

Klausur vom März 2008

Teil 1 – Prozessrecht (Bork)

K hat B vor dem zuständigen LG Neubrandenburg auf Zahlung von 150.000 € verklagt. B zeigte seine Verteidigungsbereitschaft nicht an. Daraufhin beantragte K gegen B ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren.

a) Daher erließ das Gericht ein Versäumnisurteil. Dagegen legt B form- und fristgerecht Einspruch ein. In dem auf den 25.10.2007, 14 Uhr anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung erschien R, der in Karlsruhe wohnende Anwalt des B, nicht, weil der von ihm gebuchte Flug von Karlsruhe nach Berlin wegen Nebels ausfiel. Der Wetterbericht hatte am Vorabend gebietsweise Nebel oder Hochnebel, später auch Sonnenschein angekündigt. R hatte darauf vertraut, dass die Flüge stattfinden würden. R, der daraufhin per Bahn und ab dem Hauptbahnhof Berlin per Taxi anreiste, informierte das Gericht um 11 Uhr telefonisch, dass er sich um etwa eine Stunde verspäten werde. Gleichwohl erließ das Gericht um 14 Uhr 30 auf Antrag des Prozessbevollmächtigten des K wiederum ein Versäumnisurteil, das B am 11.11.2007 zugestellt wurde. B erbittet ein Rechtsgutachten zu der Frage, was er gegen dieses Urteil tun kann.

b) Abwandlung: Das Gericht meint nach Lektüre der Klageschrift, dass die Klage unschlüssig sei. Es erlässt daher ein Sachurteil gegen den Kläger. K ist empört und legt Berufung ein. Wie wird das Berufungsgericht entscheiden?

Teil 2 – Materielles Recht (Heiderhoff)

Die Mutter (M) hatte mit dem Vater (V) eine langjährige nichteheliche Beziehung; aus dieser Beziehung gingen die im Jahre 1999 geborene Tochter (T) und der im Jahre 2002 geborene Sohn (S) hervor. Die Eltern haben durch Erklärungen gegenüber dem Jugendamt die gemeinsame elterliche Sorge für die beiden Kinder erlangt, welche von Geburt an durchgehend im Haushalt der Mutter lebten, den V aber regelmäßig sahen. Der verheiratete V lebte auch während der Beziehung zur M mit seiner Ehefrau (E) zusammen, mit der er zwei bereits erwachsene Kinder hat. Im Frühjahr 2003 endete die Beziehung der Eltern. M lebt seitdem mit einem neuen Partner zusammen, den sie zwischenzeitlich geheiratet hat.

Die Kinder hatten zunächst weiterhin Kontakt zu V, bis M im Februar 2005 jeden Umgang mit der offenbar erfundenen Begründung unterband, die E habe ihr von dessen Pädophilie berichtet; es bestehe der konkrete Verdacht des sexuellen Missbrauchs der T durch den V. In einem anschließenden Umgangsrechtsverfahren wurde ein psychologisches Sachverständigengutachten eingeholt, welches den Verdacht auf sexuellen Missbrauch der T durch den V ausräumt.

a) Die M beantragt wegen des infolge des Umgangsstreits völlig zerrütteten Verhältnisses zwischen ihr und dem V die Übertragung der alleinigen Sorge für beide Kinder auf sich. Wie soll das Familiengericht entscheiden?

b) Abwandlung: V und M haben noch die gemeinsame Sorge. Als der Vater nach einigen Monaten

endlich wieder Umgang mit S hat, behält er ihn einfach bei sich. M verlangt von V die sofortige Herausgabe des S. V hält dem entgegen, sie habe ihm ja den S zuvor auch nicht „herausgegeben“.

c) Zweite Abwandlung: Die Mutter hatte die Sorge nach § 1626a Abs. 2 BGB von Anfang an allein. Nun entzieht ihr das Familiengericht nach § 1666 BGB die elterliche Sorge und überträgt sie auf das Jugendamt als Vormund. Es bringt die Kinder in einer Pflegefamilie unter. V beantragt daraufhin, ihm die Alleinsorge zu übertragen. Das Gericht holt ein Gutachten ein. Daraus ergibt sich, dass S und T in der Pflegefamilie gut aufgehoben sind. Gegen eine Unterbringung beim Vater spricht vor allem, dass die Kinder dann ein weiteres Mal den Aufenthalt wechseln müssten. Außerdem ist V nicht mehr ganz jung und hat eine recht kleine Wohnung. Die Kinder mögen V und E, eine genaue Willensäußerung geben sie aber nicht ab.

Lösungshinweise Teil 1

Zur Fallvariante a)

Vorbemerkung: Der Fall ist nachgebildet der Entscheidung BGH ZIP 2007, 885

Fraglich ist, welche Rechtsbehelfe dem B zustehen.

I. Einspruch gem. § 338

Grundsätzlich steht gem. § 338 ZPO der Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen wird, gegen das Urteil der Einspruch zu. Ein Einspruch ist allerdings gem. § 345 ZPO unzulässig, wenn es sich bei dem VU um ein zweites (echtes) VU handelt. Das ist hier der Fall, da das LG sowohl im schriftlichen Vorverfahren als auch am 25.10.2007 allein wegen der Säumnis gegen B entschieden hat.

II. Berufung, §§ 511, 514 II ZPO

Fraglich ist, ob B Berufung einlegen kann. Die Statthaftigkeit der Berufung richtet sich nach §§ 511, 514 ZPO.

1. nach § 511

Es handelt sich bei dem Urteil um ein Endurteil, das vom LG in seiner Funktion als Erstinstanz gefällt wurde und damit einen tauglichen Berufungsgegenstand i. S. d. § 511 I darstellt. Insofern ist die Berufung der Art nach statthaft.

2. nach § 514 Abs. 2

Allerdings handelt es sich um ein Versäumnisurteil, gegen das gem. § 514 I ZPO auch eine Berufung nicht zulässig ist. Hiervon macht § 514 II eine Ausnahme, wenn die Berufung darauf gestützt wird, dass der Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe.

a) Versäumung

Eine Versäumung des B liegt vor. Weder er noch sein Prozessvertreter waren eine halbe Stunde nach dem anberaumten Termin vor Gericht.

b) Verschulden

Die Versäumung dürfte nicht verschuldet gewesen sein. Die Beurteilung des Verschuldens richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Wiedereinräumung in den vorigen Stand. Dabei muss sich B das Verschulden seines Prozessvertreterers wie eigenes zurechnen lassen (§ 85 II ZPO). Letztlich handelt es sich um eine Abwägungsfrage, die sämtliche Umstände mit einbeziehen muss:

R hat den Termin sorgfältig geplant. Eine Flugreise ist bei der Entfernung üblich und der Wetterbericht gab auch keinen Anlass, gleich die Bahn zu nehmen. Fraglich ist, ob R sich nach dem Flugausfall hätte anders verhalten müssen. Jedoch ist nicht ersichtlich, wie er schneller zu dem Termin hätte kommen können. Die Fahrt mit Bahn und Taxi war angemessen. Auch traf ihn keine Pflicht, nach der Flugabsage einen Unterbevollmächtigten zu bestellen, da dieser sich schließlich erst in die Materie hätte einarbeiten müssen. Zudem hat er das Gericht rechtzeitig informiert, so dass eine Vertagung möglich war.

Insofern ist im Ergebnis ein Verschulden des R zu verneinen.

3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Sind somit die Voraussetzungen des § 514 II ZPO erfüllt, so kommt es auf die des § 511 II ZPO nicht mehr (§ 514 Abs. 2 S. 2 ZPO)..

4. Ergebnis zu II.

Die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil ist mithin zulässig.

Zur Fallvariante b)

Das Berufungsgericht wird der Berufung stattgeben, wenn diese zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

Zunächst müsste die Berufung zulässig sein.

1. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit richtet sich nach § 511 I. K wehrt sich in dem vorliegenden Fall nicht gegen ein Versäumnisurteil, sondern gegen ein Sachurteil (unechtes VU). Damit kommt ein Einspruch nach § 338 ZPO nicht in Betracht, da es sich um ein kontradiktorisches Urteil handelt. Da das Urteil ein Endurteil erster Instanz ist, ist die Berufung das richtige Rechtsmittel.

2. Wert der Beschwer

K ist durch die Klageabweisung beschwert. Der Beschwerdegegenstand hat einen Wert von über 600 € (§ 511 II Nr. 1 ZPO).

3. Berufungsfrist

K hat bei der Berufung die Berufungsfrist von einem Monat gem. § 517 zu beachten. Innerhalb dieser Frist hat er die Berufungsschrift, die die Formvorschriften des § 519 II wahren muss, beim

zuständigen Berufungsgericht – hier: dem Oberlandesgericht, § 119 I Nr. 2 GVG – einzureichen. Innerhalb von zwei Monaten hat er die Berufung gem. § 520 zu begründen. Es ist davon auszugehen, dass auch diese Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

4. Ergebnis zu I.

Im Ergebnis ist die Berufung daher zulässig.

II. Begründetheit

Die Berufung müsste auch begründet sein. Das ist gemäß § 513 I ZPO der Fall, wenn das Sachurteil auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546) oder nach § 529 zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

Im vorliegenden Fall kommt eine Rechtsverletzung in Betracht, weil das LG ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Grundsätzlich ist in allen Zivilprozessen mündlich zu verhandeln (§ 128 I ZPO). Eine der Ausnahmen – etwa §§ 128 II, III, 495a ZPO – liegt nicht vor. Auch die Voraussetzungen des § 330 ZPO oder des § 331 II ZPO sind nicht erfüllt, da auch diese Normen eine mündliche Verhandlung voraussetzen. Daher ist durch die Klageabweisung das Mündlichkeitsprinzip verletzt. Dies stellt eine Rechtsverletzung i. S. d. § 546 ZPO dar.

Fraglich ist, ob die Klageabweisung auf der Verletzung des Mündlichkeitsprinzips beruht. Dies ist dann anzunehmen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass ohne den Fehler anders entschieden worden wäre. Im vorliegenden Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch einen mündlichen Vortrag des K auf Hinweis des Gerichts (§ 139 ZPO) die Klage hätte schlüssig begründet werden können und es damit nicht zu einer Klageabweisung gekommen wäre. Insofern ist der Verfahrensfehler erheblich (§ 513 I) und die Berufung begründet.

Das Berufungsgericht wird mithin das Urteil des Landgerichts aufheben und die Sache nach § 538 II Nr. 1 an das LG zurückverweisen.

Lösungshinweise Teil II

a) Wie soll das Familiengericht entscheiden?

Gem. § 1671 I kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt, wenn die Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt leben.

Das Familiengericht hat dem Antrag gem. § 1671 II stattzugeben, soweit der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, dass das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht, oder zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Eine Zustimmung des V liegt hier nicht vor.

Dem Antrag der M wäre damit gem. § 1671 Nr. 2 nur dann stattzugeben, wenn die Übertragung der Alleinsorge auf die M dem Wohl der Kinder entspricht.

1. Auflösung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Fraglich ist zunächst, ob die gemeinsame Sorge als solche aufzulösen ist.

Allein aus der normtechnischen Gestaltung der Regelung des § 1671 Nr. 2 kann kein Regel-/Ausnahmeverhältnis zugunsten des Fortbestands der gemeinsamen elterlichen Sorge hergeleitet werden. Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung der Eltern im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung ist.¹

Für die Aussage, dass eine gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung der Eltern dem Kindeswohl prinzipiell förderlicher sei als die Alleinsorge eines Elternteils, besteht in der kinderpsychologischen und familiensoziologischen Forschung keine empirisch gesicherte Grundlage.²

Zu prüfen ist also, ob die Ausübung der gem. Sorge dem Kindeswohl entspricht.

Hiefür ist zumindest ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und insgesamt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern vorauszusetzen.³

Zu den wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge muss ein Mindestmaß an Verständigungsmöglichkeiten zur Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge getrennt lebender Eltern gefordert werden.

Hierzu gehören jedenfalls die Grundentscheidungen über den persönlichen Umgang des Kindes mit dem nicht betreuenden Elternteil⁴, die gleichzeitig zu den Angelegenheiten von erheblicher

¹ BGH FamRZ 1999, 1646, 1647; FamRZ 2005, 1167 sowie BGH FamRZ 2008, 592; vgl. auch BVerfG FamRZ 2004, 354, 355.

² Staudinger/Coester, BGB [2004] § 1671 Rn. 112 f., zugleich mit Nachweisen zum Forschungsstand.

³ BVerfG FamRZ 2004, 354, 355; BVerfG FamRZ 2004, 1015, 1016.

⁴ BGH FamRZ 1999, 1646, 1647; Bamberger/Roth/ Veit BGB § 1671 Rn. 29.

Bedeutung im Sinne von § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB zählen.⁵

Im vorliegenden Fall ist von diesem Mindestmaß an elterlicher Übereinstimmung nicht mehr auszugehen. Insbesondere bezüglich der grundsätzlichen Entscheidungen zum Umgangsrecht der Kinder mit dem Vater besteht keinerlei Konsens.

Auch eine günstige Prognose dahingehend, dass sich die derzeit fehlende Verständigungsmöglichkeit unter dem „Druck“ der gemeinsamen elterlichen Sorge in absehbarer Zeit wiederherstellen ließe, liegen keine Anhaltspunkte vor. Zwar ist dem Idealbild einer von beiden Elternteilen auch nach ihrer Trennung verantwortungsbewusst im Kindesinteresse ausgeübten gemeinschaftlichen elterlichen Sorge ein „ethischer Vorrang“ einzuräumen und insofern eine Verpflichtung der Eltern zum Konsens nicht zu bestreiten.

Die bloße Pflicht zur Konsensfindung kann aber keinesfalls eine tatsächlich nicht bestehende Verständigungsmöglichkeit ersetzen. Denn nicht schon das Bestehen der Pflicht allein ist dem Kindeswohl dienlich, sondern erst die tatsächliche Pflichterfüllung, die sich in der Realität aber gerade nicht verordnen lässt.⁶

Die Gegenauffassung⁷ kann man angesichts der Neuregelung in § 1671 BGB auch begründet vertreten. Sie hat jedoch unerfreuliche Konsequenzen. So kann sie im Ergebnis unter Umständen (auch) darauf hinauslaufen, dass das pflichtwidrige Verhalten des nicht kooperierenden Elternteils mit einer ihm aufgezwungenen gemeinsamen elterlichen Sorge „sanktioniert“ wird. Zwar kann man auf diese Weise den Elternrechten des anderen, kooperationsfähigen und –willigen Elternteils Geltung verschaffen, jedoch oft auf Kosten des Kindeswohls, welches den andauernden „Kämpfen“ ausgesetzt ist. Einem solchen Vorgehen steht die verfassungsrechtliche Wertung entgegen, dass sich die Elterninteressen in jedem Falle dem Kindeswohl unterzuordnen haben.⁸

Wenn angesichts der Entwicklungen in der Vergangenheit die begründete Besorgnis besteht, dass die Eltern auch in Zukunft nicht in der Lage sein werden, ihre Streitigkeiten in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge konstruktiv und ohne gerichtliche Auseinandersetzungen beizulegen, ist die erzwungene Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl aber nicht zuträglich. Denn ein fortgesetzter destruktiver Elternstreit führt für ein Kind zwangsläufig zu erheblichen Belastungen⁹, und zwar unabhängig davon, welcher Elternteil die Verantwortung für die feh-

⁵ Palandt/Diederichsen BGB 67. Auflage § 1687 BGB Rn. 7; Münch-Komm/Finger BGB 4. Aufl. § 1687 Rn. 9; Schwab FamRZ 1998, 457, 469.

⁶ KG FamRZ 2000, 504, 505 und NJW-FER 2000, 197, 198; Johannsen/Henrich/Jaeger Eherecht 4. Auflage § 1671 Rn. 36c; Staudinger/Coester aaO Rn. 137; Bamberger/Roth/Veit aaO Rn. 29; Prütting/Wegen/Weinreich/Ziegler BGB 2. Auflage § 1671 Rn. 21 f.; Oelkers FuR 1999, 349, 351 und MDR 2000, 32 f.; Sittig/Störr ZfJ 2000, 368, 369f.; Born FamRZ 2000, 396, 399.

⁷ So z.B. OLG Dresden FamRZ 2000, 109, 110; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1209, 1210; Erman/Michalski BGB 11. Auflage § 1671 Rn. 23; Haase/Kloster-Harz FamRZ 2000, 1003, 1005; Kaiser FPR 2003, 573, 577 .

⁸ BVerfGE 79, 203, 210 f.; BVerfG FamRZ 1996, 1267.

⁹ Gödde ZfJ 2004, 201, 207.

lende Verständigungsmöglichkeit trägt.

Fraglich ist, ob sich die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf diese streitigen Punkte beschränken kann. Dies kommt im vorliegenden Fall - soweit es den Umgang des Vaters mit den Kindern betrifft - indessen nicht in Betracht.

Zwar wäre es grundsätzlich möglich, die gemeinsame elterliche Sorge nur bezüglich der Grundentscheidungen über den persönlichen Umgang der Kinder mit dem Vater gegebenenfalls in Verbindung mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht aufzuheben und der Mutter zur alleinigen Ausübung zu übertragen. Dies erscheint hier aber schon deshalb zur Konfliktbereinigung wenig sinnvoll, weil § 1684 BGB gegenüber etwaigen, den Umgang einschränkenden Bestimmungen des Alleinsorgeberechtigten vorrangig ist.¹⁰

Die von der M erhobenen Vorwürfe sind Ausdruck einer völligen Zerrüttung der persönlichen Beziehung zwischen den Eltern, so dass eine soziale Basis für eine künftige Kooperation zwischen ihnen regelmäßig nicht bestehen wird, so dass die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben ist.

2. alleinige Sorge der M

Fraglich ist nun aber, ob der M, die offensichtlich die Verantwortung für die Zerrüttung des elterlichen Verhältnisses trägt, die alleinige Sorge übertragen werden darf.

Hierbei muss der Frage, ob die M zur Erziehung der Kinder geeignet ist, entscheidendes Gewicht zukommen. Dabei sind alle Umstände des Falls mit einzubeziehen.

Der unbegründete Vorwurf sexuellen Missbrauchs, der von der M zwar nicht wider besseres Wissen, aber offenbar sehr leichtfertig erhoben worden ist, stellt ein schwerwiegendes Indiz gegen ihre Erziehungseignung dar.

Zu beachten ist auch die besondere emotionale Bindung der Kinder an die Mutter sowie der Gedanke der Erziehungskontinuität im Haushalt der Mutter.

Im Ergebnis hat eine Abwägung zu erfolgen. Es sind die verschiedenen Möglichkeiten im Hinblick auf das Kindeswohl gegeneinander abzuwägen.

Von einer erzwungenen Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge unabhängig vom Wahrheitsgehalt des Missbrauchsvorwurfes kann für das Kindeswohl „nichts Gutes erwartet“ werden.¹¹

Insofern hat das Gericht die Sorge entweder allein dem Vater oder der Mutter zu übertragen.

Für eine Entscheidung fehlen die erforderlichen Sachverhaltsangaben.

Es ließe sich vertreten, dass die o. g. Gesichtspunkte das erzieherische Versagen der Mutter in Teilbereichen, nämlich unter anderem in Bezug auf die Herstellung und Erhaltung der Bindungen zum Vater, in der wertenden Gesamtschau doch noch überwiegen, so dass ihr die alleinige Sorge zu übertragen wäre.

b) Herausgabe des S

¹⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1042, 1043; MünchKomm/Finger aaO § 1687 Rn. 9

¹¹ Staudinger/Coester aaO Rn. 140; vgl. auch Rauscher Familienrecht Rn. 1003.

Fraglich ist, aufgrund welcher Norm die M den S herausverlangen könnte.

aa) In Betracht kommt hier ein auf § 1631 I gestütztes Herausgabeverlangen. Gemäß § 1631 I umfasst die Personensorge das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält.

Der M steht die Personensorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu, so dass sie grds. herausgabeberechtigt ist.

Fraglich ist jedoch, ob der V herausgabeverpflichtet ist, da auch er sorgeberechtigt ist.

Es ist also fraglich, ob er den S *widerrechtlich* vorenthält.

Dies ist angesichts seiner Sorgeberechtigung nur dann der Fall, wenn er das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht hat.

Eine Entscheidung nach den §§ 1628, 1671, 1666 oder nach § 1696 ist offensichtlich nicht getroffen worden.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht ihm aber auch dann nicht zu, wenn er einer während des Zusammenlebens getroffenen Einigung über den Lebensmittelpunkt des Kindes zuwiderhandelt.¹²

Im vorliegenden Fall haben sich V und M offenbar während des Zusammenlebens (stillschweigend) über den Lebensmittelpunkt der Kinder geeinigt.

Hiervon kann V nicht einseitig abrücken, solange ihm nicht das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil des Sorgerechts oder zumindest gem. § 1628 BGB insoweit das alleinige Entscheidungsrecht übertragen worden ist. Dies ist nicht der Fall.

Nun kann man zwei Schlüsse ziehen:

1. Teils wird streng vorgegangen: Indem der V von der getroffenen Einigung gegen den Willen der M abbrückt, behält er den S widerrechtlich vor. Damit löst er einen (gegebenenfalls im Wege der vorläufigen Anordnung zu realisierenden) Rückführungsanspruch der M aus.

M kann damit gem. § 1631 I einen Herausgabeanspruch gegen den V geltend machen.

2. Teils wird dagegen am Einzelfall- und am Kindeswohl orientiert entschieden: Trotz der Vereinbarung der Eltern kann dann S bei V bleiben, wenn dies seinem Wohl entspricht. Dann würde hier der S aber auch nicht bei V bleiben können, denn der Sachverhalt gibt nicht dazu her, dass das besser für das Wohl des S sein könnte.

bb) § 823 I – Sorgerecht als geschütztes Rechtsgut auch gegenüber dem anderen Elternteil?

Hier ist schon fraglich, ob ein „absolutes Rechtsgut“ verletzt ist. Bejaht man das, so muss man die obigen Überlegungen wiederholen. S ist also herauszugeben.

c) Zweite Abwandlung: Erfolgsaussichten des väterlichen Antrags

Fraglich ist, ob das Familiengericht dem Vater die alleinige elterliche Sorge übertragen kann.

§ 1678 II

Achtung, § 1678 II muss, wie § 1680 II 2 verfassungskonform ausgelegt werden. Der Vater bekommt die Sorge immer schon dann, wenn dies dem Kindeswohl nicht schadet. (BVerfG FamRZ

¹² AG Bad Iburg FamRZ 2000, 1036; diff MünchKommBGB/ Huber Rn. 30.

2006, S. 385).

Gegen eine Unterbringung beim Vater spricht, dass S und T in der Pflegefamilie gut aufgehoben sind und dass die Kinder dann ein weiteres Mal den Aufenthalt wechseln müssten. Außerdem sind V und M nicht mehr ganz jung und haben eine recht kleine Wohnung.

Für die Unterbringung bei V spricht das grundgesetzlich verbürgte Elternrecht aus Art. 6 I GG. Auch mögen die Kinder mögen den V. Allerdings spricht der Gedanke der Erziehungskontinuität eher gegen die Rückübertragung, da die Kinder noch nie bei dem V gelebt haben. Hier ist nicht recht ersichtlich, dass eine Übertragung auf den Vater dem Kindeswohl wirklich schaden würde. Art. 6 I GG streitet für die Rückübertragung des Sorgerechts auf V.

Ergebnis:

Das Familiengericht wird den Antrag des V im Hinblick auf das Kindeswohl überprüfen und dem Antrag stattgeben (andere Ansicht mit Vorsicht und bei Einbeziehung der Verfassungswidrigkeit des § 1678 II wohl vertretbar).