

**OLG Köln, Az.: 4 UF 24/02**

**Beschluss vom 11.10.2002**

**Vorinstanz: AG Bonn – Az.: 41 F 354/01**

In der Familiensache hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln als Familiensenat auf die mittels Telefax am selben Tage beim Oberlandesgericht eingegangene Beschwerde des Antragsgegners vom 11. Februar 2002 gegen den ihm am 11. Januar 2002 zugestellten Beschluß des Amtsgerichts - Familiengericht - Bonn vom 13. Dezember 2001 (41 F 354/01), durch den die elterliche Sorge für H. auf die Antragstellerin allein übertragen worden ist, am 11. Oktober 2002 beschlossen:

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben.

Der Antrag der Antragstellerin, ihr unter Aufhebung der gemeinsamen Sorgerechtsberechtigung mit dem Antragsgegner das Sorgerecht für den Sohn H. W., geboren am ... 1999, allein zu übertragen, wird abgelehnt.

Die Entscheidung ergeht gerichtsbührenfrei. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

**Gründe:**

Die gemäß § 621 e Abs. 1, § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO - die hier nach § 26 Nr. 10 EGZPO in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung finden, weil die angefochtene Entscheidung entsprechend der richterlichen Verfügung vom 13. Dezember 2001 (Bl. 75R d. A.) vor dem 1. Januar 2002 der Geschäftsstelle übergeben worden ist - statthafte Beschwerde ist auch im übrigen zulässig, insbesondere fristgerecht (§ 621 e Abs. 3, § 516 ZPO a. F.) eingelegt worden. Die Beschwerdeschrift vom 11. Januar 2002 ist ausweislich der Datumsangaben in den Fax-Kennungen noch am selben Tage mittels Telefax sowohl beim Amtsgericht (Bl. 82 d. A.) als auch beim Oberlandesgericht (Bl. 84 d. A.) eingegangen. Sie ist damit vor Ablauf der an diesem Tage endenden einmonatigen Beschwerdefrist jedenfalls auch bei dem Beschwerdegericht (vgl. § 621 e Abs. 3 Satz 1 ZPO) eingereicht worden.

Das Rechtsmittel des Antragsgegners ist auch begründet. Nach den maßgeblichen Vorschriften des deutschen Sachrechts, die das Amtsgericht mit Rücksicht auf Art. 21 EGBGB zu Recht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, kann nicht festgestellt werden, daß die Alleinsorge der Antragstellerin dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Die gemeinsame Sorge beider Elternteile ist daher jedenfalls derzeit beizubehalten. Der gegenteiligen Beurteilung des Amtsgerichts, die sich in wenigen eher floskelhaften Sätzen erschöpft, vermag der Senat weder inhaltlich noch im Ergebnis zu folgen.

Leben Eltern, denen -wie hier aufgrund entsprechender Sorgeerklärungen (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) - die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann gemäß § 1671 Abs. 1 BGB jeder Elternteil beantragen, daß ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil davon allein überträgt. Dem Antrag ist unter anderem dann stattzugeben, wenn zu erwarten ist, daß die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den antragstellenden Elternteil dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Insoweit geht der Senat, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH FamRZ 1999, 1646, 1647) folgend, davon aus, daß die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge in § 1671 BGB durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz kein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne enthält, daß eine Priorität zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge besteht und die Alleinsorge eines Elternteils nur in Ausnahmefällen als ultima ratio in Betracht kommt (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 63, 99; Johannsen/Henrich/Jaeger Eherecht 3. Aufl. § 1671 Rdn. 34). Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, daß die gemeinsame elterliche Sorge im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung ist. Einer solchen Regelung stünde bereits entgegen, daß sich elterliche Gemeinsamkeit in der Realität nicht verordnen läßt. Wenn sich die Eltern bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge fortwährend über die das Kind betreffenden Angelegenheiten streiten, kann dies zu Belastungen führen, die mit dem Wohl des

Kindes nicht vereinbar sind. In solchen Fällen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge praktisch nicht "funktioniert" und es den Eltern nicht gelingt, zu Entscheidungen im Interesse des Kindes zu gelangen, ist der Alleinsorge eines Elternteils der Vorzug zu geben. Die alleinige elterliche Sorge kann danach schon deshalb nicht nur als "Ausnahmeregelung" oder sogar als "ultima ratio" behandelt werden, weil sie diejenige Sorgerechtsform ist, die - bei Uneinigkeit der Eltern - nach dem Maßstab des Kindeswohls gerichtlich bestimmt wird; nach dem Wohl des Kindes hat sich die elterliche Sorge aber insgesamt auszurichten (vgl. BGH aaO).

Nach diesen Grundsätzen kommt vorliegend die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht in Betracht:

Die Übertragung des Sorgerechts allein auf die Antragstellerin ist zunächst nicht schon durch die - erhebliche - räumliche Entfernung zwischen den Wohnsitzen beider Elternteile gerechtfertigt (vgl. zu diesem Gesichtspunkt OLG Naumburg FamRZ 2002, 564, 565; OLG Hamm FamRZ 2002, 565, 566; Palandt/Diederichsen, BGB 61. Aufl. § 1571 Rdn. 17 m. weit. Nachw.). Denn gemäß § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Antragstellerin als der Elternteil, bei dem H. sich mit Einwilligung des Antragsgegners gewöhnlich aufhält, ohnehin die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens, also solchen, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben (Abs. 1 Satz 3 der Vorschrift). Demgegenüber steht dem Antragsgegner, solange H. sich mit Einwilligung der Antragstellerin bei ihm aufhält, nach § 1687 Abs. 1 Satz 4 BGB die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten der täglichen Betreuung zu. Lediglich zur Regelung von Angelegenheiten, die für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, bedarf es des gegenseitigen Einvernehmens (§ 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB), wobei im Einzelfall bei fehlender Einigung das Familiengericht die Entscheidung einem Elternteil übertragen kann (§ 1628 Satz 1 BGB). Durch dieses Normgefüge ist insgesamt sichergestellt, daß es jedenfalls in alltäglichen Fragen von vornherein keiner umständlichen Abstimmung zwischen den Elternteilen bedarf.

Es läßt sich ferner nicht feststellen, daß es an der objektiven Kooperationsfähigkeit und subjektiven Kooperationsbereitschaft beider Elternteile fehlt. Ob dieses Erfordernis, das nach ganz h. M. (vgl. OLG Dresden FamRZ 2002, 973, 974; OLG Nürnberg FamRZ 2002, 188, 189; OLG München FamRZ 2002, 189, 190; OLG Hamm aaO; Oelkers, MDR 2000, 32, 33 m. zahlr. Nachw.) zu den zentralen Voraussetzungen der Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge gehört, gegeben ist, muß im Wege einer Prognose aufgrund der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei, ob es in der Vergangenheit wiederholt in das Kind betreffenden Angelegenheiten zu keiner Einigung zwischen den Eltern gekommen ist und daraus geschlossen werden kann, daß der notwendige Grundkonsens zerstört ist.

Davon, daß die Eltern in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung wiederholt zu keiner Einigung gefunden hätten, kann vorliegend nicht ausgegangen werden. So hat der Antragsgegner etwa seinen anfänglichen Widerstand gegen den Umzug des Kindes von I. nach C. inzwischen aufgegeben und insbesondere seinen eigenen Antrag, ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht für H. zu übertragen, bereits in erster Instanz nicht mehr weiterverfolgt. In diesem Zusammenhang kann letztlich dahin stehen, ob das Verhalten der Antragstellerin hinsichtlich der Verlagerung des Aufenthaltsortes des Kindes, mit dem sie sich über den entgegenstehenden Willen des mit sorgeberechtigten Vaters hinweg gesetzt hat, rechtmäßig war oder nicht (vgl. in letzterem Sinne OLG Hamm aaO). Jedenfalls hat der Antragsgegner inzwischen akzeptiert, daß H. seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei der Antragstellerin in C. hat (vgl. zu diesem Gesichtspunkt OLG Hamm aaO; OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 507, 508; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 111, 112).

Darüber hinaus haben die Parteien auch bezüglich des Umgangsrechts des Antragsgegners zu einem tragfähigen Grundkonsens außerhalb des gerichtlichen Verfahrens gefunden. Seinen noch mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2001 angekündigten Antrag zum Umgangsrecht hat der Antragsgegner im zwei Tage später durchgeführten Termin vor dem Amtsgericht schon nicht mehr gestellt, weil - wie in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich festgehalten ist - die Parteien sich insoweit außergerichtlich einigen wollten. Tatsächlich ist eine solche Übereinkunft in der Folgezeit erzielt worden und wird seither auch praktiziert. So haben nach der Darstellung der Antragstellerin in der Beschwerdeerwiderung vom 17. April 2002 in der Zeit vom 18. bis 21. Januar, vom 15. bis 17. Februar und vom 19. bis 21. April 2002 Umgangskontakte in C. stattgefunden; vom 29. März bis zum 1. April 2002 waren „die Kinder" - also offenbar auch der ältere, nicht von ihm stammende Sohn der Antragstellerin, M., an dem der Antragsgegner ebenfalls sehr hängt - beim Antragsgegner in der S.. Im

Ergebnis bestehen daher seit Anfang 2002 regelmäßige monatliche Besuchskontakte; daß diese seit Mai 2002 nicht mehr in dieser Form fortgesetzt werden, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Antragstellerin überläßt dem Antragsgegner für die in C. stattfindenden Besuchstage entgegenkommenderweise ihre dortige Wohnung und zieht für diese Tage mit ihrem neuen Lebensgefährten aus, damit der Antragsgegner den Umgang nicht im Rahmen eines - unpersönlicheren - Hotelaufenthalts durchführen muß und insoweit auch Kosten sparen kann. Beim April-Termin verhielt es sich so, daß die Antragstellerin beide Kinder zum Antragsgegner nach Z. brachte und sie in B. wieder abholte. Zudem war H., wie sich in der Anhörung vor dem Senat ergeben hat, im Sommer diesen Jahres zu einem Ferienaufenthalt bei dem Antragsgegner in der S.. Es kann nach alledem vernünftigerweise keine Rede davon sein, daß die Parteien außer Stande wären, im Interesse und zum Wohle des gemeinsamen Kindes miteinander - wenn auch in begrenztem äußerem Rahmen - zu kooperieren. Dabei indiziert die Bereitschaft des Antragsgegners, für ihn kostspielige und weite Reisen auf sich zu nehmen, um den regelmäßigen Kontakt insbesondere mit H. aufrecht zu erhalten, daß er die gemeinsame Verantwortung für das Kind wahrnehmen will (vgl. ähnlich OLG Hamm aaO). In diesem Rahmen ist des weiteren darauf hinzuweisen, daß der Antragsgegner nach der Trennung der Parteien unstreitig sogar bereit war, M. ebenfalls zu sich zu nehmen, um beiden Kindern einen gemeinsamen Verbleib am bisherigen Wohnort zu ermöglichen. Es kann hier dahin stehen, welche effektive Realisierungschance dieses Angebot hatte. Jedenfalls spricht es gegen die Annahme, daß es dem Antragsgegner darum gehen könnte, die Übernahme von Verantwortung abzuwehren.

Schließlich ist auch hinsichtlich der Wahl des Kindergartens im Ergebnis keine dauerhafte Meinungsverschiedenheit der Eltern verblieben. Der Antragsgegner, der seinerseits ursprünglich einen nicht konfessionell gebundenen Kindergarten bevorzugt hätte, hat letztlich mit Blick auf die ihm geschilderte örtliche Kindertagesstätte die von der Antragstellerin getroffene Auswahlentscheidung hingenommen. Ohnedies ist darauf hinzuweisen, daß allein das Vorhandensein unterschiedlicher Auffassungen der Eltern zu bestimmten Fragen, wie sie auch in einer intakten Partnerschaft immer wieder vorkommen können, einem gemeinsamen Sorgerecht nicht grundsätzlich entgegen stehen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob es den Beteiligten gelingt, auftretende Differenzen letztlich im Sinne einer am Kindeswohl orientierten Einigung auszuräumen.

Weitere Angelegenheiten, deren Regelung für H. von erheblicher Bedeutung ist, stehen - soweit ersichtlich - in absehbarer Zeit nicht an. Daß sich, worauf das Amtsgericht unter anderem abgestellt hat, eine kompromißlose Haltung der Eltern in Bezug auf die Schulwahl bereits „ankündigt“, ist in der angefochtenen Entscheidung nicht nachvollziehbar ausgeführt oder sonst dokumentiert. Im übrigen ist die Darstellung in der Beschwerdebegründung unwidersprochen geblieben, wonach Differenzen hinsichtlich des Schulbesuchs in keiner Weise Gegenstand der Erörterung vor dem Amtsgericht waren.

Unüberbrückbare Streitigkeiten im Hinblick auf Alltagsfragen sind von der Antragstellerin ebenfalls weder konkret vorgetragen worden noch sonst erkennbar; insbesondere wird nicht geltend gemacht, der Antragsgegner rede ihr insoweit überhaupt „herein“. Es kann deshalb offenbleiben, ob Streit in alltäglichen Angelegenheiten mit Rücksicht auf die Verteilung der elterlichen Befugnisse in § 1687 Abs. 1 BGB für die Beurteilung der Kooperationsfähigkeit der Eltern überhaupt eine Rolle spielen kann (vgl. dazu Oelkers aaO).

Der Senat verkennt bei seiner Bewertung der maßgeblichen Vorgänge nicht, daß vorliegend nur in geringem Umfang eine Kommunikation zwischen den Elternteilen stattfindet. Vielfach kommen Einigungen wohl dergestalt zustande, daß die Antragstellerin - wie etwa bei der Frage einer anstehenden ärztlichen Behandlung des Kindes im Februar 2002 - einen Lösungsvorschlag präsentiert und der Antragsgegner diesen, häufig auch nur durch Schweigen, akzeptiert. Auch im übrigen beklagt die Antragstellerin, wie sie im Senatstermin etwa in Bezug auf den Ferienaufenthalt H.s näher ausgeführt hat, eine ihres Erachtens zu große „Sprachlosigkeit“ des Antragsgegners vor allem hinsichtlich der Abwicklung der Umgangskontakte. Deren Ursache kann im Ergebnis indes auf sich beruhen. So mag es sein, daß beim Antragsgegner möglicherweise noch nicht bewältigte Vorgänge im Zusammenhang mit der Trennung der Parteien seinen persönlichen Umgang mit der Antragstellerin beeinflussen. Denkbar ist auch, daß grundlegende Unterschiede im Naturell bzw. im Temperament der Parteien eine Rolle spielen, wie sie in der Anhörung durch den Senat offenbar geworden sind, soweit die Antragstellerin sich dort als der deutlich aktivere, forderndere, aber auch in kontroversen Diskussionen schneller zu Heftigkeiten neigende Teil von beiden, der Antragsgegner dagegen sehr zurückhaltend und im Ganzen eher defensiv präsentiert hat. Im Ergebnis kommt es auf

eine genauere Ursachenklärung jedoch nicht an. Denn es steht der Beibehaltung der gemeinsamen Sorge nicht entgegen, wenn - schon in der Vergangenheit - immer nur der antragstellende Teil den ersten Schritt zur Lösung eines anstehenden Problems machen mußte (vgl. Palandt/Diederichsen aaO m. weit. Nachw.); derartige, häufig in Verschiedenheiten der Persönlichkeitsstruktur wurzelnde Verhaltensunterschiede, sind für eine Vielzahl auch funktionierender Elternbeziehungen kennzeichnend, ohne daß damit zwangsläufig Nachteile für das Wohlergehen gemeinsamer Kinder verbunden sein müssen. Daß es vorliegend anders wäre, die von ihr beklagte Zurückhaltung des Antragsgegners sich über das unmittelbare Verhältnis der Parteien hinaus ungünstig gerade auf das Kindeswohl auswirkt, hat die Antragstellerin als der die Aufhebung der gemeinsamen Sorge begehrende Elternteil nicht anhand konkreter einzelner Tatsachen näher dargelegt. Das gilt umso mehr, als bislang - wie dargestellt - keine nennenswerten Punkte zwischen den Eltern streitig geblieben sind. Ohnehin trifft es nicht zu, daß überhaupt keine Kommunikation mehr zwischen den Parteien stattfindet. Immerhin haben sie außergerichtlich eine Umgangsregelung initiiert und seit nunmehr fast einem Jahr aufrecht erhalten, was ohne jedwede persönliche Kommunikation nicht funktionieren kann. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in der Anhörung vor dem Senat beispielsweise von einer Begegnung auf dem Flughafen in jüngerer Zeit berichtet, wo man etwa 20 Minuten einmal „locker“ miteinander geredet habe. Insoweit ist vorliegend ein anderer Fall gegeben, als er etwa der Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 27. Februar 2002 (FamRZ 2002, 973) zugrunde lag, zumal dort nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht einmal eine Verständigung der Eltern über das Umgangsrecht zustande gekommen war und der Kindesvater auch gar kein Interesse an den Belangen der Kinder hatte. Im Streitfall spricht überdies nichts dafür, daß sich die persönliche Kommunikation, wenn sich die Dinge noch weiter beruhigt haben, nicht noch weiter verbessern könnte. Im übrigen betreffen die von der Antragstellerin beklagten Verhaltensweisen des Antragsgegners - etwa nicht genügende oder zu kurzfristige Anmeldungen der Besuchstermine, aus ihrer Sicht unzureichende Beantwortung einzelner Fragen bezüglich der Durchführung des Sommerurlaubs von H. - in erster Linie die Umgangskontakte und nicht die Ausübung des Sorgerechts. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß Begleiterscheinungen oder auch Unzuträglichkeiten solcher Art bei Bestehen eines alleinigen Sorgerechts nicht mehr auftreten. Der Entzug der elterlichen Sorge ist jedoch kein Mittel, um den Antragsgegner zu einem „besseren“ oder weniger „schwerfälligen“ Umgang anzuhalten. Entscheidend für die Sorgerechtsfrage ist vielmehr ausschließlich die Fähigkeit der Eltern, im Interesse des Kindeswohls zu einvernehmlichen Lösungen anstehender Probleme zu gelangen. Die in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin behaupteten Vorfälle aus der Zeit vor der Trennung bzw. der Trennungsphase selbst sind nicht geeignet, die Schlußfolgerungen, die aus den aktuellen Geschehnissen seit dem Umzug der Antragstellerin nach C. gezogen werden können, in Frage zu stellen.

Sonstige Umstände, die die von der Antragstellerin erstrebte Sorgerechtsentscheidung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Weder ist der Antragsgegner - das macht auch die Antragstellerin nicht geltend - zur Pflege und Erziehung des Kindes ungeeignet noch liegen andere Gründe vor, die zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge führen können (vgl. im einzelnen Oelkers in Gerhardt u. a., Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 3. Aufl. 4. Kapitel Rdn. 168 ff.).

Bei der dargestellten Sachlage kommt auch die Übertragung (nur) eines Teilbereichs der elterlichen Sorge zur alleinigen Ausübung auf die Antragstellerin nicht in Betracht. Das gilt insbesondere für das Aufenthaltsbestimmungsrecht, zumal der Antragsgegner den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei der Antragstellerin ohnehin nicht in Frage stellt.

Von einer Anhörung des heute knapp dreieinhalb Jahre alten H. hat der Senat mit Rücksicht auf das Alter des Kindes abgesehen. Der Einholung sachverständiger Hilfe bedurfte es zur Beantwortung der streitentscheidenden Fragen nicht.

Die Kostenentscheidung folgt hinsichtlich der Gerichtsgebühren aus § 131 Abs. 1 Satz 2 KostO. Eine Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten entspricht nicht billigem Ermessen nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG.

Beschwerdewert; 3.000,00 € (§131 Abs. 2, § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO).