

Zur sogenannten „ertrotzten“ Kontinuität

§ 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Ein Obhutswechsel kommt bei einer bereits vollzogenen einstweiligen Anordnung nur ausnahmsweise in Betracht. Eine Ausnahme kann im Falle der sogenannten „ertrotzten“ Kontinuität vorliegen.

(Amtlicher Leitsatz)

OLG Hamm, Beschl. v. 05.07.2012 – 11 UF 106/12

(mitgeteilt von Guy Walther, Jugendamt Frankfurt/M.)

■ Aus den Gründen (geringfügig gekürzt):

Die am 03.02.1972 geborene Antragstellerin und der am 12.06.1968 geborene Antragsgegner schlossen am 12.06.1998 die Ehe miteinander. Bislang lebten sie in der gemeinsamen Immobilie B1 in B zusammen.

Aus der Ehe sind drei gemeinsame Kinder, T, geboren am 09.09.2003, T1, geboren am 02.02.2006, und T2, geboren am 03.10.2007, hervorgegangen.

Die Antragstellerin ist als Lehrerin an der G-Gesamtschule in B tätig. Im Sommer 2009 erlitt sie aufgrund eines geplatzten Aneurysma eine Gehirnblutung, die einen mehrmonatigen Aufenthalt im Krankenhaus und in einer Reha-Klinik nach sich zog. Nach schrittweiser Wiedereingliederung in den Beruf arbeitet die Antragstellerin seit August 2011 in Vollzeit. Nach ihren Angaben ist sie derzeit montags von 07:30 Uhr bis 15:15 Uhr, dienstags von 07:30 Uhr bis 12:45 Uhr, mittwochs von 07:30 Uhr bis 15:15 Uhr, donnerstags von 11:00 Uhr bis 15:15 Uhr und freitags von 07:30 Uhr bis 11:00 Uhr berufsbedingt außer Haus. Ab August 2012 wird sie ihre Stunden auf wöchentlich 18 reduzieren. Für

die Kinder besteht die Möglichkeit, eine Ganztagschule zu besuchen bzw. bis 16:30 Uhr im Kindergarten betreut zu werden.

Der Antragsgegner wurde im Jahr 2007 als Berufssoldat in den vorzeitigen Ruhestand versetzt. Seit Februar 2008 ist er in täglich von 08:00 Uhr bis 12:00 Uhr freiberuflich im IT-Bereich berufstätig, freitags bis 14:00 Uhr. Bis zur Trennung kümmerte sich der Antragsgegner daher nachmittags überwiegend um die gemeinsamen Kinder, wobei die Mutter der Antragstellerin an drei Tagen in der Woche das Kochen übernahm.

Die Beteiligten haben seit geraumer Zeit Eheprobleme. Bereits im Dezember 2011 trug sich die Antragstellerin mit Trennungsgedanken, nachdem sie sich einem anderen Mann, einem Bekannten des Antragsgegners namens P, zugewandt hatte.

Im März 2012 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, sich eine andere Wohnung (X-Weg in B) nehmen zu wollen. Auf Betreiben des Antragsgegners fanden daraufhin mehrere Gesprächstermine bei einer Familienberatungsstelle statt. Die Antragstellerin sagte schließlich die Wohnung wieder ab. Es fanden mehrere weitere Gesprächstermine statt.

Am 04./05.04.2012 eskalierte die Situation, als der Antragsgegner feststellte, dass die Antragstellerin wieder mit ihrem neuen Freund telefoniert hatte. Der Antragsgegner setzte daraufhin drei Schreiben auf, betreffend die Aufhebung des Kinderzuschlages, die künftige Zahlung des Kindergeldes an den Antragsgegner, die Mitteilung der Lohnsteueränderung sowie die Mitteilung, dass die Kinder beim Antragsteller verbleiben. Diese Schreiben legte der Antragsgegner der Antragstellerin am nächsten Tag, dem 05.04.2012, zur Unterschrift vor. Es kam daraufhin zu einer Auseinandersetzung, deren genauer Verlauf zwischen den Beteiligten streitig ist.

Unstreitig rief die Antragstellerin wenig später die Polizei, die unter dem Az. 711000-01154 5-12/2 ein zehntägiges Rückkehrverbot gegen den Antragsgegner aussprach. Der Antragsgegner verließ daraufhin das Haus und holte den ältesten Sohn T aus der Ferienbetreuung ab. Die Beteiligten gingen im Verlauf des Tages nochmals zur Polizei, wo auch ein längeres Gespräch mit Mitarbeitern des Jugendamtes stattfand. Die Eheleute kamen überein, dass der Antragsgegner – wie bereits zuvor geplant – am Montag, den 09.04.2012 bis zum 12.04.2012 mit den beiden Söhnen T und T1 in den Skiurlaub reisen sollte. Die Antragstellerin erklärte, auf polizeiliche Begleitung zu verzichten, wenn der Antragsgegner die Kinder abhole. Im Übrigen erklärte sie ihr Einverständnis damit, vom 12.04.2012 bis zum 16.04.2012 das gemeinsame Haus zu verlassen.

Während der Abwesenheit des Antragsgegners hat die Antragstellerin mit Schriftsatz v. 11.04.2012 im Parallelverfahren (11 UF 107/12) im Wege der einstweiligen Anordnung ein Kontaktverbot nach dem Gewaltschutzgesetz und die vorläufige Zuweisung des gemeinsamen Hauses zur alleinigen Nutzung beantragt.

Der Antragsgegner wohnt inzwischen in der Wohnung seiner Mutter, die ihrerseits dort ausgezogen ist.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich behauptet, der Antragsgegner habe ihr anlässlich des Streites am 05.04.2012 gedroht, es werde ein böses Ende nehmen, wenn sie sich nicht einigen würden. Man werde den „totalen Krieg“ haben. Auf ihren Einwand hin, er solle ihr nicht solche Angst machen, habe der Antragsgegner erklärt, er werde ihr jetzt erst richtig Angst machen. Er habe sie rückwärts auf das Bett geworfen, habe sich auf ihre Arme gekniet und gesagt: „Ich besorg mir eine Waffe, ich bringe erst dich und dann alle anderen um“. Er sei dann von ihr runtergegangen und habe sie ins Bad gehen lassen. Im weiteren Verlauf habe er sie nochmals in gleicher Weise auf das Bett geworfen und fixiert. Als der in der Wohnung anwesende Sohn T1 hinzugekommen sei, habe er von ihr abgelassen. Im Flur habe der Antragsgegner ihr nochmals an den Hals gefasst und sie an die Wand gedrückt.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich vorgebracht, Angst davor zu haben, dass der Antragsgegner ihr oder den Kindern etwas antue. Sie sei in dem gemeinsamen Haus und es sei sinnvoll, dass die Kinder in der gewohnten Umgebung verbleiben. Daher sei ihr das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder zu übertragen. Dies lasse sich auch ohne Weiteres mit ihrer Berufstätigkeit vereinbaren, zumal unter Mithilfe ihrer auch bisher schon im Haushalt tätigen Mutter. Auch wollten die Kinder bei ihr bleiben.

Mit Schriftsatz v. 10.04.2012 hat die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren erstinstanzlich beantragt, ihr im Wege der einstweiligen Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder T, geboren am 09.09.2003, T1, geboren am 02.02.2006 und T2, geboren am 03.10.2007 aufgrund der Dringlichkeit der Maßnahme ohne mündliche Verhandlung zuzusprechen. Der Antragsgegner hat beantragt, ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder T, geboren am 09.09.2003, T1 geboren am 02.02.2006 und T2, geboren am 03.10.2007 zuzusprechen.

Er hat behauptet, er habe sich im Rahmen der verbalen Auseinandersetzung wohl drohend vor der Antragstellerin aufgebaut und sie angeschrien, sie solle endlich zur Vernunft kommen. Die Antragstellerin habe Angst bekommen und sei ins Badezimmer verschwunden. Er sei ihr gefolgt und habe gesagt, das

könne sie nicht machen, das nehmen alles ein böses Ende, wenn man sich nicht einigen würde, es würde einen schmutzigen Ehekrieg geben. Die Antragstellerin sei außer sich gewesen und habe erklärt, jetzt die Kinder zu nehmen und zu ihrer Mutter zu fahren. Er habe ihr daraufhin den Weg versperrt und erklärt, die Kinder blieben hier. Daraufhin habe die Antragstellerin ihm mit beiden Händen auf die Brust geschlagen und habe versucht, ihn von der Tür wegzuschieben. Er habe sie zurückgedrängt – wobei er sie wohl am Hals berührt habe, ohne aber sie zu würgen. In der Folge sei die Antragstellerin rückwärts aufs Bett gefallen. Er sei außer sich gewesen und habe sich – mit den Knien auf dem Bett – über sie gebeugt und habe sie angeschrien, sie könne ihm nicht die Kinder nehmen, er verliere ohnehin alles, wenn sie ihm auch noch die Kinder nehme, könne er sich auch gleich die Kugel geben, das halte er nicht aus. T1 sei hierbei ins Zimmer gekommen und habe geschrien, die Eltern sollten aufhören zu streiten, woraufhin er, der Antragsgegner, von der Antragstellerin abgelassen habe. Zu keinem Zeitpunkt sei es darüber hinaus zu Drohungen oder körperlichen Berührungen gekommen.

Es entspreche – so der Antragsgegner – auch dem Wunsch der Kinder, bei ihm zu bleiben, zumal er derjenige gewesen sei, der sich in der Vergangenheit überwiegend um sie gekümmert habe.

Das AG hat mit dem angefochtenen Beschluss im Wege der einstweiligen Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht für alle drei Kinder auf die Kindesmutter übertragen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der summarischen Prüfung entspreche es dem Wohl der Kinder am besten, das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht einstweilen auf die Kindesmutter zu übertragen (§ 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Die Eltern könnten sich vorliegend über den Lebensmittelpunkt der Kinder nicht einigen. Nach Angaben der Vertreter des Jugendamtes befänden sich die Kinder bereits in einem erheblichen Loyalitätskonflikt, sie seien psychisch belastet. Eine solche Belastung könne sich nachhaltig auf die Entwicklung der Kinder auswirken und eine dauerhafte Kindeswohlgefährdung nach sich ziehen. Deshalb sei eine umgehende Entscheidung im Rahmen der einstweiligen Anordnung zu treffen gewesen.

Zwar sei der Antragsgegner unstreitig im geringeren Maße als die Antragstellerin berufstätig und habe wahrscheinlich in der Vergangenheit mehr Zeit mit der Beförderung der Kinder zur Schule/Kindergarten, Sport, zu Freunden und mit der Mittagsbetreuung verbracht. Das Gericht habe darüber hinaus keine Zweifel, dass der Antragsgegner die Versorgung der Kinder in der Vergangenheit Kindes-

wohlentsprechend ausgeübt habe. Gleichzeitig habe das Gericht aber auch keine Zweifel, dass die Antragstellerin geeignet sei, die Kinder angemessen zu versorgen. Seit dem (unfreiwilligen) Auszug des Antragsgegners im Rahmen eines polizeilichen Rückkehrverbotes lebten die Kinder (mit Ausnahme des viertägigen Skiurlaubes der beiden Söhne mit dem Antragsgegner) bei der Antragstellerin in der ehelichen Immobilie. Für die Entwicklung der Kinder und zur Stabilisierung der Kinder gerade im Hinblick auf die frische Trennung der Eltern sei es unbedingt erforderlich, dass dieser Status quo aufrechterhalten bleibe. Außerdem habe auch der Antragsgegner in der Vergangenheit unstreitig an drei Mittagen der Woche (Montag bis Mittwoch) bei der Versorgung der Kinder eine Unterstützung durch die Mutter der Antragstellerin erhalten. Auch diese Bezugsperson sei den Kindern zu erhalten. Es sei allerdings davon auszugehen, dass diese Unterstützung entfalle, wenn das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Antragsgegner übertragen werde.

Die vollschichtige Berufstätigkeit der Antragstellerin ändere an der Entscheidung des Gerichts nichts. Die Antragstellerin habe eine Bestätigung ihres Schulleiters zur Akte erreicht, wonach dieser zusichere, dass die Antragstellerin von nachmittäglichen Zusatzverpflichtungen freigestellt werden könne. Im Übrigen könne die Versorgung der Kinder durch die Schule/Kindergarten und die Mutter der Antragstellerin gewährleistet werden.

Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau habe das Gericht außerdem die Eskalation am 05.04.2012 berücksichtigt. Zwar hätten die Eheleute den Vorfall in unterschiedlich heftiger Weise an Eides statt versichert, unstreitig habe der Antragsgegner die Antragstellerin durch Vorlage verschiedener Schriftstücke psychisch unter Druck gesetzt und sie aufs Bett gestoßen. Auch wenn dem Antragsgegner dieses Verhalten leid tue, sei es für eine kindeswohlorientierte Entscheidung zu berücksichtigen gewesen.

Gegen den ihm am 18.04.2012 zugestellten Beschluss des AG B hat der Antragsgegner mit einem am 02.05.2012 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese mit einem am 14.05.2012 eingegangenen weiteren Schriftsatz begründet.

Der Antragsgegner beruft sich im Wesentlichen darauf, es entspreche nicht dem Kindeswohl, der Kindesmutter das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen, da er bislang die Hauptbezugsperson und der Hauptbetreuer der Kinder gewesen sei. Dies könne auch nicht durch eine Ganztagsbetreuung in Schule oder Kindergarten ersetzt werden. Er selbst sei auch ohne Einsatz der Großmutter in der Lage, sich umfassend um die Kinder zu kümmern.

Der Antragsgegner beantragt, den Beschluss des AG – Familiengericht – B v. 17.04.2012 (40

F 191/12) abzuändern und das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder T, geboren am 09.09.2003, T1, geboren am 02.02.2006, und T2, geboren am 03.10.2007 einstweilen auf ihn zu übertragen.

Die Antragstellerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Der Antragsgegner habe bereits mehrere vereinbarte Umgangstermine nicht wahrgenommen, was dafür spreche, dass er gar kein Interesse an seinen Kindern habe. Es sei ihr – insbesondere nach der Reduzierung ihrer Stundenzahl ab August 2012 – ohne Weiteres möglich, die Betreuung der Kinder mit ihrer Berufstätigkeit zu vereinbaren. Der Antragsgegner äußere ihr gegenüber immer wieder Vorwürfe und Drohungen.

Der Antragsgegner behauptet, die von ihm angeblich nicht wahrgenommenen Umgangstermine seien wegen Verhinderung seiner Person so gar nicht erst vereinbart gewesen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige Beschwerde des Antragsgegners hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung im tenorierten Umfang.

Nach den im Beschwerdeverfahren gewonnenen Erkenntnissen ist der Senat davon überzeugt, dass bei summarischer Prüfung im einstweiligen Anordnungsverfahren – bis zu einer Entscheidung in dem bereits anhängigen Hauptsacheverfahren – die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die Übertragung derselben auf den Antragsgegner zur alleinigen Ausübung dem Wohle der Kinder T, T1 und T2 am besten entspricht.

Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann gem. § 1671 Abs. 1 BGB jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil derselben allein überträgt. Dem Antrag ist, wenn nicht der andere Elternteil zustimmt, § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB, stattzugeben, soweit zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller – auch unter Berücksichtigung des von Art. 6 GG geschützten Elternrechtes (vgl. etwa Münchener-Kommentar-Finger, BGB, 5. Auflage 2008, § 1671 Rdnr. 72) – dem Wohl des Kindes am besten entspricht, § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

1.

Keinen rechtlichen Bedenken begegnet zunächst einmal, dass das AG die Frage der alleinigen Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch einen der Elternteile im Wege der einstweiligen Anordnung geregelt hat.

Eine solche einstweilige Anordnung in Sorgerechtsfragen, die auch nur Teilbereiche der elterlichen Sorge erfassen kann, ist zulässig, wenn ein Regelungsbedürfnis, also ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten besteht, das ein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung nicht gestattet, weil dieses zu spät kommen und die Kindesinteressen nicht genügend wahren würde (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.08.1989 – 16 WF 144/89 – FamRZ 1990, 304; OLG Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2008 – 10 WF 225/08 – OLGR 2009, 375). Dazu reicht es nicht aus, dass die gerichtliche Entscheidung dem Wohle des Kindes am besten entsprechen würde. Erforderlich ist vielmehr, dass ohne eine Eilentscheidung des Gerichts eine nachteilige Beeinträchtigung des Kindeswohls ernsthaft zu befürchten ist (OLG Brandenburg, Beschl. v. 18.08.1997 – 9 WF 90/97 – FamRZ 1998, 1249).

Ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden des Gerichts hat das AG vorliegend zu Recht angenommen. Dieses ergibt sich zunächst daraus, dass sich die Kindeseltern über den weiteren Aufenthaltsort ihrer Kinder völlig uneins sind, sodass im Kindeswohlinteresse eine sofortige Regelung zu dieser Frage zu erfolgen hat. Ein ungeregelter Zustand bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens ist angesichts des erheblichen, auch im Senatstermin spürbaren Konflikts der Kindeseltern nicht hinnehmbar; diese Einschätzung wird von den Kindeseltern letztlich auch geteilt, was sich schon in ihren gegenläufigen Begehren zeigt. Wenn der Streit der Kindeseltern ohne eine auch nur vorläufige Regelung bis zur Vorlage des in der Hauptsache mutmaßlich in Auftrag zu gebenden Sachverständigenutachtens und der auf dessen Grundlage erfolgenden Gerichtsentscheidung – möglicherweise wiederum erst in zweiter Instanz – weiterginge, würden die Kinder hierdurch möglicherweise in ihrer Entwicklung schwer geschädigt werden (in diesem Sinne allgemein etwa auch OLG Hamm, Entscheidung v. 28.07.2011 – 8 UF 86/11 – FamRZ 2012, 236).

2.

Aus den gleichen Erwägungen ebenfalls zu Recht hat das AG angenommen, dass vorliegend i.S.d. Wohles der betroffenen Kinder eine Auflösung der gemeinsamen Sorge für den Teilbereich Aufenthaltsbestimmung und die Übertragung derselben auf einen Elternteil zu erfolgen hat.

Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Trennung oder Scheidung der Eltern ist deshalb grds. ein Mindestmaß an Verständigungsbereitschaft zwischen ihnen, also an Kooperations- und Konfliktfähigkeit und ihre ernsthafte Absicht zur gemeinsamen Übernahme von Verantwortung für das Kind, mithin eine tragfähige sozia-

le Beziehung auf der Elternebene (vgl. etwa BVerfG, NJW-RR 2004, 577; OLG Brandenburg, NJW-RR 2010, 4; Münchener-Kommentar-Finger, BGB, 5. Auflage 2008, § 1671 Rdnr. 71). In diesem Zusammenhang ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht schon deshalb einem Elternteil allein zu übertragen, weil die Eltern darüber keine Einigkeit erzielen können (vgl. etwa OLG Brandenburg, Entscheidung v. 22.03.2012 – 3 UF 8/12).

Vorliegend beanspruchen die Kindeseltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht jeweils für sich. Bereits diese Anträge deuten auf fehlende Kooperationsbereitschaft beider Elternteile hin (vgl. OLG Brandenburg, Entscheidung v. 22.03.2012 – 3 UF 8/12; Johannes/Henrich/Jaeger, Familienrecht, 5. Auflage, § 1671 BGB Rdnr. 37), sodass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge hinsichtlich des Teilbereichs des Aufenthaltsbestimmungsrechts unter Berücksichtigung des Kindeswohls erforderlich erscheint.

3.

Entgegen der Auffassung des AG hält der Senat es hingegen aus Kindeswohlgesichtspunkten für angezeigt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht für T, T1 und T2 einstweilen dem Antragsgegner zu übertragen.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass es regelmäßig dem Wohl eines Kindes eher abträglich ist, eine bereits vollzogene einstweilige Anordnung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht ohne gewichtige Gründe abzuändern, was bedeutet, dass vor der Entscheidung in der Hauptsache ein Obhutswechsel nur ausnahmsweise in Betracht kommt (vgl. allgemein etwa OLG Dresden, Entscheidung v. 10.01.2003 – 10 WF 0783/02 – FamRZ 2003, 1306). Vorliegend hält der Senat indes einen solchen Ausnahmefall für gegeben, da aus seiner Sicht nach dem Ergebnis der summarischen Prüfung derzeit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass unter Kindeswohlgesichtspunkten in der Hauptsache eine Entscheidung zugunsten des Kindesvaters und Antragsgegners ergehen, dieser also das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die gemeinsamen Kinder übertragen erhalten wird. Insofern würde eine Aufrechterhaltung der einstweiligen Anordnung und damit der Verbleib bei der Kindesmutter Fakten zugunsten des gegenteiligen Ergebnisses schaffen. In diesem Sinne hat beispielsweise auch das BVerfG davor gewarnt, einer „ertrotzten“ Kontinuität maßgebliche Bedeutung für die Frage nach einer einstweiligen Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen der Elternteile beizumessen (vgl. Beschl. v. 27.06.2008 – 1 BvR 1265/08 – FamRZ 2009, 189).

Im Einzelnen:

Maßgeblich zu berücksichtigen ist aus der Sicht des Senates, dass unzweifelhaft der Antrags-

gegner aufgrund der einvernehmlichen Rollenverteilung der Eltern jedenfalls ab August 2011, also ab der Aufstockung der Tätigkeit der Antragstellerin auf eine Vollzeitätigkeit, die Hauptbetreuungs- und damit auch -bezugsperson der Kinder war, sodass für ihn der Kontinuitätsgrundsatz streitet, der die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit des Erziehungsverhältnisses umfasst (vgl. allgemein etwa BVerfG 61, 358). In diesem Zusammenhang kommt hinzu, dass davon ausgegangen werden muss, dass auch er schon zuvor, nämlich zu den Zeiten der schweren Erkrankung der Kindesmutter, diese Rolle faktisch innehatte. Dass die Mutter der Antragstellerin bis zur Trennung der Beteiligten an drei Tagen in der Woche das Mittagessen zubereitet hat, spielt in diesem Zusammenhang keine entscheidende Rolle, denn – das bestreitet auch die Antragstellerin letztlich nicht – der Kindesvater war jedenfalls derjenige, der die Kinder nach Schule und Kindergarten nachmittags betreut und versorgt hat. Insofern überzeugt den Senat auch die Argumentation des AG nicht, den Kindern müsse die Großmutter als weitere Betreuungs- und Bezugsperson erhalten bleiben – dass mit einem Wechsel der Kinder in die väterliche Obhut dieser Kontakt wegfiel, ist schließlich keinesfalls zwingend.

Hinzu kommt, dass in der vorliegenden Konstellation die Kinder zwar einen Obhutswechsel nicht aber einen Ortwechsel zu verkraften haben, da der Senat mit der Entscheidung im Parallelverfahren (11 UF 107/12), auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, gleichzeitig dem Antragsgegner die bisherige gemeinsame Ehwohnung zur vorläufigen alleinigen Nutzung zugewiesen hat.

Die Antragstellerin kann sich auch nicht darauf berufen, seit dem Auszug des Antragsgegners die gemeinsamen Kinder alleine zu betreuen. Es handelt sich insoweit um einen Fall der „ertrotzten“ Kontinuität i.S.d. oben zit. Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Beschl. v. 27.06.2008 – 1 BvR 1265/08 – FamRZ 2009, 189):

Nach dem besagtem Beschluss des Senates im Parallelverfahren (11 UF 107/06) ist das von der Antragstellerin erwirkte einstweilige Kontaktverbot nach § 1 GewSchG zu Unrecht ergangen. Die Antragstellerin hat mit dem unberechtigten Verweis des Antragsgegners aus dem gemeinsamen Haus daher zugleich im Hinblick auf die Frage der Betreuungssituation der Kinder Fakten geschaffen, die ihr nunmehr im Rahmen der einstweiligen Sorgerechtsentscheidung nicht zugutekommen dürfen; die hier zu treffende Entscheidung kann daher nicht maßgeblich auf eine derart „vorläufige Kontinuität“ (BVerfG, a.a.O.) gestützt werden.

Ebenso wenig kann die Antragstellerin eine Zuweisung des alleinigen Aufenthaltsbestim-

mungsrecht an sich damit begründen, der Antragsgegner sei ihr gegenüber handgreiflich geworden und habe gedroht, ihr und den gemeinsamen Kindern etwas anzutun. Auch insoweit wird auf die Entscheidung des Senates im Parallelverfahren verwiesen.

Für eine vorläufige Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an den Antragsgegner spricht aus der Sicht des Senates schließlich ein weiterer Gesichtspunkt: Alle drei Kinder haben in der Anhörung durch den Senat – unabhängig voneinander – zum Ausdruck gebracht, ihren Vater sehr zu vermischen und wieder mehr mit ihm zusammen sein zu wollen. Am schönsten wäre es – so alle drei Kinder –, wenn sie wieder beide Eltern hätten, wieder mit beiden zusammenleben würden. Unter diesem Aspekt vermittelte der Kindesvater mehr noch als die Kindesmutter dem Senat den Eindruck, unter Zurückstellung eigener Interessen und Wünsche vorrangig das Wohl der Kinder im Auge zu haben. So konnte sich der Kindesvater sehr wohl vorstellen, entweder eine Trennung von der Antragstellerin im gemeinsamen Haus zu vollziehen oder aber sich auf ein sogenanntes „Nestmodell“ einzulassen, einen regelmäßigen Wechsel beider Eltern bei der Betreuung der Kinder in ebendiesem Haus. Beide Vorschläge hat die Kindesmutter hingegen kategorisch abgelehnt, obwohl eine gütliche Einigung der Eltern bereits als solche dem Wohl der von einem schwerwiegenden Loyalitätskonflikt belasteten Kinder am besten gedient hätte. Auch auf die vor der Kindesanhörung gestellte Frage des Senates, ob der jeweilige Elternteil bereit sei, den Wunsch der Kinder unabhängig von ihrem Inhalt zu akzeptieren, reagierte die Antragstellerin deutlich zögernder und ausweichender als der Kindesvater, wobei sie dem Antragsgegner zugleich vorwarf, nicht hinreichend „kinderfokussiert“ zu agieren – wie überhaupt ihr Verhalten im Senatstermin eher als beim Kindesvater Zweifel an einer hinreichenden Bindungstoleranz aufgeworfen hat.

Hinzu kommt, dass derzeit noch nicht abzuschätzen ist, wie sich die neue Beziehung der Kindesmutter auf das Wohl der Kinder auswirken wird. Trotz entsprechender gegenteiliger Beteuerungen kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Kindesmutter mittelfristig mit ihrem neuen Lebensgefährten zusammenziehen wird.

Ob es dauerhaft dem Kindeswohl dient, den Lebensmittelpunkt der drei Kinder bei dem Vater zu belassen, mag im Hauptsacheverfahren – ggf. durch Einholung eines Sachverständigengutachtens – abschließend geklärt werden.

Praxishinweis:

1. Anders als im Verfahren vor dem OLG Celle (ZKJ 2012, S. ...) geht der Senat im vorliegenden Fall im Rahmen der gebotenen summarischen Prüfung mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon aus, dass im Hauptsacheverfahren das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf den Kindesvater zu übertragen sein wird. Damit aber ist der Anordnungsanspruch der Mutter, der dem materiellen-rechtlichen Anspruch aus § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB entspricht, bereits zu verneinen. Der Grundsatz, dass während des laufenden Hauptsachverfahrens ein mehrfacher Aufenthaltswechsel möglichst zu vermeiden ist, findet daher keine Anwendung.

2. Einstweilige Anordnungen sind wirksam und vollziehbar, wenn sie an den Beteiligten, für den sie nach ihrem wesentlichen Inhalt bestimmt sind, bekannt gegeben wurden (§§ 40 f, 53 Abs. 1 FamFG). Das OLG kann jedoch die Aussetzung der Vollziehung anordnen (§ 64 Abs. 3 FamFG). Wird einem Elternteil oder dem Jugendamt das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen und Beschwerde eingelegt, sollte vonseiten des Beschwerdeführers daher dringend – unter Darlegung des Eilbedürfnisses – bei dem OLG die Aussetzung der Vollziehung ange-regt werden. Umgekehrt sollten Entscheidungen in Kenntnis eines anhängigen Beschwerdeverfahrens nicht vollzogen werden, ohne z u v o r das OLG in Kenntnis zu setzen, damit dem Kind ein mehrfacher Wechsel der Bezugspersonen erspart bleibt.

3. Das für das einstweilige Anordnungsverfahren geltende Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist im Umgangs-, Herausgabe- und Aufenthaltsbestimmungsrechtsverfahren einschränkend auszulegen, da eine vorläufige Entscheidung in diesen Bereichen zwangsläufig – zumindest für einen gewissen Zeitraum – einem möglichen Ergebnis der Hauptsache entspricht.

Richterin am OLG Yvonne Gottschalk