



FamRB - Der Familien-Rechts-Berater 12/2014, S. 469-474

## Alles wird gut! Wird alles gut?

### Rechtssystematische Verortung und verfassungsrechtliche Bezüge der gerichtlichen Anordnung des paritätischen Wechselmodells (Teil 2)

Der Frage, ob das Wechselmodell die elterliche Sorge oder das Umgangsrecht berührt, und seinen gerichtlichen Anordnungsmöglichkeiten de lege lata ist der erste Teil des Beitrags nachgegangen (Sünderhauf/Rixe, FamRB 2014, 418). Im Anschluss werden im zweiten Teil die verfassungsrechtlichen Bezüge des Wechselmodells aufgezeigt und ein Vorschlag für eine gesetzliche Neuregelung gemacht. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die Entwicklungsperspektiven nach der erwarteten Grundsatzentscheidung des BGH zum Az. XII ZB 96/14.

#### IV. Verfassungsrechtliche Bezüge des Wechselmodells

Im Gegensatz zu den im ersten Teil des Beitrags aufgeführten Entscheidungen soll nach **bislang überwiegender Rechtsprechung** ein paritätisches Wechselmodell mangels gesetzlicher Grundlage weder im Sorgerecht<sup>[1]</sup> noch im Umgangsrecht<sup>[2]</sup> - zudem nicht gegen den Willen eines Elternteils<sup>[3]</sup> - gerichtlich angeordnet oder ein bisher praktiziertes Wechselmodell aufrechterhalten werden können. Selbst wenn die Eltern über die Durchführung des Wechselmodells während des Verfahrens einig geworden sind, soll dieses nach herrschender Meinung nicht durch einen gerichtlich gebilligten Vergleich gem. § 156 Abs. 2 FamFG rechtlich abgesichert werden können, da es nicht die Regelung des Umgangs, sondern des Aufenthalts des Kindes betreffe.<sup>[4]</sup>

Das offenkundige Defizit der gesetzlichen Regelung in der Auslegung durch die überwiegende Rechtsprechung, die auch keine gerichtliche Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall ermöglicht, wirft die Frage nach ihrer Verfassungsmäßigkeit auf.<sup>[5]</sup>

#### 1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Regelung des Sorge- und Umgangsrechts

##### a) Elternverantwortung gem. Art. 6 Abs. 2 GG

Gemäß Art. 6 Abs. 2 GG sind die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Dabei können die Eltern grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen

[Seite 470]

Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie ihrer Verantwortung gerecht werden wollen. Maßgebliche Richtschnur für ihr Handeln muss aber das Kindeswohl sein. Gleichmaßen hat das Kind ein Recht auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.<sup>[6]</sup>

Das den Eltern gemeinsam zustehende Recht mit seiner gleichzeitigen Pflichtenbindung ebenso wie das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern bedürfen der gesetzlichen Ausgestaltung.<sup>[7]</sup> Um der Elternautonomie hinreichend Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber zur Begründung und konkreten Ausgestaltung eines dem Kindeswohl nicht widersprechenden Wechselmodells geeignete Regelungsinstrumente zur Verfügung zu stellen, da allein die Möglichkeit privatrechtlicher Vereinbarungen der verfassungsrechtlichen Gestaltungspflicht nicht genügt.<sup>[8]</sup>

Für den Fall, dass sich Eltern über die Ausübung ihrer Verantwortung nicht einigen können, sind gesetzliche Regelungen zu schaffen, die ihnen jeweils Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind als auch Befugnisse gegenüber Dritten zuordnen.<sup>[9]</sup> Der Staat ist aufgrund seines ihm durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auferlegten Wächteramtes verpflichtet, sicherzustellen, dass die Wahrnehmung des Elternrechts sich am Kindeswohl ausrichtet und dabei die Rechte des Kindes Beachtung finden. Bei einem etwaigen Konflikt zwischen Eltern- und Kindesinteressen kommt dem Kindeswohl der Vorrang zu.

Demnach folgt aus der Rechtsprechung des **BVerfG**,<sup>[10]</sup> dass der Gesetzgeber die Rechte und Pflichten der Eltern auch hinsichtlich eines Wechselmodells konkret zu regeln und so auszugestalten hat, dass ein Einvernehmen der Eltern rechtlich abgesichert werden kann und den Gerichten im Streitfall eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung ermöglicht wird.

##### b) Mittelbare Ungleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 2 GG

Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern. Er bietet Schutz auch vor

faktischen Benachteiligungen, der sich auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen bzw. Männer betreffen. Über eine unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung auf Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung.[11]

Die gesetzliche Regelung in der Auslegung der überwiegenden Rechtsprechung schreibt das überkommene Modell der überwiegenden Betreuung des Kindes durch die Mutter[12] - auch nach Trennung der Eltern - fest, das weiterhin in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorherrscht und damit dem Vater die rechtliche Absicherung einer gleichberechtigten Wahrnehmung der Elternverantwortung versagt, selbst wenn diese dem Kindeswohl am besten entspricht. Hinreichende sachliche Gründe für diese geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung bestehen nicht.

## 2. Verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung des Wechselmodells nach Maßgabe des Kindeswohls

### a) Gesetzliche Regelung des Wechselmodells

Nach bisher überwiegender Rechtsprechung soll die Anordnung oder Aufrechterhaltung eines Wechselmodells weder als Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts noch als Umgangsregelung zulässig sein. Das verstößt gegen das Eltern- und Kindesrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG sowie Art. 3 Abs. 2 GG, weil es den Eltern und im Streitfall den Gerichten danach generell unmöglich ist, eine im Einzelfall dem Kindeswohl am besten entsprechende Regelung in Form eines Wechselmodells rechtlich abzusichern.

Auf Basis der überwiegenden Meinung wird vereinzelt in der Rechtsprechung eine Ersatzlösung für den Fall vertreten, dass ein Elternteil sich weigert, das im wesentlichen beanstandungsfrei praktizierte Wechselmodell fortzusetzen, obwohl seine Fortführung dem Kindeswohl am besten entspricht. Danach ist dem Elternteil, der das Wechselmodell fortsetzen will, auf Antrag das Aufenthaltsbestimmungsrecht gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu übertragen.[13] Diese Lösung kann jedoch die vorstehend dargelegte verfassungswidrige Gesetzeslage auch für diese Fallgestaltung nicht beseitigen, da das Gericht die dem Kindeswohl entsprechende Regelung der Fortsetzung des Wechselmodells nicht verbindlich festlegen und durchsetzen kann.

Schließlich stellt **§ 1666 BGB** grundsätzlich **keine hinreichende Rechtsgrundlage** zur Begründung oder Aufrechterhaltung eines Wechselmodells dar, weil diese Vorschrift den Eltern keine Rechte zueinander zuordnet und nicht auf einen angemessenen Ausgleich ihrer Rechte abzielt, sondern die Voraussetzungen staatlicher Eingriffsverpflichtungen in Ausübung des Wächteramts gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG abbildet.[14]

[Seite 471]

### b) Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

Es verstößt des Weiteren gegen das Eltern- und Kindesrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, dass nach überwiegender Rechtsprechung auch die **Anordnung oder Aufrechterhaltung** eines Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils **generell ausgeschlossen** und nicht maßgeblich ist, ob es im Einzelfall dem Kindeswohl am besten entspricht.

In der Rechtsprechung des **BVerfG**[15] und des **EGMR**[16] ist bereits entschieden, dass das gerichtlich nicht überprüfbare Vetorecht eines Elternteils im sorge- und umgangsrechtlichen Zusammenhang verfassungswidrig bzw. menschenrechtswidrig ist, weil es das Elternrecht des anderen Elternteils unverhältnismäßig zurücksetzt, ohne dass dies zur Wahrung des Kindeswohls geboten ist. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 21.7.2010[17] zum Sorgerecht für außerehelich geborene Kinder maßgeblich auch die Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Untersuchungen in Bezug genommen, wonach die mütterliche Ablehnung einer gemeinsamen Sorgeverantwortung mit dem Vater im Regelfall nicht auf einem sich nachteilig auf das Kind auswirkenden Konflikt basiert, sondern von Gründen getragen ist, die auf Eigeninteressen und nicht auf dem Kindeswohl beruhen. Nach der Entscheidung des BVerfG hing der Zugang von Vätern zur Sorgetragung nach der bisherigen Rechtslage damit in einer nicht zu vernachlässigenden Zahl vom allein entscheidenden Willen der Mutter ab, ohne dass damit feststeht, ob eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl zu- oder abträglich ist.

Diese Schlussfolgerungen sind ohne weiteres auf die vorliegende Fragestellung zu übertragen, in der ein Elternteil - im Regelfall der Vater - gegen den Willen des anderen eine weitergehende Verantwortungsübernahme für das Kind im Wege einer Betreuung in gleichem oder annähernd gleichem Umfang anstrebt.

Die gesetzliche Regelung kann auch nicht mit der verbreiteten Annahme von Gerichten[18] gerechtfertigt werden, dass ein Wechselmodell gegen den Willen eines Elternteils generell nicht funktioniere und deshalb kindeswohlschädlich sei. Es handelt sich hierbei um nicht tragfähige, pauschale Erwägungen, die der gem. Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gebotenen sorgfältigen **Kindeswohlprüfung im Einzelfall**[19] widersprechen. Denn die Ablehnung des Wechselmodells durch einen Elternteil besagt noch nichts über das tatsächliche Bestehen sowie Art und Umfang von Konflikten unter den Eltern und deren Auswirkungen auf das Kindeswohl. Vielmehr bedürfen die einschlägigen Kindeswohlaspekte einer eingehenden Prüfung unter Abwägung der Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Regelungen.[20]

Darüber hinaus ist das **Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG** ein **Pflichtrecht**. Deshalb ist auch ein erweiterter Umgang nicht von dem Willen eines Elternteils abhängig und gegen seinen Willen durchsetzbar (§ 1684 Abs. 1-3 BGB, § 89 FamFG). Die Eltern sind im Rahmen des Wohlverhaltensgebots (§ 1684 Abs. 2, 3 BGB) **zur Kooperation verpflichtet**. [21] Andererseits

sind die Übergänge von einem erweiterten Umgang zum Wechselmodell fließend.[22] Das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern begründet nunmehr in § 1626a Abs. 2 BGB den Vorrang der Begründung der gemeinsamen Sorge vor der alleinigen Sorge und betont die Kooperationspflicht der Eltern, so dass die Ablehnung der gemeinsamen Sorge durch einen Elternteil nicht maßgeblich ist.[23]

Danach stellt das im Einzelfall festzustellende **Kindeswohl** den **alleinigen Maßstab für die Begründung oder Aufrechterhaltung eines Wechselmodells** dar.

Beraterhinweis

Für den Fall, dass Gerichte der überwiegenden Rechtsprechung folgen wollen, sollte die **Vorlage des Verfahrens an das BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG** wegen Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung beziehungsweise vor den OLG auch die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt werden.

V. Gesetzliche Neuregelung der elterlichen Verantwortung bei Getrenntleben durch und Anordnung des Wechselmodells

Eigentlich ist alles schon da.[24] GG und EMRK formulieren die wechselseitigen Grundrechte von Eltern und Kindern, die in vielen Fällen eine Betreuung im Wechselmodell fordern[25] und nach oben begründeter Auffassung (II. 1) steht auch § 1671 BGB einer Wechselmodellordnung nicht entgegen. Dennoch werden Grundrechte von Eltern und Kindern in Deutschland gewohnheitsmäßig und ohne Unrechtsbewusstsein permanent durch Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an einen Elternteil im Residenzmodell und durch Umgangsregelungen, die zwar *Besuche* von Eltern und Kindern ermöglichen, nicht aber familiales Zusammenleben, verletzt. Eine **Ergänzung des § 1671 BGB** um die ausdrückliche Möglichkeit der Anordnung eines Wechselmodells als Alternative zum Residenzmodell, ist daher dringend gefordert. Die Neuregelung

[Seite 472]

könnte in § 1671 BGB als Abs. 2a eingefügt werden und sollte grundsätzlich die Anordnung der Betreuung im Wechselmodell ermöglichen (Satz 1), die Anforderungen an den Betreuungsplan regeln (Satz 2) sowie die Betreuungszeitverteilung (Satz 3), die gerichtliche Anordnung einer Probezeit (Satz 4) und die Möglichkeit der Anordnung eines Wechselmodells im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Satz 5).[26]

1. Anordnungsmöglichkeit für das Wechselmodell (de lege ferenda)

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung gibt es theoretisch drei Möglichkeiten: eine gleichwertige Alternative der Betreuungsmodelle nebeneinander, der Vorrang des Wechselmodells oder der Vorrang des Residenzmodells. Wegen erstens der positiven Auswirkungen des Wechselmodells auf die psychische Entwicklung und insbesondere die Bindungsentwicklung des Kindes, zweitens der deeskalierenden Wirkung des Wechselmodells insbesondere in sorgerechtlichen Konflikten zwischen den Eltern und drittens der gerechteren Wahrung der Elternrechte durch das Wechselmodell, ist diesem der Vorzug zu geben, wenn auch das Kindeswohl im konkreten Einzelfall dadurch am besten gewahrt wird. Die Elternautonomie, eine andere Betreuungslösung zu favorisieren, muss dabei erhalten bleiben, so dass es Eltern offen bleibt, sich einvernehmlich auf eine Betreuung im Residenzmodell zu einigen. Satz 1 lautet danach:

**"Unbeschadet sonstiger Regelungen der elterlichen Sorge kann das Gericht, wenn die Eltern keine einvernehmliche Betreuungsregelung vorlegen, den alternierenden Aufenthalt des Kindes bei seinen Eltern (Wechselmodell) anordnen."**

Ein ausdrücklicher Verweis auf das Kindeswohl ist wegen des Geltungsbereichs des § 1697a BGB für diese Anordnung nicht erforderlich.

2. Betreuungsplan

Das Gericht sollte einen konkreten Betreuungsplan entwerfen (vergleichbar mit den üblichen Regelungsinhalten von Umgangsanordnungen), in dem die Wechselfrequenzen, Zeitpunkt und Ort der Übergabe, sowie die Ferienregelungen und Feiertage geregelt sind. Wünsche und Bedürfnisse der Kinder sind dabei vorrangig zu berücksichtigen und mit den Bedürfnissen (z.B. Arbeitszeiten) der Eltern und deren Wünschen in Einklang zu bringen. Satz 2 lautet danach:

**"Das Gericht legt einen Betreuungsplan fest, der den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes und seiner Eltern am besten entspricht."**

3. Betreuungszeitverteilung

Die Zeitverteilung sollte **im Idealfall annähernd paritätisch** sein (z.B. wöchentliche Wechsel und hälftige Ferienzeiten). Wenn nicht anderweitige Einigung zwischen den Eltern besteht, sind Feiertage und Geburtstage der Kinder ebenfalls von den Kindern alternierend bei Mutter und Vater zu verbringen. Wegen der Annahme, dass eine ungefähr symmetrische Zeitverteilung zu weniger Konkurrenzen und Konflikten zwischen den Eltern führt, den Kindern eine gleichmäßige Möglichkeit bietet, ausreichend Zeit mit jedem Elternteil zu verbringen, und gerechter ist, sollte Satz 3 Halbs. 1 lauten:

**"Dabei ist zu beachten, dass jeder Elternteil ca. 50 % der Zeit im Jahr (Alltag und Freizeit) mit dem Kind verbringen kann; ..."**

Eine **Abweichung von der Halbteilung** durch den Betreuungsplan des Gerichts ist möglich, aber zu begründen. So kann im Einzelfall eine asymmetrische Zeitverteilung geboten sein, z.B. aufgrund Arbeitszeiten der Eltern oder besonderer Interessen der Kinder. Der Mindestzeitanteil des weniger betreuenden Elternteils sollte bei mind. 33 % liegen.[27] Satz 3 Halbs. 2 sollte lauten:

**"... in begründeten Fällen kann eine ungleiche Zeitverteilung angeordnet werden, wobei das Kind mindestens 33 % der Zeit bei jedem Elternteil verbringen soll."**

#### 4. Probezeit

Sowohl für die Wechselmodellanordnung (Satz 1) als für den konkreten Betreuungsplan (Satz 2) sollte eine Probezeit vorgesehen sein.

Die **Anordnung der Betreuung** im Wechselmodell kann z.B. auf 12 Monate bis zur Erreichung eines bestimmten Alters der Kinder oder bis eine Veränderung in der Betreuungssituation eintritt (z.B. Besuch eines Kindergartens, Einschulung o.Ä.) **zeitlich befristet** werden. Nach Praxiserfahrungen soll die Probezeit des Wechselmodells **mindestens ein Jahr** betragen, weil Familien diesen Zeitraum für die Gewöhnung an ein Betreuungsmodell benötigen.[28] Nach Ablauf der Probezeit stünde das Betreuungsmodell zur erneuten Entscheidung an.

Die **Erprobung eines konkreten Betreuungsplanes** sollte mindestens ein **halbes Jahr** andauern. Nach Ablauf dieser Zeit ist der Betreuungsplan zu evaluieren und ggf. anzupassen. Selbstverständlich sollen Eltern motiviert werden, einvernehmlich Anpassungen zu vereinbaren, die Ihnen für ihre konkrete Familie passender erscheinen als die gerichtliche Anordnung. Satz 4 müsste lauten:

**"Das Gericht kann die Anordnungen nach Satz 1 und Satz 2 zeitlich befristen (Probezeit)."**

#### 5. Einstweiliger Rechtsschutz

Für Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz ist zudem die **Betreuung im Nestmodell**, als Spezialfall der Wechselmodellbetreuung, vorzusehen, d.h. die Kinder bleiben vorerst in der bisherigen Familienwohnung und die Eltern betreuen sie dort abwechselnd. Dies kann erforderlich sein, um zu verhindern, dass der Auszug eines Elternteils mit dem Kind bzw. den Kindern "Fakten schafft",

[Seite 473]

die die spätere Sorgerechtsentscheidung präjudizieren. Es kann aber auch bei Familien mit sehr vielen Kindern sinnvoll sein, weil dann z.B. nicht beide Eltern Wohnraum für fünf Kinder vorhalten müssen.

**"Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann das Gericht die Betreuung im Wechselmodell anordnen oder die alternierende Betreuung des Kindes am bisherigen gemeinsamen Wohnort der Eltern (Nestmodell); Satz 3 und 4 gelten hierbei entsprechend."**

Zusammengefügt ergibt sich folgender Wortlaut für **§ 1671 Abs. 2a BGB (Entwurf)**:

(2a) 1Unbeschadet sonstiger Regelungen der elterlichen Sorge kann das Gericht, wenn die Eltern keine einvernehmliche Betreuungsregelung vorlegen, den alternierenden Aufenthalt des Kindes bei seinen Eltern (Wechselmodell) anordnen. 2Das Gericht legt einen Betreuungsplan fest, der den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes und seiner Eltern am besten entspricht. 3Dabei ist zu beachten, dass jeder Elternteil ca. 50 % der Zeit im Jahr (Alltag und Freizeit) mit dem Kind verbringen kann; in begründeten Fällen kann eine ungleiche Zeitverteilung angeordnet werden, wobei das Kind mindestens 33 % der Zeit bei jedem Elternteil verbringen soll. 4Das Gericht kann die Anordnungen nach Satz 1 und Satz 2 zeitlich befristen (Probezeit). 5Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann das Gericht die Betreuung im Wechselmodell anordnen oder die alternierende Betreuung des Kindes am bisherigen gemeinsamen Wohnort der Eltern (Nestmodell); Satz 3 und 4 gelten hierbei entsprechend.

#### VI. Ausblick

##### 1. Alles wird gut!

Der **BGH**[29] hat, vereinfacht gesagt, zwei Möglichkeiten: Entweder er sieht die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells im Rahmen der bestehenden Gesetze als möglich an, oder nicht. Bejaht er die Anordnungsmöglichkeit, dann ist "alles gut" und die Familiengerichte werden in Fällen, in denen das Wechselmodell die dem Kindeswohl am ehesten entsprechende Betreuung ist, dies anordnen. Verneint der BGH die Anordnungsmöglichkeit, so ist der **Gesetzgeber** berufen, diese Regelungslücke schnellstmöglich zu schließen und das Kindschaftsrecht in diesem Punkt verfassungskonform zu ergänzen. Auch dann wird "alles gut". In beiden Varianten kommt weitere Bewegung in die Wechselmodelldebatte.

##### 2. Wird alles gut?

Das Wechselmodell ist **kein Allheilmittel**. Kinder leiden wenn ihre Eltern aufeinander "herumhacken", wenn sie von den

Eltern in deren Konflikte einbezogen und als Waffe gegen den anderen Elternteil missbraucht werden - unabhängig vom Betreuungsmodell. An diesem Leid ändern auch einige Tage mehr oder weniger in der Betreuungsrealität nichts oder nicht viel. Wenn aber das Ungleichgewicht zwischen Eltern durch eine paritätische Betreuung egalisiert wird, wenn Konflikte deeskalieren oder gleich ganz vermieden werden können, wird Druck aus der Elternebene genommen und Kinder werden entlastet. Trennungskinder brauchen nicht nur Bindungstoleranz, sondern aktive *Bindungsfürsorge*.<sup>[30]</sup> Ihre Eltern müssen es ihnen erlauben, dem anderen Elternteil zu begegnen, ihn zu lieben, zu vermissen, sich mit ihm/ihr auseinanderzusetzen und dies aktiv ermöglichen. Dies gilt im Residenzmodell ebenso, wie im Wechselmodell (und in zusammenlebenden Familien übrigens auch).

**Konfliktkultur und Bindungstoleranz** sind Fragen der individuellen Haltung und Kompetenzen, aber es sind auch Fragen des kollektiven Bewusstseins in einer Gesellschaft, in der mehr Partnerschaften und Ehen auseinander gehen, als Bestand haben. Das Residenzmodell ordnet Kinder einem Elternteil zu, es bedingt Sorgerechtsstreit, in dem es Gewinner und Verlierer gibt. Das Residenzmodell regelt dabei nur die Ebene der Erwachsenen und in immer mehr Fällen funktioniert diese Regelung eben nicht mehr im Sinne einer Befriedung. Kinderbedürfnisse leiten im Residenzmodell nur vorgeblich die Entscheidungen, denn Kinder wollen in der Regel den engen Kontakt zu beiden Eltern.<sup>[31]</sup>

Das Wechselmodell hingegen signalisiert Eltern und Gesellschaft:

- \* Kinder sind nicht der Besitzstand ihrer Eltern, der bei Trennung verteilt wird.
- \* Kinder sind Menschen mit Bindungen und Beziehungen zu ihren Eltern, die nicht der Disposition der Erwachsenen unterliegen.
- \* Kinder sind Grundrechtsträger, Rechtssubjekte und nicht -objekte, Kinder haben ein Grundrecht auf Pflege und Erziehung durch beide Eltern und
- \* es gehört zu den Menschenrechten von Eltern mit ihren Kindern zusammenzuleben und diese zu erziehen.

Das Wechselmodell als "Leitbild" signalisiert den Eltern und der Gesellschaft, dass die Erziehungsverantwortung bei Müttern und Vätern bleibt, auch wenn Mann und Frau sich trennen, dass Kinder ein Recht auf freien, egalitären Zugang zu beiden Eltern haben und dass die Bedürfnisse von Kindern - wenigstens für einige Jahre - *über* den Bedürfnissen ihrer Eltern stehen dürfen und müssen. Das Wechselmodell signalisiert aber auch Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung von Männern und Frauen, von Müttern und Vätern.

Jedes Land hat seine eigene Kultur im Umgang mit Trennung und Scheidung und folglich auch in der kindschaftsrechtlichen Behandlung des Grundkonflikts, wenn Mann und Frau sich als Paar trennen, aber als Mutter und Vater gemeinsam Eltern bleiben. Wenn beispielsweise in Schweden über die Hälfte aller getrenntlebenden Eltern von Grundschulkindern, ob sie verheiratet waren oder unverheiratet zusammenlebten, ein Wechselmodell als Betreuung

[Seite 474]

für ihre Kinder praktizieren,<sup>[32]</sup> dann zeigt das, dass in dieser Gesellschaft eine andere Kultur des Umgangs mit Kinderbedürfnissen nach Trennung und Scheidung herrscht, als in Deutschland.

Diese Kultur ändert sich unaufhaltsam, auch bei uns, und das Recht *muss* dem auf der einen Seite Rechnung tragen und *kann* auf der anderen Seite maßgeblich gestaltenden Einfluss nehmen. Der BGH hat nun eine große Chance, auf die Entwicklung der Trennungskultur und Elternverantwortung in unserer Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Hoffentlich wird alles gut!  
nl

#### Fußnoten:

[\*] Hildegund Sünderhauf ist seit 2000 Professorin für Familienrecht und Kinder- und Jugendhilferecht an der Evangelischen Hochschule Nürnberg und Autorin der Monografie "Wechselmodell: Psychologie - Recht - Praxis", Wiesbaden, Springer VS, 2013 (im Folgenden zitiert: Wechselmodell). Georg Rixe ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in Bielefeld. Er hat den Abschnitt "Verfassungsrechtliche Bezüge des Wechselmodells" verfasst.

[1] OLG Saarbrücken v. 26.6.2014 - 6 UF 62/14, BeckRS 2014, 15824; OLG Koblenz v. 6.2.2014 - 7 UF 797/13; KG v. 14.3.2013 - 13 UF 234/12, FamRZ 2014, 50; OLG München v. 15.1.2013 - 4 UF 1827/12, FamRZ 2013, 1822; OLG Brandenburg v. 21.6.2012 - 15 UF 314/11, FamRZ 2012, 1886 = FamRB 2013, 45; OLG Hamm v. 16.2.2012 - II-2 UF 211/11, FamRZ 2012, 1883; OLG Köln v. 21.2.2012 - 4 UF 258/11, FamRZ 2012, 1885 (LS); OLG Düsseldorf v. 14.3.2011 - II-8 UF 189/10, FamRZ 2011, 1154 (LS) = FamRB 2011, 305; OLG Nürnberg v. 22.7.2011 - 7 UF 830/11, FamRZ 2011, 1803; OLG Koblenz v. 12.1.2010 - 11 UF 251/09, FamRZ 2010, 738 = FamRB 2010, 138; OLG Stuttgart v. 14.3.2007 - 16 UF 13/07, FamRZ 2007, 1266 = FamRB 2007, 205.

[2] OLG Saarbrücken v. 26.6.2014 - 6 UF 62/14, BeckRS 2014, 15824; OLG

Koblenz v. 6.2.2014 - 7 UF 797/13; KG v. 14.3.2013 - 13 UF 234/12, FamRZ 2014, 50; OLG München v. 15.1.2013 - 4 UF 1827/12, FamRZ 2013, 1822; OLG Brandenburg v. 21.6.2012 - 15 UF 314/11, FamRZ 2012, 1886 = FamRB 2013, 45; OLG Köln v. 21.2.2012 - 4 UF 258/11, FamRZ 2012, 1885; OLG Koblenz v. 12.1.2010 - 11 UF 251/09, FamRZ 2010, 738; OLG Düsseldorf v. 14.3.2011 - II-8 UF 189/10, FamRZ 2011, 1154 (LS) = FamRB 2011, 305.

[3] KG v. 14.3.2013 - 13 UF 234/12, FamRZ 2014, 50; OLG München v. 15.1.2013 - 4 UF 1827/12, FamRZ 2013, 1822; OLG Hamm v. 25.7.2011 - II-8 UF 190/10, FamRZ 2012, 646 (LS); OLG Brandenburg v. 21.6.2012 - 15 UF 314/11, FamRZ 2012, 1886 = FamRB 2013, 45; OLG Brandenburg v. 1.7.2010 - 9 UF 7/09, FamRZ 2011, 120; OLG Düsseldorf v. 14.3.2011 - II-8 UF 189/10, FamRZ 2011, 1154 (LS) = FamRB 2011, 305; OLG Koblenz v. 12.1.2010 - 11 UF 251/09, FamRZ 2010, 738; OLG Brandenburg v. 9.3.2009 - 10 UF 204/08, FamRZ 2009, 1759; OLG Stuttgart v. 14.3.2007 - 16 UF 13/07, FamRZ 2007, 1266; OLG München v. 27.9.2006 - 4 UF 270/06, FamRZ 2007, 753; OLG Dresden v. 3.6.2004 - 21 UF 144/04, FamRZ 2005, 125.

[4] S. die in Fn. 2 zitierte Rechtsprechung; OLG Brandenburg v. 1.7.2010 - 9 UF 7/09, FamRZ 2011, 120; BGH v. 16.3.2011 - XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 796 m. Anm. Völker = FamRB 2011, 171; Kinderrechkommission des Deutschen Familiengerichtstags, FamRZ 2014, 1157 (1166); Hammer, FamRZ 2011, 1286 f.; Jokisch, FuR 2013, 679 (683).

[5] Dazu eingehender: Rixe, Wechselmodell und Verfassung, Schriftenreihe des ISUV, Band 7 (2013), S. 71.

[6] BVerfG v. 1.4.2008 - 1 BvR 1620/04, FamRZ 2008, 845.

[7] BVerfG v. 21.7.2010 - 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 - Rz. 37 = FamRB 2010, 301.

[8] Vgl. auch: Kinderrechkommission des Deutschen Familiengerichtstags, FamRZ 2014, 1157 (1166).

[9] BVerfG v. 7.3.1995 - 1 BvR 790/91, 1 BvR 540/92, 1 BvR 866/92, FamRZ 1995, 789.

[10] Dem entspricht auch die Rechtsprechung des EGMR, vgl. nur: Zaunegger ./ Deutschland, EGMR v. 3.12.2009 - 22028/04, FamRZ 2010, 103 = FamRB 2010, 37; Anayo ./ Deutschland, EGMR v. 21.12.2010 - 20578/07, FamRZ 2011, 1363 m. Anm. Rixe = FamRB 2011, 71; Schneider ./ Deutschland, EGMR v. 15.9.2011 - 17080/07, FamRZ 2011, 1715 = FamRB 2011, 370.

[11] BVerfG v. 14.4.2010 - 1 BvL 8/08, BVerfGE 126, 29.

[12] S. Sünderhauf, Wechselmodell, S. 356 ff.

[13] Vgl. OLG Jena v. 22.8.2011 - 2 UF 295/11; OLG Düsseldorf v. 14.3.2011 - II-8 UF 189/10, FamRZ 2011, 1154 = FamRB 2011, 305.

[14] Vgl. zur parallelen Fragestellung der Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts für nicht eheliche Kinder: BVerfG v. 21.7.2010 - 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 - Rz. 48 = FamRB 2010, 301.

[15] BVerfG v. 21.7.2010 - 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 - Rz. 59 ff. = FamRB 2010, 301.

[16] Vgl. Fn. 9.

[17] BVerfG v. 21.7.2010 - 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 = FamRB 2010, 301.

[18] Vgl. Fn. 3.

[19] Vgl. BVerfG v. 18.2.1993 - 1 BvR 692/92, FamRZ 1993, 662.

[20] Vgl. nur OLG Schleswig v. 19.12.2013 - 15 UF 55/13, FamRB 2014, 251; AG Heidelberg v. 19.8.2014 - 31 F 15/14; AG Erfurt v. 14.9.2012 - 36 F

141/11, ZKJ 2013, 31; KG v. 28.2.2012 - 18 UF 184/09, FamRZ 2012, 886; OLG Celle v. 4.1.2008 - 15 WF 241/07, FamRZ 2008, 2053 (Einstweilige Anordnung); AG Hannover v. 10.8.2001 - 608 F 2223/99 SO, FamRZ 2001, 846 = JAmt 2001, 557.

[21] Vgl. nur Palandt/Götz, 73. Aufl. 2014, § 1684 BGB Rz. 5, 20.

[22] Vgl. z.B. KG v. 21.2.2006 - 13 UF 115/05, FamRZ 2006, 1626 = FamRB 2006, 172.

[23] BT-Drucks. 16/10047, 17.

[24] Guerra González, Sorgereifall Familienrecht - Ursachen und Folgen grundgesetzwidriger Praxis auf der Basis regelmäßigen Missbrauchs des Kindeswohlbegriffs, 2012, S. 15 ff., 64 ff.

[25] Widrig, Alternierende Obhut, Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, AJP (Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle Schweiz) 2013, 903 - 911; Sünderhauf & Widrig, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut - Eine entwicklungspsychologische und grundrechtliche Würdigung, AJP (Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle Schweiz) 2014, 885-904.

[26] Sünderhauf, Wechselmodell, S. 495 ff. hat auch einen Gesetzentwurf für eine Änderung des § 1687 BGB für die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge in Alltagsentscheidungen entwickelt.

[27] Zur Begründung der "Ein Drittel zu zwei Drittel-Marke" vgl. Sünderhauf, Wechselmodell, S. 63 ff.

[28] *Irving & Benjamin* (1991) Shared and Sole-Custody Parents: A Comparative Analysis. In: Folberg (Hrsg.): Joint Custody & Shared Parenting, 2. Aufl., New York, London: Guilford Press (S. 114-131).

[29] In der anstehenden Sache XII ZB 96/14.

[30] Temizyürek, Das Stufenmodell der Bindungsfürsorge, ZKJ 2014, 228 ff.

[31] Warshak, Payoffs and pitfalls of Listening to Children. Family Relations, 2003, Vol. 52, 272 - 384. In einer Studie von *Parkinson, Cashmore & Single* (2005) haben 86 % der befragten Kinder/Jugendlichen angegeben, Kinder sollten grundsätzlich gleichmäßigen Kontakt zu beiden Eltern haben. Adolescents' view on the fairness of parenting and financial arrangements after separation. Family Court Review, 2005, Vol. 43(3), 429-444 (S. 431)b.

[32] Der "Trend zum Wechselmodell" ist in allen westlichen Industrienationen zu beobachten. In Schweden beispielsweise, aber auch in Dänemark und Belgien, ist das paritätische Wechselmodell der Betreuungs-*Normalfall*. Rund 1/3 der Kinder getrenntlebender Eltern (aller Altersgruppen) wird in paritätischer Doppelresidenz nach 50 : 50 %-Definition betreut (Bergström 2012, *Barn med växelvis boende* [Kinder in abwechselnder Betreuung]. In: Centre for Health Equity-Studies (Hrsg.): Kap. 5, S. 71-81, S. 72; online-Zugriff unter [www.sociastyrelsen.se](http://www.sociastyrelsen.se)) und die Hälfte der Trennungskinder in der Altersgruppe von 6 bis 9 Jahren (Lundström 2009, *Växelvis boende ökar bland skilsmässobarn*. [Anstieg des Wechselmodells bei Kindern geschiedener Eltern]. Valfärd, Vol. 4, 3-5, S. 5). Auch bei älteren schwedischen Schüler(inne)n der 6. Klasse (ca. 12 Jahre) ist das Wechselmodell die *häufigste Betreuungsform* bei getrennt lebenden Eltern (Bergström 2012). Weitere Nachweise zur internationalen Verbreitung bei Sünderhauf, Wechselmodell, S. 197 ff. und S. 867 ff.

von Prof. Dr. Hildegund Sünderhauf, Nürnberg und

FAFamR Georg Rixe, Bielefeld[\*]

**Quelle:** FamRB - Der Familien-Rechts-Berater 12/2014, S. 469-474

**ISSN:** 1618-8349

**Dokumentnummer:** FAMRB.2014.12.A.01

**Dauerhafte Adresse des Dokuments:** [https://www.wiso-net.de:443/document/FAMR\\_\\_FAMRB.2014.12.A.01](https://www.wiso-net.de:443/document/FAMR__FAMRB.2014.12.A.01)

Alle Rechte vorbehalten: (c) Verlag Dr. Otto Schmidt

 © GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH