

letzte Aktualisierung: 13.1.2021

OLG Brandenburg, Urt. v. 23.3.2020 – 15 UF 68/17

BGB §§ 1671 Abs. 1 S. 2, 1969 Abs. 1

Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil als Gewähr für die Umsetzung des Wechselmodells

1. Sorge- und Umgangsrecht sind zwei eigenständige Verfahrensgegenstände, sodass eine im Verfahren zum Umgangsrecht erlassene Entscheidung keine übergreifende Bindungswirkung auch für den anderen Verfahrensgegenstand entfaltet. Auf eine erstmalige Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist § 1696 Abs. 1 BGB nicht anzuwenden.
2. Die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Anordnung des Wechselmodells für das Umgangsrecht gegen den Willen eines Elternteils können auch im Rahmen der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts herangezogen werden.
3. Gerade wenn ein Elternteil das Wechselmodell ablehnt, ist es geboten, sofern das Wechselmodell dem Kindeswohl am besten entspricht, das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht demjenigen Elternteil zu übertragen, der die Gewähr für dessen Umsetzung bietet.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Gericht:	Brandenburgisches Oberlandesgericht 3. Senat für Familiensachen
Entscheidungsdatum:	24.03.2020
Aktenzeichen:	15 UF 68/17
Dokumenttyp:	Beschluss

Tenor

I. Auf die Beschwerde des Vaters wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengerichts – Potsdam vom 12.04.2017 – 44a F 51/17 – abgeändert.

Dem Vater wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht für den Minderjährigen M... H..., geb. am ...08.2012, zur alleinigen Ausübung übertragen

II. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Eltern je zur Hälfte; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

III. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 3.000,- € festgesetzt.

IV. Die Beschleunigungsrüge des Vaters ist begründet.

Gründe

I.

- 1 Die Eltern streiten um das Aufenthaltsbestimmungsrecht für ihren gemeinsamen Sohn M..., der seit der Trennung bei der Mutter lebt. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht den Antrag des Vaters auf Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts, mithilfe dessen er ein Wechselmodell etablieren wollte, sowie den gegenläufigen Antrag der Mutter zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Vaters, der nach wie vor ein Wechselmodell anstrebt.
- 2 Hinsichtlich der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist der Senat auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses.
- 3 Der Vater meint, entgegen der Ansicht des Amtsgerichts sei eine gesteigerte Kommunikationsfähigkeit der Eltern vorhanden. Abgesehen davon, dass sich die Eltern über eine Ausweitung des Umgangs verständigt hätten, seien auch regelmäßige Absprachen zur Wahrnehmung von Terminen (Logopädie, Kiefernorthopädie und sonstiger Arzttermine), zur Teilnahme an Kursen, zum Informationsaustausch zu Fragen der Kita und zur Abstimmung von Urlaubs- bzw. Umgangstagen möglich. Da M... zu beiden Eltern gleich starke Bindungen habe und sich in beiden Haushalten gerne aufhalte, sei das Wechselmodell für ihn das beste Betreuungsmodell. Angesichts des jungen Alters sei der Kindeswille kein geeignetes Kriterium, da M... die Tragweite seiner Äußerungen noch nicht überschauen könne.
- 4 Der Vater beantragt sinngemäß,
- 5 den angefochtenen Beschluss abzuändern und ihm das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen.

- 6 Die Mutter beantragt,
- 7 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 8 Sie meint, für die Entscheidung sei der Maßstab des §§ 1696 Abs. 1 BGB heranzuziehen, da die Eltern eine gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarung geschlossen hätten, die nicht dadurch unterlaufen werden könne, dass der Vater anstelle eines Umgangsabänderungsverfahrens ein Sorgerechtsverfahren betreibe.
- 9 In der Sache hält sie den angefochtenen Beschluss für richtig. Die Kommunikation zwischen den Eltern sei keinesfalls so reibungslos, wie der Vater dies darstelle. Zum einen finde sie nur selten statt, und zum anderen sei sie für die Mutter überwiegend unangenehm und schwierig, weil es dem Vater schwerfalle, sich zu mäßigen. Er trete regelmäßig aggressiv auf, werde unsachlich und würdige sie herab. Wenn der Vater mit den Gesprächsergebnissen unzufrieden sei, weise er regelmäßig darauf hin, dass eine Klärung im Wege weiterer gerichtlicher Auseinandersetzungen stattfinden müsse. Insbesondere über die Teilnahme an Kursen seien die Eltern uneinig; aber auch hinsichtlich der Unterhaltszahlungen seien Streitigkeiten abzusehen, da der Vater bereits jetzt im Hinblick auf sein umfangreiches Umgangsrecht nicht den geforderten, der Düsseldorfer Tabelle entsprechenden Unterhalt (144 % des Mindestunterhalts) zahle. Dem Vater gehe es im Wesentlichen um seine Gleichberechtigung; insbesondere wolle er bei den Fragen des alltäglichen Lebens mitbestimmen. Hingegen habe die Psychologin, die M... behandelt habe, sich dafür ausgesprochen, dass der Junge vor allem Stabilität brauche. Die vom Vater angestrebten Veränderungen entsprächen daher nicht dem Kindeswohl.
- 10 Der Verfahrensbeistand hält aus Sicht des Kindes ein Wechselmodell für wünschenswert, hat aber Bedenken geäußert, ob es gegen den Willen der Mutter durchsetzbar sei.
- 11 Das Jugendamt hat berichtet, dass die Eltern grundsätzlich in der Lage seien, sich zu wichtigen Dingen, ihren Sohn betreffend, zu verständigen. Sie seien allerdings sehr unterschiedlich.
- 12 Der Senat hat ein psychologisches Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, welche Aufenthaltsregelung dem Kindeswohl am besten entspricht, insbesondere, ob die Kommunikationsfähigkeiten der Eltern die Betreuung in einem paritätischen Wechselmodell zulassen.
- 13 Die Sachverständige, Frau Dipl.-Psych. W... in B..., kommt in ihrem Gutachten vom 05.06.2018 im Wesentlichen zu folgenden Ergebnissen: Aus ihrer Sicht sei ein Wechselmodell nicht nur realisierbar, sondern im Sinne des Kindes die am besten geeignete Betreuungsform. M... habe zu beiden Eltern enge emotionale Beziehungen und sichere Bindungen entwickelt. Eine eindeutige elterliche Präferenz habe er nicht signalisiert. Außerdem scheine er von den sehr unterschiedlichen Lebensmodellen seiner Eltern zu profitieren und die Erziehungsvielfalt zu genießen. Beide Eltern seien für sich genommen vollkommen geeignet, ihren Sohn zu betreuen und zu erziehen. Einschränkungen hinsichtlich der Bindungstoleranz und Kommunikationsfähigkeit der Eltern seien mithilfe von Fachkräften zu kompensieren und rechtfertigten eine Einschränkung von Betreuungszeiten nicht. Es bestehe jedenfalls eine hinreichende Kooperationsfähigkeit und –bereitschaft. Es habe bisher keine anhaltenden hochstrittigen Auseinandersetzungen zwischen den Eltern gegeben, sondern überwiegend einvernehmliche Konfliktlösungen. Die Praktizierung eines Wechselmodells stelle zwar eine Veränderung im Leben des Kindes dar, die jedoch nicht als Belastung, sondern in der Summe für die kindliche Entwicklung als bereichernd, förderlich und wünschenswert angesehen werde.
- 14 Der Senat hat die Beteiligten, auch den betroffene Minderjährigen, das Jugendamt und die Sachverständige zur Erläuterung ihres Gutachtens persönlich angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses dieser Anhörungen wird auf die Anhörungsvermerke vom 30.11.2017 und vom 15.11.2018 Bezug genommen.

- 15 Die Akten 44a F 94/16 und 44a F 126/16 AG Potsdam waren beigezogen.

II.

- 16 Die gemäß § 58 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Vaters ist begründet. Sie führt dazu, dass ihm gemäß § 1671 BGB das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht für M... übertragen wird.

1.

- 17 Entgegen der Ansicht der Mutter ist § 1696 Abs. 1 BGB nicht anzuwenden. Nach der gesetzlichen Systematik handelt es sich bei Sorge- und Umgangsrecht um eigenständige Verfahrensgegenstände, sodass die im Verfahren über einen Verfahrensgegenstand erlassene Entscheidung keine übergreifende Bindungswirkung auch für den anderen Verfahrensgegenstand entfaltet (vgl. BGH, FamRZ 2020, 255). Bei der vom Vater angestrebten Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht handelt es sich um eine erstmalige gerichtliche Regelung.

2.

- 18 Die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge für den Teilbereich Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Übertragung allein auf den Vater entspricht dem Wohl des Minderjährigen am besten und ist aufgrund der Meinungsverschiedenheiten der Eltern über seinen Lebensmittelpunkt geboten.
- 19 a) Leben die ganz oder in Teilbereichen gemeinsam sorgeberechtigten Eltern, wie hier, nicht nur vorübergehend getrennt, ist gemäß § 1671 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 BGB auf Antrag einem Elternteil die elterliche Sorge allein zu übertragen, wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht. Diese Regelung bedeutet nicht, dass dem Fortbestand der gemeinsamen Sorge ein Vorrang vor der Alleinsorge eines Elternteils eingeräumt wird. Eben so wenig besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame elterliche Sorge im Zweifel die beste Form der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung ist. Einer solchen Regelung stünde bereits entgegen, dass sich elterliche Gemeinsamkeit in der Realität nicht verordnen lässt (grundlegend BGH, NJW 2000, 203, 204; ebenso BVerfG, FamRZ 2004, 354). Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist deshalb grundsätzlich - und auch der Senat hat dies wiederholt ausgesprochen - eine auch nach der Trennung fortbestehende Fähigkeit und Bereitschaft der Eltern zur Kooperation in den das gemeinsame Kind betreffenden Belangen, setzt also insoweit eine tragfähige soziale Beziehung auf der Elternebene zwischen ihnen voraus (BVerfG, a.a.O.). 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 nicht zuträglich (BGH, FamRZ 2008, 592). Dabei ist es unerheblich, welcher Elternteil die Verantwortung für die fehlende Verständigungsmöglichkeit trägt (BGH, a. a. O; OLG Frankfurt, FuR 2014, 1374).
- 20 Hinsichtlich des hier allein streitigen Aufenthaltsbestimmungsrechts kann das gemeinsame Sorgerecht daher keinen Bestand haben, weil die Eltern sich nicht über den zukünftigen Lebensmittelpunkt ihres gemeinsamen Sohnes verständigen können. Die Mutter will, dass M... weiterhin den Lebensmittelpunkt in ihrem Haushalt hat und Umgänge mit dem Vater entsprechend der gerichtlich gebilligten Vereinbarung stattfinden. Der Vater hingegen strebt das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht an, um ein paritätisches Wechselmodell zu installieren.
- 21 b) Die Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Vater entspricht dem Wohl des Minderjährigen am besten.
- 22 aa) Dem steht nicht entgegen, dass die Mutter sich gegen ein Wechselmodell ausgesprochen hat.

- 23 Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1. Februar 2017 – XII ZB 601/15 – (= FamRZ 2017, 532 ff.) kann grundsätzlich auch gegen den Willen eines Elternteils das Wechselmodell angeordnet werden. Soweit der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, dass zur hoheitlichen Anordnung des Wechselmodells bei gemeinsamem Sorgerecht auch gegen den Willen eines Elternteils eine Umgangsregelung ausreichend sei, können die dort aufgestellten Grundsätze auch im Rahmen eines Antrags auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel, das Wechselmodell zu praktizieren, herangezogen werden. Zwar hat der Bundesgerichtshof seine Entscheidung im Rahmen eines Umgangsverfahrens getroffen. Er hat jedoch offen gelassen, ob dies auch durch die Alleinzuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts erfolgen kann. Gerade in dem Fall, dass ein Elternteil das Wechselmodell ablehnt, ist es aus Sicht des Senates aber geboten, dann, wenn das Wechselmodell dem Kindeswohl am besten entspricht, dem Elternteil das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen, der die Gewähr für dessen Umsetzung bietet (vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.02.2018 – 4 UF 226/17, juris).
- 24 bb) Bei der Frage, welchem Elternteil das Sorgerecht bzw. Teile davon zu übertragen sind, ist eine Abwägung nachfolgender Gesichtspunkte vorzunehmen, wobei deren Reihenfolge im Hinblick auf ihren Stellenwert keine Bedeutung zukommt (vgl. BGH, MDR 2020,103, m. w. N.):
- 25
- der Förderungsgrundsatz, nämlich die Eignung, Bereitschaft und Möglichkeit der Eltern zur Übernahme der für das Kindeswohl maßgeblichen Erziehung und Betreuung, einschließlich der Bindungstoleranz, also der Bereitschaft, den persönlichen Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil zuzulassen und zu fördern,
 - die Bindung des Kindes an beide Elternteile und etwa vorhandene Geschwister,
 - der Kontinuitätsgrundsatz, der auf die Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit und Stabilität der Erziehungsverhältnisse abstellt, sowie
 - der Wille des Kindes, soweit er mit seinem Wohl vereinbar ist und das Kind nach Alter und Reife zu einer Willensbildung im natürlichen Sinne in der Lage ist.
- 26 Die einzelnen Kriterien stehen nicht wie Tatbestandsmerkmale kumulativ nebeneinander. Jedes von ihnen kann im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für die Beurteilung der Frage sein, welche Regelung dem Kindeswohl am besten entspricht (vgl. hierzu BGH, FamRZ 2011, 796; FamRZ 2010, 1060).
- 27 cc) Nach der an Hand dieser Gesichtspunkte vorgenommenen Überprüfung und nach Anhörung der Eltern, des Minderjährigen, des Verfahrensbeistands und des Jugendamtes schließt sich der Senat der Einschätzung der Sachverständigen in ihrem Gutachten an, dass es dem Wohl von M... am besten entspricht, wenn der Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht ausübt. Nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Praktizierung eines Wechselmodells dem Kindeswohl hier am besten entspricht.
- 28 Die Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass beide Eltern auf ihre jeweilige Art und Weise gleichermaßen erziehungsgeeignet sind. Sie sind in der Lage, die Bedürfnisse ihres Sohnes zu erkennen und ihn altersangemessen und seinen Interessen entsprechend zu fördern und zu unterstützen. Dabei setzen sich beide für seine musikalische Förderung und sportliche Betätigung ein, fördern seiner sozialen Kontakte und Interessen und geben ihm Sicherheit durch eine klare Tagesstruktur. Beide Eltern verfügen auch über eine hinreichende Bindungstoleranz. Insbesondere sprachen sie während der Begutachtung in wertschätzender Art und Weise über den jeweils anderen und waren sich dessen hoher emotionaler Bedeutsamkeit für das Kind bewusst.
- 29 M... hat zu beiden Elternteilen sehr enge emotionale Beziehungen und sichere Bindungen. Beide sind für ihn Hauptbezugspersonen, ohne dass es eine eindeutige emotionale Präferenz für ein Elternteil gebe.

- 30 Bis zur Trennung seiner Eltern lebte M... im gemeinsamen Haushalt der Eltern. Seitdem hat er zwar seinen Lebensmittelpunkt bei der Mutter. Durch den umfangreichen Umgang ist ihm aber auch der Vater als Hauptbezugsperson erhalten geblieben. Die räumliche Kontinuität wurde zum Teil dadurch gewahrt, dass er auch nach dem Umzug der Mutter weiterhin die Kita in Wohnortnähe besuchen konnte. M... hat in der Umgebung beider Elternteile Freunde gefunden. Die Sachverständige hat überdies gut nachvollziehbar dargelegt, dass die mit der Betreuung in beiden Haushalten einhergehende Erziehungsvielfalt nicht als Belastung, sondern als bereichernd für die Entwicklung von M... angesehen werden muss.
- 31 Angesichts dessen, dass der Vater M... ohnehin bereits an 6 von 14 Tagen betreut, steht der Kontinuitätsgrundsatz einer Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Vater nicht entgegen.
- 32 Die gilt auch für den Kindeswillen. M... hat sich im Laufe des Verfahrens zwar eher dafür ausgesprochen, dass alles so bleiben solle wie es sei, insbesondere hat er nicht ausdrücklich gefordert, bei beiden Eltern gleich viel Zeit zu verbringen. Nach den Ausführungen der Sachverständigen ist aber davon auszugehen, dass er sich letzteres auch vorstellen kann und akzeptieren wird, sofern die Eltern nur aufhören zu streiten. Beide Elternteile sind für ihn – auch in emotionaler Hinsicht – gleich wichtig. Sofern er im Elternkonflikt mal für den Vater, mal für die Mutter Partei ergriffen hat, beruht dies auf seiner Ambivalenz. Er fand für beide Positionen eher rationale Begründungen (Schulweg auf der einen Seite, Gerechtigkeit auf der anderen). Sein vordergründiger Wille bezieht sich auf die Beendigung des Elternstreits, nicht jedoch auf ein Betreuungsmodell.
- 33 Es fehlt den Eltern auch nicht an der für ein paritätisches Wechselmodell erforderlichen Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit. Wie die Sachverständige zutreffend ausgeführt hat, konnten sich die Eltern bislang in allen wesentlichen Dingen – ausgenommen im Streit um das Wechselmodell – verständigen, und zwar weitgehend ohne gerichtliche Hilfe. So ist es ihnen beispielsweise gelungen, gemeinsam die Schule zu bestimmen, die M... nun besucht. Dass die Eltern sich nicht über jede Freizeitaktivität einigen können, ist kein Grund, ein Wechselmodell nicht zu praktizieren. Auch bei Eltern, die nicht getrennt leben, kommen solche Meinungsverschiedenheiten vor. Die Kommunikation, die überwiegend über E-Mails erfolgt, ist sachlich und auf die Belange des gemeinsamen Kindes beschränkt. Beiden Elternteilen fehlt es darüber hinaus nicht an der für eine gleichberechtigte Elternschaft erforderlichen grundsätzlichen Wertschätzung des jeweils anderen. Da die Eltern im Übrigen gemeinsam sorgeberechtigt sind, wäre es im Interesse ihres Sohnes ohnehin wünschenswert, wenn die Eltern weiter an der Verbesserung ihrer Kommunikationsfähigkeit arbeiten.

III.

- 34 Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 FamFG; der Wert des Beschwerdeverfahrens ergibt sich aus §§ 40 Abs. 1 Satz 1, 45 Abs. 2 Ziffer 1 FamGKG.