

Das „Wechselmodell“ im Umgangsrecht und die Beliebigkeit der Argumentation - Schwierigkeiten mit Methodik und Gleichberechtigung - Zugleich Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Januar 2010 — 11 UF 251/09 , Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht 2010, S. 507 - 509

Dr. Christoph Mandla*

I. Einleitung

Die Lektüre der Art. 3 und 6 des Grundgesetzes ermöglicht es jedermann, zu erkennen, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind und das Familienleben beider besonders geschützt ist. Seltsam ist jedoch, dass immer wieder der Eindruck entsteht, in den Entscheidungen vieler Gerichte spielen diese Grundrechte kaum eine Rolle. Auch umfassend begründete und scheinbar nach objektiven Kriterien getroffene Entscheidungen zeigen bei sorgfältiger Analyse, dass sie den Anforderungen des Grundgesetzes nicht gerecht werden. Methodische Mängel zeigen sich bereits, wenn die Bedeutung der verwendeten Begriffe nicht geklärt wird. Dann kann ein Gericht auch einmal das Gegenteil von dem beschließen, was es in der Begründung seiner Entscheidung behauptet.

II. Die Kinder zur Mutter oder zu beiden Eltern?

Die Entscheidung, dass die Kinder fortan bei der Mutter wohnen und den Vater nur noch besuchen, ist willkürlich. Sie verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 bis 3 sowie Art. 3 Abs. 1, 2 GG und gegen Art. 8 EMRK, vor allem aber, was hier viel mehr interessieren soll, gegen Grundsätze juristischer Methodik, mehr noch, sie ist aus juristischer Sicht unhaltbar. Ihr steht mangelnde Rationalität[1] gleichsam auf die Stirn geschrieben. Logik scheint bei der Entscheidung keine Rolle gespielt zu haben.

Derart viele Widersprüche lassen vermuten, dass die Richter lediglich ihre eigenen Befindlichkeiten und Ansichten wiedergegeben und alles, was diesen widerspricht, ignoriert haben. Der Beschluss ist schlecht strukturiert, was es erschwert, ihn zu kommentieren, und an vielen Stellen sprachlich misslungen, wodurch seine inhaltliche Mangelhaftigkeit noch deutlicher wird.

Es lohnt sich, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, kurz einen Blick auf die veröffentlichte deutsche Rechtsprechung zur Doppelresidenz zu werfen. Dabei zeigt sich eine für die Betroffenen unkalkulierbare und unangenehme Beliebigkeit, wie ihr Familienleben bei im wesentlichen gleichen Umständen durch deutsche Gerichte behandelt werden kann: Das OLG Dresden[2], das KG[3] und das OLG Celle[4] - vgl. schon AG Hannover[5] - gestatteten den Vätern jeweils, die zeitlich hälftige Betreuung der Kinder fortzusetzen, während das OLG München[6], das OLG Brandenburg[7], das OLG Stuttgart[8] und nun das OLG Koblenz ihnen das verwehrten. Auch das BVerfG hat eine Entscheidung für verfassungswidrig erklärt, mit der das OLG Brandenburg eine Doppelresidenz beendet hatte[9]. Etwas anders lag ein Fall, den das OLG Köln[10] entschieden hat, der aber das Chaos der Argumentationsmöglichkeiten noch vergrößert. Hier hatte der Vater beantragt, die gemeinsame Sorge und Doppelresidenz zu seinen Gunsten zu beenden. Das Gericht hat nicht nur das Sorgerecht beiden Eltern belassen, sondern auch festgelegt, dass sich die Kinder dort wechselweise aufhalten - also gegen den Willen eines Elternteils - weil es für Kinder förderlich sei, wenn sie erfahren, dass die heillos zerstrittenen Eltern trotz Trennung in der gemeinsamen Verantwortung für die Kinder handeln können. Das OLG Düsseldorf wiederum hat zwar kein Wechselmodell angeordnet, das Aufenthaltsbestimmungsrecht aber auf den Vater

übertragen, der angekündigt hatte, das Wechselmodell (gegen den Willen der Mutter) fortsetzen zu wollen[11].

III. Sachverhalt und Verfahren

1. Tenor der Entscheidung: Wer gewährt den Umgang?

In den meisten dieser Fälle hatte die Mutter — wie auch hier — verlangt, das Familienleben der Kinder mit dem Vater zu reduzieren bzw. zu beenden. Das OLG Koblenz inszeniert mit ähnlichem Stoff ein seit Jahren immer gleiches Stück, nämlich die systematische — was nicht bedeutet absichtliche — Benachteiligung von Vätern, wie sie der EGMR unlängst Deutschland wieder bescheinigt hat[12]. Wer dies nicht wahrhaben will, kann sich darauf berufen, dass das BVerfG eine Diskriminierung für verfassungsgemäß gehalten hat[13], was aber nicht überzeugte[14]. Auch der jüngste Beschluss des BVerfG zum Sorgerecht hat nichteheliche Väter den Müttern nicht gleichgestellt, sondern nur eine gerichtliche Prüfung dieser Diskriminierung ermöglicht[15].

Schon der Beginn des Tenors zeigt, dass man im Senat eine merkwürdige Vorstellung von dem einzigen Grundrecht hat, das als „natürliches“ bezeichnet ist (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), wenn es heißt, dem Vater werde „das Recht gewährt“, die Kinder zu sich zu nehmen. Was stünde dort, hätten sich die Richter des Aktivs bedient? Wer gewährte dem Vater den Umgang mit den Kindern? Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder die Mutter oder die Richter. Beides wäre aber falsch. Gewähren kann nur, wer selbst Inhaber des Rechts ist oder darüber verfügt. Man gewährt Gnade, freies Geleit oder den Zutritt irgendwohin stets aus einer Machtposition heraus. Angesichts von Art. 6 Abs. 1 bis 3 und Art. 3 Abs. 1 und 2 GG hat die Mutter im Verhältnis zu den Kindern kein höherrangiges Recht als der Vater. Sie kann ihm daher nichts gewähren[16], auch wenn sie das bezüglich des Umgangs so formuliert haben mag.

Bliebe also der Senat. Hier genügt ebenfalls die Lektüre des Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG. Seit über sechzig Jahren „gewähren“ nicht Richter Familienleben; dieses besteht aus einem natürlichen, also vorstaatlichen Recht[17]. Der Staat muss es sogar besonders schützen, weshalb er mit dieser Entscheidung bezüglich der Familie des Vaters die Verfassung verletzt hat. Erst wenn Erziehungsberechtigte versagen oder die Kinder zu verwaarlosten drohen, darf der Staat sie von der Familie, also auch von der mit dem Vater gelebten Familie, trennen. Hier gab es weder Versagen, noch drohte Verwaarlostung. Woraus folgt also das vermeintliche Recht des Senats, dem Vater die Kinder für die Zeit wegzunehmen, und damit dessen doch eigentlich besonders zu schützendes Familienleben (Art. 6 Abs. 1 GG) an den Tagen zu beenden, für die er den Umgang und somit das Zusammenleben nicht „gewährt“, also ausschließt? Diese Antwort gibt der Beschluss nicht. Sie findet sich auch in keiner der anderen eine Doppelresidenz beendenden Entscheidungen. Mehr noch, sie fehlt für jede den Umgang reduzierende Entscheidung, die auf Gründen beruht, die unterhalb der Schwere der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG und damit §1666 BGB liegen und wegen denen dennoch Familienleben beendet oder ausgeschlossen wird, was aber hier nicht weiter vertieft werden soll[18]. Gemildert wird der Schaden rein quantitativ ein wenig dadurch, dass es letztlich nur um einen Tag pro Woche geht, den die Kinder weniger beim Vater sind, was aber an der Tatsache, dass sein Grundrecht verletzt worden ist, nichts ändert.

Aber selbst wenn der Senat auf das Wort „gewähren“ verzichtet hätte, müsste er sich fragen, wie es möglich sein soll, zwei gleichberechtigte und damit doch wohl gleich zu schützende Nachtrennungsfamilien unterschiedlich zu behandeln[19]. Hier macht schon die Wortwahl deutlich,

welch einseitiges, mutterzentriertes Weltbild die Richter(innen) haben, wie die Entscheidung auch im Weiteren eindrucksvoll zeigt.

Die vom Senat getroffene Regelung beinhaltet, dass die beiden Kinder bei der Mutter wohnen, in der einen Woche von Donnerstag bis Freitag und in der darauf folgenden Woche von Donnerstag bis Montag[20] beim Vater sein dürfen. Das bedeutet, dass die Kinder im Verhältnis 9:5/14 bei Mutter und Vater leben, mit *zwei Wechseln* pro Woche und wöchentlich *einem Tagmehr* bei der Mutter als zuvor[21]. Das ist die gleiche Anzahl Wechsel zwischen den elterlichen Haushalten, die der ursprünglichen Regelung der Eltern zugrunde lag und die der Senat somit nicht verringert hat. Für die Ferien haben die Richter in einer detaillierten Regelung die Zeiten der Kinder bei den Eltern so festgelegt, dass sie bei beiden etwa gleich lange sind.

2. Vorherige Betreuungsregelungen, Anträge und einstweilige Anordnung

Nach dem Auszug des Vaters hatten die Eltern eine Betreuungsregelung vereinbart und praktiziert, die der Senat ungenau mit 8:6 wiedergibt und damit wohl 8:6/14 meint. Danach vierzehn Tagen jeweils die Tage bei Vater und Mutter getauscht wurden, wie es im Beschluss heißt, handelte es sich um eine Betreuung 8:6/6:8/28, was im Grunde 7:7/14 entspricht, also nicht „weitgehend“ hälftig sondern hälftig bedeutet[22]. Die Mutter — als Antragstellerin und Beschwerdeführerin — hatte die vom Senat beschlossene Regelung beantragt. Sie hatte behauptet, die Kinder seien durch den permanenten Wechsel stark belastet und zeigten Verhaltensauffälligkeiten — welche, erfährt man nicht. Der Vater hatte hingegen eine Regelung vorgeschlagen, nach der die Kinder jeweils donnerstags für eine Woche zum jeweils anderen Elternteil wechseln sollten.

Das Amtsgericht hatte zuvor eine Regelung getroffen, nach der die Kinder von Donnerstag bis Montag am 1., 2. und 4. Wochenende des Monats beim Vater sein, ansonsten bei der Mutter leben sollten. Auf vier Wochen gerechnet, ergab das ein Verhältnis von 12:16, was 6:8/14 entspricht. Da Ferien insgesamt paritätisch geteilt, die Oster- und Herbstferien sogar ganz beim Vater verbracht werden sollten, lässt sich sagen, dass auf das Jahr gesehen, die Kinder etwa gleich viel Zeit bei beiden Eltern verbringen sollten, was das Amtsgericht mit dem guten emotionalen Bezug der Kinder zum Vater begründet hatte.

In der Beschwerde hatte die Mutter vorgetragen, die bisherige Betreuungsregelung habe bei den Kindern Unsicherheiten aus-gelöst, sie müssten sich stets eingewöhnen und hätten nie das Gefühl, zu Hause zu sein. Sie schlage „großzügigen“ Umgang vor, andernfalls sei den Kindern ein Zusammenleben mit ihren Halbbrüdern kaum noch möglich. Sie selbst sei durch die amtsgerichtliche Regelung benachteiligt, weil ihr nur ein Wochenende im Monat mit den Kindern bleibe.

Der Vater hatte entgegnet, dass die Auffälligkeiten der Kinder aus der Trennungssituation resultierten, der häufige Umgang sie stabilisiere, sein Umgangsrecht dem Kontakt mit den Halbbrüdern vorgehe und die Mutter mit einer zu ihren Gunsten geänderten Umgangsregelung Unterhalt verlangen wolle[23].

Außerdem trug er vor, die Kinder hätten den Wunsch geäußert, mit ihm genauso viel zu Zeit zu verbringen wie mit der Mutter.

Der Senat hatte im Mai 2009 einstweilig angeordnet, die Eltern sollten die vor der amtsgerichtlichen Entscheidung praktizierte, nun von ihm selbst als Kindeswohlgefährdend eingestufte Betreuung fortführen. Da er an Anträge nicht gebunden ist, § 12 FGG, hätte der Senat, anstatt die mit vier

Wechseln in vierzehn Tagen von den Eltern ursprünglich vereinbarte Regelung wieder einzuführen, auch die Wochenregelung mit nur zwei Wechseln in vierzehn Tagen anordnen können. Dann hätte die Sachverständige nicht spekulieren müssen, wie sich das Leben der Kinder bei jeweils wöchentlichem Aufenthalt gestaltete, sondern hätte sich auf Tatsachen stützen können. Die Vorteile hätten in jedem Fall (also auch bei endgültiger Ablehnung der Doppelresidenz) überwogen: weniger Wechsel für die Kinder in dieser Zeit, evtl. die Erkenntnis für den Vater, dass die Wochenregelung tatsächlich nicht funktioniert oder eben auch, dass sie trotz fehlendem Willen der Mutter funktionieren kann. Diese Möglichkeit hat der Senat nicht sehen können, weil sie seiner (unzutreffenden) Prämisse von der Konfliktfreiheit widersprach.

Im Verfahren haben die Richter die Eltern und eines der Kinder angehört, sich ein Gutachten anfertigen lassen und einen Verfahrenspfleger bestellt, der eine Stellungnahme abgeben hat.

IV. Die Begründung des Senats – Von Teufel und Beelzebub

1. Was ist ein „Wechselmodell“?

Beeindruckend oberflächlich und sprachlich ungenau behauptet der Senat zu Beginn seiner Begründung, dass die beiden bisher von den Eltern praktizierten Betreuungsregelungen ein „Wechselmodell“ „darstellten“[24]. Eine Definition, was ein „Wechselmodell“ ist, gibt er nicht[25], somit fehlt den Richtern schon der Begriff des Gegenstandes, über den sie entscheiden wollten. Was würde der Senat auf die Frage antworten, warum das, was er festgelegt hat, kein „Wechselmodell“ ist, ob-wohl die Kinder doppelt so häufig wechseln wie bei der vom Vater vorgeschlagenen Regelung? Der Senat hat nämlich, um ein „Wechselmodell“ zu beenden, ein Wechselmodell (nur kein paritätisches) installiert, obwohl er ein solches für nicht vereinbar mit dem Kindeswohl hält! Im Fußball ist so etwas ein Eigentor.

Hätten sich die Richter bei ihrer Begründung auf die tatsächlichen Umstände des Lebens in zwei Haushalten konzentriert, wären sie mit dem Begriff der (paritätischen) Doppelresidenz besser gefahren. Der Schwerpunkt der Regelung liegt nämlich auf dem Wohnen und Beherbergen[26], also der Zeit, die die Kinder jeweils bei ihren Eltern wohnen oder leben, und nicht auf dem Wechseln, wie der Senat kurz darauf sogar selbst unter dem Stichwort Vorteile referiert.

2. Psychologische Erkenntnisse

Zunächst erklärt der Senat, dass abschließende entwicklungspsychologische Kenntnisse über die Auswirkungen des „Wechselmodells“ auf das Kindeswohl nicht vorlägen und verweist auf zwei Quellen aus dem Jahre 2006. Es ist schon zu bezweifeln, ob es überhaupt „abschließende“ Erkenntnisse geben kann, wenn man die Komplexität einer Kindheit nur anhand eines Merkmals, nämlich der Residenz, evaluieren wollte. Darüber hinaus erscheinen vier Jahre alte Publikationen nicht geeignet, einen aktuellen Kenntnisstand wiederzugeben. Es hätte daher zumindest eines Belegs dafür bedurft, dass sich seit 2006 nichts geändert hat.

3. Das Übliche und das Erforderliche: Was ist ein Lebensmittelpunkt?

Entscheidend aber ist, dass der Senat zwei Fragen unbeantwortet lässt: Zum einen nämlich, ob die in Deutschland bisher in der Regel üblichen Besuchsregelungen[27] an jedem zweiten Wochenende jemals entwicklungspsychologisch untersucht und als optimale Regelung befunden wurden,

und, ob bei fehlender negativer Prognose zur Doppelresidenz mangels entsprechender Forschungsergebnisse, das Elternrecht eines Elternteils überhaupt eingeschränkt werden durfte[28]. Beide Fragen hätte er nur verneinen können.

Der Senat nennt kurz als Vorteile der Doppelresidenz[29] den Alltag mit beiden Eltern, die fortgesetzte Verantwortung der Eltern für ihre Kinder und die Entlastung von der Alleinerziehung. Wesensmerkmal der Doppelresidenz ist also, dass es zwei Orte zum Leben für die Kinder gibt, also zwei Punkte und damit zwangsläufig keinen Lebensmittelpunkt. In den weiteren Erwägungen wird dieses mit den drei Vorteilen verbundene Merkmal (allerdings ohne Begründung) zu einem schweren Nachteil, der den Eingriff in das Elternrecht des Vaters rechtfertigen soll. Das ist schlicht unlogisch. Die an dieser Stelle aufgezählten Vorteile der Doppelresidenz tauchen zu-dem in einer Gesamtabwägung überhaupt nicht mehr auf. Das ist ein schwerer handwerklicher Fehler, der die Einseitigkeit deutlich macht. Der Senat konzentriert sich fortan nämlich nur noch auf negative Aspekte. Ohne diese im Detail zu benennen, behauptet er, dass den gerade genannten Vorteilen „erhebliche Belastungen“ gegenüberstünden. Schon sprachlich misslungen, erklärt er dann, dass diese Belastungen ein hohes Maß an Kooperation, Kommunikation und Kompromissbereitschaft der Eltern und Kinder erforderten. Belastungen erfordern nichts, sie bestehen (oder nicht). Ob man sie verringern kann, ob es etwas gibt, das sie rechtfertigt (nämlich ein durch sie erlangter Vorteil) oder sie erträglicher macht, hätte der Senat erörtern müssen. Das konnte er aber schon deshalb nicht, weil er diese Belastungen nicht einmal benannt hat.

Wie selbstverständlich der Senat davon ausgeht, dass Kinder nach einer Trennung der Eltern nur zu einem Elternteil gehören, ist daran zu erkennen, dass er die Doppelresidenz als „Alternative“ bezeichnet, ohne dass er erklärt wozu. Gemeint ist natürlich die seit Jahrzehnten unreflektiert verordnete Betreuung durch einen Elternteil, also etwas, das man halt immer schon so gemacht hat. Dies zu erkennen, ist im Grunde der Schlüssel zum Verständnis des ganzen Problems[30]. Der Senat hat es nicht erkannt.

4. Wenn einer nicht will — Die Kapitulation des Rechts

Schlicht falsch ist es, wenn der Senat behauptet, die Initiative zur Doppelresidenz „könne“ nur von den Eltern selbst ergriffen werden; gegen den Widerstand eines Elternteils „könne“ die Doppelresidenz nicht funktionieren. Nach französischem Recht[31] kann der Richter diese festlegen, ebenso nach belgischem und italienischem Recht. Auch das vom Senat zitierte OLG Dresden[32] hat das Gegenteil dessen erklärt, was der Senat mit dem Verweis zu belegen suchte: Dort heißt es nämlich, dass sich der Senat bewusst sei, „dass gegenüber der *Festschreibung* des Wechselmodells bei Eltern, die (noch) stark im Konflikt miteinander stehen oder bei denen *sich zumindest ein Elternteil gegen diese Modell ausspricht*“ (*sic!*), deutliche Zu-rückhaltung geboten sei. Aber genehmigt haben die Richter die Doppelresidenz trotzdem. Ähnlich war es beim KG[33], das schreibt: „ ... auch wenn die Mutter wohl *weiterhin* der Überzeugung ist, dass es für das Kind besser sei, wenn es seinen *permanenten Aufenthalt bei ihr* habe ...“. Und auch beim OLG Celle und AG Hannover war jeweils die Mutter gegendie Doppelresidenz gewesen, was diese aber nicht verhinderte. Damit zeigt sich, dass es letztlich nur darauf ankommt, wie die Gerichte der Doppelresidenz gegenüberstehen. Sind sie unvoreingenommen und gelingt es ihnen, die Eltern zu einer Vereinbarung trotz Vorbehalten – hier offensichtlich immer der Mutter – zu bringen, ist die Doppelresidenz trotz Konflikten und Widerstand möglich. Sie kann also entgegen der Annahme des Senats angeordnet werden.

Auch die anderen Gerichte, die die Doppelresidenz abgelehnt haben, behaupten diese Voraussetzung (hohes Maß an Kommunikation usw.) nur. Sie sehen nicht, dass auch dort, wo einem Elternteil nur das Umgangsrecht zusteht, Konflikte bestehen können und Kommunikation und Kooperation nötig sind, und auch dort unterschiedlich ausgebildet sein können[34]. Mit diesem Vergleich wird die Behauptung des Senats noch fragwürdiger. Übertrüge man seine Argumentation nämlich auf Umgangsregelungen, müsste Umgang unterbleiben, sobald ein Elternteil dagegen ist. (Und im Grunde ist die Doppelresidenz nichts weiter als gleich viel Umgang für beide Eltern.) Auch hier zeigt sich also mangelnde Reflexion, denn es ist absurd anzunehmen – bei weiterhin vier Wechseln in zwei Wochen –, dass die vom Senat festgestellte mangelhafte Kooperation und Kommunikation jetzt plötzlich ausreiche oder sogar störungsfrei statfinde oder aber nicht nötig wäre.

Sodann stellt der Senat fest, dass für die Kinder ein Lebensmittelpunkt fehle. Was ein Lebensmittelpunkt ist, wann jemand einen solchen hat und ob er überhaupt einen benötigt[35], erörtert der Senat nicht. Was aus dem Fehlen folgen soll, lassen die Richter offen. Dafür stellen sie erneut fest, dass die Kinder besonderen Belastungen ausgesetzt seien, wieder, ohnediese zu beschreiben.

Auch ohne dies ansatzweise auszuführen, schreibt der Senat, dass zwischen den „Parteien“ ein hohes Konfliktpotential bestehe und eine reibungslose Kommunikation und Verständigung über die Belange der Kinder nicht möglich sei, Worin diese Reibungen bestehen, scheint für die Entscheidung nicht relevant gewesen zu sein, der Senat teilt sie nicht mit[36]. Dabei irritiert, dass die Eltern immerhin von Oktober 2008 bis Januar 2010 ein relativ kompliziertes System der Betreuung praktizierten. Für seine einseitige Sicht zum Gelingen der Doppelresidenz ist es insoweit aber schlüssig, dass der Senat den Widerstand der Mutter mitteilt, denn die Doppelresidenz funktioniert ja nicht, wenn einer dagegen ist. Dass die Mutter rechtsmissbräuchlich oder eigennützig handle, meint der Senat nicht zu erkennen. Es wäre auch außerordentlich ungeschickt, hätte die Mutter bereits einen Antrag auf Unterhaltszahlung gestellt. Wenn sie dies aber nach Rechtskraft der Entscheidung macht, kann der Vater diesen Antrag weder unter Verweis auf diese Gutgläubigkeit des Senats zurückweisen lassen, noch könnte er damit eine Abänderung der Umgangsregelung gern. § 1696 BGB verlangen, weil sich die tatsächlichen Umstände nicht geändert hätten. Dass sie eigennützig handelt, hat die Mutter in ihrem Antrag allerdings mitgeteilt. Natürlich ist es eigennützig, wenn *sie* mehr als ein gemeinsames Wochenende pro Monat mit den Kindern verbringen will – anders wenn die Kinder geäußert hätten, mehr Wochenenden mit der Mutter verbringen zu wollen. Aber es ist ihr gutes Recht. Nur hätte sie dies auch haben können, wenn sie dem Vorschlag des Vaters zugestimmt hätte.

5. Sachverständige Beratung — Dispens vom eigenen Denken?

Was die Sachverständige geschrieben hat, kann in einer Anmerkung nicht unmittelbar kommentiert werden. Was aber der Senat über deren Gutachten mitteilt, passt in seiner Widersprüchlichkeit zu den Ausführungen der Richter: Das bisherige Betreuungsmodell (auch hier wieder „Modell“) bringe wenig Kontinuität, da

die Kinder bei beiden Eltern Alltag und Freizeit erlebten, ohne dass die Eltern dazu ausreichend kooperierten. Was man sich darunter vorstellen soll, bleibt im Dunkeln, nämlich zum einen, was die Sachverständige mit Kontinuität meint (seit über einem Jahr leben die Kinder in je verschiedenen langen Zeiträumen je mit der Mutter und dem Vater kontinuierlich zusammen) und zum anderen, ab wann eine Kooperation ausreicht. Denn dass es keine gebe, hat sie wohl nicht behauptet und ließe

sich bei einer solch langen Zeit auch nicht vorstellen. Offen bleibt auch, wie das bei einer Wochenregelung wäre.

Es komme immer wieder und zwangsläufig zu Brüchen, zitiert der Senat aus dem Gutachten. Das ist so banal, dass man sich fragt, was damit gemeint sein soll, außer den Brüchen, die das Leben so mit sich bringt und die es vielleicht sogar ausmachen: die Geburt von Geschwistern, der Eintritt in den Kindergarten, der Beginn des Schulbesuchs samt Abschied vom Kindergarten, der Wechsel von Schule und Ferien, Unterricht und Freizeit, Wegziehen und Tod von bekannten Menschen, Aufenthalt zu Hause, bei Verwandten und Freunden, in der Schule, im Urlaub. Alles das hat der Senat nicht gesehen, weil er dann wohl kaum eine Regelung getroffen hätte, die vier weitere „Brüche“ in je vierzehn Tagen hinzufügt.

Das einzige, was der Senat als ihm dazu sachverständig vermittelte Begründung mitteilt, ist, dass Verabredungen mit Freunden nicht „kontinuierlich getroffen werden könnten“, was sich mit der Einschulung eines der Kinder noch verstärken und zu einer Entwicklungsbehinderung führen werde. Auch das wirkt angesichts der mitgeteilten Tatsachen konstruiert. Denn wenn die Kinder von zwei verschiedenen Wohnungen

in denselben Kindergarten und dieselbe Schule gehen können, so können sie doch ebenso auch Kontakte pflegen. Aber selbst wenn sie manche Freunde nur jeweils in der Zeit bei dem einem Elternteil treffen - was beim Vater wegen der kürzeren Zeit, die die Kinder nun bei ihm sind, jetzt noch schlechter möglich ist -, so spricht das nicht gegen Kontinuität, sondern allenfalls gegen die Häufigkeit. Völlig grotesk erscheint es da-her, darin die Gefahr einer „Entwicklungsbehinderung“ zu sehen, die im Übrigen auch nicht näher erklärt wurde.

Weiter führt der Senat, die Angaben der Sachverständigen referierend, aus, sei die Kommunikation und Kooperation zwischen den Eltern nicht gut ausgeprägt. Angesichts des Reichtums der deutschen Sprache bleiben da noch viele Möglichkeiten bis ein „schlecht“ (was sie wohl nicht geschrieben hat) erreicht ist. Vielleicht ist die Verständigung zwischen den Eltern befriedigend, ausreichend, hinreichend, mangelhaft oder verbesserungsbedürftig. Im Übrigen kommen Informationsverluste, falls solche gemeint sind, auch in strukturell intakten Familien vor. Wichtiger wäre gewesen, zu erfahren, ob sie lebensbedrohlich sind, gesundheitsschädlich oder nur lästig und vor allem, wie und warum sie entstehen und wer dafür verantwortlich ist (z. B. beide Eltern) und wie sie zu beheben wären. Entscheidend ist aber hier, dass der Senat erneut den Mangel seiner Argumentation nicht erkennt: Wenn die Kinder einen Lebensmittelpunkt brauchen, so würden sie diesen doch nicht durch eine optimale Kommunikation usw. bekommen, im Gegenteil. Würden beide Eltern das Leben der Kinder beim jeweils anderen akzeptieren und vielleicht sogar fördern, führte dies nach der Argumentation des Senats zu einer Kindeswohlgefährdung durch zwei Aufenthaltsorte!

Die Kinder seien unterschiedlichen Erziehungseinflüssen ausgesetzt, heißt es weiter. Welch ein Glück, dass sie es bei Eltern, die zusammen leben, niemals sind[37]. Ginge es nicht um Rechtsfragen und letztlich um Grundrechte, könnte man sich über die Naivität amüsieren, mit der hier ein höchst harmonisches Familienideal gezeichnet wird, dem wohl die meisten Familien, also nicht nur solche, in denen sich die Eltern trennen, nicht genügen.

Völlig aus der Luft gegriffen ist allerdings, zu behaupten, dass die Kinder wegen des Wechsels perspektivisch nirgends richtig zu Hause wären und nirgends richtig Stabilität erlebten. Denn auch hier fehlt es an einer Erklärung, was es - auspsychologischer Sicht - heißt, „richtig zu Hause“ zu sein

und warum das durch einen Tag mehr Aufenthalt der Kinder pro Woche bei der Mutter dort zu einem „richtigen Zuhause“ führen soll. Ebenso wenig erklärt sich von selbst, dass es an Stabilität fehle. Schon der Begriff bleibt unklar, ebenso das, was damit gemeint sein soll. Was hier referiert worden zu sein scheint, sind schwulstige Emotionen über ein geradezu metaphysisches Zuhause, den guten, einzigen Ort der Geborgenheit schlechthin. Das ist so irrational, wie die Ablehnung, Kinder zweisprachig aufwachsen zu lassen, geäußert von Leuten, die selbst nur mit einer Sprache groß geworden sind.

Was den Leser dieser Entscheidung zudem interessieren dürfte, sind die Exploration und die testpsychologische Untersuchung der Eltern und Kinder, sowie die Interaktionsbeobachtung zwischen dem jeweiligen Elternteil und den Kindern und die Gespräche mit den Eltern, deren Ergebnisse - für den Senat angeblich nachvollziehbar begründet - bei ihm zu dem Schluss geführt haben, dass die Kinder bei der Mutter wohnen müssen und den Vater besuchen sollen. Was mag die Sachverständige veranstaltet haben, um so sicher in die Zukunft blicken zu können, dass allein - rein rechnerisch - ein Tag mehr pro Woche bei der Mutter als bei einer jeweils wöchentlichen Betreuung durch beide Eltern[38] die gesunde Entwicklung nun gesichert ist? Die Antwort kann nur lauten: Kein seriöser Psychologe würde so etwas - wissenschaftlich fundiert - behaupten (können).

Interessanterweise hatten auch das OLG Brandenburg[39] und das OLG Stuttgart[40] kein Problem damit, umfangreichen Umgang zuzulassen, nachdem sie - argumentativ ebenso wenig überzeugend wie hier das OLG Koblenz - die Doppelresidenz abgelehnt hatten. Es scheint also eine Grenze zu geben, die nur bestimmte Richter und Sachverständige erspüren können, an der sich durch einen regelmäßigen, zeitlich immer gleich langen Aufenthalt ein Ort zum Lebensmittelpunkt verfestigt. Der so bestimmte Lebensmittelpunkt ist eine Erfindung, eine Fiktion: Ein Tag mehr Aufenthalt pro Woche bei dem einen Elternteil ergibt nur deshalb dort den Lebensmittelpunkt, weil das Gericht es so sagt, nachdem es zuvor erst dessen Notwendigkeit behauptet hat, weil ihm ansonsten kein Entscheidungskriterium eingefallen ist. Mag die Jurisprudenz an manchen Stellen mit Fiktionen arbeiten müssen[41], hier ist es unsinnig, weil es um Tatsachen geht. Eines solchen - festgelegten - Mittelpunktes bedarf es nicht. Er kann entstehen und zur Gewohnheit werden, mehr nicht.

Nachdem der Senat einleitend als Vorteil der Doppelresidenz mitgeteilt hat, dass sie die Beziehung zu und den Alltag mit beiden Eltern ermöglicht, ist dieses Essential der Doppelresidenz plötzlich Ursache für unbenanntes, unbeschreibliches Leiden, denn mehr als dass die Kinder darunter litten, dass es keinen „klaren Aufenthaltsschwerpunkt“[42] gebe, ihre alltäglichen Abläufe „aufgespalten“ seien und ihr Leben in zwei Wohnumfelder aufgeteilt sei, berichtet der Senat nicht aus dem Gutachten. Dass die Kinder fünf Tage von sieben in den Kindergarten gehen, tagsüber dort also ihren „Aufhaltsschwerpunkt“ haben, ihr Leben somit in Zuhause und Kindergarten „aufgespalten“ ist, scheint Senat und Sachverständigem offensichtlich entgangen zu sein.

6. Unschlüssige Argumentation — Gleiches und Verschiedenes

Ebenso offen bleibt, warum für die Kinder im familiären System der Mutter „gravierend andere Regelungen“ gelten sollten, wenn sie die Hälfte der Zeit beim Vater lebten. Träfe dieses Argument zu, dürfte es in Deutschland keine Schulen mehr geben. Täglich verbringen Kinder aus den unterschiedlichsten Herkunftsfamilien mit oft gravierend unterschiedlichen Regelungen ebenfalls fünf (Vormitt-)Tage in der Woche miteinander unter gleichen Regelungen. Warum sollte das bei der Mutter nicht ebenfalls gehen? Schaut man genauer hin, wird es noch unverständlicher: Der Senat hat den Umgang der Kinder mit dem Vater für die Zeit angeordnet, in der auch die Halbbrüder nicht im

Haushalt der Mutter, sondern bei ihrem leiblichen Vater sind. Da die Mutter angegeben hat, dort einen ebenso „großzügigen Umgang“ zu praktizieren, bedeutet dies, dass die Halbbrüder ebenfalls von Donnerstag bis Montag nicht bei ihr sind. Warum sie also überhaupt „gravierend“ andere Regelungen aufstellen sollte, wenn die beiden Kinder alle zwei Wochen an drei Tagen nicht in der Familie der Mutter sind (weil sie nicht montags, sondern donnerstags kämen), ist nicht ersichtlich.

Ein Höhepunkt der Unlogik ist aber der nächste Satz: Obwohl als einen Vorteil der Doppelresidenz eingangs benannt, entlastet der Senat nicht die Mutter von der Betreuung, sondern nennt sie, gleichsam das Ergebnis seiner Überlegungen vorwegnehmend und damit seine Voreingenommenheit zeigend, „Alleinerziehende“! Der Senat will Probleme abmildern (in-dem er reibungslose Abläufe ermöglichen will), die es gar nicht gäbe, wenn er die Mutter nicht zu einer „Alleinerziehenden“ machen würde. Und noch kurioser ist: Beim Vater wäre, da er mit seiner Lebensgefährtin zusammenlebt, niemand ein armer „Alleinerziehender“.

Ebenso offen bleibt, warum die Kinder in der Familie des Vaters eine Sonderrolle bei der Doppelresidenz hätten — was immer das heißen mag — und, was der Senat nun ebenfalls nicht beachtet hat: warum es besser ist, wenn sie diese Sonderrolle jetzt dort haben sollen, da sie nur zu Besuch kommen. Derart verworren argumentiert nur, wer partout ein bestimmtes Ergebnis erreichen will.

Noch seltsamer wirkt die Behauptung, die Kinder verlören durch die Doppelresidenz ihr Zuhause. Das müsste doch nach über einem Jahr längst weg sein, wenn die Behauptung der Mutter zuträfe. Allerdings, siehe oben, ist nirgendwo erklärt, dass die Kinder selbst dies als Defizit benannt hätten. Im Gegenteil: Eines der Kinder hat sogar vor Gericht gesagt, es wollegleich viel beim Vater sein wie bei der Mutter und hat damit aus Sicht des Senats doch eigentlich ein einziges Zuhause abgewählt.

Darüber, dass die 8:6/6:8-Regelung nicht optimal funktionierte, bestand übrigens Einigkeit zwischen den Eltern, was sich daraus ergibt, dass der Vater dies bestätigte und sie beenden wollte.

V. Ermittlung von Amts wegen, Kindeswohl und Kindeswille

1. Rügepflicht bei Mangelhaftigkeit des Gutachtens

Der Senat schreibt, der Vater habe keine Mängel im Gutachten aufgezeigt. In einem Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz ist das auch nicht die Aufgabe eines Verfahrensbeteiligten^[43]. Angesichts des Umstandes, dass der Senat die offenbar im Gutachten enthaltene Ansammlung von Mutmaßungen für nachvollziehbar, überzeugend und in sich stimmig hält, wäre der Vater mit entsprechenden Einwänden wohl auch nicht gehört worden. Dem Senat ist aber zuzustimmen, dass es eines weiteren Gutachtens nicht bedurfte, denn dass die mitgeteilten Erkenntnisse, angefangen von denen zum „Aufenthaltsschwerpunkt“, einer wissenschaftlichen Plausibilitätsprüfung schon nicht standhalten, hätte der Senat selbst feststellen können, wenn er sich inhaltlich mit den hier zitierten Entscheidungen aus Hannover,

Dresden, Berlin, Düsseldorf und Celle auseinandergesetzt und sich herkömmlicher juristischer Methodik bedient hätte.

2. Konflikt, Kindeswohl und Diskriminierung

Offensichtlich um seine Eindrücke von der Anhörung der Eltern mitzuteilen, kommt der Senat unvermittelt nochmals auf Kommunikation und Kooperation zurück, die er als „nicht konfliktfrei“ bezeichnet. Der Vater habe der Mutter vorgeworfen, sie habe in der Vergangenheit (wann sonst?) einseitig seine Umgangsgestaltung beeinflusst (der Senat schreibt nur in Klammern „Turnen“), die Mutter habe dies bestritten und dem Vater vorgeworfen, den Willen der Kinder zu beeinflussen. Einig wiederum seien sich die Eltern gewesen, dass der jeweils andere Wohl und Wehe der Kinder missachtete. Der Informationsgehalt dieser Angaben ist äußerst gering[44]. War-um am Ende der Senat meint, die Kinder müssten bei der **Mutter wohnen, lässt sich daraus nicht entnehmen, genauso wenig**, dass durch die gefundene Regelung solche Dinge, un-terstellt die Behauptungen treffen zu, nun nicht mehr vorkommen.

Als einziges Argument, das der Senat ansatzweise für seine – wie gezeigt widersprüchliche – 9:5 Regelung zu Gunsten der Mutter anführt, scheint daher der Antrag des Vaters zu sein, der den Schwerpunkt des Aufenthalts nicht bei sich begehrt hat. Der Senat teilt aber nicht mit, dass der Vater, hätte man ihm eine Regelung 9:5 zu seinen Gunsten angeboten, diese – oder aber eine 8:6 Regelung – abgelehnt hätte. Ohne es so plump zu formulieren, wie das OLG Brandenburg, erklärt der Senat, dass die Kinder zu dem gehörten, der dieses ihm unverständliche Hin und Her beendet haben will.

3. Die Ausübung eines Grundrechts als Kindeswohlgefährdung

Dass der Vater nicht einsieht, für die Kinder wäre ein „Aufenthaltsschwerpunkt“ notwendig, spricht angesichts der hier formulierten Kritik für ihn und gegen den Senat. Und dass die Doppelresidenz allein an der Verweigerungshaltung der Mutter scheitere, stimmt auch: Sie hat ja beantragt damit aufzuhören, der Senat hat erklärt, allein der Widerstand eines Elternteils reiche aus, eine solche zu beenden und das dann so beschlossen.

Dem Vater vorzuwerfen, er sei primär an seinen Elternbedürfnissen orientiert, ist angesichts Art. 6 GG schlicht verfassungswidrig[45]. Selbstverständlich hat er als Vater das Recht, mit seinen Kindern zusammenzuleben, solange er nicht versagt oder die Kinder zu verwaarloosen drohen. Dass ein mit zwei Richterinnen besetzter Senat eines deutschen Oberlandesgerichtes zu Beginn des 21. Jahrhunderts einem Vater vorhält, er wolle ja nur *gleichberechtigter* Elternteil sein, zeigt nochmals deutlich, wie berechtigt der eingangs erhobene Vorwurf der Diskriminierung ist. Es ist dem Vater hoch anzurechnen dass er entgegen Sachverständiger, Verfahrenspfleger und Oberlandesrichtern nicht an den Mythos vom Lebensmittelpunkt glaubt – wie es die Richter in Dresden, Celle, Köln, Düsseldorf und Berlin und die Gesetzgeber anderer europäischer Staaten ja auch nicht tun. Bemerkenswert erscheint an dieser Stelle: Weder die Sachverständige noch der Verfahrenspfleger, die zwar beide für einen Aufenthaltsschwerpunkt votiert haben, werden vom Senat mit einer Präferenz für die Mutter zitiert!

4. Wohl und Wille der Kinder

Willkürlich und widersprüchlich ist es, dem Vater vorzuwerfen, nicht in der Lage zu sein, die Perspektive der Kinder einzunehmen, was im Grunde ja hieße, ihm Infantilität abzuverlangen. Zum einen ist weniger das Hinzukommen weiterer Personen ein Problem für Kinder[46], sondern der Verlust von Beziehungen, der als Bruch

empfunden und auch so bezeichnet wird (hier also das Ende des Zusammenlebens in einer Wohnung). Zum anderen haben aber beide Kinder (eines sogar vor dem Senat) geäußert, sie wollten weiterhin gleich viel Zeit mit dem Vater verbringen. Ihre Perspektive ist also genau die, die der Vater eingenommen hat, der durch die zeitlich längstmögliche (um gleiches der Mutter zukommen zu lassen) Betreuung diesen Bruch ja milder gestalten wollte. Es ist nicht der Vater, sondern der Senat, der sich über den Willen des Kindes hinwegsetzt[47]: Dieser Wille resultiert aus der emotionalen Bindung der Kinder zu beiden Eltern – was also bezüglich des Vaters weniger zu berücksichtigen ist – und des gewiss vorhandenen Harmoniebedürfnisses sowie der Loyalität zu *bei-den* Eltern, die verständlich wären. Diese Ausführungen sind äußerst einseitig und sogar fast unanständig. Im Grunde trampelt der Senat auf dem Harmoniebedürfnis und der Loyalität der Kinder herum. Auch die Schlussfolgerung ist mangelhaft: Ein Kind dieses Alters (Vorschulalter) ist (nicht: wäre) nicht in der Lage, eine an seinem Wohl orientierte Entscheidung zu treffen. Aber das soll es auch nicht, das ist (hier leider: wäre) Sache seiner gleichberechtigten Eltern. Das Kind hat lediglich seine Sicht auf seine Bindung zu beiden Eltern formuliert (also aus kindlicher Perspektive!), die der Senat ignoriert, weil sie nicht in sein Weltbild passt.

VI. Wie man Kinder vor Gericht behandelt

Zu noch schärferer Kritik veranlassen die Mitteilungen zur Anhörung des älteren der beiden Kinder. Dieses habe „vor dem Senat“ einen stark belasteten, verängstigten und verstörten Eindruck gemacht. Sie (richtig müsste es „es“ heißen) habe geweint und sich geweigert zu sprechen. Muss man sich tatsächlich vorstellen, dass dort drei in Roben gekleidete Erwachsene von einer Richterbank herunter auf ein Vorschulkind geblickt und nach seinem Intimleben gefragt haben? Was hat der Verfahrenspfleger in dieser Situation gemacht, der nach neuem Recht „Beistand“ (§ 158 FamFG) heißt? Das einzige, was man über ihn erfährt, ist, dass er in einer Stellungnahme erklärt hat, er halte ein Wechselmodell nur dann für praktikierbar und mit dem Kindeswohl vereinbar, wenn die Eltern „konsensual“ kommunizierten – eine Auffassung, die die Richter aus der Literatur bereits kannten. Da dies nicht der Fall sei, halte er es „für besser“, dass die Kinder einen „Anker“ in einem der beiden Haushalte hätten und umfangreiche Besuche beim anderen Elternteil durchführten. Auch hier fehlt eine nachvollziehbare Begründung, wie er zu dieser Schlussfolgerung gekommen ist.

Nirgendwo ist zu lesen, ob der Senat – um seine Worte zu verwenden – aus „kindlicher Sicht“ angemessen versucht hat, mit dem Kind zu kommunizieren. Dass das Kind sich Bauerhaft so verhält, wird nicht mitgeteilt. Ein Gericht, das das Wohl eines Kindes gegen den Willen eines Elternteils schützen will, ein solches Kind aber in einem derartigen Zustand vor sich sieht und, ohne nach den Gründen für dieses Leid zu fragen, wieder wegschickt, hat als Kindeswohlbewahrer kläglich versagt. Warum ist nicht einer der Richter zu dem Kind gegangen[48] und hat es in einer kindgemäßen Umgebung und Atmosphäre getroffen, am besten in der Wohnung des Vaters und in der Wohnung der Mutter (§ 12 FGG)? So hat der Senat dafür gesorgt, dass bei diesem Kind eine seiner ersten Begegnungen mit der dritten Gewalt im demokratischen Rechtsstaat Tränen hervorgerufen hat. Bereits dieser Anhörungsversuch, so wie der Senat ihn beschreibt, hat das Kindeswohl beeinträchtigt. Welche Meinung der Senat von sich selbst und seinen Fähigkeiten, auf Kinder einzugehen, hat, lässt sich daran erkennen, dass er auch für die Zukunft ein anderes Verhalten des Kindes ausschließt – wie üblich, ohne Begründung.

Wie es den Kindern bei einem je wöchentlichen Aufenthalt jeweils bei Vater und Mutter im Wechsel gegangen wäre, kann nicht vorausgesagt werden. Das kann aber niemand, weil kein Mensch in die

Zukunft schauen kann. Dass aber der Senat dieser Variante kein Wort, und damit ersichtlich auch keinen Gedanken, gewidmet hat, lässt vermuten, dass er die darin liegenden Chancen, die er eingangs kurz aufgezeigt hat, nicht sehen wollte. Mit unlogischer und widersprüchlicher Begründung hat er sich eingereicht in die „Heile-Welt-bei-Mama“-Rechtsprechung, ohne zu erkennen, wie sehr das an der Wirklichkeit vorbeigeht.

VII. Zusammenfassung: Rechtsprechung als Lotterie

Die deutsche Rechtsprechung zur Doppelresidenz gleicht einer Lotterie. Gelangt der Streit darüber an solche Richter wie in Berlin, Dresden, Köln, Düsseldorf und Celle, haben die Kinder die Chance, beide Eltern gleichberechtigt zu behalten und die Väter, dass ihr Familienleben gleichwertig dem der Mütter behandelt wird und fortbestehen kann. Fällt das Los der gerichtlichen Zuständigkeit auf Koblenz, stehen die Chancen schlecht, weil man dort an einen mit zwei Richterinnen besetzten OLG-Senat geraten kann, der einem Mann vorwirft, er wolle ja nur Gleichberechtigung. Das zeigt, dass Art. 3 Abs. 2 GG weiterhin eine Herausforderung bleibt und vor allem, dass die dort in Satz 2 genannten Nachteile für beide Geschlechter bestehen können[49].

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

[1] Vgl. dazu Reinelt, Irrationales Recht, ZAP Sonderheft für Dr. Egon Schneider zum 75. Geburtstag, 2002, 5.52 = <http://www.bghan-walt.de/veroeffentlichungen.htm>.

[2] FamRZ 2005,125.

[3] FamRZ 2006,1626.

[4] FamRZ 2008, 2053

[5] FamRZ 2001, 846; 2002, 563.

[6] FamRZ 2002,1210: „Wechselmodell ist ... auf Dauer dem Kindeswohl abträglich; ... wenn der Wechsel nicht im Interesse des Kindes praktiziert wird, sondern vorrangig dazu dient, die jeweilige Machtposition der Eltern aufrecht zu erhalten“ – genau entgegengesetzt OLG Köln (Fn. 1o). In OLG München, FamRZ 2007, 753, ist nicht ersichtlich, wie lange die Kinder jeweils bei einem Elternteil waren. Sollten es drei und fünf Tage gewesen sein, was aus der Formulierung geschlossen werden kann, für jeweils diese Zeiträume Sachen zu packen, so fragt sich schon, warum als Alternative nicht die Dauer von einer Woche festgelegt wurde. In dieser Entscheidung hat der Senat v. a. auf den Willen der Kinder abgestellt, die genau die Umgangsregelung (alle vierzehn Tage beim Vater) wollten, die die Mutter beantragt hatte. Das sechsjährige Kind hatte – „wohlbegründet“, wie der Senat schreibt – u. a. gesagt, es wolle zu Fuß zur Schule gehen, zehn Kilometer vom Vater gefahren zu werden, sei ihm zu umständlich. Siehe dazu die Relevanz des Kindeswillens (unten IV. 4.).

[7] FamRZ 2003,1949. Hier hatte der Sachverständige erklärt, die Kinder müssten mehr „reguliert“ werden, was man üblicherweise mit leb-losen Dingen (Maschinen, Geräten, Flussläufen, Warenströmen etc.) macht. Außerdem hatte die Mutter eine neue Beziehung und konnte eine „intakte“ Familie bieten. Ebenfalls nicht überzeugend: OLG Brandenburg, FamRZ 2009, 1759 sowie OLG Brandenburg, Beschluss V.1.7.2010 - 9 UF 7/09 (bei JURIS).

[8] FamRZ 2007,1266: Die Verfahrenspflegerin berichtete nur von einem Hausbesuch bei der Mutter, man könne die Eltern nicht zur Einigung zwingen, beim Wechselmodell fehle der für

Kindervoraussetzende Lebensmittelpunkt. Das AG hatte zuvor sogar erklärt, der Vater benötige seine Kraft für sein notleidendes Unternehmen, „was ... Existenzgrundlage für die Familie und ihren Unterhalt sei“. Die Mutter sei nicht berufstätig und könne sich um die Kinder kümmern.

[9] BVerfG, Beschluss v. 30.6.2009 -1 BvR 1868/08.

[10] NJW-RR 2008, 1319: Ausdrücklich erklärt das Gericht, der Vater solle keine gestärkte Machtstellung gegenüber der Mutter haben. Hier wird – entgegen OLG München, FamRZ 2002,1210 (Fn. 6) – die Macht-position der Mutter aufrechterhalten.

[11] OLG Düsseldorf– II-8 UF 189/10, 8 UF 189/10 (bei JURIS), insbes. Rn. 15 und damit entgegengesetzt zu OLG Brandenburg, FamRZ 2003, 1949 (Fn. 7).

[12] Beschwerde Nr. 22028/04, Urteil v.3.12.2009, FamRZ 2010, 103. Natürlich hat der Gerichtshof nur einen Einzelfall entschieden. Einen solchen hätte es aber nicht gegeben, träfe die Prämisse des deutschen Sorgerechts zu, nämlich dass die ausschließliche und unkontrollierbare Alleinverantwortung der Mutter richtig sei, die bei der Verweigerung der gemeinsamen Sorge ihre Macht nie missbrauche, wie das BVerfG sinngemäß behauptete, (Fn. 15, Rn. 70.; siehe auch Görgülü vs. Germany (Nr.74969/01), FamRZ 2004, 1456; Elsholz vs. Germany (Nr. 25735/94), FamRZ 2001, 341; Sommerfeld vs. Germany (Nr. 31871/96); Sahin vs. Germany (Nr. 30943/96).

[13] BVerfG, Urteil v. 29.1.2003 -1 BvL 20/99,1 BvR 933/01, FamRZ 2003, 285.

[14] Burmeister, KJ 2003, 328; Coester, FamRZ 2007, 1137; Heumann, FuR 2003, 293; Gimbernat Jonas, JAmt 2003, 332; Mohr/Wallrabenstein, Jura 2004,194,197; Spangenberg/Spangenberg, ZfJ 2003, 332

[15] BVerfG, Beschluss v. 21.7.2010 -1 BvR 420/09, JR 2010, 203. Schön zu erkennen in der Begründung zum verweigerten Sorgerecht für den Vater(Rn. 38,43) und der Begründung zur Entziehung des Sorgerechts bei der Mutter (Rn. 66ff.). Ausführlich dazu Mandla, JR 2011,185.

[16] So aber OLG Brandenburg (Fn.7): Mutter hat bekräftigt, Umgang „großzügig zu gewähren“.

[17] Ständige Rechtsprechung, BVerfGE 34, 165, 184; 60, 79, 88; BVerfG FamRZ 2006, 1593 (v. 23.8.2006 -1 BvR 476/04, Rn.19, 20, 27); siehe auch 1 BvR 364/05, Rn. 11; zuletzt Beschluss V.19.1.2010—1 BvR1941/99. Das BVerfG formuliert deshalb meistens, dass der eine Elternteil den Umgang des anderen „ermöglichen“ müsse, vgl. BVerfG NJW 1993, 2671; 1 BvR 2029/00, Rn. 8; BvR 2151/03, Rn. 8; BvR 526/04, Rn.13;1 BvR 1253/06, Rn. 13.

[18] Unsystematisch ist es nämlich, dass nach den §§ 1671,1684Abs. 4 BGB Entscheidungen mit für den betroffenen Elternteil ähnlich schweren Folgen ergehen (Ende des Familienlebens mit dem Kind), wie sie nach den §§1666,1666 a BGB (Art. 6 Abs. 3 GG) bei gleichen tatsächlichen Umständen bzgl. der Kindeswohlgefährdung nicht zulässig wären. Prozessual werden Trennungskinder sogar besser behandelt als die von Eltern, die sich nicht trennen oder einig sind. Letztere müssen bis zur Grenze der Voraussetzungen des § 1666 BGB ihre Eltern ertragen. Das Kindeswohl-Mantra im Trennungsfall wird so zum Hebel in der Hand der Richter (also des Staates!), der das Elternrecht des letztlich unterlegenen Elternteils negiert. Unterhalb der Voraussetzungen des § 1666 BGB muss gesetzlich ausgeschlossen sein, dass ein Elternteil dem anderen dessen Elternrecht streitig machen darf. Es genügt daher die Regelung in § 1666 BGB (vgl. Art. 6Abs. 3 GG). § 1671 BGB bedarf es nicht, allein

schon, weil er § 1627 S.2 BGB und auch § 156 FamFG widerspricht, denn was soll eine Pflicht zur Einigung, wenn gleichzeitig die Möglichkeit besteht, den Streitgegner ausschließen zu lassen?

[19] Vgl. die Entscheidungen zur sog. „(Rest)familie“ zuletzt BVerfG, Beschluss v.12.5.2006 -1 BvR 254/06 – hier sind es zwei solche „Restfamilien“. Zum Begriff der Familie siehe BVerfGE 45,104,123; 108, 82, 112 M. W. N.

[20] Nämlich wenn ihre Halbbrüder, die sie bei der Mutter haben, ihrerseits ihren leiblichen Vater besuchen. Es empfiehlt sich, zum besseren Verständnis die drei hier genannten Regelungen (Eltern, AG, OLG) in eine Skizze einzutragen, die vier Wochen umfasst. Derart visualisiert, sind sie gut nachvollziehbar.

[21] Genauer! Von 7:7/14 geändert auf 9:5/14 macht das einen Tag pro Woche mit 3 Wechslen in einer Woche (Montag zur Mutter, Donners-tag zum Vater, Freitag zur Mutter) und einen Wechsel (Donnerstag zum Vater) in der anderen.

[22] Andernfalls das Adjektiv „gleichberechtigt“ am Ende der Entscheidung keinen Sinn ergäbe.

[23] Ähnlich der Vortrag des Vaters in OLG Stuttgart (Fn. 8). Auf das Verhältnis des Umgangs der Kinder mit dem Vater zu dem mit dem Umgang mit den Halbbrüdern geht der Senat in seiner Begründung genauso wenig ein, wie auf die vom Vater behauptete Trennungssituation als Ursache für Auffälligkeiten und seine stabilisierende Wirkung, was einen Verstoß gegen § 25 FGG nahe legt, vgl. Sternal in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG,15. Aufl., 2003, § 25 Rn. 30 f.; Briesemeister in v. Schuckmann/Sonnenfeld, Jansen-FGG, 3. Aufl. 2003, § 25 Rn. 32.

[24] Die doppelte sprachliche Distanzierung ist sicher ungewollt: Was die Eltern taten, stellte nichts dar, sondern war etwas, aber kein Modell. Ein Modell stellt etwas dar, ist aber nicht das Dargestellte (vgl. DU-DEN, Fremdwörterbuch, B. Aufl. 2005, S. 669).

[25] Bei OLG Stuttgart (Fn. 8); OLG Dresden (Fn. 2); OLG Brandenburg (Fn.7) heißt es jedenfalls nur „so genanntes Wechselmodell“.

[26] Frankreich. résidence alternée, Belgien. hebergement alterné. Das Substantiv, das hier dem deutschen Grundwort entspricht, bezeichnet also den Aufenthalt.

[27] Von OLG Stuttgart (Fn. 8) als „üblicher“ und nicht als „dem Kindes-wohl am besten entsprechender“ Standard bezeichnet. Standard ist aber mehr als nur „übliche“ Sorgfalt, vgl. § 276 Abs. 2 BGB.

[28] So OLG Brandenburg (Fn. 7); dagegen Eschweiler, FPR 2006, 305, 306.

[29] Wieder ungenau als „regelmäßiger Wechsel“ bezeichnet, weil das über Häufigkeit und Dauer der Aufenthalte nichts aussagt. Auch Kin-der, die alle zwei Wochen i. d. R. ihren Vater übers Wochenende besuchen gehen, wechseln regelmäßig, ebenso solche, die in ihrer gesamten Kindheit z. B. jedes Jahr für vier Wochen zum anderen Eltern-teil gehen.

[30] Ein Neunjähriger, der seit seinem zweiten Lebensjahr jeweils bei Va-ter und Mutter zeitlich je die Hälfte in zwei Wohnungen lebt, hat das so formuliert: „Warum verstehen das die Leute nicht? Ist doch ganz einfach. Ich wohne bei Mama und bei Papa.“

[31] Frankreich: Code civil, Art. 373-2-g: „ ... la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.”

[32] Siehe (Fn. 2).

[33] Siehe (Fn. 3).

[34] Sehr gut gesehen und begründet vom KG, (Fn. 3) dort am Ende.

[35] Rechtlich können für Kinder zwei Lebens"mittel"punkte bestehen, vgl. § 11 BGB, vgl. dazu BGHZ 48, 228, 234: „Doppelwohnsitz”.

[36] Wenn der Senat schreibt: „Die Kommunikation, die sich vorübergehend leicht gebessert hatte, ist weiterhin gestört.”, so fragt man sich, ob sie sich danach wieder auf das Ausgangsniveau verschlechtert hat oder ob sie nur noch nicht („weiterhin gestört”) so gut ist, wie die Richter sich das wünschen und wie es zweifelsohne für alle Beteiligten das Beste wäre. Eine Ursache für die Verschlechterung haben die Richter offensichtlich nicht gefunden. Was erwarten sie aber für ein Verhältnis zwischen Eltern, wenn der eine das ohnehin bereits halbierte Familienleben des anderen quasi mit staatlicher Hilfe beenden will? Vgl. dazu oben bei Fn. 19.

[37] Vgl. OLG Gelle (Fn. 4); unterschiedliche Erziehungsmaßstäbe sind „die Regel”, ebenso für das OLG Dresden (Fn. 22) waren unterschiedliche Erziehungsstile „kein Problem”.

[38] Nochmals die Regelung des OLG: 3 Tage (M) — Wechsel (=) Bruch -1 Tag (V) - Bruch - 6 Tage (M) - Bruch - 4 Tage (V) - Bruch - 3 Tage (M) = 3-1-6-4-3... (9:5/14).

[39] (Fn.7): „Hierzu kann, wie vom Sachverständigen befürwortet, eine sehr großzügige Umgangsregelung (die natürlich immer noch weitgenug von Halb/Halbe entfernt sein muss - Hervorheb. u. Anmerk. C.M.) getroffen werden ... Auch die Antragsgegnerin hat bekräftigt, dem Vater großzügig Umgang mit den Kindern zu gewähren (sic!).

[40] (Fn. 8) „... zu Gunsten des Vaters erhöhte Umgangsfrequenz vorstellbar”.

[41] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV,1977, S.285 für den Gesetzgeber, zum Beispiel „fiktive Einkünfte, §§ 1361,1577, 16o2f. BGB; passend hierzu vgl. auch Sackofsky in Clemens/Umbach, GG-Mitarbeiter-Kommentar, 2002, Art. 3 Rn.299: alleinerziehender Vater ist Mutter i. S. v. Art. 6 Abs. 4 GG.

[42] Wobei auch hier die Begriffe bunt durcheinander geworfen werden: Bedeutet Aufenthaltsschwerpunkt das gleiche wie Lebensmittel-punkt? Bedingt einer den anderen? Ist einer Ausdruck des Faktischen, der andere der Emotionen?

[43] Briesemeister (Fn. 23), § 12 Rn. 111; v. König, a. a. O., § 15 Rn. 73; Sternal (Fn. 23), § 25 Rn. 32; Schmidt, a.a.O., § 12, Rn. 53, 63; § 15 Rn. 63, 65.

[44] Auch hier ist nicht zu erkennen, dass die jetzige Regelung daran etwas ändern kann. Dem Vater ist vom Senat vorgeworfen worden, nur sein Rechtverfolgt, das Wohl und die Perspektive der Kinder nicht berücksichtigen zu haben und als Familie weniger schützenswert zu sein als die Mutter. Wieso sollte er motiviert sein, sein Verhalten zu ändern? Der Mutterwurde erklärt, alles richtig gemacht zu haben. Sie hat erst recht keinen Grund.

[45] Wenngleich auch das BVerfG damit Schwierigkeiten hatte, vgl. BVerfG, BvR 1444/01 – dort heißt es, Rn, 27; „o,, ergeben sich Anhalts-punkte dafür, dass die Kindesmutter den Umgangskontakt zum Vater einseitig unterbunden hat, nachdem sie ihren jetzigen Ehemann kennengelernt hat. Das stetige Bemühen des Beschwerdeführers war danach nicht notwendig einseitig zu seinen Lasten zu bewerten (Hervorheb. C. M.), selbst wenn der Beschwerdeführer aufgrund seiner Vorgehensweise schließlich vom Umgangsrecht zu Recht ausgeschlossen worden sein mag.“ Das Bemühen um Umgang darf überhaupt nicht zu Lasten eines Elternteils gewertet werden, da es sein Recht ist, das sich aus der Verfassung und direkt aus § 1684Abs. i BGB ergibt. Die Mutter hingegen hat das Grundrecht des Vaters verletzt, was für das Verfassungsgericht an dieser Stelle eine Bagatelle zu sein scheint.

[46] Den Eintritt in Kindergarten, Schule, Sportverein etc. bezeichnet man üblicherweise auch nicht als „Bruch“, obwohl Kinder dort stets mit ihnen bis dahin unbekanntem Leuten zusammentreffen und sich auseinandersetzen müssen. Das ist eher ein Kennzeichen von Entwicklung.

[47] So auch OLG Brandenburg (Fn. 7), wo es heißt: „Einem derartigen Willen der Kinder kann aber selbst dann, wenn man ihren Neigungen mit Rücksicht auf das Alter schon Bedeutung zumessen würde ..., nicht nachgegeben werden.“

[48] In der Entscheidung OLG Dresden, (Fn. 2), hat sich der Senat diese Mühe gemacht—so sieht Ermittlung von Amts wegen aus. Siehe auch *Carl/Eschweiler*, NJW 2005, 1681.

[49] Was sich in der Kommentierung nicht widerspiegelt: vgl. Neun in Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 2004, Art.3 Rn.112, der nur über die gerechtfertigte Bevorzugung von Frauen schreibt; Jarras, GG, g. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 79: Aktuell geht es um die Gleichbehandlung der Frau; siehe auch Osterloh in Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2003, Art.3 Rn. 258 f; Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, n. Aufl., 2008, Art. 3 Rn. 3.