

Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht**

I. Zur Thematik

1. Begriff

Mit „Wechselmodell“ wird in der juristischen Diskussion eine Form der Betreuung von Kindern bezeichnet, deren Eltern zwar getrennt leben, aber gemeinsam sorgeberechtigt sind und sich die Kindesbetreuung teilen. Im Gegensatz zum „Residenzmodell“, das noch dem Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes [KindRG] von 1998 als Leitbild gedient hat, gibt es beim Wechselmodell nicht einen „Betreuungselternteil“ und einen „Besuchs“- oder „Umgangselternteil“; vielmehr wechseln sich beide Eltern in der Kindesbetreuung periodisch ab (nach Tagen, Wochen oder Monaten). Dies bedeutet einen entsprechenden Wechsel des Kindesaufenthalts zwischen Mutter- und Vaterwohnung („Wechselmodell in engerem Sinne“ oder „Pendelmodell“) oder – bei kontinuierlichem Kindesaufenthalt in *einer* Wohnung – eine Abwechslung der Betreuung durch Mutter oder Vater („Nestmodell“). Das Nestmodell hat bisher weder in Deutschland noch im Ausland größere Bedeutung erlangt.¹ Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich deshalb, entsprechend der vorherrschenden Praxis und Diskussion, auf das Wechselmodell in engerem Sinne, also auf den periodischen Wechsel des Kindes zwischen beiden Elternwohnungen.

2. Abgrenzung zum Residenzmodell

Auch beim Residenzmodell hat der Umgangselternteil Kontakt mit dem Kind, möglicherweise auch mit Übernachtung, und betreut es während der Umgangszeit. Unabhängig von der (eher dogmatischen) Streitfrage, ob der Umgangselternteil eine Erziehungsfunktion hat,² beeinflusst auch der Umgangselternteil durch seine Persönlichkeit und sein Verhalten notwendig die Kin-

* Die Stellungnahme beruht auf kommissionsinterner Diskussion und Abstimmung; federführend: Prof. Dr. *Michael Coester*.

** Die Stellungnahme ist veröffentlicht in FamRZ 2014, 1157.

¹ Zum „Nestmodell“ *Hammer*, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht, 2004, S. 49 f. (Fn.13), 310; *Wallerstein/Kelly/Blakeslee*, Scheidungsfolgen – die Kinder tragen die Last, 2002, S. 227 („inzwischen weitgehend wieder in Vergessenheit geraten“).

² Bejahend *Staudinger/Rauscher*, BGB, 2014, § 1684 Rn. 41, 200; *Bamberger/Roth/Veit*, BGB, 3.Aufl.2012, § 1684 Rn.7; ablehnend *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5.Aufl. 2010, § 1684 Rn.4.

desentwicklung - umso stärker, je ausgedehnter der Umgang stattfindet. Die Notwendigkeit einer kategorischen Abgrenzung von Wechselmodell und Residenzmodell stellt sich deshalb weniger aus Sicht des Kindes als vielmehr im Hinblick auf die unterschiedliche Rechtsausstattung von Umgangselternteil (§§ 1684, 1687 Abs.1 S. 4 BGB) und Betreuungselternteil (§ 1687 Abs.1 S. 2, 3 BGB) nach dem gesetzlichen Regelungsmodell. Das Wechselmodell zielt demgegenüber auf eine sowohl rechtliche wie tatsächliche, möglichst paritätische Einbindung beider Elternteile in die Kindesbetreuung und Erziehung. Die in der rechtlichen Diskussion üblicherweise zugrunde gelegte Grenzziehung zwischen Residenzmodell und Wechselmodell liegt bei einem Betreuungsverhältnis beider Elternteile von mindestens 30 %³ zu 70 % (idealerweise 50 % zu 50 %).⁴ Entscheidend sind aber letztlich nicht die Zeitanteile, sondern die Rolle der Eltern gegenüber dem Kind sowie im Verhältnis zueinander. Diese im Sinne eines Wechselmodells zu definieren und auszugestalten, ist in erster Linie eine Aufgabe autonomer Ausgestaltung durch die trotz Trennung weiterhin gemeinsam sorgeverantwortlichen Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG).⁵ Eine objektive, generelle Definition des „Wechselmodells“ in Abgrenzung zum „Residenzmodell“, ohne Bezug zu konkreten Rechtsfolgen, erscheint demgegenüber kaum möglich, jedenfalls aber wenig sinnvoll.⁶

II. Rechtspolitische Gesichtspunkte

1. Ausgangslage und Fragestellung

Die Frage nach der rechtspolitischen Bewertung eines Sorgemodells bedeutet im Kindschaftsrecht in erster Linie die Frage nach seiner Kindgerechtigkeit, also nach seiner Beurteilung im Lichte des *Kindeswohls*. Zwar umfasst das Kindeswohl durchaus auch die Zufriedenheit der Eltern mit einer Sorgerechtsgestaltung, denn die Familie ist ein komplexes Gefüge unterschiedlicher, aber gemeinschaftsbedingt voneinander abhängiger und sich im Gemeinschaftswohl treffender Interessen.⁷ In der Artikulierung und Durchsetzung ihrer jeweiligen Interessen stehen Eltern und Kinder aber nicht auf gleicher Stufe. So werden die Interessen auch von Kindern zumeist von Erwachsenen definiert und artikuliert – unter Umständen schon mit einem gewissen

³ Was bereits bei einer mittlerweile oftmals getroffenen Umgangsregelung der Fall ist (alle zwei Wochen Fr.-So. plus ein Nachmittag in der Woche, plus häftige Ferien).

⁴ Vgl. nur AK 7 des 20.DFGT 2013, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 18, 2014, S. 125. Zur abweichenden Grenzziehung des *BGH* im Unterhaltsrecht s. unten III. 4. b).

⁵ Zu Einzelheiten unten III.

⁶ Kriterien wie „möglichst gleich viel Zeit bei jedem Elternteil“, „in beiden Elternhäusern zu Hause“ und „Verantwortungswahrnehmung durch Mutter und Vater“ (so These 1 des AK 7 [Fn. 4], S. 124; Hervorhebungen vom Verf.) artikulieren Zielvorstellungen, ermöglichen aber keine rechtliche Abgrenzung.

⁷ Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 210 ff., m.w.N.

Vorverständnis des „richtigen“ Kindeswillens.⁸ Und selbst wenn Kinder sich mit einem Wechselmodell einverstanden erklären, muss dies nicht unbedingt immer ihrem wirklichen Willen entsprechen.⁹

Für die Sachgerechtigkeit von kindschaftsrechtlichen Regelungen oder Regelungsformen ist die staatliche Gemeinschaft deshalb in besonderer Weise verantwortlich (insbesondere Art. 1 Abs. 1, Art. 2, Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Eine abschließende, ins Einzelne gehende und sachlich fundierte Beurteilung von Vorzügen und Grenzen des „Wechselmodells“ in diesem Sinne erscheint aber derzeit kaum möglich:

(1) Die Entwicklung und Bewusstseinsbildung in Deutschland steht insoweit noch am Anfang; den positiven Berichten und Befunden stehen Einschätzungen auch von fachwissenschaftlicher Seite gegenüber, die auf Probleme oder mögliche Gefahren bei elterlicher Betreuung im Wechselmodell hinweisen (dazu noch unten 3.).

(2) Die unvermittelte Übernahme von ausländischen Studien und Erfahrungen¹⁰ scheidet an der Unterschiedlichkeit der jeweiligen gesellschaftlichen Traditionen und Lebensweisen, Wertvorstellungen und Mentalitäten (insbesondere etwa auch in den USA¹¹ und – wiederum ganz unterschiedlich – Skandinavien).

(3) Eine gewisse emotionale Aufladung der Thematik oder ergebnisorientierte Vorverständnisse (pro oder contra) sind gelegentlich unübersehbar. Die Gefahr des Einfließens auch kindeswohl-fremder Gesichtspunkte kann dabei nicht von der Hand gewiesen werden.¹² Möglicherweise

⁸ So betont z. B. *Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, 2013, S. 443 ff., die Beachtlichkeit des Kindeswillens für die Etablierung eines Wechselmodells, diskutiert dann aber im Wesentlichen nur die Bedeutung des Kindeswillens zugunsten eines Wechselmodells. Später wird dann die „Regel“ postuliert, dass ein Wechselmodell „dem natürlichen Wunsch der Kinder entspricht. Sollten sie sich dagegen aussprechen, ist ihren Gründen und Motiven nach- zugehen“ (S. 632, ähnlich schon S. 132 f.); nur „begründete Ablehnung“ des Wechselmodells sei ein Ausschlussgrund (S. 133). Zur generellen Kritik an der Argumentationsweise von *Sünderhauf* siehe *Kostka*, ZKJ 2014, 54, 56 ff.

⁹ *Fichtner/Salzgeber*, FPR 2006, 278, 280; *McIntosh/Smyth*, Shared-Time Parenting, An Evidence-Based Matrix for Evaluating Risk, in: *Kuehnle/Drozdz* (Hg.) Parenting Plan Evaluations, 2012, S. 155.

¹⁰ Ausführliche Übersicht bei *Sünderhauf* [Fn. 8], S. 673 ff.; vgl. auch *Jokisch*, FuR 2013, 679; *Fehlberg/Smyth*; Caring for Children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?, 2011, Family Policy Briefing 7, University of Oxford.

¹¹ Auch dort ist die Haltung gegenüber „joint physical custody“ getrennt lebender Eltern keineswegs einhellig positiv. Während z.B. in Kalifornien früher eine umfassende Vermutung zugunsten gemeinsamer elterlicher Verantwortung galt, ist diese jetzt reduziert auf diesbezüglichen elterlichen Konsens (§ 3080 Cal.Fam.Code). In anderen Bundesstaaten ist die Anordnung eines Wechselmodells zwar auch bei fehlendem Elternkonsens erlaubt, wird bei Eltern mit Kommunikations- und Einigungsproblemen aber dennoch gerichtlich nicht angeordnet (z.B. Supr.Ct.of Iowa, 733 N.W.2d 683 ff (2007), aufhebend eine vorinstanzliche Regelung, die einen jeweils sechsmonatigen Wechsel des Kindes angeordnet hatte). Weitere Nachweise, insbesondere zum Stand sozialwissenschaftlicher Forschungen in den USA, *Kostka*, ZKJ 2014, 54,55.

¹² Z.B. hinsichtlich unterhaltsrechtlicher Konsequenzen vgl. *Schwab*, FF 2012, 138, 143 f.; denkbar auch die Abschiebung richterlicher Entscheidungsverantwortung auf die Eltern, vgl. *Staudinger/Coester*, BGB, 2009, § 1671 Rn. 261.

beruht ja auch die praktische Bedeutungslosigkeit des „Nestmodells“ nicht nur auf den finanziellen Mehrkosten einer dritten Wohnung, sondern auch auf dem Umstand, dass es hier die Eltern sind, die periodisch ihren Aufenthalt wechseln müssen?¹³

Angesichts dieses Diskussionsstandes kann es im Folgenden nicht um rechtspolitische Parteinahme im Streit um das Wechselmodell gehen. Vielmehr soll versucht werden, vorurteilsfrei die tatsächlichen Rahmenbedingungen für ein kindgerechtes Wechselmodell und die rechtsdogmatische Umsetzbarkeit eines solchen Modells zu überprüfen.

2. Rechtspraktische Erwägungen

In der gegenwärtigen Diskussion wird die praktische Bedeutung eines Wechselmodells häufig überschätzt.¹⁴

(1) Legt man – in Übereinstimmung mit den Verfechtern des Wechselmodells – zugrunde, dass dieses nur in Betracht kommt, wenn die Kinder die Tagesbetreuungsstätte bzw. Schule von beiden Eltern aus gut erreichen können,¹⁵ dann reduziert sich das Wechselmodell im Wesentlichen auf ein „Großstadtmodell“.

(2) Nimmt man hinzu, dass ein paritätisches Wechselmodell bei Kleinkindern im Hinblick auf ihre Bindungs- und Betreuungsbedürfnisse praktisch kaum (kindgerecht) durchführbar ist,¹⁶ dieses Betreuungsarrangement am häufigsten in der Altersgruppe sechs bis zehn Jahren praktiziert wird¹⁷ und dass sich heranwachsende Kinder mit zunehmender Bedeutung der Peer-Group, spätestens aber ab Pubertät häufiger gegen die Fortsetzung eines Wechselmodells aussprechen,¹⁸ dann schrumpft der Einsatzbereich des Wechselmodells im Wesentlichen auf Kinder zwischen drei und zwölf Jahren.

¹³ Vgl. *Fichtner/Salzgeber*, FPR 2006, 278, 279; *Wallerstein/Kelly/Blakeslee* [Fn. 1], S. 227: Für die „meisten Erwachsenen zu strapaziös“.

¹⁴ *Fehlberg/Smyth* [Fn. 10] gehen von 3% der getrenntlebenden Familien aus, die eine dem paritätischen Wechselmodell entsprechende Betreuung praktizieren.

¹⁵ So auch die führende Vertreterin der Wechselmodell-Anhänger *Sünderhauf* [Fn. 8], S. 97: Zu große Distanz zwischen den Wohnorten beider Eltern „ist ein Ausschlusskriterium für die Betreuung im Wechselmodell.“ Vgl. schon AK 3 des 16. DFGT 2005, *Brühler Schriften zum Familienrecht* Bd. 14, 2006, S. 134 f.

¹⁶ *Sünderhauf* [Fn. 8] entwickelt insoweit komplizierte Modelle für Kinder zwischen 0 und 3 Jahren (S. 608, 613, 615); andere Autoren halten demgegenüber Kinder unter 3 Jahren für noch gar nicht „wechselmodellfähig“, vgl. *Rohmann*, FPR 2013, 307, 311, m.w.N. („mindestens Kindergartenalter“).

¹⁷ *Kaspiew et al.*, Evaluation of the 2006 family law reforms, Australian Institute of Family Studies, Melbourne 2009; *McIntosh/Smyth, Wells/Long*, Parenting arrangements post-separation: Patterns and outcomes. A longitudinal study of school-aged children in high conflict divorce, in: *McIntosh et al.* (Hg.), Post separation parenting arrangements and developmental outcomes for children: Collected Reports; Reports to the Australian Government Attorney-General's Department Canberra, 2010.

¹⁸ So auch *Sünderhauf* [Fn. 8], S. 618; *Kaiser*, FPR 2008, 143, 148, m. w. N. aus der gerichtlichen Praxis; *Kostka*, FPR 2006, 271 ff.; *Unzner*, FPR 2006, 274 ff.

(3) Finanzieller und organisatorischer Sonderaufwand beim Wechselmodell legen die Vermutung nahe, dass der Haupteinzugsbereich für das Wechselmodell bei Mittelklassefamilien (im Großstadtbereich, s. oben) liegen wird.¹⁹

(4) Das Wechselmodell selbst ist in hohem Maße wechsellanfällig (Alter des Kindes; Berufstätigkeit der Eltern; Umzug eines Elternteils; neue Partner der Eltern) und bedarf voraussichtlich häufiger Anpassung im Zeitraum der Minderjährigkeit eines Kindes.²⁰

Diese Befunde lassen in ihrer Gesamtheit schon den Schluss zu, dass eine Zulassung und rechtliche Regelung des Wechselmodells jedenfalls nicht einen erneuten „Paradigmenwechsel“ im deutschen Kindschaftsrecht (nach dem NEheIG 1979 und dem KindRG 1998) bedeuten würde.²¹ Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich deshalb auf die Frage, ob und inwieweit das Wechselmodell als eine im Einzelfall kind- und familiengerechte Gestaltung im geltenden Kindschaftsrecht „unterzubringen“ ist und wo gegebenenfalls Reformbedarf besteht.

3. Kindesinteressen, kinderpsychologische Aspekte und rechtspolitischer Ausgangspunkt

Die Kindesinteressen bei Trennung der Eltern sind *ambivalent*: Beilegung der elterlichen Konflikte jedenfalls mit Bezug auf das Kind einerseits, andererseits aber auch sein generelles Interesse an Kontinuität der eigenen Lebensführung und der Lebensumwelt (räumlich und sozial). Mit anderen Worten: Kontinuität des Kontaktes zu beiden Elternteilen gibt es nur um den Preis der Diskontinuität der Lebensumwelt des Kindes. Man kann die „zwei Zuhause“ des Kindes als Bereicherung ansehen – möglicherweise bedeuten sie aber auch „kein (richtiges) Zuhause“.²² Die Befriedung des Elternkonflikts dem Grundsatz nach durch paritätische Sorgebeteiligung eröffnet möglicherweise neue (organisatorische oder erziehungsbezogene) Streitfelder bei Durchführung des Wechselmodells

Die in vielfältiger Weise ambivalenten Wirkungsmöglichkeiten eines Wechselmodells lenken den Blick unmittelbar auf die *fachwissenschaftlichen Äußerungen* zum Wechselmodell. Diese sind allerdings ebenfalls nicht so eindeutig, wie sie gelegentlich dargestellt werden; insbesondere empirische Befunde sind naturgemäß auch vom jeweiligen gesellschaftlichen Hintergrund

¹⁹ Als Beispiel für das in Ziff. 1 - 3 skizzierte Profil von „Wechselmodell-Familien“ siehe *OLG Brandenburg*, FamRZ 2009, 709, und *BVerfG*, FF 2009, 416; *KG*, FamRZ 2012, 886.

²⁰ *Carlberg*, NZFam 2014, 187 (Kontinuität des Wechselmodells nur „bei immer wieder neuen Anpassungen und Absprachen“); zur Bedeutung eines Wohnortwechsels schon bei „nur“ gemeinsamem Sorgerecht der Eltern ausführlich *Kostka*, Im Interesse des Kindes?, 2004, S. 351 ff.

²¹ So aber andeutungsweise *Spangenberg*, FamRZ 2014, 402; tendenziell auch *Sünderhauf* [Fn. 8], S. 667 (Wechselmodell künftig „hoffentlich... eine überwiegend genutzte Betreuungsform für Kinder getrennt lebender Eltern“). Vgl. demgegenüber *Fichtner/Salzgeber*, FPR 2006, 278, 284 : Wechselmodell keine Standardlösung oder gar der „goldene Weg“ für die Mehrzahl der Familien; so letztlich auch *Spangenberg*, a.a.O.

²² Vgl. *Kostka*, ZKJ 2014, 57.

geprägt, in dem sie gewonnen worden sind (vgl. oben 1. (3)). Darüber hinaus sind auch kinderpsychologische Äußerungen nicht frei von Vorverständnissen und gesellschaftspolitischen Präferenzen. So überrascht es den Juristen nicht, dass auch in der fachwissenschaftlichen Literatur neben positiven Einschätzungen des Wechselmodells eher kritische oder gar ablehnende Bewertungen zu finden sind.²³

Die Forschungslage zum Wechselmodell warnt davor, dieses Modell als allgemein günstig anzusehen. Formuliert werden Bedenken z.B. bei häufig abwechselnden Übernachtungen von Kleinkindern oder wenn Eltern nicht miteinander kooperieren oder nicht bereit sind, das Modell flexibel auf sich verändernde Bedürfnisse des Kindes oder der Eltern auszurichten, oder wenn die Wohnorte weit auseinanderliegen oder schließlich, wenn dieses Betreuungsmodell gegen den Willen zumindest eines Elternteils angeordnet wird. Die Befürworter²⁴ des Wechselmodells reagieren auf diese Bedenken, indem sie die Forschungslage als nicht zutreffend oder nicht ausreichend belegt bewerten, ohne ihrerseits für ihre Position aussagekräftige Forschungsergebnisse vorweisen zu können.²⁵

Dies ist hier nicht im Einzelnen weiter auszuführen. Wie auch sonst im Kindschaftsrecht bestätigt sich aber die Erfahrung, dass das Kindeswohl nur begrenzt abstrakt-generell definiert werden kann, in seiner realen Verwirklichung aber einzelfallbezogen beurteilt werden muss. Weder die erwähnten Vorzüge eines Wechselmodells noch mögliche Gefahren für das Kindeswohl („Teilung“ der kindlichen Lebensverhältnisse; Loyalitätskonflikte des Kindes; Zurückstellung eigener Wünsche, um Eltern zufriedenzustellen („Parentifizierung“)²⁶ können deshalb eine abschließende Bewertung (Befürwortung oder Ablehnung) „des“ Wechselmodells rechtfertigen. Es besteht aber, soweit erkennbar, jedenfalls *ein* weitgehender Grundkonsens zwischen Befürwortern und auch Kritikern des Wechselmodells: *Wenn*

- sich die Eltern auf eine Realisierung ihrer gemeinsamen Sorgeverantwortung in Form eines Wechselmodells einigen,²⁷
- sie auch in der Lage sind, ihren Paarkonflikt zugunsten der beim Wechselmodell gesteigerten Kooperationsnotwendigkeiten hintanzustellen, und

²³ Fichtner/Salzgeber, FPR 2006, 278 ff.; Maccoby/Mnookin, *Dividing the Child*, 2.Aufl. 1994, S. 237 ff; Unzner, FPR 2006, 274, 276 f.; Grossmann/Grossmann, *Bindungen – das Gefüge psychischer Sicherheit*, 2004, S. 159; siehe auch die Berichte bei Kostka [Fn. 20], S. 349 ff und die Informationen des Verbandes alleinerziehender Mütter und Väter [VAMV] v. 30.4.2014 unter I.1. (<https://www.vamv.de/publikationen.html>). Bemerkenswert das Interview mit einem siebenjährigen Jungen bei Wallerstein/Kelly/Blakeslee [Fn.1], S. 223-225 (mit Folgerungen S. 229).

²⁴ So Warshak, *Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report*: www.apa.org/pubs/journals/law/index.aspx; Fabricius et al., *Parenting Time, Parent Conflict, Parent-Child Relationships, and Children's Physical Health*, in: Kuehnle/Drozdz [Fn. 9], S. 188.

²⁵ Dies betonen auch: Tornello et al., *Overnight Custody Arrangements, Attachment, and Adjustment Among very Young Children*, *Journal of Marriage and Family*, 2013, 871.

²⁶ Fichtner/Salzgeber, FPR 2006, 278, 281 ff.

²⁷ Zur Unverzichtbarkeit des elterlichen Konsenses: OLG München, FamRZ 2013, 1822 (mit krit. Anmerkung Spangenberg, FamRZ 2014, 402); OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 459 = FamRZ 2012, 1886 [LSe]; OLG Köln, Beschluss v. 21.2.2012 -II-4 UF 258/11 -, FamRZ 2012, 1885 [LSe].

- das Kind oder die Kinder dem turnusmäßigen Aufenthalts- und Betreuungswechsel positiv gegenüberstehen,²⁸

handelt es sich um eine Ausübungsform der gemeinsamen Kindessorge, die im Lichte der fachwissenschaftlichen Befunde zum Wechselmodell sowie auch des elterlichen Sorgeprimats (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG: „zuvörderst“) jedenfalls nicht zu beanstanden ist – in Einzelfällen sich sogar als dem Kindeswohl besonders dienliche Bewältigung der Sorgeproblematik bei Elterntrennung darstellen mag.²⁹ Die Beurteilung eines Wechselmodells bei erheblichem Konfliktpotenzial der Eltern, insbesondere auch schon bei Uneinigkeit über die grundsätzliche Praktizierung eines Wechselmodells, ist hingegen streitig. Das Gleiche gilt bezüglich der rechtlichen Grundlagen eines Wechselmodells.

Dieser rechtspolitische Ausgangsbefund wird im Folgenden als Grundlage genommen für die Untersuchung, ob und auf welchem Wege *nach geltendem Recht* ein Modell abwechselnder, prinzipiell gleichrangiger Elternsorge im Einzelfall etabliert und ausgestaltet werden kann. Angesichts des Umstands, dass die einschlägigen Vorschriften des Kindschaftsrechts von dem (als selbstverständlich unterstellten) Residenzmodell ausgehen, wirft die Anwendung der auf dieser Grundlage geschaffenen Rechtsvorschriften beim Wechselmodell naturgemäß erhebliche Schwierigkeiten auf. Die bisherige Diskussion zum Wechselmodell lässt insoweit oft die nötige Klarheit bzw. schon das Problembewusstsein vermissen. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden.

III. Rechtliche Umsetzungs- und Ausgestaltungsmöglichkeiten für ein Wechselmodell nach geltendem Recht

1. Gemeinsames Sorgerecht als Regelvoraussetzung

Bei der aktuellen Diskussion um das „Wechselmodell“ wird eine bestimmte rechtliche und tatsächliche Ausgangslage (in der Regel stillschweigend) vorausgesetzt. Es sollte aber schon insoweit sorgfältig unterschieden werden:

²⁸ OLG Naumburg, FamRZ 2014, 50; KG, FamRZ 2014, 50, 52 (ein „nicht belastbarer“ Kindeswille genügt nicht [im Ausgangsfall wirkte das Kind verunsichert]). Ein *nachdrücklicher, wohl begründeter Kindeswille* war hingegen ausschlaggebend für die Anordnung eines Wechselmodells, auch wenn die rechtlichen Voraussetzungen als zweifelhaft angesehen wurden, KG, FamRZ 2012, 886, 887; OLG Brandenburg, Beschluss v. 31. 3. 2010 -13 UF 41/09 -, juris (Lösung über § 1666; siehe dazu unten III.3.d)).

²⁹ AK 3 des 16. DFGT 2005, Brähler Schriften zum Familienrecht Bd. 16, 2005, S. 134 f.; Fichtner/Salzgeber, FPR 2006, 278, 283 f.; im Ergebnis ähnlich die Empfehlungen des Vorstands des DFGT, FamRZ 2005, 1962. Ausführlicher Katalog der zu erfüllenden Bedingungen aus kindespsychologischer Sicht bei Rohmann, FPR 2013, 307, 310 f.

a) Gemeinsames Sorgerecht

Nach dem Konzept des § 1671 Abs. 1 BGB bleibt ein durch Ehe begründetes *gemeinsames Sorgerecht* beider Eltern (§§ 1626 Abs.1 S. 1, 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB)³⁰ grundsätzlich unberührt durch Trennung oder Scheidung der Eltern. Es liegt primär in der Verantwortung der Eltern, ihre gemeinsame Sorge angesichts der Auflösung der Paargemeinschaft zu organisieren und auszugestalten.³¹ Gleiches gilt bei nicht miteinander verheirateten Eltern, die kraft Sorgeerklärung gemeinsam sorgeberechtigt sind (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder denen das gemeinsame Sorgerecht durch Gerichtsentscheidung übertragen worden ist – erstmalig (§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB) oder erneut (§ 1696 Abs.1 S.1 BGB).³² Auch für diese Eltern berührt fehlendes oder beendetes Zusammenleben nicht die gemeinsame Sorgeverantwortung für das Kind. Letztere kann in allen vorgenannten Fällen nur durch Gerichtsentscheidung gemäß § 1671 Abs. 1 BGB aufgehoben oder eingeschränkt werden.

b) Alleinsorgerecht

Sind die Eltern *nicht gemeinsam sorgeberechtigt*, einigen sie sich aber auf eine weitgehende oder gar paritätische Beteiligung des nicht sorgeberechtigten Elternteils an der Kindesbetreuung, so liegt hierin zunächst nur eine autonome (gegenüber gerichtlichen Regelungen vorrangige) Ausgestaltung des Umgangs gemäß § 1684 Abs. 1 BGB.³³ Wird die Rechtsstellung des nicht sorgeberechtigten Elternteils zusätzlich noch durch Vollmachten/Ermächtigungen seitens des sorgeberechtigten Elternteils verstärkt, nähert sich das elterliche Arrangement der Sache nach allerdings weitgehend einem „Wechselmodell“ an.³⁴ Der dem Wechselmodell zugrunde liegende Gedanke elterlicher Parität (im Rechtsstatus wie aus der Sicht des Kindes) kommt in dieser Gestaltung allerdings nicht voll zum Ausdruck.

c) Wechselmodell bei bestehender Familiengemeinschaft

Der Sache nach wird ein Wechselmodell – in der Form eines „Nestmodells“ – auch praktiziert von grundsätzlich zusammenlebenden Eltern, von denen aber einer (oder beide abwechselnd) aus beruflichen Gründen (z.B. für einige Tage pro Woche) abwesend sind. Diese durchaus nicht

³⁰ Zur Ehe als unausgesprochener Voraussetzung in § 1626 Abs.1 S. 1 BGB siehe nur *Palandt/Götz*, BGB, 73. Aufl., § 1626 Rn.6; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB, 2007, § 1626 Rn.32; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2012, § 57 Rn. 5-8.

³¹ *BVerfGE* 31, 194, 205 = *FamRZ* 1971, 421; *FamRZ* 1982, 1179, 1182.

³² Vgl. *Staudinger/Coester*, BGB, 2014, § 1696 Rn. 41,77.

³³ Näher *Staudinger/Rauscher* [Fn. 2], § 1684 Rn. 115; zu § 1684 als Grundlage eines gerichtlich angeordneten Wechselmodells s. unten 2. b).

³⁴ Kritisch gegenüber elterlichen Kompromissen (z.B. Verzicht auf Mitsorge gegen großzügiges Umgangsrecht) *Staudinger/Rauscher* [Fn. 2], § 1684 Rn. 118.

seltene Gestaltung wird juristisch und gesellschaftlich nicht problematisiert, sie wird zum Spektrum elternautonomer Ausgestaltung des Familienlebens gerechnet, solange – wie im Regelfall – nicht die Grenze einer Kindeswohlgefährdung erreicht ist (Art. 6 Abs. 2 GG; § 1666 BGB).

Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die vorstehend a) beschriebene Ausgangslage.

2. Elterliche Einigkeit über Kindesbetreuung nach dem Wechselmodell

Es fragt sich, ob und wie eine entsprechende Elternvereinbarung rechtlich verfasst und verstärkt werden kann.

a) § 1671 Abs. 1 BGB

Überwiegend wird von Befürwortern des Wechselmodells § 1671 Abs. 1 BGB als geeignete Rechtsgrundlage für eine gerichtliche Anordnung dieses Modells angesehen.³⁵ Voraussetzung wäre ein entsprechender Antrag eines oder beider Elternteile (§ 1671 Abs. 1 S. 1 BGB). Aber diese „gerufene Intervention“ des Familiengerichts kann nur auf eine Neuordnung der rechtlichen Sorgekompetenzen der Elternteile gerichtet sein – die Ausübung dieser Kompetenzen bleibt grundsätzlich beiden Eltern oder dem gerichtlich bestimmten Sorgerechtsinhaber überlassen. Mit anderen Worten: Die staatliche Regelungskompetenz nach § 1671 Abs. 1 BGB beschränkt sich auf das „Wer?“ der Sorgeverantwortung, das „Wie?“ bleibt der autonomen, nur dem Kind gegenüber verantwortlichen Entscheidung des oder der Sorgeberechtigten überlassen³⁶ (bei gemeinsamer Sorge gelten insoweit §§ 1627, 1628 BGB).³⁷ Das Wechselmodell ist in seiner Grundkonzeption aber darauf ausgerichtet, die trotz Elterntrennung fortbestehende Sorgegemeinschaft beider Eltern auf der Rechtsebene (§ 1671 Abs. 1 S. 1 BGB) mit einer gelebten, wenngleich alternierend verwirklichten Sorgegemeinsamkeit auf der tatsächlichen Ebene zu „unterfüttern“. Damit ist das Wechselmodell als Frage der *Sorgeausübung* einzustufen und unterfällt als solche nicht der richterlichen Regelungskompetenz nach § 1671 Abs. 1 BGB.³⁸ Dies gilt auch bei einem Antrag *beider* sorgeberechtigten Eltern auf Etablierung eines Wechselmodells: § 1671 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 1 BGB begründet für dieses Regelungsthema keine

³⁵ AK 7 des 20. DFGT [Fn. 4], These 2a.

³⁶ *Staudinger/Coester* BGB, 2009, § 1671 Rn. 1, 106 f. Der Gedanke, die Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts nach Elterntrennung von der Vorlage eines „Sorgeplans“ abhängig zu machen (wie in einigen anderen Ländern, *Kostka* [Fn. 20], S. 364), ist vom Gesetzgeber nicht übernommen worden, BT-Drucks. 13/4899, S. 64; 13/8511, S. 78; zur Diskussion in Deutschland *Kostka* [Fn. 20], S. 377 f., 517 ff.; *Staudinger/Salgo*, BGB, 2014, § 1687 Rn. 12,13; *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 136.

³⁷ Dies gilt als (verfassungsrechtlich untermauerter) Grundsatz auch trotz des Umstands, dass die Gerichte durch Teilübertragungen der elterlichen Sorge auf einen Elternteil (etwa Aufenthalt, Gesundheitsfragen, Schulwahl etc) gemäß §§ 1626a Abs.2 S.1, 1628, 1671 Abs.1 S.1 oder Abs.2 S.1 (dazu *OLG Celle*, Beschluss v. 16.1.2014 - 10 UF 80/13 -, FamRZ 2014, 857= NJW 2014, 1309, 1310) *mittelbar* die Sorgeausübung steuern können.

³⁸ *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 136; *Jokisch*, FuR 2013, 679, 680 f.; *OLG Brandenburg*, FF 2012, 457, 459 = FamRZ 2012, 1886 [LSe].

Entscheidungskompetenz des Familiengerichts. Der vorerwähnte Befund, dass der Gesetzgeber des § 1671 BGB vom Residenzmodell als notwendige Konsequenz der Elterntrennung ausgegangen war, rechtfertigt nicht eine „analoge“ Erstreckung der Regelungskompetenz des Familiengerichts auch auf Ausübungsfragen.³⁹ § 1671 Abs. 1 BGB zeichnet die Demarkationslinie zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung (Art. 6 Abs. 2 GG) nach; es wäre Sache des Gesetzgebers zu regeln, ob und wie im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben die elterliche Entscheidung zugunsten eines Wechselmodells rechtlich/gerichtlich zu verstärken und unter Umständen auszugestalten wäre.

b) Alternative Lösungsversuche

Es sind verschiedene Lösungsansätze „angedacht“ worden, wie § 1671 BGB doch noch für die Etablierung eines Wechselmodells genutzt werden könnte. Dazu gehören:

(1) Gemäß § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB *periodisch wechselnde Alleinsorge zugunsten des jeweils betreuenden Elternteils*: Dies würde im Ergebnis aber kaum den elterlichen Vorstellungen entsprechen, die beim Wechselmodell auf intensive wechselseitige Abstimmung angewiesen sind; außerdem entfielen für den jeweils sorgeberechtigten Elternteil jegliche Entscheidungsbeschränkungen entsprechend § 1687 Abs. 1 BGB.⁴⁰

(2) *Periodischer Wechsel (nur) des Aufenthaltsbestimmungsrechts*:⁴¹ Bei dieser nur punktuellen gerichtlichen Regelung bliebe das gesamte, komplexe Vereinbarungs- und Kooperationsgefüge der Eltern, das für ein kindeswohldienliches Wechselmodell unverzichtbar ist, „außen vor“. Es hätte nicht teil an der Verbindlichkeit und Autorität der richterlichen Entscheidung.

(3) Offen bleibt schließlich, ob Eltern, die sich in einem gerichtlichen Verfahren nach § 1671 Abs. 1 BGB zugunsten eines Wechselmodells einigen, diesem zunächst nur elterninternen Kompromiss über die Rechtsfigur eines „*gerichtlich gebilligten Vergleichs*“ rechtliches Gewicht verleihen können (nach § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB wird ein gerichtlich gebilligter Vergleich in seiner Bestandskraft einer Gerichtsentscheidung gleichgestellt). Der für den gerichtlich gebilligten Ver-

³⁹ So aber *Sünderhauf* (Fn. 8) S. 376 ff., 380 (§ 1671 Abs. 1 BGB „analog“).

⁴⁰ Vgl. *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 261; *Jokisch*, FuR 2013, 679, 681; zu § 1687 siehe unten 4. a).

⁴¹ Vgl. *Gutjahr*, FPR 2006, 301, 302; *Hammer* [Fn. 1], S. 247; *ablehnend OLG Naumburg*, FamRZ 2014, 50 (keine „zeitliche Aufspaltung“ des Sorgerechts zulässig [dazu im Rahmen des § 1671 BGB *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 261]).

gleich in Kindschaftssachen einschlägige § 156 Abs. 2 FamFG erstreckt dieses Rechtsinstrument aber nicht auf Sorgerechtsvereinbarungen.⁴² Eine analoge Anwendung auch auf Sorgerechtsvereinbarungen, etwa auch auf Vereinbarungen zugunsten eines Wechselmodells,⁴³ hat bisher noch keine Verbreitung gefunden und bedürfte wohl auch einer gesetzgeberischen Absegnung.

Damit bleibt es insgesamt dabei, dass **§ 1671 Abs. 1 BGB keine Grundlage für die gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells** sein kann.

c) § 1684 Abs. 1, Abs. 3 BGB

aa) Rechtsfragen bei einer Anwendung auf einen Wechselmodell

Auch wenn der Wortlaut des § 1684 BGB dies nicht klar erkennen lässt, liegt die Konkretisierung und Ausgestaltung der Umgangsrechte getrennt lebender Eltern mit dem Kind in erster Linie in der Autonomie der Eltern gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.⁴⁴ Davon ist auch der Gesetzgeber des FamFG ausgegangen (§§ 156, 165 Abs. 4, 166 Abs. 1 FamFG). Scheinbar entgegenstehende Äußerungen des *BGH*⁴⁵ sind nur auf den Fall bezogen, dass Eltern den *Ausschluss* des Umgangs des Kindes mit einem Elternteil vereinbaren – hier, aber nur hier setzt in der Tat das Kindesrecht auf Umgang (§ 1684 Abs. 1 Hs. 1 BGB) den Eltern eine Grenze.⁴⁶ *Elternvereinbarungen* über einen paritätischen „Umgang“ des Kindes mit beiden Eltern gehen zwar über das dem Familiengericht in § 1684 Abs. 3 BGB eröffnete Regelungsspektrum hinaus, sind aber als Ausprägung der Elternautonomie zu akzeptieren – die elterliche Autonomie wird auch insoweit erst durch eine Gefährdung des Kindeswohls i. S. der §§ 1666, 1684 Abs. 4 S. 2 BGB begrenzt. Diese Grenze ist bei Vereinbarung paritätischer Umgangszeiten in der Regel nicht erreicht – insoweit müssten schon besondere Umstände des Einzelfalls hinzutreten.⁴⁷

Die vertragliche Konkretisierung des Umgangs hat zunächst nur die Rechtswirkung einer Elternvereinbarung; sie kann aber, wenn sie im Rahmen eines familiengerichtlichen Sorge- oder Umgangsverfahrens erfolgt, auch in einen „*gerichtlich gebilligten Vergleich*“ aufgenommen werden (§ 156 Abs. 2 FamFG). Dies gilt auch, wenn im Streit um eine frühere Umgangsregelung

⁴² Entsprechende Anregungen wurden im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgenommen, BT-Drucks. 16/3608, S. 376, 414; bedauernd *Prütting/Helms/Hammer*, FamFG, 3. Aufl., § 156 Rn. 47.

⁴³ Dazu *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 61, 261.

⁴⁴ *BVerfG*, FamRZ 1983,872,873; *Johannsen/Henrich/Jaeger* [Fn. 2], § 1684 Rn. 10; *Staudinger/Rauscher* [Fn. 2], § 1684 Rn. 115; *MünchKomm/Hennemann*, BGB, 6. Aufl., § 1684 Rn. 15; *Palandt/Götz* [Fn. 30], § 1684 Rn. 40; *Hammer*, FamRB 2006, 275.

⁴⁵ FamRZ 2005, 1471, 1473.

⁴⁶ *Hammer*, FamRZ 2005, 1474; *ders.*, FamRB 2006, 275.

⁴⁷ So auch – trotz kritischer Grundhaltung – *Staudinger/Rauscher* [Fn. 2], § 1684 Rn. 118.

ein gerichtliches Vermittlungsverfahren durchgeführt und der Streit durch erneuten Elternkonsens befriedet werden konnte. Der gerichtlich gebilligte Vergleich verdrängt dann die bisherige Regelung (§ 165 Abs. 4 S. 2 FamFG).

Die gerichtliche Billigung setzt aber eine gegenüber dem allgemeinen staatlichen Wächteramt vorverlagerte *gerichtliche Inhaltskontrolle* voraus: Die elterliche Vereinbarung unterliegt einer richterlichen „negativen“ Kindeswohlkontrolle darauf hin, ob sie „dem Kindeswohl nicht widerspricht“ (§ 156 Abs. 2 S. 2 FamFG).⁴⁸ Passiert die Elternvereinbarung diese Kontrolle (was nur in Anschauung des Einzelfalls beurteilt werden kann), genießt die Vereinbarung erhöhte Bestandskraft – sie kann nur durch richterliche Entscheidung geändert werden (§ 1696 Abs. 1 S. 1 BGB).⁴⁹ Die richterliche Billigung nimmt aber – als Kehrseite – den Eltern auch die Anpassungs- und Änderungskompetenz aus der Hand.⁵⁰ Zwar kann niemand die Eltern daran hindern, die gerichtlich genehmigte paritätische Umgangsregelung einvernehmlich veränderten Umständen anzupassen – die Neugestaltung hat dann aber wieder nur die Verbindlichkeit einer privatautonomen Vereinbarung. Eine Anpassung der gerichtlich genehmigten Regelung bedarf hingegen einer gerichtlichen Änderungsentscheidung nach § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB. Die dortige Änderungsschwelle („triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“) ist zwar bei Umgangsregelungen tendenziell großzügiger zu handhaben als bei Sorgerechtsentscheidungen;⁵¹ dennoch beeinträchtigt sie – wie schon überhaupt die Notwendigkeit eines familiengerichtlichen Verfahrens zur Umsetzung einer Änderung – die für Wechselarrangements notwendige Flexibilität der Gestaltung.

bb) Grundsätzliche Eignung von § 1684 BGB als rechtliche Grundlage eines von den Eltern vereinbarten Wechselmodells

Unabhängig von den vorerwähnten rechtlichen Rahmenbedingungen eines als „Umgangsregelung“ konzipierten Wechselmodells scheint fraglich, ob § 1684 BGB schon vom thematischen Ansatz her als rechtliche Grundlage für ein von den Eltern angestrebtes Wechselmodell geeignet ist. Schon die dem Wechselmodell unterlegte Grundidee „elterlicher Parität“ ist so nicht zu erreichen – vom Status her stehen sich weiterhin Betreuungselternteil und Umgangselternteil gegenüber.⁵² Die Regelungsthematik der Vorschrift beschränkt sich auf den „Umgang“ des Kindes mit beiden Elternteilen, also auf die unmittelbaren persönlichen Eltern-Kind-Kontakte.⁵³

⁴⁸ Zur Kritik an dieser Vorverlagerung staatlicher Kontrolle *Hammer*, FamRZ 2011, 1268, 1270, m.w.N.

⁴⁹ Dazu *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1696 Rn. 36 ff., 136; speziell zur Billigung von Wechselmodell-Vereinbarungen *Rohmann*, FPR 2013, 307, 310 f. (aus kinderpsychologischer Sicht).

⁵⁰ Vgl. *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1696 Rn. 113.

⁵¹ *Staudinger/Rauscher* [Fn. 2], § 1684 Rn. 133; *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1696 Rn. 113 f.

⁵² Das sieht auch *Sünderhauf* [Fn.8], S. 386 f., hält § 1684 BGB aber dennoch mit juristisch nicht tragfähigen Argumenten für eine geeignete Rechtsgrundlage.

⁵³ So auch die Umgangsbegriffe von Art. 9 Abs. 3 UN-Kinderrechtskonvention sowie der umgangsrechtlichen Entscheidungen des *EuGMR* zu Art. 8 Abs. 1 EGHMRK („Familienleben“); entsprechend Art. 7 EU-Grundrechte-Charta.

Kompetenzfragen, die über die Gestaltung des Umgangs (§ 1684 Abs. 3, Abs. 4 S. 3 BGB) hinausgehen, regelt die Vorschrift nicht.⁵⁴ Komplexe elterliche Arrangements wie sorgerechtigliche Handlungs- und Entscheidungsbefugnisse (§ 1687 BGB) und Folgefragen wie Unterhalt, Sozialleistungen etc. (zu alledem unten 4.) sind zwar zum Teil elternautonom möglich, können aber (über den eigentlichen Umgang hinaus) weder eine konstitutive noch eine stabilisierende Grundlage in § 1684 BGB finden.⁵⁵ Da ein „gerichtlich gebilligter Vergleich“ in § 156 Abs. 2 FamFG nur für den „Umgang“, nicht aber für Sorge- oder andere rechtliche Fragen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellt worden ist, haben im Umgangsvergleich mitgeregelte weitere Fragen nicht teil an dessen Bindungswirkung.

cc) Ergebnis

Damit ist festzustellen, dass § 1684 BGB schon vom Ansatz her die thematische Komplexität eines Wechselmodells nicht erfassen kann und im Übrigen auch innerhalb seines Anwendungsbereichs wenig geeignet ist, einem von den Eltern vereinbarten Wechselmodell zusätzlich rechtliche Verbindlichkeit zu verleihen, ohne dass gleichzeitig die elterliche Gestaltungsautonomie und damit die notwendige Flexibilität des elterlichen Arrangements erheblich beeinträchtigt wird.

d) § 1696 Abs.1 S. 1 BGB

Elterlicher Konsens zugunsten der gerichtlichen Abänderung einer bisherigen Sorgerechtsregelung ist im Rahmen von § 1696 Abs.1 S. 1 BGB, obwohl dort nicht explizit erwähnt, ein beachtliches Kriterium für die richterliche Entscheidung nach dieser Vorschrift.⁵⁶ Das gilt auch für den Fall, dass die Eltern die Umwandlung bisheriger Alleinsorge eines Elternteils in gemeinsames Sorgerecht beantragen.⁵⁷ Allerdings beruht § 1696 Abs.1 S. 1 BGB auf demselben gesetzgeberischen Konzept wie § 1671 Abs. 1 BGB: Regelungsthematik ist immer nur die Inhaberschaft der elterlichen Sorge, nicht aber die Art und Weise seiner Ausübung (oben 2.a)). Deshalb können weder Eltern, die das Sorgerecht schon gemeinsam innehaben, nach § 1696 Abs.1 S. 1 BGB eine „Änderung“ beantragen, die Ausübungsfragen ihrer Sorgegemeinschaft betrifft,

⁵⁴ Undifferenziert insoweit *BVerfG*, FF 2009,416,419 („Umgangsregelung mit dem Kind und dessen Betreuung im Sinne eines sogenannten Wechselmodells“); ähnlich *AmtsG Erfurt*, FamRZ 2013, 1590 f.; kritisch dazu *Coester*, FF 2010, 10; *zutreffend* hingegen *OLG München*, FamRZ 2013, 1822 = NZFam 2014,187, mit zust. Anm. *Carlberg*; *OLG Brandenburg*, FF 2012, 457 f. = FamRZ 2012, 1886 [LSe]; *OLG Köln*, Beschluss v. 14.3.2012 - 4 UF 235/11 -, FamRZ 2012, 1885 [LSe]; *OLG Koblenz*, FamRZ 2010,738; *OLG Stuttgart*, FamRZ 2007, 1266; *Jokisch*, FuR 2013, 679, 681; *anders OLG Karlsruhe*, FamRZ 2014, 1124 = NZFam 2014, 282; *AmtsG Erfurt*, FamRZ 2013, 1590, 1591; eingeschränkt auch *OLG Naumburg*, FamRZ 2014, 50 („allenfalls“ § 1684 BGB – im Ergebnis aber abgelehnt); *merkwürdig KG*, FamRZ 2012, 886 (§ 1684 BGB als „milderes Mittel“ gegenüber § 1671 BGB).

⁵⁵ So auch *Beger-Oelschlegel*, FamFR 2012, 403. Merkwürdigerweise wird die Verteilung der Sorgerechtskompetenzen in § 1687 BGB auch für anwendbar gehalten, wenn ein Wechselmodell auf der Grundlage von § 1684 BGB begründet worden ist – so *Bergmann*, ZKJ 2013, 489.

⁵⁶ *Coester*, FamRZ 2012, 1337, 1340 f.; *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1696 Rn. 71-74.

⁵⁷ *Staudinger/Coester* [Fn. 36], Rn. 41 f., 77 f.

noch können sie, bei Alleinsorge eines Elternteils, über die Wiederherstellung des gemeinsamen Sorgerechts hinaus eine Regelung seiner Ausübung in Form eines Wechselmodells beantragen.

3. Gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells bei insoweit uneinigen Eltern

Aus den begrenzten Möglichkeiten, *de lege lata* bei elterlichem Konsens ein Wechselmodell gerichtlich anzuordnen und auszugestalten, ergeben sich bereits die Antworten auf die Frage, ob nach geltendem Recht ein Wechselmodell bei diesbezüglicher Uneinigkeit der Eltern angeordnet werden kann.

a) Bestehende gemeinsame Sorge der Eltern, § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

aa) Anordnung eines Wechselmodells

Auch wenn ein Wechselmodell im Sinne dieser Vorschrift im Einzelfall „dem Wohl des Kindes am besten entspricht“, so ist der gesetzliche Regelungsspielraum nach dieser Vorschrift doch begrenzt auf die „Aufhebung der gemeinsamen Sorge“ und ihre (gegebenenfalls nur teilweise) Übertragung auf einen der Elternteile. Das Konzept des Wechselmodells basiert aber auf dem Leitbild paritätischer Beteiligung *beider* Eltern an der Kindessorge – auf tatsächlicher wie auf rechtlicher Ebene.

Auf die *Ausübung* des Sorgerechts kann die richterliche Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 BGB ohnehin nicht durchgreifen (oben III.2.a)). Die Gemeinsamkeit des Rechts zur elterlichen Sorge besteht im Ausgangsfall aber schon. In Konfliktfällen wird regelmäßig ein Elternteil die (zumindest teilweise) Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts beantragt haben. Ist dies der Elternteil, der das Wechselmodell ablehnt, kann das Gericht seinen Antrag ablehnen⁵⁸ – dann besteht das gemeinsame Sorgerecht fort wie zuvor, gleichermaßen aber auch die Uneinigkeit der Eltern über dessen Ausübung. Begehrt der andere Elternteil das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht mit dem Ziel, auf dieser Grundlage den (z.B.) wöchentlichen Wechsel von Kindesaufenthalt und -betreuung anzuordnen, so kann zum einen das Familiengericht eine solche Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht verbindlich vorschreiben und zum anderen ist kaum vorstellbar, dass eine solche, einseitig bestimmte Ordnung der elterlichen Kompetenzen zu einer kindeswohlgerichten Verständigung und Kooperation beider Eltern führen würde. Schon die Sorgegemeinschaft getrennt lebender Eltern als solche setzt – nach Maßgabe des *BVerfG* – eine „tragfähige soziale Beziehung der Eltern“ voraus sowie ein „Mindestmaß an Übereinstimmung“.⁵⁹ Für das kindgerechte Funktionieren eines Wechselmodells genügt nicht einmal ein

⁵⁸ Zu dieser Entscheidungsmöglichkeit *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 151 f.

⁵⁹ *BVerfG*, FamRZ 2004, 354, 355.

„Mindestmaß“, sondern Konsens in wesentlichen Erziehungs- und Betreuungsfragen sowie die Bereitschaft zu wiederholter, Kindeswohlgemäßer Anpassung bei Änderung der Umstände. Eine solche Kooperation ist bei Uneinigkeit schon über das Wechselmodell als solches in aller Regel nicht zu erwarten.⁶⁰

Insgesamt bietet auch § 1671 Abs. 1 S.2 Nr. 2 BGB deshalb keine Grundlage für die rechtliche Etablierung eines Wechselmodells.

bb) Aufrechterhaltung eines Wechselmodells

Ist ein Wechselmodell in der Vergangenheit schon praktiziert worden und beantragt ein Elternteil die Übertragung der Alleinsorge, um das Wechselmodell zu beenden oder um mehr Bestimmungsmacht zu erhalten, so kann eine solche Übertragung allerdings abgelehnt werden, wenn das Wechselmodell (trotz Elternkonflikten) einigermaßen funktionierte und die Fortsetzung von den Kindern gewünscht wird.⁶¹ Eine solche Entscheidung beruht rechtlich auf § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (die Aufhebung entspricht nicht „dem Wohl des Kindes am besten“). Sie greift nicht in den elterlichen Primat zur Regelung der Sorgeausübung ein – das Wechselmodell basiert rechtlich auf der entsprechenden früheren Elternvereinbarung.

b) Noch nicht bestehende gemeinsame Sorge der Eltern, §§ 1626a Abs. 2 S. 1 oder 1696 Abs.1 S. 1 BGB

Besteht bisher noch keine gemeinsame Sorge der Eltern, so kann diese auf Antrag ohne diesbezüglichen Konsens der Eltern gerichtlich angeordnet werden nach § 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 BGB, § 155a FamFG. Entsprechendes gilt gemäß § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn die bisherige Alleinsorge eines Elternteils auf einer gerichtlichen Entscheidung beruhte.⁶² Die familiengerichtliche Anordnung gemeinsamen Sorgerechts nach § 1626a BGB ist sogar vorrangig vor einer Übertragung des alleinigen Sorgerechts von der nichtehelichen Mutter auf den nichtehelichen Vater (§ 1671 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB).⁶³ Hier kann das gemeinsame Sorgerecht der Eltern sogar gegen den Willen eines oder beider Elternteile gerichtlich angeordnet werden.

⁶⁰ OLG München, FamRZ 2013, 1822 = NZFam 2014, 187, m. Anm. Carlberg; OLG Naumburg, FamRZ 2014, 50; KG, FamRZ 2014, 50 ff.; skeptisch und warnend z.B. Rakete-Dombek, FF 2002, 16 ff; Kostka, FPR 2006, 271, 272 ff.; Gutjahr, FPR 2006, 301, 302, 304; Eschweiler, FPR 2006, 305 ff.; Schilling, FPR 2006, 291, 296; Scheiwe, FF 2013, 280, 288; VAMV [Fn. 23], S. 4. Im Fall OLG Frankfurt/M., FamRZ 2014, 317, hatten die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern über vier Jahre in zwölf Verfahren über die Einführung eines Wechselmodells gestritten; das Gericht übertrug gemäß § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht auf die (das Wechselmodell ablehnende) Mutter.

⁶¹ Zum Ganzen BVerfG, FF 2009, 416, 418, ebenso das FamG als 1. Instanz; so auch schon AmtsG Hannover, JAmt 2001, 557; OLG Celle, FamRZ 2008, 2053; neuerdings KG, FamRZ 2012, 886 ff.; OLG Brandenburg, FF 2012, 457 ff. = FamRZ 2012, 1885 [LSe]; vgl. Jokisch, FuR 2013, 679, 681, 683 f.

⁶² Näher Staudinger/Coester [Fn. 36], § 1696 Rn. 41.

⁶³ Alleinsorge des Vaters nur, wenn „eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt“; BVerfG, FamRZ 2010, 1403 = NJW 2010, 3008, 3014 (Rn.68); Palandt/Götz [Fn. 30], § 1671 Rn. 49.

Aber auch die gerichtlichen Regelungskompetenzen gemäß §§ 1626 Abs. 2 S. 1 oder 1696 Abs. 1 S. 1 BGB beschränken sich auf die *Inhaberschaft* der rechtlichen Sorgekompetenz, sie erlauben – im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – keine verbindliche Ordnung der Sorgerechtsausübung durch die Eltern, etwa in Form eines Wechselmodells.⁶⁴

c) § 1684 Abs. 3 BGB

Nach dieser Vorschrift kann das Familiengericht zwar bei elterlicher Uneinigkeit den Umgang mit dem Kind regeln. Aber auch in dieser Situation bietet § 1684 BGB keine Grundlage für die Anordnung eines Wechselmodells: Trotz der begrifflichen Unschärfe des „Umgangs“ soll dieser nur, wie §§ 1684 und 1687 Abs.1 S.4 BGB klar zu entnehmen ist, den persönlichen Kontakt des Kindes mit dem Elternteil sichern, mit dem es nicht zusammenlebt. Auch bei großzügiger Umgangsbemessung setzt die Normthematik deshalb Grenzen, die jedenfalls beim „paritätischen Wechselmodell“ überschritten sind. Dies gilt umso mehr, als der richterliche Ermessensspielraum gemäß § 1684 Abs.3 BGB nicht in die Gestaltung der sorgerechtlichen Kompetenzen (§ 1687; dazu unten 4.a)) übergreifen kann. Bei bezüglich des Wechselmodells uneinigen Eltern wäre aber eine angemessene Strukturierung dieser Kompetenzen unverzichtbar.

d) § 1666 Abs. 1 BGB

Vereinzelt wird auch die Etablierung eines Wechselmodells auf der Grundlage von § 1666 Abs. 1 BGB für möglich gehalten.⁶⁵ Schon angesichts der Thematik dieser Vorschrift (Abwehr von drohenden Kindeswohlgefährdungen) käme sie als Grundlage eines Wechselmodells allenfalls in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.⁶⁶ Selbst dann erscheint aber zweifelhaft, ob bei kooperationsunfähigen Eltern⁶⁷ ein angeordnetes Wechselmodell die Eltern zu kindgerechtem Denken und Verhalten führen würde. Auch ist in diesem Fall die Anordnung einer Pflegschaft für das Aufenthaltsbestimmungsrecht, verbunden mit dem Appell an die Eltern, nunmehr ein einheitliches Erziehungskonzept zu entwickeln und den anderen Elternteil zu tolerieren,⁶⁸ weder eine taugliche Grundlage für ein funktionierendes Wechselmodell⁶⁹ noch eine geeignete, effektive Maßnahme zur Gefahrenabwehr, wie sie § 1666 Abs. 1 BGB fordert.⁷⁰ In der Diskussion um das **Wechselmodell** ist diese Vorschrift nach alledem praktisch bedeutungslos.

⁶⁴ Vgl. oben III 2.a).

⁶⁵ *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2010, 872 ff.; *Sünderhauf* [Fn.8], S. 380 f., 387.

⁶⁶ Das *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2010, 872 ff., stützte seine Entscheidung auf den nachdrücklichen Wunsch des achtjährigen Kindes nach „gleicher Zeit“ mit beiden Eltern sowie auf die frühere Praktizierung eines Wechselmodells über zwei Jahre.

⁶⁷ *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2010, 872 ff.: Die zerstrittenen Eltern hatten gravierende Kommunikations- und Kooperationsprobleme, waren auf ihren Paarkonflikt fixiert und unfähig, kindesorientiert zu handeln.

⁶⁸ So das *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2010, 872 ff., Rn.25.

⁶⁹ Zur Pflegerbestellung gemäß § 1666 BGB und den Folgen für sorgerechtliche Maßnahmen siehe *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1666 Rn. 226.

⁷⁰ Dazu näher *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1666 Rn. 212.

4. Rechtliche Folgeprobleme eines etablierten Wechselmodells

Der Gesetzgeber ist, wie bereits erwähnt, bei der Regelung der sorgerechtlichen Verhältnisse getrennt lebender Eltern durchgehend und wie selbstverständlich vom Leitbild des „Residenzmodells“ (Betreuungselternteil/Besuchselternteil) ausgegangen.⁷¹ Als Konsequenz passen viele kindschaftsrechtliche Folgeregelungen einer Elterntrennung nicht auf die Organisationsform „Wechselmodell“⁷² und es fragt sich, ob und wie *de lege lata* eine im Einzelfall in dieser Form gelebte Familienwirklichkeit mit den gesetzlichen Regelungen für die Situation getrennt lebender Eltern minderjähriger Kinder in Einklang zu bringen ist. Im Rahmen dieser (auf Grundsatzfragen beschränkten) Stellungnahme können nicht alle rechtlichen Konsequenzen bei Etablierung eines Wechselmodells im Einzelnen ausgelotet werden. Nur exemplarisch sind zentrale und bereits streitige Folgeprobleme zu benennen:

a) § 1687 Abs. 1 BGB

Die gesetzliche Vorstrukturierung der Kompetenzverteilung bei gemeinsam sorgeberechtigten, aber getrennt lebenden Eltern in § 1687 Abs.1 BGB ist schon beim Leitbild des Gesetzgebers, dem „Residenzmodell“, außerordentlich problematisch. Die Abgrenzung zwischen Angelegenheiten „von erheblicher Bedeutung“ (§ 1687 Abs.1 S. 1 BGB), „des täglichen Lebens“ (§ 1687 Abs. 1 S. 2, 3 BGB) und der „tatsächlichen Betreuung“ (§ 1687 Abs. 1 S. 4 BGB) ist in der theoretischen Konzeption nachvollziehbar, konkret aber oft von den Besonderheiten einer Familie abhängig (Werte, Traditionen, Lebensverhältnisse, Kindesbedürfnisse).⁷³ Beim Wechselmodell läge es nahe, die vor dem gedanklichen Hintergrund des Residenzmodells konzipierten Abstufungen zwischen Aufenthalts- und Besuchselternteil (§ 1687 Abs. 1 S. 2, 3 bzw. S. 4 BGB) für obsolet zu halten – es bliebe dann die grundsätzliche Sorgegemeinschaft gemäß Abs.1 S. 1 (mit §§ 1627, 1628 BGB) und die Alleinkompetenz jedes Elternteils während seiner/ihrer Betreuungsphase gemäß S. 4 (beschränkt auf Fragen der „tatsächlichen Betreuung“).⁷⁴ Eine Gegenauffassung plädiert demgegenüber dafür, § 1687 Abs. 1 S. 2, 3 BGB – periodisch wechselnd – auch beim Wechselmodell anzuwenden (Abs. 1 S. 4 wäre dann gegenstandslos, weil es keinen „Umgangselternteil“ im Sinne dieser Vorschrift gibt).⁷⁵

Als Vorfrage der einen oder anderen Lösung wäre zunächst zu klären, ob und inwieweit das Regelungsmodell des § 1687 Abs. 1 BGB überhaupt zur Disposition der Parteien oder des

⁷¹ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 58, 107, 154; *Staudinger/Salgo* [Fn. 36], § 1687 Rn.2; *Schwab*, FamRZ 1998, 467, 468.

⁷² *Kaiser*, FPR 2008, 143, 145: „planwidrige Regelungslücke“ des Gesetzes.

⁷³ Vgl. nur *Schwab*, FamRZ 1998, 457, 468 f.; *Staudinger/Salgo* [Fn. 36], § 1687 Rn. 27 ff.

⁷⁴ So *Johannsen/Henrich/Jaeger* [Fn. 2], § 1687 Rn. 9,11; *Bergmann*, ZKJ 2013, 489; *Kaiser*, FPR 2008, 143, 145.

⁷⁵ *Staudinger/Salgo* [Fn. 36], § 1687 Rn. 15; *Schwab/Motzer*, Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl., III Rn. 51; *Jokisch*, FuR 2013, 679, 680.

Rechtsanwenders steht.⁷⁶ Im Übrigen würde die erstgenannte Auffassung die vom Gesetzgeber angestrebte „Handhabbarkeit“ der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben der Eltern (insbesondere Abs.1 S. 2) beim Wechselmodell beseitigen. Will man nicht vermehrte Verfahren nach § 1628 BGB in Kauf nehmen, müsste man deshalb für Eltern im Wechselmodell eine *gesteigerte* Konsens- und Kooperationsfähigkeit fordern.⁷⁷

Die zweitgenannte Auffassung birgt das Problem, dass die turnusmäßig wechselnde Kompetenz nach § 1687 Abs. 1 S. 2, 3 BGB den (immerhin als Paar zerstrittenen) Eltern die Möglichkeit eröffnet, jeweils in ihrer Betreuungsphase die Erziehungsgrundsätze des anderen Teils zu konkretisieren (z.B. Freizeitaktivitäten; Computer- und Fernsichtnutzung etc.).⁷⁸ Auch dies würde die Forderung nach gesteigerter Konsens- und Kooperationsfähigkeit als Voraussetzung eines Wechselmodells unterstützen.

b) Unterhalt

Auf unterhaltsrechtlichem Gebiet wirft das Wechselmodell Probleme sowohl beim Kindesunterhalt als auch beim Unterhalt für den betreuenden Elternteil auf.

Beim *Kindesunterhalt* streitet man beim Wechselmodell vor allem über die Aufteilung zwischen Barunterhalt (§ 1612 Abs. 1 S. 1 BGB) und Unterhaltsgewährung durch Betreuung (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Der *BGH* hat eine klare, aber wenig überzeugende Antwort gegeben: Nur bei annähernd hälftiger Teilung der Kindesbetreuung sei die Betreuungsleistung auf beiden Elternseiten gemäß § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB zu berücksichtigen; bei nicht-paritätischem („asymmetrischem“) Wechselmodell (z.B. 30 %/70 % oder 60 %/40 %) bleibe es grundsätzlich bei der gesetzlichen Aufteilung (also volle Barunterhaltspflicht des unterparitätisch betreuenden Elternteils) – wenngleich möglicherweise modifiziert durch eine Herabstufung in den Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle oder Anerkennung der Betreuungsleistungen des Barunterhaltspflichtigen als (teilweiser) Naturalunterhalt.⁷⁹

Diese Rechtsprechung ist überwiegend auf Kritik gestoßen, gefordert wird eine mehr an die reale Kindesbetreuung angepasste Unterhaltsgestaltung.⁸⁰ Ein solcher, nach der realen Kindesbetreuung differenzierender Ansatz würde jedoch zu berücksichtigen haben, dass die Frage des

⁷⁶ Dazu *Staudinger/Salgo* [Fn. 36], § 1687, Rn. 12,13; *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn. 12; *MünchKomm/Hennemann* [Fn. 44], § 1687 Rn. 6, jeweils m. w. N.; *Hammer* [Fn. 1], S. 248 ff.

⁷⁷ Das wäre ein weiteres Argument gegen ein gerichtlich angeordnetes Wechselmodell gegen den Willen zumindest eines Elternteils.

⁷⁸ Zum thematischen Bereich des § 1687 Abs. 1 S. 2, 3 BGB ausführlich *Staudinger/Salgo* [Fn. 36], § 1687 Rn. 35 ff.

⁷⁹ *BGH*, FamRZ 2006, 1015, 1016 f.; FamRZ 2007, 707, 708, jeweils mit Anm. *Luthin*; zustimmend *MünchKomm/Hennemann* [Fn. 44], § 1684 Rn. 44; *Kaiser*, FPR 2008,143,146 (eventuell Ausgleich bei der Unterhaltshöhe); *Wohlgemuth*, FuR 2012, 401 ff.; *dies.*, FamRZ 2014, 84 ff. Zu Einzelheiten der Unterhaltsberechnung bei paritätischer Betreuung *Palandt/Brudermüller* [Fn. 30], § 1606 Rn. 10; 20. AK 15 des 20. DFGT 2013 [Fn. 4], S. 136.

⁸⁰ AK 1 des 19. DFGT 2011, Brähler Schriften zum Familienrecht Bd. 17, 2012, S. 91; AK 15 des 20. DFGT 2013, AK 15 [Fn. 4], S. 136 (mit kontrovers diskutierten Lösungen für das nicht-paritätische Wechselmodell); *Schürmann*, FamRZ 2014, 921, 922; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 30], § 46 Rz. 45; *Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, Rz. 663; *MünchKomm/Born*, BGB,

tatsächlichen bzw. erwartbaren Betreuungsaufwands der beiden Unterhaltspflichtigen zum einen an tatsächliche Erkenntnisgrenzen stoßen und zum anderen zu Mehrarbeit bei den Familiengerichten führen würde. Eine dem Wechselmodell Rechnung tragende Regelung müsste in einer Weise praktikabel sein, dass nicht jede Änderung von Betreuungszeiten zu einer Anpassung des Kindesunterhalts führen müsste. Das rechtspolitische Spannungsverhältnis zwischen Praktikabilität und Rechtssicherheit einerseits und Einzelfallgerechtigkeit andererseits wird im Unterhaltsrecht nur schwer aufzulösen sein. Letztlich könnte nur der für das Wechselmodell unverzichtbare Elternkonsens eine befriedigende und flexible Lastenverteilung gewährleisten.

Auch der betreuungsbedingte *Unterhaltsanspruch eines Elternteils gegen den anderen* (§§ 1570, 1615I Abs. 2 S. 2 BGB) ist naturgemäß vom Sorgerechtsmodell abhängig. Der *BGH* ist hier bereit, der teilweisen Mitbetreuung der Kinder durch den Umgangselternteil unterhaltsrechtlich Rechnung zu tragen.⁸¹ Etwaige Bedenken hinsichtlich einer mehr unterhaltsrechtlich als kindeswohlorientierten Motivation bislang eher „kinderferner“ Elternteile⁸² wären bei elterlichem Einverständnis über ein Wechselmodell unbeachtlich (bis zur Grenze des § 1666 BGB). Bei Ablehnung des Wechselmodells durch den (bisher) hauptbetreuenden Elternteil wäre dessen entsprechender Einwand im Rahmen von §§ 1570 oder 1615I Abs. 2 S. 2 BGB auf seine Berechtigung zu überprüfen.⁸³

c) Vertretung des Kindes bei der Geltendmachung von Unterhalt

Auch bei der Vorschrift des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB hat das Wechselmodell zu erheblichen Unsicherheiten geführt. Beim paritätischen Wechselmodell ist diese Vorschrift jedenfalls nicht anwendbar.⁸⁴ Bei ungleichen Betreuungsanteilen herrscht hingegen Streit: Ist die Vorschrift schon anwendbar, wenn der Betreuungsanteil eines Elternteils nur geringfügig den des anderen übersteigt;⁸⁵ ist ein Betreuungsverhältnis von zumindest 2/3 zu 1/3 erforderlich, aber auch ausreichend?⁸⁶

6. Aufl., § 1606 Rz. 34, § 1610 Rz. 113; sehr ausführlich mit Berechnungsbeispielen *Jokisch*, FuR 2014, 25, 26 ff.; zur Unverzichtbarkeit einer Elternvereinbarung *Viefhues*, FPR 2006, 287, 291; *Dethloff*, Familienrecht, 30. Aufl. 2012, § 13 Rz. 173; *Sünderhauf* [Fn. 8], S. 508 ff.; zur Berechnung im Ergebnis auch OLG Frankfurt/M., FamRZ 2014, 46 = FamFR 2013, 287; *Wohlgemuth*, FuR 2012, 218 ff.; *Gutdeutsch*, FamRB 2012, 250; *Bausch/Gutdeutsch/Seiler*, FamRZ 2012, 258 ff., m. w. N.; *Kaiser*, FPR 2008, 143, 145 f.

⁸¹ *BGH*, FamRZ 2010, 1880 Rn. 28; FamRZ 2011, 1209 Rn. 24; dem folgend und konkretisierend AK 2 des 18. DFGT 2009, Empfehlung 5, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 16, 2010, S.106; *Wohlgemuth*, FamRZ 2014, 84 ff., m.w.N.; *Jokisch*, FuR 2014, 25, 30; *Sünderhauf* [Fn.8], S. 545 ff.

⁸² Andeutungsweise *Schwab*, FF 2012, 138, 144.

⁸³ Ist das Betreuungsangebot „ernsthaft und verlässlich“?, so *BGH*, FamRZ 2010, 1880 Rn. 28; FamRZ 2011, 1209 Rn. 24 a.a.O.; AK 2 des 18. DFGT 2009 [Fn. 81], S. 106.

⁸⁴ *BGH*, FamRZ 2006, 1015; FamRZ 2014, 917 Rn. 16 (dann Pflegerbestellung oder § 1628 BGB); *MünchKomm/Huber*, BGB, 6. Aufl., § 1629 Rn. 77; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB, 2007, § 1629 Rn. 336; *Kaiser*, in: *Kaiser/Schnitzler/Friederici*, BGB, 3. Aufl., § 1629 Rn. 41; *Jokisch*, FuR 2014, 25.

⁸⁵ So *BGH*, FamRZ 2014, 917 Rn. 17 (wenn Übergewicht der Betreuung „eindeutig feststellbar“); *MünchKomm/Huber* [Fn. 84], § 1629 Rn. 77.

⁸⁶ *BGH*, FamRZ 2006, 1015, 1016; *Kaiser*, FPR 2008, 143, 146; nicht ausreichend: *KG*, FamRZ 2003, 53.

d) Weitere Konsequenzen

Auch viele weitere, durch das Wechselmodell ausgelöste Fragen sind noch kaum geklärt, vor allem solche mit öffentlich-rechtlichem Einschlag. Hierzu gehören das Leistungssystem der Jugendhilfe (insbesondere §§ 16 ff., 27 ff. SGB VIII) sowie auch Sozialleistungen nach SGB II oder SGB XII,⁸⁷ aber auch schulrechtliche, melderechtliche oder steuerrechtliche Vorschriften, die bisher am Leitbild des Residenzmodells ausgerichtet sind.⁸⁸

Die Vielzahl, Breite und praktische Bedeutung der angedeuteten und weiterer Folgeprobleme zeigt, wie dringlich eine Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung kindschaftsrechtlicher und allgemein-familienbezogener Vorschriften mit Blick auf „alternative Betreuungsmodelle“ ist – eine Aufgabe, die primär dem Verantwortungsbereich der staatlichen Gemeinschaft gemäß Art. 6 Abs. 2 GG zuzurechnen ist.⁸⁹

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Wechselmodell und Kindeswohl

Die Auswirkungen eines Wechselmodells auf das Kindeswohl sind tendenziell ambivalent – Chancen stehen Risiken gegenüber. Eine generelle Bewertung „des“ Wechselmodells unter dem Aspekt des Kindeswohls ist deshalb nicht möglich, zumal die (positiven wie negativen) Wirkungen eines Wechselmodells im Einzelnen umstritten sind.

Als zentrale Aspekte für die Beurteilung eines Wechselmodells im Einzelfall werden überwiegend angesehen:

- der elterliche Konsens über diese Betreuungsform sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Eltern, unter Zurückstellung ihrer Paardifferenzen den gesteigerten Kooperationsanforderungen des Wechselmodells gerecht zu werden;
- die Zustimmung des Kindes zu dieser Gestaltung;
- kindeswohlgerechte Rahmenbedingungen (insbesondere geringe Entfernung der Elternwohnungen voneinander; Unterbringung und Versorgung der Kinder).

Das Wechselmodell ist in vielerlei Hinsicht ein anspruchsvolles, aber auch riskantes Modell. Es kann im Einzelfall die im Lichte des Kindeswohls beste Gestaltungsform für die getrennt lebende

⁸⁷ Zu letzteren *Sünderhauf* [Fn.8], S. 559 ff.; *Wersig*, in: *Scheiwe/Wersig* (Hg.), *Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhalt – Recht im Wandel*, 2010, S. 273 ff. (zum Steuer- und Sozialrecht); zu Fragen des *Kindergelds* beim Wechselmodell *Kleinwegener*, *FuR* 2012, 165 f.; *OLG Düsseldorf*, *FamRZ* 2014, 567, 569 f.; *Jokisch*, *FuR* 2014, 25, 30 (zum Unterhaltsvorschuss S. 31).

⁸⁸ Dazu ausführlich *VAMV* [Fn. 23] zu II.; s. auch *Sünderhauf* [Fn.8], S. 573, 576, 582.

⁸⁹ Vgl. *BVerfGE* 84,168,181 = *FamRZ* 1991, 913; *Coester*, *FamRZ* 2007, 1137, 1139 f.; zur Schutz- und Förderungspflicht des Staates gegenüber den (im Rahmen des Rechts) gelebten Familienformen siehe *Schmitt-Kammler/von Coelln*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 16,17; *von Münch/Kunig/Coester-Waltjen*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 27 (zur Gestaltungsfreiheit in der Familie).

Familie sein, setzt aber die Bereitschaft aller Beteiligten zur (wiederholten) Anpassung an veränderte Umstände voraus. Insgesamt dürften die Voraussetzungen und Funktionsbedingungen für ein kindgerechtes funktionierendes Wechselmodell in vielen Fällen nicht gegeben sein. Als Mehrheits- oder gar allgemeines Leitmodell für die Kindessorge bei getrennt lebenden Eltern scheidet das Wechselmodell jedenfalls – bei kindeswohlorientierter Betrachtung – aus.

2. Das Wechselmodell im geltenden Recht

a) Rechtliche Ausgangslage

aa) Strukturelles Defizit der gesetzlichen Sorgerechtsbestimmungen

Die aktuelle Diskussion um das Wechselmodell hat eine Strukturschwäche der gesetzlichen Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht getrennt lebender Eltern wieder deutlich werden lassen, die schon unmittelbar nach dem KindRG 1998 erkannt und gerügt worden ist: Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Reform (insbesondere mit den Regelungen in §§ 1671, 1684 und 1687 BGB) aus der zwingenden Strukturierung dieser Familiensituation teilweise zurückgezogen und der Elternautonomie Gestaltungsfreiräume eröffnet, ohne deren Möglichkeiten und Grenzen zu konkretisieren – insbesondere auch durch Zur-Verfügung-Stellung rechtlicher Gestaltungsformen und -instrumente. Die gesetzlichen Regelgestaltungen (§§ 1671 Abs. 1, 1684 Abs. 1, 3, 1687 Abs. 1 BGB) schöpfen den möglichen Rahmen familienrechtlicher Organisation nach Elterntrennung nicht aus, sie sind vor dem gedanklichen Hintergrund eines „Residenzmodells“ konzipiert.

bb) Konsequenzen für die Diskussion zum Wechselmodell

Die Etablierung und Praktizierung eines Wechselmodells ist dadurch nicht ausgeschlossen, aber der insoweit instrumental nicht ausgestatteten Elternautonomie überlassen. Für den Fall, dass sich ein Wechselmodell im Einzelfall als kind- und familiengerechte Gestaltung bei Getrenntleben der Eltern erweisen sollte, muss der Gesetzgeber aber geeignete Gestaltungs- und Regelungsinstrumente zur Verfügung stellen – der bloße Verweis der Eltern auf vom gesetzlichen Regelmodell abweichende, privatautonome Vereinbarungen genügt der verfassungsrechtlichen Ausgestaltungspflicht des Staates nicht.⁹⁰ Bei der einfachgesetzlichen Umsetzung hat der Gesetzgeber einen Ermessensspielraum. Diese Kompetenzordnung und die Rechtsbindung der Gerichte kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass man bestehende Kompetenzgrenzen

⁹⁰ So die Entscheidung des *BVerfG* zum gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung der Elternehe, FamRZ 1982, 1179, 1184 (zu B. III.3.a). Zum „Wechselmodell in der Mediation“ *Spangenberg*, ZKJ 2014, 150.

(wie z.B. in §§ 1671, 1684 BGB) schlicht ignoriert⁹¹ oder nicht unmittelbar anwendbare Vorschriften einfach „analog“ anwendet.⁹²

b) Rechtliche Etablierung eines Wechselmodells bei elterlichem Konsens

Die gerichtliche Anordnung eines von beiden Eltern vereinbarten Wechselmodells wird gelegentlich auf §§ 1671 Abs. 1 oder 1684 Abs. 1, 3 BGB gestützt. Daneben könnte auch noch § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht kommen. Letztlich kann aber keine dieser Vorschriften eine entsprechende richterliche Entscheidung stützen: Nach dem gesetzlichen Konzept beschränkt sich die gerichtliche Regelungskompetenz gemäß §§ 1671 Abs. 1 oder 1696 Abs. 1 S. 1 BGB auf die *Inhaberschaft* des Sorgerechts (die bei Anträgen nach § 1671 Abs. 1 BGB schon bei beiden Eltern besteht), während die Frage, wie ein bestehendes Sorgerecht *auszuüben* ist (etwa in Form eines Wechselmodells), der Elternautonomie überlassen bleibt. Auch bei entsprechendem elterlichen Antrag fehlt eine inhaltliche Regelungskompetenz des Familiengerichts (nach § 1628 BGB kann allenfalls die Entscheidungskompetenz als solche auf einen Elternteil übertragen werden). § 1684 BGB hingegen ist schon thematisch auf den „Umgang“, d.h. den persönlichen Kontakt zwischen Kind und Eltern, beschränkt; weitergehende Sorgerechtsbefugnisse, wie sie zum Wechselmodell gehören, liegen außerhalb des Normbereichs. Deshalb kann auch ein gerichtlich gebilligter Umgangsvergleich (§ 156 Abs. 2 FamFG) die über den Umgang hinausgehenden sorgerechtlichen Elemente nicht verbindlich erfassen.

c) Rechtliche Etablierung eines Wechselmodells ohne elterlichen Konsens

Als Grundlage einer gerichtlichen Anordnung könnte insoweit an §§ 1671 Abs.1 S. 2 Nr. 2 BGB (bei bestehender gemeinsamer Sorge der Eltern), 1626a Abs. 2 S. 1 BGB oder 1696 Abs. 1 S. 1 BGB (bei bisheriger Alleinsorge eines Elternteils) gedacht werden. Ungeachtet der Problematik einer richterlichen Anordnung des Wechselmodells in diesen Fällen eignen sich die genannten Vorschriften aber schon konzeptionell nicht als Grundlage – auch hier können richterliche Entscheidungen nicht auf Ausübungsfragen der elterlichen Sorge durchgreifen.

Die daneben noch erwogene Vorschrift des § 1666 BGB scheidet als Grundlage eines richterlich angeordneten Wechselmodells ebenfalls aus.

d) Folgeregelungen

Die gesetzlichen Vorschriften zur Ausgestaltung und den Folgen des Sorgerechts getrennt lebender Eltern sind insgesamt am „Residenzmodell“ orientiert. Dieses erschöpft aber die den

⁹¹ So z.T. die familiengerichtliche Praxis.

⁹² So *Sünderhauf* [Fn. 8], insbesondere S. 386 f., 389 und öfter.

Eltern eröffneten und zum Teil auch real gelebten Gestaltungsmöglichkeiten nicht. Die einschlägigen Vorschriften (insbesondere § 1687 BGB zur Sorgerechtsaufteilung; §§ 1606 Abs. 3 S. 2/1612 Abs.1 S. 1 sowie 1570, 1615 Abs. 2 S. 2 BGB zu Unterhaltsfragen; § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zur gesetzlichen Vertretung) passen deshalb nicht auf alternative Modelle der Sorgerechtsausübung.

3. Reformbedarf

Der Gesetzgeber wird aufgefordert, den in §§ 1671 ff. BGB zugrunde gelegten, grundsätzlichen Regelungsprimat gemeinsam sorgeberechtigter, aber getrennt lebender Eltern rechtlich auszugestalten. Dies umfasst einerseits geeignete, rechtsverbindliche Regelungsinstrumente, wie etwa ein Rechtsinstitut elterlicher Sorgerechtsvereinbarungen und/oder die Ausweitung des „gerichtlich gebilligten Vergleichs“ auf alle elternautonomen Sorgerechtsvereinbarungen.⁹³ Des Weiteren gehören dazu die Konkretisierung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit sowie deren Grenzen.⁹⁴ Umfasst ist aber auch die Konkretisierung der staatlichen Schlichter- und Wächterfunktion gegenüber solchen elternautonomen Regelungen – sowohl bei fortbestehendem Konsens der Eltern wie auch bei späterem Elternstreit über die Durchführung oder Änderung einer früheren Vereinbarung.⁹⁵ Der Gesetzgeber verletzt seine aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG folgende Pflicht zur familienrechtlichen Ausgestaltung des elterlichen Erziehungsvorrangs, wenn er die in §§ 1671, 1684 BGB eröffneten Autonomieräume nicht instrumental und inhaltlich angemessen ausstattet.⁹⁶

Nicht geboten ist allerdings die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die richterliche Anordnung eines Wechselmodells auch ohne entsprechenden Elternkonsens. Kindeswohlgerecht kann solche Anordnung ausnahmsweise, aber auch nur dann sein, wenn das Wechselmodell bereits einvernehmlich praktiziert worden war, jetzt aber von einem Elternteil abgelehnt wird, die Kinder jedoch die Fortsetzung des Wechselmodells ausdrücklich wünschen. Hier genügt die richterliche Ablehnung des elterlichen Änderungsantrags.⁹⁷

⁹³ Erste Überlegungen in dieser Richtung bereits bei *Schwab*, FamRZ 1998, 457, 460. Zu elterlichen Sorgerechtsvereinbarungen siehe ausformulierte Vorschläge bei *Hammer* [Fn. 1], S. 306 ff.; *Sünderhauf* [Fn. 8], S.661 ff.; zum erweiterten Anwendungsbereich des „gerichtlich gebilligten Vergleichs“ *Coester*, FF 2010, 10.

⁹⁴ Dazu ausführliche Überlegungen bei *Hammer* [Fn. 1], S. 173 ff.

⁹⁵ Sollte es auch insoweit bei § 1666 BGB bleiben? Passt § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB? Wäre die Eingriffsschwelle des § 1696 Abs.1 S. 1 BGB angemessen? Könnte der Kontrollansatz des § 1626a Abs. 2 S. 1 oder 2 BGB verallgemeinert werden? Zu diesen Fragen *Hammer* [Fn. 1], S. 200 ff.; vgl. schon *Kinderrechtskommission* des DFGT, FamRZ 1997, 337 ff.; *Coester*, DEuFamR 1999, 3, 10; *Schwab*, DNotZ 1998, 437, 443 ff.; *Zimmermann*, DNotZ 1998, 404, 423 ff.

⁹⁶ *Staudinger/Coester* [Fn. 36], § 1671 Rn.13.

⁹⁷ Oben III 3. a) bb).