

Anordnung eines paritätischen Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils?

Selten hat eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Kindschaftsrecht derartige Medienresonanz erzielt wie der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 1.2.2017. Es stellt sich die Frage, ob die Entscheidung des BGH, die in der Öffentlichkeit teilweise so wahrgenommen wird, dass sie die familiengerichtliche Anordnung eines paritätischen Wechselmodells erleichtere und in der Praxis befördere, bislang angemessen rezipiert worden ist. Was sind also die Kernaussagen der Entscheidung?

Zugleich Anmerkung zu dem Beschluss des BGH vom 1.2.2017 – XII ZB 601/15

I. Hintergrund

Der Streit um die Frage der Auswirkungen des sog. paritätischen Wechselmodells (= hälftige Aufteilung der Betreuung des Kindes zwischen den Eltern) auf das Kindeswohl beschäftigt die Fachwelt in Deutschland seit Jahren. Ausgangspunkt war eine in der Fachwelt hochumstrittene Veröffentlichung zu dieser Thematik.¹ Zahlreiche Entscheidungen von Amts- und Oberlandesgerichten sind in der Folge hierzu veröffentlicht worden. Dabei konzentrierte sich der Streit um das Wechselmodell insbesondere auf die Frage, ob es gegen den Willen eines Elternteils gerichtlich angeordnet werden kann, was die bislang h.M. in der Rechtsprechung verneinte.² Zudem wurde diskutiert, ob der Streit der Eltern über dieses Betreuungsmodell im Verfahren über die elterliche Sorge³ oder im Umgangsverfahren⁴ zu führen ist.

In einer Kammerentscheidung vom 24.6.2015⁵ hatte sich auch das BVerfG mit dem Wechselmodell zu befassen. Es hat das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, die das paritätische Wechselmodell als Regelmodell für getrennt lebende Eltern vorsieht, als mit Art. 3 und 6 Abs. 2 GG und mit völkerrechtlichen Verpflichtungen (UN-Kinderrechtskonvention) vereinbar angesehen und die Verfassungsbeschwerde eines betroffenen Kindesvaters, der mit seinem Anliegen bei den Instanzgerichten kein Gehör fand, nicht zur Entscheidung angenommen. Der Gesetzgeber, so das BVerfG, sei im Übrigen nicht verpflichtet, die Einräumung eines paritätischen Umgangsrechts („Wechselmodell“) getrennt lebender Eltern als gesetzlichen Regelfall vorzusehen. Grundsätzlich könnten paritätische Betreuungsregelungen nur nach der jeweiligen Lage des Einzelfalls getroffen werden, unter maßgeblicher Berücksichtigung des Kindeswohls. Nachdem eine Ausweitung der

¹ Vgl. insbesondere *Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, 2013; kritisch hierzu etwa: *Kostka*, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, ZKJ 2014, 54 ff.; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 2014, 1157 ff.

² Vgl. zuletzt nur OLG Jena, FamRZ 2016, 2126; OLG München, FamRZ 2016, 2120, 2122; OLG Saarbrücken, ZKJ 2015, 32 ff.; KG, ZKJ 2015, 422; OLG Brandenburg, FamRZ 2015, 1818.

³ So OLG Saarbrücken, ZKJ 2015, 32; OLG Schleswig, FamRB 2014, 251; *Hammer*, FamRZ 2015, 1433, 1438.

⁴ So OLG Hamburg, FamRZ 2016, 912; OLG Hamm, FamRZ 2014, 1389.

⁵ NJW 2015, 3366; hierzu *Heilmann*, Kindeswohl und Wechselmodell, NJW 2015, 3346.

Betreuung zugunsten des Vaters im konkreten Fall nicht dem Kindeswohl entsprach, die fehlende Kindeswohldienlichkeit mithin als rechtfertigender Sachgrund für eine nicht paritätische und damit ungleiche Umgangsregelung diene, ließ das BVerfG ausdrücklich offen, ob das Wechselmodellbegehren im Sorgerechtsverfahren (§ 1671 BGB) oder im Umgangsverfahren (§ 1684 BGB) zu prüfen ist.

Die Diskussion um das Wechselmodell hat schließlich zu einer Analyse des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages geführt, in welcher die hierzu ergangene Rechtsprechung sowie der fachliche Disput zwischen *Sünderhauf* und *Kostka* analysiert worden ist.⁶ Im selben Jahr wurde vom BMFSFJ eine wissenschaftliche Studie zum Thema Umgangsrecht und Kindeswohl in Auftrag gegeben, die u.a. auch Erkenntnisse zum Wechselmodell liefern soll. Bislang sind aussagekräftige Forschungsergebnisse dazu, wie Kinder auf ein neu zu installierendes Wechselmodell oder zeitlich ausgedehnte Umgangskontakte reagieren und ob eine Betreuung nach einem solchen Modell von ihnen eher als ein Vorteil oder als eine Belastung empfunden werde, für Deutschland kaum vorhanden.⁷

Im Fokus der gegenwärtigen Reformdiskussion um das Wechselmodell steht insbesondere die Neuregelung des Kindesunterhalts⁸ und die gesetzliche Regelung des Wechselmodells im Kindschaftsrecht überhaupt.⁹ Insoweit sieht die Politik, nicht zuletzt mit Blick auf die Entscheidung des BGH, Regelungsbedarf.¹⁰

II. Die Entscheidung des BGH

1. Umgangssache oder Sorgerechtsverfahren?

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um einen vom Vater angestrebten wöchentlich wechselnden Aufenthalt eines 13-jährigen Jungen, für den die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge haben. Der BGH hat den in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Streit um die gerichtliche Anordnungsfähigkeit des Wechselmodells hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ dahin entschieden, dass ein paritätisches Wechselmodell vom Gericht in Form einer Umgangsregelung gem. § 1684 BGB gerichtlich angeordnet werden kann. Der Ansicht, dass das Umgangsrecht nicht dazu diene, eine gleichberechtigte Teilhabe beider Elternteile am Leben des Kindes sicherzustellen¹¹ und der Streit um den Lebensmittelpunkt nicht im Umgangsrecht zu verorten sei, da dieses nicht an die Stelle des Aufenthaltsbestimmungsrechts treten könne,¹² teilt der BGH nicht. Vielmehr stützt er seine rechtliche Einordnung als Umgangsregelung darauf, dass § 1684 BGB keine Beschränkung des Umgangsrechts auf eine Regelung unterhalb einer zeitlich gleichwertigen Betreuung beider Elternteile vorsehe. Auch aus § 1687 BGB ergebe sich keine Einschränkung des Umfangs der Umgangskontakte. Die sich am Residenzmodell orientierende Regelung schließe andere Betreuungsmodelle nicht aus.

⁶ Vgl. Deutscher Bundestag – Wissenschaftlicher Dienst, Ausarbeitung vom 24.6.2015, WD 9 – 3000 – 035/15.

⁷ Vgl. *Salzgeber*, Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus der Sicht der Psychologie, FamRZ 2015, 2018.

⁸ Vgl. *Born*, FamRZ 2015, 238.

⁹ Vgl. *Hammer*, FamRZ 2015, 1433, 1444 m.w.N.; *Sünderhauf*, FamRB 2014, 469, 471 ff.

¹⁰ Hierzu nur SZ vom 9.3.2017 („Ein Gesetz für Scheidungsfamilien“).

¹¹ OLG Nürnberg, FamRZ 2011, 1803.

¹² Vgl. *Hammer*, FamRZ 2015, 1433, 1439; MüKoBGB/*Hennemann*, § 1684 Rn. 24.

Ob die gerichtliche Anordnungsmöglichkeit als Umgangsregelung auch dann besteht, wenn die Eltern nicht die gemeinsame elterliche Sorge ausüben, lässt der BGH allerdings ebenso offen wie die Frage, ob generell eine Anordnung auch im Rahmen eines sorgerechtlichen Verfahrens in Betracht kommt oder jedenfalls dann, wenn die Eltern nicht die gemeinsame elterliche Sorge haben. Er weist lediglich darauf hin, dass sich im Fall der Alleinsorge eines Elternteils Widersprüche zwischen der Umgangsregelung und der sorgerechtlichen Situation ergeben können, die im jeweiligen konkreten Einzelfall zu klären seien.

Nach der Entscheidung des BGH bleibt jedoch auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Verteilung der sorgerechtlichen Kompetenzen unter den Eltern offen: Wechselt die in § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte Alltagssorge mit dem Aufenthalt des Kindes, mit der Folge, dass zerstrittene Elternteile in ihrer jeweiligen Betreuungszeit einander widersprechende und in ihrer Gesamtbetrachtung dem Kindeswohl zuwiderlaufende Entscheidungen unterhalb der Schwelle der für das Kind erheblichen Bedeutung treffen können? Wird die Regelung in § 1687 Abs. 1 Satz 4 BGB in diesen Fällen obsolet? Oder ergeben sich die Entscheidungskompetenzen der das paritätische Wechselmodell praktizierenden Eltern allein aus § 1687 Abs. 1 Satz 1 und 4 BGB?¹³ Letzteres wäre (nur) deshalb konsequent, weil § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB darauf abstellt, dass sich das Kind bei einem *Elternteil gewöhnlich* aufhält, was beim Wechselmodell gerade nicht der Fall ist.¹⁴

Zudem überzeugt die vom BGH vorgenommene dogmatische Einordnung unter Einbeziehung der aufgeführten Argumente auch deswegen nicht, weil die Frage der Sorgerechtsausübung (Wahl des Betreuungsmodells) in das Umgangsverfahren verlagert wird. Ist aber die Frage der Wahl des Lebensmittelpunkts nicht eine Frage der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit denknotwendig eine solche der elterlichen Sorge?¹⁵

2. „Gegen den Willen eines Elternteils“

Die Weigerung eines Elternteils, ein paritätisches Wechselmodell zu installieren, steht dessen gerichtlicher Anordnung – wie auch etwa der Anordnung einer gemeinsamen elterlichen Sorge (vgl. nur § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB) – nicht entgegen. Dies folgert der BGH zutreffend aus der Erkenntnis, dass der Wille eines Elternteils mit dem Kindeswohl im Einzelfall nicht denknotwendig im Einklang stehen muss. Dem Elternwille kann auch mit Blick auf die Grundrechtsposition des Kindes nicht eine dem Kindeswohl übergeordnete Bedeutung zukommen.

Es geht jedoch fehl, aus dieser selbstverständlichen Erkenntnis des BGH zu folgern, die Familiengerichte könnten aus ideologischen oder vermeintlichen Gerechtigkeitserwägungen das paritätische Wechselmodell künftighin „öfter“ oder „leichter“ installieren als bislang und so die generellen Befürworter dieses Betreuungsmodells unterstützen. Vielmehr setzt der deutliche Verweis des BGH auf das Wohl des Kindes als ausschlaggebendem Maßstab im Einzelfall diesen Erwägungen – wie noch zu zeigen sein wird – deutliche Grenzen.

3. Alleiniger Maßstab: Das Wohl des Kindes

Jede Umgangsregelung muss sich am Maßstab des Kindeswohls orientieren, dies hebt auch der BGH hervor. Somit muss auch die paritätische Umgangsregelung – im Vergleich zu anderen Betreuungsmodellen – dem *Kindeswohl am besten entsprechen* (§ 1697a BGB „Kindeswohlprinzip“), da § 1684 BGB keinen eigenen Kindeswohlmaßstab statuiert. Zur Ausfüllung dieses Rechtsbegriffs greift der BGH auf die in Sorgerechtsentscheidungen maßgeblichen Kindeswohlkriterien zurück, zu

¹³ Johannsen/Henrich/Jaeger, Familienrecht, 6. Aufl., § 1687 BGB, Rn. 7; a.A. Staudinger/Salgo, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1687 Rn. 15.

¹⁴ Stellungnahme des DFGT vom 9.3.2017, sub. IV. (vgl. www.dfgt.de).

¹⁵ Näher hierzu siehe die Stellungnahme des DFGT vom 9.3.2017 (vgl. www.dfgt.de).

denen auch die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit gehört. Bereits bei der Lektüre des Sachverhalts der vorinstanzlichen Entscheidung, aus dem sich ergibt, dass die Kindeseltern in den Jahren 2012 bis 2014 eine Vielzahl (14!) gerichtlicher Verfahren geführt haben (u.a. Gewaltschutz, Wohnungszuweisung, elterliche Sorge und Umgang) drängt sich Frage auf, wie die Eltern die notwendige Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit einbringen wollen. Obwohl der BGH einerseits betont, dass der elterliche Konsens über die Betreuung des Kindes im Wechselmodell keine Voraussetzung für dessen gerichtliche Anordnung ist, erkennt er andererseits zutreffend, dass das Wechselmodell „gegenüber herkömmlichen Umgangsmodellen höhere Anforderungen an die Eltern und das Kind stellt“, denn zum einen muss das Kind zwischen zwei Haushalten pendeln und sich auf zwei Lebenswelten einstellen und zum anderen ergibt sich in der Praxis ein erhöhter Abstimmungs- und Kooperationsbedarf zwischen den Eltern.¹⁶ Konsequenz folgt der BGH, dass das Wechselmodell bei hoher Konfliktbelastung „in der Regel nicht dem Kindeswohl entsprechen“ wird, da das Kind durch die vermehrten bzw. ausgedehnten Kontakte verstärkt in den Fokus der elterlichen Streitigkeiten und in Loyalitätskonflikte gerät.

Zugleich erteilt der BGH den Befürwortern eines paritätischen Wechselmodells für (fast) alle Lebenslagen eine deutliche Absage. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, die bei diesem Betreuungsmodell notwendige Kooperation stelle sich bei einer gerichtlichen Anordnung von selbst ein. Denn die Anordnung des Wechselmodells ist auch nach Ansicht des BGH grundsätzlich ungeeignet, die Eltern erst in die Lage zu versetzen, im Sinne des Kindes bei der Betreuung und Erziehung des Kindes zusammenzuwirken. Die Tatsache, dass die Beteiligten nach einer Vielzahl vorangegangener gerichtlicher Verfahren auch im Streit über das paritätische Wechselmodell – über mehrere Instanzen – vor Gericht gehen müssen, lässt das Fehlen einer Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit *prima facie* zumindest als nicht fernliegend erscheinen. Freilich bleibt auch hier die Notwendigkeit einer kindeswohlorientierten Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls.

4. Umgangsverfahren sind keine „antragsgebundenen“ Verfahren

Zu Recht stellt der BGH fest, dass das Familiengericht ein Umgangsverfahren nicht durch bloße Zurückweisung des „Antrags“ eines Elternteils beenden darf, da es sich bei einem Umgangsverfahren nach § 1684 BGB um „grundsätzlich nicht antragsgebundene“ Verfahren handle, die nicht ohne eine „den Umgang ausgestaltende Regelung“, die auch in einem Umgangsausschluss bestehen könne, beendet werden könnten. Damit dürfte der Streit um den verfahrensrechtlichen Charakter des Umgangsverfahrens nach § 1684 BGB im Wesentlichen entschieden sein.¹⁷ Hinsichtlich der Entscheidung der Vorinstanz ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese die – offensichtlich ausschließlich gewollte – Festlegung eines paritätischen Wechselmodells von Rechts wegen abgelehnt hat und deshalb keinen Raum für die inhaltliche Bescheidung der als Antrag formulierten Anregung des Kindesvaters sah.

III. Fazit

Der BGH befördert die familiengerichtliche Anordnung eines paritätischen Wechselmodells, insbesondere gegen den Willen eines Elternteils, in der Praxis nicht. Dies folgt aus den hohen Anforderungen, welche das Kindeswohl in diesen Konstellationen stellt und die der BGH zu Recht deutlich hervorhebt. Unbeschadet dessen: Das Wechselmodell kann ein sehr sinnvolles Betreuungsmodell sein, wenn die Eltern sich darauf einigen, eine hinreichende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit besteht, das Kind das Pendeln zwischen zwei Lebenswelten akzeptiert und die tatsächlichen Rahmenbedingungen (Alter und Wille des Kindes, Nähe der elterlichen Haushalte,

¹⁶ Vgl. MüKoBGB/Hennemann, § 1684 Rn. 24.

¹⁷ Hierzu Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1684 Rn. 372, 373.

Erreichbarkeit der Schule, finanzielle Möglichkeit [bspw. zur Bereitstellung eines zusätzlichen Zimmers] und berufliche Flexibilität etc.) erfüllt sind. Diesen Familien wäre mit der Schaffung von gesetzlichen Rahmenbedingungen (Erweiterung des § 156 Abs. 2 FamFG auf sorgerechtliche Regelungen, Änderung des Melderechts,¹⁸ Sozialrechts¹⁹ oder im Unterhaltsrecht²⁰) geholfen.

Bei Hochkonflikthaftigkeit der Elternbeziehung scheidet insbesondere die gerichtliche Anordnung dieses Betreuungsmodells jedoch aus. Trotz der vom BGH deutlich hervorgehobenen Notwendigkeit einer kindeswohlorientierten Betrachtungsweise – und vor diesem Hintergrund einer (faktisch) geringen Anzahl geeigneter Fälle in der Praxis – muss mit einer Zunahme von Umgangsverfahren gerechnet werden, mit denen ein paritätisches Wechselmodell gegen den Willen des anderen Elternteils durchgesetzt werden soll. Denn die Entscheidung des BGH wird in der Öffentlichkeit meist (nur) als rechtliche Erlaubnis zur zwangsweisen Installierung eines paritätischen Wechselmodells aufgefasst.²¹

Eine Wahrnehmung dieser Rechtsprechung als Forcierung gerichtlicher Anordnungen des paritätischen Wechselmodells ist jedoch nicht angebracht. Vielmehr liegt eine gegenteilige Rezeption näher: Eine gerichtliche Anordnung des paritätischen Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils wird mit Blick auf die deutliche Betonung der notwendigen kindeswohlorientierten Einzelfallbetrachtung auf wenige Konstellationen beschränkt bleiben. Es ist damit der Verdienst der Rechtsprechung des BGH und auch des BVerfG zu dieser Thematik, nach einer angemessenen Aufarbeitung der vorhandenen außerjuristischen Erkenntnisse das Kind in den Mittelpunkt der Überlegung gerückt zu haben, sodass damit zugleich einer Gesetzesreform hin zum paritätischen Wechselmodell als einem gesetzlichen Regelmodell eine deutliche Absage erteilt worden sein dürfte.

Die Gefahr einer ideologischen Überfrachtung der Thematik – auch durch einzelne Gerichte – bleibt jedoch nach wie vor bestehen. Auch vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Einordnung der Thematik als Umgangssache problematisch. Denn es ist möglich, das Wechselmodell durch einstweilige Anordnung zu implementieren, ohne dass sich diese durch das Rechtsmittelgericht überprüfen ließe. Denn nach § 57 Satz 1 FamFG wäre ein hiergegen gerichtetes Rechtsmittel auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung unzulässig. Da der Rechtsweg erschöpft ist, bliebe hier nur die Verfassungsbeschwerde.

¹⁸ Vgl. hierzu BVerwG, ZKJ 2016, 33.

¹⁹ Hierzu *Hennemann*, NZFam 2016, 825.

²⁰ Vgl. hierzu zuletzt BGH, FF 2017, 110.

²¹ Vgl. etwa SPIEGEL ONLINE vom 27.2.2017; FAZ.NET vom 27.2.2017; tagesschau vom 27.2.2017.