
Datum: 21.12.2023
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Familiensenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 UF 180/23
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:1221.1UF180.23.00

Vorinstanz: Amtsgericht Düsseldorf, 267/255/23

Tenor:

hat der 1. Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ... und die Richter am Oberlandesgericht ... und ...

b e s c h l o s s e n :

I. Die Beschwerde des Kindesvaters gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Düsseldorf vom 27.10.2023 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

II. Beschwerdewert: 2.000 €.

Gründe:

I.

Aus der Ehe der Kindeseltern sind die am 00.00.2010 geborene Tochter A. sowie die Söhne B., geboren am 00.00.2013, und C., geboren am 00.00.2016, hervorgegangen. Die Kindesmutter ist am 08.09.2023 aus dem ehelichen Haus ausgezogen. A. lebt seither bei der Kindesmutter. Die beiden Söhne verblieben zunächst beim Kindesvater. Nachdem die Kindesmutter die Jungen zu Beginn der Herbstferien am 29.09.2023 von der Schule abgeholt hatte, übernahm sie trotz des seitens des Kindesvaters geäußerten Herausgabeverlangens die Obhut auch über B. und C.

1

2

3

Die Kindeseltern haben wechselseitig beantragt, ihnen im Wege der einstweiligen Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die drei Kinder zu übertragen. 4

Das Amtsgericht hat die Angelegenheit mit den Beteiligten am 26.10.2023 mündlich erörtert und am 27.10.2023 die drei Kinder in Anwesenheit des Verfahrensbeistands angehört. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 27.10.2023 hat das Amtsgericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht für B. und C. im Wege der einstweiligen Anordnung der Kindesmutter übertragen und die Anträge der Kindeseltern im Übrigen zurückgewiesen. Streit über den Lebensmittelpunkt der Tochter A. bestehe zwischen den Eltern nicht, so dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Mädchen weiterhin von beiden Eltern ausgeübt werden könne. Im Hinblick auf B. und C., für die eine solche Übereinstimmung nicht vorliege, entspreche es dem Kindeswohl am besten und sei es dringend geboten, das Aufenthaltsbestimmungsrecht einstweilen der Kindesmutter zu übertragen. Die vom Kindesvater gewünschte Betreuung der Jungen im Wechselmodell sei wegen des erheblichen Elternkonflikts nicht mit dem Kindeswohl vereinbar. Von besonderer Bedeutung sei angesichts der durch die Elterntrennung verursachten Verunsicherung der Kinder die als Stabilisierungsfaktor wirkende enge Geschwisterbindung. Die Kindesmutter habe durch die Wahl ihres neuen Wohnsitzes in unmittelbarer Nähe zum bisherigen Familienheim Bindungstoleranz gezeigt. Der gegenüber dem Verfahrensbeistand und dem Jugendamt geäußerte Kindeswille rechtfertige keine anderweitige Entscheidung. Wegen des durch den Elternstreit bedingten Loyalitätskonflikts der Kinder bestehe ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges gerichtliches Tätigwerden. 5

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Kindesvater sein Begehren auf einstweilige Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für B. und C. unter Zurückweisung des Antrags der Kindesmutter weiter und begehrt hilfsweise erneute Entscheidung durch das Amtsgericht aufgrund mündlicher Verhandlung. Er rügt, hinsichtlich des Ergebnisses der im Beschluss nicht dargestellten nachträglichen Kindesanhörung sei das rechtliche Gehör verletzt. Aufgrund dessen fehle es auch an einer rechtsmittelfähigen Entscheidung und sei eine erneute mündliche Verhandlung durchzuführen, wie mit dem Hilfsantrag geltend gemacht. Die Kindesanhörung sei auf der Grundlage des aus dem Anhörungsvermerk ersichtlichen Ablaufs fehlerhaft durchgeführt worden. Nicht nachvollziehbar sei, dass das Gericht bei B., der immer wieder den Wunsch geäußert habe, beim Kindesvater zu leben, nicht weiter nachgefragt habe. Entsprechendes gelte für C. Nicht erkennbar sei, worauf die Feststellung des Amtsgerichts zur Geschwisterbindung beruhe. Nicht gewürdigt worden sei das eigenmächtige Einbehalten der Kinder im Zuge des Herbstferien-Umgangs durch die Kindesmutter. Im Hinblick auf die Kommunikationsfähigkeit der Eltern sei übersehen worden, dass die Kindesmutter jegliche Kommunikation mit dem Kindesvater ablehne und mittlerweile den Umgang der Kinder mit dem Kindesvater verhindere. Dem Kindesvater dürfe im Zusammenhang mit dem Wechselmodell nicht zur Last gelegt werden, dass er seine Ansprüche verfolge. 6

Die Kindesmutter tritt der Beschwerde entgegen. 7

II. 8

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. 9

1. 10

Allerdings erweist sich die Beschwerde als zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 57 Satz 2 Nr. 1 FamFG. Das Amtsgericht hat auch in Ansehung der nach dem Erörterungstermin vom 11

26.10.2023 durchgeführten Kindesanhörung aufgrund mündlicher Erörterung im Sinne des § 57 Satz 2 FamFG entschieden.

Zwar wird die Auffassung vertreten, dass keine Entscheidung aufgrund mündlicher Erörterung vorliege, wenn das Familiengericht bei seiner Entscheidung auch Ermittlungsergebnisse zugrunde gelegt hat, die erst nach einer mündlichen Verhandlung Gegenstand des Verfahrens geworden sind (OLG Frankfurt, FamRZ 2023, 1042; OLG Braunschweig, FamRZ 2020, 1113; OLG Bamberg, FamRZ 2019, 1943; Prütting/Helms/Dürbeck, FamFG, 6. Auflage, § 57 Rn. 13). Dies wird damit begründet, eine auf mündlicher Erörterung beruhende Entscheidung setze zwingend voraus, dass dem Antragsgegner eine effektive Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben worden ist, was nicht der Fall sei, wenn das Gericht nach Durchführung einer mündlichen Erörterung weitere Ermittlungen getätigt, z.B. das Kind angehört hat und die daraus gewonnenen Erkenntnisse seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. 12

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Auch eine Entscheidung, die das Ergebnis von Ermittlungen einbezieht, die nach einer mündlichen Erörterung erhoben worden sind, ist im Sinne des § 57 Satz 2 FamFG aufgrund mündlicher Erörterung ergangen (so zutreffend Sternal/Giers, FamFG, 21. Auflage, § 57 Rn. 7). Dass die Norm ausschließlich Entscheidungen erfasst, deren sämtliche tragenden Umstände Gegenstand einer mündlichen Erörterung gewesen sind, ist ihrem Wortlaut nicht klar zu entnehmen. Da § 57 FamFG für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eine Ausnahme von dem in § 58 Abs. 1 FamFG normierten Grundsatz der Beschwerdefähigkeit familiengerichtlicher Endentscheidungen vorsieht, ist für die Annahme einer Rechtsmittelbeschränkung eine eindeutige gesetzliche Vorgabe erforderlich, die der Formulierung des § 57 Satz 2 FamFG bezüglich einer auch auf nicht mündlich erörterte Umstände gestützten Entscheidung nicht zu entnehmen ist. 13

Hinzu kommt, dass die Eröffnung von Rechtsmitteln aus Gründen der Rechtsmittelklarheit an formellen Kriterien ausgerichtet sein sollte. Formell liegt eine Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung stets vor, wenn das Amtsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat und sodann entscheidet. Die Gegenansicht macht es erforderlich, bei der Bestimmung des statthaften Rechtsbehelfs in eine auch materielle Prüfung einzutreten, welche Erkenntnisse und Umstände im Einzelnen entscheidungsleitend gewesen sind, was durchaus nicht eindeutig sein kann. Zudem ist es nach der Gegenansicht erforderlich, nach durchgeführter mündlicher Erörterung bei neuem erheblichem Vortrag und neuen Erkenntnissen – jedenfalls auf Antrag – einen weiteren Termin anzuberaumen, was zu Verzögerungen führt. Der Beschleunigungsmaxime läuft es auch zuwider, wenn das Oberlandesgericht im Fall einer Beschwerde das Rechtsmittel verwirft und die Sachprüfung dann erst wieder vom Amtsgericht aufgenommen werden kann. 14

2. 15

Die Beschwerde erweist sich jedoch als unbegründet. Die Entscheidung des Amtsgerichts ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. 16

a) 17

Allerdings begegnet die Verfahrensweise des Amtsgerichts erheblichen Bedenken, die aber letztlich zu keinem Beschwerdeerfolg führen. 18

19

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb das Amtsgericht das Ergebnis der im Erörterungstermin vom 26.10.2023 anberaumten und sodann auch durchgeführten Kindesanhörung vom 27.10.2023 nicht in seine Entscheidung einbezogen hat. Diese Einbeziehung war mit Blick auf die große Bedeutung des Kindeswillens in Kindschaftssachen und zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs bezüglich dieser typischerweise wichtigen Erkenntnisgrundlage unbedingt geboten. Erwägungen bezüglich einer Eröffnung der Beschwerde, die im Fall der Berücksichtigung nach der mündlichen Erörterung erhobener Ermittlungsergebnisse in Frage hätte stehen können (vgl. Ausführungen zu Punkt 1.), vermögen es jedenfalls nicht zu rechtfertigen, eine wichtige kindschaftsrechtliche Erkenntnisgrundlage bei der Entscheidungsbegründung auszublenden.

Daraus ergibt sich aber keine zur Aufhebung der Entscheidung führende Verletzung des rechtlichen Gehörs. Denn nach der vom Amtsgericht bewirkten Übermittlung des Vermerks über die Kindesanhörung war eine Auseinandersetzung mit deren Ergebnis im Beschwerdeverfahren ohne Weiteres möglich. Damit lässt sich – bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung durch das Beschwerdegericht – keine entscheidungserhebliche Gehörsverletzung feststellen. 20

b) 21

Die elterliche Sorge für die Kinder B. und C. ist im Hinblick auf den Teilbereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäß §§ 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, 49 Abs. 1 FamFG auf deren Antrag einstweilen der Kindesmutter zu übertragen. 22

aa) 23

Es entspricht dem Kindeswohl im Sinne des § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB am besten, die gemeinsame elterliche Sorge für B. und C. jedenfalls im Hinblick auf den Teilbereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts aufzuheben. Insoweit liegen die Voraussetzungen für eine dem Kindeswohl entsprechende gemeinsame Sorgerechtsausübung nicht vor, wie das Amtsgericht unter Verweis auf die Uneinigkeit der Eltern bezüglich des Aufenthalts der beiden Söhne zutreffend ausgeführt hat. 24

bb) 25

Mit Blick auf den massiven Elternstreit hinsichtlich des Lebensmittelpunktes ihres Kindes besteht auch ein dringendes Regelungsbedürfnis gemäß § 49 Abs. 1 FamFG für die Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. 26

cc) 27

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Amtsgericht davon überzeugt, dass es nach der im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gebotenen summarischen Prüfung jedenfalls derzeit dem Kindeswohl gemäß § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB am besten entspricht, das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Kindesmutter zu übertragen. 28

Gegen eine Übertragung auf den Kindesvater spricht bereits, dass das von diesem favorisierte Wechselmodell, das der Kindesvater – zulässigerweise – parallel in einem Umgangsverfahren verfolgt, hier nach der aktuellen Sachlage aufgrund summarischer Prüfung nicht als kindeswohldienlich anzusehen ist. 29

Voraussetzung für die Kindeswohldienlichkeit einer solchen paritätischen Teilung der Betreuung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Fähigkeit der 30

Kindeselterne zu Kooperation und Kommunikation (BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 25). Bei bestehender hoher elterlicher Konfliktbelastung entspricht das Wechselmodell dagegen in der Regel nicht dem Kindeswohl. Denn das Kind wird durch vermehrte oder ausgedehnte Kontakte auch mit dem anderen Elternteil verstärkt mit dem elterlichen Streit konfrontiert und gerät durch den von den Eltern oftmals ausgeübten Koalitionsdruck in Loyalitätskonflikte (BGH, a.a.O. Rn. 31).

Eine tragfähige Kooperation und Kommunikation zwischen den Kindeseltern hat das Amtsgericht unter Verweis auf den erheblichen Elternkonflikt zutreffend verneint. Ob die fehlende Elternkommunikation ihren Grund in einer ablehnenden Haltung der Kindesmutter hat, wie der Kindesvater meint, spielt unabhängig davon, ob eine solche einseitige Verantwortlichkeit tatsächlich besteht, keine Rolle. Denn für die allein nach dem objektiv zu beurteilenden Kindeswohl auszurichtende Entscheidung in einer Kindschaftssache ist unerheblich, wer die Kommunikationsstörung zu verantworten hat. Kindschaftsrechtliche Regelungen sind kein geeignetes Instrument, pflichtwidriges Verhalten eines nicht kooperierenden Elternteils zu sanktionieren, um auf diese Weise den Elternrechten des anderen, kooperationsfähigen und -willigen Elternteils Geltung zu verschaffen. Dem steht schon die verfassungsrechtliche Wertung entgegen, dass sich die Elterninteressen in jedem Fall dem Kindeswohl unterzuordnen haben (vgl. BGH, FamRZ 2008, 592, Rn. 15).

31

Zur Wahrung des Kindeswohls ist eine Geschwistertrennung zu vermeiden. Dies erfordert eine Festschreibung des Aufenthalts der Kinder bei der Kindesmutter. Denn ein Wechsel der Tochter A. zum Kindesvater kommt nicht in Betracht, weil das Mädchen klar geäußert hat, bei der Kindesmutter leben zu wollen, und sie keinen Kontakt zum Kindesvater haben möchte, wie die Vertreterin des Jugendamts im Erörterungstermin des Amtsgerichts berichtet hat. Nach der in diesem Termin geäußerten fachlichen Einschätzung des Jugendamts besteht zwischen den Kindern eine starke Geschwisterbindung. Dies deckt sich mit den Feststellungen des Amtsgerichts, dass sich die Kinder im Zuge der Kindesanhörung sehr gut verstanden haben, sie herzlich miteinander umgingen und gemeinsam viel gelacht haben. Die auf die Geschwisterbindung abhebende Kindeswohlaberschätzung des Amtsgerichts beruht damit auf einer tragfähigen Grundlage. Danach handelt es sich um eine positive Geschwisterbeziehung, die als Schutzfaktor bei der aktuellen Bewältigung des kritischen Lebensereignisses der konflikthaften Elterntrennung wirkt und daher zur Verringerung der Vulnerabilität der Kinder aufrechtzuerhalten und zu stärken ist.

32

Hinzu kommt, dass sich im Rahmen der Kindesanhörung durch das Amtsgericht beide Jungen letztlich dafür ausgesprochen haben, bei der Kindesmutter zu leben. Die gegen die Beachtlichkeit dieser Bekundungen vorgebrachten Beschwerdeangriffe geben jedenfalls im summarischen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen Anlass zu einer abweichenden Entscheidung oder zu weiteren Ermittlungen. Sollten die Äußerungen der Kinder nicht ihren wirklichen Wünschen und Bindungsbedürfnissen entsprechen, könnte dies allenfalls im Rahmen einer psychologischen Begutachtung hinreichend zuverlässig abgeklärt werden, für die im Eilverfahren kein Raum ist. Keinesfalls ist es im Rahmen der richterlichen Kindesanhörung geboten, eine ausdrückliche Willensbekundung nicht zu akzeptieren, sondern in Zweifel zu ziehen und diesbezüglich auf das Kind einzuwirken. Dies gilt insbesondere im – hier gegebenen – Fall eines massiven Loyalitätskonflikts, in dem das Kind bereits durch die Positionierung für einen Elternteil erhebliche Belastungen verspüren kann, was sich durch intensives Nachfragen und Zweifelsbekundungen noch verstärken kann.

33

Soweit der Kindesvater auf die nicht erfolgte Rückgabe der Jungen im Rahmen des Herbstferien-Umgangs verweist und vorträgt, die Kindesmutter verhindere den Umgang der

34

Kinder mit ihm, ist keine abweichende Kindeswohleinschätzung veranlasst. Die Bindungstoleranz der Kindesmutter ist nach summarischer Würdigung jedenfalls in ausreichendem Maße vorhanden. Ihren Niederschlag hat sie darin gefunden, dass die Kindesmutter nach der Trennung der Eltern ihren neuen Wohnsitz, den sie gemeinsam mit den drei Kindern nehmen wollte, in unmittelbarer Nähe zum bisherigen Familienheim wählte, worauf das Amtsgericht zutreffend abgestellt hat. Damit hat sie äußere Umstände geschaffen, die einen engen Umgang der Kinder mit dem Kindesvater ermöglichen. Dies lässt gerade keine auf einen Kontaktabbruch zum Kindesvater gerichtete Motivation der Kindesmutter erkennen. Konkrete Defizite in der Durchführung von Umgangskontakten können in einem Umgangsregelungsverfahren geklärt werden, rechtfertigen aber keine andere Sorgerechtszuweisung.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich die Jungen bereits seit Ende September in der Obhut der Kindesmutter befinden. Ein mehrfacher Ortswechsel, zu dem es bei einer abweichenden Beschwerdeentscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach Abschluss eines sorgerechtlichen Hauptsacheverfahrens kommen kann, würde das Kindeswohl beeinträchtigen, insbesondere in Anbetracht der vom Amtsgericht festgestellten erheblichen Verunsicherung der Kinder. In dieser Situation sind den Kindern möglichst stabile und kontinuierliche Lebensumstände zu erhalten. Ein Hin- und Her-Wechsel muss unbedingt vermieden werden. Auch insoweit ist derzeit aus Kindeswohlgründen eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Kindesmutter geboten. 35

III. 36

Von einer persönlichen Anhörung der Beteiligten hat der Senat gemäß §§ 68 Abs. 3 Satz 1, 51 Abs. 2 Satz 2 FamFG und gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG abgesehen, weil diese bereits vom Amtsgericht vorgenommen wurde und von einer erneuten Anhörung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Die maßgeblichen Umstände sind bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen. 37

IV. 38

Die Kostenentscheidung hat ihre Grundlage in §§ 51 Abs. 4, 84 FamFG. 39

Die Wertfestsetzung beruht auf §§ 40 Abs. 1, 41, 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG. 40

Die Rechtsbeschwerde findet nicht statt, § 70 Abs. 4 FamFG. 41

... 42