

Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrecht bei annähernd gleicher erzieherischer Eignung beider Elternteile

§§ 1631 Abs. 1, 1666, 1671 BGB

Wenn die künftigen Erziehungs- und Betreuungsmöglichkeiten einschließlich der erzieherischen Eignung bei beiden Elternteilen annähernd gleich sind, die Bindungen des Kindes zu den Elternteilen nahezu gleich gut und intensiv sind und auch sonst kein deutlicher Vorrang des Lebenskreises und der Umgebung eines Elternteils besteht, kann dem Kontinuitätsgrundsatz ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.09.2012 – 13 UF 9/11

Praxishinweis:

Das Aktenzeichen des erstinstanzlichen Verfahrens aus 2007 und die Ausführungen zur Überholung des ersten Sachverständigen-gutachtens deuten darauf hin, dass das Verfahren seit 2007 anhängig ist und damit das 2001 geborene Kind fast die Hälfte seines Lebens begleitet hat. Das ist zu lange, auch wenn auf das Verfahren noch das bis zum 31.08.2009 geltende FGG Anwendung finden dürfte und § 155 FamFG somit nicht anwendbar ist. Dass die Eltern jahrelang ein Wechselmodell praktiziert haben, erscheint vor dem beschriebenen Streitpotenzial erstaunlich. Der Senat hat nunmehr der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen und dabei entscheidend auf den Gesichtspunkt der Kontinuität abgestellt, da die übrigen Aspekte, wie Bindung, Förderung und Kindeswille, für beide Eltern sprechen und keinen Ausschlag geben konnten.

Richterin am OLG Yvonne Gottschalk

Die Entscheidung kann vollständig abgerufen werden unter www.zkj-online.de, dort unter Familie-Soziales, Sorgerecht und Umgangsrecht.

Wechselmodell auch gegen den Willen eines Elternteils

§§ 1671, 1684 BGB

1. Es kommt maßgeblich darauf an, inwieweit die Anordnung des Wechselmodells dem Wohl des Kindes entspricht. Für das Gericht ist der fehlende Konsens der Eltern allein nicht das entscheidende Kriterium. Es kommt auf die Qualität des Dissenses an. Überwiegen die Gemeinsamkeiten und ist es den Eltern weiterhin möglich, kindorientiert zu entscheiden, kommt es auf den Dissens in einer einzelnen Frage, mag die Bedeutung auch noch so groß sein, nicht an.

Dem von dem Kind geäußertem Willen kommt für die Anordnung des Wechselmodells durch das Familiengericht maßgebliche Bedeutung zu.

2. Das tradierte Modell des Aufenthalts des Kindes bei einem Elternteil und des Umgangs des Kindes mit dem anderen Elternteil würde im vorliegenden Fall zu einem Ungleichgewicht zwischen den beiden Eltern in Bezug auf die Tragung der Verantwortung für das Kind führen.

(Leitsätze der Redaktion)

AG Erfurt, Beschl. v. 14.09.2012 – 36 F 141/11

(mitgeteilt von Richter am AG Georg von Schmettau, AG Erfurt)

Aus den Gründen (gekürzt):

III. Elterliche Sorge

A.

Aus der Ehe der beteiligten Eltern stammt ihr am 27.11.2005 geborener Sohn C. Beide Eltern begehren wechselseitig nach ihrer Trennung das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie das Recht zur Gesundheitsorge für das Kind.

Die Mutter ist im Januar 2010 aus der Ehwohnung in der XStr. in E, die nach wie vor von dem Vater bewohnt wird, ausgezogen. Zunächst wohnte sie bei ihren Eltern, im Mai 2010 bezog sie mit C. einen eigenen Wohnraum.

C. besuchte bis Ende August 2012 den Kindergarten „K“ in E. Im September 2012 wird er in die X-Grundschule in E. eingeschult.

Die Wohnsituation von C. wird von beiden Eltern unterschiedlich wahrgenommen.

Die Mutter geht davon aus, dass C. seinen Aufenthalt bei ihr hat und der Antragsgegner regelmäßig Umgang mit C. wahrnimmt. Der Vater nimmt die Situation insoweit wahr, dass die Eltern praktisch ein Wechselmodell durchführen würden. Zu Beginn des Verfahrens wechselte C. mindestens zweimal in der Woche die Wohnung vom Vater zur Mutter bzw. von der Mutter zum Vater. Zuletzt haben die Eltern den Umgang – bezogen auf einen Zeitraum von zwei Wochen – wie folgt festgelegt: C. ist 5 Tage beim Vater und zwar jeweils von Mittwochnachmittag bis Montagfrüh der darauffolgenden Woche. Danach ist C. bei der Mutter bis zum Mittwoch der übernächsten Woche morgens. Der Vater nimmt des Weiteren an einem Nachmittag, und zwar in der Woche in der C. fast vollständig bei der Mutter wohnt, den Umgang mit C. wahr.

Die Mutter ist der Auffassung, dass C. seinen Aufenthalt bei ihr haben soll. Es soll die bisher praktizierte Regelung des Umgangs schon aus Kontinuitätsgründen beibehalten werden. Die Mutter glaube, dass ein Wechselmodell im Hinblick auf C.s Charakter für ihn nicht passe. C. benötige eine große Stabilität. Diese können sie gewährleisten. Auch habe C. in ihrem Wohnumfeld Kontakt zu gleichaltrigen Kindern.

Die Antragstellerin beantragt unter Zurückweisung des Antrages der Antragsgegners, ihr das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie das Recht zur Gesundheitsorge für das gemeinsame minderjährige Kind C. Z., geboren am 27.11.2005, allein zu übertragen.

Der Antragsgegner beantragt unter Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin, ihm das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Gesundheitsorge für das gemeinsame minderjährige Kind C. Z., geboren am 27.11.2005, allein zu übertragen.

Der Vater war zunächst im Vorfeld des Verfahrens der Ansicht, dass die Eltern ein Wechselmodell im wöchentlichen Rhythmus praktizieren sollten. Zu Beginn des Verfahrens hat er allerdings angegeben, dass es aus seiner Sicht wohl das Beste sei, wenn C. im väterlichen Haushalt wohnen würde und dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Zuletzt hat der Vater angegeben, dass er den Aufenthalt von C. bei den Eltern insoweit geregelt wissen wolle, dass C. eine Woche beim Vater und eine Woche bei der Mutter sei.

Das Gericht hat mit Beschl. v. 23.02.2011 für C. einen Verfahrensbeistand bestellt. C. selbst wurde durch das Familiengericht im Beisein des Verfahrensbeistandes am 25.07.2012 persönlich angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Protokoll verwiesen (Bl. 55 d.A.).

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlung v. 24.03.2011, 08.04.2011 und 26.07.2012 verwiesen.

B.

Die wechselseitig gestellten Anträge der Eltern in Bezug auf die alleinige Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrecht und des Rechts der Regelung der Gesundheitsorge waren in der gestellten Form zurückzuweisen. Stattdessen war – in der Form einer Umgangsregelung – der Aufenthalt von C. bei seinen Eltern insoweit zu regeln, dass er seinen Lebensmittelpunkt jeweils im wöchentlichen Wechsel bei der Mutter bzw. bei dem Vater hat, § 1671 Abs. 2 Ziff. 2 BGB.

Gemäß § 1671 Abs. 2 Ziff. 2 BGB ist die gemeinsame elterliche Sorge dann aufzuheben, wenn dies sowie deren Übertragung auf einen Elternteil allein dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge setzt in aller Regel eine tragfähige soziale Beziehung der Eltern voraus. Dabei kommt es insbesondere darauf an, dass eine Verständigung der Eltern über wichtige Sorgerechtsfragen überhaupt noch in einer Art und Weise möglich ist, die auch bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern eine dem Kindeswohl dienliche Entscheidung gewährleistet (st. Rspr.; s.a. BVerfG, Beschl. v. 21.07.2010, NJW 2010, 3008 ff.; BGH, Beschl. v. 12.12.2007, FamRZ 2008, 592; = NJW 2008, 994; OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2011, Az. 4 UF 96/11). Elterliche Gemeinsamkeit lässt sich weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten verordnen; streiten sich Eltern bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge fortwährend über die das Kind betreffenden Angelegenheiten, kann dies zu Belastungen führen, die mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar sind (vgl. BGH FamRZ 2005, 1167 ff.; BGH FamRZ 1999, 1646, 1647).

Dabei ist es von Verfassungen wegen nicht geboten, der gemeinsamen Sorge gegenüber der alleinigen Sorge den Vorrang einzuräumen (vgl. BVerfG FamRZ 2004, 354; BVerfG FamRZ 2004, 1015, 1016; BGH FamRZ 2008, 592); ein solcher Vorrang ist auch nicht in der Regelung des § 1671 BGB enthalten. Genauso wenig kann vermutet werden, dass die gemeinsame Sorge nach der Trennung der Eltern im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung sei (BVerfG, a.a.O., m.w.N.). Die vorbeschriebene Sichtweise wird auch durch die Entscheidung des EGMR v. 03.12.2009 (Az. 22028/04) und des BVerfG v. 21.07.2010 (1 BvL 420/09) nicht berührt, da Gegenstand dieser Verfahren allein die nicht bestehende Möglichkeit des Vaters war, überhaupt mit in die elterliche Sorge einbezogen zu werden.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass wegen des mit der Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge bzw. von Teilen der elterlichen Sorge und der Übertragung auf einen Elternteil verbundenen Eingriffs in das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des anderen Elternteils die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Das bedeutet, sie kommt nur in Betracht, wenn dem Kindeswohl nicht durch für den betroffenen Elternteil mildere, d.h. weniger beschränkende Maßnahmen, die auch geeignet sein müssen, begegnet werden kann (BVerfG FamRZ 2004, 1015; FamRZ 2004, 354; KG, Beschl. v. 28.02.2012, Az. 18 UF 184/09). Aus einer anderen Sicht betrachtet: Immer dann also, wenn im Wege einer Prognose davon ausgegangen werden kann, dass in den Angelegenheiten, in denen eine Mitwirkung beider Elternteile erforderlich ist, eine Verständigung zu erwarten ist, ist die gemeinsame elterliche Sorge i.d.R. beizubehalten (OLG Köln, a.a.O.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.12.2011, Aktenzeichen: 4 UF 257/11).

Nach den Feststellungen des Gerichts ist davon auszugehen, dass die Eltern in der Lage sind, die wesentlichen Angelegenheiten für C. gemeinsam zu regeln. Die Eltern können sich vorliegend im Wesentlichen nur nicht über die Frage des Lebensmittelpunktes von C. und die Dauer des Aufenthalts bei jedem Elternteil einigen, wobei diffus bleibt, welche tatsächliche Regelung sich die Eltern für ihr Kind wünschen. Das wechselte im Laufe des Verfahrens. Alle anderen Fragen von wesentlicher Bedeutung, die für C. zu regeln sind, haben die Eltern verantwortungsbewusst in der Vergangenheit regeln können. Sie haben ohne Probleme für die vergangenen Sommerferien eine Ferienregelung gefunden, der Vater war mit C. drei Wochen im Urlaub, mit seiner Mutter verbrachte C. eine Urlaubszeit von zwei Wochen. Die Eltern haben sich auf eine Grundschule, die C. ab Herbst 2012 besuchen wird, einigen können. Auch in den mündlichen Verhandlungen sind sich beide Eltern mit Achtung und gegenseitigem Respekt begegnet. Sie haben das Angebot der Mediation wahrgenommen und in einem fast ein Jahr andauernden Gesprächsprozess versucht, eine Regelung zu finden. Bereits zuvor haben sie mittels einer Beratung durch die Caritas – wenn auch mit unterschiedlichen Zielen – versucht, ihre Beziehung bzw. das Eltern-Kind-Verhältnis zu gestalten. Wenn dieses Ziel schlussendlich nicht erreicht werden konnte, bedeutet das nicht das Scheitern der Elternschaft. Im Gegenteil, das Gericht hat keinen Zweifel an der Ernsthaftigkeit der von den Eltern durchgeführten Anstrengungen und den angeführten Argumenten. Auf der Seite des Vaters stand zuletzt das Bemühen, als gleichberechtigter Elternteil wahrgenommen zu werden, auf der Seite der Mutter

stand die Stabilität im Alltag für C. im Vordergrund. Ihre Sorge galt im Wesentlichen dem Umstand, dass sie davon ausgeht, C. nach der Einschulung und der beruflichen Eingebundenheit des Vaters in einem größeren Umfang betreuen zu können. Die Art und Weise des Vortrags der Eltern – mit Ausnahme der nach Schluss der mündlichen Verhandlung (25.07.2012) am 28.08.2012 eingegangenen Schriftsätze – lässt allein den Schluss zu, dass die Gemeinsamkeiten größer sind als das Trennende. Das Gericht hat auch nicht feststellen können, dass sich ein Elternteil der Entscheidung entzieht, wenn ein Regelungsbedarf für C.s Angelegenheiten in der Vergangenheit entstanden war.

Das Gericht hat auch keinen Zweifel, dass die Eltern nach den bisher durchgeführten Anstrengungen bereit sein könnten, evtl. eine weitere Beratung oder systemische Familienberatung in Anspruch zu nehmen, wenn sie erkennen und hierbei unterstützt werden, dass dieser Weg für sie und C. der richtige ist und das gerichtliche Verfahren mit der Regelung des Lebensmittelpunktes für C. abgeschlossen ist. Das Gericht geht davon aus, dass es den Eltern auch in Zukunft gelingen wird, ihr Kind in den Mittelpunkt zu stellen und die zu treffenden Entscheidungen an seinen Bedürfnissen zu orientieren. Sie haben auch in der Vergangenheit bewiesen, dass sie insoweit ihre eigenen Bedürfnisse zurückstellen können, auch wenn es in der Vergangenheit immer wieder Momente gab, in denen sie nicht miteinander sprechen konnten. Diese Dynamik der Emotionen gehört zur Trennung dazu, ohne dass daraus durch das Familiengericht sogleich Schlüsse in Bezug auf die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge geschlossen werden müssen.

Nach diesen Feststellungen des Gerichts war deswegen grds. die gemeinsame elterliche Sorge, auch soweit die Teilbereiche des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Gesundheitsorge für C. angesprochen wurden, beizubehalten.

Soweit die Eltern in ihren Schriftsätzen v. 28.08.2012, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangen sind, in Bezug auf ihre Kommunikation jeweils völlig unterschiedliche Positionen benennen, indem sie sich nicht einigen konnten, besteht für das Gericht keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Nach den Erfahrungen des unterzeichnenden Richters gehört es zur besonderen Dynamik eines Kindschaftsverfahrens, dass es den Eltern gerade im Vorfeld einer mündlichen Verhandlung oder einer zu treffenden gerichtlichen Entscheidung besonders schwerfällt, miteinander zu kommunizieren und Abstimmungen zu treffen. Die eigene Wahrnehmung von Verletzungshandlungen durch den

anderen Elternteil ist besonders groß. Die Auflösung von Missverständnissen ist nicht möglich. Teilweise sind sogar schwere Krisen feststellbar. Das Gericht hat deswegen keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Zudem waren die Eheleute gehalten, nach dem Scheitern der Mediation sofort und umfassend vorzutragen.

Soweit sich die Antragstellerin im Schriftsatz v. 28.08.2012 darauf bezieht, dass sie unter dem Gesichtspunkt der Beziehungskontinuität deutliche Vorteile für die Erziehung von C. mitbrachte, wird die Antragstellerin auf Ziff. 2 der Vereinbarung v. 08.04.2011 verwiesen. Sie kann sich hierauf nicht berufen. Soweit sich die Antragstellerin darauf beruft, dass sie eine intensivere Betreuung von C. im ersten Schuljahr gewährleisten könne, ist dies kein tragendes Argument. Bei der von den Eltern für C. ausgesuchten X-Grundschule in E. handelt es sich um eine Ganztagschule, bei der sich die außerschulische Betreuung in Grenzen hält. Das Gericht hat keinen Zweifel, dass beide Eltern in der Lage sind, C. angemessen in Bezug auf die Schule unterstützen können. Auch das Argument des Schulweges ist zu vernachlässigen. Von beiden Elternteilen ist die X-Grundschule entweder zu Fuß oder mit der Straßenbahn gut zu erreichen. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Behauptungen rechtfertigen deswegen keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

Auch der Schriftsatz des Antragsgegners v. 28.08.2012 und die darin aufgestellten Behauptungen rechtfertigen nicht den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung. Die Anl. AG 1 enthält eine Aufzählung von Verfehlungen der Antragstellerin. Dabei liegt der Antragsgegner seine Sichtweise, wie mit C. umzugehen ist, zugrunde, ohne dabei zu beachten, dass die Mutter von ihm losgelöst eine eigene Beziehung zu C. hat. Die schon fast tagbuchähnliche Aufzeichnung legt eher den Verdacht nahe, möglichst viel Material gegen die Mutter zu sammeln. Die Anl. AG 2 stellt sodann den Versuch dar, die Mutter als psychisch labil zu beschreiben. Die Anl. AG 3 beschreibt Aspekte zur Gesundheitsorge. Die Sichtweise des Antragsgegners auf die Eltern-Beziehung wird besonders deutlich an dem ersten Satz des vorletzten Abs. auf der ersten Seite. Die Mutter wird so beschrieben, als müsse sie „ermahnt“ werden wie ein kleines Kind. Die Anl. AG 5 enthält sodann verschiedene Aspekte zur Aufenthaltsbestimmung. Dabei beschreibt der Antragsgegner seine Gespräche mit C. und übersieht dabei, dass C. – wie jedes Kind – sowohl seiner Mutter gegenüber als auch seinem Vater gegenüber das sagt, was er auch hören möchte. In Bezug auf die Kontinuität nimmt der Antragsgegner Bezug auf das bisherige Wohnumfeld und nennt zwei Umzüge der Mutter. Weiter verweist der

Antragsgegner darauf, dass C. einen absoluten „Horror“ davor habe, dass seine Mutter mit ihrem aktuellen Freund eines Tages zusammenziehen könnte und C. mit ihm und gelegentlich dessen Kindern in einer Art „Patchwork-Familie“ zusammenwohnen soll. An dieser Stelle sei nur angeführt, dass Kinder vieles aushalten, sich auf jeden Änderungsprozess einstellen können, wenn sie von ihren Eltern begleitet werden. Schon die Trennung der Eltern stellt für das Kind ein so gravierendes Ereignis, das durchaus auch als Traumata bezeichnet werden kann, dar, dass sie hierbei nicht von ihren engsten Vertrauenspersonen – und das sind nun einmal die Eltern – im Stich gelassen werden dürfen. Dass C. von seiner Mutter und von seinem Vater in dieser Situation begleitet wurde, hat die persönliche Anhörung von C. deutlich ergeben. Seine Trauer über die Trennung der Eltern konnte er formulieren, genauso wie er die heutige Beziehung zu beiden Eltern beschrieb.

Soweit durch den Vater vorgetragen wird, dass es in einzelnen Fragen des täglichen Lebens Differenzen mit der Mutter gegeben habe, rechtfertigt dieser Vortrag ebenfalls nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Es wird darauf hingewiesen, dass gem. § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, die Entscheidungsbefugnis in allen Angelegenheiten des täglichen Lebens hat. Nicht über jede Minute, jeden Besuch, jeden Arztbesuch – zumal wenn es sich um Routineuntersuchungen handelt –, jedes Erlebnis, muss dem anderen Elternteil berichtet werden. Auch wenn getrennt lebende Eltern einen höheren Aufwand haben, sich abzustimmen, stellt es eine Überforderung dar, jede Lebenssituation des Kindes zu erfassen und hierüber den anderen Elternteil zu informieren. Das hat mit gemeinsamer elterlicher Sorge nichts zu tun.

Für das Gericht ist auch nicht nachvollziehbar, wie der Antragsgegner darauf kommen kann, dass er einen überproportional größeren Anteil am guten „Gedeihen“ von C. habe. Diese Feststellung ist durch nichts unterlegt. Das gilt auch insofern, soweit der Antragsgegner sich anmaßt, dass er der absolute „Rückhalt“ für C. sei. C. wäre – wenn dies richtig wäre – das erste Kind, das der unterzeichnende Richter in seiner über fünfjährigen Tätigkeit als Familiengerichter kennengelernt hätte, dass seine Persönlichkeit einem Elternteil verdankt, wenn er regelmäßig mit beiden Eltern Kontakt und eine liebevolle Beziehung hat. Die Anhörung von C. hat dann auch ein völlig anderes Bild ergeben. Für diese Feststellung des Gerichts bedarf es auch nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Behauptungen des Antragsgegners sind durch nichts unterlegt, allenfalls kann dem Vater zugutegehalten

werden, dass er möglicherweise in der gegenwärtigen Situation und in der Auseinandersetzung mit der Mutter blind für die Bedürfnisse des Kindes ist. Die Annahmen des Antragsgegners rechtfertigen deswegen nicht den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung.

Auch der Vortrag des Antragsgegners im Schriftsatz v. 11.09.2012 bietet keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziff. II.B verwiesen. Auch in Bezug auf den Lebensmittelpunkt von C. und sein Verhältnis zu seinen Eltern enthält dieser Schriftsatz keinen neuen Tatsachenvortrag, der geeignet sein könnte, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Soweit der Antragsgegner gebetsmühlenartig die extrem schlechte psychische Verfassung der Antragstellerin betont, ist dieser Gesichtspunkt nicht geeignet, die zentrale Position der Mutter im Leben von C. infrage zu stellen. Dieser Vortrag ist nur geeignet, vor C., der sich nicht wehren kann, die Mutter herabzusetzen. Es gibt keinen Zweifel, dass die Mutter von C. die erste und neben dem Vater wichtigste Bezugsperson für C. bedeutet.

Als Minus des Aufenthaltsbestimmungsrechts war allerdings der Aufenthalt von C. in der Form einer Umgangsregelung durch das Gericht zu bestimmen. Denn hierauf bezog sich der eigentliche Streitpunkt der Eltern. Da das Aufenthaltsbestimmungsrecht verbindlich feststehen und jederzeit bestimmbar sein muss, kann es nur einem Elternteil oder beiden Eltern gemeinsam zustehen. Es kann weder zeitlich befristet noch unter eine Bedingung gestellt werden. Es war deswegen durch das Gericht im Rahmen einer Umgangsregelung der Lebensmittelpunkt für C. zu bestimmen.

Das Gericht hat insoweit ein Wechselmodell, d.h. der wöchentlich wechselnde Aufenthalt von C. bei jedem Elternteil, bestimmt.

An ihrer ablehnenden Haltung zum Wechselmodell hat die Mutter bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung allerdings festgehalten.

Ob ein Wechselmodell gegen den Willen eines Elternteils durch das Familiengericht angeordnet werden darf, ist streitig. In Literatur und Rechtsprechung überwiegt die Auffassung, dass die Anordnung des (Betreuungs-)Wechselmodells bei widerstreitenden Anträgen gar nicht möglich sei, da der Konsens zur Durchführung der wechselseitigen Betreuung fehle (vgl. Schwab, FamRZ 1998, 457) und ein gemeinsamer Kooperationswille der Eltern unverzichtbare Voraussetzung sei (vgl. BGH, Beschl. v. 14.10.1992 – Az. XII ZB 150/91, FamRZ 1993, 314, OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.03.2007 – Az. 16 UF 13/07; OLG Hamm NJW 2012, 398; weitere Nachweise in KG, Beschl. v. 28.02.2012 a.a.O.). Nur vereinzelt wurde trotz anders lautenden Anträgen der

Fortbestand des Wechselmodells (vgl. AG Hannover, Beschl. v. 13.10.2000 – 608 F 2223/99 SO, FamRZ 2001, 846 [einstweilige Anordnung] und AG Hannover, Beschl. v. 10.08.2001 – Az. 608 F 2223/99 SO, 608 F 2223/99, JAmt 2001, 557 [Hauptsache]; KG, Beschl. v. 28.02.2012, a.a.O.) bestimmt.

Die aufgeworfene Fragestellung ist in dieser Formulierung nach Ansicht des Gerichts keine Rechtsfrage. Maßgeblich kommt es darauf an, inwieweit die Anordnung des Wechselmodells dem Wohl des Kindes entspricht. Für das Gericht ist der fehlende Konsens der Eltern allein nicht das entscheidende Kriterium. Es kommt auf die Qualität des Dissenses an. Überwiegen die Gemeinsamkeiten und ist es den Eltern weiterhin möglich, kindorientiert zu entscheiden, kommt es auf den Dissens in einer einzelnen Frage, mag die Bedeutung auch noch so groß sein, nicht an.

Als entscheidendes Kriterium für die Anordnung des Wechselmodells durch das Familiengericht ist vorliegend zunächst der von C. geäußerte Wille. Im Rahmen der persönlichen Anhörung durch den erkennenden Richter im Beisein des Verfahrensbeistandes hat C. deutlich seinen Willen artikuliert. Er hat in einer für einen sechsjährigen Jungen bemerkenswerten Deutlichkeit seine Beziehung zu beiden Eltern beschrieben. C. selbst verfügt, nach den Feststellungen des erkennenden Richters, über eine hohe sprachliche Kompetenz. Er hat sich gewünscht, dass er beide Eltern mit gleichen Zeitanteilen sehen kann. In seiner Tätigkeit als Familienrichter hat der Unterzeichnende noch nie ein Kind in diesem Alter erlebt, das so klar und differenziert seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat. In seiner Aussage war nicht die Spur einer Unsicherheit zu erkennen. Auch auf den Vorhalt des von C. zunächst von sich aus genannten Zeitraums von 14 Tagen, die er bei jedem Elternteil bleiben wollte, ist er darauf eingegangen, hat auf den Vorhalt des Richters, ob dies nicht zu lang sei, von sich aus einen anderen Zeitraum vorgeschlagen.

Wie viele Kinder in seiner Situation hat er seine Sehnsucht darüber zum Ausdruck gebracht, beide Eltern auch gemeinsam erleben zu können. Seine Aussage ist als umso bemerkenswerter zu beurteilen, als er vor dem Anhörungstermin gerade einen zweiwöchigen Urlaub mit seiner Mutter verbracht hat. Letztlich gibt es keinen Zweifel, dass es C. ist, der das Wechselmodell leben möchte. Natürlich kann er sich als sechsjähriger Junge nicht dem Einfluss seiner Eltern entziehen. Sie sind und bleiben das Maß aller Dinge für ihn. Beide Eltern haben angegeben, mit C. über den Gegenstand des Verfahrens gesprochen zu haben, wobei offen blieb, in welcher Qualität und in welcher Form dies geschehen ist. Das Gericht hat aber keinen Zweifel daran, dass C. seinen Willen authentisch wiedergegeben hat.

Der Verfahrensbeistand hat in seiner Stellungnahme beide Möglichkeiten abgewogen und keine definitive Entscheidung für die beiden im Raum stehenden Modelle treffen wollen. Er hat angegeben, dass er sich sowohl ein Wechselmodell vorstellen könne als auch die Beibehaltung des gegenwärtigen Zustandes.

Vor dem Hintergrund, dass bereits heute schon der Betreuungsanteil des Vaters fünf Tage auf einen Zeitraum von zwei Wochen beträgt, ist die Anordnung des Wechselmodells nahe liegend. Damit wird dem Willen von C. Geltung verschafft.

Aber es kommt noch ein zweiter Gesichtspunkt hinzu. Beide Eltern haben hohe Ansprüche in Bezug auf die Entwicklung von C. und wollen ihm eine gute Mutter und ein guter Vater sein. Das Gericht hat die Auseinandersetzung der Eltern auch so wahrgenommen, dass beide derzeit darum ringen, wer der „bessere“ Elternteil ist, wer ihm eine höhere Stabilität geben kann. Aus der Sicht von C. ist das allerdings eine unzulässige Fragestellung. Das Gericht hat keinen Zweifel, dass beide Eltern schon wegen ihrer unterschiedlichen Persönlichkeiten und verschiedenen Charaktere für die Entwicklung von C. gleichermaßen wichtig sind. Beide Eltern müssen auf Augenhöhe weiterhin miteinander kommunizieren und entscheiden (dürfen). Dazu gehört nach Auffassung des Gerichts auch, dass einstweilen festgelegt wird, dass der Betreuungsanteil für beide Eltern gleich ist. Das tradierte Modell des Aufenthalts des Kindes bei einem Elternteil und des Umgangs des Kindes mit dem anderen Elternteil würde im vorliegenden Fall dazu führen, dass ein Ungleichgewicht zwischen den beiden Eltern in Bezug auf die Tragung der Verantwortung für C. entstehen würde. Es würde dadurch eine Schieflage zwischen den Eltern in der Beziehung und in der Verantwortung für C. perpetuiert. In der Abwägung des Für und Wider hält das Gericht diesen Aspekt für so wichtig, dass es eine Anordnung dahingehend trifft, die beiden Eltern gleiche Betreuungsanteile zuweist.

Das Gericht hat auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet. Soweit der Antragsgegner angeregt hat, ein Erziehungsfähigkeitsgutachten durch das Familiengericht einzuholen, war dieser Anregung nicht zu folgen. Es gibt keinen vernünftigen Zweifel, dass beide Eltern geeignet sind, C. zu erziehen. Die einzige Gefahr, die für C. bestehen könnte, wäre die, dass er in der Auseinandersetzung seiner Eltern aufgerieben würde und beständig einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt wäre. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist allerdings eine solche Gefahr als fernliegend anzusehen. Im Rahmen der persönlichen Anhörung hat C. eher einen vom Streit der Eltern unbefangenen Eindruck gemacht. Offen und wach und keineswegs – wie von beiden Eltern überein-

stimmend berichtet – zurückhaltend hat er die Fragen des Unterzeichnenden beantwortet. Offenbar ist es den Eltern bisher gelungen, dass C. zwar von der Trennung betroffen, aber nicht so weit traumatisiert wurde, dass für ihn eine nicht mehr aushaltbare Belastungssituation entstanden ist.

Das Gericht hat auch deswegen auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet, weil beide Eltern nach dem Eindruck, die das Gericht im Rahmen der persönlichen Anhörung gewonnen hat, in der Lage sind, C.s Situation zu reflektieren. Sollte es tatsächlich so sein, dass das Wechselmodell nicht die notwendige Stabilität für C. bedeutet, wie insbesondere von der Mutter befürchtet, und dass er mit dem wöchentlichen Hin- und Herziehen zwischen dem mütterlichen und dem väterlichen Haushalt nicht zurecht kommt, hat das Gericht keinen Zweifel, dass die Eltern – so wie sie es auch in der Vergangenheit getan haben – Hilfe hinzuziehen und seinen Lebensmittelpunkt einvernehmlich neu bestimmen werden. Zu Beginn des Verfahrens waren die Umzüge von C. vom mütterlichen in den väterlichen Haushalt und zurück noch sehr viel häufiger. Beide Eltern haben diesen häufigen Wechsel als zu belastend für C. und vielleicht auch für sich selbst empfunden und eine Abänderung einvernehmlich vorgenommen. Das Gericht ist davon überzeugt, dass beide Eltern Verhaltensauffälligkeiten von C. rechtzeitig erkennen und diese zum Anlass nehmen werden, entsprechende Abänderungen – notfalls unter Einbeziehung einer Familienberatungsstelle oder einer sonstigen dritten Person – einvernehmlich vorzunehmen.

Das Gericht hat sich darauf beschränkt, allein das Wechselmodell in Bezug auf die einzelnen Kalenderwochen anzuordnen. Im Hinblick auf die Kompetenzen der Eltern und die Verantwortung, die sie in der Vergangenheit für C. übernommen haben, hat das Gericht keinen Zweifel, dass es den Eltern gelingen wird, die übrigen noch offenen Umgangszeiten – das betrifft insbesondere eine Feiertags- und Ferienregelung – einvernehmlich abzusprechen. Das ist in der Vergangenheit auch gelungen.

In Bezug auf die Gesundheitsorge war die gemeinsame Sorge aus den gleichen Gründen beizubehalten. Keiner der Elternteile konnte einen Moment nennen, in dem sie sich in Bezug auf eine einzelne medizinische Maßnahme nicht einigen konnten. Die in dem Schriftsatz v. 28.08.2012 durch den Vater beschriebenen Situationen bzw. Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die ärztliche Versorgung bzw. Krankenversicherung sind nicht als so gravierend einzuschätzen, dass die Gesundheitsorge einem Elternteil zugeordnet werden müsste. Bei den von dem Antragsgegner angesprochenen Tattoos geht das Gericht davon aus, dass es sich hierbei um abwaschbare Tattoos handelt.

Abschließend weist darauf hin, dass beide Eltern vor dem Hintergrund des bestehenden Streits derzeit nicht in der Lage sind, C. den nötigen Rückhalt zu geben. Beide Eltern verweisen darauf, dass sie ihm die größere Stabilität geben können. Bemerkenswert sind insofern die Ausführungen des Vaters auf der letzten Seite des Schriftsatzes v. 28.08.2012, sehr ähnlich den Ausführungen der Mutter in Bezug auf die Stabilität, die beide Eltern ihrem Kind bieten wollen. Das ist ein Trugschluss. Nach der persönlichen Anhörung der Eltern ist das Gericht davon überzeugt, dass allein der bestehende Streit zwischen den Eltern die einzige Instabilität für C. bedeutet. In den mündlichen Verhandlungen hat das Gericht beide Eltern als reflektierende Persönlichkeiten kennengelernt. Beide haben ihre Emotionen im Griff gehabt und es war ihnen auch gelungen, den anderen Elternteil anzusprechen.

Praxishinweis:

Das Familiengericht hat bei seiner Entscheidung maßgeblich auf den Willen des Kindes abgestellt und liegt damit auf einer Argumentationslinie mit dem KG, Beschl. v. 28.02.2012, abgedruckt und besprochen in ZKJ 2012, 267. Zum anderen möchte das Familiengericht mit seiner Entscheidung für das Wechselmodell die aus seiner Sicht bestehende Gefahr eines entstehenden Ungleichgewichts der Eltern im Falle einer Sorgerechtsübertragung verhindern. Auch wenn die Argumentation auf die Auswirkungen für das Kindeswohl abstellt, wird zugleich die Motivation deutlich, beide Elternteile gerecht und gleich zu behandeln aus der Sorge heraus, der zurückstehende Elternteil könne aus Enttäuschung an Erziehungsfähigkeit einbüßen. Diese Argumentation übersieht, dass das Wechselmodell nicht dazu dient, die Kinder zwischen den Eltern „gerecht aufzuteilen“, auch wenn die von den Eltern getroffenen Vereinbarungen über die Betreuungszeiten immer auch an den subjektiven Interessen der Eltern ausgerichtet sind. Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass die hälftig aufgeteilte Betreuung im Ergebnis auf eine gemeinsame Betreuung hinausläuft, da ständige Absprachen über Schule, Freizeitaktivitäten, Gesundheit etc. notwendig sind und den Eltern eine Kommunikationsfähigkeit abverlangt, die weit über das hinausgeht, was bei der Ausübung der gemeinsamen Sorge im Rahmen des „Residenzmodells“ (das Kind lebt bei einem Elternteil, der andere hat ein Umgangsrecht) verlangt wird. Wird die erforderliche Kommunikation von einem oder beiden Elternteilen verweigert, geht dies zwangsläufig zulasten des Kindes, welches entweder als Nachrichtenbote fungiert oder Leidtragender verlorengegangener wichtiger Informationen ist (so auch OLG Hamm, Beschl. v. 16.02.2012, 2 UF 211/11; OLG Nürnberg FamRZ 2011,

1803, jeweils m.w.N zur Rechtsprechung; Eschweiler FPR 2006, 305 ff.).

Heft 7/2006 der FPR widmet sich vollständig dem Thema Wechselmodell. Die Ergebnisse aus amerikanischen Studien zum Wechselmodell stellt der Beitrag von Kostka FPR 2006, 271 dar. Empirische Untersuchungen aus Deutschland, die sich mit den Auswirkungen des Wechselmodells auf die betroffenen Kinder befassen, gibt es derzeit noch nicht.

Die Anordnung des Wechselmodells im Wege einer Umgangsregelung erscheint zutreffend. Mit einem periodischen Wechsel jedenfalls des gesamten Sorgerechts entfielen die Kompetenzaufteilung nach § 1687 BGB, was im Falle des Wechselmodells wenig sachgerecht erscheint (ausführlich hierzu Gutjahr, FPR 2006, 301; Staudinger/Coester, BGB, § 1671 Rdnr. 261). Bei Durchführung des Wechselmodells ist zu beachten, dass die Alltagssorge nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB immer mit dem Kind zum anderen Elternteil „wechselt“, während die Entscheidungen von erheblicher Bedeutung von beiden Eltern gemeinsam zu treffen sind (Staudinger/Salgo, BGB, Neubearb. 2006, § 1687 Rdnr. 15).

Richterin am OLG Yvonne Gottschalk