

RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Rainer Balloff und Peter Wetzels

Rechtsprechungsübersicht Familienrecht

Im Folgenden werden zunächst drei jüngere obergerichtliche Entscheidungen (BVerfG, BGH und OLG) zu Fragen der Umgangsregelung in familienrechtlichen Verfahren dargestellt und kurz kommentiert, welche Implikationen für die gutachterliche Arbeitsweise haben sowie Fragen an die rechtspsychologische Forschung im Bereich des Familienrechts aufwerfen. Abschließend wird sodann die aktuellste und wegweisende Grundsatzentscheidung des BGH vom 1. Februar 2017 zum sogenannten Wechselmodell (welches nach dieser Entscheidung durchaus auch als eine Variante der Ausgestaltung der Umgangsregelung anzusehen ist) vorgestellt und gleichfalls knapp kommentiert.

BVerfG Beschl. v. 17.9.2016 – 1 BvR 1547/16, BeckRS 2016, 52361

Erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Ablehnung der Abänderung eines unbefristeten Umgangs Ausschlusses durch das Familiengericht

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB, § 1696 Abs. 2, Art. 8 EMRK

Leitsätze:

1. Die Gerichte können das nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Umgangsrecht für längere Zeit einschränken oder ausschließen, wenn anderenfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre; hierbei müssen sowohl die betroffenen Grundrechtspositionen des Elternteils als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigt werden.
2. In diesem Rahmen kommt dem Willen des Kindes mit zunehmendem Alter vermehrt Bedeutung zu, wobei selbst ein auf einer bewussten oder unbewussten Beeinflussung beruhender Wunsch beachtlich sein kann und nur außer Acht gelassen werden darf, wenn er den wirklichen Bindungsverhältnissen nicht entspricht.

DOI: 10.5771/2365-1083-2017-1-92

Sachverhalt:

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Ablehnung der Abänderung eines unbefristeten Umgangs Ausschlusses mit seiner im Jahr 2003 geborenen Tochter im Rahmen eines von Amts wegen aufgenommenen Überprüfungsverfahrens nach § 166 Absatz 2 FamFG.

Kurz nach der Geburt des Kindes trennten sich die Eltern. Seit April 2004 versucht der Beschwerdeführer in einer Vielzahl von Verfahren, ein Umgangsrecht mit seiner Tochter zu erwirken. Der letzte Umgang zwischen Vater und Tochter fand im Jahr 2008 statt. Im Dezember 2008 wurde der Umgang bis zum 31. Dezember 2009 ausgesetzt. Seither lehnt das Mädchen Kontakte mit dem Beschwerdeführer vehement ab. Ein auf Antrag des Beschwerdeführers eingeleitetes weiteres Umgangsverfahren führte im Oktober 2012 zu einem unbefristeten Umgangs Ausschluss. Auf die Individualbeschwerde des Beschwerdeführers gegen die Bundesrepublik Deutschland hin stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil vom 28. April 2016 keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest ...

Im Februar 2015 leitete das Amtsgericht von Amts wegen ein Überprüfungsverfahren des Umgangs Ausschlusses nach § 166 Absatz 2 FamFG ein. Hierzu holte es die Stellungnahmen der Eltern, der Verfahrensbeiständin und des Jugendamts ein und hörte die Eltern, die Verfahrensbeiständin und das Kind persönlich an.

Mit Beschluss vom 16. Oktober 2015 stellte das Amtsgericht fest, dass eine Abänderung des Umgangs Ausschlusses gemäß § 1696 Abs. 2 BGB derzeit nicht veranlasst sei, da die zum Umgangs Ausschluss führende Kindeswohlgefährdung weiterhin vorliege. Dabei sei maßgeblich der Wille des inzwischen zwölfjährigen Kindes zu berücksichtigen, welches jetzt wie auch bereits im vorangegangenen Verfahren konstant und vehement jegliche Umgangskontakte mit dem Beschwerdeführer ablehne. ... das Mädchen [könne] seine Anliegen und Wünsche gut formulieren und wirke ... authentisch und selbstbestimmt. Ihr sei zuzutrauen, dass sie eine Möglichkeit finden werde, Kontakt zum Vater aufzunehmen, sollte dieser Wunsch mit zunehmendem Alter Gestalt annehmen. Das Gericht folge diesen Einschätzungen der Fachkräfte auch aufgrund seines persönlichen Eindrucks, den es anlässlich der Anhörung des Kindes gewonnen habe. Das Mädchen lehne hiernach einen Umgang mit dem Vater nach wie vor vehement ab. ... An den Zeitpunkt, an dem sie ihn das letzte Mal gesehen habe, könne sich das Mädchen schon gar nicht mehr erinnern. Seine Briefe öffne sie nicht. Auch ein betreutes Umgangsrecht lehne sie deutlich ab. Sie habe vielmehr mitgeteilt, dass das Umgangsrecht ausgeschlossen werden solle, bis sie 18 Jahre alt sei. Auch danach wolle sie keinen Kontakt zu ihrem Vater haben. Gegen etwaige Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung des Umgangs habe sie sich vehement gesträubt. Bereits im vorangegangenen Verfahren sei auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens festgestellt worden, dass das Kind reif genug sei, die Entscheidung gegen den Vater bewusst zu treffen und deren Tragweite und Konsequenzen zu ermessen. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Einsichtsfähigkeit des Kindes zur autonomen Willensbildung mittlerweile

nicht mehr gegeben sein könnte, zumal das Kind inzwischen drei Jahre älter und damit weiter gereift sei. Dem Mädchen sei die Bedeutung des Verfahrens deutlich gewesen.

... Hierbei sei in den Blick zu nehmen, dass das Kind mit der Kundgabe seines Willens von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch gemacht habe und seinem Willen mit zunehmendem Alter vermehrt Bedeutung zukomme. Da selbst ein auf einer bewussten oder unbewussten Beeinflussung beruhender Wunsch des Kindes beachtlich sein könne, wenn er Ausdruck echter und damit schützenswerter Bindungen sei, komme es daher auch nicht darauf an, ob der Wunsch des Kindes durch die Mutter beeinflusst worden sei. Auch sei es ohne Belang, ob die negativen Erinnerungen des Kindes an den Vater auf realen Erinnerungen oder Suggestionen der Mutter basierten. Jedenfalls resultiere der geäußerte Wille des Kindes auf einer subjektiv verständlichen und vom Kind aufgrund seines Reifezustands zu überblickenden Entscheidung und sei damit zu respektieren.

Weniger einschneidende Maßnahmen als ein fortbestehender Umgangs Ausschluss seien nach wie vor nicht vorhanden. Eine Umgangspflegschaft habe das Kind bereits im vorangegangenen Verfahren nicht zu einem Umgang mit dem Vater bewegen können. ... Auch die Durchführung eines begleiteten Umgangskontakts werde von dem Mädchen vehement abgelehnt, dies obwohl das Gericht ihr erläutert habe, dass sie in diesem Rahmen die Möglichkeit hätte zu überprüfen, ob ihre Erinnerungen an den Vater der Realität entsprächen oder – aus Sicht des Kindes – ob sich der Vater mittlerweile positiv geändert hätte. All dies sei für das Kind jedoch keinerlei Option gewesen. Auch würde das Mädchen jeglichen Druck zur Ausübung des Umgangsrechts auf die Mutter nach wie vor in erheblichem Maße auch als Druck auf sie selbst wahrnehmen und Zwangsmaßnahmen ihr gegenüber als Bedrohung ihres etablierten Familiensystems sehen. Insbesondere habe sie dem Gericht mitgeteilt, dass sie es „hasse“, wenn sie zu Umgängen gezwungen würde wie in der Vergangenheit, wo sie sich versteckt habe.

... Zwangsmittel wären aus Sicht des Gerichts vorliegend auch deshalb kontraproduktiv, da sie eine weitere Steigerung der feindseligen Konfrontation der Eltern bedeuten würden mit der Folge, dass sich die ablehnende Haltung des Kindes gegenüber dem Vater noch verstärken würde. Im Übrigen erscheine bei Kindern ab dem zwölften Lebensjahr bei einer Ablehnung des Umgangsrechts aus subjektiv beachtlichen Gründen die erzwungene Durchsetzung des Umgangsrechts mit dessen Zweck ebenso unvereinbar wie mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes. ... Beratungsgespräche oder sonstige Mediationen mit den Eltern hätten nach Abschluss des vorangegangenen Verfahrens unstreitig nicht stattgefunden. Zu einer spürbaren Annäherung der Eltern sei es nicht gekommen, wovon das Gericht aufgrund der persönlichen Anhörung der Eltern überzeugt sei. Eine entsprechende Anordnung des Gerichts zur Teilnahme an einer Beratung wäre mit Zwangsmitteln nicht durchzusetzen. Im Hinblick darauf, dass das Kind einen Umgangs Ausschluss bis zur Volljährigkeit begehre und einen Reifegrad erreicht habe, wonach sein Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Absatz 1 GG einer Missachtung dieses Willens entgegenstehe, sei eine zeitliche Begrenzung des Umgangs Ausschlusses nach wie vor nicht veranlasst.

Mit Beschluss vom 23. Februar 2016 wies das Oberlandesgericht die Beschwerde des Vaters gegen diese Entscheidung zurück. Das Familiengericht habe überzeugend dargelegt, warum es nach wie vor von einer Kindeswohlgefährdung ausgehe, die eine Umgangsgewährung ausschließe ... Da das Kind mittlerweile mehr als drei Jahre älter als zum Zeitpunkt der vorangegangenen Entscheidung sei, komme dem geäußerten Willen des Kindes auch ein erheblich höheres Gewicht zu, zumal bereits zum damaligen Zeitpunkt die Qualität des Kindeswillens geeignet gewesen sei, den angeordneten Umgangs Ausschluss zu rechtfertigen. Anhaltspunkte dafür, dass dies bei dem mittlerweile älteren Kind anders sein könnte, lägen nicht vor. Vor diesem Hintergrund habe auch keine Veranlassung bestanden, eine erneute Sachverständigenbegutachtung des Kindes anzuordnen. ... Es werde nicht verkannt, dass im Regelfall umgangsablehnende Elternteile durch Zwangsmaßnahmen zu der geforderten Mitwirkung anzuhalten seien. Ein solches Vorgehen könne aber nur in Betracht kommen, wenn es mit dem Kindeswohl zu vereinbaren sei, was vorliegend nicht festgestellt werden könne.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer – unter anderem – eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 6 Absatz 2 GG allein und in Verbindung mit Art. 8 EMRK.

... Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde ist jedenfalls unbegründet

Gründe:

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen nicht gegen Art. 6 Absatz 2 GG. ... Die Einschränkung oder der Ausschluss des Umgangsrechts kommen in Betracht, wenn nach den Umständen des Einzelfalls der Schutz des Kindes dies erfordert, um eine Gefährdung seiner seelischen oder körperlichen Entwicklung abzuwehren. Entsprechend kann nach § 1684 Absatz 4 Satz 2 BGB eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Umgangs für längere Zeit angeordnet werden, wenn anderenfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Einschränkung oder den Ausschluss des Umgangs sowohl die betroffenen Grundrechtspositionen des Elternteils als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger zu berücksichtigen.

Hierbei ist auch in den Blick zu nehmen, dass das Kind mit der Kundgabe seines Willens von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch macht und seinem Willen mit zunehmendem Alter vermehrt Bedeutung zukommt. Ein gegen den ernsthaften Widerstand des Kindes erzwungener Umgang kann durch die Erfahrung der Missachtung der eigenen Persönlichkeit unter Umständen mehr Schaden verursachen als Nutzen bringen.

Selbst ein auf einer bewussten oder unbewussten Beeinflussung beruhender Wunsch kann beachtlich sein, wenn er Ausdruck echter und damit schützenswerter Bindungen ist. Das Außerrachtlassen des beeinflussten Willens ist daher nur dann gerechtfertigt,

wenn die manipulierten Äußerungen des Kindes den wirklichen Bindungsverhältnissen nicht entsprechen.

... Soweit das bei einem Elternteil lebende Kind den Umgang mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil verweigert, ist es auch Aufgabe der Gerichte, die Gründe für diese Einstellung zu ermitteln und sie in ihre Entscheidung einzubeziehen. Hierbei bleibt es grundsätzlich den Fachgerichten überlassen, wie sie den Willen des Kindes ermitteln. Das Bundesverfassungsgericht prüft die hierzu von den Fachgerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen grundsätzlich nicht nach, der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterliegt jedoch, ob fachgerichtliche Entscheidungen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts beruhen ...

Gestützt auf die Erkenntnisse des Sachverständigen aus dem vorangegangenen Verfahren, auf die Anhörung des Kindes sowie auf die Stellungnahmen des Jugendamts und der Verfahrensbeiständigen haben die Gerichte die Ablehnung der Abänderung des unbefristeten Umgangs Ausschlusses mit der Fortdauer der bereits im vorangegangenen Verfahren festgestellten Kindeswohlgefährdung und dem Fehlen geeigneter milderer Mittel zur Abwendung dieser Kindeswohlgefährdung umfassend und nachvollziehbar begründet.

In verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise haben die Gerichte dargelegt, dass und weshalb die den Umgangs Ausschluss auslösende und bereits im vorangegangenen Verfahren gegebene Gefahrenlage unverändert fortbesteht und die festgestellte Kindeswohlgefährdung nicht entfallen ist.

... Gemäß dem im vorangegangenen Verfahren eingeholten Sachverständigengutachten ergab sich die konkrete Kindeswohlgefährdung insbesondere daraus, dass beide Eltern das Mädchen aufgrund ihres langjährigen Streits in einen, sie erheblich belastenden Konflikt gebracht hätten, den sie dadurch zu lösen versuche, dass sie den Vater ablehne. Der Sachverständige hat insoweit festgestellt, dass diese Konfliktlösungsstrategie die aus Sicht des Kindes „beste Lösung“ sei und Umgänge im Konfliktfeld der Eltern ohne Beratungsgespräche oder Mediation mit den Eltern aufgrund „frustranter Wiederholungen“ zu Belastungsstörungen des Kindes führen könnten. Die Ursache der Kindeswohlgefährdung war daher der beiden Eltern zuzurechnende, ungelöste, massive Konflikt zwischen ihnen.

Im vorliegenden Verfahren haben die Fachgerichte den Fortbestand der Kindeswohlgefährdung mit dem fortwährenden Elternkonflikt und dem hieraus resultierenden Willen des inzwischen zwölfjährigen Kindes begründet. Dass sich das Verhältnis zwischen den Eltern inzwischen verbessert haben könnte, behauptet weder der Beschwerdeführer noch ist dies mangels Durchführung von Beratungsgesprächen oder einer Mediation zwischen den Eltern ersichtlich. ...

Die Fortdauer des Umgangs Ausschlusses ist verhältnismäßig. Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers haben die Gerichte das Vorliegen milderer Mittel zu einem fortgesetzten Umgangs Ausschluss umfassend erörtert. Dass sie diese zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung nicht für geeignet hielten, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

... Insoweit haben die Gerichte nachvollziehbar ausgeführt, dass sich die Anordnung von Zwangsmitteln gegenüber der Mutter sogar schädlich auswirken, ... Aus denselben Gründen kamen auch keine Sorgerechtsmaßnahmen gegenüber der Mutter, wie die Entziehung der elterlichen Sorge, in Betracht, zumal der Sachverständige im vorangegangenen Verfahren die für das Mädchen bedeutsame Bindung zu ihrer Mutter als ihrer Hauptbezugsperson betont hat.

Da die Fachgerichte die Möglichkeit der Anordnung von Ordnungsmitteln ausdrücklich erörtert, diese jedoch aus nachvollziehbaren Gründen für ungeeignet gehalten haben, liegt auch kein Konflikt mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vor. Denn auch nach dessen Rechtsprechung haben die Fachgerichte die Anordnung von Ordnungsmitteln zwar zu prüfen, diese jedoch nur dann zu verhängen, wenn sie auch geeignet wären, zum angestrebten Ergebnis zu führen (vgl. EGMR, Tsikakis v. Deutschland, Urteil vom 10. Februar 2011, Nr. 1521/06, § 80) ...

Zur Anordnung einer Umgangspflegschaft oder begleiteter Umgänge hat das Amtsgericht nachvollziehbar ausgeführt, dass diese Maßnahmen bereits in der Vergangenheit am Widerstand des Kindes gescheitert seien. ... Anders als der Beschwerdeführer meint, hat das Bundesverfassungsgericht auch nicht seine Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der zwangsweisen Anordnung von Therapien gegenüber Eltern ohne Bestehen einer entsprechenden gesetzlichen Rechtsgrundlage geändert. Die vom Beschwerdeführer in Bezug genommene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGK 19, 295 <304>) bezieht sich ausschließlich auf die Anordnung einer Therapie des Kindes. Eine solche setzt jedoch – wie der Sachverständige im vorangegangenen Verfahren ausgeführt hat – eine psychische Erkrankung des Kindes voraus, für die keine Anhaltspunkte bestehen. ...

Auch die fehlende Befristung des Umgangsausschlusses begegnet in dem hier vorliegenden Fall keinen Bedenken. Es liegen besondere Umstände vor, die einer Befristung des Umgangsausschlusses entgegenstehen. Die Fachgerichte haben die fehlende Befristung mit stichhaltigen Argumenten, nämlich mit dem eindringlich geäußerten Wunsch des Mädchens nach einem Umgangsausschluss bis zu ihrem 18. Lebensjahr unter Hinweis auf ihr Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründet. Dies ist aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles und angesichts des fortgeschrittenen Alters des Mädchens verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. ...

Aufgrund der Abänderungsmöglichkeit nach § 1696 Absatz 2 BGB verstößt die fehlende Befristung vorliegend auch nicht gegen Art. 8 EMRK (vgl. EGMR, Buchleither v. Deutschland, Urteil vom 28. April 2016).

... Die Fachgerichte haben alle notwendigen Ermittlungen durchgeführt, um über eine zuverlässige, am Kindeswohl orientierte Entscheidungsgrundlage zu verfügen. Insbesondere haben die Gerichte die Stellungnahme der Verfahrensbeiständin und des Jugendamts eingeholt. Das Amtsgericht hat außerdem das Kind, die Eltern und die Verfahrensbeiständin persönlich angehört. Vorliegend bedurfte es keiner Einholung eines Sachverständigengutachtens, weil alle maßgeblichen Umstände bereits im vorange-

gangenen Verfahren gutachterlich festgestellt worden sind. Da sich die Rahmenbedingungen seit der Begutachtung nicht verbessert haben... ist nicht ersichtlich, weshalb die Feststellungen des Sachverständigen nunmehr unzutreffend sein könnten. ... Dass die Fachgerichte sich von der erneuten Begutachtung des Kindes keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn versprochen, ist daher nicht zu beanstanden. Eine erneute Begutachtung stünde außerdem außer Verhältnis zu den hiermit verbundenen und bereits im vorangegangenen Verfahren gutachterlich festgestellten Belastungen des Kindes.

Kommentar:

Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung die Relevanz des Kindeswillens und seiner Beachtung durch die Gerichte nachdrücklich unterstrichen. Ein Umgangsrecht kann demnach jedenfalls dann für längere Zeit eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, wenn andernfalls das Wohl des Umgang ablehnenden Kindes gefährdet wäre. Dem Willen des Kindes (hier eines 12-jährigen Mädchens) räumt das BVerfG mit zunehmendem Alter immer größere Bedeutung ein. Bemerkenswert und psychologisch konsequent und richtig ist hier die Bestätigung der früheren Rechtsprechung, wonach selbst ein auf Beeinflussung beruhender fest etablierter Wille des Kindes beachtlich sein kann und nur außer Acht gelassen werden darf, wenn er den tatsächlichen Beziehungen und Bindungen des Kindes nachweislich nicht entspricht (Fortführung von u.a. BVerfG, BeckRS 2007, 22864). Wesentlich ist weiter die Feststellung des BVerfG, dass es unverhältnismäßig wäre eine erneute Begutachtung anzuordnen, wenn keinerlei Anhaltspunkte für eine Veränderung der tatsächlichen Situation ersichtlich sind, die einer früheren, unter Einschaltung eines Sachverständigen zustande gekommenen und in diese Richtung gehenden Entscheidung zu Grunde lag. Auch die Grenzen, welche der beachtliche Kindeswille mit Blick auf die Optionen der Anordnung von Umgangspflegschaft und Umgangsbegleitung setzt, sind in dieser Entscheidung nachdrücklich verdeutlicht worden. Vorstellungen hinsichtlich der Anordnung einer Zwangstherapie oder -beratung eines Umgang ablehnenden älteren Kindern ist insofern in begrüßenswerter Weise klar entgegen getreten und deren Unvereinbarkeit mit kindlichen Selbstbestimmungs- und Persönlichkeitsrechten verdeutlicht worden.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.8.2016 – Aktenzeichen 5 UF 167/16, BeckRS 2016, 14864;

Hinreichend bestimmte Regelung des Umgangs

(§ § 1684 Abs. 3 S. 3, § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB; § 89 FamFG; § 18 Abs. 3 S. 3 SGB VIII)

Leitsätze:

1. Auch bei der gerichtlichen Anordnung von begleiteten Umgangskontakten nach § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB bedarf es einer hinreichend bestimmten Regelung von Tag, Uhrzeit, Dauer und Ort des Umgangs. Die Person des Mitwirkungsbereiten darf weder dem Jugendamt überlassen werden, noch einer späteren Bestimmung vorbehalten werden.
2. Ein berufsmäßiger Umgangspfleger iSd § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB kommt als mitwirkungsbereiter Dritter für die Umgangsbegleitung nicht in Betracht, da er einen Vergütungsanspruch hierfür gegenüber der Justizkasse im Regelfall nicht besitzt. Eine Finanzierung der Kosten einer Umgangsbegleitung kann nach gegenwärtiger Rechtslage ausschließlich über das Kinder- und Jugendhilfeverfahren (§ 18 Abs. 3 S. 3 SGB VIII) erfolgen.

Sachverhalt:

... Beteiligten zu 1. und 2. sind die Eltern der ... minderjährigen Kinder, welche im Haushalt des Beteiligten zu 2. leben. Dem Beteiligten zu 2. und Vater der Kinder wurde mit Beschluss des Amtsgerichts vom 1.4.2016 ... das alleinige Sorgerecht übertragen. Mit Beschluss vom 25.4.2016 hat das Amtsgericht ... den Umgang der Kindesmutter und Beteiligten zu 1. mit ihren beiden Kindern geregelt. Der Beschluss enthält u. a. folgende Anordnungen:

„Nr. 3: „Die Kindesmutter ist berechtigt, mit den Kindern ... und ... begleiteten Umgang zu haben, also in Anwesenheit eines geeigneten mitwirkungsbereiten Dritten in Person eines Mitarbeiters eines vom Jugendamt finanzierten Trägers oder der nachstehenden

Umgangspflegerin. ...

Nr. 5: Zur Sicherung der Durchführung und zur Organisation des Umgangs wird Frau ... zur Umgangspflegerin bestimmt ...

Nr. 6: Das Gericht bietet an, diesen Beschluss bei Bedarf hinsichtlich der genauen Umgangsmodalitäten zu ergänzen, wenn eine Bestätigung des mitwirkungsbereiten Dritten über die Bereitschaft zur Begleitung der Umgangskontakte vorgelegt wird, aus der sich die konkreten dort vorgesehenen Umgangszeiten ergeben.“

Daneben enthält der Beschluss u. a. einen Hinweis auf mögliche Ordnungsmittel nach § 89 FamFG und eine Kostenentscheidung.

Gegen die Entscheidung hat die Kindesmutter Beschwerde eingelegt mit dem Ziel der Anordnung unbegleiteter Umgangskontakte.

Die nach § 58 ff. FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Kindesmutter führt zur Aufhebung der amtsgerichtlichen Entscheidung sowie Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

Gründe:

... nach § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG kann die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses auch ohne Antrag eines Beteiligten an das Amtsgericht zurückverwiesen werden, wenn dieses in der Sache noch nicht entschieden hat. Dies ist vorliegend der Fall, da das Amtsgericht lediglich eine unzulässige Teilentscheidung (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2014, 12088; OLG Frankfurt ZKJ 2013, 127) über das Umgangsrecht der Beschwerdeführerin getroffen hat.

Das Amtsgericht hat den Umgang nicht im Sinne von § 1684 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelt. Es fehlt zunächst insbesondere schon an einer vollstreckungsfähigen Regelung von Tag, Uhrzeit, Ort und Dauer des Umgangs (BGH FamRZ 2012, 533). Eine solche hinreichend bestimmte Regelung bedarf es auch bei einem begleiteten Umgang i. S. d. § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB ...

Weiterhin hat der Beschluss den mitwirkungsbereiten Dritten zu bezeichnen, dessen Auswahl kann insbesondere, wie in der angefochtenen Entscheidung, nicht dem Jugendamt überlassen werden ... Unzulässig ist es vor diesem Hintergrund auch, wie in Ziff. 4 der obigen Regelung zwei verschiedene Personen alternativ zum Umgangsbegleiter zu bestimmen und deren Auswahl sich in einer später zu treffenden Entscheidung vorzubehalten.

... ist das Umgangsverfahren jedoch ein vom Amtsermittlungsgrundsatz i. S.v. § 26 FamFG bestimmtes Verfahren, so dass es – auch zur Wahrung der Interessen und dem Wohl des Kindes – gleichwohl allein die Aufgabe des Familiengerichts ist, einen mitwirkungsbereiten Dritten zu ermitteln. Ein etwa daneben bestehender öffentlich-rechtlicher Anspruch der Eltern gegenüber dem Jugendamt auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangsrechts (vgl. § 18 SGB VIII) bleibt hiervon unberührt.

Soweit das Amtsgericht bei seiner erneuten Entscheidung über das Umgangsrecht der Kindesmutter zur Auffassung gelangen wird, dass die Gründe für die Anordnung begleiteter Umgangskontakte fortbestehen, wird es bei der Auswahl der Begleitperson auch zu berücksichtigen haben, dass hierfür im Regelfall ein berufsmäßiger Umgangspfleger i. S. d. § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB nicht in Betracht kommen wird. Denn einen Vergütungsanspruch nach § 1684 Abs. 3 S. 6, 277, 1835, 1836 BGB erwirbt auch der berufsmäßige Umgangspfleger für seine Tätigkeit während der Begleitung der Umgangskontakte nicht (OLG Karlsruhe NZFam 2014, 618 – nur ausnahmsweise bei Vertrauensschutz; KG ZKJ 2012, 492; ...). Aufwendungsersatz bzw. eine Vergütung kann der berufsmäßige Umgangspfleger vielmehr nur für die ihm durch das Gesetz zugewiese-

nen Aufgaben, nämlich das Mitwirken bei der Herausgabe des Kindes zum Zwecke der Durchführung des Umgangs (§ 1684 Abs. 3 S. 4 BGB), beanspruchen.

Eine Teilnahme- und Überwachungsaufgabe bei der Durchführung des Umgangs ist ihm gesetzlich nicht zugewiesen ... Zwar steht es dem Amtsgericht frei, einen von ihm bestimmten Umgangspfleger – wie jeden anderen mitwirkungsbereiten Dritten – die Umgangsbegleitung zu übertragen, eine aus der Justizkasse zu entrichtende Vergütung kann er aber – wie auch sonstige Dritte – nicht beanspruchen, da hierfür anfallende Kosten nicht zu den Verfahrenskosten gehören. Eine Finanzierung der Kosten professioneller Umgangsbegleitung kann nach dem gegenwärtig Recht vielmehr ausschließlich im Rahmen einer jugendhilferechtlichen Bewilligung durch das Jugendamt nach Maßgabe von § 18 Abs. 3 S. 3 SGB VIII erfolgen (vgl. Meysen NZFam 2016, 580; Dürbeck ZKJ 2015, 457).

Schließlich wird das Amtsgericht bei seiner erneuten Entscheidung über das Umgangsrecht der Beschwerdeführerin auch zu bedenken haben, dass das Gesetz in § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB an die Anordnung einer Umgangspflegschaft erhebliche dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen die Wohlverhaltenspflicht des § 1684 Abs. 2 BGB knüpft ..., welche sich aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung so nicht ergeben.

Kommentar:

Das OLG macht hier nochmals deutlich, wie begrenzt der Raum ist, den das Gesetz für die gerichtliche Anordnung einer Umgangspflegschaft vorsieht, indem es u.a. nochmals darauf verweist, dass gem. § 1684 Abs. 3 BGB erhebliche dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen die Wohlverhaltenspflicht vorliegen und auch dargelegt sein müssen.

Aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes hat das Familiengericht zudem im Falle einer Anordnung einer Umgangsbegleitung durch einen mitwirkungsbereiten Dritten diese Person für eine Umgangsbegleitung klar und eindeutig zu bestimmen und kann dies nicht Jugendamt oder freien Trägern überlassen. Das gilt weiter auch für Zeit, Ort und Dauer der begleiteten Umgangskontakte. Das alles setzt zwar eine vorherige Abstimmung und Konsensfindung mit dem Jugendamt bzw. mit den vom Jugendamt beauftragten freien Trägern voraus. Gleichwohl ergibt sich aber aus dem Amtsermittlungsgrundsatz i. S.v. § 26 FamFG, dass es im Ergebnis Aufgabe des Familiengerichts ist, einen solchen mitwirkungsbereiten Dritten zu ermitteln.

Wesentlich ist für die Auswahlentscheidung bezogen auf Umgangsbegleiter ist, dass die Kosten für eine angeordnete Begleitung von Umgangskontakten vom Jugendamt dann zu tragen sind, wenn auch die Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 4 SGB VIII vorliegen. Es handelt sich insoweit um eine Jugendhilfeleistung und nicht um Verfahrenskosten, was für die Umgangsbegleiter und deren Vergütung relevant ist.

Einen Umgangspfleger mit einer Umgangsbegleitung durch das Gericht ohne Abstimmung mit dem Jugendamt zu beauftragen, stellt insoweit regelmäßig keine Lösung dar, da die Umgangspflegschaft nur einen begrenzten gesetzlichen Zweck verfolgt, der

enger ist als jener der Umgangbegleitung. Die umfassendere Umgangsbegleitung würde dem Umgangspfleger von daher zumindest nicht aus der Justizkasse zu vergüten sein; insofern ist eine Abstimmung mit dem Jugendamt und freien Trägern auch unter Gesichtspunkten von Hilfeplanung und Kostentragung unverzichtbar.

BGH Beschl. v. 5.10.2016 – XII ZB 280/15, BeckRS 2016, 18892;

Umgangsrecht des leiblichen Vaters – Informations- und Anhörungspflicht

(§ § 1592 Nr. 1, 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB; § § 159 Abs. 2, 167a FamFG; Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG; Art. 8 EMRK)

Leitsätze:

1. Allein der Umstand, dass sich die rechtlichen Eltern beharrlich weigern, einen Umgang des Kindes mit seinem leiblichen Vater zuzulassen, genügt nicht, um den entsprechenden Antrag gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB zurückzuweisen.
2. Ist einziger Grund für das Scheitern des Umgangs die ablehnende Haltung der rechtlichen Eltern und die damit einhergehende Befürchtung, dass diese mit einer Umgangsregelung psychisch überfordert wären und dadurch mittelbar das Kindeswohl beeinträchtigt wäre, sind strenge Anforderungen an die entsprechenden Feststellungen zu stellen.
3. Auch im Verfahren nach § 1686a BGB hat das Gericht das Kind grundsätzlich persönlich anzuhören.
4. Vor einer Anhörung bzw. einer etwaigen Begutachtung ist das Kind bei entsprechender Reife grundsätzlich über seine wahre Abstammung zu unterrichten, sofern ein Umgang nicht bereits aus anderen, nicht unmittelbar das Kind betreffenden Gründen ausscheidet.

Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Antragsteller) begehrt unter Berufung auf seine leibliche Vaterschaft Umgang mit den im Jahr 2005 geborenen Zwillingen R. und J.. Der aus Nigeria stammende Antragsteller unterhielt seit 2003 eine Beziehung zur Beteiligten zu 3 (im Folgenden: Mutter), die mit dem Beteiligten zu 4 verheiratet ist; die Eheleute hatten bereits drei Kinder, die 1996, 1998 und 2000 geboren wurden. Seit ihrer Trennung vom Antragsteller im August 2005 lebt die Mutter wieder mit ihrem Ehemann und den Kindern zusammen. Im Dezember 2005 gebar sie Zwillinge. Der mittlerweile in Spanien lebende Antragsteller begehrte sowohl vor als auch nach deren Geburt Umgang mit ihnen, was von der Mutter und ihrem Ehemann (im Folgenden: Eltern) wiederholt abgelehnt wurde. Im Januar 2006 leitete der Antragsteller ein Umgangsrechtsverfahren ein. Nachdem das Familiengericht Umgangskontakte angeordnet

hatte, hob das Oberlandesgericht diese Entscheidung auf, weil ein Umgangsrecht des biologischen Vaters, der nicht in einer sozialfamiliären Beziehung zu dem Kind stehe oder gestanden habe, nicht vorgesehen sei. Die Verfassungsbeschwerde des Antragstellers blieb erfolglos. Schließlich stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil vom 21. Dezember 2010 fest, dass die Versagung jeglichen Umgangs ohne eine Prüfung der Frage, ob ein solcher Umgang dem Kindeswohl dienlich wäre, eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstelle.

Im vorliegenden Verfahren hat der Antragsteller im März 2011 beim Familiengericht erneut eine Umgangsregelung mit den Zwillingen beantragt. Dieses hat einen monatlichen, begleiteten Umgang angeordnet. Auf die Beschwerde der Eltern hat das Oberlandesgericht den Umgangsrechtsantrag zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Gründe:

Das Oberlandesgericht, ... ist der Auffassung, dass der Umgang mit dem Antragsteller dem Kindeswohl nicht dienen würde. ... Der Antragsteller habe ein ernsthaftes Interesse an den Zwillingen im Sinne von § 1686 a Abs. 1 BGB gezeigt. Dass es zu einer tatsächlichen Kontaktaufnahme mit ihnen zu keinem Zeitpunkt gekommen sei, könne ihm nicht zugerechnet werden. ...

Die Aufklärung über die biologische Vaterschaft des Antragstellers und Kontakt zu diesem seien allerdings dem Kindeswohl der Zwillinge derzeit nicht förderlich. ... Nach dem Sachverständigengutachten hätten sich keine Anhaltspunkte dafür gezeigt, dass die inzwischen bei der Begutachtung neun Jahre alten Zwillinge auch nur Zweifel an der biologischen Vaterschaft des Beteiligten zu 4 hätten. ... das Aussehen der Zwillinge sei nicht so, dass es ihnen zwangsläufig bewusst sein müsste, nicht von dem Beteiligten zu 4 abzustammen.

Demgegenüber würde das Kindeswohl der Zwillinge aktuell beeinträchtigt, wenn die Eltern und insbesondere die Mutter durch eine Gerichtsentscheidung gezwungen würden, entgegen ihrem Willen den Kindern Umgang mit dem Antragsteller zu gewähren und die hiermit zwangsläufig verbundene Aufklärung der Kinder über die biologische Vaterschaft des Antragstellers zu leisten oder mindestens zu dulden. Es bestehe die große Gefahr, dass die Eltern mit dieser Situation überfordert wären, was sich negativ auf den bestehenden stabilen familiären Rahmen auswirken würde, in dem die Zwillinge bisher lebten. Überzeugend sei weiter die Feststellung des Sachverständigen, dass sich insbesondere bei der Mutter durch erzwungene Umgangskontakte der Kinder mit dem Antragsteller mit Wahrscheinlichkeit erhebliche negative Auswirkungen ergeben würden, die von ihrem Ehemann nicht zu bewältigen wären und sich negativ auf den bestehenden stabilen familiären Rahmen auswirken würden ... Die hieraus fol-

genden negativen Auswirkungen für das Familiensystem und damit auch für das Kindeswohl der Zwillinge seien evident.

Es bestehe auch keine rechtliche Möglichkeit, diesen mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwartenden negativen Auswirkungen von Umgangskontakten entgegenzuwirken. Denkbar wäre allerdings, dass sich die Eltern auf Umgangskontakte des Antragstellers mit den Zwillingen durch Beratung und familientherapeutische Maßnahmen vorbereiteten und dass nach einer solchen Vorbereitung Umgangskontakte ohne Überforderung der Eltern und ohne Schäden für das Familiensystem stattfinden könnten. Hierzu seien die Eltern jedoch zweifellos nicht bereit. Für die vollstreckbare Anordnung solcher Maßnahmen durch das Gericht biete § 1686 a BGB keine Grundlage. Maßnahmen auf der Grundlage des § 1666 BGB könnten mangels Gefährdung des Kindeswohls nicht getroffen werden. Es sei auch nicht möglich, eine erst in fernerer Zukunft greifende Umgangsregelung zu treffen.

Das hält den Rügen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

Solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, hat der leibliche Vater, der ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt hat, gemäß § 1686 a Abs. 1 Nr. 1 BGB ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient. ...

Diese Neuregelungen sind mit dem Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 2176 f.) mit Wirkung vom 13. Juli 2013 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden. Grund hierfür war die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zuvor in zwei Entscheidungen festgestellte Verletzung von Art. 8 EMRK in dem Fall, dass der biologische Vater, der keine enge Bezugsperson des Kindes ist, auch dann kategorisch und ohne Prüfung des Kindeswohls vom Umgang mit seinem Kind ausgeschlossen ist, wenn ihm das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung nicht zuzurechnen ist (vgl. BT-Drucks. 17/12163 S. 8 f. mwN). ...

... Ob enge persönliche Beziehungen zwischen dem leiblichen Vater und seinen Kindern bestünden, die unter den Schutz des Art. 8 EMRK fielen, hänge vor allem von dem erkennbaren Interesse des Vaters an den Kindern und seiner Verantwortungsbereitschaft vor und nach der Geburt ab (EGMR FamRZ 2011, 269, 270).

Im Rahmen der Kindeswohlprüfung ist nach der Gesetzesbegründung zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit Umgangskontakte mit einem "gewissermaßen zweiten, ausschließlich auf der biologischen Abstammung beruhenden Vater" für das Kind eine seelische Belastung darstellten, ob das Kind dadurch in einer dem Kindeswohl abträglichen Weise verunsichert werde, inwieweit die Kindesmutter und der biologische Vater gegebenenfalls ihre Konflikte nach der Trennung begrenzen könnten und wie der Umgang im Interesse einer gesunden Persönlichkeitsentwicklung und der Identitätsfindung des Kindes zu bewerten sei. Die Frage der Kindeswohl dienlichkeit werde je nach familiärer Situation, Stabilität und Belastbarkeit des Familienverbands, Beziehungskonstellation bzw. Konfliktniveau zwischen den betroffenen Erwachsenen, Alter und psychischer Widerstandsfähigkeit des Kindes, Grad der Bindung des Kindes an seine rechtlich-sozialen Eltern, Dauer der Kenntnis von der Existenz eines biologischen Vaters etc. unterschiedlich zu beurteilen sein.

...

Nach Auffassung des Gesetzgebers wäre es bedenklich, dem biologischen Vater ohne weitere Voraussetzungen ein Umgangsrecht zu gewähren. Dies würde dem Umstand nicht gerecht, dass Rechte anderer Betroffener von nicht minderem Rang gleichermaßen auf dem Spiel stünden. Voraussetzung des Umgangs- und Auskunftsrechts für den biologischen Vater sei daher außerdem, dass er nachhaltiges Interesse an dem Kind gezeigt habe. Dies lasse der Rechtsprechung in den Fällen, in denen sich bislang keine sozial-familiären Beziehungen entwickelt hätten, ohne dass dies dem biologischen Vater zuzurechnen sei, den erforderlichen Ermessensspielraum. Habe der (mutmaßliche) biologische Vater aus Rücksicht auf das Kind und die soziale Familie sein Interesse nur zurückhaltend bekundet, könnten die Gerichte auch diesen Umstand im Einzelfall angemessen würdigen (BT-Drucks. 17/12163 S. 13).

Im Verfahren nach § 1686a BGB haben die Gerichte daher zu prüfen, woran sich das ernsthafte Interesse am Kind im konkreten Einzelfall festmacht (vgl. OLG Bremen FamRZ 2015, 266, 267). Als mögliche Kriterien werden in der Gesetzesbegründung u.a. genannt, ob der (mutmaßliche) biologische Vater sein Kind zeitnah nach der Geburt kennenlernen wollte, ob er sich um weiteren Kontakt mit dem Kind bemüht hat, ob er den Wunsch nach Umgang wiederholt artikuliert und gegebenenfalls Pläne entwickelt hat, wie er seinen Kontaktwunsch im Hinblick auf Wohnort und Arbeitszeiten realisieren kann, ob er sich vor und nach der Geburt zu dem Kind bekannt hat oder ob er die Bereitschaft geäußert hat, Verantwortung für das Kind – gegebenenfalls auch finanziell – zu übernehmen (BT-Drucks. 17/12163 S. 13; s. auch Hammer FamRB 2015, 14, 15 mwN).

...

Zwar hat das Oberlandesgericht die Voraussetzungen des § 1686 a Abs. 1 Nr. 1 BGB im Ausgangspunkt in rechtlich nicht zu beanstandender Weise geprüft. Jedoch beruht die Schlussfolgerung des Oberlandesgerichts, wonach der Umgang dem Kindeswohl nicht dienen würde, auf verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellungen.

[insbesondere], „genügt der Umstand, dass sich die Eltern beharrlich weigern, einen Umgang zuzulassen, nicht, um den Umgang der Kinder mit ihrem leiblichen Vater abzulehnen. Regelmäßig wird beim Vorliegen des Tatbestands des § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB der leibliche Vater in ein (intaktes) Familiensystem eingreifen und werden sich die rechtlichen Eltern gegen einen Umgang sperren. Denn nur so lässt sich die Anrufung des Familiengerichts erklären, die bei einem Umgang auf freiwilliger Basis nicht erforderlich wäre. Würde man bereits diese Verweigerungshaltung als Hinderungsgrund akzeptieren, würde die Regelung des § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB leerlaufen. Soll das Umgangsrecht Art. 8 EMRK mit dem ihm vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beigegebenen Gehalt gerecht werden, darf der leibliche Vater nicht generell als "Störenfried" der behüteten rechtlichen Familie angesehen und damit praktisch eine Vermutung gegen die Kindeswohl dienlichkeit etabliert werden.

Auch wenn die Bindung an die rechtliche Familie nachhaltig zu berücksichtigen ist, darf sie nicht in eine solche Typisierung umschlagen (Staudinger/Rauscher BGB [2014] § 1686 a Rn. 16; aA noch zur alten Rechtslage OLG Bamberg FamRZ 2013, 710, 711).

... Es ist vielmehr eine umfassende Kindeswohlprüfung durchzuführen (zum Maßstab und zur objektiven Feststellungslast im Sorgerecht vgl. BGH Beschluss vom 15. Juni 2016 – Aktz.: XII ZB 419/15 – FamRZ 2016, 1439 Rn. 15, 37f.).

Ist einziger Grund für das Scheitern des Umgangs die ablehnende Haltung der rechtlichen Eltern und die damit einhergehende Befürchtung, dass diese mit einer Umgangsregelung psychisch überfordert wären und dadurch letztlich auch mittelbar das Kindeswohl beeinträchtigt wäre, sind daher strenge Anforderungen an die entsprechenden Feststellungen zu stellen.

Die Rechtsbeschwerde rügt zu Recht, dass das Sachverständigengutachten keine ausreichende Grundlage für den vom Oberlandesgericht gezogenen Schluss bietet, wonach die Eltern psychisch nicht in der Lage wären, mit einem Umgang durch den Antragsteller umzugehen, und deshalb auch der Umgang nicht dem Wohl der betroffenen Kinder dienen würde. Insoweit fehlt es dem Gutachten an belastbaren Feststellungen zur psychischen Disposition der Eltern. Zudem ist der Beweiswert des Gutachtens dadurch erschüttert, dass die Eltern gemeinsam mit ihrer Verfahrensbevollmächtigten mit den Gutachtern ohne Einbeziehung des Gerichts und der übrigen Verfahrensbeteiligten Absprachen getroffen und dabei Bedingungen für die Begutachtung gestellt haben. Zutreffend rügt die Rechtsbeschwerde zudem, dass das Oberlandesgericht die Kinder persönlich hätte anhören müssen.

Während das Gutachten der Sachverständigen S. und O. vom 16. Januar 2014 nur die Exploration des Antragstellers zum Gegenstand hat, umfasst ihr Gutachten vom 28. Dezember 2014 Gespräche mit den Eltern, die Exploration der Kinder und das Ergebnis testpsychologischer Untersuchungen der Kinder nebst Untersuchungsbefund und Stellungnahme. Letzteres Gutachten – und ihm folgend das Oberlandesgericht – lässt den Umgang allein daran scheitern, dass vor allem die Mutter bei einem entsprechenden Umgang psychisch so beeinträchtigt wäre, dass sie möglicherweise dekompensieren und dies Auswirkungen auch auf das Wohl der Zwillinge haben könnte.

Allerdings lässt sich dem Sachverständigengutachten nicht entnehmen, auf welchen Erhebungen die gutachterliche Einschätzung ihrer psychischen Disposition beruht. Entsprechendes gilt für das ergänzende Gutachten des Sachverständigen S. vom 18. April 2015 und dessen Anhörung.

Während die Sachverständigen den Antragsteller und die Kinder exploriert haben, greifen die Gutachten hinsichtlich der Eltern lediglich auf "Gespräche" zurück, die teilweise in Gegenwart ihrer Verfahrensbevollmächtigten geführt wurden. Demgemäß weist der Sachverständige S. in seinem ergänzenden Gutachten auf die Frage, inwieweit zu einem späteren Zeitpunkt die Gefahr einer psychischen Überforderung der Eltern nicht mehr bestehe bzw. sich diese nicht mehr oder weniger belastend für das Kindeswohl auswirke, darauf hin, dass hierzu ohne nähere Exploration der Eheleute keine valide Einschätzung vorgenommen werden könne. Wieso es für die gutachterliche Einschätzung, dass die Mutter bei einem durchzuführenden Umgang dekompensieren oder einen Nervenzusammenbruch erleiden könnte, einer solchen näheren Exploration nicht bedarf, wird allerdings nicht erläutert.

Schließlich räumt das Oberlandesgericht selbst ein, es sei denkbar, dass sich die Eltern auf Umgangskontakte des Antragstellers mit den Zwillingen durch Beratung und familientherapeutische Maßnahmen vorbereiten und dass nach einer solchen Vorbereitung Umgangskontakte ohne Überforderung der Eltern und ohne Schäden für das Familiensystem stattfinden könnten.

Zudem leidet das Gutachten daran, dass von den Eltern gemeinsam mit ihrer Verfahrensbevollmächtigten an die Sachverständigen im Rahmen eines Gesprächs zur "Festlegung des Settings der Begutachtung der beiden Kinder" einseitig Vorgaben hergetragen worden sind, denen sich die Sachverständigen im Wesentlichen gefügt haben.

Gemäß § 30 FamFG i.V.m. § 404a ZPO hat das Gericht die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten; es kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen (...). Gemäß § 404a Abs. 4 ZPO bestimmt das Gericht, soweit es erforderlich ist, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.

Überschreitet der Sachverständige seine Befugnisse, etwa wenn er selbständig Beweise würdigt und nicht vorgegebene Anknüpfungstatsachen zugrunde legt, oder zieht der Sachverständige bei Ermittlungen nur eine Partei hinzu, kann das die Besorgnis der Befangenheit gemäß § 30 FamFG i.V.m. § 406 ZPO begründen (...). Auch wenn der betroffene Beteiligte – wie hier – keinen Ablehnungsantrag gestellt hat, kann eine mögliche Befangenheit für den Beweiswert des Gutachtens eine Rolle spielen (...).

Gemessen hieran hätte das Oberlandesgericht den Beweiswert des Sachverständigengutachtens hinterfragen müssen, was nicht zuletzt durch die Einlassung des Sachverständigen S. in seiner Anhörung verdeutlicht wird. ... Hinzu kommt, dass die Eltern den Gutachtern gegenüber ausweislich des "Protokolls" über das "Setting" Gelegenheit hatten, Bedenken über die Person des Antragstellers zu äußern. Dabei lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen, inwieweit diese Bedenken Gegenstand bzw. Grundlage des "Settings" geworden sind. Auch wenn diese Umstände mangels Ablehnungsantrages nicht zwingend zu einer Unverwertbarkeit des Gutachtens führen, hätte sich das Oberlandesgericht zumindest mit der Frage auseinander setzen müssen, ob das Sachverständigengutachten für eine entsprechende Überzeugungsbildung überhaupt eine hinreichende Grundlage sein kann.

Darüber hinaus wird der Beweiswert des Sachverständigengutachtens nicht zuletzt dadurch erheblich beeinträchtigt, dass die Kinder zum eigentlichen Gegenstand des Verfahrens nicht befragt wurden.

Die Entscheidung ist zudem deshalb verfahrensfehlerhaft, weil die Kinder vom Gericht nicht angehört worden sind.

Gemäß § 159 Abs. 2 FamFG ist ein Kind, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, persönlich anzuhören, wenn die Neigung, Bindung oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist. ... Die Anhörung eines Kindes wird im Verfahren nach § 1686a BGB grundsätzlich nur dann entbehrlich sein, wenn der Antrag (ausschließlich) als unzulässig oder wegen fehlenden ernsthaften Interesses zurückzu-

weisen ist oder wenn die Abstammungsuntersuchung ergibt, dass der Antragsteller nicht der biologische Vater ist (...). Dabei ist es Aufgabe des Gerichts, das Verfahren, insbesondere die Umstände sowie die Art und Weise der Kindesanhörung, unter Berücksichtigung des Alters, des Entwicklungsstands und der sonstigen Fähigkeiten des Kindes so zu gestalten, dass das Kind seine persönliche Beziehung zu den Eltern erkennbar werden lassen kann. In der Regel wird eine Entscheidung den Belangen des Kindes nur dann gerecht, wenn es diese Möglichkeit hat. Wegen fehlender Äußerungsfähigkeit wird nur bei sehr jungen Kindern oder bei aufgrund besonderer Umstände erheblich eingeschränkter Fähigkeit des Kindes, sich zu seinem Willen und seinen Beziehungen zu äußern, auf die Anhörung verzichtet werden können. ...

Gemessen hieran hätte das Oberlandesgericht die Kinder anhören müssen.

Die vom Oberlandesgericht für das Absehen von einer gerichtlichen Anhörung der Kinder gegebene Begründung, wonach Neigungen, Bindungen oder der Wille der Kinder für die Entscheidung nicht von Bedeutung seien, weil sie von ihrer Abstammung keine Kenntnis hätten, überzeugt schon deshalb nicht, weil es sich damit in Widerspruch zu seinen sonstigen Ermittlungen setzt. Wie sich aus seinem Beschluss vom 17. März 2014 ergibt, hat es die Exploration der Kinder durch die Sachverständigen für unbedingt erforderlich gehalten. Wenn der Tatrichter jedoch eine Exploration der Kinder für erforderlich hält, muss er sich im nächsten Schritt konsequenterweise auch selbst einen persönlichen Eindruck von den Kindern verschaffen. Hinzu kommt – worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist –, dass im vorliegenden Verfahren wegen der afroeuropäischen Abstammung der Kinder auch deren Aussehen nicht ohne Belang ist. Denn sollte dies deren Abstammung schon äußerlich nahelegen, wäre dies möglicherweise ein weiterer Grund, einen Umgang mit dem Antragsteller zum Wohle der Kinder anzuordnen.

Danach kann die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben. Sie ist gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Weil es noch weiterer Ermittlungen bedarf, ist die Sache an das Oberlandesgericht gemäß § 74 Abs. 6 S. 2 FamFG zurückzuverweisen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Sollte die weitere Begutachtung ergeben, dass die psychische Disposition der Eltern einem Umgang des Antragstellers mit den Zwillingen nicht entgegensteht, wären vor einer entsprechenden Anordnung des Umgangs noch weitere Ermittlungen durchzuführen:

Hierfür dürfte es nach dem gegenwärtigen Sachstand angesichts des Alters der Zwillinge von jetzt zehn Jahren erforderlich sein, die Kinder zuvor über den Verfahrensgegenstand und damit einhergehend – sofern sie nicht ohnehin schon davon wissen – über ihre wahre Abstammung zu unterrichten.

Zwar obliegt es grundsätzlich der Verantwortung der (rechtlichen) Eltern, wann und in welcher Form sie ihr minderjähriges Kind über Besonderheiten seiner Herkunft informieren. Diese sind durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung geschützt, worunter auch die Information des Kindes über seine Herkunft durch die Eltern fällt. In diese soll staatlicherseits nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nicht eingegriffen werden (Senatsurteil BGHZ Bd. 204, 54 ...). Auch

wenn das Elterngrundrecht keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt enthält, kann dessen Beschränkung aber aufgrund verfassungsimmanenter Schranken erfolgen (BVerfG FamRZ 2014, 449, Rn. 98).

Eine verfassungsimmanente Schranke stellt der verfassungsrechtlich grundsätzlich anzuerkennende Wunsch des leiblichen Vaters nach Umgang und nach Auskunft über das Kind i.S.v. § 1686a BGB dar (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 119, Rn. 10 ...). Der Gesetzgeber hat die Gerichte ermächtigt, unter den in § 1686a BGB und § 167a FamFG geregelten Voraussetzungen den Schutz der bestehenden sozialen Familie hinter dem Interesse an Umgang und Auskunftserteilung zurücktreten zu lassen ...

Damit ist nicht nur das Familiengrundrecht nach Art. 6 Abs. 1 GG, sondern auch das von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht, namentlich über die Information des Kindes zu bestimmen, in den Fällen eingeschränkt, in denen der rechtliche von dem leiblichen Vater abweicht und Letzterer ein Umgangsrecht begehrt. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht dies bislang nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – entschieden. Dieser Schluss folgt aber aus dem Umgangsrecht gemäß § 1686a BGB selbst. Der Umgang zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind setzt jedenfalls ab einem bestimmten Alter die Kenntnis des Kindes von seiner wahren Abstammung voraus. Eine Unterrichtung des Kindes hierüber ist in den Fällen, in denen es ein Alter erreicht hat, das es ihm ermöglicht zu verstehen, dass sein rechtlicher und sein leiblicher Vater personenverschieden sind, grundsätzlich unerlässlich.

Entsprechendes gilt für das Verfahren. Nur bei einem informierten Kind kann sich der Tatrichter bzw. der Sachverständige ein verlässliches Bild darüber verschaffen, ob der Umgang mit dem leiblichen Vater dem Kindeswohl dient. Dies verdeutlicht vorliegend die Angabe des Sachverständigen, wonach sie (die Gutachter) bei der Befragung und Exploration der Kinder einer Einschränkung dadurch unterlegen seien, dass "uns vorgegeben war, wir sollten die Kinder nicht über ihre biologische Vaterschaft aufklären." Dadurch haben sich die Sachverständigen auch der Frage verschließen müssen, ob die Kinder nicht ohnehin an ihrer Abstammung vom rechtlichen Vater Zweifel hegten.

Hinzukommt, dass das Kind durch die Vorenthaltung des Wissens um seine wahre Abstammung gleichsam zum "bloßen Verfahrensobjekt" herabgestuft würde, was indes durch die Gestaltung des Verfahrens gerade vermieden werden soll (vgl. BVerfG FamRZ 2004, 86, 87).

Freilich ist das Kind – bei entgegenstehendem Willen der (rechtlichen) Eltern – nur dann über seine wahre Abstammung zu unterrichten, wenn der Umgang nicht bereits aus anderen, nicht unmittelbar das Kind betreffenden Gründen ausgeschlossen ist. Zudem hat der Tatrichter bei seiner Entscheidung hierüber zur Wahrung des Kindeswohls die Persönlichkeit des Kindes, den Stand seiner Persönlichkeitsentwicklung und seine Verstandesreife zu berücksichtigen ...

Sind die Voraussetzungen für eine Unterrichtung erfüllt, haben die (rechtlichen) Eltern ihr Kind spätestens während des Umgangsverfahrens über seine wahre Abstammung zu informieren. Unterlassen sie das, so liegt es im Ermessen des (sachverständig beratenen) Tatrichters, auf welche geeignete Weise das Kind über die tatsächlichen Ver-

hältnisse informiert wird. Er kann hierzu etwa die Hilfe des psychologischen Sachverständigen in Anspruch nehmen. Andernfalls hätten es die (rechtlichen) Eltern durch ihre Weigerung in der Hand, den Umgang mit dem leiblichen Vater zu verhindern.

Das bedeutet für das konkrete Verfahren, dass der Tatrichter den Eltern gegebenenfalls eine angemessene Frist zu setzen haben wird, innerhalb derer sie ihre Kinder entsprechend unterrichten können. Nutzen sie diese nicht, ist eine entsprechende Unterrichtung auf andere Weise sicherzustellen, bevor das Gericht weitere Ermittlungen anstellt.

Anhaltspunkte dafür, dass einer Unterrichtung der Kinder über ihre wahre Abstammung Gründe des Kindeswohls unmittelbar entgegenstehen sollten, sind bislang nicht festgestellt; sie ergeben sich insbesondere nicht aus den Äußerungen der Sachverständigen.

Demgemäß werden die Kinder gegebenenfalls nach entsprechender Unterrichtung über ihre wahre Abstammung von einem anderen als den bisher tätigen Sachverständigen nochmals zu explorieren und anschließend vom Gericht anzuhören sein.

Kommentar

Der BGH hat erstmalig nach der gesetzlichen Neuregelung zum Umgangsrecht des biologischen Vaters entschieden, dass die beharrliche Weigerung der rechtlichen Eltern, einen Umgang ihres Kindes mit seinem leiblichen Vater zuzulassen, allein nicht genügt, um ein Umgangsrecht abzulehnen. Die Feststellung, dass psychische Belastungen der Kindesmutter, die mit einem Umgangsrecht verbunden wären, mittelbar das Kindeswohl schädigen werden, bedürfen nach Auffassung des BGH einer dementsprechenden dezidierten sachverständigen Untersuchung. An den Nachweis eines solchen Zusammenhanges seien hohe Anforderungen zu stellen, die sich auch in der Differenziertheit, der zielgerichteten Untersuchung dieser spezifischen Frage sowie der Transparenz des gutachterlichen Vorgehens niederschlagen müssen. Dies verweist auf erhebliche qualitative Anforderungen an familienrechtspsychologische Gutachten, ggfs. unter Einschluss klinischer Fragestellungen. Die aufgehobene Entscheidung des Oberlandesgerichts beruhte nach Auffassung des BGH insoweit auf unzureichenden Ermittlungen, sowohl im Sinne unzureichender Untersuchungen der Sachverständigen als auch unzureichender Ermittlungen von Seiten des Gerichts, das zum einen die Kinder hätte persönlich anhören und zum zweiten die Sachverständige genauer hätte leiten müssen.

Für die Tätigkeit von Sachverständigen wichtig ist weiter die hier erfolgte Feststellung des BGH, dass Absprachen zwischen Gutachtern und nur einer Partei hinsichtlich des Settings der Durchführung der Begutachtung, d.h. ohne Einschaltung des Gerichts und ohne Hinzuziehung der übrigen Verfahrensbeteiligten, dazu führen, dass der Beweiswert eines Gutachtens in Frage gestellt ist, ähnlich wie das im Falle der Feststellung der Befangenheit eines Gutachters gegeben ist. Angesichts dieses Teils der Entscheidung ist nochmals deutlich darauf hinzuweisen, wie wichtig es auch im Interesse von Sachverständigen sein kann, in derart problematischen Konstellationen zu Fragen der weite-

ren Vorgehensweise als Sachverständige durchaus auch die Leitungsfunktion des Gerichtes zu nutzen und zu bemühen, indem das Gericht um Hinweise zur Frage der weiteren Vorgehensweise ersucht wird. Absprachen mit nur einer Seite sind keinesfalls zulässig.

Weiter ist es dieser Entscheidung des BGH folgend fehlerhaft und mindert den Wert eines Gutachtens, wenn die Kinder zum eigentlichen Verfahrensgegenstand nicht befragt werden. Über die Besonderheiten dieses Falles hinaus macht der BGH hier deutlich, dass auch Sachverständige in der Art und Weise der Durchführung einer Begutachtung dafür Sorge zu tragen haben, dass diese in ihrer Ausgestaltung auch den Persönlichkeitsrechten und der Subjektstellung von Kindern gerecht werden muss. Wie denn die Voraussetzungen einer solchen Exploration, die in solchen Fällen zumeist ja in der Information der Kinder bestehen dürfte, herzustellen wäre, hat der BGH gleichfalls dargelegt.

So hat der BGH in diesem Fall festgestellt, dass nicht nur das Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG, sondern auch das von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternrecht, über Art und Umfang der Information eines Kindes über seine wahre Abstammung zu bestimmen, grundsätzlich in solchen Fällen eingeschränkt ist, in denen der leibliche Vater ein Umgangsrecht nach § 1686 a BGB begehrt und dies nicht aus anderen Gründen als denen des Kindeswohl bereits vor Kindeswohlprüfung abgelehnt werden muss. Ein Kind ist dann vor einer Anhörung bzw. einer etwaigen Begutachtung, unter der Voraussetzung entsprechender Reife, über seine wahre Abstammung zu unterrichten. Dazu ist den Eltern eine angemessene Frist zu setzen. Weigerten sich die rechtlichen Eltern, dies selbst zu tun, steht es im Ermessen des Tatrichters, in welcher Art und Weise er für eine entsprechende Information des Kindes Sorge trägt. Das Gericht kann sich hier auch der Hilfe eines Sachverständigen bedienen.

An diesem Punkte wirft die Entscheidung des BGH weitere Probleme und Fragen auf: Zum einen danach, wann denn Kinder die für eine solche Information für erforderlich gehaltene entsprechende Reife besitzen. Weiter liegen keine aktuellen Forschungsbefunde dazu vor, wie es sich auf Kinder auswirkt, wenn ihnen – wie es in diesem Fall droht – nach vorherigem jahrelangem Verschweigen ihrer wahren Herkunft durch ihre wichtigsten Bezugspersonen, nun nicht von den Eltern, sondern von einem Sachverständigen, dem Jugendamt, dem Verfahrensbeistand oder einem Familienrichter mitgeteilt wird, wer ihr biologischen Eltern sind (womit ihnen auch mitgeteilt wird, dass ihre rechtlichen Eltern sie jahrelang „belogen“ oder zumindest nicht informiert haben). Insoweit ist zum anderen offen, inwieweit eine solche Aufklärung ihrerseits kindeswohlgefährlich sein könnte. Angesichts der Relevanz dieser Frage – die sich über diesen Fall hinaus auch mit Blick auf Adoptionen und die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin nachdrücklich auch ganz allgemein stellt – ist die entwicklungspsychologische ebenso wie die familienrechtspsychologische Forschung gefordert, sich dem genauer zuzuwenden.

BGH, Beschluss vom 1. Februar 2017 – XII ZB 601/15

Zum Wechselmodell

BGB §§ 1684, 1697 a; FamFG §§ 26, 159

Leitsätze:

1. Eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, wird vom Gesetz nicht ausgeschlossen. Auch die Ablehnung des Wechselmodells durch einen Elternteil hindert eine solche Regelung für sich genommen noch nicht. Entscheidender Maßstab der Regelung ist vielmehr das im konkreten Einzelfall festzustellende Kindeswohl.
2. Die auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Umgangsregelung setzt eine bestehende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern voraus (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 15. Juni 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439). Dem Kindeswohl entspricht es daher nicht, ein Wechselmodell zu dem Zweck anzuordnen, eine Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit erst herbeizuführen.
3. Ist das Verhältnis der Eltern erheblich konfliktbelastet, so liegt die auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Anordnung in der Regel nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes.
4. Das Familiengericht ist im Umgangsverfahren zu einer umfassenden Aufklärung verpflichtet, welche Form des Umgangs dem Kindeswohl am besten entspricht. Dies erfordert grundsätzlich auch die persönliche Anhörung des Kindes (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 15. Juni 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439).

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Vater) und 2 (im Folgenden: Mutter) sind die verschiedenen Eltern ihres im April 2003 geborenen Sohnes K. Sie sind gemeinsam sorgeberechtigt. Der Sohn hält sich überwiegend bei der Mutter auf. Die Eltern trafen im Januar 2013 eine Umgangsregelung, nach welcher der Sohn mit dem Vater alle 14 Tage das Wochenende verbringt. Außerdem vereinbarten sie den Umgang in den Weihnachtsferien 2013. Der Ferienumgang wird seither von den Eltern einvernehmlich festgelegt.

Der Vater erstrebt im vorliegenden Verfahren die Anordnung eines paritätischen Wechselmodells als Umgangsregelung. Er will den Sohn im wöchentlichen Turnus abwechselnd von Montag nach Schulschluss bis zum folgenden Montag zum Schulbeginn zu sich nehmen, außerdem erstrebt er die gleiche Aufteilung der Ferien und Feiertage sowie eine gegenseitige Information der Eltern über die Belange des Kindes.

Das Amtsgericht hat den Antrag des Vaters zurückgewiesen. Dessen Beschwerde ist vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt er sein Begehren weiter.

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. Februar 2017 [...] beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des 11. Zivilsenats und Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 8. Dezember 2015 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung ... an das Oberlandesgericht zurückverwiesen

Aus den Gründen:

1. Das Oberlandesgericht hat seine in FamRZ 2016, 2119 veröffentlichte Entscheidung damit begründet, das vom Vater begehrte Wechselmodell könne aus rechtlichen Gründen nicht angeordnet werden. Deshalb sei auch von der persönlichen Anhörung des Kindes abgesehen worden. Das Wechselmodell sei rechtssystematisch der Ausübung der elterlichen Sorge zuzuordnen. Das Umgangsrecht ermögliche dem Elternteil, in dessen Obhut das Kind nicht lebe, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen aufrechtzuerhalten, um einer Entfremdung vorzubeugen, sowie dem Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung zu tragen. Das Umgangsrecht diene dagegen nicht der gleichberechtigten Teilhabe beider Eltern am Leben ihrer Kinder. Es sei vom Aufenthaltsbestimmungsrecht abzugrenzen, das Teil der elterlichen Sorge sei. Umgangsanordnungen müssten ihre Grenze spätestens dort finden, wo sie zu einer Änderung oder Festlegung des Lebensmittelpunkts des Kindes führen würden, was jedenfalls bei einer Anordnung der hälftigen Betreuung durch die Eltern und damit eines doppelten Lebensmittelpunkts des Kindes der Fall wäre. Es bestehe deshalb keine Möglichkeit, im Rahmen des Umgangsrechts ein paritätisches Wechselmodell anzuordnen.

Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehe keine Verpflichtung des Gesetzgebers, bei fehlender Einigkeit der Eltern eine paritätische Betreuung als Regelfall vorzusehen.

Nur ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass nach den durchgeführten Ermittlungen auch die materiellen Voraussetzungen für ein Wechselmodell nicht vorlägen. Ein Wechselmodell stelle hohe Anforderungen an die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit beider Eltern. Es könne deshalb nicht gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden. Die Annahme des Vaters, das Wechselmodell habe deeskalierende Wirkung, lasse sich nicht belegen. Vielmehr ergäben sich Anhaltspunkte dafür, dass eine gerichtliche Verordnung und rigide Durchführung des Wechselmodells zu Belastungen des Kindes beitrügen. Auch in der Anhörung der Eltern sei deutlich geworden, dass sich der Wunsch des Vaters mehr am eigenen Bedürfnis, ein gleichberechtigter Elternteil zu werden, als an den Bedürfnissen des Kindes orientiere. Es sei nicht zu erkennen, wie die Eltern den hohen Abstimmungsbedarf im Rahmen eines wöchentlichen paritätischen Wechselmodells bewältigen könnten, ohne dass das Kind zum stän-

digen Informationsträger zwischen ihnen werde. Auf die daraus resultierende Belastung habe schon das Jugendamt hingewiesen.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

...

b) Ob eine gerichtliche Umgangsregelung auch ein Umgangsrecht im Umfang eines strengen oder paritätischen Wechselmodells, also einer etwa hälftigen Aufteilung der Betreuung zwischen den Eltern (vgl. Senatsbeschlüsse vom 5. November 2014 XII ZB 599/13 FamRZ 2015, 236 Rn. 20 und vom 12. März 2014 XII ZB 234/13 FamRZ 2014, 917 Rn. 28 ff. mwN), zum Inhalt haben kann, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

aa) Eine verbreitete Auffassung geht mit dem Oberlandesgericht davon aus, dass die gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells vom Gesetz nicht vorgesehen und ohne einen entsprechenden Konsens der Eltern nicht möglich sei (OLG Schleswig FamRZ 2016, 1945 [LSe]; OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1473 [LS]; OLG Jena FamRZ 2016, 2122 und FamRZ 2016, 2126; OLG Dresden MDR 2016, 1456 und FamRZ 2011, 1741; OLG München FamRZ 2016, 2120; OLG Düsseldorf ZKJ 2011, 256; OLG Hamm FamRZ 2012, 1883; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 1736; KG Berlin FamRZ 2015, 1910; OLG Koblenz FamRZ 2015, 1911; OLG München FamRZ 2013, 1822; OLG Naumburg FamRZ 2014, 50 und FamRZ 2015, 764; OLG Nürnberg FamRZ 2011, 1803; OLG Saarbrücken FamRZ 2015, 62 und FuR 2015, 678; Staudinger/Rauscher BGB [2014] § 1684 Rn. 50, 162a; Marchlewski FF 2015, 98; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1684 BGB Rn. 28a; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags FamRZ 2014, 1157, 1166; Völker/Clausius Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis 6. Aufl. § 1 Rn. 320 ff.; wohl auch Coester FF 2010, 10, 12).

Demgegenüber sehen andere die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells auch gegen den Willen eines Elternteils grundsätzlich als zulässig an, wobei unterschiedlich beurteilt wird, ob eine entsprechende Anordnung als gegebenenfalls ausschließliche sorgerechtliche Regelung (so OLG Schleswig SchlHA 2014, 456; Sünderhauf Wechselmodell S. 376 ff.; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1438 f.; vgl. auch OLG Naumburg FamRZ 2014, 1860) oder als Umgangsregelung ergehen kann (so KG Berlin FamRZ 2012, 886; OLG Hamburg FamRZ 2016, 912; AG Erfurt FamRZ 2013, 1590; Schmid NZFam 2016, 818, 819 f.; Sünderhauf/Rixe FamRB 2014, 418, 420 f.; Gutjahr FPR 2006, 301, 304).

bb) Nach zutreffender Auffassung enthält das Gesetz keine Beschränkung des Umgangsrechts dahingehend, dass vom Gericht angeordnete Umgangskontakte nicht zu hälftigen Betreuungsanteilen der Eltern führen dürfen. Ob auf entsprechenden Antrag eines Elternteils und mit welchem Inhalt auch eine auf das gleiche Ergebnis gerichtete Sorgerechtsregelung möglich ist, kann hier offenbleiben.

(1) Eine Vorgabe, in welchem Umfang ein Umgang maximal angeordnet werden kann, enthält das Gesetz nicht. Daher ist es vom Gesetzeswortlaut auch umfasst, durch Festlegung der Umgangszeiten beider Eltern die Betreuung des Kindes hälftig unter diesen aufzuteilen (Hammer FamRZ 2015, 1433, 1438).

(2) Auch aus der Systematik des Sorge- und Umgangsrechts folgt keine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Umgangskontakte.

(a) Aus § 1687 BGB lässt sich eine gesetzliche Festlegung der Kinderbetreuung auf das Residenzmodell nicht herleiten. Zwar ist die darin enthaltene Regelung wie andere Gesetzesbestimmungen (etwa § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB und § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB) auf den Fall zugeschnitten, dass ein Elternteil das Kind hauptsächlich betreut, während der andere sein Umgangsrecht ausübt. Dass die gesetzliche Regelung sich am Residenzmodell orientiert, besagt allerdings nur, dass der Gesetzgeber die praktisch häufigste Gestaltung als tatsächlichen Ausgangspunkt der Regelung gewählt hat, nicht aber, dass er das Residenzmodell darüber hinausgehend als ein andere Betreuungsmodelle ausschließendes gesetzliches Leitbild festlegen wollte (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1436). Das Wechselmodell war als mögliche Ausgestaltung der Kindesbetreuung dem Gesetzgeber vielmehr bewusst (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 36 f.). Dass er dieses etwa als von vornherein Kindeswohlgefährlich betrachtet hätte, liegt mithin fern (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1436 mwN).

(b) Selbst wenn ein Streit über den Lebensmittelpunkt des Kindes regelmäßig im Rahmen eines Verfahrens über das Aufenthaltsbestimmungsrecht und nicht eines solchen über das Umgangsrecht auszutragen ist, spricht dies jedenfalls bei Bestehen des gemeinsamen Sorgerechts der Eltern nicht gegen die Anordnung des Wechselmodells im Wege einer Umgangsregelung (aA OLG Brandenburg FamRZ 2012, 1886 und Beschluss vom 15. Februar 2016 10 UF 213/14 juris Rn. 28; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1439 mwN).

Die gesetzliche Regelung zum Sorgerecht schreibt bereits die Festlegung eines hauptsächlichlichen Aufenthalts des Kindes nicht vor (vgl. zur insoweit anderslautenden Regelung im österreichischen Recht Österr. VfGH FamRZ 2016, 32 sowie OGH Wien Beschluss vom 26. September 2016 6 Ob 149/16d).

...

c) Eine zum paritätischen Wechselmodell führende Umgangsregelung steht ebenso wie eine gleichlautende Elternvereinbarung mit dem gemeinsamen Sorgerecht im Einklang (aA Marchlewski FF 2015, 98), zumal beide Eltern gleichberechtigte Inhaber der elterlichen Sorge sind und die im Wechselmodell praktizierte Betreuung sich als dementsprechende Sorgerechtsausübung zweifellos im vorgegebenen Kompetenzrahmen hält. Das Oberlandesgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei der Festlegung eines bestimmten Betreuungsmodells um eine Frage der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge handelt. Nicht anders verhält es sich aber auch bei einer herkömmlichen Umgangsregelung ... Die mit einer Umgangsregelung verbundene Einschränkung in der Ausübung der elterlichen Sorge ist in der gesetzlichen Systematik von Sorge- und Umgangsrecht mithin angelegt. Mit welchem Umfang das Umgangsrecht gerichtlich festgelegt wird, stellt sich dann als bloß quantitative Frage dar und hat keinen Einfluss auf das grundsätzliche Verhältnis von Sorge- und Umgangsrecht. ...

(d) Dass eine auf das Wechselmodell gerichtete Umgangsregelung in bestimmten Fallgestaltungen, wenn der umgangsberechtigte Elternteil nicht mitsorgeberechtigt ist,

zur sorgerechtlichen Regelung möglicherweise in sachlichen Widerspruch treten kann, stellt sich als eine im jeweiligen Einzelfall zu beantwortende Frage der inhaltlichen Folgerichtigkeit einer zu treffenden Entscheidung dar und kann eine generelle Ausschließlichkeit der sorgerechtlichen Regelung aus systematischen Gründen nicht rechtfertigen ... Die sich aus der umgangsrechtlichen Anordnung des Wechselmodells ergebenden sorgerechtlichen Folgen lassen sich wie bei einem von den Eltern vereinbarten Wechselmodell und bei Umgangsregelungen im allgemeinen § 1687 BGB entnehmen ...

Differenzen der Eltern in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung können im Wege der Anordnung nach § 1628 BGB beseitigt werden. ...

(3) Eine von den Eltern getroffene Umgangsvereinbarung, die eine Betreuung im Wechselmodell beinhaltet, wird schließlich von der einhelligen Auffassung als zulässig angesehen, ohne dass gegen deren Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung von Sorge- und Umgangsrecht Bedenken erhoben worden sind. Die Umgangsvereinbarung ist vom Familiengericht vielmehr regelmäßig nach § 156 Abs. 2 FamFG durch Beschluss zu billigen.

...

cc) Da das Gesetz auf das Wechselmodell gerichtete umgangs- oder sorgerechtliche Entscheidungen nicht ausschließt, ist über die Anordnung des Wechselmodells folglich nach der Lage des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 1585 Rn. 21; Britz FF 2015, 387, 388 f.). Entscheidender Maßstab für die Regelung des Umgangs ist das Kindeswohl (Kindeswohlprinzip, § 1697 a BGB) unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern.

(1) Ob im Einzelfall danach die Anordnung des Wechselmodells geboten sein kann, ist unter Berücksichtigung anerkannter Kriterien des Kindeswohls zu entscheiden. Als gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls hat der Senat in Sorgerechtsfragen bislang die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie die Beachtung des Kindeswillens angeführt (Senatsbeschlüsse BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 19 und vom 6. Dezember 1989 IVb ZB 66/88 FamRZ 1990, 392, 393 mwN). Gleiches gilt auch für Regelungen zum Umgangsrecht und mithin hier für die Anordnung des paritätischen Wechselmodells. Ähnlich wie bei der gemeinsamen Sorge als paritätischer Wahrnehmung des Elternrechts (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Juni 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439 Rn. 21 ff.) setzt die Kindeswohl dienlichkeit des paritätischen Wechselmodells als hälftig geteilter Ausübung der gemeinsamen Sorge auch die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern voraus (vgl. Kinderrechtekommission FamRZ 2014, 1157, 1165; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441 f.; Heilmann NJW 2015, 3346, 3347).

(2) Dass zwischen den Eltern über die Betreuung des Kindes im Wechselmodell Konsens besteht, ist hingegen keine Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung. Das ergibt sich bereits aus der Erwägung, dass der Wille des Elternteils und das Kindeswohl nicht notwendig übereinstimmen und es auch nicht in der Entscheidungsbefugnis eines Elternteils liegt, ob eine dem Kindeswohl entsprechende gerichtliche Anordnung ergehen kann oder nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2016 XII ZB

280/15 FamRZ 2016, 2082 Rn. 35; OLG Naumburg FamRZ 2014, 1860, 1861; Schmid NZFam 2016, 818, 819; aA OLG Düsseldorf ZKJ 2011, 256; OLG Brandenburg FF 2012, 457 juris Rn. 20). Würde der entgegengesetzte Wille eines Elternteils gleichsam als Vetorecht stets ausschlaggebend sein, so würde der Elternwille ohne Rücksicht auf die zugrundeliegende jeweilige Motivation des Elternteils in sachwidriger Weise über das Kindeswohl gestellt. ...

(3) Das Wechselmodell ist danach anzuordnen, wenn die geteilte Betreuung durch beide Eltern im Vergleich mit anderen Betreuungsmodellen dem Kindeswohl im konkreten Fall am besten entspricht.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Umgang des Kindes mit beiden Elternteilen zum Wohl des Kindes gehört (vgl. § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB). Mit der Vorschrift ist allerdings noch keine quantitative Festlegung einer zu treffenden Umgangsregelung verbunden. Eine solche muss vielmehr im konkreten Einzelfall dem Kindeswohl entsprechen. Bei § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB handelt es sich um die gesetzliche Klarstellung eines einzelnen wenn auch gewichtigen Kindeswohlaspekts. Dass dadurch die Bedeutung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen unterstrichen wird, verleiht diesem Gesichtspunkt aber noch keinen generellen Vorrang gegenüber anderen Kindeswohlkriterien (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 25). Beim Wechselmodell kommt hinzu, dass dieses gegenüber herkömmlichen Umgangsmodellen höhere Anforderungen an die Eltern und das Kind stellt, das bei doppelter Residenz zwischen zwei Haushalten pendelt und sich auf zwei hauptsächliche Lebensumgebungen ein- bzw. umzustellen hat.

Auf Seiten des Kindes wird ein Wechselmodell nur in Betracht zu ziehen sein, wenn eine auf sicherer Bindung beruhende tragfähige Beziehung zu beiden Elternteilen besteht (zur Problematik bei Säuglingen und Kleinkindern vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 822; Salzgeber NZFam 2014, 921, 922). Hierfür kann gegebenenfalls auch Bedeutung gewinnen, in welchem Umfang beide Elternteile schon zur Zeit des Zusammenlebens in die Betreuung des Kindes eingebunden waren (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441; Schmid NZFam 2016, 818, 819). Wesentlicher Aspekt ist zudem der vom Kind geäußerte Wille, dem mit steigendem Alter zunehmendes Gewicht beizumessen ist. Bei Kindern im Jugendalter verringert sich ohnedies die gemeinsame Zeit von Eltern und Kind, weil die Kinder ihren Aktionsradius erweitern und für sie die mit Gleichaltrigen verbrachte Zeit bedeutsamer wird (Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 104).

Zwischen den Eltern ergibt sich bei der praktischen Verwirklichung der geteilten Betreuung erhöhter Abstimmungs- und Kooperationsbedarf, was geeignete äußere Rahmenbedingungen, so etwa eine gewisse Nähe der elterlichen Haushalte und die Erreichbarkeit von Schule und Betreuungseinrichtungen, aber auch eine entsprechende Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern voraussetzt. Dementsprechend sollten beide Eltern hinreichende Erziehungskompetenzen aufweisen und erkannt haben, dass eine kontinuierliche und verlässliche Kindererziehung der elterlichen Kooperation und eines Grundkonsenses in wesentlichen Erziehungsfragen bedarf

(vgl. Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 104; Heilmann NJW 2015, 3346, 3347).

Bei bestehender hoher elterlicher Konfliktbelastung wird das Wechselmodell dagegen in der Regel nicht dem Kindeswohl entsprechen. 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 (vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 823; Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 106; Kostka ZKJ 2014, 54; Salzgeber NZFam 2014, 921, 929; Rohmann FPR 2013, 307, 310 f.; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441; Finke NZFam 2014, 865, 869; aA Sünderhauf Wechselmodell S. 365 ff.). Zugleich wird es den Eltern aufgrund ihres fortwährenden Streits oft nicht möglich sein, die für die Erziehung des Kindes nötige Kontinuität und Verlässlichkeit zu schaffen.

Zwar ist die Senkung des elterlichen Konfliktniveaus ein Anliegen der mit der Trennungs- und Scheidungsproblematik befassten Professionen und das Familiengericht dementsprechend schon von Gesetzes wegen angehalten, auf eine einvernehmliche Konfliktlösung hinzuwirken (vgl. § 156 Abs. 1 FamFG). Jedoch erscheint die Anordnung des Wechselmodells grundsätzlich ungeeignet, die im Konflikt befangenen Eltern dadurch zu einem harmonischen Zusammenwirken in der Betreuung und Erziehung des Kindes zu veranlassen (vgl. Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 105 f.; aA Sünderhauf Wechselmodell S. 119 ff.; 365 ff.). Das schließt nicht aus, dass die Eltern im Einzelfall gleichwohl in der Lage sind, ihren persönlichen Konflikt von der gemeinsamen Wahrnehmung ihrer Elternrolle gegenüber dem Kind zu trennen und dieses von ihrem Streit zu verschonen (vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 823). Auch mag ein Wechselmodell in akuten Trennungssituationen etwa zunächst versuchsweise angeordnet werden können, um eine für das Kind möglichst wenig belastende Elterntrennung zu ermöglichen und insbesondere bei starker Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen Kontinuität herzustellen, die dem Kind bei der Bewältigung der Elterntrennung helfen kann (vgl. Salzgeber NZFam 2014, 921, 929).

c) Ob das Familiengericht neben der grundsätzlich gebotenen persönlichen Anhörung des Kindes im Rahmen der nach § 26 FamFG durchzuführenden Amtsermittlung ein Sachverständigengutachten (§ 163 FamFG) einholt oder einen Verfahrensbeistand bestellt (§ 158 FamFG), ist schließlich im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens im Einzelfall zu prüfen.

Kommentar:

Der BGH hat mit diesem jüngsten Beschluss in begrüßenswerter Weise Klarheit dahingehend geschaffen, dass ein Wechselmodell sowohl als Variante der Sorgerechtsregelung als auch als Form einer Ausgestaltung des Umgangsrechts gerichtlich angeordnet werden darf. Damit wurden dogmatische Konflikte und Debatten zumindest vorläufig

aufgelöst und eine klare Linie in rechtlicher Hinsicht gezogen, was auf Ebene der Familiengerichte Klarheiten schafft, die benötigt werden.

In der Entscheidung wurde ferner eine Fülle an Einzelgesichtspunkten benannt, die in tatsächlicher Hinsicht bei der stets als Einzelfallentscheidung ausgestalteten Beschlussfassung zur Frage eines Wechselmodells zu beachten sind. Seitens des Gerichts wurde dabei, neben den selbstverständlich erforderlichen einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Erwägungen, der verfügbare Stand der familienrechtspsychologischen und entwicklungspsychologischen Forschung in bemerkenswerter Ausführlichkeit und kritischen Differenziertheit abgewogen.

Damit ist nun nicht nur für die Instanzengerichte, sondern auch für psychologische Sachverständige in diesem Feld eine Leitlinie und eine Übersicht über die im Rahmen einer Begutachtung wie auch bei lösungsorientierten Vorgehensweisen zu bearbeitenden Teilfragestellungen vorgelegt worden, die in der Praxis zu beachten sein wird.

Wesentlich ist für Sachverständige auch die Feststellung, dass dann, wenn ein Wechselmodell Kindeswohl dienlich ist, dies vom Gericht – ggfs. auch entgegen dem Willen eines Elternteils – angeordnet werden kann.

Ob eine solche Anordnung aus psychologischer Sicht sinnvoll und tragfähig ist, dürfte in Einzelfällen genau zu klären und auch dem Gericht mitzuteilen sein, wenn dies zweifelhaft sein sollte. Klargestellt wurde hier allerdings weiter, und das ist sehr zu begrüßen, dass die Frage, welche Regelung Kindeswohl dienlich ist, eine von Amts wegen zu treffende gerichtliche Feststellung einer Tatsache ist. Dies ist ein Umstand, der nicht zur Disposition von Eltern steht, d.h. Kindeswohl dienlichkeit ist unabhängig von Elternwillen zu prüfen und festzustellen. Insofern ist die Anordnung eines Wechselmodells auch gegen den erklärten Willen eines Elternteils möglich, wenn das Wechselmodell ansonsten die dem Kindeswohl am besten dienliche Regelung darstellt. In diesem Falle ist diese Regelung vom Gericht auch von Rechts wegen anzuordnen.