# Oberlandesgericht Hamm, 2 WF 38/16

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 09.03.2016 |
| **Gericht:** | Oberlandesgericht Hamm |
| **Spruchkörper:** | 2. Senat für Familiensachen |
| **Entscheidungsart:** | Beschluss |
| **Aktenzeichen:** | 2 WF 38/16 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OLGHAM:2016:0309.2WF38.16.00 |

| | |
|---|---|
| **Vorinstanz:** | Amtsgericht Marl, 36 F 402/15 |
| **Schlagworte:** | Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung; gemeinsame Sorgeerklärung; tragfähige soziale Beziehung der Kindeseltern; Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft der Kindeseltern |
| **Normen:** | BGB § 1626a, ZPO § 114 Abs. 2; SGB VIII § 59 Abs. 1 Nr. 8 |
| **Leitsätze:** | |

1.

Die Rechtsverfolgung auf Herstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1626 a BGB kann mutwillig i.S.v. § 114 Abs. 2 ZPO sein, wenn der Antragsteller nicht vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens versucht, die Beurkundung einer gemeinsamen Sorgeerklärung nach § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 SGB VIII im Einvernehmen mit der Kindesmutter herbeizuführen.

2.

Auch die Neufassung des § 1626a BGB erfordert für die Herstellung einer gemeinsamen elterlichen Sorge eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Kindeseltern, ein Mindestmaß an Übereinstimmung sowie eine hinreichende Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft der Kindeseltern.

**Tenor:**

Auf die sofortige Beschwerde des Kindesvaters wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Marl vom 11.12.2015 abgeändert.

Dem Kindesvater wird ratenfreie Verfahrenskostenhilfe für seinen im Schriftsatz vom 16.11.2015 beabsichtigten Sorgerechtsantrag bewilligt.

---

**Gründe** 1

I. 2

Der Kindesvater und die Kindesmutter sind die nicht miteinander verheirateten Eltern des am 17.01.2010 geborenen G M N (im Folgenden: das Kind). Der Kindesvater hat die Vaterschaft anerkannt. Die Kindesmutter ist allein sorgeberechtigt. Die Kindeseltern leben getrennt. 3

Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.10.2015 forderte der Kindesvater die Kindesmutter auf, eine Erklärung zur Miteinräumung des „hälftigen Sorgerechts“ gegenüber dem Jugendamt bis zum 05.11.2015 abzugeben. Eine entsprechende Erklärung der Kindesmutter erfolgte nicht. 4

Der Kindesvater hat behauptet, dass die Kindesmutter Umgangskontakte zwischen ihm und dem Kind vereitele. Ungeachtet dessen sei ihm aufgrund der geänderten Rechtslage die elterliche Sorge zur gemeinsamen Ausübung mit der Kindesmutter zu übertragen. Die gemeinsame Sorge widerspreche nicht dem Kindeswohl, da eine gemeinsame Kommunikationsebene zwischen ihnen, den Kindeseltern, gefunden worden sei, er Unterhalt für das Kind leiste, am Leben des Kindes teilnehme und eine tragfähige soziale Beziehung zu dem Kind bestehe. 5

Der Kindesvater hat die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für einen beabsichtigen Antrag begehrt, ihm und der Kindesmutter die elterliche Sorge gemeinsam zu übertragen. 6

Das Amtsgericht – Familiengericht – Marl hat mit Beschluss vom 11.12.2015 den Antrag des Kindesvaters auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe mit der Begründung zurückgewiesen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung mutwillig sei. Es seien zunächst kostenfreie Angebote des Jugendamtes zur Vermittlung zwischen den beteiligten Kindeseltern in Anspruch zu nehmen. Der Kindesvater habe sich nicht an das Jugendamt gewandt, um mittels einer qualifizierten Beratung zu einer Einigung mit der Kindesmutter zu kommen. 7

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Kindesvater mit seiner sofortigen Beschwerde. Er rügt, er habe die Kindesmutter außergerichtlich aufgefordert, an der Sorgerechtsübertragung mitzuwirken. Ungeachtet dessen habe die Kindesmutter es abgelehnt, mit ihm zum Jugendamt zu gehen, und ihn in weiteren WhatsApp-Nachrichten diskreditiert. 8

Das Amtsgericht – Familiengericht – Marl hat mit Beschluss vom 17.02.2016 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit Verweis auf die Begründung des Beschlusses vom 15.01.2016 im Verfahren 36 F 401/15 (= II-2 WF 35/16) zur Entscheidung vorgelegt. Im Beschluss vom 15.01.2016, 36 F 401/15, hat das Amtsgericht ausgeführt, dass nicht davon auszugehen sei, dass Vermittlungsversuche des Jugendamtes von vornherein aussichtslos gewesen wären. Zwar habe die Kindesmutter dem Kindesvater vor der Antragstellung unter anderen die Nachricht zukommen lassen, dass ein Mitarbeiter des Jugendamtes der Stadt N allein für Finanzen zuständig sei; möglicherweise seien der Kindesmutter die Beratungsangebote des Jugendamtes für getrennt lebende Eltern im Bereich Sorge- und Umgangsrecht nicht bekannt gewesen. Die Mitteilung der Kindesmutter lasse daher nicht zwingend den Schluss zu, sie sei zu einem gemeinsamen Elterngespräch im Jugendamt nicht bereit gewesen. Zudem habe die Kindesmutter den Kindesvater 9

Umgangskontakte angeboten und darauf verwiesen, dass das Kind ihn sehen wolle. Dann aber habe die Kommunikation der Kindeseltern mit der Nachricht des Kindesvaters geendet, dass er nicht mehr mit der Kindesmutter zu schreiben brauche und Anwälte dies schon machten.

II. 10

Die nach den §§ 76 Abs. 2 FamFG, 127 Abs. 2 ZPO, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zulässige sofortige Beschwerde des Kindesvaters ist begründet. Dem Kindesvater kann Verfahrenskostenhilfe nicht verweigert werden, weil seine Rechtsverfolgung nach §§ 76 Abs. 1 FamFG, 114 Satz 1 ZPO mutwillig erschiene. 11

1. 12

Eine Rechtsverfolgung ist dann mutwillig, wenn ein verständiger, nicht hilfsbedürftiger Beteiligter seine Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Oktober 2013 – II-2 WF 213/13, 2 WF 213/13 – MDR 2013, 1466). Sind Einigungsbemühungen unterlassen worden, so kann das für Mutwillen sprechen, wenn nicht zu erkennen ist, dass die Gegenseite sich von vornherein unzugänglich gezeigt hätte oder weshalb eine Verständigung aus anderen Gründen wahrscheinlich nicht erreicht werden konnte (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 31. Juli 2013 – 13 WF 148/13 – zitiert nach juris). 13

2. 14

Zwar ist zu beachten, dass die Inanspruchnahme außergerichtlicher Beratung durch das Jugendamt nicht grundsätzliche Voraussetzung für das Entstehen des Rechtschutzinteresses für ein gerichtliches Umgangsverfahren ist (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - 2 WF 420/03 - FamRZ 2004, 1116; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 03. März 2011 – II-8 WF 34/11 – NJW-RR 2011, 1577). 15

a) 16

Dem Hilfsbedürftigen kann aber zunächst abverlangt werden, dass er die ihm kostenfreien Angebote – insbesondere die Vermittlungsbemühungen des Jugendamtes – zur Erreichung seines Zieles wenigstens versuchsweise wahrnimmt, bevor er gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 14. Oktober 2014 – II-6 WF 110/14, 6 WF 110/14 – NZFam 2015, 510; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02. Februar 2015 – 9 WF 323/14 – FamRZ 2015, 1040; OLG Köln, Beschluss vom 17. Dezember 2012 – II-4 WF 156/12, 4 WF 156/12 – FamRZ 2013, 1241f). Durch die vorherige Einschaltung des Jugendamtes kann eine Vermittlung zwischen den Kindeseltern bereits auf einer deutlich niedrigeren Eskalationsstufe erfolgen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 04. Oktober 2013 – 13 WF 119/13 – FamRZ 2014, 584; OLG Rostock, Beschluss vom 08. März 2011 – 10 WF 23/11 – MDR 2011, 790; OLG Stuttgart, Beschluss vom 07. August 2008 – 16 WF 194/08 – FamRZ 2009, 354). Nur soweit solche Bemühungen seitens des Jugendamtes bereits fehlgeschlagen oder erkennbar aussichtslos sind, kann die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe in Betracht kommen, da anderenfalls eine weitere Zeitverzögerung droht (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02. Februar 2015 – 9 WF 323/14 – FamRZ 2015, 1040; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 04. Oktober 2013 – 13 WF 119/13 – FamRZ 2014, 584). Eine die Annahme von Mutwilligkeit begründende Ausnahme kommt also in solchen Fällen in Betracht, in denen die die Einräumung der Mitsorge begehrende Beteiligte ohne Rücksprache 17

mit dem Elternteil, d.h. ohne überhaupt die Möglichkeit, eine Einigung hinsichtlich der Sorgeregelung abzuklären, ein gerichtliches Verfahren einleitet (vgl. Senat, Beschluss vom 08.07.2010 – 2 WF 137/10; Senat, Beschluss vom 18.12.2003 - 2 WF 420/03 - FamRZ 2004, 1116).

b) 18

Eine solche Fallkonstellation ist vorliegend aber nicht gegeben. 19

aa) 20

Zutreffend hat das Amtsgericht zwar darauf verwiesen, dass der Kindesvater gehalten war, zunächst die Möglichkeit der Beurkundung einer gemeinsamen Sorgeerklärung vor der Urkundsperson des Jugendamts nach §§ 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8, 87e SGB VIII) abzuklären, da damit ein gerichtliches Sorgerechtsverfahren unter Umständen hätte vermieden werden können. 21

bb) 22

Indes hat der Kindesvater behauptet, die Kindesmutter mit vorgerichtlichem Anwaltsschreiben vom 19.10.2015 erfolglos zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung vor dem Jugendamt bewegt zu haben. Anders als im Verfahren 36 F 401/15 (= II-2 WF 35/16) ist vorliegend nicht erkennbar, dass die Kindesmutter diesem Ansinnen nachgekommen ist oder wäre. Angesichts des Umstandes, dass das Anwaltsschreiben vom 19.10.2015 seitens der Kindesmutter ohne entsprechende Reaktion blieb, konnte der Kindesvater nicht annehmen, ohne gerichtliche Hilfe sein Begehren durchsetzen zu können. Denn eine Beratung durch das Jugendamt oder eine andere Beratungsstelle kann nur dann sinnvoll genutzt werden, wenn beide Eltern hierzu bereit und tatsächlich in der Lage sind (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. August 2015 – 18 WF 97/15 – FamRZ 2016, 250). Dies war vorliegend aus Sicht des Kindesvater jedenfalls hinsichtlich der Sorgerechtsproblematik nicht der Fall. 23

3. 24

Auch die erforderliche Erfolgsaussicht kann dem beabsichtigten Sorgerechtsantrag des Kindesvaters nicht abgesprochen werden. 25

Gemäß § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB neue Fassung überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. 26

a) 27

Auch die Neufassung des § 1626 a BGB erfordert für die Begründung eines gemeinsamen elterlichen Sorgerechts eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern. Denn für die negative Kindeswohlprüfung kann auf im Rahmen der Rechtsprechung zu § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB entwickelte Maßstäbe zurückgegriffen werden (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02. April 2015 – 18 UF 253/14 –zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. Juni 2013 – 18 UF 38/13 – FamRZ 2014, 490). Erforderlich ist daher ein Mindestmaß an Übereinstimmung sowie eine hinreichende Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft der Eltern (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 15. April 2014 – 19 UF 120/13 – FamRZ 2014, 1375; OLG Celle, Beschluss vom 19. Mai 2014 – 10 UF 91/14 – NZFam 2014, 738; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 07. April 2014 – 15 UF 140/13 – FamRZ 2014, 1374; OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.09.2013 - 9 UF 96/11 – juris). 28

Eine fehlende Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit der Kindeseltern im Rahmen der gebotenen individuellen Kindeswohlprüfung bleibt ein gewichtiger Grund, eine gemeinsame elterliche Sorge nicht zu eröffnen, sondern einem Elternteil die Sorge für das Kind alleine zu belassen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 07. April 2014 – 15 UF 140/13 – FamRZ 2014, 1374). Denn fehlt es hieran und sind die Kindeseltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage, kann die gemeinsame Sorge für das Kind dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Tragen die Kindeseltern ihren Konflikt auf dem Rücken des Kindes aus, kann das Kind in seiner Beziehungsfähigkeit beeinträchtigt und in seiner Entwicklung gefährdet werden. (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09 – FamRZ 2010, 1403).

Der Kindesvater behauptet indes bislang unwidersprochen, dass zwischen der Kindesmutter und ihm eine entsprechende Kommunikationsbasis vorhanden ist. Auch im Verfahren 36 F 401/15 (= II-2 WF 35/16) ist deutlich geworden, dass eine Kommunikation zwischen den Kindeseltern letztlich stattfand und es nicht ausgeschlossen schien, dass sie sich über den seitens des Kindesvaters begehrten Umgang, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme des Jugendamtes, zu einigen gewillt und in der Lage sind. Dann kann aber vorliegend nicht unterstellt werden, dass eine entsprechende Kommunikationsbasis nicht gegeben ist, zumal selbst manifest gewordene Kommunikationsschwierigkeiten für sich genommen nicht per se eine Ablehnung der gemeinsamen Sorge rechtfertigen, da von den Kindeseltern zu erwarten ist, dass sie Mühen und Anstrengungen auf sich nehmen, um im Bereich der elterlichen Sorge zu gemeinsamen Lösungen im Interesse des Kindes zu gelangen. Diese elterliche Pflicht trifft nicht miteinander verheiratete Kindeseltern gleichermaßen (vgl. BT-Drucks. 17/11048, S. 17). Da im Zuge einer Trennung vielfach Kommunikationsprobleme auftreten, können diese damit nicht ohne Weiteres zu einer ablehnenden Entscheidung nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB führen KG Berlin, Beschluss vom 15. April 2014 – 19 UF 120/13 – FamRZ 2014, 1375). Dass es gegebenenfalls in Zukunft zu Auseinandersetzungen zwischen den Kindeseltern kommen kann, rechtfertigt eine Ablehnung gemeinsamer Sorge derzeit nicht. Dass gemeinsame Entscheidungen nur mühevoll und nach langwierigen und eventuell unerfreulichen Diskussionen erreicht werden können und dass beide Eltern vielleicht Vorbehalte gegen diese Entscheidungen behalten werden, spricht nicht gegen die gemeinsame Sorge (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 26. März 2015 – 13 UF 209/14 – zitiert nach juris). Beide Elternteile sind berufen, persönliche Konflikte und Kommunikationsprobleme auf der Paarebene, selbst wenn diese bereits manifest geworden sind, beiseite zu lassen und im Sinne des Kindes konstruktiv miteinander umzugehen, notfalls unter Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe von außen (BT-Drs. 17/11048, 17, 23; OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.12.2013 – 7 UF 1195/13 - FamRZ 2014, 571). Insofern sind die Kindeseltern gehalten, an ihrer Kommunikationsfähigkeit zu arbeiten (vgl. Senat, Beschluss vom 31.01.2012 – 2 UF 168/11 – FamRZ 2012, 880). 29

Etwas anderes gilt zwar dann, wenn auf der Kommunikationsebene eine schwerwiegende und nachhaltige Störung vorliegt, die befürchten lässt, dass den Kindeseltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein wird und das Kind folglich erheblich belastet würde, wenn man die Kindeseltern zwänge, die Sorge gemeinsam zu tragen (BT-Drucks. 17/11048, S. 17). Hierfür ist indes nichts erkennbar und auch seitens der Kindesmutter nicht behauptet. 30

4. 31

Die Beiordnung eines Rechtsanwalts hat der Kindesvater nicht beantragt, so dass mangels Antrags eine Beiordnung nicht erfolgen konnte; § 78 Abs. 2 FamFG. 32

Insoweit weist der Senat lediglich vorsorglich für den Fall einer entsprechenden Antragstellung auf Beiordnung darauf hin, dass im vereinfachten Sorgeverfahren einem Kindesvater - jedenfalls derzeit noch - regelmäßig ein Rechtsanwalt beizuordnen sein dürfte. Denn für den Kindesvater weist die Rechtslage Schwierigkeiten auf, weil – worauf er in seiner Antragsschrift inzident zutreffend hinweist – in Rechtsprechung und Literatur bislang noch nicht hinreichend geklärt ist, welche Anforderungen an die Erheblichkeit der gegen die gemeinsame Sorge vorgebrachten Gründe zu stellen sind (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 19. Januar 2015 – 1 WF 43/15 – FamRZ 2016, 73). 33

III. 34

Eine Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nach den §§ 76 Abs. 2 FamFG, 127 Abs. 4 ZPO nicht veranlasst. 35

---

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE