Jugendamt 14, 20

Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 13

Kindeswille 12, 15

Kindeswohl 10, 21

– als Eingriffslegitimation 10

– als Entscheidungsmaßstab 11

– als Verfahrensrichtlinie 15, 17

Kindeswohlgefährdung 7 f, 10, 15 f, 19

Kindeswohlkriterien 11 f, 25

Kontinuität 11, 15, 25

Nichtigerklärung der Ehe 5

Partner 11

Pflegschaft 2, 5 f, 9, 13, 15, 17 ff

– Aufhebung 15, 17, 19

Plazierungswechsel 7 f, 10 ff

Rechtliche Verhinderung 1, 5, 18

Rückkehr des für tot Erklärten 2, 21 ff

Schuld 10 f

Schule 11

Sorgerechtsänderung gem § 1696 iVm

1671, 1672 9, 15 ff, 25

Sorgerechtsentzug 1, 7, 9, 18 f

– Teilentzug 5, 15

Sorgerechtsfähigkeit 2, 6, 9, 15, 19

Stiefelternteil 8, 11 f

Tatsächliche Verhinderung 1, 6, 18

Tod eines Elternteils 1 f, 4, 9, 19

Todeserklärung 1 f, 4, 9

Übereinstimmender Elternvorschlag 27

Umgewöhnung 11

Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs 4) 7, 24

Vorläufige Anordnung 9

Vormundschaft 2, 6, 9, 13, 15 f, 18 f, 22, 24

– Aufhebung 16, 18 f

– Beendigung ex lege 24

Wiedererlangung der elterlichen Sorge 21 ff

Wiederheirat des überlebenden Elternteils 21, 26

Zuständigkeit

– internationale 28

– örtliche 14, 20

– sachliche 2, 14 ff, 20, 23, 27

## I. Allgemeines

### 1. Normbedeutung, Überblick

1

Der Tod eines Elternteils führt zum Ende seines Sorgerechts – das Gesetz spricht diese Selbstverständlichkeit nicht ausdrücklich aus (vgl § 1677 Rz 1). Gleiches gilt gem § 1677 für die Todeserklärung sowie die Feststellung der Todeszeit nach dem VerschG. § 1681 Abs 1, Abs 2 S 1 regelt nun in Ergänzung dieser Grundsätze die **sorgerechtliche Position des anderen Elternteils** (und bezeichnet damit mittelbar Möglichkeiten und Grenzen einer Drittsorge für das Kind). Insoweit steht die Vorschrift neben den (im wesentlichen) strukturgleichen §§ 1678, 1680, die andere Ausfallgründe eines Elternteils zum Ausgangspunkt nehmen (Verhinderung, Sorgerechtsentzug; vgl Vorbem 3, 4 zu § 1673 ff).

Wie in den Parallelvorschriften erstarkt bei *bislang gemeinsamem Sorgerecht der Eltern* die Rechtsstellung des überlebenden Teils zur *Alleinsorge* (Abs 1 S 1, s Rz 4 ff); ist der nach Trennung oder Scheidung *alleinsorgeberechtigte Elternteil* gestorben, tritt an die Stelle des gesetzlichen Übergangs die kontrollierte vormundschaftsgerichtliche *Übertragungsmöglichkeit* (Abs 1 S 2, s Rz 8 ff). Beides gilt nur unter der Voraussetzung grundsätzlicher Sorgerechtsfähigkeit des überlebenden Elternteils; war letzterer schon vom FamG gem § 1671 Abs 5 *entrechtet* worden, hat dieses nunmehr (statt des VormG) auch über die Aufhebung der früheren Sorgerechtsbeschränkungen und damit die sorgerechtliche Stellung des überlebenden Elternteils zu entscheiden (Abs 1 S 3, s Rz 15 ff).

Die **sorgerechtliche Position des betroffenen Elternteils selbst** regelt Abs 2 S 2, 3 für den Fall, daß dieser nach Todeserklärung oder Feststellung der Todeszeit unerwartet zurückkehrt (Rz 21 ff).

### 2. Gesetzesgeschichte

3

Die Vorschrift, ursprünglich nur betreffend die Beendigung der Vermögensverwaltung, ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) neu gefaßt worden als sachliche Zusammenfassung der früheren Regelungen in §§ 1684 Abs 1 Nr 1, 1679 Abs 2 sowie § 40 EheG 1946 (zum Inhalt dieser Vorschriften s Vorauf Rz 1). Das 1. EheRG (Art 1 Nr 31) paßte Abs 2 S 3 dem Wegfall des Schuldprinzips bei Scheidung an; das SorgeRG fügte in Abs 1 die Sätze 2 und 3 hinzu (Art 1 Nr 27) und nahm terminologische Anpassungen vor (Art 9 § 2 Nr 3).

## II. Tod, Feststellung der Todeszeit oder Todeserklärung eines Elternteils, Abs 1, Abs 2 S 1

### 1. Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern, Abs 1 S 1, Abs 2 S 1

4

Stirbt von zwei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ein Teil, so **erstarkt das Sorgerecht des überlebenden Teils ipso iure zur Alleinsorge** (entspr Regelungen in §§ 1678 Abs 1, 1680 Abs 1 S 1). Dem Tod insoweit gleichgestellt ist die Todeserklärung gem §§ 2, 9 VerschG und die Feststellung des Todeszeitpunkts gem §§ 39, 41 VerschG.

Das **Erfordernis gemeinsamer Sorgeberechtigung vor Wegfall eines Elternteils** 5 ergibt sich – nach Einfügung der Sätze 2 und 3 – implizit aus S 1 sowie aus der systematischen Zugehörigkeit dieser Regelung zum 5. Titel „Elterliche Sorge für eheliche Kinder“, §§ 1626 ff, hier insbes §§ 1627–1629 (so im Ergebnis auch Münch-

Komm-HINZ Rz 5; vgl § 1678 Rz 8; § 1680 Rz 5). War das Sorgerecht nur **teilgemeinsam**, beschränkt sich der gesetzliche Übergang gem Abs 1 S 1 auf diesen Teilbereich: War zB nach teilweisem Sorgerechtsentzug bei einem Elternteil der andere Teil insoweit alleinsorgeberechtigt (§ 1680 Abs 1 S 1), so erwirbt bei dessen Tod der teilweise entrechtete Elternteil nicht gem Abs 1 S 1 das volle Sorgerecht, sondern nur das Alleinsorgerecht auf dem bislang gemeinsamen Sorgegebiet – im übrigen ist in entsprechender Anwendung von Abs 1 S 3 der Fortbestand des Entzugs zu prüfen und ggf ein Pfleger zu bestellen (vgl MünchKomm-HINZ Rz 6).

Gemeinsames Sorgerecht iSv Abs 1 S 1 besteht auch bei *getrennt lebenden Ehegatten*, solange keine Sorgerechtsregelung getroffen worden ist (nach § 1672 oder durch einstweilige bzw vorläufige Anordnung); es besteht nach *Aufhebung* oder *Nichtigerklärung* der Ehe bis zur Sorgerechtsregelung (§ 1671 Abs 6; § 37 Abs 1 EheG iVm § 1671 Abs 1), im Falle des § 1681 Abs 2 S 2, 3 bis zur familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung (vgl Rz 26) sowie bei *Belassung des gemeinsamen Sorgerechts* durch familiengerichtliche Entscheidung gem § 1671 Abs 3 S 1 (KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; vgl § 1671 Rz 158 ff).

- 6 Voraussetzung des automatischen Erstarkens zur Alleinsorge ist die diesbezügliche **Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils – das ergibt sich weitgehend schon aus dem Erfordernis gemeinsamer Sorgeberechtigung, gilt aber auch für die Fälle rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des anderen Elternteils (näher § 1678 Rz 10; vgl MünchKomm-HINZ Rz 6).

Wenn und soweit das Sorgerecht des überlebenden Elternteils nicht gem Abs 1 S 1 die durch Tod entstandene Sorgerechtslücke schließt, ist nach allgemeinen Grundsätzen **Vormundschaft oder Pflegschaft** anzuordnen, §§ 1773, 1909.

- 7 Die gesetzliche Alleinsorge des überlebenden Elternteils *kann* im Einzelfall zu einer **Kindeswohlgefährdung** führen, etwa wenn die Eltern schon längere Zeit getrennt gelebt hatten und der dem Kind inzwischen entfremdete überlebende Elternteil dieses aus seinen vertrauten Lebensverhältnissen nehmen will. Diese frühere Standardproblematik des „mißbräuchlichen Herausgabeverlangens“ ist durch Abs 1 S 2 entschärft (vgl Rz 8), kann aber weiterhin auftreten, wenn vor dem Tod des alleine betreuenden Elternteils noch keine Sorgeregelung erfolgt ist (vgl BayObLG FamRZ 1982, 1118, 1120; ZfJ 1985, 36 ff [ders Fall]) oder den geschiedenen Eltern das Sorgerecht zwar gemeinsam belassen worden ist, ein Elternteil aber faktisch die Alleinbetreuung übernommen hat („Residenzmodell“, vgl § 1671 Rz 179, 188). Hier bleibt weiterhin nur Abwehr der Kindesgefährdung nach §§ 1632 Abs 4 oder 1666 (BayObLG aaO; zum gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; vgl § 1666 Rz 45 f, 96).

## 2. Tod des nach Scheidung oder Trennung alleinsorgeberechtigten Elternteils, Abs 1 S 2

### 8 a) Zweck der Regelung

Bis zum SorgeRG ging das Sorgerecht auch dann ipso iure auf den anderen Elternteil über, wenn dem Verstorbenen auf Grund einer Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 das Sorgerecht allein zugestanden hatte. Bei im Todeszeitpunkt eingetretener Entfremdung zwischen anderem Elternteil und Kind sowie dessen Verwurzelung im familialen Umfeld des verstorbenen Elternteils (Stiefeltern- oder Großelternfamilie) konnte das Herausgabeverlangen des überlebenden Elternteils gem § 1632 Abs 1 zu das Kindeswohl gefährdenden Belastungen führen, die nur über §§ 1666 ff abgewehrt werden konnten (zB OLG Köln FamRZ 1972, 144; OLG

Karlsruhe Justiz 1975, 29; vgl Rz 7). Mit der Ersetzung des automatischen Sorgerechtsübergangs durch einen kontrollierten richterlichen Übertragungsakt gem Abs 1 S 2 wollte der Gesetzgeber eine angemessenere Berücksichtigung der Kindesinteressen ermöglichen (BT-Drucks 8/2788, 66; parallele Problematik und Regelung in § 1678 Abs 2 [s dort Rz 12] und § 1680 Abs 2 [s dort Rz 23]; zu den Kindesinteressen ie s Rz 11). Allerdings besteht ein **Rechtsanspruch des überlebenden Elternteils** auf Übertragung, sofern die Kindesinteressen ihr nicht entgegenstehen (MünchKomm-HINZ Rz 8; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; vgl § 1678 Rz 12, 18; § 1680 Rz 23); das Verfahren ist vAw einzuleiten.

### b) Voraussetzungen der Übertragung

9

Ein Elternteil muß nach Trennung oder Scheidung **alleinsorgeberechtigt** gewesen sein. Als Grundlage dieser Berechtigung kommen neben den in Abs 1 S 2 genannten §§ 1671, 1672 auch eine einstweilige oder vorläufige Anordnung in Betracht, Änderungsentscheidungen nach § 1696 (mit §§ 1671, 1672) sowie alle sonstigen Rechtsvorgänge, die zum alleinigen Sorgerecht eines von bislang zwei sorgeberechtigten Eltern geführt haben (vgl näher § 1678 Rz 13, 14; § 1680 Rz 24). Abs 1 S 2 gilt nicht bei gemeinsamem Sorgerecht nach Scheidung (Rz 5).

Der alleinsorgeberechtigte Elternteil muß **verstorben** oder **für tot erklärt** oder seine **Todeszeit** gem §§ 39, 41 VerschG **festgestellt** sein (Abs 2 S 1, s Rz 1). Der überlebende Elternteil muß **sorgerechtsfähig** sein (vgl Rz 6; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; vgl § 1678 Rz 25, § 1680 Rz 26). Ist wegen Ende oder Entzug seines Sorgerechts ein Pfleger oder Vormund bestellt, so ist der Fortbestand dieser Maßnahmen nach Abs 1 S 3 zu überprüfen (Rz 15 ff). Bei früherem Entzug ohne Pfleger- oder Vormundbestellung ist entsprechend zu verfahren (oben Rz 5).

### c) Übertragungsentscheidung

#### aa) Kindeswohlprüfung

10

Die **Grenze des Eingriffs** in den grundsätzlich bestehenden Rechtsanspruch des überlebenden Elternteils auf Übertragung des Sorgerechts ist gegenüber dem allgemeinen Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff) etwas vorverlagert. Eine *Gefährdung* des Kindeswohls durch den Sorgerechtsübergang (und damit verbundenen Plazierungswechsel) muß *nicht* festgestellt werden, es genügt, wenn der Wechsel das (durch den Verlust seines Betreuungselternteils ohnehin geschädigte) Kind zusätzlich wesentlich belasten würde (der Sache nach an der Gefährdungsgrenze orientiert demgegenüber OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105; krit dazu auch MünchKomm-HINZ Rz 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Eine *vorhandene Gefährdung* legitimiert allerdings ohne weiteres eine abweichende Entscheidung nach Abs 1 S 2 (vgl BayObLG FamRZ 1988, 973). Andererseits genügt es noch nicht, daß ein Verbleib des Kindes in seinem bisherigen Umfeld zweckmäßiger oder seinem Wohl dienlicher wäre – dem Kindesinteresse ist in Abs 1 S 2 nur ein begrenztes Wirkungsfeld eröffnet als **Korrektiv einer Regelzuweisung an den überlebenden Elternteil** (vgl § 1678 Rz 24; § 1680 Rz 28). Es findet also keine freie Abwägung zweier Plazierungsalternativen entspr § 1671 Abs 2 statt (so MünchKomm-HINZ Rz 10; mißverständlich auch BayObLG FamRZ 1988, 973, 974), sondern eher eine dem § 1671 Abs 3 S 1 entsprechende Kindeswohlkontrolle (vgl § 1671 Rz 149). *Welche* Kindesinteressen zu berücksichtigen sind und von welchem *Gewicht* an diese geeignet sind, den elterlichen Übertragungsanspruch zu verdrängen, sind zwei verschiedene Fragen (vgl § 1671 Rz 18 ff).

Ist diese Grenze erreicht, ist die **Berücksichtigung gegenläufiger Elterninteressen unzulässig** (zB Sicherung des Lebenssinns [anders aber OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105]; frühere Opfer für das Kind oder mangelnde Schuld an der eingetretenen Entfremdung, BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 59).

- 11** Thematisch umfaßt die Prüfung nach Abs 1 S 2 das unverkürzte Spektrum aller rechtlich beachtlichen **Kindeswohlkriterien** (vgl § 1671 Rz 52 ff, 70 ff), besondere Bedeutung kommt der Bindungserhaltung, der Entwicklungskontinuität und dem Kindeswillen zu. Das Schwergewicht der Prüfung liegt situationsbedingt auf *zwei Variablen*: Den Beziehungen des Kindes zum überlebenden Elternteil einerseits, den Bindungen des Kindes an weitere Personen im bisherigen Lebenskreis (Stiefel-ternteil, Großeltern) sowie das sonstige soziale Umfeld andererseits. Bestehen zum lebenden Elternteil nahezu keine Kontakte (mehr), hingegen gute Beziehungen zu Personen in der familialen Umwelt, in der das Kind bisher zusammen mit dem verstorbenen Elternteil gelebt hatte, so widersprechen die Kindesinteressen regelmäßig einer Herausnahme aus diesen Beziehungen (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30 [noch zu § 1681 aF, 1666]; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609). Auf Verschulden des anderen Elternteils hinsichtlich der Entfremdung oder der fehlenden Kontakte zum Kind kommt es nicht an (oben Rz 10). Auch die Stellung der verbliebenen Bezugspersonen des Kindes ist unerheblich (Großeltern, Stiefel-ternteil, nichtehelicher Lebenspartner des verstorbenen Elternteils, dazu BayObLG aaO). Daneben kann die Erhaltung des sonstigen Beziehungsnetzes für das Kind wichtig sein – Schule, großelterlicher Bauernhof, Freunde (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; FamRZ 1982, 1118, 1120; ZfJ 1985, 36 ff; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 146; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 58, 60). Würde die Herausnahme aus seiner bisherigen Lebenswelt das Kind schwer belasten oder gar gefährden, so ist eine Übertragung des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil auch nicht unter der Auflage zulässig, das Kind in einem behutsamen und langwierigen Umgewöhnungsprozeß auf den Wechsel vorzubereiten (gegen OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105).
- 12** Hat das Kind hingegen gute Beziehungen zum überlebenden Elternteil, so genügen ebenfalls gute Beziehungen zu Stief- oder Großeltern noch nicht für einen Ausschluß der Übertragung (**aA** MünchKomm-HINZ Rz 11; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609 [jedoch zweifelnd]). Das gleiche gilt für bloße Unbequemlichkeiten oder äußerliche Umstellungsschwierigkeiten, die mit einem Wechsel verbunden wären. Dabei sind auch die langfristigen Entwicklungschancen des Kindes im Auge zu behalten. In Zweifelsfällen wird dem **Kindeswillen** entscheidende Bedeutung zukommen (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145 f; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 59 f).
- 13 bb)** Bei **Nichtübertragung** des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil ist nach allgemeinen Grundsätzen **Vormundschaft oder Pflegerschaft** anzuordnen, §§ 1773, 1909. Dabei ist vorrangig die dritte Bezugsperson zu bestellen (MünchKomm-HINZ Rz 11; SOERTEL-STRÄTZ Rz 3). Langfristig ist dem „Recht des Kindes auf Familie“ auf dem durch § 37 Abs 1 **KJHG** vorgezeichneten Weg Rechnung zu tragen (vgl § 1678 Rz 27).

#### 14 cc) Zuständigkeit und Verfahren

Die sachliche Zuständigkeit des **VormG** erscheint wenig abgestimmt mit § 1678 Abs 2 (FamG), sie führt auch zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen von Abs 1 S 3 (dazu Rz 16, 17). Innerhalb des VormG entscheidet der **Richter** (§ 14 Nr 15 RPflG). Die **örtliche Zuständigkeit** folgt aus §§ 43, 36 FGG. Das **Verfahren**

ist vAw einzuleiten, es gilt das Amtsermittlungsprinzip (§ 12 FGG). Anhörungen der Eltern nach § 50 a FGG, des Kindes § 50 b FGG, des Jugendamts § 49 Abs 1 Nr 1 Buchst i FGG, dritter Bezugspersonen nach § 12 (oder § 50 c) FGG.

### 3. Bei Tod bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft, Abs 1 S 3

#### a) Vormundschaft oder Pflegschaft gem (§ 1672 iVm) § 1671 Abs 5

##### aa) Normbedeutung

15

Vor dem SorgeRG war streitig, ob der gesetzliche Sorgerechtsübergang auf den überlebenden Elternteil auch in Fällen stattfand, in denen das Sorgerecht nicht dem verstorbenen Elternteil, sondern einem Vormund oder Pfleger zugestanden hatte (vgl LG Berlin DAVorm 1981, 144 mit umfassenden Nachw). Obwohl die damit verbundene Frage des Kindesschutzes bereits weitgehend durch Einfügung des Abs 1 S 2 erledigt worden ist, hielt man die Sonderregelung des Abs 1 S 3 für notwendig. Ihr Schwerpunkt liegt – wie im folgenden zu zeigen ist – auf einer **Kompetenzverlagerung vom VormG (Abs 1 S 2) auf das FamG (Abs 1 S 3)**, vgl Rz 20.

Der **Normzweck** erschließt sich aus folgenden Überlegungen: Hatte das FamG bei Trennung oder Scheidung gem § 1671 Abs 5 einen **Vormund** bestellt, beruhte dies auf der Feststellung, daß das Kindeswohl beim einen wie beim anderen Elternteil gefährdet wäre. Der spätere Tod eines Elternteils ändert an dieser Situation grundsätzlich nichts, vorbehaltlich Ausnahmen im Einzelfall. Hatte das FamG **Pflegschaft** angeordnet bei Übertragung des restlichen Sorgebereichs auf einen Elternteil, konnten dem im wesentlichen zwei verschiedene Fallgestaltungen zugrunde gelegen haben: *Entweder* waren beide Eltern wenig geeignet zur Sorgerechtsübernahme, die Teilübertragung auf den (nun verstorbenen) Elternteil erschien bei gleichzeitiger Pflegerbestellung jedoch noch tragbar; *oder* beide Eltern waren grundsätzlich sorgegeeignet, bei dem nach allgemeinen Grundsätzen vorzuziehenden Elternteil (zB stärkere Bindung, Kindeswille, Kontinuität) bestanden jedoch punktuelle Defizite – wegen des Verbots sachlicher Aufteilung des Sorgerechts unter den Eltern (§ 1671 Rz 47) verband das FamG deshalb die Zuweisung an den besser geeigneten Elternteil mit einer Pflegerbestellung. Der Tod des teilsorgeberechtigten Elternteils führt in beiden Fällen zu einer Veränderung der Sachlage, neben Fortbestand der Pflegschaft kommen deren Aufhebung, aber auch der Übergang zu einer Vormundschaft in Betracht.

Im Interesse sachgerechter Kindeswohlbeurteilung soll nun gem Abs 1 S 3 *das* Gericht, das zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung die Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet hatte, auch über den notwendigen Kindesschutz in der veränderten Situation entscheiden: das **FamG** gem §§ 1696, 1671, 1672.

##### bb) Reichweite und Maßstab der familiengerichtlichen Entscheidung

16

Dabei ist das **Verhältnis von Abs 1 S 3 zu Abs 1 S 2** sowohl hinsichtlich der Entscheidungskompetenz wie des Entscheidungsmaßstabs **höchst unklar**. Wird eine **Vormundschaft** von FamG aufgehoben, so liegt dem die Feststellung zugrunde, daß eine Kindesgefährdung durch den überlebenden Elternteil nicht mehr besteht (§ 1696 Abs 2) – damit erwirbt dieser Elternteil ohne weiteres ex nunc das unbeschränkte Sorgerecht für das Kind, § 1626 (MünchKomm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5). Abs 1 S 2 steht dem nicht entgegen: Es wäre wenig sinnvoll und effizient, der Feststellung des FamG über den Wegfall der Gefährdung

(§ 1696 Abs 2) kumulativ die Prüfung durch das VormG nachfolgen zu lassen, ob die Kindesinteressen einer Übertragung auf den überlebenden Elternteil nicht widersprechen (Abs 1 S 2). Vielmehr **absorbiert die familiengerichtliche Aufhebungskompetenz gem Abs 1 S 3 auch die Kontroll- und Übertragungsfunktion des VormG nach Abs 1 S 2**. Im Aufhebungsbeschluß des FamG steckt *der Sache nach* auch die Übertragungsentscheidung gem Abs 1 S 2 – mit der notwendigen Konsequenz, daß der **Entscheidungsmaßstab** für das FamG nicht aus § 1696 Abs 2, sondern **aus § 1681 Abs 1 S 2** folgt. Es wäre widersinnig, einem überlebenden Elternteil nach angeordneter Vormundschaft (also einem früher ungeeigneten Elternteil) größere Zuteilungschancen einzuräumen als einem im Vergleich zum verstorbenen Ehegatten nur weniger geeigneten Elternteil.

- 17 War das Alleinsorgerecht des verstorbenen Elternteils durch eine **Pflegschaft** eingeschränkt, könnte ein doppeltes Verfahren notwendig werden: Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren gem Abs 1 S 2 hinsichtlich der Übertragung des beim Elternteil verbliebenen Sorgebereichs, sowie ein familiengerichtliches Verfahren gem §§ 1681 Abs 1 S 3, 1696 Abs 2 hinsichtlich einer Aufhebung der Pflegschaft (so offenbar SOERGEL-STRÄTZ Rz 4). Eine derartige Aufspaltung der Prüfungskompetenzen ist aber auch hier nicht sinnvoll, beide Entscheidungen stehen in unauflösllichem Zusammenhang: Bei der Übertragungsentscheidung nach Abs 1 S 2 muß bekannt sein, wieviel vom Sorgerecht dem überlebenden Elternteil letztlich zukommen soll (Teilsorge oder volles Sorgerecht); das FamG müßte wissen, ob die Restsorge des verstorbenen Elternteils gem Abs 1 S 2 auf den überlebenden Elternteil übertragen werden kann. Im Kindesinteresse bedarf es der **Gesamtverantwortung** eines Gerichts für die sorgerechtlichen Verhältnisse nach Tod eines Elternteils; da es der Sache nach um eine Änderung der früheren Sorgerechtsentscheidung geht, liegt die umfassende Entscheidungskompetenz beim **FamG**, das über Pflegschaftsaufhebung und Sorgerechtsübertragung nach dem **einheitlichen Maßstab des Abs 1 S 2** entscheidet (anders wohl BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5: einheitliche Zuständigkeit des VormG).

#### 18 b) Vormundschaft oder Pflegschaft aus anderen Gründen

Die Beschränkung des Abs 1 S 3 auf Vormundschaft bzw Pflegschaft gem § 1671 Abs 5 (ggf iVm § 1672) läßt alle Fälle unregelt, in denen eine bei Tod eines Elternteils bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft auf anderen Rechtsgrundlagen beruht (§§ 1640 Abs 4, 1666 ff, 1670, 1678, 1680, 1683 Abs 4, uU mit §§ 1773, 1909).

##### aa) Vor oder nach Erlaß einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung

Derartige Maßnahmen *vor* einer familiengerichtlichen Entscheidung gem §§ 1671, 1672 werden von dieser absorbiert, ihr Fortbestand beruht danach auf § 1671 Abs 5 (damit: § 1681 Abs 1 S 3; vgl § 1671 Rz 52). Sie können aber auch *nach* der Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 notwendig werden, etwa wenn beim nun alleinsorgeberechtigten Elternteil das Sorgerecht entzogen wird oder gem § 1670 Abs 1 endet oder gem § 1673 Abs 1, 1674 ruht und eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil gem §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 aus Kindeswohlgründen ausscheidet. Entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen zu Abs 1 S 3 (Rz 16, 17) liegt es nach Tod eines Elternteils nun in der Kompetenz des **VormG** (das die Vormundschaft oder Pflegschaft gem §§ 1773, 1909 angeordnet hatte), über Aufhebung dieser Maßnahmen und das Sorgerecht des überlebenden Elternteils zu entscheiden.

**bb) Fehlen einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung**

19

Ist es bei intakter Ehe zu **beidseitigem Sorgerechtsentzug** mit Vormund- oder Pflegerbestellung gekommen, so scheidet der gesetzliche Sorgerechtsübergang gem Abs 1 S 1 an der mangelnden Sorgerechtsfähigkeit des überlebenden Elternteils (oben Rz 6). Allerdings kann der Tod eines Elternteils Anlaß zur Überprüfung der Situation geben (§ 1696 Abs 2); diene die Entrechung des überlebenden Elternteils nur der Abwehr voraussichtlicher „Fernwirkungen“ einer Gefährdung durch den verstorbenen Elternteil (insbes § 1680 Abs 1 S 2, 3), wird die Vormundschaft oder Pflegschaft regelmäßig aufzuheben sein – mit der Folge gesetzlichen Sorgerechterwerbs durch den überlebenden Teil gem Abs 1 S 1 (MünchKomm-HINZ Rz 7).

War das Sorgerecht nur dem überlebenden Elternteil entzogen, aber wegen gesetzlichen Übergangs auf den nun verstorbenen Teil kein Vormund oder Pfleger bestellt worden, hat dies (nach einer Prüfung gem § 1696 Abs 2) jetzt zu geschehen (bei Teilentzug vgl Rz 5).

**c) Zuständigkeit und Verfahren für Entscheidungen gem Abs 1 S 3**

20

Sachlich zuständig ist das **FamG** (Abs 1 S 3 iVm § 1696), innerhalb des FamG entscheidet der **Richter**: Der Richtervorbehalt des § 14 Abs 1 Nr 15 RPfLG nennt zwar nur § 1681 Abs 1 S 2, muß jedoch wegen des vergleichbaren Gewichts der Entscheidung und der sachlichen wie funktionalen Verflogenheit beider Entscheidungen (Rz 16, 17) auch für Abs 1 S 3 gelten (MünchKomm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8). Die örtliche Zuständigkeit folgt aus §§ 621 Abs 1, Abs 2 S 2 ZPO, 43, 36 FGG. Einleitung des Verfahrens und Ermittlungen geschehen vAw (§§ 1696 Abs 2 BGB; 12 FGG); Anhörungen nach §§ 50 a–c FGG, des Jugendamts nach § 49 Abs 1 Nr 2 FGG (zur Erstreckung auf Änderungsentscheidungen betr §§ 1671, 1672 vgl BayObLG FamRZ 1976, 41, 43 [zu § 48 a JWG aF]).

**III. Rückkehr des fälschlich für tot erklärten Elternteils, Abs 2 S 2, 3****1. Überblick**

21

Die Todeserklärung begründet nur eine Vermutung des Todes (§§ 1 Abs 1, 9 Abs 1 VerschG); bei der Feststellung der Todeszeit wird zwar vom sicheren Tod ausgegangen (§§ 1 Abs 2, 39 S 1, 41 VerschG), doch kann sich auch hier diese Überzeugung als falsch herausstellen. Jedenfalls *endet* das Sorgerecht des betroffenen Elternteils mit diesen Beschlüssen *kraft Gesetzes* (§ 1677), auch wenn sie sachlich unrichtig sind (§ 1677 Rz 1, 2); die Konsequenzen für den anderen Elternteil ergeben sich aus § 1681 Abs 1.

Bei Rückkehr des verschollenen Elternteils läßt das Gesetz sein **Sorgerecht nicht automatisch wiederaufleben**, sondern überläßt den Rückerwerb seiner freien Entscheidung (Abs 2 S 2). Damit wird der Grundsatz der Unverzichtbarkeit elterlicher Sorge durchbrochen, im Lichte der besonderen Situation und des Kindeswohls ist diese Regelung aber vertretbar (s § 1677 Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 16).

Das Gesetz trifft in Abs 2 S 3 auch Vorsorge für den Fall, daß der zurückgebliebene und gem § 1681 Abs 1 S 1 alleinsorgeberechtigte Elternteil neu geheiratet und damit die Auflösung der Elternehe gem § 38 Abs 2 EheG herbeigeführt hat (Rz 26 f).

## 2. Wiedererlangung der elterlichen Sorge durch Erklärung gegenüber dem VormG, Abs 2 S 2

### 22 a) Voraussetzungen

Abs 2 S 2 gilt zum einen für Fälle, in denen der Zurückgekehrte vor seinem Verlust des Sorgerechts gem § 1677 dieses gemeinsam mit dem anderen Elternteil innegehabt hatte. Sie gilt aber auch, wenn ein anderer (sorgerechtsfähiger) Elternteil nicht vorhanden war (also für die nichteheliche Mutter oder den verwitweten Elternteil) und nach Beendigung des Sorgerechts gem § 1677 ein Vormund bestellt worden ist.

Abs 2 S 2 ist jedoch *nicht* anwendbar, wenn von zwei verheirateten oder geschiedenen Eltern der alleinsorgeberechtigte Teil sein Sorgerecht nach § 1677 verloren hat (Rz 25).

### 23 b) Erklärung gegenüber dem VormG: Abgabe und Wirkung

Die Erklärung gegenüber dem VormG (Rechtspfleger, § 3 Nr 2a RPfLG) bedarf **keiner Form**, sie kann auch mündlich oder brieflich abgegeben werden (MünchKomm-HINZ Rz 16; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7). Eine **Erklärungsfrist** besteht **nicht** (in Mißbrauchsfällen nach langer Nichtausübung kann das VormG gem §§ 1666 ff eingreifen). Ihre Wirkung entfaltet die Erklärung mit **Zugang** beim VormG (§ 130 Abs 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7; aM MünchKomm-HINZ Rz 16: mit Abgabe). Der Zurückgekehrte erlangt ex nunc das Sorgerecht so wieder, wie er es vor dem Verlust gem § 1677 innegehabt hatte (also uU nur teilweise). Weder bedarf es einer Aufhebung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses über die Todeserklärung bzw die Todeszeitfeststellung noch genügt diese für die Wiedererlangung der elterlichen Sorge (GERNHUBER § 55 IV Fn 2; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7).

**24** Der Zurückgekehrte erwirbt das **Sorgerecht allein**, wenn ein Vormund bestellt war (die Vormundschaft endet kraft Gesetzes, § 1882), oder als **gemeinsames**, wenn und soweit der andere Elternteil gem Abs 1 S 1 alleinsorgeberechtigt geworden war (mit Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1). Gutgläubensschutz des anderen Elternteils gem § 1698 a, des Vormunds gem §§ 1893, 1698 a; Kindesschutz gem §§ 1632 Abs 4, 1666.

### 25 c) Rückkehr des zuvor alleinsorgeberechtigten Elternteils

Die Regelung des Abs 2 S 2 paßt nicht, wenn der fälschlich für tot Erklärte **alleinsorgeberechtigt** war auf Grund einer Sorgerechtsentscheidung nach Trennung oder Scheidung und dem anderen Elternteil gem Abs 1 S 2 das Sorgerecht übertragen worden ist. Die Übertragungsentscheidung ist vom rechtspolitischen Hintergrund wie der gesetzlichen Ausgestaltung her den Übertragungen gem §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 S 1 gleich, stets handelt es sich der Sache nach um eine **Sorgerechtsänderung**, die grundsätzlich endgültigen Charakter hat und in ihrem Bestand durch den späteren Wegfall der Übertragungsvoraussetzungen nicht berührt wird. Eine Rückänderung kommt nur unter den Voraussetzungen des § 1696 in Betracht (§ 1678 Rz 29; § 1680 Rz 30). Hier wie dort handelt es sich um einen schicksalsbedingten Ausfall des Sorgeberechtigten und seine Ersetzung durch den anderen Elternteil; die Kindesinteressen an kontinuierlichen Entwicklungs- und Bindungsverhältnissen erzwingen eine Beständigkeit der neuen Sorgeverhältnisse, die nur unter den allgemeinen Änderungsvoraussetzungen des § 1696 in Frage gestellt werden kann.

Der Zurückgekehrte kann in diesem Fall also das Sorgerecht *nicht* durch Erklärung gegenüber dem VormG zurückerlangen – weder als Alleinsorge (so noch Voraufll

Rz 12, mit Korrekturmöglichkeit nach § 1696) noch gemeinsam mit dem anderen Elternteil (mit anschließender Sorgerechtsentscheidung analog § 1681 Abs 2 S 3, 1671).

### 3. Zwischenzeitliche Eheauflösung durch Neuheirat des anderen Elternteils, Abs 2 26 S 3

Ist die Ehe der Eltern nach der Todeserklärung oder Todeszeitfeststellung durch Neuheirat des anderen Elternteils aufgelöst (§ 38 Abs 2 EheG), kann zwar der Zurückgekehrte durch Erklärung gem Abs 2 S 2 das Sorgerecht wiedererlangen. Gibt er die Erklärung nach Abs 2 S 2 *nicht* ab, bleibt es ohne weiteres bei der Alleinsorge des anderen Elternteils gem Abs 1 S 1. Erklärt sich der zurückgekehrte Elternteil iSd Abs 2 S 2, lebt sein Sorgerecht als *gemeinsames* mit seinem früheren Ehegatten wieder auf, das FamG hat jedoch vAw alsbald eine Sorgerechtsentscheidung gem § 1671 wie bei Scheidung zu treffen (Abs 2 S 3). Unzuträglichkeiten aus dem zunächst fortbestehenden gemeinsamen Sorgerecht kann das FamG durch einstweilige Anordnung begegnen (vgl § 1671 Rz 213 f).

Die Entscheidung des FamG ist keine Änderungs-, sondern eine **Erstentscheidung** 27 zwischen den Eltern, vergleichbar der Situation nach Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe (vgl § 1671 Rz 198). § 1671 ist unverkürzt in Bezug genommen; ein übereinstimmender Elternvorschlag entfaltet die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1, auf Grund eines solchen Vorschlags kann das FamG den Eltern das Sorgerecht auch gemeinsam belassen (vgl § 1671 Rz 158 ff). *Besonders* naheliegend (so MünchKomm-HINZ Rz 17) ist dies aber nur, wenn der neuerheiratete Elternteil eine Aufhebungsklage gem § 39 Abs 1 EheG erhoben hat.

Für **Zuständigkeit** und **Verfahren** des FamG vgl Rz 20.

## IV. Internationales Privatrecht

28

Entscheidungen des VormG oder FamG gem Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 3 sind „Schutzmaßnahmen“ iSd Haager MSA; der gesetzliche Sorgerechtserwerb gem Abs 1 S 1 und Abs 2 S 2 richtet sich hingegen nach dem Kindschaftsstatut (Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB). Für Einzelheiten vgl § 1680 Rz 34.

### § 1682

(Die Vorschrift ist durch Art 1 Nr 28 SorgeRG aufgehoben worden. Sie statuierte eine allgemeine Inventarisierungspflicht für den vermögensorgerechtigten Elternteil [vgl Erl in der Voraufll]; der Regelungsgehalt ist teilweise übernommen in § 1640, vgl dort Rz 2.)

### § 1683

**Sind die Eltern des Kindes nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet und will der Elternteil, dem die Vermögenssorge zusteht, die Ehe mit einem Dritten schließen, so hat er dies dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, auf seine Kosten ein Verzeichnis des Kindesvermögens einzureichen und, soweit eine Vermögensgemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbeizuführen.**

**Das Vormundschaftsgericht kann gestatten, daß die Auseinandersetzung erst nach der Eheschließung vorgenommen wird.**

**Das Vormundschaftsgericht kann ferner gestatten, daß die Auseinandersetzung ganz oder teilweise unterbleibt, wenn dies den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht.**

**Erfüllt der Elternteil die ihm nach den vorstehenden Vorschriften obliegenden Verpflichtungen nicht, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögenssorge entziehen.**

E I §§ 1548, 1549 Abs 1; II § 1560; III § 1646. Mot IV 811; Prot IV 553, 635; VI 299. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; NEhelG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 29.

### Systematische Übersicht

- |                                                                               |                                                                                          |
|-------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>I. Allgemeines</b>                                                         | b) Auseinandersetzung 19                                                                 |
| 1. Normbedeutung 1                                                            | c) Ausschluß der Auseinandersetzung einer Erbgemeinschaft durch den Erblasser, § 2044 20 |
| 2. Gesetzesgeschichte 3                                                       | d) Aufschub und Befreiung von der Auseinandersetzung, Abs 2, 3 21                        |
| <b>II. Voraussetzungen 9</b>                                                  |                                                                                          |
| <b>III. Rechtsfolgen</b>                                                      | <b>IV. Vormundschaftsgerichtliche Prüfung und Sanktionen 23</b>                          |
| 1. Anzeige der Heiratsabsicht an das VormG 12                                 |                                                                                          |
| 2. Einreichung eines Vermögensverzeichnisses 13                               | <b>V. Zuständigkeit und Verfahren 26</b>                                                 |
| 3. Auseinandersetzung einer mit dem Kind bestehenden Vermögensgemeinschaft 16 | <b>VI. Internationales Privatrecht 27</b>                                                |
| a) Vermögensgemeinschaft 16                                                   |                                                                                          |

### Alphabetische Übersicht

- |                                              |                                         |
|----------------------------------------------|-----------------------------------------|
| Adoption 10                                  | Haager MSA 27                           |
| Anwartschaftsrecht 17                        |                                         |
| Aufhebung der Ehe 9                          | IPR 27                                  |
| Auflösung der Ehe kraft Gesetzes 9           | Inventarisierungspflicht 4 ff, 13       |
| Auseinandersetzung 1, 4, 8, 18 ff, 26        |                                         |
| – Aufschub 21 f                              | Kindesinteressen 22                     |
| – Befreiung 18, 20, 22, 27                   | – hins Vermögen 1, 18, 20 ff            |
| Ausübungsbindung 10                          | Kindesvermögen 1, 4, 11, 13, 22, 25, 27 |
|                                              | – Gefährdung 1 f, 6, 11, 20 f           |
| Beistand 7, 13, 26                           | – Herausgabe 25                         |
| Betreuung 1, 9 f                             | KG 18 f                                 |
| BGB-Gesellschaft 16, 19                      |                                         |
| Bruchteilsgemeinschaft 17, 19                | Legitimation 10                         |
|                                              |                                         |
| Eheschließung 1, 11                          | Nichtigerklärung der Ehe 9              |
| Eheschließungsfreiheit 2, 21                 | Nicht verheiratete Eltern 3, 9 f        |
| Eheschließungshindernis 2, 8, 23             |                                         |
| Elternrecht 2                                | Öffentliche Inventarerrichtung 24       |
| Erbgemeinschaft 16, 19 f                     | OHG 18 f                                |
| Erbschaft 5, 16 f, 19                        |                                         |
|                                              | Pfleger 1, 9, 13                        |
| Fortgesetzte Gütergemeinschaft 4, 16, 19, 22 | Pflichtteilsberechtigung 17, 20         |
|                                              |                                         |
| Gemeinsame Sorge nach Scheidung 10           | Rechnungslegung 6                       |
| Gesamthandsgemeinschaft 4, 16, 18 ff, 22     | Rechtsmittel 23, 26                     |
| Geschiedene Eltern 9 f                       |                                         |

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Sanktionen 3, 8, 23 f	Vermögensverzeichnis 1, 6 f, 13 ff, 17, 24
Stiefelternteil 1	– Ergänzungsverzeichnis 13
	Volljähriges Kind 1, 9 f
Testamentsvollstreckung 20	Vormund 1, 9 f
	Vor-/Nacherbschaft 17
Verfahren 23, 26	
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 24	Wertangabe 15
Vermächtnis 17	
Vermögensgegenstand 19, 22, 26	Zeugnis des VormG 8, 23, 27
Vermögensgemeinschaft 4, 16 ff	Zuständigkeit
Vermögenspfleger 10, 25 f	– internationale 27
Vermögenssorge 4 ff, 24 ff	– örtliche 26
– Entzug 25 ff	– sachliche 26

## I. Allgemeines

## 1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift bezweckt den **Schutz des Kindesvermögens**, wenn der allein vermögenssorgeberechtigte Elternteil die Eheschließung mit einem Dritten plant. In dieser Situation ist die Gefahr nicht auszuschließen, daß das Interesse des Elternteils an pflichtgemäßer Vermögensverwaltung für das Kind in den Hintergrund tritt gegenüber der Begründung einer Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner; daß weiterhin die faktische Zusammenlegung der Haushalte zu einer Verdunkelung der Vermögensverhältnisse des Kindes oder gar zu einer Vermischung seines Vermögens mit dem des Elternteils oder Stiefelternteils führt. Durch Bestandsaufnahme des Kindesvermögens und Auseinandersetzung von Vermögensgemeinschaften mit dem Elternteil noch vor dessen Heirat will das Gesetz die Vermögensinteressen des Kindes präventiv schützen und späteren Streitigkeiten insbes bei Volljährigwerden des Kindes vorbeugen (vgl BT-Drucks 8/2788, 66). Die Vorschrift gilt sinngemäß auch für den *Vormund* (§ 1845) oder *Pfleger* des Kindes (§§ 1915, 1845) sowie für einen *Betreuer* (§§ 1908 i Abs 1, 1845, 1683).

Ob die Unterstellung einer situationsbedingten, generellen Vermögensgefährdung **2** des Kindes wirklich gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft (vgl GERNHUBER § 10 VII 1; STAUDENMAIER BWNotZ 1968, 248). Eine nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützte Staatsintervention kann aber weder im Lichte des Elternrechts (Art 6 Abs 2 S 1 GG) noch der Eheschließungsfreiheit (Art 6 Abs 1 GG, § 9 EheG [s Rz 8]) Bestand haben. Die geplante Abschaffung des Ehehindernisses in § 9 EheG (vgl MASSFELLER-COESTER § 9 EheG Rz 1) sollte auch Anlaß zu einer rechtspolitischen Überprüfung des § 1683 geben.

## 2. Gesetzgeschichte

3

Seinen Regelungsinhalt hat § 1683 erst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) erhalten (zuvor: § 1669 aF [zur Entstehungsgeschichte STAUDENMAIER BWNotZ 1968, 248 f]; die ursprüngliche Thematik des § 1683 wurde in § 1698b verlagert). Zunächst beschränkt auf eheliche Eltern, erweiterte das NEheIG (Art 1 Nr 22) den Anwendungsbereich auf nichteheliche Eltern. Die jetzige Normfassung beruht auf Art 1 Nr 29 SorgeRG: Der neu eingeführte Abs 3 gestattet – in Fortführung und Erweiterung schon bisheriger Rechtsprechung – ein Absehen von der grundsätzlich gebotenen Vermögensauseinandersetzung; in den Abs 4 wurde die vordem selbständige Sanktionsvorschrift des § 1684 aF eingestellt.

#### 4 3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Eine Auseinandersetzungspflicht vor der Heirat begründet auch § 1493 Abs 2 für den überlebenden Ehegatten, der nach Tod des anderen Elternteils mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen in **fortgesetzter Gütergemeinschaft** lebt (§§ 1483 ff; vgl Erl zu § 1493). Im Gegensatz zu § 1683 ist § 1493 Abs 2 von vornherein gegenständlich beschränkt auf das Kindesvermögen, das im Anteil am Gesamtgut besteht; auch muß der überlebende Ehegatte nicht vermögenssorgeberechtigt sein, uU ist er nicht einmal Elternteil des Abkömmlings (bei Eintritt von Enkeln gem § 1490 S 2). Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft eines vermögenssorgeberechtigten Elternteils mit seinen Kindern besteht allerdings Deckungsgleichheit zwischen beiden Vorschriften (vgl noch Rz 22).

- 5 § 1640 Abs 1 begründet (nur) eine Inventarisierungspflicht vermögenssorgeberechtigter Eltern (uU beider), gegenständlich beschränkt auf **Erwerb des Kindes von Todes wegen** im Wert von über 10 000 DM (Einzelh s Erl zu § 1640).
- 6 Zum **Schutz des Kindes vor aktuellen Vermögensgefährdungen** kann nach § 1667 Abs 2 die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses und Rechnungslegung angeordnet werden – auch diese Vorschrift setzt Vermögenssorge der Eltern voraus (Einzelh § 1667 Rz 19f).
- 7 Besteht eine **Beistandschaft** auf dem Gebiet der Vermögenssorge (§ 1685), so ist der Beistand bei der gebotenen Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses stets beizuziehen, § 1689 (bei Übertragung der Vermögenssorge auf den Beistand gem § 1690 obliegt die Inventarpflicht allein diesem, vorbehaltlich einer Fühlungnahme mit den Eltern).
- 8 § 9 EheG enthält eine mittelbare Sanktion für alle vorgenannten Inventar- und Auseinandersetzungspflichten: Solange dem Standesbeamten kein Zeugnis des VormG vorgelegt worden ist, daß diese Pflichten erfüllt sind, besteht ein **aufschiebendes Eheschließungshindernis** (vgl Rz 2).

#### 9 II. Voraussetzungen

Die Vorschrift betrifft einen vermögenssorgeberechtigten Elternteil, der nicht oder nicht mehr mit dem anderen Elternteil verheiratet ist und nun mit einem Dritten die Ehe eingehen will.

Erfasst sind Eltern, deren Ehe geschieden, aufgehoben, für nichtig erklärt oder kraft Gesetzes aufgelöst ist durch Tod eines Teils oder durch Neuheirat nach Todeserklärung (§ 38 Abs 2 EheG). Erfasst sind auch niemals miteinander verheiratete Eltern; kraft Verweisung gilt die Vorschrift entsprechend auch für den Vormund, Pfleger oder Betreuer (Rz 1).

- 10 Ein Elternteil muß die **Vermögenssorge allein innehaben**, nach Eheauflösung zB nach §§ 1671, 1678 Abs 2, 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 1 oder 2, 1681 Abs 2 S 3 iVm 1671 (zu den Möglichkeiten fehlender Vermögenssorge s § 1640 Rz 4). Die Vorschrift ist *nicht* anwendbar, wenn geschiedenen Eltern die Vermögenssorge *gemeinsam belassen worden ist* (vgl § 1671 Rz 187) und ein Teil neu heiraten will – die fortbestehende Ausübungsbindung mit dem anderen Teil (§ 1627) ist Sicherung genug.

Bei *nichtehelichen Eltern* kommen als alleiniger Inhaber der Vermögenssorge derzeit nur in Betracht die *Mutter* beim minderjährigen Kind (§ 1705) bzw als Betreuerin des volljährigen Kindes (§§ 1908 i Abs 1 iVm 1802 ff, 1840) und der *Vater* nach Legitimation (§§ 1723 ff, 1736; 1740 a ff, 1740 f Abs 1) oder Adoption des minder-

jährigen Kindes (§§ 1743 Abs 3 S 2, 1754 Abs 2) oder als dessen Vormund oder Vermögenspfleger bzw – beim volljährigen Kind – als dessen Betreuer (zur gebotenen Reform des Nichtehelichenrechts vgl BVerfG NJW 1991, 1944).

Es muß die **Eheschließung mit einem Dritten** beabsichtigt sein. Die Vorschrift ist bei **11** *jeder Eheschließung* (also auch einer dritten oder vierten) *erneut* anwendbar, da inzwischen neues Kindesvermögen erworben worden sein kann (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; s Rz 13). „Dritter“ ist *nicht der andere Elternteil* – heiraten die Kindeseltern erstmalig oder erneut, liegt hierin auch in generalisierender Sicht kein besonderer Gefährdungstatbestand für das Kindesvermögen (SCHNITZERLING StAZ 1970, 131; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; überholt KG StAZ 1925, 207 [zu § 1669 aF]).

### III. Rechtsfolgen

#### 1. Anzeige der Heiratsabsicht an das VormG

12

Die Anzeige gegenüber dem zuständigen VormG (Rz 26) bedarf keiner Form. Sie hat auch dann zu erfolgen, wenn kein Kindesvermögen vorhanden ist (sie ist dann mit einer diesbezüglichen „Fehlanzeige“ zu verbinden; zur Überprüfungspflicht des VormG s Rz 23).

#### 2. Einreichung eines Vermögensverzeichnisses

13

Von der **Pflicht** zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses gibt es **keine Befreiungsmöglichkeit** (Mot IV 813). Sie besteht auch bei Vermögen unterhalb von 10 000 DM (im Gegensatz zu § 1640 Abs 2 Nr 1) sowie auch dann, wenn eine Zuwendung an das Kind unter Lebenden oder von Todes wegen mit einer Befreiung der Eltern von der Inventarpflicht verbunden worden ist – diese Befreiung bezieht sich nur auf die gegenständlich begrenzte Pflicht gem § 1640 (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Bei fehlendem Kindesvermögen genügt Fehlanzeige (Rz 12); war bereits früher ein umfassendes Vermögensverzeichnis erstellt worden (etwa nach §§ 1683, 1667 Abs 2), so genügt jetzt ein Ergänzungsverzeichnis, bezogen auf das in der Zwischenzeit erworbene Kindesvermögen. Zur Heranziehung eines Beistands s § 1689; einer Pflegerbestellung für die Aufstellung des Verzeichnisses bedarf es nicht.

Eine besondere **Form** des Verzeichnisses ist nicht vorgeschrieben; immerhin folgt **14** aus dem Wortlaut („Verzeichnis“) sowie dem Dokumentationszweck das Erfordernis der *Schriftlichkeit* (vgl § 1640 Rz 25). Anders als nach § 1640 Abs 1 S 1 muß das Verzeichnis nicht mit einer Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen werden – das VormG kann im Rahmen seiner pflichtgemäßen Überprüfung (§ 12 FGG) eine solche Versicherung jedoch fordern. Gleiches gilt für *Belege*.

Zum **Inhalt** des Verzeichnisses s § 1640 Rz 16 ff, insbes 19-24. Der Sicherungszweck **15** des § 1683 (Rz 1) erfordert eine eindeutige *Identifizierbarkeit* der dem Kind zustehenden Vermögensgegenstände, eine **Wertangabe** ist bei Sachen deshalb nicht notwendig (aA MünchKomm-HINZ Rz 6 und § 1640 Rz 18), gehört bei Forderungen aber zu deren inhaltlicher Kennzeichnung (einschl der Nebenforderungen). **Passiva** sind mit anzugeben, um späteren Streitigkeiten über den wirklichen Vermögensstand des Kindes vorzubeugen (bei § 1640 Streitig, bejahend MünchKomm-HINZ § 1640 Rz 18; verneinend ENGLER in diesem Kommentar § 1640 Rz 18; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1640 Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ § 1640 Rz 6).

### 3. Auseinandersetzung einer mit dem Kind bestehenden Vermögensgemeinschaft

#### 16 a) Vermögensgemeinschaft

Die Kindesinteressen können bei Heirat des Elternteils gefährdet sein, wenn das Kind einen Anteil an einem Sondervermögen hat, das dem Elternteil und ihm (sowie uU anderen Personen) **zur gesamten Hand** zusteht. Hierunter fallen im wesentlichen die BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff), die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff) und die Miterbengemeinschaft (§§ 2032 ff; BayObLGZ 1967, 230, 234).

**17 Nicht** „Vermögensgemeinschaft“ iSd Vorschrift ist hingegen die **Bruchteilsgemeinschaft**, da hier die Anteile klar abgegrenzt und auch wertmäßig feststellbar sind – es besteht also keine Verdunkelungsgefahr (BayObLGZ 1965, 318 = NJW 1965, 2299, 2300; FamRZ 1974, 34, 37). Ebenfalls besteht keine Vermögensgemeinschaft zwischen dem Elternteil als Alleinerben und dem Kind als Pflichtteilsberechtigtem oder Vermächtnisnehmer – in beiden Fällen hat das Kind nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Elternteil, die im Vermögensverzeichnis genau aufzuführen sind (BayObLG NJW 1965, 2299; KGJ 44, A 32, 33 f). Im Ergebnis gleiches gilt, wenn der Elternteil Vorerbe, das Kind aber Nacherbe ist (BayObLG NJW 1965, 2299; KGJ 43, A 38, 39 f). Trotz der Beschränkungen des Vorerben gem §§ 2113 ff und dem schon mit Erbfall entstehenden Anwartschaftsrecht des Nacherben entsteht niemals eine Vermögensgemeinschaft zwischen beiden: Erst ist der Elternteil Erbe, anschließend das Kind. Welches Ereignis als Nacherbfall bestimmt ist (Wiederverheiratung, Tod des Elternteils), ist unerheblich.

**18 Umstritten** ist eine „Vermögensgemeinschaft“ iSd Vorschrift bei der **OHG** oder wenn der Elternteil Komplementär einer **KG** und das Kind Kommanditist ist. Das Bestehen einer Gesamthandsgemeinschaft am Gesellschaftsvermögen ist hier unbestreitbar. *Gegen* eine Auseinandersetzungspflicht gem § 1683 wird angeführt, schon die handelsrechtlichen Vorschriften (§§ 238 ff HGB) gewährleisteten hinreichenden Kindeschutz, und eine Liquidation der Gesellschaft sei den Kindesinteressen regelmäßig schädlich (GERNHUBER § 10 VII 3 [noch zu §§ 38 aF ff HGB]; Münch-Komm-HINZ Rz 7). Der erste Aspekt ist zweifelhaft, und seit Einführung der Dispensmöglichkeit des Abs 3 liegt hier die Lösung des Problems: KG und OHG sind „Vermögensgemeinschaften“ iSd § 1683 Abs 1, nachteilige Folgen einer Auseinandersetzung sind durch Befreiung gem Abs 2, 3 abzuwenden (SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; im Ergebnis auch GERNHUBER aaO).

#### 19 b) Auseinandersetzung

Die **Durchführung der Auseinandersetzung** richtet sich nach den jeweils einschlägigen Regeln (§§ 731 ff [BGB-Gesellschaft]; 752 ff [Gemeinschaft]; 1498 ff [fortgesetzte Gütergemeinschaft]; 2046 ff [Erbengemeinschaft]; 131 ff, 145 ff, 161 Abs 2 HGB [OHG, KG]). § 1683 schreibt keine bestimmte Form der Auseinandersetzung vor, es besteht Gestaltungsfreiheit des Elternteils, solange nur der vom Gesetz unterstellten Verdunkelungs- oder Vermischungsgefahr vorgebeugt wird (BayObLG FamRZ 1974, 34, 36). Die Auseinandersetzung muß keine völlige sein. So kann Ausscheiden nur des Elternteils bei Fortsetzung der Gemeinschaft unter den Kindern genügen (MünchKomm-HINZ Rz 10; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4) oder die Auflösung der Gesamthands- in eine Bruchteilsgemeinschaft, insbes bei nur wenigen, großen Vermögensgegenständen (BayObLG FamRZ 1974, 34, 37).

### c) Ausschuß der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft durch den Erblasser, § 2044

Das Verhältnis zwischen einem Ausschuß der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft gem § 2044 und der Auseinandersetzungspflicht gem § 1683 war äußerst umstritten (für einen Vorrang des § 1683: KG OLGE 2, 168; BayObLGZ 1967, 230, 235 = NJW 1967, 2407, 2408; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7; ERMAN-MICHALSKI Rz 6; umgekehrt grundsätzlich Vorrang der Erblasserbestimmung: GERNHUBER § 10 VII 1; MünchKomm-HINZ Rz 9). Ausgehend davon, daß auch die Erblasserbestimmung häufig zum Schutze der Kindesinteressen getroffen wird, hat auch dieser Streit durch Abs 3 seine Bedeutung weitgehend verloren (SOERGEL-STRÄTZ Rz 4): Das VormG hat in jedem Fall zu prüfen, ob die Auseinandersetzung im Kindesinteresse geboten ist oder nicht. Im zweiten Fall bleibt das letztwillige Auseinandersetzungsverbot bestehen, gem Abs 3 ist eine Befreiung zu erteilen. Erfordert der Schutz der Kindesinteressen hingegen die Auseinandersetzung, so liegt hierin gleichzeitig ein „wichtiger Grund“ für das Abweichen von der Erblasserbestimmung iSd §§ 2044 Abs 1 S 2, 749 Abs 2 S 1. Eine weitergehende Zementierung der Erbengemeinschaft kann der Erblasser auch nicht dadurch erreichen, daß er den Miterben-Elternteil auch zum Dauertestamentsvollstrecker gem § 2209 beruft (BayObLGZ 1967, 230, 237 f = NJW 1967, 2407, 2408).

### d) Aufschub und Befreiung von der Auseinandersetzung, Abs 2, 3

21

Der auch schon nach früherem Recht mögliche **Aufschub** der Auseinandersetzung bis nach der Eheschließung (Abs 2) soll eine Abwägung zwischen den Kindesinteressen und dem Recht des Elternteils auf Eheschließung ermöglichen (vgl § 9 EheG). Der Aufschub ist zB zu gewähren bei nur abstrakter sowie nicht schwerwiegender Gefahr für das Kindesvermögen, bei besonders langwierigen Auseinandersetzungsverfahren und einem begründeten Interesse des Elternteils an baldiger Eheschließung.

Die **Befreiungsmöglichkeit gem Abs 3**, eingeführt durch das SorgeRG, war – 22 beschränkt auf einzelne Vermögensgegenstände – schon früher anerkannt (Mot IV 813; BayObLG NJW 1965, 2299, 2300). Sie beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß die Auseinandersetzung im Einzelfall den Kindesinteressen eher schaden als nützen kann; daß sie uU sehr schwierig und kostenaufwendig ist, unproportional zu geringem Kindesvermögen; daß sie zu einer Belastung der neuen Ehe führen kann (BT-Drucks 8/2788, 66). Darüber hinaus könnte auch eine Belastung des persönlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zu besorgen sein (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).

Erweist sich im konkreten Fall nach Abwägung aller Gesichtspunkte, daß die (umfassend verstandenen) Kindesinteressen eine Auseinandersetzung nicht erfordern, besteht eine **Pflicht zur Dispenserteilung**: Die generelle, ohnehin fragwürdige Gefährdungsvermutung des § 1683 Abs 1 (Rz 2) ist widerlegt, die Legitimation der Staatsintervention damit entfallen. Die Befreiung wird regelmäßig auf einen elterlichen Antrag zurückgehen, setzt diesen aber nicht voraus. Sie kann umfassend oder beschränkt erteilt werden.

Abs 3 gilt auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ergänzt also insoweit § 1493 Abs 2 (vgl Rz 4).

Gemäß Abs 2, 3 erteilte Gestattungen können jederzeit **zurückgenommen** werden (§ 1696 Abs 1), wenn das Kindesinteresse dies erfordert.

## 23 IV. Vormundschaftsgerichtliche Prüfung und Sanktionen

Das VormG hat das Recht und auch die Pflicht, die elterlichen Angaben zu **prüfen** und ggf Ergänzungen, Belege oder ähnliches zu verlangen (vgl § 1493 Rz 15). Eine **mittelbare Sanktion** für die Nichterfüllung elterlicher Pflichten aus § 1683 ergibt sich aus § 9 EheG (Rz 8). Es besteht ein Anspruch auf das vormundschaftsgerichtliche Zeugnis nach dieser Vorschrift, wenn der Elternteil seine Pflichten aus § 1683 Abs 1 erfüllt hat oder solche nicht bestehen. Im Falle eines Aufschubs gem Abs 2 wird das Zeugnis mit der *Auflage* erteilt, die Auseinandersetzung nach Eheschließung vorzunehmen (hiergegen Beschwerderecht des Elternteils, wenn er die Auseinandersetzung für nicht erforderlich hält, BayObLG NJW 1974, 1908).

**24 Direkte Sanktionen** durch das VormG unterliegen dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. So kann das VormG die Pflichterfüllung erzwingen gem § 33 FGG (Zwangsgeld, vorherige Androhung). In Rechtsanalogie zu §§ 1640 Abs 3, 1667 Abs 2 S 3, 1689 S 2 kann auch **öffentliche Inventarerrichtung** angeordnet werden, wenn der Elternteil das Vermögensverzeichnis nicht oder nicht korrekt einreicht (MünchKomm-Hinz Rz 14; aM SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Ein rechtfertigender Unterschied zu diesen Bestimmungen ist nicht ersichtlich; auch muß diese Möglichkeit im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugelassen werden, bevor weitergehende Eingriffe in die Vermögenssorge in Betracht kommen.

**25** Äußerstenfalls gestattet Abs 4 den **Entzug der Vermögenssorge** (Einzelh § 1640 Rz 31-33). Sie ist sodann entweder dem anderen Elternteil gem § 1680 Abs 2 zu übertragen oder es ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen, § 1909. Der betroffene Elternteil hat das Kindesvermögen dem neuen Inhaber der Vermögenssorge herauszugeben, § 1698.

## 26 V. Zuständigkeit und Verfahren

Die **örtliche Zuständigkeit** des VormG folgt aus §§ 43, 36 FGG. Innerhalb des VormG entscheidet mangels eines Richtervorbehalts der **Rechtspfleger** (§ 3 Nr 2 a RPfG). Dies ist bezüglich der Gestattungen gem Abs 2, 3 unproblematisch, aber kaum zu rechtfertigen für einen Entzug der Vermögenssorge nach Abs 4. Kommt eine Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil gem § 1680 Abs 2 in Betracht, hat der Rechtspfleger jedenfalls die Sache dem **Richter** vorzulegen (näher §§ 1640 Rz 34, 1667 Rz 35).

Zur notwendigen Beiziehung eines Beistands bei der Inventarerrichtung gem § 1689 s Rz 7. Für die *Auseinandersetzung* ist dem Kind ein **Pfleger** zu bestellen, da der vermögenssorgeberechtigte Elternteil an der Vertretung des Kindes gehindert ist (§§ 1629 Abs 2, 1795 Abs 2, 181; BayObLGZ 1967, 230, 238 f). Die Pflugschaft endet von selbst mit Erledigung der Auseinandersetzung, § 1918 Abs 3 (KG JW 1934, 3001 f). Die Auseinandersetzung bedarf der **vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung**, wenn (über § 1915 Abs 1) ein Tatbestand der §§ 1821, 1822 erfüllt ist (vgl BayObLG FamRZ 1974, 34 ff: Bei Verweigerung Beschwerderecht nur des Pflegers, nicht des Elternteils). Zum Verfahren im übrigen und den Kosten vgl § 1640 Rz 35, 36; die Kosten der Inventarerrichtung trägt gem § 1683 Abs 1 allerdings der Elternteil.

## 27 VI. Internationales Privatrecht

Der Schutz des Kindesvermögens gem Abs 1 findet kraft Gesetzes statt, hieran ändern auch die gerichtlichen Befreiungsmöglichkeiten nach Abs 2, 3 nichts (vgl PALANDT-HELDRIK Anh zu Art 24 EGBGB Rz 14). Demgemäß ist nicht das Haager

**5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder**

Minderjährigenschutzabkommen (MSA) maßgeblich; § 1683 ist nur anzuwenden, wenn deutsches Recht als Kindschaftsstatut berufen ist (**Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB**). Gleiches muß auch für den Entzug der Vermögenssorge nach Abs 4 gelten – dieser ist zwar eine behördliche Schutzmaßnahme, dient aber nur der Erzwingung gesetzlicher Pflichten gem Abs 1 (vgl Vorbem 302 zu Art 18 EGBGB [KROPHOLLER]: Bloße Durchführungsmaßnahmen).

Ob die Erteilung des Zeugnisses nach § 9 EheG eine Schutzmaßnahme iSd MSA ist, ist umstritten (bejahend [mwN] MünchKomm-SIEHR Anh zu Art 19 EGBGB Rz 58; verneinend KROPHOLLER Rz 326; PALANDT-HELDRIICH aaO).

**§ 1684**

(Die Regelung wurde durch das Sorgerechtsgesetz in § 1683 Abs 4 untergebracht, § 1684 demgemäß aufgehoben.)

**§ 1685**

**Das Vormundschaftsgericht hat dem Elternteil, dem die elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge allein zusteht, auf seinen Antrag einen Beistand zu bestellen.**

**Der Beistand kann für alle Angelegenheiten, für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten bestellt werden.**

E I §§ 1538, 1539, II §§ 1576, 1577, III §§ 1663, 1664. Mot IV 797, 800; Prot IV 555, 612, 614. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 31.

**Systematische Übersicht**

<b>I. Allgemeines</b>	b) Antrag 9
1. Normbedeutung 1	2. Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung 11
2. Textgeschichte 5	
<b>II. Voraussetzungen und Bestellung</b>	<b>III. Rechtsstellung des Beistands 13</b>
1. Voraussetzungen 6	
a) Alleinsorge eines Elternteils 6	<b>IV. Internationales Privatrecht 14</b>

**Alphabetische Übersicht**

Amtspfleger 7	IPR 14
Antrag 2, 9 ff	Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 1, 3 f, 11
Aufsichtspflegschaft 9	Kindesgefährdung 9
Benennung des Beistands 10 f	Ledige Mutter 7
Erziehungsbeistandschaft 3 f	Pfleger 2
Erziehungsdefizit 3	Rechtsmittel 12 f
Freiwilligkeitsprinzip 2 f, 9, 11	Religion 6
Gegenvormund 2	Ruhen der elterlichen Sorge 6, 8
Getrennt lebende Eltern 6	Sorgerechtsfähigkeit 8
Haager MSA 14	

Tatsächliche Verhinderung 8	Vermögenssorge 3, 6, 10
Übertragung von Sorgebefugnissen auf den Beistand 1 f, 10 f	Vertretung 2, 13
Unterstützungsfunktion des Beistands 1 f, 4, 8, 10	Vormund 8
Verfahren 12	Zuständigkeit
	– internationale 14
	– örtliche 12
	– sachliche 12

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung

Die **bürgerlich-rechtliche Beistandschaft** (§§ 1685–1692) hat den Zweck, einem alleinsorgberechtigten Elternteil auf dessen Wunsch hin eine unterstützende Person an die Seite zu stellen; begrenzt können auch Sorgefunktionen vom Elternteil auf den Beistand übertragen werden (§ 1690).

Das Institut der Beistandschaft wurde in das **BGB** aufgenommen zur Ergänzung der elterlichen Gewalt der Mutter (Mot IV 797; zu gemeinem Recht und Partikularrechten s Voraufll, Vorbem 2 zu §§ 1685-1692). Der Mutter war nach der ursprünglichen Fassung (§ 1687 aF) ein Beistand zu bestellen (1) auf letztwillige Anordnung des Vaters, (2) auf Antrag der Mutter oder (3) vAw im Interesse des Kindes. Das **GleichberG** eröffnete die Möglichkeit der Beistandschaft auch für den Vater und beseitigte die Zwangsbestellung eines Beistands (die allerdings jugendhilferechtlich möglich blieb, § 57 aF JWG). Das **SorgeRG** hob letzte Reste der Kontroll- und Aufsichtsfunktion des Beistands auf und machte ihn zu einer reinen Hilfsinstitution. Auch auf jugendhilferechtlicher Ebene entfiel mit Ersetzung des JWG durch das **KJHG** ab 1. 1. 1991 schließlich die Zwangsbeistandschaft (vgl Rz3).

- 2 Die Beistandschaft geltenden Rechts ist demnach geprägt vom **Freiwilligkeitsprinzip**, dh ein Beistand darf nur auf elterlichen Antrag bestellt werden und ist jederzeit auf entsprechenden Antrag wieder abzuberufen (§ 1692 Rz6). Funktional bedeutet Beistandschaft **Unterstützung** des Elternteils, wobei zwei rechtliche Gestaltungsformen zu unterscheiden sind: Der kumulativ unterstützende Beistand neben dem sorgberechtigten Elternteil, auf den weitgehend die Regeln über den *Gegenvormund* anzuwenden sind (§§ 1685, 1686, 1691 Abs1), sowie der den Elternteil partiell ersetzende Beistand gem § 1690, der für seinen Wirkungskreis gesetzlicher Vertreter des Kindes und in der Rechtsstellung einem *Pfleger* gleichgestellt ist (§ 1690 Abs2 S1). Beide Beistandsformen können in ein und derselben Beistandsperson kombiniert werden. Die gesetzlichen Regeln der §§ 1685ff gelten für beide Arten der Beistände, soweit sich nicht für den Beistand nach § 1690 aus jener Vorschrift etwas anderes ergibt.
- 3 Neben der bürgerlich-rechtlichen Beistandschaft besteht auch die „**Erziehungsbeistandschaft**“ des Jugendhilferechts (§ 30 KJHG = SGB VIII; dazu siehe MORITZ ZfJ 1989, 399 ff mwN). Daneben haben alleinerziehende Elternteile einen **Unterstützungsanspruch gem § 18 Abs1 KJHG**. Beide Vorschriften begründen **sozialrechtliche Leistungsansprüche gegen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe**. *Gemeinsam* ist der jugendhilferechtlichen wie der bürgerlichrechtlichen Beistandschaft das **Freiwilligkeitsprinzip** sowie die die Eltern grundsätzlich nur **unterstützende Funktion** (eine dem § 1690 entsprechende Ausnahme kennt das KJHG nicht). *Unterschiede* bestehen in den sachlichen Voraussetzungen: Jugendhilfeleistungen sind auf den Bereich der *Personensorge* beschränkt, während sich die Beistandschaft gem §§ 1685ff auch (und praktisch sogar vorrangig) auf die *Vermögenssorge* erstreckt.

*Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern* können keinen Beistand nach dem BGB erlangen, wohl aber Erziehungsbeistandschaft gem § 30 KJHG. Allerdings setzt diese »Hilfe zur Erziehung« (§ 27 KJHG) ein konkretes Erziehungsdefizit in der Familie voraus, während das VormG die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer beantragten Beistandschaft nach § 1685 nicht zu beurteilen hat (unten Rz 11).

Die beiden Beistandschaften überschneiden sich thematisch also nur teilweise. 4 Soweit dies der Fall ist, ist ihr Verhältnis zueinander unklar. Eine bestehende bürgerlich-rechtliche Beistandschaft beseitigt nicht per se die Leistungspflicht der Jugendhilfe, sondern allenfalls insoweit, als sie die Hilfbedürftigkeit der Eltern tatsächlich hat entfallen lassen. Umgekehrt kann die Anspruchsberechtigung eines Elternteils nach §§ 18 Abs 1, 27 iVm 30 KJHG kein Grund sein, eine nach §§ 1685 ff beantragte Beistandschaft abzulehnen (aA AG Karlsruhe FamRZ 1975, 591; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3): Über die Zweckmäßigkeit der Beistandschaft entscheidet allein der Elternteil (unten Rz 11), und eine dem § 1690 entsprechende Gestaltung ist nach dem KJHG nicht möglich.

Im Ergebnis stehen beide Unterstützungsformen also unkoordiniert nebeneinander. Angesichts der **geringen praktischen Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Beistandschaft** (vgl GERNHUBER § 52 II 1) hätte der Gesetzgeber bei Schaffung des KJHG noch einmal die bereits bei der Reform des Sorgerechts erwogene Frage prüfen sollen, ob die §§ 1685-1692 zumindest nunmehr nicht aufhebungsreif sind (vgl BT-Drucks 8/2788, 67; 7/2060, 8, 38; 8/111, 6).

## 2. Textgeschichte

5

Die Regelung des § 1685 war ursprünglich in §§ 1687, 1688 aF enthalten, sie wurde durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) neugefaßt (s Rz 1) und hierher gesetzt. Das SorgeRG (Art 1 Nr 30 a) brachte nur sprachliche Anpassungen.

## II. Voraussetzungen und Bestellung

### 1. Voraussetzungen

#### a) Alleinsorge eines Elternteils

6

Der die Beistandschaft beantragende Elternteil muß **alleinsorgeberechtigt** sein. Dieses Erfordernis ist von der ursprünglichen Fassung der Vorschrift übernommen (vgl Rz 1), aber rechtspolitisch wenig sinnvoll (GERNHUBER § 52 II 1; MünchKomm-HINZ Rz 4; zu § 30 KJHG s Rz 3). Es genügt für § 1685, wenn – bei gemeinsamem Sorgerecht der Substanz nach – nur ein Elternteil *ausübungsberechtigt* ist, etwa im Fall des § 1678 (Ruhe des Sorgerechts beim anderen Teil) oder des § 1629 Abs 2 S 2 (Geltendmachung von Kindesunterhalt durch Obhuts-Elternteil bei getrennt lebenden Eltern; LG Oldenburg DAVorm 1974, 669; LG Berlin DAVorm 1979, 298 f; FamRZ 1991, 103, 104). Ferner genügt nur *teilweise Alleinberechtigung*, wenn der Antrag auf diesen Bereich beschränkt ist; dabei kommen – über den Gesetzeswortlaut hinaus – auch Teilbereiche der Personensorge oder der Vermögenssorge in Betracht (zB das Recht auf religiöse Erziehung oder gegenständlich begrenzte Vermögensverwaltung). Sind demnach beide Elternteile für verschiedene Sorgebereiche alleinberechtigt, kann jedem für seinen Bereich ein Beistand bestellt werden (DONAU MDR 1958, 6, 8; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5).

Die *nichteheliche Mutter* kann Beistandschaft nur für solche Angelegenheiten erlangen, die nicht gem § 1706 zum Aufgabenbereich des Amtspflegers gehören (PA-

LANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Diese Einschränkung gilt nicht nach einem Beschluß des VormG gem § 1707 (Antrag nach § 1685 begründet nicht stets Änderungsnotwendigkeit nach § 1707 S 3).

- 8 Aus der Unterstützungsfunktion der Beistandschaft folgt, daß der beantragende Elternteil selbst sowohl **rechtlich wie auch tatsächlich das Sorgerecht ausüben können muß** (ERMAN-MICHALSKI Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Hinsichtlich rechtlicher Ausübungsverhinderungen ergibt sich dies aus § 1691 Abs 2, aber auch tatsächliche Verhinderungen nicht nur kurzfristiger Art stehen einer Beistandsbestellung entgegen: Die Beistandschaft hat nicht die Aufgabe, ausfallende elterliche Sorge zu ersetzen, sondern vorhandene Sorge zu unterstützen. Stellt ein alleinsorgeberechtigter, aber tatsächlich veränderter Elternteil einen Antrag nach § 1685, so ist zweckmäßigerweise zunächst eine Feststellung nach § 1674 Abs 1 zu treffen und dann der Antrag abzulehnen (OLG Hamm FamRZ 1966, 260 f [statt Beistandschaft Bestellung eines Vormunds]).

#### 9 b) Antrag

Der alleinsorgeberechtigte Elternanteil muß einen **Antrag** auf Bestellung eines Beistands gestellt haben. Dieses Erfordernis sichert die **Freiwilligkeit** der Beistandschaft. VAW kann eine Beistandschaft nach § 1685 auch dann nicht angeordnet werden, wenn sie dem VormG zur Abwehr einer Kindesgefährdung (§§ 1666, 1666 a) geeignet erscheint (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 7). Allerdings kann dem Elternteil eine Antragstellung nahegelegt werden; bleibt dies erfolglos, kann mit einer *Aufsichtspflegschaft* ein ähnliches Ergebnis erreicht werden (s § 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194, 195; COESTER FamRZ 1991, 253, 262). Eine *Pflicht zur Antragstellung* besteht auch dem Kind gegenüber *nicht*; angesichts mehrerer Möglichkeiten, sich der Hilfe Dritter zu versichern, muß dem Elternteil die Auswahlfreiheit bleiben (GERNHUBER § 52 II 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; MÜNCHKOMM-HINZ Rz 2; aA ERMAN-MICHALSKI Rz 4; DÖLLE II § 99 II sowie VoraufI Rz 8). Ein gestellter Antrag kann jederzeit *zurückgenommen* werden, eine Bestellung darf dann nicht mehr erfolgen (GERNHUBER § 52 I 3; MünchKomm-HINZ Rz 8; zum Aufhebungsantrag s § 1692 Rz 4; die Gegenauffassung ist überholt, vgl ERMAN-MICHALSKI Rz 4).

- 10 Der Antrag muß den **Wirkungskreis** des Beistands bezeichnen (s Abs 2) sowie – wenn die Vermögenssorge oder Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen miterfaßt sind – die beabsichtigte **Rechtsstellung des Beistands deutlich machen** (schlicht unterstützend gem §§ 1685, 1686 oder Übertragung dieser Sorgebefugnisse auf den Beistand gem § 1690; vgl § 1690 Rz 4). Der Antrag kann sich auf den gesamten Sorgebereich beziehen, der dem Elternteil allein zusteht (aber nicht darüber hinausgehen), er kann aber auch begrenzt sein iSv Abs 2. Er kann auch auf eines von mehreren Kindern beschränkt sein. Zulässig sind weiterhin **bedingte Anträge** oder die **Befristung** der beantragten Beistandschaft (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4) sowie die Beschränkung des Antrags auf eine bestimmte Beistandsperson (s Rz 11). Auch mehrere Beistände können beantragt werden. Einer Begründung bedarf der Antrag nicht.

#### 11 2. Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung

a) Das Vormundschaftsgericht **muß die Beistandschaft anordnen**, und zwar so, wie sie beantragt worden ist („hat ... zu bestellen“). Eine Überprüfung der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit ist dem Gericht verwehrt (LG Oldenburg DAVorm

1976, 675 f; LG Göttingen DAVorm 1983, 315 f; LG Hamburg DAVorm 1984, 418 [betr nichtbeantragte Aufhebung]; MünchKomm-HINZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Der Antrag darf nicht zurückgewiesen werden, weil das Gericht die Beistandschaft für überflüssig oder die vorgeschlagene Person für ungeeignet hält (MünchKomm-HINZ Rz 7; aA ERMAN-MICHALSKI Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; DÖLLE II § 99 II Fn 17; VoraufI § 1691 Rz 3). Anderes gilt für den Beistand nach § 1690 (s dort Rz 5). Auch die Möglichkeit jugendhilferechtlicher Leistungen berechtigt nicht zur Antragsabweisung (oben Rz 4; vgl § 1692 Rz 5).

Das Gericht darf über den Antrag nicht hinausgehen (schon wegen des Freiwilligkeitsprinzips), umgekehrt aber Beistandschaft auch nicht eingeschränkter anordnen als beantragt. Bindung besteht auch hinsichtlich der vom Elternteil **benannten Beistandsperson** (die hM lehnt ein Benennungsrecht im Anschluß an KGJ 34, A 34, 35, 36 f ab, erlaubt aber eine durch die genannte Person *bedingte* Antragstellung; diese Auffassung basiert auf der früheren Rechtslage und ist überholt; wie hier SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; der Sache nach auch MünchKomm-HINZ Rz 7 und § 1691 Rz 2).

Eine **Ablehnung** des elterlichen Antrags darf demnach nur erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1685 nicht gegeben sind (keine Alleinsorge, kein wirksamer Antrag) oder Ablehnungsgründe des § 1780, 1781, 1784 (iVm § 1691) vorliegen (MünchKomm-HINZ Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN § 1691 Rz 4; aA noch VoraufI § 1691 Rz 3).

Auf entsprechenden Elternantrag kann die Beistandschaft **später eingeschränkt oder erweitert** werden (auch iSv § 1690).

#### b) Zuständigkeit und Verfahren

12

Die örtliche Zuständigkeit des VormG folgt aus §§ 43, 36 FGG, innerhalb des Gerichts entscheidet der Rechtspfleger (§ 3 Abs 1 Ziff 2 a RPfIG).

Beschwerderechte stehen dem Antragsteller zu gegen die Ablehnung oder nur beschränkte Stattgabe seines Antrags (§ 20 Abs 2 FGG; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3), dem Beistand als sofortige Beschwerde nur gegen seine Bestellung trotz Übernahmeverweigerung oder seine Entlassung gegen seinen Willen (§ 60 Abs 1 Nr 2, 3 FGG; vgl LG Hamburg DAVorm 1983, 315).

### III. Rechtsstellung des Beistands

13

Der Beistand nach § 1685 beschränkt die elterliche Sorge nicht und ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes (BGH FamRZ 1981, 865; oben Rz 2; anders bei § 1690, s dort Rz 1), er ist nur dem Elternteil unterstützend zugeordnet. Eine Urteilszustellung nur an ihn setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf (BGH FamRZ 1981, 865 f). Zu seiner Rechtsstellung iSv § 1691; zu seinen Aufgaben §§ 1686, 1689; zur Entlassung und Beendigung der Beistandschaft §§ 1691, 1692.

### IV. Internationales Privatrecht

14

Die Beistandsbestellung ist eine „Schutzmaßnahme“ iSv Art 1 Haager MSA (LG Berlin FamRZ 1991, 103, 104; Vorbem 289 zu Art 18 EGBGB), zur internationalen Zuständigkeit deutscher VormG s deshalb Art 1, 4, 8, 9 MSA, zum anwendbaren Recht Art 2 MSA.

## § 1686

**Der Beistand hat innerhalb seines Wirkungskreises den Vater oder die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Sorge zu unterstützen.**

E I § 1540, II § 1578, III § 1665. Mot IV 800; Prot IV 614. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22 sowie SorgeRG Art 1 Nr 32.

**1 I. Normbedeutung**

Die Vorschrift unterschreibt generalklauselartig Funktionen und Aufgaben des einfachen Beistands (s auch § 1689 als Sonderregelung; anderes gilt für den Beistand nach § 1690). Die früher in HS 2 vorgesehene Anzeigepflicht ist durch das SorgeRG (Art 1 Nr 32) aufgehoben worden, um das Freiwilligkeitsprinzip sowie die rein unterstützende Funktion des Beistands zu betonen. Aus § 1686 folgt, daß der Beistand **dem Elternteil** bestellt ist und nicht dem Kind (konzeptionell anders, aber unklar § 30 KJHG: Unterstützung des Kindes, aber diesbezüglicher Anspruch nur der Eltern, § 27 KJHG). Folgerichtig hat der Beistand **keine unmittelbaren Handlungsbefugnisse gegenüber dem und mit Wirkung für das Kind**. Andererseits dient auch das Rechtsinstitut der Beistandschaft letztlich dem Kindesinteresse, die Beistandstätigkeit zielt auf bessere Kindeswohlverwirklichung durch den Elternteil (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; MünchKomm-HINZ § 1685 Rz 11). Demgemäß haftet das Kindesvermögen für Vergütungsansprüche des Beistands (§ 1691 Rz 6), umgekehrt der Beistand dem Kind für Pflichtverletzungen (§ 1691 Rz 5). Deshalb steht der Beistand trotz Fehlens unmittelbarer Handlungsbefugnisse **in einem Rechtsverhältnis nicht nur zum Elternteil, sondern auch zum Kind** (MünchKomm-HINZ § 1685 Rz 11; GERNHUBER § 52 IV 4).

**2 II. Einzelheiten**

1. Der **Wirkungskreis des Beistands** ergibt sich aus der gerichtlichen Bestellung, er ist dort so genau wie möglich zu umschreiben. Innerhalb der bezeichneten Thematik hat der Beistand den Elternteil zu unterstützen ungeachtet des Umstands, ob der Elternteil für das Kind als gesetzlicher Vertreter oder in eigenem Namen handelt – es kommt nur darauf an, daß der Sache nach Sorgerechtsaufgaben wahrgenommen werden (vgl LG Berlin FamRZ 1991, 103, 104 für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen in eigenem Namen, § 1629 Abs 3).
- 3 2. **Unterstützung** bedeutet interne Hilfe für den Elternteil durch Rat und Anleitung; auf Grund rechtsgeschäftlicher Vollmacht kann der Beistand auch für das Kind handeln. Die Entscheidungs- und Handlungskompetenz des Elternteils bleibt grundsätzlich unberührt, Meinungsverschiedenheiten sind intern zu schlichten, § 1630 Abs 2 gilt nicht (s aber § 1690 Rz 6). Allerdings hat der Elternteil dem Beistand die zur Wahrnehmung seiner Funktionen notwendige *Auskunft* zu erteilen und *Einsicht in Schriftstücke* zu gewähren (GERNHUBER § 52 II 4; MünchKomm-HINZ Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; aA BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Will der Elternteil dies vermeiden, kann er die Aufhebung der Beistandschaft beantragen.
- 4 3. Aus der mittelbaren Fürsorgepflicht des Beistands auch dem Kind gegenüber ergibt sich sein **Beschwerderecht in Personensorgesachen** gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG. Desweiteren kann – trotz Aufhebung der **Anzeigepflicht** in zweiten HS – eine Pflicht des Beistands gegenüber dem Kind bestehen, das VormG auf **drohende Gefährdungen** im Bereich seines Wirkungskreises hinzuweisen: Ein gerichtlich bestellter Beistand, der Kindesgefährdungen tatenlos zusehen könnte, ist nicht vorstellbar (ähnl MünchKomm-HINZ Rz 1, 5; vgl auch SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Allerdings be-

schränkt sich diese Anzeigepflicht (mit der Folge einer Haftung des Beistands für Schäden) auf Fälle, die das staatliche Wächteramt auslösen (insbes §§ 1666 ff); zur Anzeige »schlichter Pflichtwidrigkeiten« (vgl § 1666 Rz 67, 69) und bloßer Meinungsverschiedenheiten mit dem Elternteil (vgl Rz 3) ist der Beistand weder verpflichtet noch berechtigt – damit untergräbt er nur seine Hilfespflicht.

### §§ 1687, 1688

(Die Vorschriften betrafen die Genehmigungspflichtigkeit elterlicher Geschäfte durch den Beistand bzw die Anlegung von Kindesvermögen. Beide Vorschriften sind durch Art 1 Nr 3 des NEhelG von 1969 aufgehoben worden.)

### § 1689

**Ist ein Vermögensverzeichnis einzureichen, so ist bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Beistand zuzuziehen; das Verzeichnis ist auch von dem Beistande mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das Verzeichnis ungenügend, so kann, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1667 vorliegen, das Vormundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.**

E II § 1581, III § 1668. Prot IV 555, 616; VI 301. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22 und SorgeRG Art 1 Nr 33.

## I. Allgemeines

### 1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift betrifft die Mitwirkung des Beistands nach § 1685 bei der Erstellung eines Vermögensverzeichnisses; sie enthält die einzige gesetzliche Konkretisierung der in § 1686 allgemein umschriebenen Beistandspflichten (weitere Regelungen in §§ 1687, 1688 aF sind aufgehoben worden). Die in S 2 angeordnete Sanktion öffentlicher Inventarerrichtung war vor dem SorgeRG durch Verweis auf den (aufgehobenen) § 1682 Abs 2 aF geregelt, nach Wegfall dieser Vorschrift bedurfte es einer unmittelbaren Regelung in § 1689 (BT-Drucks 8/2788, 67).

Für den Beistand nach § 1690 gilt die Vorschrift nicht, dort obliegt die Inventarpflicht von vornherein (nur) dem Beistand (vorbehaltlich der Fühlungnahme mit dem Elternteil gem § 1690 Abs 2 S 2).

### 2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich in § 1692 aF enthaltene Vorschrift wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) geändert und hierher gesetzt. Das SorgeRG (Art 1 Nr 33) formulierte den S 2 neu.

## II. Tatbestand

3

Die Vorschrift setzt tatbestandlich voraus (1) einen bestellten Beistand nach § 1685 und (2) eine Pflicht des Elternteils zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses. Eine derartige Pflicht kann aus §§ 1640, 1667 Abs 2 S 1 oder 1683 folgen.

#### 4 III. Rechtsfolgen

Bei der Aufnahme des Verzeichnisses hat der Beistand das Recht und die Pflicht zur Mitwirkung – die Vorschrift begründet damit auch eine Zusatzpflicht des inventarpflichtigen Elternteils. Der Beistand hat das Verzeichnis mit einer eigenen Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen (entsprechende Elternpflichten in §§ 1640 Abs 1 S 1, 1667 Abs 2 S 2).

- 5 Ist das Verzeichnis ungenügend (gleich, ob der Beistand pflichtgemäß mitgewirkt hat oder nicht), kann das VormG gem S 2 öffentliche Inventarerrichtung anordnen, sofern nicht vorrangige Maßnahmen gem § 1667 bei Gefährdung des Kindesvermögens in Betracht kommen. Eine letztwillige Befreiung von dieser Sanktion durch den vorverstorbenen Elternteil kommt (anders als nach §§ 1689 S 2, 1682 Abs 2 S 2 aF) nicht mehr in Betracht (§ 1640 Abs 2 Nr 2 ist nicht in Bezug genommen und läßt im übrigen auch schon die Inventarpflicht entfallen, vgl MünchKomm-HINZ Rz 3). Unberührt bleibt eine Haftung des Beistands für Pflichtwidrigkeiten (s § 1691 Rz 5).

### § 1690

**Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Vaters oder der Mutter dem Beistande die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und die Vermögenssorge übertragen; die Vermögenssorge kann auch teilweise übertragen werden.**

**Der Beistand hat, soweit das Vormundschaftsgericht eine Übertragung vornimmt, die Rechte und Pflichten eines Pflegers. Er soll in diesen Angelegenheiten mit dem Elternteil, dem er bestellt ist, Fühlung nehmen.**

E II § 1582, III § 1669; Prot IV 614. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; FamRÄndG Art 1 Nr 7; NEhelG Art 1 Nr 24; SorgeRG Art 1 Nr 34.

#### I. Allgemeines

##### 1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift gestattet eine Erweiterung der Funktionen des Beistands von der bloßen Unterstützung (§ 1686) zur partiell **ersetzenden Übernahme elterlicher Sorgeaufgaben** (vgl § 1685 Rz 1). Der Beistand nach § 1690 hat folglich nicht die Rechtsstellung eines Gegenvormunds, sondern eines **Pflegers** (Abs 2 S 1); im Übertragungsbereich ist die Sorgemacht des Elternteils ausgeschlossen (§ 1630 Abs 1), der Beistand ist insoweit (alleiniger) **gesetzlicher Vertreter des Kindes** (BGH FamRZ 1981, 865; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 641, 642; vgl zur Pflegerstellung im allgemeinen BGHZ 48, 147, 159).

Auch diese intensivere Form der Beistandschaft beruht auf dem **Freiwilligkeitsprinzip** (zur Aufhebung auf Antrag s § 1692 Rz 6). Der Sache nach enthält die Vorschrift damit eine Ausnahme vom Grundsatz der Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit elterlicher Sorge (MünchKomm-HINZ Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2) – allerdings mit zwischengeschalteter gerichtlicher Kontrolle (unten Rz 5).

Auf den Beistand nach § 1690 sind die allgemeinen Regeln der §§ 1685-1692 anwendbar, soweit sich nicht aus seiner besonderen Funktion und Pflegerstellung etwas anderes ergibt.

## 2. Textgeschichte

2

Die Vorschrift, ursprünglich § 1693 aF, wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) auf beide Elternteile ausgedehnt und durch das FamRÄndG 1961 (Art 1 Nr 7) hinsichtlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen erweitert (vgl unten Rz 3). Das NEhelG 1969 (Art 1 Nr 24) fügte Abs 2 S 2 ein, das SorgeRG 1979 schließlich brachte sprachliche Anpassungen (Art 1 Nr 34).

## II. Voraussetzungen und gerichtliche Entscheidung

### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen

3

Das Gesetz geht davon aus, daß ein Beistand nach § 1685 schon bestellt ist und ihm nunmehr weitergehende Befugnisse übertragen werden sollen. Zulässig ist jedoch auch die Verbindung einer Erstbestellung des Beistands mit einer Übertragung nach § 1690 (MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

In jedem Fall ist auch für § 1690 erforderlich, daß die elterliche Sorge für jenen Bereich, der dem Beistand übertragen werden soll, dem Elternteil **allein zusteht** (ie § 1685 Rz 6, 7): Also die *Vermögenssorge*, soweit diese ganz oder teilweise (Abs 1 HS 2) vom Beistand wahrgenommen werden soll, und/oder die *Personensorge* hinsichtlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (zur Zugehörigkeit zur Personensorge vgl § 1671 Rz 46; für diesen Sorgebereich werden am häufigsten Beistandschaften beantragt).

Weiterhin bedarf es eines **Antrags** des alleinsorgeberechtigten Elternteils. Der Übertragungsbereich ist genau zu kennzeichnen, er kann enger gefaßt sein als der Wirkungskreis des schon bestellten oder gleichzeitig zu bestellenden Beistands nach § 1685. Da auf den in § 1690 bezeichneten Gebieten auch eine schlicht unterstützende Beistandschaft möglich ist, ist schon im Antrag deutlich zu machen, ob eine Sorgerechtsübertragung gem § 1690 gewünscht wird (zu späteren Abgrenzungsschwierigkeiten bei unklaren Anträgen und Entscheidungen s BGH FamRZ 1981, 865 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 641, 642).

Der Antrag kann, wie bei § 1685, *bedingt oder befristet* oder auf eine *bestimmte Person* beschränkt sein (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Er kann eine *Befreiung* des Beistands iSd §§ 1852 ff (iVm § 1915 Abs 1, § 1690 Abs 2 S 1) vorsehen, da der Beistand einem benannten Vormund gleichzustellen ist (GERNHUBER § 52 II 5 Fn 11; Münch-Komm-HINZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; aA DÖLLE II § 99 IV 5 Fn 47 und VoraufI § 1691 Rz 13).

### 2. Gerichtliche Entscheidung

5

Im Gegensatz zu § 1685, wo das VormG dem elterlichen Antrag stattgeben *muß*, steht die Übertragung gem § 1690 im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts**. Damit wird sichergestellt, daß der Elternteil sich seiner Sorgeverantwortung nicht willkürlich entledigen kann, sondern nur bei sachlichen Gründen. Dabei sind vor allem die **Kindesinteressen** zu berücksichtigen. Hält das Gericht die beantragte Übertragung für ungerechtfertigt, kann es sie ablehnen oder in engerem Umfang als beantragt vornehmen (etwa begrenzt auf einen Vermögensgegenstand). Ist noch kein Beistand vorhanden, kann im Antrag nach § 1690 ein weniger weitreichender Antrag gem § 1685 enthalten sein (Auslegungsfrage), dem bei Ablehnung des Übertra-

gungsantrags stattzugeben ist. Eine Übertragung gem § 1690 *über einen Antrag hinaus* würde gegen das Freiwilligkeitsprinzip verstoßen (MünchKomm-HINZ Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5).

Zur Zuständigkeit und Verfahren s § 1685 Rz 12; der unterhaltspflichtige Elternteil, gegen den der Beistand Ansprüche des Kindes geltend machen soll, hat gegen die Bestellung kein Beschwerderecht (LG Berlin DAVorm 1983, 522; DAVorm 1975, 313 f; LG Stuttgart DAVorm 1972, 453).

### 6 III. Rechtsfolgen

Zur grundsätzlichen Rechtsstellung des Beistands nach § 1690 s Rz 1. Meinungsverschiedenheiten mit dem im übrigen sorgeberechtigten Elternteil in Überschneidungsbereichen sind nach § 1630 Abs 2 zu schlichten (Richterentscheid, § 14 Nr 5 RPflG). Auch in seinem Wirkungskreis ist der Beistand zur Fühlungnahme mit dem Elternteil verpflichtet (Abs 2 S 2); unterläßt er dies, wird dadurch allerdings nicht die Wirksamkeit seiner Handlungen für das Kind berührt (allgM).

- 7 Nach Bestellung des Beistands für die Vermögenssorge hat der Elternteil das Kindesvermögen herauszugeben und auf Verlangen Rechenschaft abzulegen (§ 1698). Aus dem gem Abs 2 S 1 anwendbaren **Pflegschaftsrecht** (bzw – über § 1915 – Vormundschaftsrecht) ergibt sich für den Beistand insbes die Pflicht zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses bei Antritt seines Amtes (§ 1802) sowie zur jährlichen Rechnungslegung (§§ 1840 ff); es gelten die Mündel-Schutzvorschriften der §§ 1805 ff sowie die Genehmigungserfordernisse der §§ 1821 ff. Soweit angemessen, kann der Pfleger-Beistand eine *Vergütung* verlangen (§ 1836 Abs 1 S 2 1. Alt; zum allgemeinen Beistand s § 1691 Rz 6).

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten betr Aufwundersersatz, Aufsicht, Haftung und Beendigung der Beistandschaft s Erl zu §§ 1691, 1692.

## § 1691

**Für die Bestellung und Beaufsichtigung des Beistandes, für seine Haftung und seine Ansprüche, für die ihm zu bewilligende Vergütung und für die Beendigung seines Amtes gelten die gleichen Vorschriften wie bei dem Gegenvormund.**

**Das Amt des Beistandes endet auch dann, wenn die elterliche Sorge des Elternteils, dem der Beistand bestellt ist, ruht.**

E I § 1543, II § 1583, III § 1670. Mot IV 801; Prot IV 616; VI 301. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22.

### I. Allgemeines

#### 1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift gilt primär für den schlicht **unterstützenden Beistand nach § 1685**: Nachdem dessen Funktionen in §§ 1686, 1689 bezeichnet sind, wird in § 1691 seine **allgemeine Rechtsstellung** durch pauschalen Verweis auf das Recht der **Gegenvormundschaft** (§ 1792) geregelt (obwohl der Beistand seine Kontrollfunktionen heute verloren und somit mit dem Gegenvormund kaum noch etwas gemein hat, vgl GERNHUBER § 52 II 6). Der Verweis umfaßt auch das gesetzliche Ende der Beistandschaft, während für die gerichtliche Aufhebung in § 1692 eine Sonderregelung enthalten ist.

Die Vorschrift gilt **subsidiär jedoch auch für den Beistand nach § 1690**, soweit sich für diesen aus dem vorrangig anwendbaren Pflegschaftsrecht (§§ 1690 Abs 2 S 1, 1909 ff) nichts anderes ergibt. Da sowohl für die Pflegschaft wie für den Gegenvormund weitgehend auf das Vormundschaftsrecht verwiesen wird (§§ 1915 Abs 1 bzw 1792 Abs 4), sind die Unterschiede praktisch nicht groß.

## 2. Textgeschichte

2

Das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) hat die ursprünglich in § 1694 aF enthaltene Regelung hierher versetzt und inhaltlich leicht geändert.

## II. Die Rechtsstellung des Beistands im einzelnen

### 1. Bestellung

3

Zur Bestellung des Beistands s schon § 1685 Rz 11, § 1690 Rz 5. Hat der Elternteil seinen Antrag nicht auf eine bestimmte Person beschränkt, so sind für die **Auswahl der Beistandsperson** über §§ 1691 Abs 1, 1792 Abs 4 die §§ 1779-1791 c maßgeblich. Das Jugendamt hat dem Gericht entsprechende Vorschläge zu machen, § 53 Abs 1, 4 KJHG (zur eigenen Nachforschungspflicht des Gerichts LG Oldenburg DAVorm 1976, 675; LG Berlin DAVorm 1979, 298, 300). Die Verpflichtung zur Übernahme und Ablehnungsrechte bestimmen sich nach §§ 1785-1788; gegen einen Beschluß, der die Weigerung zur Übernahme zurückweist, kann sofortige Beschwerde eingelegt werden (§ 60 Abs 1 Nr 2 FGG). Ist keine geeignete natürliche Person vorhanden, kann zum Beistand auch das Jugendamt selbst (§§ 1792 Abs 1 HS 2, 1791 b Abs 1 S 1) oder ein rechtsfähiger Verein bestellt werden (§§ 1791 a iVm 54 Abs 1 KJHG).

Die **Bestellung** erfolgt in der Form des § 1789, mit ihr erlangt der Beistand sein Amt, auch wenn die Bestellung rechtsfehlerhaft war (bis zur vormundschaftsgerichtlichen Feststellung der Fehlerhaftigkeit, KG JFG 3, 43, 45; MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Die Aushändigung der Bestallungsurkunde gem § 1791 hat keine konstitutive Bedeutung; sie hat den sachlichen Wirkungskreis der Beistandschaft genau zu bezeichnen und muß erkennen lassen, ob eine Sorgerechtsübertragung nach § 1690 vorgenommen worden ist.

### 2. Beaufsichtigung

4

Die **Aufsicht durch das VormG** bestimmt sich nach § 1837, der Beistand hat nach § 1839 Auskunft zu erteilen. Der Pfleger-Beistand gem § 1690 hat darüberhinaus Rechnung zu legen (§§ 1690 Abs 2, 1915, 1840).

Das **Jugendamt** hat den Beistand in seiner Amtsführung zu beraten und zu unterstützen (§ 53 Abs 2, 4 KJHG); der Beistand nach § 1690 unterliegt weitergehend sogar der Aufsicht durch das Jugendamt (§ 53 Abs 3, 4 KJHG, mit Anzeige- und Auskunftspflicht des Jugendamts gegenüber dem VormG).

### 3. Haftung

5

Für die Haftung des Beistands gilt § 1833 (vgl §§ 1833 Abs 1 S 2, 1691 Abs 1 oder 1690, 1915). Das demnach erforderliche Verschulden kann fehlen, wenn das VormG eine im Einzelfall notwendige Genehmigung erteilt hat (RG WarnRspr 1939 Nr 8). Personalmangel beim zum Beistand bestellten Jugendamt entlastet nicht

unbedingt, er kann unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens zur Haftung verpflichtet (KG DAVorm 1975, 439). Auch strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beistands (Untreue) kommt in Betracht (OLG Braunschweig NJW 1961, 2030).

#### 6 4. Vergütung und sonstige Ansprüche

Jede Beistandschaft ist grundsätzlich *unentgeltlich* zu führen (§ 1836 Abs 1 S 1). Dem Pfleger-Beistand gem § 1690 kann das VormG jedoch eine Vergütung bewilligen, wenn dies in Anbetracht seiner Tätigkeit und des Umfangs des Kindesvermögens angemessen erscheint (§§ 1836 Abs 1 S 2 m 1915, 1690 Abs 2 S 1). Der nur unterstützende Beistand gem § 1685 hat einen Vergütungsanspruch demgegenüber nur bei „besonderen Gründen“ (§ 1836 Abs 1 S 2 2. Alt), also nur bei außergewöhnlichen Umständen, die eine unentgeltliche Amtsführung unbillig erscheinen lassen (vgl OLG Hamm OLGZ 1971, 307). Eine *volle* Entschädigung steht ihm aber auch in diesem Fall nicht zu (KG OLG 42, 112; OLG Hamburg OLG 33, 2).

Ansprüche auf **Aufwendungsersatz** ergeben sich für jede Art Beistand aus § 1835 Abs 1, 2.

**Schuldner** der vorerwähnten Ansprüche ist das **Kind**, da die Beistandstätigkeit letztlich seinen Interessen dient (OLG Celle FamRZ 1961, 385 = NJW 1961, 77).

#### 7 5. Ende der Beistandschaft

Die **Beistandschaft als solche** endet mit der elterlichen Sorge des beantragenden Elternteils (Volljährigkeit oder Tod des Kindes, Tod des Elternteils sowie alle gesetzlichen Entzugs- oder Beendigungsgründe; zur gerichtlichen Aufhebung s § 1692). Es genügt Ende oder Entzug des Sorgerechts in dem Teilbereich, für den Beistandschaft angeordnet ist. Das *Ruhen des Sorgerechts* hat dieselbe Wirkung (Abs 2).

Endet nur das **Amt des bestellten Beistands** (Entlassung, Tod), kann die Beistandschaft als solche fortbestehen: War der elterliche Antrag nicht auf diese Person beschränkt und ist er als fortbestehend anzusehen, muß das VormG einen neuen Beistand bestellen (vgl Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 10).

Die **Abwicklungspflichten** ergeben sich für den unterstützenden Beistand aus § 1891 Abs 2 (Auskunftserteilung), der Pfleger-Beistand ist weitergehend zur Herausgabe des Kindesvermögens und zur Rechnungslegung verpflichtet, §§ 1890, 1915, 1690 Abs 2 S 1. Für die einstweilige Geschäftsführung gelten §§ 1698 a, 1698 b (iVm §§ 1893, 1895).

### § 1692

**Das Vormundschaftsgericht soll die Bestellung des Beistandes und die Übertragung der Vermögenssorge auf den Beistand nur mit Zustimmung des Elternteils, dem der Beistand bestellt ist, aufheben.**

E II §§ 1582 S 2, 1584, III § 1671. Prot IV 616. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 34.

## I. Allgemeines

### 1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift betrifft die **gerichtliche Aufhebung der Beistandschaft** (Beendigung kraft Gesetzes: § 1691), enthält aber nur eine unvollständige und mißverständliche Regelung. Angesprochen ist nur die gerichtliche Aufhebung ohne entsprechenden Elternantrag (zum elterlichen Aufhebungsantrag Rz 6); für diesen Fall unterstellt das Gesetz eine richterliche Aufhebungsmöglichkeit, die teilweise gar nicht besteht (Rz 3).

In ihrer Grundtendenz will die Vorschrift verhindern, daß die von einem Elternteil erbetene Beistandschaft gegen seinen Willen aufgehoben wird. Die Fundierung der Beistandschaft auf dem Elternwillen (§ 1685 Rz 2) findet hier ihre Ergänzung. Eine Aufhebung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Beistandschaft nicht schon kraft Gesetzes geendet hat (vgl § 1691 Rz 7).

### 2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich in § 1695 Abs 2 aF untergebrachte Regelung wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) geändert und hierhergesetzt (§ 1692 aF findet sich jetzt in § 1689). Das SorgeRG 1979 (Art 1 Nr 34) paßte die Vorschrift sprachlich an.

## II. Gerichtliche Aufhebung ohne Elternantrag

### 1. Grundsätzliche Aufhebungskompetenz des Gerichts

3

Eine **Beistandschaft nach § 1685** ist zwingend anzuordnen, wenn ein Elternteil sie beantragt, Zweckmäßigkeitprüfungen sind dem Gericht verschlossen (§ 1685 Rz 11). Hieraus folgt, daß eine **gerichtliche Aufhebung ohne entsprechenden Elternantrag grundsätzlich unzulässig** ist (LG Hamburg DA Vorm 1984, 418 f; Münch-Komm-HINZ Rz 7) – auch hinsichtlich des Bestandes der Beistandschaft ist der Elternwille verbindlich (für **Ausnahmen** s Rz 5).

Anderes gilt für die **Beistandschaft nach § 1690**: Hier liegt die Bestellung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, gleichermaßen also auch die Aufhebung (vgl § 1690 Rz 5).

### 2. Gerichtliche Aufhebung

4

Soweit eine gerichtliche Aufhebung demnach zulässig ist, soll sie nur mit Zustimmung des Elternteils erfolgen, dem der Beistand bestellt ist. Eine Verletzung dieser **Sollvorschrift** berührt nicht die Wirksamkeit der Aufhebung, gleiches gilt für eine mangels Antrags unzulässige Aufhebung einer Beistandschaft nach § 1685 (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; MünchKomm-HINZ Rz 2; in der Rechtsmittelinstanz selbstverständlich Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses, vgl LG Hamburg DA-Vorm 1984, 418; uU Staatshaftung gem Art 34 GG, § 839 BGB).

Aus **Rechtsgründen** kann eine Aufhebung der Beistandschaft (auch solche gem § 1685) **ausnahmsweise ohne elterliche Zustimmung** zulässig sein, wenn entweder die *gesetzlichen Bestellungs Voraussetzungen* von Anfang an nicht vorgelegen haben (zB Elternantrag) oder später weggefallen sind (zB elterliche Alleinsorge). Da bei einem Verlust der elterlichen Sorge die Beistandschaft schon kraft Gesetzes endet (§ 1691 Rz 7), kommt insoweit nur der Fall des *Wiederauflebens gemeinsamen*

*Sorgerechts* der Eltern in Betracht, etwa beim Wegfall des Ruhens beim anderen Elternteil (§§ 1673, 1674 Abs 2) oder im Fall des § 1670 Abs 2 (DONAU MDR 1958, 6, 8; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Eine weitere Ausnahme gilt, wenn *Entlassungsgründe* der §§ 1886 ff beim bestellten Beistand vorliegen (MünchKomm-HINZ Rz 6, 7). **Kein Aufhebungsgrund** liegt in der Anordnung jugendhilferechtlicher Beistandsleistungen nach §§ 18 Abs 1 oder 30 KJHG (so aber MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; zweifelnd LG Hamburg DAVorm 1984, 418, 419), da diese auch einer Bestellung nach § 1685 nicht entgegenstehen (s § 1685 Rz 4, 11).

### 6 III. Elterlicher Aufhebungsantrag

Das die Beistandschaft beherrschende **Freiwilligkeitsprinzip** (§ 1685 Rz 2; § 1690 Rz 1) bedeutet, daß einem elterlichen Aufhebungsantrag stets **stattgegeben werden muß**. Andernfalls bestünden Eingriffe in die elterliche Sorge oder Belastungen (in Form der einfachen Beistandschaft), die weder durch den Elternwillen noch durch Vorschriften des Kindesschutzrechts legitimiert sind (LG Berlin FamRZ 1973, 603, 604; GERNHUBER § 52 II 3; MünchKomm-HINZ Rz 8; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Die Gegenmeinung bezieht sich auf einen überholten Gesetzesstand und ist nicht mehr haltbar (vgl KG OLG 23, 414, 416; ERMAN-MICHALSKI § 1685 Rz 4, § 1692 Rz 1; DÖLLE II § 99 VI 1; Voraufll Rz 4).

### 7 IV. Zuständigkeit und Verfahren

Die örtliche Zuständigkeit des VormG ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG. Gegen die Aufhebung der Beistandschaft oder die Zurückweisung seines Aufhebungsantrags steht dem Elternteil die einfache Beschwerde zu (§ 20 Abs 1 FGG). Weitere Beschwerdeberechtigungen können sich aus § 59 FGG (Kind ab 14 Jahre, Personensorgesachen) oder § 57 Abs 1 Nr 9 FGG ergeben (interessierte Dritte).

## § 1693

**Sind die Eltern verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßnahmen zu treffen.**

E I § 1544; II § 1556 Abs 1; III § 1642. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

### I. Allgemeines

#### 1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift ist Ausdruck der (subsidiären) staatlichen Mitverantwortung für Kinder (Art 6 Abs 2 S 2 GG). Diese drückt sich nicht nur im klassischen „Wächteramt“ aus, wonach der Staat schützend und die elterliche Sorgemacht zurückdrängend einzugreifen hat, wenn die sorgerechtsfähigen Eltern ihre Befugnisse mißbrauchen oder sonst versagen und das Kind dadurch gefährdet wird (§§ 1666, 1666 a und verwandte Vorschriften). Die subsidiäre Verantwortung des Staates verpflichtet ihn auch, **anstelle der Eltern einzuspringen und unmittelbar für das Kind zu handeln**, wenn und solange die Eltern an der Wahrnehmung ihrer Sorgaufgaben **verhindert** sind. Das gerichtliche Handeln nach § 1693 **schränkt die elterliche Sorgemacht nicht**

**ein** (OLG Stuttgart RJA 11, 8, 9; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2), es tritt vielmehr **ergänzend** in die durch den elterlichen Ausfall entstandene Lücke. Konzeptionell ist § 1693 auf die **einstweilige Interessenwahrung des Kindes in dringlichen Fällen** beschränkt, in denen nicht gewartet werden kann, bis die Eltern wieder sorgerechtsfähig sind oder – bei längerem Ausfall – dauerhafte Schutzmaßnahmen für das Kind getroffen werden (§§ 1674 Abs 1, 1666 ff, jeweils mit der Konsequenz einer Vormund- oder Pflegerbestellung).

Eine entsprechende Regelung gilt bei Fehlen oder Verhinderung des Vormunds (§ 1846), kraft Verweises auch im Pflegschaftsrecht (§ 1915 Abs 1) und im Betreuungsrecht (§ 1908 i Abs 1).

## 2. Textgeschichte

2

Die Vorschrift entspricht § 1665 aF, sie ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) neu gefaßt und durch das SorgeRG 1979 sprachlich angepaßt worden.

## II. Voraussetzungen

3

Die Eltern müssen **an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert** sein, entweder insgesamt oder für einen Teilbereich – möglicherweise auch nur für eine einzelne Sorgemaßnahme (KG JFG 12, 96; KG DFG 1943, 39; MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3). Die elterliche Sorge muß für diesen Bereich **ersatzlos** ausgefallen sein, die Verhinderung muß also bei beiden Eltern oder beim alleinsorgerechtigten Elternteil bestehen. § 1693 verleiht keine gerichtliche Handlungsbefugnis, wenn bei Ausfall eines Elternteils der andere das Sorgerecht allein wahrnimmt (§§ 1678, 1680, 1681; anders bei § 1629 Abs 2 S 1: Die Verhinderung eines Elternteils disqualifiziert hier nach hM auch den anderen, PALANDT-DIEDERICHSEN § 1629 Rz 14). Das gleiche gilt, wenn die Eltern für den Verhinderungsfall hinreichend Vorsorge getroffen haben, zB durch rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder Einsetzung einer Betreuungsperson. Ausnahmsweise können in diesem Fall dennoch gerichtliche Maßnahmen nach § 1693 notwendig werden, wenn die Vorsorgemaßnahme nicht ausreicht oder die Hilfsperson ihrerseits ausfällt oder nicht im Elternsinne tätig wird (MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

Die **Art der elterlichen Verhinderung** ist gleichgültig, es kommen **tatsächliche** (§ 1678 Abs 1) oder **rechtliche Verhinderungen** in Betracht (§§ 1673, 1674, 1629 Abs 2 S 1). Auch die **Dauer der Verhinderung** ist unerheblich – es genügt, wenn gerade im Verhinderungszeitraum Sorgemaßnahmen notwendig werden, die nicht ohne Nachteil für das Kind aufgeschoben werden können (vgl MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3). Insbes können Maßnahmen nach § 1693 dazu dienen, eine längere Verfahrensdauer bei der Feststellung der Tatbestände der §§ 1673, 1674 oder auch des § 1666 und der gerichtlichen Anordnung von Vormundschaft oder Pflegschaft zu überbrücken (vgl § 1674 Rz 21). An die Feststellung der Verhinderung iSd § 1693 sind dabei nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei § 1674 Abs 1, sonst liefe die Schutzfunktion des § 1693 leer: Es genügt hinreichender Anlaß zu der Annahme, daß die Eltern verhindert sind, sowie ein dringendes Regelungsbedürfnis (KG FamRZ 1962, 200; vgl BayObLGZ 1961, 243, 249; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; MünchKomm-HINZ Rz 3; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6). Behaupten und beanspruchen jedoch zB geistig oder auf Grund äußerlicher Umstände behinderte Eltern ihre Sorgerechtsfähigkeit, so ist Zurückhaltung geboten – § 1693 ist kein bequemes Mittel zur

Umgehung tatbestandlicher Eingriffsvoraussetzungen in anderen Vorschriften (insoweit noch bedeutsam OLG Stuttgart RJA 11, 8f; vgl noch Rz4).

- 4 **Kein Anwendungsfall des § 1693** ist gegeben, wenn **objektiv sorgerechtsfähige Eltern ihrer Sorgerechtsverantwortung nicht nachkommen** – hier liegt Vernachlässigung oder sonstiges elterliches Versagen vor, dem ausschließlich gem §§ 1666 ff zu begegnen ist (möglicherweise auch durch vorläufige Anordnung). Dies gilt auch, wenn die grundsätzlich sorgerechtsfähigen Eltern Maßnahmen treffen, die das Gericht für sachlich ungeeignet hält ← nicht eine Verhinderung an der »richtigen« Entscheidung, sondern an Sorgerechtsmaßnahmen schlechthin erfüllt den Tatbestand des § 1693 (KG DFG 1943, 39, 40 [angeblich unsachgemäße Weisungen des im Felde stehenden Vaters]; vgl MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4).

### 5 III. Erforderliche Maßregeln

Aus dem Normzweck (Rz 1) folgt, daß die vom Gericht zu treffenden Maßregeln **nur zur einstweiligen Erledigung eines unaufschiebbaren Regelungsbedürfnisses dienen dürfen** – weitergehende Vorgriffe auf endgültige Regelungen sind unzulässig (KG JFG 14, 204, 206 f; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2 [„nur das unbedingt Erforderliche“]). Damit ist eine volle Erledigung einer Sachfrage nicht ausgeschlossen, maßgebliches Kriterium ist allein die Unaufschiebbarkeit.

- 6 Die Maßnahmen stehen im übrigen im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts**. Das Gericht kann die Fürsorge durch Dritte sicherstellen (Pfleger, Prozeßvertreter), aber auch unmittelbar selbst für das Kind handeln in Vertretung des Kindes oder durch Maßnahmen tatsächlicher Fürsorge, zB Unterbringung (OLG Schleswig SchlHAnz 1955, 226; vgl BayObLG FamRZ 1979, 71, 73).

### 7 IV. Zuständigkeit und Verfahren

Neben der allgemeinen Zuständigkeit aus §§ 43, 36 FGG besteht die besondere Fürsorgezuständigkeit gem § 44 FGG. Innerhalb des Gerichts entscheiden Richter oder Rechtspfleger, je nach Art der zu treffenden Maßnahme (§§ 3 Nr 2 a, 14 RPfG). Beschwerdebefugnisse folgen aus § 20 Abs 1 FGG für die Eltern, § 59 für das mindestens 14jährige Kind und § 57 Abs 1 Nr 8 FGG für Verwandte und Verschwägere des Kindes. Zur Erhebung von Gebühren s §§ 95 Abs 1 S 1 Nr 2, 96 KostO.

- 8 **V. Internationalprivatrechtlich** sind Maßnahmen nach § 1693 als Schutzmaßnahmen iSd Haager MSA einzustufen (s Vorbem 290 zu Art 18 EGBGB). Maßnahmen deutscher VormG nach § 1693 können deshalb für alle Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland getroffen werden, darüber hinausgehend genügt sogar – da § 1693 Dringlichkeit der Maßnahme voraussetzt – schlichter Aufenthalt des Kindes im Inland (Art 9 MSA).

## § 1694

(Die Vorschrift betraf die Anzeigepflicht des Jugendamts gegenüber dem Vormundschaftsgericht, sie ist durch Art 1 Nr 35 Sorgerechtsgesetz 1979 aufgehoben worden; vgl jetzt § 50 Abs 3 KJHG.)

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

## § 1695

(Die Vorschrift betraf die persönliche Anhörung von Eltern und Kind durch das Vormundschaftsgericht, sie ist gleichzeitig mit der Neuregelung dieser Thematik in §§ 50 a, 50 b FGG durch Art 1 Nr 36 Sorgerechtsgesetz 1979 aufgehoben worden.)

## § 1696

**Das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht können während der Dauer der elterlichen Sorge ihre Anordnungen jederzeit ändern, wenn sie dies im Interesse des Kindes für angezeigt halten.**

**Maßnahmen nach den §§ 1666 bis 1667 und nach § 1671 Abs. 5 sind aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht.**

**Länger dauernde Maßnahmen nach den §§ 1666 bis 1667 und nach § 1671 Abs. 5 hat das Gericht in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen.**

E I § 1551 S 1; II § 1562; III § 1648. GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 33; SorgeRG Art 1 Nr 37.

## Schrifttum

S Angaben zu § 1671.

## Systematische Übersicht

**I. Allgemeines**

1. Normbedeutung 1
2. Gesetzesgeschichte 3
3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften 4
  - a) § 18 Abs 1 FGG 4
  - b) §§ 1666 ff, 1680 Abs 2 6
  - c) §§ 1678 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2 8
  - d) § 1632 Abs 1 9
  - e) Einstweilige oder vorläufige Anordnungen 10

**II. Die Änderung sorgerechtlicher Anordnungen gem Abs 1**

1. Tatbestand 11
  - a) Änderung „jederzeit“ 11
  - b) Angezeigt im Kindesinteresse 13
  - c) Verpflichtung zur Änderung 14
2. Insbesondere Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff, 1671 Abs 5) 16
  - a) Grundsätze 16
  - b) Aufhebungspflicht bei Gefahrwegfall, Abs 2 18
  - c) Periodische Überprüfungspflicht, Abs 3 21
3. Umgangsregelungen, § 1634 Abs 2 27
4. Sorgerechtsregelungen bei Getrenntleben der Eltern, § 1672 29
5. Sorgerechtsregelungen bei geschiedenen Eltern, § 1671 30

- a) Änderungsschwelle 30
  - aa) Problemstellung und Meinungsstand 30
  - bb) Stellungnahme 33
  - cc) Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit 38
    - b) Entscheidungsgrundsätze 40
    - c) Einzelne Problemkreise 46
      - aa) Gemeinsames Sorgerecht der Eltern 46
      - bb) Das Kind lebt seit längerem beim nicht-sorgeberechtigten Elternteil 49
      - cc) Verstöße des Sorgeberechtigten gegen § 1634 Abs 1 S 2; Umgangsvereitelungen 51
      - dd) Auswanderung oder Wegzug des Sorgeberechtigten mit dem Kind 54
      - ee) Änderungswille des Kindes 59
      - ff) Sonstige Gesichtspunkte 64
      - gg) Änderungsfolgen 71

**III. Zuständigkeit und Verfahren**

1. Zuständigkeit 72
2. Verfahren 73
3. Entscheidung 78
4. Rechtsmittel 80
5. Kosten 81

**IV. Auslandsbezüge 82**

## Alphabetische Übersicht

- Adoption 26  
 Änderungspflicht 14 f, 24  
 Änderungsschwelle 11 ff  
 – insbes für Kindesschutzmaßnahmen 16 ff  
 – insbes für Sorgerecht nach Trennung/  
 Scheidung 29 ff, 42 f, 46 ff, 52, 61, 75  
 – insbes für Umgangsregelungen 27 f  
 Ärztliche Behandlung 68  
 Alkoholabhängigkeit eines Elternteils 65  
 Amtsermittlungsgrundsatz 73, 75  
 Anhörung 23, 74  
 Antrag 12, 15, 29, 34, 45, 73, 80  
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 17, 52, 55,  
 76  
 Aufhebungspflicht betr Kindesschutzmaß-  
 nahmen 2, 16 ff  
 Aufspaltung der elterlichen Sorge 6, 30, 41  
 Ausländerkind 58, 82 ff  
 Aussetzung der Entscheidung 78  
 Auswahlermessungen 14
- Berufstätigkeit 65, 69  
 Beschwerde 4, 80  
 Betreuung durch Dritte 18, 25 f, 60, 65, 69  
 Betreuung durch nichtsorgeberechtigten  
 Elternteil 35, 37, 49 f, 62  
 Beurteilungsspielraum 13 f  
 Bindung 37, 48, 52 f, 56, 59, 62, 69, 78  
 Bindungswirkung des Elternvorschlags s  
 übereinstimmender Elternvorschlag
- Drogenabhängigkeit eines Elternteils 65
- Eignung einer Maßnahme 17, 39  
 Einleitung des Änderungsverfahrens 9,  
 11 f, 73  
 Einstweilige Anordnung 10, 29, 41, 56, 76  
 Einwanderung 50, 58, 83  
 Elterlicher Primat 44  
 Eltern-Kind-Verhältnis 1, 30, 65  
 Elternrecht 27 f, 30 f, 33, 40  
 Elternstreit 51  
 Elternvorrang s elterlicher Primat  
 Entfremdung 52, 54 ff  
 Erforderlichkeitsgrundsatz 16, 21, 38 f  
 EuKindesEÜ 50, 83
- Familienautonomie 31, 34, 36  
 Fremdbetreuung s Betreuung durch Dritte
- Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung  
 30, 46 ff, 66  
 Geschiedene Eltern 2, 6 ff, 30 ff  
 Geschlechtsumwandlung 70  
 Gesellschaftsinteressen 40, 51, 83
- Getrennt lebende Eltern 2, 6 ff, 29 ff, 66  
 Großeltern 17, 69  
 Grundrechte des Kindes 62
- Haager KindesEÜ 50, 83  
 Haager MSA 58, 82 f  
 Hausbesetzung 68, 78  
 Heranwachsende 62  
 Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 9, 18,  
 71, 76  
 Humanwissenschaftliche Erkenntnisse 34,  
 37, 49, 62
- Individualisierungsgebot 24, 37, 76  
 IPR 11, 50, 58 82 ff  
 Islamische Familie 84
- Jugendamt 23, 25 f, 52, 74
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)  
 25 f, 47  
 Kindesalter 25, 62  
 Kindesentführung 40, 50, 83  
 Kindesmißhandlung 66  
 Kindesschutzmaßnahmen (§§ 1666 ff, 1671  
 Abs 5) 2, 6, 8, 16 ff  
 – Aufhebung 16 ff, 24  
 Kindesvermögen 71  
 Kindeswille 11, 17, 28, 35 f, 52, 56, 59 ff,  
 66, 70  
 Kindeswohl  
 – als Eingriffslegitimation und/oder Ent-  
 scheidungsmaßstab 1, 9, 11 ff, 16 ff, 27 f,  
 31 ff, 38 ff, 46 ff, 75 f, 83 f  
 – als Verfahrensrichtlinie 11 f, 22  
 Kindeswohlgefährdung 12, 16 ff, 31, 36,  
 38 f, 41, 75  
 – im geistig-seelischen Bereich 18, 26, 34  
 – im körperlichen Bereich 66  
 – Wegfall 16 ff, 75  
 Kindeswohlkriterien 37, 39, 59, 61, 64  
 Kindeswohlprimat 1, 13, 28, 33, 40, 62  
 Kleinkind 56, 69, 84  
 Kontakt zum nichtsorgeberechtigten El-  
 ternteil 27 f, 46, 51 ff  
 Kontinuität 29, 31, 34, 37, 39, 43, 45 f,  
 48 ff, 56, 61 f, 64, 84  
 Kooperationsbereitschaft der Eltern 47
- Muttervorrang 69
- Nach-Scheidungsfamilie 6, 30 f, 36  
 Namensänderung 66  
 Neuheirat 66, 69
- Partnerschaft 66 f  
 Partnerwechsel 67

## 5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Pfleger 7, 18, 20, 29, 41, 52, 77  
 Pflegestelle 18, 25 f  
 Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 40, 50 f, 78  
 Plazierungswechsel 18, 25 ff, 35 f, 38, 44, 49, 51 f, 60 ff, 76  
 Promiskuität 67
- Rechtskraft 1  
 Rechtsmittel 4, 12, 79 f  
 Rekonstituierung der Familie 25  
 Residenzmodell 46, 48  
 Ruhen der elterlichen Sorge 8
- Sachverständigengutachten 74, 81  
 Schule 56  
 Sittenstandard 34, 40, 67 f  
 Sorgerecht nach Scheidung s geschiedene Eltern  
 Sorgerecht nach Trennung s getrennt lebende Eltern  
 Sorgerechtsseignung 38 f, 50 ff, 62, 65  
 Sorgerechtsentzug 6, 17  
 Stabilitätsgrundsatz 34, 37, 39, 43, 46, 49, 61 f, 64, 69  
 Stieffamilie 66
- Teilfamilie nach Scheidung 30, 34, 55, 60, 65, 73  
 Tod eines Elternteils 8  
 Trennung von Eltern und Kind 25
- Übereinstimmender Elternvorschlag 42 ff, 46, 48  
 Überprüfungspflicht des VormG 2, 21 ff
- Übersiedlung ins Ausland 34, 50, 54 ff, 83  
 Umgangspflegschaft 52  
 Umgangsrecht  
 – der Großeltern 17  
 – des nichtsorgeberechtigten Elternteils 27 f, 30, 34, 51 ff, 76  
 Umgangsvereitelung 28, 51 ff, 57, 66  
 Umgangsverweigerung durch das Kind 17, 52  
 Umgangsvollstreckung 17, 38, 52  
 Umzug 54 ff  
 Unterhalt 55, 71
- Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs 4) 18  
 Verfahren 2, 4, 7, 9, 15, 20, 22 f, 29, 73 ff  
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 7, 15 f, 38 f, 52, 78  
 Vorläufige Anordnung 10, 29, 41, 76  
 Vorlagepflicht 7, 29, 79  
 Vormund 7, 18, 20, 29, 41, 68, 77
- Wächteramt des Staates 1, 6, 14 ff, 30 ff, 44  
 Wiederheirat geschiedener Gatten 66, 77  
 Wiederzusammenleben getrennter/geschiedener Gatten 29, 66  
 Wohlverhaltensklausel 51 ff
- Zeitgefühl des Kindes 25  
 Zuständigkeit  
 – funktionale 72  
 – internationale 58, 82 f  
 – örtliche 72  
 – sachliche 6 f, 22, 29, 39, 41, 72, 80  
 Zwangsmaßnahmen 17, 38, 52

## I. Allgemeines

## 1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift betrifft die Änderung oder Aufhebung von gerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen. In Gestalt einer **Generalklausel** ergänzt sie alle Tatbestände, in denen den Gerichten Regelungsbefugnisse in Sorgerechtsfragen eröffnet werden, und verdeutlicht die fortdauernde Verantwortung des Staates als „*parens patriae*“ für das Kindeswohl (Art 6 Abs 2 S 2 GG). Sorgerechtsentscheidungen regeln nicht abgeschlossene Vorgänge, sondern sind zukunftsgerichtete Ordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses nach Maßgabe des Kindeswohls. Deshalb erwachsen sie **nicht in materielle Rechtskraft** (BGH NJW-RR 1986, 1130; OLG Frankfurt FamRZ 1987, 394), sondern sind jederzeit abänderbar, wenn sich in der Folgezeit erweist, daß die getroffene Anordnung (auch eine frühere Änderungsentscheidung) nicht oder nicht mehr den Kindesinteressen entspricht. Die aus der Wahrung des Kindeswohls legitimierte Regelungsbefugnis bei der Erstscheidung prägt damit auch die Anpassungsbefugnis im Wandel der Zeit.

§ 1696 begründet eine **materiellrechtliche Änderungsbeugnis** (BayObLG DAVorm 2 1984, 1048, 1054; KG FamRZ 1983, 1055, 1056; zur formellrechtlichen Korrektur gem § 18 FGG s Rz 4, 5). Das Änderungsverfahren nach dieser Vorschrift ist nicht

Fortsetzung oder erneute Aufrollung des Erstverfahrens, sondern ein neues, **selbständiges Verfahren** mit neuem Sachverhalt und eigenständigen Entscheidungskriterien (BGHZ 21, 306, 315; BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 mwN; FamRZ 1975, 41, 42; zu Konsequenzen für die Zuständigkeit s Rz 72). Thematisch bezieht sich die Änderungsmöglichkeit auf alle vormundschaftlichen oder familiengerichtlichen Entscheidungen im Bereich der elterlichen Sorge (§§ 1628 ff), den praktischen Schwerpunkt bilden jedoch einerseits familiengerichtliche Sorge- und Umgangsregelungen bei Trennung oder Scheidung der Eltern (§§ 1671, 1672, 1634), andererseits Kindeschutzmaßnahmen, die entweder vom VormG (§§ 1666 ff) oder vom FamG (§ 1671 Abs 5) getroffen werden. Für die zweite Gruppe sind der Vorschrift durch das SorgeRG Sonderbestimmungen angefügt worden (Abs 2: Aufhebungspflicht; Abs 3: Überprüfungspflicht; vgl Rz 18 ff).

### 3 2. Gesetzesgeschichte

Die Änderungsthematik war ursprünglich in § 1671 aF untergebracht (später § 74 Abs 6 EheG 1946; vgl Voraufll Rz 1) und erst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) hierhergesetzt (Kommentierung in Voraufll; § 1696 ursprünglicher Fassung regelte die elterliche Gewalt der minderjährigen Mutter). Das 1. EheRG erstreckte die Vorschrift auf familiengerichtliche Entscheidungen (Art 1 Nr 33), während das SorgeRG (Art 1 Nr 37) mit der Hinzufügung von Abs 2, 3 die jetzige Normfassung herstellte.

### 3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

#### 4 a) § 18 Abs 1 FGG

§ 18 Abs 1 FGG eröffnet eine **formellrechtliche Änderungsmöglichkeit** vormundschaftsgerichtlicher und familiengerichtlicher Entscheidungen (s § 621 a Abs 1 S 1 ZPO), die sich teilweise mit § 1696 überschneidet. Anders als bei der materiellrechtlichen Änderung vollzieht sich diejenige gem § 18 Abs 1 FGG noch im Rahmen des Erstverfahrens. Sie dient der Korrektur unrichtiger Entscheidungen, im Hinblick auf den rechtsfürsorgerischen Charakter der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird der Richter von der Bindung an eigene Entscheidungen (vgl § 318 ZPO) freigestellt (BayObLG FamRZ 1971, 467, 471 f; JANSEN, FGG § 18 Rz 1; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 1, 2; MünchKomm-HINZ Rz 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Der Anpassung an nachträgliche Veränderungen der Sachlage dient § 18 Abs 1 FGG nicht (ganz hM, JANSEN, FGG § 18 Rz 2; aA nur BÖTTICHER JZ 1956, 582, 584; Voraufll [DONAU] Rz 11). Die formellrechtliche Korrekturmöglichkeit ist mehrfach eingeschränkt: Sie ist gem § 18 Abs 2 FGG *ausgeschlossen*, soweit die Anordnung der sofortigen Beschwerde (Fälle: KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 22 Rz 1) bzw familiengerichtliche Entscheidungen der befristeten Beschwerde unterliegen (§§ 621 e Abs 3 S 2 iVm 575 Abs 3 ZPO), ferner wenn das Beschwerderecht verwirkt (OLG Frankfurt FamRZ 1968, 100, 101) oder längere Zeit verflissen ist (OLG Frankfurt aaO; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 1, 23).

§ 1696 überschneidet sich mit § 18 Abs 1 FGG insoweit, als auch die materiellrechtliche Änderung der Korrektur von vornherein unrichtiger Entscheidungen dienen kann (Rz 12). Auf Grund ihres spezifischen Kindeswohlbezugs greift die Vorschrift des § 1696 *auch* in Fällen ein, in denen die formellrechtliche Korrektur nach vorstehenden Grundsätzen (Rz 4) ausgeschlossen ist (GERNHUBER § 56 VI 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ § 1671 Rz 105). Aus dem Normzweck des § 1696 sowie dessen besonderen Änderungsgrundsätzen muß darüber hinaus gefol-

gert werden, daß **in Überschneidungsbereichen § 1696 als Sondervorschrift § 18 Abs 1 FGG verdrängt** (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 46; Voraufsl [GÖPPINGER] § 1666 Rz 320). Bei Annahme konkurrierender Anwendbarkeit müßten jedenfalls die Änderungsvoraussetzungen des § 1696 auch im Rahmen des § 18 Abs 1 FGG gelten.

**b) §§ 1666 ff, 1680 Abs 2**

6

Während § 1696 Abs 2, 3 die *vormundschaftsgerichtliche* Eingriffsbefugnis gem §§ 1666 ff konsequent ergänzt hinsichtlich ihres zeitlichen Bestandes (vgl Rz 16), ist die **Abgrenzung des vormundschaftsrichterlichen Wächteramtes zu familiengerichtlichen Kompetenzen gem §§ 1696 Abs 1, 1671, 1672 oder 1696 Abs 2, 1671 Abs 5** für die Nach-Scheidungsfamilie umstritten. Die Rechtsprechung geht davon aus, daß das FamG die vormundschaftsgerichtliche Schutzfunktion mitübernimmt, soweit seine Gestaltungsmöglichkeiten gem § 1671 reichen, so daß für das VormG nur Einzeleingriffe in die elterliche Sorge gem § 1666 übrigbleiben, die über die Aufteilungsmöglichkeiten nach § 1671 Abs 4 S 2, Abs 2 S 2 hinausgehen (ausf § 1666 Rz 40-43). Eine gesetzliche Ausnahme zugunsten des VormG auch für eine umfassende Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil enthält § 1680 Abs 2 (s § 1680 Rz 25, 32).

Kommt auf der Grundlage dieser Zuständigkeitsverteilung das FamG in einem 7 Änderungsverfahren gem § 1696 Abs 1 zu dem Ergebnis, daß die ins Auge gefaßte Vormund- oder Pflegerbestellung gem § 1671 Abs 5 nicht notwendig ist, vielmehr weniger belastende Maßnahmen nach § 1666 unter Beibehaltung der Sorgerechtszuweisung an den sorgeberechtigten Elternteil genügen, so sind *mit einer die Sorgerechtsänderung ablehnenden Endentscheidung* die Akten dem VormG zwecks weiterer Maßnahmen vorzulegen (OLG Hamburg FamRZ 1982, 943 [keine Abgabe ohne eigene Sachentscheidung]).

**c) §§ 1678 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2**

8

**Ruht** die elterliche Sorge des Sorgeberechtigten auf Dauer, kann das FamG nach § 1678 Abs 2 dem anderen Elternteil das Sorgerecht übertragen; zum Verhältnis zu § 1696 s § 1678 Rz 16, 20, 21, 30.

Bei **Tod** des sorgeberechtigten Elternteils ist nicht § 1696 anzuwenden, sondern gem § 1681 Abs 1 S 2 zu verfahren; war den Eltern das Sorgerecht gemeinsam belassen worden, geht das Sorgerecht nach § 1681 Abs 1 S 1 auf den anderen Elternteil über (§ 1681 Rz 5, 9). In diesem Fall oder wenn der nichtsorgeberechtigte Elternteil vorverstorben ist, können Kinderschutzmaßnahmen fortan nur noch nach §§ 1666 ff erfolgen (OLG Hamm FamRZ 1986, 479).

**d) § 1632 Abs 1**

9

Ist im Sorgerechtsverfahren gem §§ 1671, 1672 einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen worden, kann er vom anderen Elternteil die Herausgabe des Kindes gem § 1632 Abs 1 verlangen. In diesem – selbständigen – Herausgabeverfahren ist eine erneute, wenngleich eingeschränkte Kindeswohlprüfung geboten: Wird dabei implizit festgestellt, daß die Änderungsvoraussetzungen der §§ 1696 Abs 1, 1671 vorliegen, so ist zur Vermeidung mehrfacher Aufenthaltswechsel des Kindes der Herausgabeantrag abzulehnen und (vAw) das Verfahren nach § 1696 Abs 1 einzuleiten (OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 601 f). Aber auch die Herausgabeentscheidung gem § 1632 Abs 3 selbst kann gem § 1696 Abs 1 vom FamG geändert werden.

**e) Einstweilige oder vorläufige Anordnungen** fallen **nicht** unter § 1696, diese **10** Vorschrift betrifft nur Endentscheidungen. Die Änderung einstweiliger oder vorläu-

figer Maßnahmen richtet sich nach eigenständigen Grundsätzen (vgl § 620 b Abs 1 S2 ZPO in direkter oder entsprechender Anwendung).

## II. Die Änderung sorgerechtlicher Anordnungen gem Abs 1

### 1. Tatbestand

#### 11 a) Änderung „jederzeit“

Das Tatbestandsmerkmal „**jederzeit**“ bedeutet, daß weder eine Sperrfrist für Änderungen nach der Erstentscheidung besteht noch längerer Zeitablauf eine Änderung hindern kann: **Allein das Kindeswohl entscheidet auch über den Zeitpunkt der Änderung.** Im übrigen folgt aus der gesetzlichen Formulierung **nicht eine willkürliche Abänderbarkeit getroffener Entscheidungen nach Gutdünken des Gerichts.** Neben die Änderung legitimierenden Kindesinteressen (dazu Rz 13, 30 ff) fordert die ganz hM eine nach der Erstentscheidung eingetretene *Veränderung der tatsächlichen Umstände* (wozu auch der kindliche Änderungswunsch gehören kann, BGH FamRZ 1986, 895, 896; s Rz 59 ff) *oder* das erst *nachträgliche Bekanntwerden* schon ursprünglich vorhandener, entscheidungserheblicher Tatsachen (BayObLG FamRZ 1962, 32, 34; FamRZ 1964, 640; FamRZ 1976, 38, 39; OLG Hamburg FamRZ 1960, 123; OLG Celle NdsRpfl 1969, 227; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128, 129). Auch nachträgliche Veränderungen des Gesetzesrechts oder der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (KG FamRZ 1983, 1055 f; FamRZ 1980, 821; Münch-Komm-HINZ Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; zurückhaltender KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 45) oder ein Wechsel des anwendbaren Rechts können nach dieser Auffassung die Einleitung eines Änderungsverfahrens rechtfertigen (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 176 [Erstentscheidung nach ägyptischem Recht, Änderungsentscheidung wegen Inkrafttreten des MSA nach deutschem Recht mit unbeschränkter Kindeswohlabwägung]). *Nicht* genügen soll nach überwiegender Auffassung hingegen ein bloßer Auffassungswandel des Gerichts, eine abweichende Beurteilung bei unveränderter Sach- und Rechtslage (GERNHUBER § 65 VI 2; ERMAN-MICHALSKI Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; aA OLG Bremen MDR 1954, 197; TREITZ 106 f; DÖLLE II 310). Immerhin kann in solchen Fällen aber eine Änderung nach § 18 Abs 1 FGG möglich sein.

**12 Kritik:** Hinter diesen Grundsätzen steht das verständliche Bestreben, der materiellrechtlichen Änderungsschwelle des Abs 1 (dazu Rz 30 ff) eine Schwelle schon zur Einleitung des Änderungsverfahrens vorzuschalten: Da schon das Verfahren als solches zu erheblichen Beeinträchtigungen des Kindeswohls führen kann (Rz 34), sollen die Eltern gehindert werden, eine gegen sie getroffene Entscheidung ständig neu überprüfen zu lassen (GERNHUBER aaO; vgl COESTER, Kindeswohl 323 f, 346-349). Dennoch ist die Forderung nach neuen oder neu zutage getretenen Umständen **abzulehnen**. Sie steht nicht nur im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, sie blockiert auch eine kindeswohlgerechte Sorgerechtsentscheidung in Fällen, in denen sich nach inzwischen gewonnener Einsicht des Gerichts die Erstentscheidung als kindeswohlschädlich herausstellt. Aus der zentralen Bedeutung des Kindeswohls auch für die Änderungsfrage folgt, daß hier ohne generelle Beschränkungen eine Änderung im Kindesinteresse möglich sein muß. Es kommt nicht darauf an, ob die richterliche Einsicht als „neuer Umstand“ zu qualifizieren ist; auch auf greifbare kindeschädliche Auswirkungen der Erstentscheidung sollte man nicht warten müssen, bevor ein Änderungsverfahren eingeleitet werden kann (vgl die Fallgeschichte in BayObLG FamRZ 1974, 150, 326 und 534; OLG Hamburg FamRZ 1959, 255 und FamRZ 1960, 123). Da die Einleitung von Änderungsverfahren nicht antragsgebun-

den ist, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht (Rz 73), kann die Abwehr mutwilliger Änderungsanträge eines Elternteils problemlos auch ohne eine materielle Einleitungsschranke erfolgen.

Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß die Erstentscheidung von einer höheren Instanz unter Abweichung von der Rechtsauffassung des FamG oder VormG getroffen worden ist: Hier ist bei unverändertem Sachverhalt eine Änderungsentscheidung durch das erstinstanzliche Gericht unzulässig (vgl BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8).

### b) Angezeigt im Kindesinteresse

13

Mit diesem Tatbestandsmerkmal setzt sich der **Kindeswohlprimat**, der für alle Sorgerechtsentscheidungen gilt (vgl § 1666 Rz 55 ff; § 1671 Rz 51 ff; § 1634 Rz 45), auch auf der Änderungsebene fort. Zum zweiten kommt mit dem Wort „angezeigt“ zum Ausdruck, daß eine Änderung aus den Kindesinteressen **positiv legitimiert** sein muß – das Gesetz konstituiert also eine gewisse **Änderungsschwelle**, die erreicht sein muß, bevor der status quo verändert werden darf. Diese Änderungsschwelle kann nicht allgemeingültig definiert werden, sondern variiert nach dem jeweiligen Sachzusammenhang: Wie schon Abs 2 zeigt, stellt sich im Kindeschutzrecht die Änderungsfrage ganz anders als zB bei Sorgerechtsentscheidungen nach §§ 1671, 1672 (vgl deshalb ie unten Rz 16, 17, 30 ff).

### c) Verpflichtung zur Änderung

14

Obwohl der Gesetzeswortlaut ein richterliches Handlungsermessen suggeriert („... können ... ändern“), besteht eine **Pflicht der Gerichte zur Änderung**, wenn sich diese von den Kindesinteressen her als geboten erweist (AG Bruchsal DAVorm 1976, 599; GERNHUBER § 56 VI 1; MünchKomm-HINZ Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 45 [auch bei § 18 FGG, ebd Rz 4]). Dies folgt ohne weiteres aus der Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung des Kindeswohls gem Art 6 Abs 2 S 2 GG iVm der jeweiligen der Erstentscheidung zugrunde gelegten Eingriffsnorm. Es besteht lediglich ein richterlicher Beurteilungsspielraum wie stets bei unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Auswahlermessen hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen.

Eine Änderungspflicht vAw besteht auch dann, wenn die Erstentscheidung nur *auf* **Antrag** ergehen durfte (zB § 1672 S 2 HS 1) – der Antrag ändert nichts daran, daß eine Kindeswohlgebundene staatliche Sorgerechtsmaßnahme vorliegt (vgl MünchKomm-HINZ Rz 13; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5). Anderes gilt nur, wenn die Erstentscheidung in der **Ablehnung** eines elterlichen Regelungsantrags bestand – hier bedarf es für spätere sachliche Maßnahmen des Gerichts eines erneuten Antrags (der Rechtsgedanke des § 18 Abs 1 HS 2 FGG ist im Rahmen des § 1696 entsprechend heranzuziehen).

## 2. Insbesondere Kindeschutzrecht (§§ 1666 ff, 1671 Abs 5)

### a) Grundsätze

16

Maßnahmen zur Abwehr einer Kindesgefährdung unterliegen der strikten Bindung an den **Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** (vgl § 1666 Rz 134 ff; § 1666 a Rz 1 ff; § 1671 Rz 194 f). Sie sind auf die jeweilige, konkrete Gefahr „maßzuschneidern“ und bedürfen nicht nur hinsichtlich ihrer Anordnung, sondern *auch ihres zeitlichen Bestandes der Legitimation aus dem staatlichen Wächteramt*. Die Gefährdungslage ist unmittelbar maßgeblich für die Änderungsfrage, eine zusätzliche Änderungsschwelle besteht nicht. Es ist deshalb zumindest irrefüh-

rend, wenn die für Sorgerechtsentscheidungen gem § 1671 übliche Formulierung der Änderungsvoraussetzungen („triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe“, vgl Rz 31) auch hier eingesetzt wird (so BayObLG DAVorm 1982, 604, 608 f [betr eine Maßnahme nach § 1666 Abs 1]) – allein der aktuelle Bestand einer Kindesgefährdung ist maßgeblich für Aufrechterhaltung, Änderung oder Aufhebung von Kinderschutzmaßnahmen (vgl auch unten Rz 75 zur Beweislast).

17 Thematisch begrenzt auf den **Wegfall der Gefahr** normiert das Gesetz selbst die Konsequenzen aus dem vorstehenden Grundsatz (**Abs 2, 3**). Er entfaltet aber auch darüber hinausgehende Bedeutung im Rahmen von **Abs 1** (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 neigt offenbar zu einer entsprechenden Ausdehnung des Abs 2): Ist die Gefährdung des Kindes nicht weggefallen, haben sich aber die Umstände verändert, so kann die Erstmaßnahme dem anzupassen sein entweder iS einer *Abmilderung* (vgl BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053 f: Entzug nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts statt bisher der Personensorge) oder einer *Verschärfung* (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 f; DAVorm 1984, 1048, 1053) oder aber einer *Ersetzung* durch geeignetere Maßnahmen (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 f). Über Abs 2 hinaus kann auch eine *Aufhebung* geboten sein, wenn die Gefährdung zwar nicht weggefallen ist, die angeordnete Maßnahme sich aber als ungeeignet zu ihrer Beseitigung erwiesen hat und andere angemessene Mittel nicht zur Verfügung stehen (im Fall BayObLG DAVorm 1982, 604 hatte sich das gem § 1666 angeordnete Umgangsrecht der Großeltern wegen der strikten Weigerung des 13jährigen Kindes als undurchsetzbar erwiesen – statt der gebotenen Aufhebung beschloß das Gericht Zwangsgeld gegen die sorgeberechtigte Mutter; zur Problematik auch § 1666 Rz 109, 110).

#### 18 b) Aufhebungspflicht bei Gefahrwegfall, Abs 2

Daß Maßnahmen zur Gefahrabwendung aufzuheben sind, wenn die Gefahr nicht mehr besteht, ist nach den vorerwähnten Grundsätzen eine Selbstverständlichkeit – **Abs 2** stellt sich insoweit als **klarstellende Komplementärnorm zu den Eingriffstatbeständen der §§ 1666 ff, 1671 Abs 5** dar (vgl BT-Drucks 8/2788, 68; MünchKommHINZ Rz 15). Sie gilt auch bei kinderschützenden Maßnahmen nach anderen Eingriffstatbeständen (zB § 1680 Abs 1 S 2, vgl § 1680 Rz 16).

Abs 2 setzt voraus, daß „**eine Gefahr . . . nicht mehr besteht**“. Die ursprüngliche Gefahr muß völlig weggefallen sein; eine Aufhebung darf nicht erfolgen, wenn dem Kind nunmehr zwar nicht die ursprüngliche, aber eine *andere Gefahr* droht (OLG Karlsruhe ZBlJugR 1982, 245, 246). Diese Gefahr kann darin bestehen, daß das dem §§ 1666, 1666 a bei Dritten untergebrachte Kind inzwischen in der Pflegestelle verwurzelt ist und durch eine (unvermittelte) Herausnahme seelischen Schaden erleiden würde (BayObLG DAVorm 1982, 611, 614 ff). Häufig wird dann aber eine Modifizierung der Erstmaßnahme geboten sein (uU Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 mit Aufhebung des Sorgerechteingriffs im übrigen). Eine Sorgerechtsmaßnahme nach § 1671 Abs 5 ist schon dann aufzuheben, wenn und soweit die elterliche Sorge auch nur *inem* Elternteil ohne Gefährdung des Kindeswohls übertragen werden kann (es gelten also nicht die Änderungsgrundsätze für Sorgerechtsentscheidungen nach § 1671 Abs 1–4, Rz 41).

19 Dem Gefahrwegfall **gleichzustellen** ist die Erkenntnis, daß eine **Gefahr** in Wirklichkeit **niemals bestanden** hat. Die Aufhebung hat auch dann zu erfolgen, wenn die **Erstmaßnahme unzulässig** war (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 [Verletzung des § 1666 a]). Ob man in diesen Fällen Abs 2 entsprechend (so BayObLG aa0) oder Abs 1 anwendet, bleibt im Ergebnis gleich.

Die Aufhebung hat vAw zu erfolgen, eines Antrags bedarf es nicht (zur Feststellungslast Rz 75). Die Aufhebung wirkt ex nunc mit Bekanntgabe an den von der Erstscheidung betroffenen Elternteil; eine angeordnete Vormundschaft endet ipso iure mit der Aufhebung gem § 1882 (MünchKomm-Schwab § 1882 Rz 9), eine Pflegschaft ist gem § 1919 gleichzeitig aufzuheben. **20**

### c) Periodische Überprüfungspflicht, Abs 3

21

Die Überprüfungspflicht nach Abs 3 hat den **Zweck**, die Begrenzung von kindeschützenden Sorgereingriffen durch das **Erforderlichkeitsprinzip** auch hinsichtlich ihres zeitlichen Bestandes sicherzustellen. Die Überprüfung dient der Effektivität der Aufhebungspflicht nach Abs 2 (BT-Drucks 7/2060, 39; 8/2788, 68), aber auch aller sonstigen, durch das Erforderlichkeitsprinzip gebotenen Anpassungen von Sorgereingriffen nach Abs 1 (vgl die Ausschlußminderheit ebd und oben Rz 17). Da die Vorschrift lediglich Pflichten verdeutlicht, die sich aus dem Erforderlichkeitsprinzip ohnehin ergeben, ist sie auch auf Kinderschutzmaßnahmen auszuweiten, die auf anderer als der im Gesetz genannten Grundlage beruhen (SOERGEL-STRÄTZ Rz 16).

Zur Überprüfung (und ggf Änderung, Rz 72) verpflichtet ist das Gericht, das die Erstscheidung erlassen hat, bei oberinstanzlichen Entscheidungen das Gericht erster Instanz (vgl BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1055) – stets also das **VormG** oder das **FamG** (krit de lege ferenda SALGO, Pflegekindschaft und Staatsintervention [1987] 361 ff: für unabhängigen Überprüfungsstab). Das **Überprüfungsverfahren** ist ein informelles Vorverfahren, es dient der Vergewisserung, ob ein Änderungsverfahren einzuleiten ist oder nicht (THALMANN DRiZ 1980, 180 f). Abs 3 gebietet nicht die periodische Wiederaufröhlung des Falles, an deren Ende eine förmliche Entscheidung über den Fortbestand der Maßnahme zu stehen hätte (so aber offenbar BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134), denn schon das Verfahren selbst kann das Kind und andere Beteiligte verunsichern (s Rz 34; vgl SALGO 258; THALMANN 181). **22**

Der **Umfang der Überprüfung** richtet sich grundsätzlich nach dem *Einzelfall* – der Art der getroffenen Maßnahme, den Aussichten auf Veränderungen sowie dem Ergebnis vorangegangener Überprüfungen. Die Einholung einer Stellungnahme des Jugendamtes kann genügen, uU sind die Beteiligten anzuhören (THALMANN aaO; MünchKomm-HINZ Rz 20). Das Überprüfungsverfahren findet seinen Abschluß in einem Aktenvermerk, in dem das Fehlen von Änderungsgründen oder die Einleitung des Änderungsverfahrens festgehalten wird. **23**

Auch die „**angemessenen Zeitabstände**“, innerhalb derer die Überprüfung vorzunehmen ist, richten sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalles (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 21). Eine Erstüberprüfung ist regelmäßig nach kurzer Zeit angezeigt, nach mehreren ergebnislosen Überprüfungen können die Abstände größer werden. Genannt werden Fristen von 1 bis 3 Jahren (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134: 8 Jahre jedenfalls zu lang, bei schwerwiegenden Eingriffen 1–1½ Jahre; vgl Münch-Komm-HINZ Rz 21; THALMANN 182: Überwachungsliste in der Geschäftsstelle anzulegen). Derartige Generalisierungen entbinden jedoch nicht von der Pflicht zur Aufhebung oder Änderung, wenn dem Gericht vorher Veränderungen bekanntwerden. **24**

Hat die Erstscheidung zu einer **Trennung von Kind und Eltern** geführt, ist zusätzlich § 37 Abs 1 KJHG zu beachten: Demnach haben mit der Herausnahme des Kindes aus seiner Familie jugendhilferechtliche Bemühungen um deren Rekonstituierung einzusetzen, nach Absprache mit dem VormG schon im Entzugsverfahren. **25**

ren (COESTER FamRZ 1991, 253, 259). Diese Bemühungspflicht ist begrenzt auf einen „im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen vertretbaren Zeitraum“ (§ 37 Abs 1 S 2 KJHG), danach ist nach einer anderen Lebensperspektive für das Kind zu suchen (§ 37 Abs 1 S 4 KJHG; vgl COESTER aaO). Die Formulierung in § 37 Abs 1 S 2 KJHG muß als **Konkretisierung der „angemessenen Zeitabstände“** gem § 1696 Abs 3 verstanden werden, es kommt demnach wesentlich auf Alter und Entwicklung des Kindes, sein Zeitgefühl und sein Bedürfnis nach endgültiger Zuordnung an (SALGO in: WIESNER-ZARBOCK, Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz [1991] 115 ff, 140; zur kindlichen Zeitperspektive vgl BT-Drucks 11/5948, 75; ZENZ, Gutachten zum 54. DJT [1982] A 49, 50). Die dem Kind zumutbare „Schwebephase“ wird im allgemeinen bei etwa einem Jahr angesiedelt (ZENZ, Kindesmißhandlung 264, 299; MünchKomm-HINZ § 1666 Rz 12).

- 26 Überprüfungspflicht des Gerichts gem 1696 Abs 3 und Bemühungspflicht des Jugendamts gem § 37 Abs 1 S 2–4 KJHG *ergänzen* sich somit. Kommt es wegen Fortbestands der Gefahr nach dem Vertretbarkeitszeitraum des § 37 Abs 1 S 2 KJHG nicht zu einer Aufhebung des Sorgerechtsingriffs, so entbindet der anschließende Richtungswechsel der jugendhilferechtlichen Intervention nicht von weiteren Überprüfungen nach Abs 3, solange es nicht zu einer endgültigen Neuordnung des Kindes gekommen ist. Bei dauerhafter Fremdunterbringung ohne Adoption ist jedoch auch darauf zu achten, daß nicht Kind und Pflegeeltern durch ständig neue Überprüfungen verunsichert werden (BAER FamRZ 1982, 221, 231; SALGO [Rz 22] 258 ff).

### 27 3. Umgangsregelungen, § 1634 Abs 2

Häufig stellt sich die Änderungsfrage bei gerichtlichen Anordnungen betr den **Umgang des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind**. Die **Änderungsschwelle** für bloße *Modifikationen* oder Erweiterungen des Umgangs ist *niedriger* anzusetzen als bei Sorgerechtsentscheidungen gem § 1671 (hM, vgl Darstellung und Nachw § 1634 Rz 185 [PESCHEL-GUTZEIT]), da Umgangsregelungen in die Lebensverhältnisse des Kindes weniger schwerwiegend eingreifen als ein Plazierungswechsel und Anpassungen an die Veränderungen in beiden Elternfamilien ständig notwendig werden (PESCHEL-GUTZEIT Rz 186). Für Änderungen, die einen bereits angeordneten Umgang *einschränken* oder *ausschließen*, setzt § 1634 Abs 2 S 2 allerdings einen *deutlich restriktiveren Standard* („zum Wohle des Kindes erforderlich“): Gesichtspunkte für eine solche Änderung müssen sich in der Abwägung durchsetzen gegen das grundsätzliche Interesse des Kindes am Umgang mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil (vgl PESCHEL-GUTZEIT Rz 45, 46) wie auch das – im Rahmen des Kindeswohl beachtliche – Umgangsrecht dieses Elternteils (vgl PESCHEL-GUTZEIT Rz 47).

- 28 Damit sind auch schon die **Entscheidungsmaßstäbe** für die Änderungsprüfung bezeichnet: Wie bei Erstentscheidungen gem § 1634 Abs 2 kommt dem **Kindeswohl** vorrangige Bedeutung zu; das **Elternrecht** des nichtsorgeberechtigten Elternteils ist ebenfalls ein legitimer Gesichtspunkt, der *gegen* das Kindeswohl jedoch weder eine Umgangsregelung noch deren Änderung rechtfertigen kann (PESCHEL-GUTZEIT Rz 187, 188; zum Primat des Kindeswohls vgl § 1671 Rz 52 ff; zu den Kindesinteressen im Rahmen des § 1634 auf dort Rz 189 ff, indes zum Kindeswillen Rz 191–209). Näher zu Änderungen von Umgangsregelungen § 1634 Rz 185 ff; zur Frage von Sorgerechtsänderungen wegen Umgangsrechtsvereitelungen durch den sorgeberechtigten Elternteil unten Rz 51 ff.

**4. Sorgerechtsregelungen bei Getrenntleben der Eltern, § 1672**

29

Sorgerechtsregelungen nach § 1672 sind Endentscheidungen, die nur nach den Grundsätzen des § 1696 abänderbar sind. Die Änderung kann vAw erfolgen, auch wenn die Erstentscheidung auf elterlichen Antrag erfolgte (Rz 15). **Leben die Eltern wieder zusammen**, so ist die Sorgerechtsregelung konstitutiv aufzuheben; bei Vormund- oder Pflegerbestellung ist Abgabe an das VormG geboten zwecks weiterer Maßnahmen nach § 1666 ff (näher § 1672 Rz 22).

**Sonstigen Veränderungen** ist nach den Grundsätzen Rechnung zu tragen, die für die Änderung von Entscheidungen nach § 1671 gelten (unten Rz 30 ff). Bei anhängigem Scheidungsverfahren werden Änderungen allerdings regelmäßig nicht angebracht sein, im Kontinuitätsinteresse des Kindes ist nach Möglichkeit die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 abzuwarten (MünchKomm-HINZ Rz 13; vgl KG NJW 1968, 1835). Bei dringendem Regelungsbedürfnis kann die Zwischenzeit mit einstweiligen Anordnungen oder mit vorläufigen Anordnungen gem §§ 1696, 1672 überbrückt werden (vgl § 1672 Rz 25 und unten Rz 76).

**5. Sorgerechtsregelungen bei geschiedenen Eltern, § 1671****a) Änderungsschwelle****aa) Problemstellung und Meinungsstand**

30

Die Sorgerechtsentscheidung bei Scheidung der Eltern, mit der einem Elternteil das alleinige Sorgerecht zugewiesen wird, konstituiert aus der in biologischem und psychosozialen Sinne fortbestehenden Gesamtfamilie *rechtlich* eine neue (Teil-) „Familie“ iSd Art 6 Abs 1 GG (BVerfGE 18, 97, 106; GERNHUBER § 5 I 1), dem Sorgerechtigten kommt die volle, nur durch Umgangs- und Informationsrecht des anderen Elternteils eingeschränkte Elternstellung gem Art 6 Abs 2 S 1 GG zu (BGHZ 3, 220, 227; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609). Im Prinzip nichts anderes gilt, wenn die elterliche Sorge zwischen den Eltern aufgeteilt (§ 1671 Abs 4 S 2) oder ihnen gemeinsam belassen wird (s § 1671 Rz 158 ff): Die Staatsintervention aus Anlaß der Elternscheidung ist durch Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses abgeschlossen, künftige Eingriffe in die rechtlich neugeordnete Familie müßten sich konsequenterweise nach §§ 1666 ff richten.

§ 1696 Abs 1 zieht diese Konsequenz jedoch nicht, der **Gesetzeswortlaut** suggeriert **31** **fortdauernde Kontrolle** über die Nach-Scheidungsfamilie (krit SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579 ff, 613: Aus dem „Wächteramt“ des Staates werde ein „Kontrollamt“). GERNHUBER sieht die Rechtfertigung der Vorschrift darin, daß die elterliche Sorge im Verhältnis zum anderen Elternteil der dem Staat gegenüber bestehenden Bestandsgarantie entbehre – Art 6 GG könne deshalb niemals eine Änderungsentscheidung hindern (§ 56 VI 1 m Fn 1; vgl auch TREITZ 106 ff, 108).

Demgegenüber interpretieren ständige **Rechtsprechung und hM** die Gesetzesformulierung „im Interesse des Kindes für angezeigt“ dahingehend, daß nach Sorgerechtsentscheidungen gem §§ 1671, 1672 eine *gewisse Änderungsschwelle* erreicht sein müsse, bevor ändernd eingegriffen werden könne: Es müßten **„triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ für eine Änderung vorliegen, die geeignet seien, das Kontinuitätsinteresse des Kindes aufzuwiegen** (so die übliche Formel, vgl BGH NJW-RR 1986, 1130, 1131 mwN). Auch der *Eingriffscharakter* der Änderungsentscheidung unter dem Aspekt der Familienautonomie klingt gelegentlich an (KG FamRZ 1978, 832, 833; OLG Stuttgart NJW 1985, 67; vgl LUTHIN

FamRZ 1981, 391). Eine *Gefährdung des Kindeswohls* iSd §§ 1666 ff wird nach dieser Auffassung für Änderungsentscheidungen allerdings *nicht* verlangt.

Darüber hinausgehend sehen vereinzelte Autoren keinen Grund, Änderungsentscheidungen anders zu behandeln als sonstige Staatseingriffe in die Familienautonomie: Sie seien grundsätzlich **nur unter den Voraussetzungen der §§ 1666 ff** zuzulassen (CUNY, in: Familienrechtskommission des Juristinnenbundes [Hrsg], Neues elterliches Sorgerecht, 175; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609 [de lege ferenda]; SIMITIS, in: 2. DFGT [Brühl 1979] 174 f; ders, FS Müller-Freienfels [1986] 579 ff, 613 ff, 615; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls [1974] 37 f). Zwar zielen diese Äußerungen zT nur auf die *lex ferenda*, sind aber wegen ihrer verfassungsrechtlichen Argumentation und des unklaren Gesetzeswortlauts schon für die Interpretation des geltenden Rechts zu beachten.

- 32 Neben diesem Meinungsspektrum finden sich auch Versuche, die Änderungsschwelle der §§ 1696, 1671 aus dem **Wortlaut des Gesetzes** herauszukonkretisieren, durch einen Vergleich der Formulierung „angezeigt“ in § 1696 Abs 1 mit „erforderlich“ in § 1671 Abs 3 S 1 und der dort geltenden Eingriffsschranke (vgl § 1671 Rz 149). Die Ergebnisse fallen allerdings unterschiedlich aus („angezeigt“ *weniger* als „erforderlich“: ERMAN-MICHALSKI Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9, 13; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; STAUDINGER-PESCHEL-GUTZEIT § 1634 Rz 185 [allerdings für das Umgangsrecht, vgl Rz 27]; „angezeigt“ *mehr* als „erforderlich“: JAUERNIG-SCHLECHTRIEM Anm 2b), und verbreitet wird davon ausgegangen, daß im sachlichen Ergebnis beide Begriffe auf dasselbe hinauslaufen (OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531; GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-HINZ Rz 4; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273).

### 33 bb) Stellungnahme

Der **Wortlaut des Gesetzes** („angezeigt“) ist für die Bestimmung der Eingriffsgrenze der §§ 1696 Abs 1, 1671 unergiebig (vgl SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 529 ff, 614; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273). Dies zeigen nicht nur die unterschiedlichen Interpretationsergebnisse – auch der Vergleichsmaßstab der „Erforderlichkeit“ gem § 1671 Abs 3 S 1 ist ungeeignet. Die Entscheidungssituation ist dort eine ganz andere, die Eingriffsschranke ist auch dort umstritten, außerdem steht hinter den sprachlichen Nuancierungen des Gesetzgebers in bezug auf das Kindeswohl („angezeigt“, „erforderlich“, „dient“, „nicht widerspricht“ usw) kein sachlich differenzierendes Gesamtkonzept (vgl GERNHUBER FamRZ 1973, 229, 231).

Die Änderungsschwelle des § 1696 ergibt sich vielmehr (wie bei kindschaftsrechtlichen Entscheidungen generell) aus einer Ermittlung und Abwägung der primär maßgeblichen Kindesinteressen, dem Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 sowie der staatlichen Verantwortung für die Kinder gem Art 6 Abs 2 S 2 GG.

- 34 Die **Kindesinteressen** der Änderungssituation sind ambivalent: *Gegen eine Änderung* sprechen regelmäßig das *Kontinuitätsbedürfnis* des Kindes (vgl § 1671 Rz 126) sowie das Interesse an *Stabilität seiner Lebensverhältnisse* (§ 1671 Rz 90). Bei der Änderungsfrage gewinnt der Stabilitätsaspekt besonderes Gewicht – das Damoklesschwert jederzeitiger Änderbarkeit der familiären Zuordnung macht die Teilfamilie nach Scheidung zu einer „Familie auf Widerruf“, insbes schwebende Änderungsverfahren können den sorgeberechtigten Elternteil und das Kind zutiefst verunsichern sowie den kindlichen Entwicklungs- und Erziehungsprozeß empfindlich stören (vgl COESTER, Kindeswohl 328 ff mwN). Eine fehlende oder zu niedrige Änderungsschwelle bedeutet eine Versuchung für den nichtsorgeberechtigten Elternteil, über sein Umgangsrecht eine fortwährende Kontrolle über die Familie des geschiedenen Gatten auszuüben und wirkliche oder angebliche Mißstände zur Grundlage

immer neuer Änderungsanträge zu machen. Die Gerichte ihrerseits, so vom nicht-sorgeberechtigten Elternteil in seine Zwecke eingespannt, sind zu oft der Versuchung erlegen, die Änderungsmöglichkeit des § 1696 Abs 1 als Disziplinierungsmittel zur Durchsetzung herrschender Sittenstandards zu benutzen (vgl KG FamRZ 1959, 253, 254; FamRZ 1968, 98, 99 f; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532; vgl § 1671 Rz 62, 63) oder zur Sanktionierung sonst mißbilligten Elternverhaltens (Verstöße gegen gerichtliche Auflagen oder Rechtsnormen, zur Problematik § 1671 Rz 63 und 227) oder zum „Schutze“ des Kindes vor Umsiedlung ins Ausland (vgl § 1666 Rz 68; § 1671 Rz 192). Eine derartige Praxis neigt zur Übergewichtung kindesfremder Gesichtspunkte (als Beispiel auch MünchKomm-HINZ Rz 4), degradiert die Autonomie der Familie von sorgerechtigtem Elternteil und Kind zu einer solchen minderen Ranges und destabilisiert die Entwicklungsbedingungen des Kindes.

Auf der anderen Seite können im Einzelfall die *Gründe für eine Änderung* so **35** schwerwiegend sein, daß die vorgenannten Bedenken dagegen zurücktreten müssen. Dies gilt vor allem für die Fallgestaltung, daß das Kind schon seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil lebt (Rz 49). Aber auch sonst kann sich – auf Grund von Verschlechterungen auf seiten des sorgerechtigten oder von Verbesserungen auf seiten des nichtsorgeberechtigten Elternteils – die Plazierung des Kindes beim bislang nichtsorgeberechtigten Elternteil als so überlegen erweisen, daß sich eine Sorgerechtsänderung als dem Kindeswohl insgesamt förderlicher darstellt als ihr Unterbleiben (Rz 64 ff). Schließlich kann auch die nachdrückliche Entscheidung des Kindes für den nichtsorgeberechtigten Elternteil die generellen Bedenken gegen einen Wechsel zurücktreten lassen (Rz 59 ff).

Hieraus folgt im **Ergebnis**, daß *einerseits* zum Schutze des Kindes und der Familienautonomie Änderungen nicht „jederzeit“, sondern nur bei Erreichen einer *gewissen Eingriffsschwelle* zuzulassen sind, daß aber *andererseits* die *Gefährdungsgrenze* des allgemeinen Kindesschutzrechts (§§ 1666 ff) *ungeeignet* ist, diese Schwelle zu repräsentieren. Erstens sind die vorerwähnten Wechselinteressen des Kindes situationspezifisch für die Scheidungsfamilie, sie erreichen regelmäßig nicht die Schwelle des § 1666 und blieben demnach fast immer unberücksichtigt. Mit der legitimen Abwehr kindesfremder Änderungsaspekte würden auch wichtige Kindesbelange ausgeblendet. Zweitens bedeutet die Existenz einer weiteren innerfamiliären Plazierungsalternative bei einem geeigneten und betreuungsbereiten Elternteil eben doch einen wesentlichen Unterschied zu der Grundsituation bei § 1666 Abs 1, 1666 a Abs 1, 2: *Sie ist gewissermaßen das Surrogat für die gescheiterte Elternehe, die verbliebene besondere Chance für das Kind nach der Belastung und Schädigung durch die Elternscheidung*. Diese Chance besteht darin, nicht bis zur Grenze aktueller Gefährdung Mißstände im Elternhaus erdulden zu müssen (vgl § 1666 Rz 67), sondern zwischen zwei Elternhäusern schon dann wechseln zu können, wenn das Wohl des Kindes beim anderen Elternteil auf Dauer wesentlich besser gewahrt erscheint oder wenn das Kind sich auf Grund achtenswerter Eigenentscheidung zu einem Wechsel entschlossen hat (vgl Rz 62, 63). Mit dem Kind als Bindeglied bleibt die Gesamtfamilie auch nach Elterntrennung und Scheidung ein psychosozialer Verband, der fortlebt und sich verändert – diesen Realitäten ist im Rahmen des § 1696 Abs 1 Rechnung zu tragen.

Die Interpretation des § 1696 Abs 1 durch die Rechtsprechung trifft deshalb, trotz **37** ihrer formelhaften Erstarrung (vgl Rz 31), im wesentlichen das Richtige, sofern nur ihr Bezugspunkt präsent bleibt und ernstgenommen wird: Das generelle Bedürfnis jedes Kindes nach Kontinuität und Stabilität seiner Lebens- und Erziehungsbedingungen. Es bildet den Maßstab, an dem konkrete Gesichtspunkte für eine Änderung zu messen sind. Daraus folgt aber auch, daß die durch die Formel der

Rechtsprechung bezeichnete *Änderungsschwelle nicht abstrakt-generell festgelegt* ist, sondern – wie ein „funktionsbestimmter Rechtsbegriff“ (LARENZ, Methodenlehre [5. Aufl 1978] 463 ff; vgl CANARIS, Systemdenken und Systembegriff [1969] 50) – erst im *Einzelfall individuell bestimmt werden kann* je nach Stärke und Gewicht des Kontinuitäts- und Stabilitätsaspekts: Sie kann in einem Extremfall auf Null reduziert sein, zB wenn das Kind schon langjährig beim nichtsorgeberechtigten Elternteil lebt (Rz 49). Im anderen Extremfall, wenn das Kind eine starke, nahezu ausschließliche Bindung an den sorgeberechtigten Elternteil hat, bei dem es seit langem lebt und sich gut entwickelt hat, kann sich die Änderungsschwelle der Sache nach der Gefährdungsgrenze des § 1666 annähern (vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67 [Änderung nur wenn „unumgänglich“, „zwingend notwendig“]).

### 38 cc) Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Ist das Kindeswohl beim sorgeberechtigten Elternteil *gefährdet*, so kommt nach einer Entscheidung des BGH (NJW-RR 1986, 1264, 1265) eine Sorgerechtsänderung nur in Betracht, wenn der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* gewahrt ist, mildere Mittel also ausscheiden. Das Verhältnis dieser Aussage zu den vorerwähnten, auch vom BGH getragenen Grundsätzen zur Änderungsschwelle ist *unklar*. Der Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verdeutlicht den *Eingriffscharakter* einer Sorgerechtsänderung und erweitert das Entscheidungsspektrum der Gerichte: Bestehen etwa punktuelle, aber schwerwiegende Defizite auf seiten eines im übrigen geeigneten Sorgeberechtigten, sind aber andererseits auch erhebliche Belastungen durch einen potentiellen Wechsel des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil zu befürchten, so beschränkt sich die richterliche Entscheidung nicht auf die Abwägung zweier Übel (Belassung des Kindes beim Sorgeberechtigten oder Änderung) – vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuschöpfen, den Eignungsmängeln des Sorgeberechtigten durch (im Verhältnis zur Sorgerechtsänderung) „mildere“ Einzelmaßnahmen zu begegnen und so dem Kind seine vertraute Lebenswelt zu erhalten. Für derartige Einzelmaßnahmen kann entweder das FamG (zB beim Vollzug von Umgangsanordnungen gem § 33 Abs 2 FGG, vgl BGH aaO) oder das VormG (gem § 1666) zuständig sein (vgl § 1666 Rz 40–43).

- 39 Damit schiebt sich der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit *vor* die allgemeinen Änderungsgrundsätze des § 1696 Abs 1 – **die Suche nach schonenderen Eingriffen ist der Änderungsfrage zwingend vorgeschaltet**. Ob dabei die Eignungsmängel beim Sorgeberechtigten als „Kindesgefährdung“ qualifiziert werden oder nicht, ist unerheblich. Im übrigen **verändert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch die allgemeine Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 nicht**: Sind mildere Mittel nicht vorhanden oder erweisen sie sich als wirkungslos, sind wie stets bei § 1696 Abs 1 die Änderungsinteressen des Kindes (Mängel beim Sorgeberechtigten) gegen seine Beharrungsinteressen (Kontinuität und Stabilität) abzuwägen. Überwiegen die Änderungsinteressen, so ist die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zuzuweisen – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt dabei keine Rolle mehr. Überwiegen die Kontinuitätsinteressen, so muß eine Sorgerechtsänderung auch dann ausscheiden, wenn sie das einzig geeignete (und damit „erforderliche“) Mittel gegen die Mängel beim Sorgeberechtigten gewesen wäre: Der Grundsatz der Erforderlichkeit findet seine Korrektur durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, und über die „Verhältnismäßigkeit“ einer Sorgerechtsänderung (auch als Mittel zur Gefahrabwehr!) entscheidet allein die nach § 1696 Abs 1 allgemein gebotene Abwägung der Kindesinteressen.

### 40 b) Entscheidungsgrundsätze

Für die Änderung von Sorgerechtsregelungen gem §§ 1671, 1672 gilt der **Primat des Kindeswohls** in gleicher Weise wie bei der Erstentscheidung (vgl § 1671 Rz 51 ff),

Elternrechte und gesellschaftliche Interessen dürfen also nur insoweit in die Entscheidung einfließen, als sie mit dem Kindesinteresse übereinstimmen. Gerade bei Änderungsentscheidungen besteht demgegenüber eine besondere Gefahr, daß kindesfremde Gesichtspunkte (verdeckt oder offen) eine dominierende Rolle spielen (zB sittliche Aspekte, Sanktionstendenzen, Entführungsfälle, vgl Rz 34, 50) – da solche Änderungen nicht aus den Kindesinteressen legitimiert sind, verstoßen sie gleichzeitig auch gegen das Elternrecht des Sorgeberechtigten gem Art 6 Abs 2 S 1 GG.

Bei der Änderungsentscheidung ist das **FamG an die Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 gebunden**. Eine *Aufspaltung des Sorgerechts* kommt demnach nur gem § 1671 Abs 4 S 2 in Betracht (Ausnahmen: Entscheidung nach § 1671 Abs 5 oder einstweilige bzw vorläufige Anordnungen, vgl § 1671 Rz 213). Die Anordnung von *Pflegschaft oder Vormundschaft* gem §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 5 setzt eine *Gefährdung des Kindeswohls bei beiden Elternteilen* voraus (vgl BGH NJW-RR 1986, 1264 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467; GERNHUBER § 56 VI 1; SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f). Für das **VormG** gelten diese Beschränkungen nicht: Trotz seiner nur subsidiären Zuständigkeit kann es Teilbereiche des Sorgerechts gem § 1680 Abs 2 auf den anderen Elternteil übertragen oder einen Pfleger oder Vormund bestellen, ohne daß beim anderen Elternteil eine Kindeswohlgefährdung drohen muß (s oben Rz 38, 39 sowie § 1678 Rz 27, § 1680 Rz 28).

Umstritten ist die Bedeutung eines **übereinstimmenden Elternvorschlags** im Rahmen der §§ 1696 Abs 1, 1671. Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden: **42**

(1) Die **Erstentscheidung beruht auf einem Elternvorschlag**: Ob sich hier die begrenzte Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1 (vgl § 1671 Rz 149) auch im Änderungsverfahren fortsetzt (bejahend GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; RGRK-ADELMANN Rz 13; abl PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 5), ist eine praktisch bedeutungslose Frage: Mit Erreichung der Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 ist stets auch die Eingriffsgrenze des § 1671 Abs 3 S 1 überwunden (MünchKomm-HINZ Rz 10; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273).

(2) Die Eltern unterbreiten einen **übereinstimmenden Änderungsvorschlag** (gleich, **43** ob in Abwandlung eines gemeinsamen Vorschlags im Erstverfahren oder in erstmaliger Übereinstimmung): Nach **überwiegender Auffassung** soll einem solchen Vorschlag *nicht die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1* zukommen – § 1696 Abs 1 diene „nicht dem Verlangen der Eltern nach stets erneuter Überprüfung der einmal getroffenen Entscheidung“ (BayObLG FamRZ 1976, 41, 43; vgl OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531 f; FamRZ 1981, 600; GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; RGRK-ADELMANN Rz 13; SOERTEL-STRÄTZ Rz 8; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273 f [einschränkend]). Man fürchtet, daß die von § 1696 Abs 1 geschützten Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes von den Eltern gemeinsam unterlaufen werden könnten; eine Bindungswirkung des Änderungsvorschlags würde die Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 in ihr Gegenteil verkehren: Eine Änderung wäre dann grundsätzlich geboten, wenn ihr nicht das konkrete Kindeswohl widerspräche. Trotz seiner fehlenden Verbindlichkeit sei der elterliche Änderungsvorschlag aber ein *gewichtiges Indiz* für die Gebotenheit der Änderung im Kindesinteresse.

Eine **Mindermeinung** wendet demgegenüber *§ 1671 Abs 3 S 1 auch auf übereinstimmende Elternvorschläge im Änderungsverfahren* an (OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 [jedenfalls verfehlt, da die sorgeberechtigte Mutter den Vorschlag inzwischen widerrufen hatte, vgl unten Rz 45]; OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 666 [aber Problem wohl nicht gesehen]; LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; DÖLLE II § 97 X 2 b; SCHWAB, Handbuch Rz III 54, 69). **Dieser Auffassung gebührt der** **44**

**Vorzug:** Wenn verfassungsrechtlich die gemeinsame Elternverantwortung auch nach Scheidung fortbesteht und ihre Wahrnehmung den Vorrang vor staatlicher Regelung gem Art 6 Abs 2 S 1 GG beanspruchen kann (BVerfGE 61, 358 ff = FamRZ 1982, 1179, 1182; s § 1671 Rz 16), dann ist nicht einzusehen, wieso der Elternprimat und die hinter ihm stehende Vermutung überlegener Kindeswohlinterpertation durch die Eltern mit dem Sorgerechtsverfahren bei Scheidung „verbraucht“ sein sollten. Auch die elterliche Abwägung von Beharrungs- und Änderungsinteressen des Kindes hat nicht nur faktisches, sondern rechtliches Gewicht iSv § 1671 Abs 3 S 1 als Ausprägung verfassungsrechtlicher Zuordnung elterlicher und staatlicher Kompetenzen (im sachlichen Ergebnis läuft aber beides regelmäßig auf dasselbe hinaus, vgl SCHWAB Rz III 69). Im übrigen hat der Staat der elterlichen Einigkeit auch kaum etwas entgegenzusetzen: Über einen faktischen Betreuungswechsel könnten die Eltern eine spätere Sorgerechtsänderung ohnehin erzwingen (vgl Rz 49).

**45 Einzelfragen:** Wie auch im Rahmen des Erstverfahrens entfaltet der übereinstimmende Elternvorschlag die Bindungswirkung jedoch *nur bei aktueller Einigkeit* der Eltern noch in der letzten mündlichen Verhandlung – ein (auch einseitiger) Widerruf ist also stets zu beachten (vgl § 1671 Rz 146). Darüber hinaus liegt *kein* Änderungsvorschlag iSd §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 3 S 1 vor, wenn die Eltern in einer früheren (Scheidungs-)Vereinbarung den Sorgerechtswechsel zu bestimmten künftigen Zeitpunkten festgelegt hatten („Abrufklausel“) und sich im Änderungsverfahren nur *ein* Teil darauf beruft (vgl OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128). Bei beiderseitiger Berufung auf die frühere Vereinbarung liegt zwar ein übereinstimmender Elternvorschlag vor, da ihm aber möglicherweise eine elterliche Abwägung der *gegenwärtigen* Kindesinteressen nicht zugrundeliegt, wird die Erforderlichkeit eines Abweichens vom Vorschlag im Kontinuitätsinteresse des Kindes sorgfältig zu prüfen sein (zum ganzen § 1671 Rz 142 ff). Von vornherein keine Bindungswirkung hinsichtlich einer Änderung entfaltet schließlich der übereinstimmende Elternantrag, das Gericht möge die Sorgerechtszuweisung nach den Maßstäben des § 1696 oder erneut wie eine Erstentscheidung nach § 1671 überprüfen (vgl BayObLG FamRZ 1965, 51, 52; FamRZ 1966, 247, 248 f; FamRZ 1976, 38, 39; FamRZ 1976, 534, 535; OLG Frankfurt FamRZ 1962, 171, 172; s § 1671 Rz 144).

### c) Einzelne Problemkreise

#### 46 aa) Gemeinsames Sorgerecht der Eltern

Ein Wechsel von bisheriger Alleinsorge eines Elternteils **zum gemeinsamen Sorgerecht** bedarf, wie bei der Erstentscheidung, eines *übereinstimmenden Elternvorschlags* (vgl § 1671 Rz 172, 173). War die Erstentscheidung vor dem Urteil des BVerfG vom 3.11.1982 ergangen, bedarf es schon deshalb einer Überprüfung durch das FamG entspr § 1671 Abs 3 S 1, weil diese Sorgerechtsform bis zu diesem Zeitpunkt unzulässig war (KG FamRZ 1983, 1055 ff). Aber auch sonst ist auf Grund des elterlichen Änderungsvorschlags das FamG gehalten, wie im Erstverfahren zu prüfen, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl im Einzelfall widerspricht (zu dieser Prüfung ie § 1671 Rz 174 ff; wegen des grundsätzlichen Vorrangs des gemeinsamen Sorgerechts vor der Alleinsorge wird hier § 1671 Abs 3 S 1 auch von denen zugrundegelegt, die eine Bindung an einen elterlichen Änderungsvorschlag im allgemeinen ablehnen, vgl MünchKomm-Hinz Rz 9; KG FamRZ 1983, 1055, 1057). Dabei ist zu beachten, daß die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes durch eine solche Änderung idR nicht verletzt werden, denn nach den bisherigen rechtstatsächlichen Erkenntnissen bleibt das Kind faktisch weiterhin

beim bisher alleinsorgeberechtigten Elternteil („Residenzmodell“, vgl § 1671 Rz 179). Veränderungen durch erweiterte Kontakte zum anderen Elternteil werden durch die Vorteile intensivierten Kontakts und gemeinsamer Elternverantwortung regelmäßig mehr als aufgewogen. Sind sonstige konkrete Bedenken aus der Sicht des Kindes nicht zu erkennen, ist die beantragte Änderung vorzunehmen.

Steht eine **Änderung** von bisher gemeinsamem Sorgerecht **in die Alleinsorge eines 47 Elternteils** in Frage, so kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob das entsprechende Begehren von beiden Eltern oder nur von einem Elternteil erhoben wurde: Der Kooperationswille beider Eltern ist – im Interesse des Kindes – nicht nur unerläßliche Anordnungs-, sondern auch Bestandsvoraussetzung des gemeinsamen Sorgerechts. Folglich *muß* das FamG zugunsten des Alleinsorgerechts eines Elternteils abändern, sofern nicht die auch in dieser Situation gebotenen Bemühungen um (Wieder-)Herstellung der elterlichen Kooperationsbereitschaft Erfolg haben (§ 17 Abs 2 KJHG, vgl § 1671 Rz 168). Diese Bemühungen sind im besonderen Maße angezeigt, wenn sich nur ein Elternteil vom gemeinsamen Sorgerecht lösen will; aber auch bei beiderseitigem Änderungsantrag der Eltern sind Gespräche und Ausgleichsversuche nicht von vornherein als aussichtslos zu betrachten.

Von der Erkenntnis, *daß* geändert werden muß (vgl dazu auch HOLZHAUER FamRZ 48 1982, 109, 115 f), ist die Folgefrage zu unterscheiden, **welchem Elternteil** fortan die Alleinsorge zustehen soll. Liegt insoweit ein *übereinstimmender Elternvorschlag* vor, hat dieser die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1 (oben Rz 44). In Ermangelung eines Elternvorschlages muß – da die Eltern das gemeinsame Sorgerecht auch nach der Scheidung bislang fortgeführt hatten – nunmehr im Rahmen des § 1696 Abs 1 **wie bei einer Erstentscheidung gem § 1671 Abs 2 zwischen den Eltern entschieden werden**. Soweit sich – insbes beim „Residenzmodell“ (vgl Rz 46) – beim hauptbetreuenden Elternteil eine besondere Bindung und ein entsprechendes Kontinuitätsbedürfnis des Kindes aufgebaut haben, kann dem gem § 1671 Abs 2 in gleicher Weise Rechnung getragen werden wie bei längerer Trennungsphase vor der Scheidung (§ 1671 Rz 126 ff).

#### **bb) Das Kind lebt seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil**

49

Lebt das Kind seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil und begehrt dieser nun eine rechtliche Sanktionierung der faktischen Betreuungsverhältnisse, weicht der Sachverhalt ganz wesentlich von demjenigen ab, auf den § 1696 Abs 1 und die zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätze ausgerichtet sind. Die zentralen Gesichtspunkte der Änderungsregelung, dh **Kontinuität und Stabilität** der kindlichen Lebensverhältnisse sind primär auf die *tatsächliche* und nicht auf die rechtliche Zuordnung des Kindes bezogen (vgl OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; COESTER, Kindeswohl 330 f) – sie sprechen hier also nicht gegen, sondern **für eine Änderung**. Die allgemeine Änderungsschwelle der §§ 1696 Abs 1, 1671 (s Rz 30 ff, 36) existiert in derartigen Fällen nicht, die Fragestellung des § 1696 Abs 1 kehrt sich geradezu in ihr Gegenteil um: Was spricht ausnahmsweise *gegen* eine Änderung, bzw gibt es „gravierende Gründe für eine Rückführung des Kindes“ zum bisher sorgeberechtigten Elternteil? (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434; ähnl OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 176 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467 [ist Trennung Kind/nichtsorgeberechtigter Elternteil „erforderlich“?]; BGH NJW-RR 1986, 1130, 1131 [Nichtänderung wäre kinderschädlicher Kontinuitätsbruch]; vgl weiter OLG Karlsruhe FamRZ 1959, 258, 259; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 533; FamRZ 1981, 600; OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; OLG Celle FamRZ 1985, 527 [Änderung in gemeinsames Sorgerecht]). Es wirkt eigentümlich sachverhaltsblind, wenn trotz 1½-jährigen Aufenthalts des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Elternteil die Sorgerechtsänderung mit Hinweis auf die Kontinuitätsinteressen des Kindes

abgelehnt wird (vgl BayObLG FamRZ 1976, 41, 42 f [im Ergebnis aber aus anderen Gründen gerechtfertigt]).

**50** Die Anwendung dieser Grundsätze erscheint allerdings problematisch, wenn die tatsächliche Betreuungssituation auf **rechtswidrigem** (Kindesentführung) oder illoyalem Verhalten des nichtsorgeberechtigten Elternteils beruht (zB abredewidrige Weigerung, das Kind nach kurzzeitiger Betreuungsübernahme wieder herauszugeben). In erster Linie liegt es in der Verantwortung der Gerichte, hier durch beschleunigte Verfahren und konsequente Befolgung der internationalen Kindesentführungsabkommen (dazu § 1671 Rz 228 ff) kontinuieritätsrelevante Betreuungszeiträume beim nichtsorgeberechtigten Elternteil gar nicht erst entstehen zu lassen. Sind diese dennoch entstanden, so ist in der Änderungsfrage die **strikte Orientierung am Kindeswohl** geboten: Eine nach allgemeinen Grundsätzen des § 1696 Abs 1 angezeigte Änderung darf nicht zwecks Sanktionierung elterlichen Fehlverhaltens versagt werden (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 601, 602; OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 435; zum staatlichen Sanktionsinteresse als Entscheidungsgesichtspunkt s § 1671 Rz 63); legitim bleibt allerdings die (proportionale) Berücksichtigung des Elternverhaltens im Rahmen der allgemeinen Eignungsbeurteilung (dazu § 1671 Rz 85, 111). Umgekehrt sind aber auch vorschnelle Änderungen zugunsten des Elternteils, der das Kind aus dem Ausland nach Deutschland verbracht hat, unzulässig (§ 1671 Rz 237, 239). Nationalistische und Sanktionierungstendenzen können zusammen, aber gleichermaßen sachfremd schließlich Änderungsentscheidungen motivieren, wenn der sorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind ins Ausland zieht (dazu ausf Rz 54 ff).

**51 cc) Verstöße des Sorgeberechtigten gegen § 1634 Abs 1 S 2; Umgangsvereitelungen**

Verletzungen der „Wohlverhaltenspflicht“ des § 1634 Abs 1 S 2, insbes Vereitelungen des Umgangs zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil durch den Sorgeberechtigten führen immer wieder zu Änderungsanträgen. Die Fähigkeit eines Elternteils, dem Kind auch nach der Trennung vom Partner ein positives Bild von diesem zu vermitteln und Kontakte zu ermöglichen, günstigenfalls sogar zu fördern, ist bereits im Rahmen der Erstentscheidung nach § 1671 ein wesentliches Kriterium der Elterneignung (§ 1671 Rz 94 mwN). Nach der Sorgerechtszuweisung verpflichtet § 1634 Abs 1 S 2 die Eltern vor allem zu spannungsfreier, loyaler Gewährung und Ausübung des vereinbarten und angeordneten Kontaktes zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil (vgl grundsätzlich § 1634 Rz 4, 50, 69 ff). Die Vereitelung des Umgangs durch den Sorgeberechtigten bedeutet regelmäßig eine schwerwiegende Verletzung der Kindesinteressen. Dennoch besteht weitgehende Einigkeit, daß als Reaktion auf diese Rechtsverletzung eine **Änderung der Sorgerechtszuweisung jedenfalls nicht als routinemäßige Sanktion** in Betracht kommt – auch hier entscheidet ausschließlich die nach § 1696 Abs 1 gebotene **Abwägung von Änderungs- und Beharrungsinteressen des Kindes** über die Änderungsfrage (s § 1634 Rz 305 mwN; Nachw aus den Gesetzgebungsmaterialien bei BVerfG FamRZ 1983, 872, 874; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 18). Das Fehlverhalten des Sorgeberechtigten kann legitimerweise beim Eignungsvergleich der Eltern und der Frage berücksichtigt werden, ob das Kindeswohl langfristig so viel besser beim nichtsorgeberechtigten Elternteil gewahrt wäre, daß die Wechselnachteile demgegenüber zurücktreten (vgl OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1137; OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 435 [obiter]). Dabei kann es für die Gewichtung des Eignungsmangels eine Rolle spielen, aus welchen Motiven der Sorgeberechtigte den Umgang vereitelt (etwa haßerfüllte Haltung gegenüber dem früheren Gatten oder gutgläubige Überzeugung bester Kindeswohlwahrung, zu letzterem OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201 f).

Gewinnt jedoch, *darüber hinausgehend*, das Sanktionsstreben des FamG entscheidungsleitende Bedeutung, wird das Kind zum Objekt staatlicher Rechtsdurchsetzung und zum eigentlich Bestraften für die elterliche Pflichtverletzung (§ 1634 Rz 305). Insoweit ist auch Vorsicht geboten mit Änderungsdrohungen schon bei der Erstzuweisung für den Fall, daß der Begünstigte den Kontakt zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil blockieren sollte (vgl KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234f). So notwendig nachdrückliche Ermahnungen an zerstrittene Eltern oft auch sein mögen, so sicher sollten die Gerichte doch auch selbstgesetzten Zugzwang vermeiden.

**Vorrangig** vor einer das Kind offenkundig belastenden Änderung sind **weniger einschneidende Maßnahmen**, die bei Verbleib des Kindes beim Sorgeberechtigten die Umgangsproblematik lösen könnten (vgl oben Rz 38, 39). Insoweit kommt vor allem die *Androhung und Verhängung von Zwangsgeldern* gem § 33 Abs 1, 3 FGG in Betracht (BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265). Auch Hilfen von seiten des Jugendamts, vor allem aber auch engagierter Verbände sind – soweit erreichbar – zu vermitteln (vgl GAIER, Das „betreute Besuchsrecht“, FamRZ 1990, 1330f). Umstritten ist, ob weitgehend gem §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 5 eine „*Umgangspflegschaft*“ angeordnet werden kann, dh eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf das Jugendamt als Pfleger für die jeweiligen Umgangszeiträume (**bejahend** OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178 [Anm SCHÜTZ]; AG Rosenheim DAVorm 1987, 144; AG Aalen FamRZ 1991, 360 f [Anm LUTHIN]; **abl** BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265 [aufhebend OLG Bamberg aaO]; STAUDINGER-PESCHEL-GUTZEIT § 1634 Rz 305). Eine solche Maßnahme löst das Problem jedenfalls nicht, wenn der Sorgeberechtigte neben der physischen Kontaktverhinderung das Kind gegen den nichtsorgeberechtigten Elternteil negativ beeinflußt und eine entsprechende Umgangsverweigerung durch das Kind verursacht hat (OLG Bamberg aaO; vgl auch BGH FamRZ 1985, 165, 171; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 18). Aber auch sonst scheidet die Umgangspflegschaft als „geeignetes milderes Mittel“ zumindest dann aus, wenn die Fronten bereits verhärtet sind und der Sorgeberechtigte selbst vom Jugendamtsmitarbeiter unterstützte Abholungsversuche bereits vereitelt hat (BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265).

Bleibt dem Gericht nur die Alternative, entweder die Sorgerechtszuweisung zu ändern oder das Verhalten des Sorgeberechtigten hinzunehmen, so wird der Bereitschaft des derzeit nicht sorgeberechtigten Elternteils, seinerseits den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu ermöglichen, sowie dem Gewicht des Bindungs- und Kontinuitätsaspekts im konkreten Fall ausschlaggebende Bedeutung zukommen (zur „funktionsbestimmten Änderungsschwelle“ s oben Rz 36). Hätte das Kind auch beim derzeit nicht sorgeberechtigten Elternteil voraussichtlich keinen befriedigenden Kontakt zu *beiden* Elternteilen, scheidet eine Änderung als untaugliches Mittel zur Wahrung der Kindesinteressen aus. Wäre der Umgang des Kindes bei einer Sorgerechtsänderung gewährleistet, wird diese regelmäßig vorzunehmen sein, wenn auch der nichtsorgeberechtigte Elternteil sorgegeeignet ist und eine tragfähige Beziehung zum Kind noch besteht – die Wechselprobleme könnten dann durch den langfristigen Vorteil, Kontakt zu beiden Eltern zu haben, aufgewogen werden. Hat das Kind jedoch eine starke Bindung an den (im übrigen geeigneten) sorgeberechtigten Elternteil und ist es dem anderen Elternteil weitgehend entfremdet oder lehnt es ihn auf Grund der Beeinflussung durch den Sorgeberechtigten ab, dann würde eine dennoch angeordnete Sorgerechtsänderung vor allem das Kind bestrafen, der status quo muß also im Kindesinteresse hingenommen werden (zu dieser grundsätzlichen Wertabwägung BGH FamRZ 1985, 169 = NJW 1985, 1702 [zu § 1671]; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201, 202; bedenklich deshalb BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265 [mit entwicklungspsychologisch längst überholten Aussagen zur Kindesbin-

nung)). Auch sonst ist anerkannt, daß im unauflösbaren Konflikt zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht letzteres zu weichen hat (Rz 55).

#### 54 dd) Auswanderung oder Wegzug des Sorgeberechtigten mit Kind

Wegzug an einen entfernten Ort oder gar Auswanderung von Sorgeberechtigtem und Kind können dessen *Kontakt mit dem anderen Elternteil* faktisch sehr erschweren oder gar unmöglich machen. Außerdem können mit dem Umzug *Belastungen für das Kind* verbunden sein, die durch eine Sorgerechtszuweisung an den nichtsorgeberechtigten Elternteil vermieden werden könnten. Beide Aspekte sind strikt auseinanderzuhalten.

55 Hinsichtlich des **Konflikts zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht** ist auf die ausführliche Darstellung bei § 1634 (Rz 309–313 mwN [PESCHEL-GUTZEIT]; vgl auch COESTER, Kindeswohl 341 f, 343 f) zu verweisen. Demnach beschränkt das Umgangsrecht nicht die Kompetenz des Sorgeberechtigten zur Aufenthaltsbestimmung für das Kind, zur verantwortlichen Führung der Teilfamilie mit dem Kind sowie sein Recht auf Freizügigkeit. „Triftige Gründe“ für die Auswanderung sind nicht zu verlangen. Die geplante oder erfolgte Auswanderung ist als Faktum zu nehmen, das der nach § 1696 Abs 1 grundsätzlich gebotenen **Abwägung der Kindesinteressen** zugrunde zu legen ist (eine Untersagung der Auswanderung auf der Grundlage von §§ 1634 Abs 2 oder 1666 kommt regelmäßig nicht in Betracht, s § 1634 Rz 311). Ergeben sich bei dieser Abwägung keine „triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe für eine Änderung“ (vgl oben Rz 31, 37), so muß der nichtsorgeberechtigte Elternteil die Auswanderung seines Kindes hinnehmen, seine Rechtsposition tritt zurück hinter der stärkeren des Sorgeberechtigten (Nachw s § 1634 Rz 313; BGH FamRZ 1990, 392, 393; vgl § 1671 Rz 97; zu Konsequenzen hinsichtlich geschuldeten Ehegattenunterhalts vgl BGH FamRZ 1987, 356 ff).

56 Im Rahmen der **Kindesinteressen** ist der Umstand unbeachtlich, daß das Kind faktisch einen Elternteil verlieren wird – dies wäre auch bei einer Sorgerechtsänderung der Fall. Angesichts des auf jeden Fall eintretenden Wechsels des Aufenthaltsorts kommt der Umgebungskontinuität keine Bedeutung als änderungsfeindlicher Gesichtspunkt zu (anders bei seit längerem vollzogener Auswanderung); umso größeres Gewicht erlangt angesichts des teilweisen Elternverlusts die Bindungskontinuität wie auch der Kindeswille. Im übrigen sind die konkreten Umstände der (geplanten) Auswanderung sowie die Lebensverhältnisse am neuen Aufenthaltsort in die Abwägung einzubeziehen (zB Umschulung mitten im Schuljahr vgl OLG München FamRZ 1981, 389, 390 f; mangelnde Sprachkenntnisse der Kinder OLG München aaO, vgl demgegenüber aber BGH FamRZ 1990, 392, 393 f [Vorteil späterer Zweisprachigkeit]; gesundheitliche Bedenken, vgl OLG München FamRZ 1977, 749, 750 [1-monatiger Säugling nach Saudi-Arabien, einstweilige Anordnung im Verfahren nach § 1672]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931 f [zwei Kleinkinder nach Pakistan; Fall des § 1666]). Auch wesentliche Verschlechterungen der kulturellen oder wirtschaftlichen Lebensbedingungen können zu beachten sein (anders im Rahmen des § 1666, OLG Zweibrücken aaO). *Unzulässig* ist jedoch jede pauschale Unterstellung schlechterer Lebensbedingungen im Ausland oder gar eine negative Bewertung fremder Kultur und des Auslandsaufenthalts schlechthin (vgl § 1671 Rz 96; GERNHUBER § 53 III 8, § 56 VIII 2 [„Deutschtümerei“]; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 20; vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92).

57 Im Grundsatz nichts anderes gilt für die „dolose Auswanderung“, mit der der Sorgeberechtigte den Zweck verfolgt, den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil zu unterbinden (§ 1634 Rz 314; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201 f).

Insoweit steht die Auswanderung internen Umgangsvereitelungen gleich (dazu oben Rz 51 ff).

Entsprechend ist schließlich zu entscheiden, wenn der auf Grund ausländischer Gerichtsurteilsentscheidung sorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind **nach Deutschland** zieht, ihm daraufhin vom ausländischen Gericht zugunsten des anderen Elternteils das Sorgerecht entzogen wird und er nun beim deutschen FamG eine Rückänderung und Wiederherstellung seines Sorgerechts beantragt. Ist die ausländische Änderungsentscheidung anerkennungsfähig (was wegen ihres Sanktionscharakters zweifelhaft sein kann, vgl § 1671 Rz 63, 227), so ist über eine erneute Änderung allein nach dem Kindeswohl entspr § 1696 (iVm Art 1,2 MSA) zu entscheiden – „Deutschtümelei“ ist auch hier fehl am Platz (ebenso wie umgekehrt übertriebene Höflichkeit gegenüber dem ausländischen Staat, vgl OLG Hamm FamRZ 1975, 426, 428 mit der Frage nach „triftigen Gründen“ für eine Rückkehr der geschiedenen deutschen Mutter nach Deutschland).

### ee) Änderungswille des Kindes

59

Der Wunsch des Kindes, zum nichtsorgeberechtigten Elternteil zu wechseln, ist wie bei der Erstentscheidung ein **beachtlicher Kindeswohlfaktor**, sowohl als Indiz für die persönlichen Bindungsverhältnisse wie auch als Ausdruck bewußter Eigenentscheidung zwischen den getrennten Eltern (vgl § 1671 Rz 117, 118 ff, 122 ff). Typische Gründe für das Änderungsbegehren des Kindes sind die Übergehung seines Willens bei der Erstentscheidung, Situationsveränderungen beim einen oder anderen Elternteil oder eine entwicklungsbedingte Hinwendung zum nichtsorgeberechtigten Elternteil.

Zwar ist der Änderungswille des Kindes, anders als bei der Erstentscheidung, auf den Wechsel von einem rechtlich konstituierten Familienverband in einen anderen gerichtet, dennoch gelten insoweit nicht die zum Konflikt zwischen Kind und Elternhaus entwickelten Grundsätze des § 1666. Zwischen den leiblichen Eltern, also innerhalb des natürlichen Familienverbandes, entfaltet das Kindeswohlprinzip größere Wirkungsmöglichkeiten als bei der Wahl zwischen Eltern und Dritten, und die Erkenntnis, daß der kindesschädliche Zerfall der elterlichen Gemeinschaft als Kehrseite eine Chancenerweiterung für das Kind mit sich bringt (oben Rz 36), ist auch beim Änderungsbegehren des Kindes zu berücksichtigen. Setzt sich der Kindeswille in Extremfällen sogar zugunsten einer Drittplazierung durch (§ 1666 Rz 119), so muß ihm wesentlich größeres Gewicht bei der Änderungsentscheidung zwischen den Eltern zukommen.

Trotz des somit erheblichen Gewichts des Kindeswillens (vgl BGH FamRZ 1986, 895, 896) bleibt dieser jedoch auch im Rahmen des § 1696 Abs 1 eines von mehreren Kriterien des übergeordneten und entscheidungsleitenden Kindeswohlprinzips: Das Kind hat nicht die formale Entscheidungskompetenz über seinen Aufenthalt, sein Wille bleibt grundsätzlich der Kontrolle am Maßstab seines Wohls unterworfen (vgl § 1671 Rz 116). Demgemäß besteht Einigkeit, daß der **Kindeswille allein eine Änderungsentscheidung noch nicht rechtfertigt** (BayObLG FamRZ 1986, 38, 41; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1988, 1313, 1314; OLG Köln FamRZ 1972, 572, 573; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828; ERMAN-MICHALSKI Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). Trotz des kindlichen Änderungswunsches behalten die Gesichtspunkte der Kontinuität und Stabilität der familiären Lebensverhältnisse zT ihre objektive Bedeutung für die Kindesentwicklung. Die Überantwortung der Entscheidungskompetenz an das Kind könnte es verstärkt zum Objekt elterlicher Beeinflussungsstrategien machen, sei es auch nur durch vom Umgangsberechtigten dargebotene „Sonntagsbedingungen“ (ausf OLG

Hamm FamRZ 1988, 1313 f; vgl OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751 [zu § 1671 nach Entscheidung gem § 1672]), und die Qualität der elterlichen Erziehung, insbes hinsichtlich notwendiger, aber „unpopulärer“ Entscheidungen, beeinträchtigen (vgl COESTER, Kindeswohl 339).

- 62 Dennoch kann der Kindeswille den **Ausschlag für eine Sorgerechtsänderung geben**, wenn die Plazierung beim nichtsorgeberechtigten Elternteil der bisherigen zwar leicht überlegen wäre, dieser Vorteil allein aber nicht für die Änderungsschwelle des § 1696 ausreichen würde (vgl OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434). Auch wenn das Kind schon faktisch zum anderen Elternteil „übergelaufen“ ist und beharrlich dort bleiben will, wird dem Kindeswillen bei annähernd gleicher Eignung der Eltern nachzugeben sein (OLG Schleswig aaO; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466 f): Die änderungsfeindlichen Gesichtspunkte der Kontinuität und Stabilität haben bei dieser Fallgestaltung ihr Gewicht im wesentlichen verloren. Aber auch sonst kann, ungeachtet der objektiven Eignungsbeurteilung, dem strikten und nachhaltigen Willen heranwachsender Kinder kaum etwas entgegengesetzt werden, ein „Brechen“ des Kindeswillens kommt regelmäßig nicht in Betracht: Es wäre mit der Grundrechtsposition des Kindes nicht vereinbar und würde das Kindeswohlprinzip pervertieren (vgl BayObLG FamRZ 1974, 534 [mit den Vorentscheidungen FamRZ 1974, 150 und 326]; OLG Köln FamRZ 1971, 188, 189 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467; LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; eindringlich SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 353 [zum Fall des OLG Düsseldorf aaO]). Nicht selten ist es auch notwendig, Erstentscheidungen, in denen ein nachhaltiger Kindeswille übergangen wurde, später dann doch im Änderungswege zu korrigieren (BayObLG FamRZ 1974, 534; OLG Hamburg FamRZ 1960, 123). Aus kinderpsychiatrischer Sicht ist ein *rechtzeitiger* Wechsel zum vom Kind gewünschten Elternteil sowohl für das Kind wie für seine Beziehungen zum noch sorgeberechtigten Elternteil schonender als beharrliche Versuche, die „eigentlich richtige“ Lösung durchzusetzen (KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998). Eine *Ausnahme* muß gelten bei Defiziten des gewünschten Elternteils, die ihn im Lichte des Kindeswohls als schlechthin *ungeeignet* zur Sorgerechtsausübung erscheinen lassen, oder wenn das Kind sich in schon psychopathischer Weise in seinen Wunsch „verrannt“ hat, dieser also weder die wirklichen Bindungsverhältnisse repräsentiert noch als Ausdruck eigenverantwortlicher Selbstbestimmung genommen werden kann (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314).
- 63 Im **Gesamtergebnis** könnte als **Grundsatz** postuliert werden: Der ernsthafte und nachhaltige Wechselwille des Kindes kehrt die allgemeine Fragestellung des § 1696 Abs 1 (Rz 31, 37) um, es ist zu fragen, welche Gründe des Kindeswohls der regelmäßig indizierten Änderung konkret entgegenstehen könnten.

#### 64 ff) Sonstige Gesichtspunkte

Auch aus anderen als den vorerwähnten Gründen kann eine Sorgerechtsänderung angezeigt sein – stets dann, wenn sich bei einem Vergleich der elterlichen Plazierungsalternativen im Lichte der **Gesamtheit aller Kindeswohlaspekte** die Situation beim nichtsorgeberechtigten Elternteil als so überlegen erweist, daß demgegenüber die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes zurücktreten. Dieser Befund kann beruhen auf einer Verschlechterung der Situation beim Sorgeberechtigten, auf Verbesserungen beim anderen Elternteil oder auch nur auf der Erkenntnis, daß die Erstentscheidung falsch war (vgl Rz 12). Niemals kann dabei ein Kindeswohlaspekt für sich allein die Änderungsfrage entscheiden, *ausschlaggebend darf stets nur eine Gesamtabwägung des Kindeswohls im konkreten Fall und auf beiden Elternteilen sein*.

- 65 Die **Situation beim sorgeberechtigten Elternteil** kann sich *verschlechtern* auf Grund ökonomischer oder sozialer Probleme, die auch das Eltern-Kind-Verhältnis bela-

sten. Nimmt der bislang nicht berufstätige Sorgerechthabende eine Erwerbstätigkeit auf und überläßt er deshalb die Betreuung des Kindes weitgehend Dritten, so *kann* dies eine Änderung nahelegen (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35 f; vgl dagegen OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534). Gleiches gilt bei Betreuungsmängeln wegen Alkohol- oder Drogenkonsums oder wegen forcierter Selbstverwirklichung des Elternteils ohne Rücksicht auf das Kind. Auch unabhängig davon ist eine häufige Verschlechterung des Eltern-Kind-Verhältnisses in der nahehelichen Teilfamilie festgestellt worden, die auf der veränderten Funktionsverteilung und Lebenssituation beruht (vgl COESTER, Kindeswohl 336 mwN).

Die **Wiederheirat des Sorgerechthabenden** muß nicht stets negative Auswirkungen auf 66 das Kind haben, sie birgt auch positive Chancen für das Kind in sich (ie FTHENAKIS ArchsozArb 1986, 174 ff, 193; vgl § 1671 Rz 95; heiraten die Eltern einander erneut s § 1671 Rz 197, 200; zum Wiederausleben getrennter Eheleute § 1672 Rz 22; bei Wiederausleben geschiedener Gatten ohne Heirat liegt Änderung zugunsten gemeinsamen Sorgerechts nahe). Bei Heirat eines neuen Partners können allerdings Unverträglichkeiten mit dem Stiefelternteil oder Stiefgeschwistern eine Änderung begründen (OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 266 f; OLG Stuttgart OLGZ 1966, 471 ff; LG Berlin FamRZ 1969, 219) oder Bedenken aus der Person des neuen Ehegatten (BGHZ 3, 60; BayObLG FamRZ 1964, 640, 641 [erhebliche Vorstrafen]; LG Berlin aaO [Schläge durch Stiefvater; vgl aber dagegen OLG Hamm aaO: Schläge durch Stiefmutter „möglicherweise erforderlich und angebracht“]). Daß der neue Ehegatte der „Scheidungsgrund“ für die Ehe war, genügt allein noch nicht (BayObLGZ 1951, 300, 309 f), möglicherweise aber bei strikter Ablehnung durch das Kind. Die neue Familienbildung geht nicht selten mit einer kindeswohlwidrigen Abschottung gegenüber dem nichtsorgerechthabenden Elternteil einher, die zu Umgangsvereitelungen und Anträgen auf Namensänderung führen kann (dazu § 1666 Rz 100; vgl FTHENAKIS 192).

Im wesentlichen das gleiche gilt bei **nichtehelichem Zusammenleben des Sorgebe- 67 rechtigten mit einem neuen Partner**. Die Ehelosigkeit der Lebensgemeinschaft als solche ist auch dann kein Änderungsgrund, wenn der Partner noch anderweitig verheiratet ist (vgl § 1671 Rz 80 f; MünchKomm-HINZ Rz 12; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12; zu gegenteiliger früherer Rechtsprechung COESTER, Kindeswohl 344). Anderes kann gelten, wenn das Kind durch häufigen Partnerwechsel verunsichert oder dem elterlichen Geschlechtsleben unvermittelt ausgesetzt ist, etwa in einer promiskuitiven Lebensgemeinschaft (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1985, 1285 [Änderung nach Gesamtabwägung des Kindeswohls dennoch vertretbar ablehnend wegen guter Entwicklung des Kindes und enger Bindung zur sorgerechthabenden Mutter]; zu dieser Entscheidung s § 1666 Rz 57, 89, 92; § 1671 Rz 63, 82).

Als Änderungsgrund wurden desweiteren angesehen der Einzug des Sorgerechthabenden mit Kind in eine **Hausbesetzergemeinschaft** (AG Berlin-Charlottenburg KJ 1983, 208 ff [allerdings mit Aussetzung des Verfahrens, um der sorgerechthabenden Mutter eine Überlegungsfrist zu gewähren], krit dazu MÜNDEK EzFamR § 1671 Nr 5); die **Unterlassung gebotener ärztlicher Behandlung** (KG NJW-RR 1990, 716 f) oder **Förderung eines sprachgestörten Kindes** (OLG Hamm FamRZ 1979, 855 [Vormundbestellung]).

**Verbesserungen beim nichtsorgerechthabenden Elternteil** können sich aus dessen 69 gesundheitlicher oder psychischer Stabilisierung ergeben oder aus seiner *Wiederheirat*, wenn der Elternteil daraufhin seine Berufstätigkeit aufgibt und für die persönliche Betreuung des Kindes zur Verfügung steht oder wenn sein neuer Gatte die Betreuung übernehmen kann (vgl LG Berlin FamRZ 1969, 219; LG Landau FamRZ 1967, 405) oder sonst stabilisierend und kindeswohlförderlich erscheint

(OLG Hamburg FamRZ 1982, 532, 533). Allerdings reichen derartige Situationsverbesserungen für eine Sorgerechtsänderung regelmäßig nicht aus, solange das Kind beim sorgberechtigten Elternteil gut untergebracht ist (BayObLGZ 1951, 330, 334; KG FamRZ 1967, 411 f; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 829). Anderes kann gelten, wenn die Zuweisung zum Sorgberechtigten wegen Ausfalls des anderen Elternteils nur eine „Notlösung“ war (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35; GERNHUBER § 56 VIII 2) oder wenn das Kind überwiegend nicht vom Sorgberechtigten, sondern von dritten Personen betreut wird (allerdings kann eine gewachsene Bindung an die Betreuungsperson, zB Großeltern, der Änderung entgegenstehen, SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). *Unzulässig* sind jedoch frühere Tendenzen der Gerichte, Sorgerechtsübertragungen auf den Vater regelmäßig oder jedenfalls bei Kleinkindern als „Notlösung“ anzusehen und zugunsten der Mutter zu ändern, sobald sich deren Verhältnisse konsolidiert haben (OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 829; SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 614 Fn 97; vgl COESTER, Kindeswohl 335 Fn 844 mwN).

**70** Ist nach der gebotenen Gesamtabwägung des Kindeswohls eine Änderung angezeigt, so muß diese nicht daran scheitern, daß der nichtsorgberechtigte Elternteil sich inzwischen einer **Geschlechtsumwandlung** unterzogen hat (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434 f mit zurückhaltender Anm LUTHIN). Auch nach der Umwandlung bleibt er „Elternteil“ im Rechtssinne (§ 11 TSG). Probleme des Kindes im Hinblick auf die Geschlechtsveränderung (vgl § 1671 Rz 76) können durch persönliche Qualitäten und andere Umstände (zB Kindeswille, OLG Schleswig aaO) aufgewogen werden. Entsprechendes gilt bei Geschlechtsumwandlung beim sorgberechtigten Elternteil.

#### **71 d) Änderungsfolgen**

Die Änderung der Sorgerechtszuweisung läßt regelmäßig die Geschäftsgrundlage für eine **Unterhaltsvereinbarung** oder einen Unterhaltsvergleich wegfallen (OLG Köln FamRZ 1979, 328); eine Unterhaltsberechtigung des bisher Sorgberechtigten aus § 1570 entfällt und kann umgekehrt in der Person des anderen Elternteils entstehen – demgemäß kommt die Abänderung von Unterhaltsurteilen gem § 323 ZPO oder eine Vollstreckungsgegenklage gem § 767 ZPO in Betracht.

Das **Kindesvermögen** ist gem § 1698 Abs 1 an den nunmehr sorgberechtigten Elternteil herauszugeben (zur Herausgabe von persönlichen Gebrauchsgegenständen des Kindes PESCHEL-GUTZEIT MDR 1984, 890 ff). Das **Kind** selbst ist auf entsprechendes Verlangen gem § 1632 Abs 1 herauszugeben, im Verweigerungsfall wird eine gesonderte Entscheidung gem § 1632 Abs 3 (mit erneuter, aber eingeschränkter Kindeswohlprüfung) notwendig.

## **II. Zuständigkeit und Verfahren**

### **72 1. Zuständigkeit**

Die **sachliche Zuständigkeit** des VormG oder FamG für eine Änderungsentscheidung richtet sich nach der für die Erstentscheidung: Familiengerichtliche Entscheidungen werden vom FamG, vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen vom VormG geändert. Dies gilt auch, wenn die Erstentscheidung in höherer Instanz ergangen ist, denn es handelt sich um ein neues, selbständiges Verfahren (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1055; FamRZ 1981, 86, 87; DAVorm 1979, 768). Ob innerhalb des Gerichts der Richter oder der Rechtspfleger zuständig ist, richtet sich nach der jeweiligen Sachfrage (§§ 3 Nr 2 a, 14 RPflG).

Die **örtliche Zuständigkeit** kann wegen der Selbständigkeit des Verfahrens (Rz 2) eine andere sein als bei der Erstentscheidung (BGH FamRZ 1990, 1101, 1102; BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134; FamRZ 1976, 41, 43). Sie folgt aus §§ 43, 36 FGG; dies gilt auch für das FamG (über §§ 621 Abs 2 S 2, 621 a Abs 1 S 1 ZPO; anders nur bei Anhängigkeit einer Ehesache, § 621 Abs 2 S 1 ZPO).

## 2. Verfahren

73

**Einleitung des Verfahrens und Ermittlungen** erfolgen vAw (§ 12 FGG). Änderungsanträge haben deshalb rechtlich nur die Bedeutung von „Anregungen“ (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613), die das Gericht nicht binden. Ob ein Änderungsverfahren eingeleitet wird, entscheidet das Gericht nach **pflichtgemäßem Ermessen** – es kann trotz Änderungsantrags die Einleitung ablehnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine Änderung ersichtlich sind, oder bei mißbräuchlichen Anträgen, die nur als „Störfeuer“ gegen die Teilfamilie des Sorgeberechtigten dienen (vgl OLG Hamm FamRZ 1981, 600 [alsbald nach Abschluß eines Änderungsverfahrens neuer Änderungsantrag ohne Behauptung neuer Tatsachen]). Auch gegenständliche Beschränkungen eines Antrags hindern das Gericht nicht, eine Sorgerechtsänderung in vollem Umfang zu prüfen (BayObLG FamRZ 1964, 640; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92).

Die **Anhörung** der Beteiligten richtet sich nach §§ 50 a bis 50 c FGG; soweit das **Jugendamt** im Erstverfahren zu hören ist (§ 49, 49 a FGG), gilt dies auch für das Änderungsverfahren (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053; FamRZ 1976, 41, 43; OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 859; MünchKomm-HINZ Rz 23; SOERGEL-STRÄTZ Rz 17). Zur Einholung und Verwertung von **Sachverständigengutachten** vgl § 1666 Rz 163 ff; § 1671 Rz 210 ff.

Eine **objektive Beweislast (Feststellungslast)** gibt es im Amtsverfahren nicht. Demgegenüber wird häufig behauptet, die Feststellungslast trage derjenige Elternteil, der die Änderung begehrt (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053; DAVorm 1982, 611, 613; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540; MünchKomm-HINZ Rz 16). Im Verfahren gem §§ 1696, 1671 stimmt dies immerhin im praktischen Ergebnis wegen der zu überwindenden Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 (vgl Rz 33 f, 36). Ganz verfehlt ist diese Aussage jedoch bei Maßnahmen nach §§ 1666 ff: Eingriffe nach diesen Vorschriften bedürfen auch hinsichtlich ihres Bestandes der fortdauernden Legitimation aus den Kindesinteressen. Selbst bei früherer Kindesgefährdung ist es nicht Sache der Eltern, zu beweisen, daß sie ihr Kind nicht (mehr) gefährden, vielmehr haben die staatlichen Organe nicht nur den Eingriff, sondern auch dessen Fortbestand zu begründen. Zweifelnd kann im Rahmen der Tatsachenwürdigung Rechnung getragen werden, nicht über Beweislastregelungen (zu Beweisfragen im Kinderschutzrecht vgl ZENZ, Kindesmißhandlung 376 ff).

**Einstweilige oder vorläufige Anordnungen** sind auch in Änderungsverfahren möglich nach den gleichen Grundsätzen wie im Erstverfahren (vgl §§ 1666 Rz 177 ff, 1671 Rz 213 f). Um mehrfachen Aufenthaltswechsel des Kindes zu vermeiden, ist auf den mutmaßlichen Ausgang des Änderungsverfahrens abzustellen: Eine vorläufige Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den nichtsorgeberechtigten Elternteil sollte nur erfolgen, wenn (neben der stets erforderlichen Dringlichkeit einer alsbaldigen Regelung) eine Änderung zugunsten dieses Elternteils wahrscheinlich ist (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92; BayObLGZ 1961, 262, 264 f; OLG München FamRZ 1981, 389). Letztlich ausschlaggebend ist aber auch hier allein das Kindeswohl im Einzelfall (OLG Köln FamRZ 1971, 188, 189). Entsprechendes gilt für Anordnungen zugunsten des Sorgeberechtigten, wenn das

Kind seit längerem tatsächlich beim anderen Elternteil lebt – der routinemäßige Erlaß einer einstweiligen Anordnung der Herausgabe an den noch sorgeberechtigten Elternteil würde die Gefahr eines mehrfachen Wechsels erhöhen (vgl den Sachverhalt in OLG Schleswig FamRZ 1990, 433). Um der endgültigen Entscheidung nicht mehr als notwendig vorzugreifen, sind vorläufige Anordnungen strikt auf das *erforderliche Ausmaß zu begrenzen* (BayObLGZ 1961, 262, 266, 268), können sich als idR auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht beschränken (vgl OLG München FamRZ 1981, 389, 390; FamRZ 1977, 749).

Im Änderungsverfahren nach §§ 1696, 1671 kann durch vorläufige Anordnung *nicht der Umgang* geregelt werden, wenn nicht zugleich ein Umgangsverfahren anhängig ist (OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 1108; im Ergebnis zust MAURER FamRZ 1990, 193 f).

**77 Bei Wiederheirat der Eltern während des Änderungsverfahrens** wird dieses gegenstandslos (KG FamRZ 1982, 736; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; vgl § 1671 Rz 200; bei getroffenen oder anstehenden Maßnahmen nach § 1671 Abs 5 vgl aber § 1671 Rz 197).

### 78 3. Entscheidung

Eine **Aussetzung der Entscheidung** bei eigentlich angezeigter Änderung kann aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geboten oder zumindest sinnvoll sein, wenn die Hoffnung besteht, daß der grundsätzlich geeignete Sorgeberechtigte, der durch punktuelles Fehlverhalten Anlaß zum Änderungsverfahren gegeben hat, dieses unter dem Druck der angekündigten Änderungsentscheidung wieder aufgibt. Bei intensiver Bindung des Kindes an den Sorgeberechtigten kann diese so erhalten und der kinderschädigende Einfluß dennoch beseitigt werden (vgl AG Berlin-Charlottenburg KJ 1983, 208, 210, betr eine sorgeberechtigte Mutter, die mit dem Kind in eine Hausbesetzergemeinschaft gezogen war, s oben Rz 68; zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Änderungsverfahren oben Rz 38, 39).

**79 Das Verfahren ist stets durch eine Endentscheidung abzuschließen**, auch wenn die Änderung abgelehnt wird. Das gilt auch, wenn die Sache zwecks weiterer Maßnahmen durch das VormG an dieses abgegeben wird (oben Rz 7).

Die Entscheidung wird **wirksam** mit (formloser) Bekanntgabe an die Eltern oder den künftigen Sorgeberechtigten. Dies gilt – trotz § 329 Abs 3 ZPO – auch für familiengerichtliche Entscheidungen, § 621 a Abs 1 S 1 ZPO; die förmliche Zustellung nach § 329 Abs 2 ZPO hat nur Bedeutung für den Beginn der Rechtsmittelfrist (OLG Stuttgart FamRZ 1982, 429).

### 80 4. Rechtsmittel

Gegen *vormundschaftsgerichtliche* Änderungsentscheidungen ist einfache Beschwerde zulässig gem § 19, 20 FG (vgl § 1666 Rz 177 ff). Ob – insbes nach längerem Zeitablauf – ein Änderungsbegehren als Beschwerde oder als Änderungsantrag zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln; stützt sich das Begehren auf neue Tatsachen, wird idR von einem Änderungsantrag auszugehen sein (RGRK-ADELMANN Rz 4). *Familiengerichtliche* Entscheidungen unterliegen demgegenüber der befristeten Beschwerde gem §§ 621 e, 516 ZPO (Monatsfrist; zur Begründungspflicht §§ 621 e Abs 1, 3 iVm 519 ZPO). Ist Beschwerde eingelegt, steht dem FamG keine Abhilfebefugnis (gem § 18 FG) zu, §§ 621 e Abs 3 S 2 iVm 577 Abs 3 ZPO (ZÖLLER-PHILIPPI § 621 e Rz 28). Soweit erforderlich, kann das OLG eine einstweilige Anordnung treffen.

**5. Kosten**

81

Hinsichtlich der Kosten gilt entsprechendes wie bei der Erstregelung (BayObLGZ 1961, 173, 175 f; vgl § 1666 Rz 180; § 1671 Rz 218). Wird ein Änderungsantrag abgelehnt, kann der Sorgeberechtigte nicht zur Erstattung gerichtlicher Auslagen (Sachverständigenkosten) herangezogen werden (keine Anwendbarkeit des § 94 Abs 3 S 2 KostO; OLG Zweibrücken ZfJ 1985, 143 mwN = FamRZ 1984, 1263 [LS]).

**IV. Auslandsbezüge**

82

Änderungen von gerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen sind „Schutzmaßnahmen“ iSv Art 1 Haager MSA (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 174). Deutsche Gerichte sind deshalb stets **international zuständig**, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland (bei Eilmaßnahmen genügt schlichter Aufenthalt, Art 9 MSA) oder die deutsche Staatsangehörigkeit hat (Art 4 MSA). Bei gegebener Zuständigkeit ist **deutsches Recht anwendbar**, Art 2 MSA.

Grundsätzlich sind **auch ausländische Sorgerechtsentscheidungen abänderbar**, auch ausländische Änderungsentscheidungen (vgl OLG Hamm FamRZ 1975, 426 ff). Ihre Anerkennungsfähigkeit steht nicht entgegen, sondern ist Voraussetzung der Änderbarkeit (BGH NJW-RR 1986, 1130 = IPRax 1987, 317 f; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1136; zum Konflikt mit den Anerkennungsgrundsätzen s § 1671 Rz 226). Bei fehlender Anerkennungsfähigkeit ist nach den Grundsätzen für Erstentscheidungen zu verfahren (§ 1671 Rz 223). Bei **internationalen Kindesentführungen** schiebt sich *vor* die Änderungsfrage die Rückführung des Kindes nach dem **Haager bzw Europäischen Kindesentführungsabkommen** (dazu ausf § 1671 Rz 228 ff). Diese Abkommen können ein Änderungsverfahren ausschließen (§ 1671 Rz 237, 239; vgl MünchKomm-SIEHR [Ergänzungsband 1991] Art 19 EGBGB Anh II Rz 62, 63, 90; zur gebotenen Zurückhaltung bei Änderungen zugunsten des Entführers schon vor Inkrafttreten der Übereinkommen OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135 f; FamRZ 1987, 185; vgl oben Rz 50). Bei Entführungen ins Ausland während des Änderungsverfahrens besteht, wie bei Erstentscheidungen, die internationale Zuständigkeit begrenzt fort (§ 1666 Rz 182). Von sanktionierenden Entscheidungen zuungunsten des Elternteils ist abzusehen, auch hier entscheidet ausschließlich das Kindesinteresse (vgl § 1671 Rz 63, 227).

Ist bei **islamischen Familien** kraft des gemeinsamen Heimatrechts der Beteiligten die elterliche Sorge für ein Kleinkind dem Vater, die Personensorge aber zeitlich begrenzt der Mutter zugefallen (hadanah), so kann bei Ablauf der hadanah aus Kontinuitätsgründen das Sorgerecht der Mutter übertragen werden (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172 ff).

**§ 1697**

(Die Vorschrift betraf die Haftungsprivilegierung des Vormundschaftsrichters [ebenso § 1848 aF], sie ist durch das 1. EheRG aufgehoben worden [Art 1 Nr 34]. Mangels Sonderbestimmung gelten deshalb für den Vormundschaftsrichter die allgemeinen Staatshaftungsgrundsätze gem Art 34 GG iVm § 839 BGB.)

**§ 1698**

**Endet oder ruht die elterliche Sorge der Eltern oder hört aus einem anderen Grunde ihre Vermögenssorge auf, so haben sie dem Kinde das Vermögen herauszugeben und auf Verlangen über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.**

**Über die Nutzungen des Kindesvermögens brauchen die Eltern nur insoweit Rechenschaft abzulegen, als Grund zu der Annahme besteht, daß sie die Nutzungen entgegen den Vorschriften des § 1649 verwendet haben.**

E I §§ 1503, 1700 Abs 1, II § 1570, III § 1657. Mot IV 746; Prot IV 562. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 38.

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung

Die Eltern besitzen und verwalten das Vermögen des Kindes als Treuhänder für dieses, ihre Vermögenssorge ist (mit eng begrenzten Ausnahmen, § 1649 Abs 2 S 1) *fremdnützig* (vgl Vorbem 1 zu §§ 1638–1664). Die sich hieraus ergebenden **Abwicklungspflichten bei Ende oder Ruhen der Vermögenssorge** sind Gegenstand des § 1698 (weitere Nachwirkungen der elterlichen Sorge in §§ 1698 a, 1698 b). Vermögensherausgabe und Rechenschaft werden als Pflichten nur *grundsätzlich* angeordnet, Einzelheiten ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 259–261. Eine entsprechende Regelung besteht für den Vormund, § 1890 (über diese Vorschrift mittelbar auch für den Pfleger, § 1915 Abs 1, und den Betreuer, § 1908 i Abs 1).

Bei *bestehender Vermögenssorge* schulden die Eltern regelmäßig keine Rechenschaft (Ausnahme § 1667 Abs 2 bei Vermögensgefährdung, vgl noch Rz 11).

### 2 2. Textgeschichte

Das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) hat die ursprünglich in § 1681 aF enthaltene Regelung hierher übernommen und inhaltlich dem Gleichberechtigungsgrundsatz angepaßt. Rechenschaft wurde nur noch bei Verlangen angeordnet, die Beschränkung in Abs 2 neu eingefügt. Das SorgeRG (Art 1 Nr 38) brachte nur noch sprachliche Anpassungen.

## II. Herausgabe des Kindesvermögens und Rechenschaft, Abs 1

### 3 1. Tatbestand

Die elterliche Sorge insgesamt oder die Vermögenssorge oder auch nur ein Teil der Vermögenssorge müssen **geendet** haben oder **ruhen**. Häufigster Anwendungsfall ist das Ende der elterlichen Sorge bei Volljährigwerden des Kindes; für sonstige; vorzeitige Beendigungsgründe vgl §§ 1640 Abs 4, 1666, 1667 Abs 5, 1670, 1671, 1672, 1680 Abs 1 S 2, 1683 Abs 4, 1690; Ruhestatbestände enthalten §§ 1673, 1674 Abs 1, 1751 Abs 1 S 1. Es genügt, wenn die elterliche Sorge nur *eines* Elternteils endet oder ruht (dann Herausgabe an den anderen, vgl Rz 4). Auf die Dauerhaftigkeit des Ruhens oder der Beendigung der elterlichen Sorge kommt es nicht an (GERNHUBER § 54 II 3).

### 2. Rechtsfolgen

#### 4 a) Herausgabe des Kindesvermögens

Die Eltern (oder ihr Betreuer oder ihre Erben) haben kraft Gesetzes das Kindesvermögen **herauszugeben**, dh den Besitz zu übertragen entweder an das Kind oder an dessen neuen gesetzlichen Vertreter im Bereich der Vermögenssorge (das ist

entweder der andere Elternteil, §§ 1678 Abs 1, 1680 Abs 1, 1681 Abs 1 S 1, oder ein Vormund oder Pfleger). Ist der andere Elternteil als nunmehr alleiniger gesetzlicher Vertreter schon im Besitz des Kindesvermögens, erübrigt sich eine förmliche Übergabe. Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf den Stamm des Vermögens sowie die noch vorhandenen Nutzungen. Gem § 260 ist ein **Bestandsverzeichnis** mit vorzulegen (ggf Zuziehung eines Beistands, § 1689). Das Vermögen ist *in dem Zustand herauszugeben*, der einer bis zur Herausgabe fortdauernden ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht; für die bei solcher Verwaltung eintretende gewöhnliche Abnutzung sind die Eltern nicht verantwortlich. Erhebt das Kind oder sein gesetzlicher Vertreter oder Rechtsnachfolger Ersatzansprüche wegen Verschlechterung einzelner Vermögensbestandteile, so hat es den behaupteten ursprünglichen Zustand zu beweisen; der Nachweis, daß die eingetretene Verschlechterung nicht auf ihrem Verschulden beruht (§ 1664), obliegt den Eltern.

Trifft § 1698 Abs 1 auf beide Eltern zu, so haften sie als **Gesamtschuldner**. Dies gilt nicht, wenn ein Elternteil keinen Besitz (auch nicht Mit- oder mittelbaren Besitz) an den herauszugebenden Vermögensgegenständen hat (GERNHUBER § 54 II 3 Fn 2). Aus Kindesschutzgründen hier dennoch die gesamtschuldnerische Haftung des Elternteils anzunehmen (so OLG Oldenburg MDR 1962, 481; MünchKomm-HINZ Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2), ist systemwidrig. Allerdings kann sich ein Elternteil nicht mit der bloßen Behauptung, er besitze das Vermögen des Kindes nicht (mehr), von seiner Herausgabepflicht befreien. Hat er einmal (zumindest Mit-) Besitz gehabt, was bei einem Inhaber der Vermögenssorge zu vermuten ist, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für den Besitzverlust, sondern auch dafür, daß er den Besitz nicht pflichtwidrig und schuldhaft aufgegeben hat. Im letzteren Fall schuldet der Elternteil zwar keine Herausgabe nach § 1698 Abs 1, wohl aber uU Schadensersatz (GERNHUBER aaO).

**Gegenrechte der Eltern** können sich zB aus § 1648 ergeben, wegen dieses Ersatzanspruchs besteht ein Zurückbehaltungsrecht gem § 273 (§ 1648 Rz 13). Haben die Eltern eine *Sicherheitsleistung* für das Kindesvermögen erbracht (§ 1667 Abs 4), hat das Kind diese Zug um Zug gegen die Herausgabe freizugeben. Auf Verlangen der Eltern ist ihnen eine *Quittung* zu erteilen, § 368.

## b) Rechenschaft

7

Die Eltern haben über die von ihnen geführte Verwaltung für deren ganze Dauer dem Kind oder dessen gesetzlichem Vertreter oder Rechtsnachfolger **Rechenschaft** abzulegen. Im Gegensatz zu früher trifft diese Verpflichtung die Eltern nicht mehr in jedem Fall, sondern nur noch, wenn das Kind ein entsprechendes Verlangen an die Eltern stellt. Diese Regelung soll sicherstellen, daß in den vielen Fällen vertrauensvoller Eltern-Kind-Beziehungen der Familienfriede nicht unnötig durch gesetzliche Rechenschaftspflichten gestört wird. Darüber hinaus ist selbst bei einem entsprechenden Verlangen des Kindes (oder seines gesetzlichen Vertreters oder Rechtsnachfolgers) die Rechenschaftspflicht über die Nutzungen des Kindesvermögens gem Abs 2 eingeschränkt (Rz 8). Für die Einzelheiten der Rechnungslegung s §§ 259, 261.

## III. Rechenschaft über Nutzungen, Abs 2

8

Bezüglich der Nutzungen des Kindesvermögens brauchen die Eltern Rechenschaft nur abzulegen, wenn Grund zur Annahme besteht, daß sie sie pflichtwidrig (vgl § 1649) verwendet haben. Angesichts des unbestimmten Tatbestandes des § 1649 sollen dadurch unerfreuliche Streitigkeiten über die Verwendung vermieden wer-

den, sofern nicht konkreter Mißbrauchsverdacht besteht (vgl GERNHUBER § 54 II 2). Dabei genügt objektive Pflichtwidrigkeit, auf Verschulden der Eltern kommt es nicht an.

- 9** Was unter „Nutzungen“ iSd Abs 2 zu verstehen ist, ergibt sich aus der Bezugnahme auf § 1649, dh aus dem dortigen Begriff der „Vermögenseinkünfte“ (vgl § 1649 Rz 16). Hierzu gehören *nicht* die Arbeitseinkünfte des Kindes (LG Krefeld FamRZ 1965, 281) sowie Renten (GERNHUBER § 54 II 2 Fn 1; aA LG Krefeld aaO sowie Vorauf Rz 11).
- 10** Das Kind muß nach Abs 2, über das Rechenschaftsverlangen nach Abs 1 hinaus, Tatsachen darlegen und ggf beweisen, aus denen sich der begründete Verdacht auf elterliche Pflichtverletzung bei der Verwendung der Vermögenseinkünfte ergibt. Die sodann von den Eltern nach den Grundsätzen der §§ 259–261 abzulegende Rechenschaft ermöglicht dem Kind die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (dazu § 1649 Rz 39, 42).
- 11** Entgegen verbreiteter Meinung enthält Abs 2 keinen eigenständigen Rechenschaftsanspruch, sondern stellt nur besondere Voraussetzungen für den Anspruch aus Abs 1 auf. Dies folgt eindeutig aus der Gesetzssystematik. Demgemäß gibt es *keinen Anspruch auf Rechnungslegung während bestehender Vermögenssorge der Eltern* (aA BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; MünchKomm-HINZ Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5). Bei Pflichtwidrigkeiten der Eltern hat das VormG gem § 1667 Abs 2 vorzugehen.

## 12 IV. Geltendmachung und Durchsetzung der Ansprüche

Die Ansprüche aus § 1698 sind nur im **Prozeßwege**, nicht vor dem VormG geltend zu machen (OLG Oldenburg OLG 3, 371; allg Ansicht). Die Ansprüche auf Rechnungslegung, ggf Abgabe der Versicherung an Eides Statt (§ 259 Abs 2) und Schadensersatz oder Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung können in einer **Stufenklage** miteinander verbunden werden (§ 254 ZPO). Jahrelange Nichtausübung der Rechte aus § 1698 begründet *nicht den Verwirkungseinwand*, da es in familienrechtlichen Verhältnissen normal und eher sittengemäß erscheint, wenn die Kinder ihre Ansprüche gegen die Eltern (zunächst) nicht gerichtlich durchsetzen (OLG München NJW 1974, 703 [9-jähriger Verzug des Vaters]).

### § 1698 a

**Die Eltern dürfen die mit der Personensorge und mit der Vermögenssorge für das Kind verbundenen Geschäfte fortführen, bis sie von der Beendigung der elterlichen Sorge Kenntnis erlangen oder sie kennen müssen. Ein Dritter kann sich auf diese Befugnis nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Beendigung kennt oder kennen muß.**

**Diese Vorschriften sind entsprechend anzuwenden, wenn die elterliche Sorge ruht.**

E II § 1571 Abs 2, III § 1659. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 39.

#### I. Allgemeines

##### 1 1. Normbedeutung

Die elterliche Sorge kann enden oder ruhen, ohne daß die Eltern hiervon wissen. Handeln sie demgemäß weiter für das Kind, drohen ihnen die Haftung des voll-

machtlosen Vertreters gem § 179 oder sonstige Nachteile. § 1698 a schützt die Eltern vor diesem Risiko für die Dauer ihrer Gutgläubigkeit, indem ihre fortbestehende Sorgemacht fingiert wird (entspr Regelungen in §§ 674, 729). Eine Handlungspflicht folgt für die Eltern aus dieser Vorschrift nicht (s aber § 1698 b).

Kraft Verweises gilt § 1698 a auch für den Vormund (§ 1893 Abs 1), Gegenvormund (§§ 1895, 1893), Pfleger (§§ 1915 Abs 1 iVm 1893 Abs 1), Betreuer (§§ 1908 i Abs 1 iVm 1893) und Beistand (Vermögensbeistand: §§ 1690 Abs 2 S 1 iVm 1915 Abs 1, 1893; allgemeiner Beistand: §§ 1691 Abs 1, 1895, 1893).

## 2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich im § 1682 aF enthaltene Regelung wurde dem Gleichberechtigungsgedanken angepaßt und hierher versetzt durch das GleichberG (Art 1 Nr 22). Das SorgeRG (Art 1 Nr 39) brachte im wesentlichen nur textliche Anpassungen.

## II. Tatbestand

9

Die elterliche Sorge muß **geendet** haben, entweder insgesamt oder nur teilweise (MünchKomm-HINZ Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3), auch Beendigung bei nur einem Elternteil genügt. Der Beendigung gleichgestellt ist durch Abs 2 das **Ruhen** des Sorgerechts (§§ 1673, 1674). Dem Schutzzweck der Norm entsprechend sollte sie darüber hinaus immer dann zugunsten eines Elternteils *analog* angewendet werden, wenn dieser vom Wegfall seiner *alleinigen* Handlungsberechtigung für das Kind nichts wußte (vgl §§ 1678 Rz 11, 1680 Rz 16, 1681 Rz 24; **anders** allerdings BGHZ 39, 45 ff = NJW 1963, 759 f für den Vater nach Nichtigerklärung des § 1629 Abs 1 aF [Alleinvertretung] durch das BVerfG).

Der Elternteil oder die Eltern müssen nach einem der vorerwähnten Ereignisse ein **Geschäft geführt** haben, das in den Bereich der Personensorge oder der Vermögenssorge fällt. Hierbei kommen nicht nur *Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes* in Betracht, sondern auch Handlungen der Eltern *in eigenem Namen* (zu dieser Möglichkeit MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 8, 9).

Die Eltern müssen im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts **gutgläubig** 5 gewesen sein. Der Fahrlässigkeitsmaßstab folgt aus §§ 122 Abs 2, 276 Abs 1 S 2, § 1664 ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar (heute allgM). Bezugspunkt des guten Glaubens ist der Fortbestand der Sorgeberechtigung; Kenntnis nur der Tatsachen, die zu ihrem Wegfall geführt haben, schadet nicht bei schuldlosem Rechtsirrtum (allgM; **anders** VoraufL Rz 2; bei schuldhaftem Rechtsirrtum liegt Fahrlässigkeit vor).

## III. Rechtsfolgen

6

Die Eltern **gelten als berechtigt** zur Geschäftsführung für das Kind. Im *Innenverhältnis* ist also nicht § 677 anwendbar, sondern § 1648 zugunsten und § 667 entspr zu Lasten der Eltern (insbes auch bei Handlungen der Eltern in eigenem Namen).

Geschäfte im Namen des Kindes sind *im Verhältnis zu Dritten wirksam*. Eine für das Geschäft erforderliche *vormundschaftsgerichtliche Genehmigung* darf allerdings nach objektivem Ende der elterlichen Sorge nicht mehr erteilt werden, bei ihrer Versagung haften die Eltern auch nicht gem § 179 Abs 1 (BayObLGZ 64, 350 = NJW 1965, 397). Im übrigen begünstigt der Gutgläubenschutz der Eltern mittelbar auch die Geschäftspartner (vgl BGHZ 39, 45, 50 = NJW 1963, 759, 760). Dies aber nur, wenn *auch sie* gutgläubig sind hinsichtlich der elterlichen Vertretungsmacht

(Abs 1 S 2) – sind sie bösgläubig, entfällt wegen § 179 Abs 3 schon die Notwendigkeit des Elternschutzes gem Abs 1 S 1 (vgl entspr Regelung in § 169).

- 8 Sind die Eltern **bösgläubig**, aber die Dritten gutgläubig, werden letztere von § 1698 a nicht geschützt – ihnen bleiben nur Regreßansprüche gegen die Eltern gem § 179 Abs 1 (RGZ 74, 263, 266; GERNHUBER § 54 V 2). Im Verhältnis zum Kind bestimmen sich Rechte und Pflichten der bösgläubigen Eltern nach §§ 677 ff.

### § 1698 b

**Endet die elterliche Sorge durch den Tod des Kindes, so haben die Eltern die Geschäfte, die nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden können, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.**

E II § 1571 Abs 2, III § 1659. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

## I. Allgemeines

### 1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift begründet Pflicht und Recht der Eltern, nach dem Tode des Kindes, der zum automatischen Ende ihres Sorgerechts führt (vgl § 1677 Rz 1), mit Wirkung für und gegen die Erben des Kindes dringliche Geschäfte zu besorgen, bis die Erben selbst zu ihrer rechtsgeschäftlichen Interessenwahrung in der Lage sind. § 1698 b begründet also kraft Gesetzes eine einstweilige Fürsorgepflicht der Eltern für das bisherige Kindesvermögen (ähnliche Rechtsgedanken in §§ 672 S 2, 1472 Abs 4, 1497 Abs 2; zur einstweiligen Fürsorge für den Nachlaß s auch § 1960). Die Pflicht aus § 1698 b besteht unabhängig davon, ob auch die Eltern zum Kreis der Erben gehören.

- 2 Die Vorschrift ist entspr anwendbar auf Vormund, Gegenvormund, Pfleger und Beistand (§§ 1893 Abs 1, 1895, 1915 Abs 1 [BGH FamRZ 1967, 462], 1690 Abs 2 S 1, 1691]. Gleiches gilt für den Betreuer, obgleich der Betreute stets volljährig sein muß (§ 1908 i Abs 1 iVm § 1893; vgl den Verweis im früheren Vormundschaftsrecht für Volljährige [§ 1897 aF] auf § 1893).

### 3 2. Textgeschichte

Die Regelung war ursprünglich in § 1683 aF enthalten, sie wurde durch das GleichberG geändert und an diese Stelle gesetzt (Art 1 Nr 22). Das SorgeRG brachte nur eine sprachliche Anpassung.

## 4 II. Voraussetzungen

Dem **Tod des Kindes** ist die Todeserklärung gleichzustellen (vgl § 1677; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3).

Die Eltern müssen in diesem Zeitpunkt **sorgeberechtigt** gewesen sein, ganz oder zumindest teilweise auf dem Gebiet der Vermögenssorge.

Die Eltern müssen **Kenntnis vom Tod** des Kindes haben – zuvor handeln sie in vermeintlicher Pflichterfüllung für das Kind und können nicht objektiv zur Geschäftsbesorgung für Dritte verpflichtet werden (ERMAN-MICHALSKI Rz 1; Münch-Komm-HINZ Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; aA DÖLLE II § 96 IV 3). Soweit

sie allerdings dem Kind wegen unterlassener Vermögensfürsorge schadenersatzpflichtig geworden wären (Maßstab: § 1664), haften sie insoweit nunmehr den Erben – es besteht kein Grund, die Eltern von den Folgen ihrer Pflichtverletzung zu befreien (ERMAN-MICHALSKI Rz 1; MünchKomm-HINZ Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

Schließlich muß es sich zur Vermeidung eines Schadenseintritts erforderlich erweisen, das Geschäft **sofort** zu besorgen.

### III. Rechtsfolgen und Einzelheiten

5

Zur Erfüllung ihrer Fürsorgepflicht verleiht das Gesetz den Eltern **Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse gegenüber den Erben**. Die Eltern **haften** auch den Erben gegenüber nur für eigenübliche Sorgfalt, §§ 1664, 277. Zwar kann sich die teilweise Freistellung nicht auf das persönliche Verhältnis zu den Erben stützen (anders als beim Kind), wohl aber auf die auch sonst angebrachte Privilegierung des fremdnützig Tätigen (vgl §§ 521, 599, 680, 690, 968; GERNHUBER § 54 V 1; MünchKomm-HINZ Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; aA ERMAN-MICHALSKI Rz 1 [Haftung für jede Fahrlässigkeit]).

**Aufwendersersatz** können die Eltern entspr § 1648 verlangen (GERNHUBER aaO; 6 DÖLLE II § 96 IV 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; modifiziert MünchKomm-HINZ Rz 1: nach Kenntnis der Eltern vom Tod § 670 analog). Eine **Verwendungsbefugnis** entspr § 1649 Abs 2 besteht jedoch **nicht** mehr (PALANDT-DIEDERICHSEN, SOERGEL-STRÄTZ aaO).

Pflicht und Befugnisse der Eltern gem § 1698 b **erlöschen**, wenn die Erben die 7 *Möglichkeit* zur eigenen Interessenwahrung erlangen (auf die tatsächliche Wahrnehmung kommt es nicht an, sie liegt im Risikobereich der Erben; MünchKomm-HINZ Rz 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Unberührt bleiben Handlungsbefugnisse der Eltern als Miterben oder als gesetzliche Vertreter anderer Erben (etwa der Geschwister des verstorbenen Kindes; vgl MünchKomm-HINZ Rz 2).

### §§ 1699–1704

(Der ursprüngliche 5. Titel des Zweiten Abschnitts des Vierten Buches hatte in den §§ 1699–1704 die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen geregelt. Diese Bestimmungen wurden durch § 84 EheG 1938 aufgehoben; dies wurde in § 78 EheG 1946 ausdrücklich bestätigt. Aussagen über die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen enthalten jetzt die §§ 1591 Abs 1 S 1 HS 2, 1671 Abs 6, 1719 Abs 1 S 1 HS 2 [s dazu § 1591 Rz 9 f; § 1671 Rz 5, 11, 198; § 1719 Rz 4, 20].)