Gericht:	OLG Rostock 1. Senat für Familiensachen
Entscheidungsdatum:	01.08.2024
Aktenzeichen:	10 UF 74/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2024:0801.10UF74.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 64 Abs 3 FamFG, § 1666 Abs 3 Nr 6 BGB, § 1671 Abs 1 S 2 Nr 2 BGB, § 1671 Abs 4 BGB

Einstweilige Anordnung und Vollzugsaussetzung im Sorgerechtsverfahren; Prognosestellung zum Sachausgang in einzelnen Sorgerechtsbereichen

Leitsatz

1. Dem Beschwerdegericht kommt im Rahmen des § 64 Abs. 3 FamFG sowohl ein Auswahl- als auch bereits ein Entschließungsermessen zu.(Rn.29)

2. Zu weiteren Fragen betreffend § 64 Abs. 3 FamFG.(Rn.30) (Rn.33)

Orientierungssatz

1. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Beschwerde aber später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, der Beschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre.(Rn.30)

2. Ausgehend von diesem Maßstab ist eine Prognose zum Sachausgang anhand der Aktenlage, des bisherigen Verfahrensganges und der Ausführungen der Sachverständigen sowie in Anbetracht der Stellungnahmen eines Verfahrensbeistands und des Jugendamts anzustellen.(Rn.34) (Rn.35) (Rn.37)

Verfahrensgang

vorgehend AG Rostock, 30. Mai 2024, 14 F 182/21

Tenor

Der Antrag des Kindesvaters (Beschwerdeführers), die Vollziehung des Beschlusses des Amtsgerichts Rostock - Familiengericht - vom 30.05.2024, Az.: 14 F 182/21, im Wege einstweiliger Anordnung gemäß § 64 Abs. 3 FamFG auszusetzen, wird abgelehnt.

Gründe

I.

1 Gegenstand des Verfahrens ist die elterliche Sorge für das gemeinsame Kind der beteiligten Eltern, den am ... geborenen - aktuell also zehn Jahre alten - Sohn ..., der bei der Kindesmutter in ... bei ... lebt, wo diese nach der Trennung der Kindeseltern ein Einfamilienhaus errichtet hat. Der Kindesvater lebt (weiter) in ... Er hat Umgang mit seinem Sohn, und zwar - soweit es den Regelumgang betrifft - an jedem zweiten Wochenende

von Mittwoch bis Montag. Unter Ausweitung um eine weitere Übernachtung von Mittwoch auf Donnerstag haben sich die Kindeseltern auf diesen Modus in der nichtöffentlichen Sitzung des Amtsgerichts Rostock im vorliegenden Verfahren am 01.03.2024 verständigt (vgl. Seite 3 des Vermerks über den genannten Termin [Band III Blatt 367 der erstinstanzlichen Verfahrensakten]); zuvor erstreckte sich der Regelumgang jeweils von Donnerstag bis Montag.

2 Das vorliegende Verfahren ist durch den Kindesvater mit Schriftsatz vom 23.08.2021, vor nunmehr beinahe drei Jahren, initiiert worden, auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird. Gestützt auf § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB (vgl. Seite 15 des Schriftsatzes [Band I Blatt 16 der erstinstanzlichen Verfahrensakten]) hat der Kindesvater beantragt, die bis dahin beiden Eltern gemeinschaftlich zustehende elterliche Sorge insgesamt auf ihn allein zu übertragen, hilfsweise zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht, die Gesundheitssorge sowie das Recht zur Regelung schulischer Angelegenheiten. Außerdem hat der Kindesvater beantragt, ihn zu berechtigen, den gemeinsamen Sohn unter seiner Adresse in … hauptwohnsitzlich an- bzw. dorthin umzumelden. Zur Begründung hat der Kindesvater auf massive Konflikte zwischen den beiden Elternteilen verwiesen, die sich seit Anfang 2020 erheblich potenziert hätten. Die Kindesmutter sei nicht bereit, mit ihm - dem Kindesvater - Belange des gemeinsamen Kindes zu erörtern. Nur einem entsprechenden familiengerichtlichen Verfahren zur Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis (Az.: …) sei es zu verdanken, dass der gemeinsame Sohn therapeutische Unterstützung erfahre. Er - der Sohn - sei in der Folge durch die ambulante Jugendhilfeeinrichtung des „…“ unterstützt worden. Auch und insbesondere im Zusammenhang mit der Frage nach (u.a.) logopädischer Förderung wirke die Mutter nicht mit bzw. neige zu Bagatellisierung.

3 Die Kindesmutter ist den Anträgen des Kindesvaters entgegengetreten und hat ihrerseits mit Schriftsatz vom 17.10.2021 (Band I Blatt 54 ff. der erstinstanzlichen Verfahrensakten), auf den Bezug genommen wird, beantragt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf sie allein zu übertragen. Unter der Voraussetzung, dass der Kindesvater an seinem Antrag auf Übertragung des gesamten elterlichen Sorgerechts festhalte, werde auch sie weitergehend beantragen, ihr die gesamte elterliche Sorge allein zu übertragen. Auch die Kindesmutter hat sich zur Begründung ihres Antrages auf die Vorschrift des § 1671 Abs. 1 BGB gestützt (vgl. Seite 3 des genannten Schriftsatzes). Dabei hat sie bestätigt, dass ihr Verhältnis zum Kindesvater konfliktbelastet sei. Sie sei allerdings im Unterschied zum Kindesvater in der Lage, die Bedürfnisse des gemeinsamen Sohnes zu erkennen, und auch besser geeignet, dem Förderprinzip zu entsprechen. Tatsächlich habe die vom Kindesvater erwähnte Therapie positive Wirkungen gezeitigt. Es sei der Kindesvater, der die Fortsetzung dieser Therapie ablehne. Insofern hat sich die Kindesmutter u.a. auf eine E-Mail des Kindesvaters vom … bezogen, für deren Inhalt auf Band I Blatt 62 der erstinstanzlichen Verfahrensakten verwiesen wird und in der durch den Kindesvater u.a. ausgeführt wird: *„Wie Du sicherlich von […] bereits erfahren hast, werde ich einer Fortführung der Familienhilfe beim … nicht zustimmen. […] So bestätigen alle Bezugspersonen […], dass … nicht belastet für sie erscheint. Auch für mich erscheint … im Alltag nicht belastet.“*

4 Das Amtsgericht hat dem Kind eine Verfahrensbeiständin - Rechtsanwältin … - bestellt und eine sachverständige Begutachtung angeordnet. Auf die Beschlüsse des Amtsgerichts vom 03.09.2021 (Band I Blatt 39 / 39-Rs. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) und 22.10.2021 (Band I Blatt 99 f. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) wird Bezug ge-

nommen, auf letzteren insbesondere wegen der näheren Fassung der an die Sachverständige … gerichteten Beweisfragen. Die Sachverständige … hat schriftliche Gutachten (jeweils geführt in Sonderbänden) mit Datum vom 30.09.2022 (127 Seiten zzgl. Anlagen) und 27.01.2024 (76 Seiten zzgl. Anlagen) vorgelegt sowie eine zusätzliche schriftliche Stellungnahme vom 12.04.2023 (Band II Blatt 249-252 der erstinstanzlichen Verfahrensakten), worauf verwiesen wird.

5 Das Kind selbst ist durch das Amtsgericht persönlich angehört worden am 13.07.2023 sowie am 22.02.2024. Auf die diesbezüglichen Vermerke (Band II Blatt 300 u. 361 / 361-Rs. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) wird Bezug genommen.

6 Mit den übrigen Verfahrensbeteiligten hat das Amtsgericht die Sache am 14.07.2023, 30.01.2024 und 01.03.2024 mündlich erörtert und in diesem Rahmen einerseits die Kindeseltern persönlich angehört, andererseits die Sachverständige … ergänzend befragt. Auf die über die genannten Termine aufgenommenen Vermerke (Band II Blatt 302 ff. u. 347 f. sowie Band III Blatt 366 f. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) wird verwiesen.

7 Der Kindesvater hat in erster Instanz zuletzt unter Einschränkung seines ursprünglichen Hauptantrages - unbedingt - beantragt (vgl. Band III Blatt 385-Rs. der erstinstanzlichen Verfahrensakten),

8 ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht, die Gesundheitssorge, das Recht zur Regelung der schulischen Angelegenheiten sowie das Recht zur Regelung der Freizeitbeschäftigungen allein zu übertragen.

9 Das entspricht dem Umfang nach dem ursprünglich formulierten Hilfsantrag, ergänzt um den Bereich der Freizeitbeschäftigungen.

10 Die Kindesmutter hat zuletzt - in der Sitzung vom 01.03.2024 - sinngemäß beantragt,

11 ihr die alleinige elterliche Sorge zu übertragen.

12 In der Sache ist sie dem Antrag des Kindesvaters weiter entgegengetreten und hat die elterliche Sorge für sich reklamiert.

13 Die Verfahrensbeiständin hat sich in erster Instanz mit Schriftsatz vom 22.03.2024 (Band III Blatt 374 f. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) abschließend geäußert, das Jugendamt mit Schriftsatz vom 30.04.2024 (Band III Blatt 390 f. der erstinstanzlichen Verfahrensakten). Auf die genannten Schriftsätze wird Bezug genommen.

14 Mit seinem - hier angefochtenen - Beschluss vom 30.05.2024 (Band III Blatt 398 ff. der erstinstanzlichen Verfahrensakten [nunmehr vorgeheftet in Band I]) hat das Amtsgericht, gestützt auf §§ 1666, 1666a BGB, beiden Elternteilen das Recht der Gesundheitsfürsorge sowie das Recht zur Regelung der Freizeitaktivitäten bezüglich des Fußballvereins entzogen, insofern Ergänzungspflegschaft angeordnet und die entzogenen Rechte auf das Jugendamt des Landkreises … als Ergänzungspfleger übertragen. Ferner hat es (nur) dem Kindesvater das Recht zur Regelung der schulischen Angelegenheiten entzogen und insofern in den Gründen seiner Entscheidung darauf abgestellt, diesbezüglich - also beschränkt auf die schulischen Angelegenheiten - übe die Kindesmutter auf der Grundlage von § 1680 BGB die elterliche Sorge nunmehr allein aus. Zur Überzeugung des Gerichts sei insbesondere auf der Grundlage der Einschätzung der Sachverständigen … von einer Kindeswohlgefährdung auszugehen und kämen mildere Maßnahmen zu deren Abwen-

dung nicht in Betracht. Eine Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht sei nicht veranlasst, weil der Kindesvater seinen diesbezüglichen Antrag zuletzt nicht mehr aufrechterhalten habe und die Kindeseltern ausweislich des Vermerks über den letzten Erörterungstermin über den Aufenthalt ihres Sohnes bei der Mutter einig seien. In den von dem Beschluss betroffenen Teilbereichen der elterlichen Sorge komme eine gemeinsame Ausübung in Anbetracht der Hochkonflikthaftigkeit des Elternverhältnisses nicht länger in Betracht. Beide Eltern seien nicht in der Lage, gemeinsam Regeln und Grenzen sowie vereinbarte Lösungen für ihr Kind zu finden. Sie würden kaum die Fähigkeit zeigen, Absprachen umzusetzen. Zwar hätten beide im Zusammenhang mit der Begutachtung durchaus erkannt, dass sie mit ihrem hochkonflikthaften Verhalten dem gemeinsamen Kind schaden. Beide seien jedoch weiterhin nur unzureichend in der Lage, diese Erkenntnis auch umzusetzen. Sie würden insofern beide für ihr Kind keine Vorbildfunktion erfüllen. Für die näheren Einzelheiten der Erwägung des Amtsgerichts wird auf die Gründe des genannten Beschlusses Bezug genommen.

15 Mit seiner form- und fristgerechten Beschwerde, für deren Einzelheiten auf den Schriftsatz vom 18.06.2024 (Band III Blatt 409 ff. der erstinstanzlichen Verfahrensakten) Bezug genommen wird, wendet sich der Kindesvater gegen den Beschluss vom 30.05.2024. Es sei nicht richtig, dass zwischen den Eltern Konsens über die Residenz des gemeinsamen Kindes erzielt worden sei. Ein solcher Konsens liege insbesondere nicht darin, dass die Kindeseltern zuletzt einvernehmlich den Umgang ausgeweitet hätten. Der Antrag zum Aufenthaltsbestimmungsrecht sei auch nicht für erledigt erklärt worden. Dies sei lediglich zwischenzeitlich in Erwägung gezogen worden, dann aber bewusst nicht erfolgt. Von daher müsse nach wie vor über das Aufenthaltsbestimmungsrecht entschieden werden. Soweit das Amtsgericht die Gesundheitsfürsorge auf das Jugendamt als Ergänzungspfleger übertragen habe, sei dies nicht nachvollziehbar. Insofern sei vielmehr ein Sorgerechtsentzug zum Nachteil allein der Kindesmutter angezeigt mit der Folge, dass bezüglich dieses Teilbereichs der elterlichen Sorge unter Berücksichtigung von § 1680 BGB eine alleinige Berechtigung des Vaters erwachsen müsse. Er sei in der Lage, die richtigen gesundheitlichen Entscheidungen für den gemeinsamen Sohn zu treffen. Auch in Bezug auf die schulischen Angelegenheiten müsse richtigerweise eine Übertragung auf ihn - den Kindesvater - erfolgen. Bereits unmittelbar nach Erlass des hier angegriffenen Beschlusses habe die Kindesmutter insofern Fakten geschaffen und namentlich veranlasst, dass er, der Kindesvater, aus der Elternchatgruppe entfernt werde und die Schule Informationen insgesamt nur noch an die Kindesmutter aussteuere. Es sei sogar die Schulleitung an ihn herangetreten, um ihm mitzuteilen, dass er bei Elternabenden nicht länger erwünscht sei. Er erlange nun tatsächlich überhaupt keine schulischen Informationen über das gemeinsame Kind mehr.

16 Der Kindesvater beantragt im vorliegenden Beschwerderechtszug,

17 den angefochtenen Beschluss aufzuheben und wie folgt zu beschließen:

18 Die elterliche Sorge für das minderjährige Kind …, geboren am …, wird in den Teilbereichen zur Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, der schulischen Angelegenheiten, der Gesundheitsfürsorge sowie der Regelung der Freizeitbeschäftigung der Kindesmutter entzogen und allein auf den Kindesvater übertragen.

19 Der Kindesvater ist berechtigt, das vorbezeichnete Kind mit seinem Hauptwohnsitz in … melderechtlich umzumelden.

20 Zudem beantragt der Kindesvater,

21 im Wege einstweiliger Anordnung die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses vorläufig auszusetzen.

22 Die Kindesmutter beantragt,

23 den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung abzulehnen.

24 Zur Beschwerde selbst hat sie noch keinen Antrag formuliert.

25 Mit ihrem - dem Kindesvater von hier aus am 15.07.2024 übermittelten und bislang von dessen Seite nicht weiter kommentierten - Schriftsatz vom 14.07.2024 (Blatt 425 ff. der Senatsakten), auf den Bezug genommen wird, verteidigt die Kindesmutter die angefochtene Entscheidung. Die Beschwerde werde aller Voraussicht nach ohne Erfolg bleiben. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass der Kindesvater mit Schriftsatz vom 01.07.2024 erstinstanzlich vor dem Amtsgericht … ein neuerliches Umgangsverfahren (Az.: …) anhängig gemacht habe mit dem Ziel, dass ein Wechselmodell eingerichtet werde.

26 Das Jugendamt hat sich mit Schriftsatz vom 11.07.2024 (Blatt 424 der Senatsakten) auf seine erstinstanzliche Stellungnahme vom 30.04.2024 bezogen und erklärt, dass es den angefochtenen Beschluss für zutreffend halte.

27 Die Verfahrensbeiständin hat sich zu dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nicht geäußert. Auch sonst sind weitere Äußerungen bislang nicht erfolgt.

II.

28 Für die vom Kindesvater beantragte Vollzugsaussetzung - die sich nur auf § 64 Abs. 3 FamFG stützen kann - ist im Ergebnis kein Raum.

29 **1.** Unter Berücksichtigung des dem Senat durch die Kann-Bestimmung des § 64 Abs. 3 FamFG eingeräumten - neben dem konkreten Inhalt einer etwaigen einstweiligen Anordnung bereits deren grundsätzliches „Ob“ betreffenden und grundsätzlich weiten - (Entschließungs- und Auswahl-) Ermessens (vgl. *Sternal/Sternal*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 64 Rn. 75 [“Erlass und ... Inhalt"]; *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, 6. Aufl. 2023, § 64 Rn. 28, m.w.N.) erscheint eine Aussetzung der Vollziehung (§ 64 Abs. 3, 2. Halbs. FamFG) nicht angezeigt.

30 **a)** Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Beschwerde aber später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, der Beschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BeckOK FamFG/*Obermann*, 50. Edition – 01.05.2024, § 64 Rn. 29b, m.w.N.).

31 **b)** Ausgehend von diesem Maßstab ist eine Anordnung zur Vollzugsaussetzung nicht veranlasst.

32 **(1)** Bezüglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts kann eine Vollzugsaussetzung schon im Ansatz und damit unabhängig von Prognose- oder Ermessensgesichtspunkten nicht in Betracht kommen, weil das Amtsgericht insofern schlicht keine Entscheidung (über den Antrag nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) getroffen bzw. (soweit man auf § 1671

Abs. 4 i.V.m. §§ 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB abstellen wollte) allenfalls implizit entschieden hat, dass familiengerichtliche Maßnahmen diesbezüglich nicht veranlasst sind, soweit man einen solchen Ausspruch, den jedenfalls der Entscheidungssatz nicht hergibt, aus den Beschlussgründen überhaupt ablesen kann und will. Eine positive - den Ist-Zustand verändernde - (echte) Regelung, die auf der Grundlage des § 64 Abs. 3 FamFG im Sinne einer einstweiligen Wiederherstellung des *Status quo ante* suspendiert werden könnte, liegt damit (so oder so) nicht vor.

33 **(2)** Eine sichere Prognose zum Sachausgang (im Übrigen) dürfte sich gegenwärtig nicht anstellen lassen.

34 Weitestgehend als gesetzt gelten kann in Anbetracht des bisherigen Verfahrensganges und der Ausführungen der Sachverständigen … - aber auch in Anbetracht der Stellungnahmen der Verfahrensbeiständin und des Jugendamtes - indes schon jetzt, dass für eine Beibehaltung eines gemeinsamen Sorgerechts in den Bereichen, in denen der angefochtene Beschluss auf Sorgerechtsentzug erkennt, kein Raum besteht. Die Hochstrittigkeit im Verhältnis zwischen den beiden Elternteilen, die mit den Belangen ihres gemeinsamen Kindes jenseits „harmloser“ Alltagsfragen diametral unterschiedlich umgehen, hierüber nicht konstruktiv kommunizieren können und den Sohn in ihrem Konflikt mit bereits erkennbar pathologischen Folgen „zerreiben“, ist unstreitig und nach Aktenlage auch ohne Weiteres greifbar. Bei dieser Sachlage wird der Konflikt absehbar nur durch die Schaffung eines alleinigen Sorgerechts - in den betreffenden Bereichen - aufzulösen sein und aufgelöst werden müssen. Dieser funktional erste Schritt - Beendigung der gemeinsamen Berechtigung beider Elternteile - ergäbe sich sowohl bei Anwendung von § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB als auch auf der Basis des § 1671 Abs. 4 i.V.m. § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB.

35 Tendenziell bzw. nach Aktenlage könnte zum jetzigen Zeitpunkt mehr dafür sprechen, dass dem Amtsgericht auch in Bezug auf den zweiten Schritt jedenfalls insofern zu folgen sein dürfte, als die Bereiche der Gesundheitssorge und der Freizeitfragen, soweit sie die Mitgliedschaft in einem Fußballverein betreffen, beiden Elternteilen zu entziehen sind, sich also letztlich der in § 1671 Abs. 4 BGB verankerte Vorrang der §§ 1666 f. BGB durchsetzt. Die Sachverständige … hat sich insofern sehr klar und ausdrücklich „dringend“ gegen eine Verdichtung des Sorgerechts in der Person des anderen Elternteils und für eine Verlagerung der Entscheidungsbefugnis auf einen externen Dritten ausgesprochen. Ganz offensichtlich - gleichsam „auf erste Sicht“ - Durchgreifliches lässt sich der Beschwerdebegründung diesbezüglich nicht entnehmen. Gleichwohl erscheint die Sache insofern im Ergebnis derzeit offen.

36 Ob der Ausspruch bzgl. der schulischen Angelegenheiten, die das Amtsgericht nur dem Vater entzogen hat, Bestand haben kann, erscheint aus vorläufiger Sicht ebenfalls offen.

37 Es erschiene unabhängig davon wenig sachgerecht, durch eine Eilentscheidung ggf. ein Hin- und Her für das Kind zu erzeugen, das - wie insbesondere die Verfahrensbeiständin eindrücklich beschrieben hat - erkennbar erleichtert ist, dass und wenn der Elternkonflikt durch die Auflösung gemeinsamer Sorgeberechtigungen (insbesondere, aber nicht nur zu Gunsten eines neutralen Dritten) entschärft und insofern der Druck von ihm selbst - dem Kind - genommen wird. Dass auf gleichsam alle Zeit unverrückbare Fakten geschaffen würden, drängt sich ohnehin nicht auf. Das gilt namentlich auch für die Frage der Schulwahl, die mit Blick auf die Orientierungsstufe (5./6. Klasse) ohnehin auf die Zeit bis Mitte 2026 beschränkt ist und dann grundsätzlich neu bewertet werden muss. Dass

durch die Beschulung in ... - nicht anders als bei der Frage der Vereinswahl - faktisch ein gewisses Prä für diesen Ort und den zu seinem Umfeld zu zählenden Wohnsitz der Mutter erzeugt werden dürfte, ist dem Senat bewusst; Irreversibles, das Anlass für eine Außervollzugsetzung böte, wird damit aber nicht geschaffen.

38 **2.** Eine Kostenentscheidung (§§ 80 ff. FamFG) ist nicht veranlasst, da das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 64 Abs. 3 FamFG Teil des Beschwerdeverfahrens (§§ 58 ff. FamFG) ist und (jenseits hier ersichtlich nicht in Betracht kommender Ausnahmekonstellationen) keine gesonderten – gerichtlichen oder anwaltlichen – Gebühren auslöst (vgl. *Zöller/Feskorn*, ZPO, 35. Aufl. 2024, FamFG § 64 Rn. 20; *Sternal*, a.a.O., § 64 Rn. 90).