



**Deutscher**  
**Familiengerichtstag e.V.**

Der Vorstand

Berichterstattung:  
Prof. Dr. Michael Coester

**Stellungnahme**

09. März 2017

zu BGH, Beschluss vom 1. Februar 2017 - XII ZB 601/15 – Wechselmodell

- I. Der BGH befasst sich mit der Frage, ob und auf welcher Rechtsgrundlage ein paritätisches Wechselmodell auch ohne entsprechenden Konsens beider Elternteile gerichtlich angeordnet werden kann. Dabei wird allein eine umgangsrechtliche Begründbarkeit einer solchen Anordnung geprüft (und – im Gegensatz zur herrschenden Meinung<sup>1</sup> – im Ergebnis bejaht); eine entsprechende sorgerechtliche Begründbarkeit wird ausdrücklich offengelassen (Beschluss Rn. 15). Ob der BGH damit zum Ausdruck bringen will, dass eine umgangsrechtliche und eine sorgerechtliche Qualifikation des „Wechselmodells“ nebeneinander und wahlweise zulässig sind, bleibt unklar – rechtsmethodisch wäre das allerdings kaum vertretbar.
- II. Dem Senat ist darin beizupflichten, dass die gesetzlichen Regelungen zur elterlichen Sorge nach Elterntrennung (insbesondere §§ 1671, 1684, 1687 BGB) zwar am Residenzmodell ausgerichtet seien, hieraus aber keine negative Aussage bezüglich anderer Betreuungsmodelle, wie insbesondere des Wechselmodells, gefolgert werden könne. Die gesetzliche und praktisch übliche Aufspaltung in einen hauptsächlichen Aufenthalt und einen Besuchsaufenthalt des Kindes sei – so der BGH (Rn. 19) – nicht gesetzlich generell vorgegeben, ein Hauptwohnsitz werde nur für bestimmte Einzelfragen gefordert (z.B. Melderecht, Sozialleistungen etc.).
- III. Weniger überzeugend ist die (verneinende) Position des BGH zu der streitigen Frage, ob die Anordnung eines Wechselmodells einen entsprechenden Konsens

---

<sup>1</sup> Zu dieser zuletzt – jeweils mit weiteren Nachweisen – neben der Vorinstanz (OLG Nürnberg FamRZ 2016, 2119) vor allem OLG München FamRZ 2016, 2120, 2122; OLG Thüringen FamRZ 2016, 2122, 2124 mit Anmerkung Hammer ebenda 2125.

der Eltern voraussetzt (Rn. 26).<sup>2</sup> Wäre dies der Fall, drohten zwar Blockaden durch den nicht-kooperativen Elternteil. Andererseits lassen es die hohen menschlichen und organisatorischen Voraussetzungen eines Wechselmodells doch als zweifelhaft erscheinen, ob aufgezwungene intensive Kooperation kindgerecht funktionieren kann: Gestaltungen des Sorgerechts sollen dem Kindeswohl dienen, sie sind kein Erziehungsmittel für unkooperative Eltern. Der Ansatz des BGH öffnet jedenfalls das Tor für eine Vielzahl von Sorgerechtsverfahren, in denen es mehr um elterliche Gleichberechtigung als um das Wohl des Kindes geht.

- IV.** Unklar bzw. nicht überzeugend sind die weiteren Ausführungen zum vom BGH bejahten Konzept eines „*Wechselmodell(s) als Umgangsregelung gemäß § 1684 BGB*“ (neben Rn. 19 auch Rn. 22, 23). Dies betrifft schon die ambivalente, unklare rechtliche Zuordnung des elterlichen Betreuungsmodells durch den BGH selbst: Einerseits wird (mit der Vorinstanz) bejaht, „*dass es sich bei der Festlegung eines bestimmten Betreuungsmodells um eine Frage der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge handelt*“ (Rn. 20). Bei einer Umgangsregelung, so der BGH, verhalte es sich aber praktisch ebenso. Während der BGH zunächst die im Wechselmodell praktizierte Betreuung „*als eine dementsprechende Sorgeausübung*“ bezeichnet (Rn. 20 S. 1)<sup>3</sup> und die Einstufung eines Betreuungsmodells als „*Frage der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge*“ (aaO S. 2), so sei letztlich das gleiche der Fall bei Festlegung des Umgangsrechts: Dieses greife stets und wesensmäßig in die Ausübung des Sorgerechts des anderen Elternteils ein – je nach Vereinbarung oder Anordnung nur quantitativ in unterschiedlichem Ausmaß. Das ist offenbar so zu verstehen, dass nach dem Konzept des BGH die „*umgangsrechtliche Regelung*“ vorgibt, wieviel „*Sorgerecht*“ bei jedem Elternteil besteht bzw. verbleibt - wobei das Gericht (in gewissem Widerspruch dazu) hinsichtlich des Umfangs der sorgerechtlichen Kompetenzen beider Elternteile auf §§ 1687 und 1628 BGB verweist (Rn. 20, 21).

§ 1687 BGB passt aber schon deshalb nicht, weil es beim Wechselmodell keinen Elternteil gibt, „*bei dem sich das Kind ... gewöhnlich aufhält*“ (Abs. 1 S. 2), im Gegensatz zum anderen Elternteil, der gemäß Abs. 1 S. 4 nur eng begrenzte, tatsächliche Fragen entscheiden darf, wenn und solange das Kind bei ihm weilt. Beim paritätischen Wechselmodell wirken beide Eltern hingegen gleichgewichtig und gleich verantwortlich gegenüber. Die Schaffung einer diesem Sorgerechtsmodell gerecht werdenden Ordnung der beiderseitigen Befugnisse und Pflichten

<sup>2</sup> Dazu ausführliche Nachweise bei OLG München FamRZ 2013, 1822; OLG Thüringen FamRZ 2016, 2122, 2123; vgl. Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 1157, 1160 ff.

<sup>3</sup> Ähnlich schon der Senat in BGH, Beschluss vom 11.1.2017 - XII ZB 565/15 Rn. 22.

wäre eine zentral wichtige Regelungsaufgabe für den Gesetzgeber; der gerichtliche Verweis auf § 1687 BGB durch den BGH kann den diesbezüglichen sachlichen Regelungsbedarf schon vom Ansatz her nicht befriedigen.

Des Weiteren stellt das Konzept des BGH, der von den „*sich aus der umgangsrechtlichen Anordnung des Wechselmodells ergebenden sorgerechtlichen Folgen*“ spricht (Rn. 21), die Rechtsbeziehungen der Eltern praktisch auf den Kopf – die Reichweite des Sorgerechts folgt hier dem Umfang des Umgangsrechts. „Umgang“ hat man aber, unabhängig von den rechtlichen Beziehungen, begrifflich mit Personen, mit denen man nicht zusammenlebt,<sup>4</sup> während der grundsätzliche Aufenthalt des Kindes bei einem oder anderen Elternteil Gegenstand elterlicher Sorge ist (so ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht unstreitig wesentlicher Bestandteil der Sorgerechtsbefugnis). Daraus folgt, dass die Grundkonzeption des BGH-Beschlusses, d.h. die Qualifikation des Wechselmodells als bloße Umgangsfrage, verfehlt ist.

**V. Auch in anderer Hinsicht kann die Argumentation des BGH nicht überzeugen:**

1. In Rn. 22 bekräftigt das Gericht seine umgangsrechtliche Qualifikation des Wechselmodells auch im Zusammenhang mit einer (in concreto nicht vorliegenden) einstweiligen Anordnung: In Umgangsfragen sind diese nicht anfechtbar, wohl aber in Sorgerechtsfragen (§ 57 S. 1 und 2 FamFG). Dahinter steht die gesetzgeberische Wertung, dass Umgangsfragen weniger intensiv in Eltern- und Kindesrechte eingreifen und für eine diesbezügliche dauerhafte Regelung deshalb der Abschluss des Hauptverfahrens abgewartet werden kann. Kann aber einem Elternteil *de facto* 50 % der bisher alleinigen Obhut und Befugnis zur Gestaltung des Lebensmittelpunktes einschließlich des partiellen Alleinvertretungsrechts (§ 1629 Abs. 2 BGB) durch einstweilige Anordnung entzogen werden, kann das wohl kaum mehr als zweitrangige „Ausübungsfrage“ eingestuft werden. Es ist zwar richtig, dass der Dualismus von Sorge- und Umgangsrecht *de lege ferenda* vom Gesetz überprüft werden sollte;<sup>5</sup> durch einen bloßen terminologischen Etikettenwechsel kann eine solch schwerwiegende Umgestaltung der elterlichen Sorgerechtsbeziehungen und eine Verkürzung des Rechtsschutzes des (bei gemeinsamem Sorgerecht) bisher alleinsorgenden Elternteils aber nicht erreicht werden.
2. Dass die umgangsrechtliche Qualifikation des Wechselmodells, die der BGH in Rn. 15 ff seines Beschlusses zu begründen versucht, auf die Situation des pari-

---

<sup>4</sup> Vgl. Staudinger/Rauscher (2014) § 1684 Rn. 50.

<sup>5</sup> Hammer FamRZ 2015, 1433, 1443 f.

tätischen Wechselmodells nicht passt, wird auch im zweiten Teil des Beschlusses deutlich: Ab Rn. 24 ff geht es um die einzelfallbezogene Frage, ob das im Ausgangsfall vom Vater beantragte paritätische Wechselmodell dem Wohl des (14-jährigen) Kindes entspricht. Offenbar befreit von der im ersten Teil verfolgten Notwendigkeit, ein Wechselmodell als bloße Ausübungsfrage der elterlichen Sorge darzustellen, fällt der Senat hier schnell in die übliche und sachnahe Terminologie zurück: Zunächst wird die Qualifikation wieder offengelassen (Rn. 24: „*umgangs- oder sorgerechtliche*“ Entscheidung zugunsten eines Wechselmodells); wenig später ist dann schon von der „*Kindeswohldienlichkeit des paritätischen Wechselmodells als hälftig geteilte Ausübung der elterlichen Sorge*“ die Rede (Rn. 25) und von „*geteilter Betreuung durch beide Eltern*“ (also nicht: Umgang; Rn. 27).

3. Bei Prüfung des konkreten Einzelfalls, d.h. der Frage, ob die vom Vater beantragte gemeinsame Sorge in Form eines paritätischen Wechselmodells gerichtlich anzuordnen sei, zeigt sich der BGH zu Recht sehr zurückhaltend. Dies gilt sowohl für die Darstellung der allgemeinen, hohen Voraussetzungen für eine entsprechende gerichtliche Anordnung wie auch für deren Anwendung auf den konkreten Fall. Neben dem hohen Konfliktniveau zwischen den Eltern<sup>6</sup> wird als problematisch eingestuft, dass der antragstellende Vater „*ausschließlich ein paritätisches Wechselmodell anstrebt*“ und Kompromisslösungen generell ausschließt – was auf eine elternrechtliche Motivation hindeutet anstelle einer Orientierung am Kindeswohl.

**VI.** Die Zurückverweisung an das OLG wegen nicht erfolgter Anhörung des 14-jährigen Kindes ist Konsequenz der unterschiedlichen Einstellung der Gerichte zur Möglichkeit des Wechselmodells in Form einer Umgangsregelung (Rn. 2): Das OLG hatte ein Wechselmodell auf umgangsrechtlicher Basis von Rechtswegen für ausgeschlossen erachtet und deshalb von vornherein einer Kindesanhörung abgesehen.<sup>7</sup> Von der umgangsrechtlichen Qualifikation des BGH aus war naturgemäß die Kindesanhörung unverzichtbar und ist deshalb – nach Zurückverweisung – vom OLG nachzuholen.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Zur Notwendigkeit elterlicher Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft sowie -fähigkeit für ein kindgerechtes Wechselmodell schon BGH FamRZ 2016, 1439 ff.

<sup>7</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2016, 2119, 2120 mit Nachweisen der insoweit wohl herrschenden Meinung.

<sup>8</sup> Vgl. OLG Thüringen FamRZ 2016, 2122.