

Entscheidung | Zivil- und Zivilprozessrecht

Zulässigkeit eines umgangsrechtlichen Wechselmodells

BGH, Beschl. v. 1. 2. 2017 – XII ZB 601/15

<https://doi.org/10.1515/juru-2018-3050>

BGB §§ 1684, 1697 a; FamFG §§ 26, 159

a) Eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, wird vom Gesetz nicht ausgeschlossen. Auch die Ablehnung des Wechselmodells durch einen Elternteil hindert eine solche Regelung für sich genommen noch nicht. Entscheidender Maßstab der Regelung ist vielmehr das im konkreten Einzelfall festzustellende Kindeswohl.

b) Die auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Umgangsregelung setzt eine bestehende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern voraus (Fortführung des Sen.Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439). Dem Kindeswohl entspricht es daher nicht, ein Wechselmodell zu dem Zweck anzuordnen, eine Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit erst herbeizuführen.

c) Ist das Verhältnis der Eltern erheblich konfliktbelastet, so liegt die auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Anordnung in der Regel nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes.

d) Das Familiengericht ist im Umgangsverfahren zu einer umfassenden Aufklärung verpflichtet, welche Form des Umgangs dem Kindeswohl am besten entspricht. Dies erfordert grundsätzlich auch die persönliche Anhörung des Kindes (im Anschluss an Sen. Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439).

BGH, Beschl. v. 1. 2. 2017 – XII ZB 601/15

I.

1 Die Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Vater) und 2 (im Folgenden: Mutter) sind die geschiedenen Eltern ihres im April 2003 geborenen Sohnes K. Sie sind gemeinsam sorgeberechtigt. Der Sohn hält sich überwiegend bei der Mutter auf. Die Eltern trafen im Januar 2013 eine Umgangsregelung, nach welcher der Sohn den Vater alle 14 Tage

am Wochenende besucht. Außerdem vereinbarten sie den Umgang in den Weihnachtsferien 2013. Der Ferienumgang wird seither von den Eltern einvernehmlich festgelegt.

2 Der Vater erstrebt im vorliegenden Verfahren die Anordnung eines paritätischen Wechselmodells als Umgangsregelung. Er will den Sohn im wöchentlichen Turnus abwechselnd von Montag nach Schulschluss bis zum folgenden Montag zum Schulbeginn zu sich nehmen, außerdem erstrebt er die gleiche Aufteilung der Ferien und Feiertage sowie eine gegenseitige Information der Eltern über die Belange des Kindes. Das AG hat den Antrag des Vaters zurückgewiesen. Dessen Beschwerde ist vor dem OLG ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt er sein Begehren weiter.

II.

3 Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

4 1. Das OLG hat seine in FamRZ 2016, 2119 veröffentlichte Entscheidung damit begründet, das vom Vater begehrte Wechselmodell könne aus rechtlichen Gründen nicht angeordnet werden. Deshalb sei auch von der persönlichen Anhörung des Kindes abgesehen worden. Das Wechselmodell sei rechtssystematisch der Ausübung der elterlichen Sorge zuzuordnen. Das Umgangsrecht ermögliche dem Elternteil, in dessen Obhut das Kind nicht lebe, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen aufrechtzuerhalten, um einer Entfremdung vorzubeugen, sowie dem Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung zu tragen. Das Umgangsrecht diene dagegen nicht der gleichberechtigten Teilhabe beider Eltern am Leben ihrer Kinder. Es sei vom Aufenthaltsbestimmungsrecht abzugrenzen, das Teil der elterlichen Sorge sei. Umgangsarrangements müssten ihre Grenze spätestens dort finden, wo sie zu einer Änderung oder Festlegung des

Lebensmittelpunkts des Kindes führen würden, was jedenfalls bei einer Anordnung der hälftigen Betreuung durch die Eltern und damit eines doppelten Lebensmittelpunkts des Kindes der Fall wäre. Es bestehe deshalb keine Möglichkeit, im Rahmen des Umgangsrechts ein paritätisches Wechselmodell anzuordnen. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehe keine Verpflichtung des Gesetzgebers, bei fehlender Einigkeit der Eltern eine paritätische Betreuung als Regelfall vorzusehen.

5 Nur ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass nach den durchgeführten Ermittlungen auch die materiellen Voraussetzungen für ein Wechselmodell nicht vorlägen. Ein Wechselmodell stelle hohe Anforderungen an die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit beider Eltern. Es könne deshalb nicht gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden. Die Annahme des Vaters, das Wechselmodell habe deeskalierende Wirkung, lasse sich nicht belegen. Vielmehr ergäben sich Anhaltspunkte dafür, dass eine gerichtliche Verordnung und rigide Durchführung des Wechselmodells zu Belastungen des Kindes beitrüge. Auch in der Anhörung der Eltern sei deutlich geworden, dass sich der Wunsch des Vaters mehr am eigenen Bedürfnis, ein gleichberechtigter Elternteil zu werden, als an den Bedürfnissen des Kindes orientiere. Es sei nicht zu erkennen, wie die Eltern den hohen Abstimmungsbedarf im Rahmen eines wöchentlichen paritätischen Wechselmodells bewältigen könnten, ohne dass das Kind zum ständigen Informationsträger zwischen ihnen werde. Auf die daraus resultierende Belastung habe schon das Jugendamt hingewiesen.

6 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

Aus den Gründen

7 a) Nach § 1684 Abs. 1 BGB hat ein Kind das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil und ist jeder Elternteil zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt. Gemäß § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB kann das Familiengericht über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Bei dem Verfahren betreffend den Umgang zwischen Eltern und Kind nach § 1684 BGB handelt es sich um ein grundsätzlich nicht antragsgebundenes Verfahren (vgl. Sen.Beschl. v. 6. 7. 2016 XII ZB 47/15 FamRZ 2016, 1752 Rn. 46 f.; v. 1. 2. 2012 XII ZB 188/11 FamRZ 2012, 533 Rn. 21 und v. 27. 10. 1993 XII ZB 88/92 FamRZ 1994, 158; OLG Hamm FamRZ 1982, 94; Staudinger/Rauscher BGB [2014] § 1684 Rn. 158 m. w. N.; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1684 BGB Rn. 21).

8 Entscheidender Maßstab ist hierbei das Kindeswohl. Das Familiengericht hat grundsätzlich die Regelung zu treffen, die unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern dem Kindeswohl nach § 1697 a BGB am besten entspricht (BVerfG FamRZ 2010, 1622, 1623). Bei einem Ausschluss des Umgangs im Fall der Trennung von Eltern und Kind gilt ein strengerer Maßstab (BVerfG FamRZ 2013, 361, 363). In diesem Fall ist nach § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB die besondere Voraussetzung der Kindeswohlgefährdung zu beachten (vgl. Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1684 BGB Rn. 34 m. w. N.).

9 Das familiengerichtliche Verfahren unterliegt nach § 26 FamFG der Amtsermittlung. Nach § 159 Abs. 1 FamFG ist ein Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, persönlich anzuhören. Auch ein jüngeres Kind ist gemäß § 159 Abs. 2 FamFG persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist. Die Neigungen, Bindungen und der Kindeswille sind gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls (Sen.Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439 Rn. 44 und BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 19). Zumal sämtliche im Gesetz aufgeführten Aspekte in Verfahren betreffend das Umgangsrecht einschlägig sind, ist eine Anhörung auch des noch nicht 14 Jahre alten Kindes regelmäßig erforderlich (vgl. zum Sorgerecht Sen.Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439 Rn. 44).

10 Das Familiengericht darf das Verfahren grundsätzlich nicht ohne eine den Umgang ausgestaltende Regelung, also nicht etwa durch bloße Zurückweisung des von einem Elternteil gestellten Antrags beenden. Das gilt auch, wenn ein Umgang dem Kindeswohl im Ergebnis zuwiderliefe. In diesem Fall hat das Gericht den Umgang nach § 1684 Abs. 4 S. 1 und 2 BGB insoweit auszuschließen, als es zum Wohl des Kindes erforderlich ist (Sen.Beschl. v. 27. 10. 1993 XII ZB 88/92 FamRZ 1994, 158, 159 f. und v. 13. 4. 2016 XII ZB 238/15 FamRZ 2016, 1058 Rn. 16 f.; BVerfG FamRZ 2006, 1005, 1006; vgl. zur Unterbringung in einer Pflegefamilie BVerfG FamRZ 2013, 361, 363).

11 Liegt bereits eine gerichtliche Umgangsregelung vor, so ist eine abändernde Regelung nach § 1696 Abs. 1 BGB nur zu treffen, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist (vgl. Sen.Beschl. v. 19. 2. 2014 XII ZB 165/13 FamRZ 2014, 732 Rn. 26 und v. 1. 2. 2012 XII ZB 188/11 FamRZ 2012, 533 Rn. 22 f.).

12 b) Ob eine gerichtliche Umgangsregelung auch ein Umgangsrecht im Umfang eines strengen oder paritätischen Wechselmodells, also einer etwa hälftigen Aufteilung der Betreuung zwischen den Eltern (vgl. Sen.Beschl.

v. 5. 11. 2014 XII ZB 599/13 FamRZ 2015, 236 Rn. 20 und v. 12. 3. 2014 XII ZB 234/13 FamRZ 2014, 917 Rn. 28 ff. m.w.N.), zum Inhalt haben kann, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

13 aa) Eine verbreitete Auffassung geht mit dem OLG davon aus, dass die gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells vom Gesetz nicht vorgesehen und ohne einen entsprechenden Konsens der Eltern nicht möglich sei (OLG Schleswig FamRZ 2016, 1945 [LSe]; OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1473 [LS]; OLG Jena FamRZ 2016, 2122 und FamRZ 2016, 2126; OLG Dresden MDR 2016, 1456 und FamRZ 2011, 1741; OLG München FamRZ 2016, 2120; OLG Düsseldorf ZKJ 2011, 256; OLG Hamm FamRZ 2012, 1883; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 1736; KG Berlin FamRZ 2015, 1910; OLG Koblenz FamRZ 2015, 1911; OLG München FamRZ 2013, 1822; OLG Naumburg FamRZ 2014, 50 und FamRZ 2015, 764; OLG Nürnberg FamRZ 2011, 1803; OLG Saarbrücken FamRZ 2015, 62 und FuR 2015, 678; Staudinger/Rauscher BGB [2014] § 1684 Rn. 50, 162a; Marchlewski FF 2015, 98; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1684 BGB Rn. 28 a; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags FamRZ 2014, 1157, 1166; Völker/Clausius Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis 6. Aufl. § 1 Rn. 320 ff.; wohl auch Coester FF 2010, 10, 12).

14 Demgegenüber sehen andere die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells auch gegen den Willen eines Elternteils grundsätzlich als zulässig an, wobei unterschiedlich beurteilt wird, ob eine entsprechende Anordnung als gegebenenfalls ausschließliche sorgerechtliche Regelung (so OLG Schleswig SchlHA 2014, 456; Sünderhauf Wechselmodell S. 376 ff.; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1438 f.; vgl. auch OLG Naumburg FamRZ 2014, 1860) oder als Umgangsregelung ergehen kann (so KG Berlin FamRZ 2012, 886; OLG Hamburg FamRZ 2016, 912; AG Erfurt FamRZ 2013, 1590; Schmid NZFam 2016, 818, 819 f.; Sünderhauf/Rixe FamRB 2014, 418, 420 f.; Gutjahr FPR 2006, 301, 304).

15 bb) Nach zutreffender Auffassung enthält das Gesetz keine Beschränkung des Umgangsrechts dahingehend, dass vom Gericht angeordnete Umgangskontakte nicht zu hälftigen Betreuungsanteilen der Eltern führen dürfen. Ob auf entsprechenden Antrag eines Elternteils und mit welchem Inhalt auch eine auf das gleiche Ergebnis gerichtete Sorgerechtsregelung möglich ist, kann hier offenbleiben.

16 (1) Eine Vorgabe, in welchem Umfang ein Umgang maximal angeordnet werden kann, enthält das Gesetz nicht. Daher ist es vom Gesetzeswortlaut auch umfasst, durch Festlegung der Umgangszeiten beider Eltern die Betreuung des Kindes hälftig unter diesen aufzuteilen (Hammer FamRZ 2015, 1433, 1438).

17 (2) Auch aus der Systematik des Sorge- und Umgangsrechts folgt keine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Umgangskontakte.

18 (a) Aus § 1687 BGB lässt sich eine gesetzliche Festlegung der Kinderbetreuung auf das Residenzmodell nicht herleiten. Zwar ist die darin enthaltene Regelung wie andere Gesetzesbestimmungen (etwa § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB und § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB) auf den Fall zugeschnitten, dass ein Elternteil das Kind hauptsächlich betreut, während der andere sein Umgangsrecht ausübt. Dass die gesetzliche Regelung sich am Residenzmodell orientiert, besagt allerdings nur, dass der Gesetzgeber die praktisch häufigste Gestaltung als tatsächlichen Ausgangspunkt der Regelung gewählt hat, nicht aber, dass er das Residenzmodell darüber hinausgehend als ein andere Betreuungsmodelle ausschließendes gesetzliches Leitbild festlegen wollte (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1436). Das Wechselmodell war als mögliche Ausgestaltung der Kindesbetreuung dem Gesetzgeber vielmehr bewusst (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 36 f.). Dass er dieses etwa als von vornherein Kindeswohlgefährlich betrachtet hätte, liegt mithin fern (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1436 m. w. N.).

19 (b) Selbst wenn ein Streit über den Lebensmittelpunkt des Kindes regelmäßig im Rahmen eines Verfahrens über das Aufenthaltsbestimmungsrecht und nicht eines solchen über das Umgangsrecht auszutragen ist, spricht dies jedenfalls bei Bestehen des gemeinsamen Sorgerechts der Eltern nicht gegen die Anordnung des Wechselmodells im Wege einer Umgangsregelung (aA OLG Brandenburg FamRZ 2012, 1886 und Beschl. v. 15. 2. 2016 10 UF 213/14 juris Rn. 28; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1439 m. w. N.). Die gesetzliche Regelung zum Sorgerecht schreibt bereits die Festlegung eines hauptsächlichlichen Aufenthalts des Kindes nicht vor (vgl. zur insoweit anderslautenden Regelung im österreichischen Recht Österr. VfGH FamRZ 2016, 32 sowie OGH Wien Beschl. v. 26. 9. 2016 6 Ob 149/16d). Soweit in anderen rechtlichen Zusammenhängen die Festlegung des hauptsächlichlichen Aufenthalts des Kindes bei einem Elternteil unausweichlich ist, steht die Bestimmung des Lebensmittelpunkts eines Kindes regelmäßig vor dem Hintergrund der praktikablen Festlegung öffentlich-rechtlicher Rechtsfolgen und dient hier etwa zur Vereinfachung der Auszahlung öffentlicher Leistungen (vgl. BFH FamRZ 2005, 1173, 1174; Sen.Beschl. v. 20. 4. 2016 XII ZB 45/15 FamRZ 2016, 1053 Rn. 12f. jeweils zum Kindergeld) oder der verlässlichen ordnungsrechtlichen Zuordnung einer Person (BVerwG FamRZ 2016, 44 zum Melderecht; vgl. Hennemann NZFam 2016, 825). Dementsprechend kann im Familienrecht vergleichbaren Schwierigkeiten, welche sich aus dem Wechselmodell ergeben, etwa bei der Geldtendmachung des Kindesunterhalts durch Zuweisung der

elterlichen Sorge an einen Elternteil nach § 1628 BGB (vgl. Sen.Urt. v. 21. 12. 2005 XII ZR 126/03 FamRZ 2006, 1015, 1016; OLG Frankfurt NJW 2017, 336f.) oder durch eine nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB ermittelte Unterhaltsbeteiligung der Eltern (vgl. Sen.Beschl. v. 11. 1. 2017 XII ZB 565/15 zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) wirksam begegnet werden, ohne dass dadurch die grundsätzliche Zulässigkeit der Betreuung des Kindes im Wechselmodell in Frage gestellt wird.

20 (c) Eine zum paritätischen Wechselmodell führende Umgangsregelung steht ebenso wie eine gleichlautende Elternvereinbarung mit dem gemeinsamen Sorgerecht im Einklang (aA Marchlewski FF 2015, 98), zumal beide Eltern gleichberechtigte Inhaber der elterlichen Sorge sind und die im Wechselmodell praktizierte Betreuung sich als eine dementsprechende Sorgerechtsausübung zweifellos im vorgegebenen Kompetenzrahmen hält. Das OLG hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei der Festlegung eines bestimmten Betreuungsmodells um eine Frage der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge handelt. Nicht anders verhält es sich aber auch bei einer herkömmlichen Umgangsregelung. Durch diese wird ebenfalls in die Ausübung des Sorgerechts eingegriffen, indem das Aufenthaltsbestimmungsrecht und gegebenenfalls das Umgangsbestimmungsrecht (Sen.Beschl. v. 6. 7. 2016 XII ZB 47/15 FamRZ 2016, 1752 Rn. 44 ff.) des oder der Sorgeberechtigten eingeschränkt werden, ohne aber elterliche Kompetenzen zu entziehen oder von dem einen auf den anderen Elternteil zu übertragen. Die mit einer Umgangsregelung verbundene Einschränkung in der Ausübung der elterlichen Sorge ist in der gesetzlichen Systematik von Sorge- und Umgangsrecht mithin angelegt. Mit welchem Umfang das Umgangsrecht gerichtlich festgelegt wird, stellt sich dann als bloß quantitative Frage dar und hat keinen Einfluss auf das grundsätzliche Verhältnis von Sorge- und Umgangsrecht. Das Umgangsrecht wird schließlich von Gesetzes wegen nicht auf die Gewährleistung eines Kontaktminimums oder den in der Praxis gebräuchlichen zweiwöchentlichen Wochenendumfang begrenzt.

21 (d) Dass eine auf das Wechselmodell gerichtete Umgangsregelung in bestimmten Fallgestaltungen, wenn der umgangsberechtigte Elternteil nicht mitsorgeberechtigt ist, zur sorgerechtlichen Regelung möglicherweise in sachlichen Widerspruch treten kann, stellt sich als eine im jeweiligen Einzelfall zu beantwortende Frage der inhaltlichen Folgerichtigkeit einer zu treffenden Entscheidung dar und kann eine generelle Ausschließlichkeit der sorgerechtlichen Regelung aus systematischen Gründen nicht rechtfertigen. Auch die Erwägung, dass der gerichtlich gebilligte Umgangsvergleich (§ 156 Abs. 2 FamFG) die über den Um-

gang hinausgehenden sorgerechtlichen Elemente nicht verbindlich erfassen könne (Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags FamRZ 2014, 1157, 1166), schließt jedenfalls bei bestehender gemeinsamer elterlicher Sorge eine auf das Wechselmodell gerichtete Anordnung mithin nicht aus. Die sich aus der umgangsrechtlichen Anordnung des Wechselmodells ergebenden sorgerechtlichen Folgen lassen sich wie bei einem von den Eltern vereinbarten Wechselmodell und bei Umgangsregelungen im allgemeinen § 1687 BGB entnehmen (Schilling NJW 2007, 3233, 3236; Schmid NZFam 2016, 818, 820; Jöckisch, FuR 2013, 679, 680; Staudinger/Salgo BGB [2014] § 1687 Rn. 15; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1436 mwN auch zur aA). Differenzen der Eltern in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung können im Wege der Anordnung nach § 1628 BGB beseitigt werden (vgl. Sen.Beschl. v. 9. 11. 2016 XII ZB 298/15 FamRZ 2017, 119 Rn. 9 ff.).

22 Schließlich ergibt sich auch daraus nichts anderes, dass das Gesetz bei einstweiligen Anordnungen den Rechtsschutz gegenüber sorgerechtlichen Maßnahmen in § 57 S. 1 FamFG einschränkt. Auch hier ist darauf zu verweisen, dass eine Umgangsregelung im Unterschied zu einem Sorgerechtseingriff lediglich eine Regelung zur Ausübung der elterlichen Sorge darstellt, die im Vergleich zu einem Eingriff in das Sorgerecht grundsätzlich von geringerer Intensität ist (vgl. Dose Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen 3. Aufl. Rn. 415f.). Wie auch bei anderen, im Vergleich zum Wechselmodell weniger weitreichenden Umgangsregelungen begegnet es daher insbesondere bei bestehender gemeinsamer elterlicher Sorge keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass ein Rechtsmittel gegen eine das Wechselmodell anordnende einstweilige Anordnung nicht statthaft ist (vgl. BVerfG FamRZ 2005, 1233, 1235). Für die Umdeutung einer erstinstanzlichen Umgangsregelung in eine sorgerechtliche Regelung (so OLG München FamRZ 2016, 2120) besteht mithin ungeachtet methodischer Bedenken kein Anlass (vgl. auch OLG Hamm FamRZ 2014, 1839).

23 (3) Eine von den Eltern getroffene Umgangsvereinbarung, die eine Betreuung im Wechselmodell beinhaltet, wird schließlich von der einhelligen Auffassung als zulässig angesehen, ohne dass gegen deren Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung von Sorge- und Umgangsrecht Bedenken erhoben worden sind. Die Umgangsvereinbarung ist vom Familiengericht vielmehr regelmäßig nach § 156 Abs. 2 FamFG durch Beschluss zu billigen. Der familiengerichtlich gebilligte Vergleich ist gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG sodann auch taugliche Grundlage einer Vollstreckung (vgl. Sen.Beschl. v. 19. 2. 2014 XII ZB 165/13 FamRZ 2014, 732 Rn. 10 und v. 1. 2. 2012 XII ZB 188/11 FamRZ 2012, 533 Rn. 11).

24 cc) Da das Gesetz auf das Wechselmodell gerichtete umgangs- oder sorgerechtliche Entscheidungen nicht ausschließt, ist über die Anordnung des Wechselmodells folglich nach der Lage des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 1585 Rn. 21; Britz FF 2015, 387, 388 f.). Entscheidender Maßstab für die Regelung des Umgangs ist das Kindeswohl (Kindeswohlprinzip, § 1697 a BGB) unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern.

25 (1) Ob im Einzelfall danach die Anordnung des Wechselmodells geboten sein kann, ist unter Berücksichtigung anerkannter Kriterien des Kindeswohls zu entscheiden. Als gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls hat der Senat in Sorgerechtsfragen bislang die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie die Beachtung des Kindeswillens angeführt (Senatsbeschlüsse BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 19 und v. 6. 12. 1989 IVb ZB 66/88 FamRZ 1990, 392, 393 m.w.N.). Gleiches gilt auch für Regelungen zum Umgangsrecht und mithin hier für die Anordnung des paritätischen Wechselmodells. Ähnlich wie bei der gemeinsamen Sorge als paritätischer Wahrnehmung des Elternrechts (vgl. Sen.Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439 Rn. 21 ff.) setzt die Kindeswohl dienlichkeit des paritätischen Wechselmodells als hälftig geteilter Ausübung der gemeinsamen Sorge auch die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern voraus (vgl. Kinderrechtekommission FamRZ 2014, 1157, 1165; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441 f.; Heilmann NJW 2015, 3346, 3347).

26 (2) Dass zwischen den Eltern über die Betreuung des Kindes im Wechselmodell Konsens besteht, ist hingegen keine Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung. Das ergibt sich bereits aus der Erwägung, dass der Wille des Elternteils und das Kindeswohl nicht notwendig übereinstimmen und es auch nicht in der Entscheidungsbefugnis eines Elternteils liegt, ob eine dem Kindeswohl entsprechende gerichtliche Anordnung ergehen kann oder nicht (vgl. Sen.Beschl. v. 5. 10. 2016 XII ZB 280/15 FamRZ 2016, 2082 Rn. 35; OLG Naumburg FamRZ 2014, 1860, 1861; Schmid NZFam 2016, 818, 819; aA OLG Düsseldorf ZKJ 2011, 256; OLG Brandenburg FF 2012, 457 juris Rn. 20). Würde der entgegengesetzte Wille eines Elternteils gleichsam als Vetorecht stets ausschlaggebend sein, so würde der Elternwille ohne Rücksicht auf die zugrundeliegende jeweilige Motivation des Elternteils in sachwidriger Weise über das Kindeswohl gestellt. Vergleichbar ist das Einverständnis beider Eltern auch nicht Voraussetzung der Begründung oder Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge in den Fällen der §§ 1626 a, 1671 BGB. Durch die Regelung in § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 BGB ist vielmehr

gerade ermöglicht worden, den Vater auch ohne Zustimmung der Mutter an der elterlichen Sorge zu beteiligen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (vgl. Sen. Beschl. v. 15. 6. 2016 XII ZB 419/15 FamRZ 2016, 1439 Rn. 21 ff.).

27 (3) Das Wechselmodell ist danach anzuordnen, wenn die geteilte Betreuung durch beide Eltern im Vergleich mit anderen Betreuungsmodellen dem Kindeswohl im konkreten Fall am besten entspricht.

28 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Umgang des Kindes mit beiden Elternteilen zum Wohl des Kindes gehört (vgl. § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB). Mit der Vorschrift ist allerdings noch keine quantitative Festlegung einer zu treffenden Umgangsregelung verbunden. Eine solche muss vielmehr im konkreten Einzelfall dem Kindeswohl entsprechen. Bei § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB handelt es sich um die gesetzliche Klarstellung eines einzelnen wenn auch gewichtigen Kindeswohlaspekts. Dass dadurch die Bedeutung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen unterstrichen wird, verleiht diesem Gesichtspunkt aber noch keinen generellen Vorrang gegenüber anderen Kindeswohlkriterien (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 25). Beim Wechselmodell kommt hinzu, dass dieses gegenüber herkömmlichen Umgangsmodellen höhere Anforderungen an die Eltern und das Kind stellt, das bei doppelter Residenz zwischen zwei Haushalten pendelt und sich auf zwei hauptsächliche Lebensumgebungen ein- bzw. umzustellen hat.

29 Auf Seiten des Kindes wird ein Wechselmodell nur in Betracht zu ziehen sein, wenn eine auf sicherer Bindung beruhende tragfähige Beziehung zu beiden Elternteilen besteht (zur Problematik bei Säuglingen und Kleinkindern vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 822; Salzgeber NZFam 2014, 921, 922). Hierfür kann gegebenenfalls auch Bedeutung gewinnen, in welchem Umfang beide Elternteile schon zur Zeit des Zusammenlebens in die Betreuung des Kindes eingebunden waren (vgl. Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441; Schmid NZFam 2016, 818, 819). Wesentlicher Aspekt ist zudem der vom Kind geäußerte Wille, dem mit steigendem Alter zunehmendes Gewicht beizumessen ist. Bei Kindern im Jugendalter verringert sich ohnedies die gemeinsame Zeit von Eltern und Kind, weil die Kinder ihren Aktionsradius erweitern und für sie die mit Gleichaltrigen verbrachte Zeit bedeutsamer wird (Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 104).

30 Zwischen den Eltern ergibt sich bei der praktischen Verwirklichung der geteilten Betreuung erhöhter Abstimmungs- und Kooperationsbedarf, was geeignete äußere Rahmenbedingungen, so etwa eine gewisse Nähe der elterlichen Haushalte und die Erreichbarkeit von Schule und Betreuungseinrichtungen, aber auch eine entsprechende

Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern voraussetzt. Dementsprechend sollten beide Eltern hinreichende Erziehungskompetenzen aufweisen und erkannt haben, dass eine kontinuierliche und verlässliche Kindererziehung der elterlichen Kooperation und eines Grundkonsenses in wesentlichen Erziehungsfragen bedarf (vgl. Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 104; Heilmann NJW 2015, 3346, 3347).

31 Bei bestehender hoher elterlicher Konfliktbelastung wird das Wechselmodell dagegen in der Regel nicht dem Kindeswohl entsprechen. Denn das Kind wird durch vermehrte oder ausgedehnte Kontakte auch mit dem anderen Elternteil verstärkt mit dem elterlichen Streit konfrontiert und gerät durch den von den Eltern oftmals ausgeübten »Koalitionsdruck« in Loyalitätskonflikte (vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 823; Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 106; Kostka ZKJ 2014, 54; Salzgeber NZFam 2014, 921, 929; Rohmann FPR 2013, 307, 310 f.; Hammer FamRZ 2015, 1433, 1441; Finke NZFam 2014, 865, 869; aA Sünderhauf Wechselmodell S. 365 ff.). Zugleich wird es den Eltern aufgrund ihres fortwährenden Streits oft nicht möglich sein, die für die Erziehung des Kindes nötige Kontinuität und Verlässlichkeit zu schaffen. Zwar ist die Senkung des elterlichen Konfliktniveaus ein Anliegen der mit der Trennungs- und Scheidungsproblematik befassten Professionen und das Familiengericht dementsprechend schon von Gesetzes wegen angehalten, auf eine einvernehmliche Konfliktlösung hinzuwirken (vgl. § 156 Abs. 1 FamFG). Jedoch erscheint die Anordnung des Wechselmodells grundsätzlich ungeeignet, die im Konflikt befangenen Eltern dadurch zu einem harmonischen Zusammenwirken in der Betreuung und Erziehung des Kindes zu veranlassen (vgl. Walper Brühler Schriften zum Familienrecht 19 S. 99, 105 f.; aA Sünderhauf Wechselmodell S. 119 ff.; 365 ff.). Das schließt nicht aus, dass die Eltern im Einzelfall gleichwohl in der Lage sind, ihren persönlichen Konflikt von der gemeinsamen Wahrnehmung ihrer Elternrolle gegenüber dem Kind zu trennen und dieses von ihrem Streit zu verschonen (vgl. Kindler/Walper NZFam 2016, 820, 823). Auch mag ein Wechselmodell in akuten Trennungssituationen etwa zunächst versuchsweise angeordnet werden können, um eine für das Kind möglichst wenig belastende Eltern-trennung zu ermöglichen und insbesondere bei starker Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen Kontinuität herzustellen, die dem Kind bei der Bewältigung der Eltern-trennung helfen kann (vgl. Salzgeber NZFam 2014, 921, 929).

32 c) Ob das Familiengericht neben der grundsätzlich gebotenen persönlichen Anhörung des Kindes im Rahmen der nach § 26 FamFG durchzuführenden Amtsermittlung ein Sachverständigengutachten (§ 163 FamFG) einholt

oder einen Verfahrensbeistand bestellt (§ 158 FamFG), ist schließlich im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens im Einzelfall zu prüfen.

33 d) Die angefochtene Entscheidung entspricht den genannten Kriterien nicht. Indem das OLG davon ausgegangen ist, dass eine Umgangsanordnung von Rechts wegen nicht möglich sei, hat es seinen Entscheidungsspielraum unzutreffend eingeengt.

34 Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus der vom OLG »ergänzend« angestellten Kindeswohlbetrachtung als richtig. Hierbei hat es allerdings zutreffend berücksichtigt, dass die Konfliktbelastung der Eltern einen gewichtigen Grund gegen die Anordnung eines Wechselmodells darstellt. Dass die Streitigkeiten sich zum größten Teil auf vermögensrechtliche Fragen beziehen, worauf die Rechtsbeschwerde verweist, steht dem nicht ohne weiteres entgegen. Auch deutet die Haltung des Vaters, der ausschließlich ein paritätisches Wechselmodell anstrebt und jede Zwischenlösung ausdrücklich abgelehnt hat, darauf hin, dass seine Rechtsverfolgung nicht hinreichend am Kindeswohl orientiert ist. Eine abschließende Beurteilung ist aber schon deswegen ausgeschlossen, weil das betroffene Kind weder vom AG noch vom OLG angehört worden ist. Das OLG hat zwar zunächst eine Anhörung des Kindes beabsichtigt, davon aber abgesehen, nachdem die Mutter den Sohn zum Anhörungstermin nicht mitgebracht hatte. Die Begründung des OLG, die Anordnung des Wechselmodells sei aus Rechtsgründen nicht möglich, trifft wie ausgeführt nicht zu. Das OLG hätte demnach gemäß §§ 68 Abs. 3 S. 2, 159 Abs. 2 FamFG das Kind persönlich anhören müssen (vgl. Sen.Beschl. v. 10. 2. 2016 XII ZB 478/15 FamRZ 2016, 802 Rn. 10 f. zur verfahrensfehlerhaft unterbliebenen Anhörung im Unterbringungsverfahren).

35 3. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Da mit der Anhörung des betroffenen Kindes weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind, ist das Verfahren an das OLG zurückzuverweisen.

Anmerkung

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage, ob das paritätische Wechselmodell – ein Betreuungsmodell, nach dem die Kinder nach Trennung und Scheidung der Eltern in gleichem zeitlichen (meist wöchentlichem) Rhythmus zwischen deren Haushalten hin und herpendeln – gerichtlich angeordnet werden kann, wenn ein Elternteil damit nicht einverstanden ist. Dass Eltern sich einvernehmlich auf dieses Betreuungsmodell, das den Kindern nach der Scheidung zwei Lebensmittelpunkte und

Zuhause beschert, einigen können, steht außer Frage – Art. 6 Abs. 2 GG garantiert ihnen in Betreuungs- und Erziehungsfragen auch insoweit die Entscheidungsbefugnis.

Im gegebenen Fall aber war die Ehefrau, in deren Haushalt der während des Verfahrens 14 Jahre alt gewordene Sohn seit der Trennung und Scheidung seiner Eltern lebte, nicht damit einverstanden, dass der Ehemann den bislang 14-tägig stattfindenden Umgang am Wochenende zum Wechselmodell erweiterte.

Das BGB sieht eine Regelung für diesen Elternkonflikt nicht vor. Für eine gerichtliche Anordnung des Wechselmodells gibt es keine gesetzliche Grundlage. Ob die elterliche Pflicht zur paritätischen Betreuung der Kinder praeter legem konstruiert werden kann, wird kontrovers beurteilt.

Judikative und Schrifttum bejahen das überwiegend und diskutieren zwei Lösungsansätze. Nach dem einen ist das Wechselmodell durch eine alternierende Aufteilung der sorgerechtlichen Kompetenzen zu legitimieren, nach dem anderen durch eine großzügige Regelung der umgangsrechtlichen Befugnisse.

Die sorgerechtliche Lösung setzt an der Möglichkeit an, bei Getrenntleben der Eltern das ihnen gemeinsam zustehende Sorgerecht – ganz oder teilweise – auf einen allein zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1671 Abs. 1 BGB). Dient also das gleichmäßige Pendeln zwischen den elterlichen Wohnungen dem Wohl des Kindes am meisten, so kann den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil der elterlichen Sorge in periodisch alternierendem Rhythmus gerichtlich übertragen werden.

Unschlüssig ist diese sorgerechtliche Verortung des Wechselmodells nun zwar insofern, als das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach traditionellem Verständnis dazu dient, den Lebensmittelpunkt des Kindes festzulegen und nicht darauf, einen solchen durch ständigen Aufenthalts- und Wohnungsänderung aufzuheben oder erst gar nicht entstehen zu lassen. Zudem ist die in § 1671 BGB vorgesehene Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf deren anhaltenden Wechsel gerichtet – mit einem Hin- und Herspringen elterlicher Befugnisse wird mithin im Sinne dieser Bestimmung nichts übertragen.

Diese Unstimmigkeiten lassen sich allerdings als richterliche Rechtsfortbildung in Reaktion auf geänderte tatsächliche Gegebenheiten durchaus akzeptieren. Nicht mehr aus § 1671 BGB herzuleiten aber ist das Wechselmodell, wenn ein Elternteil alleinsorgeberechtigt ist. § 1671 BGB sieht die Übertragung elterlicher Befugnisse nur für den Fall gemeinsamer Sorge vor. Das ist insofern konsequent, als man andernfalls dem Elternteil die – ihm gerichtlich ja zuvor zugewiesene – Alleinsorge zumindest teilweise wieder entziehen würde.

Rechtssystematisch verfehlt und als Rechtsfortbildung nicht mehr akzeptabel ist es, das Wechselmodell als Umgangsregelung im Sinne des § 1684 BGB zu definieren. Dieser Lösungsweg, den hier nun auch der BGH eingeschlagen hat, geht schlichtweg am Gesetz vorbei. Schon semantisch geht es nicht an, regelmäßiges Zusammenleben als Umgang zu definieren. Der Begriff Umgang bezeichnet – auch im juristischen Zusammenhang – zeitlich begrenzte Kontakte. Funktion der in § 1684 BGB geregelten Umgangsbefugnis ist, die zwischen dem Kind und dem Elternteil, bei dem dieses nicht lebt, bestehenden Bindungen durch persönliche Kontakte und Besuche aufrechtzuerhalten und dem Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich vom Wohlergehen seines Kindes zu überzeugen. Lebt das Kind nun aber mit seinen beiden Eltern in wechselndem Rhythmus zusammen, braucht es keiner Aufrechterhaltung der Bindungen und keiner Kontrollmöglichkeit durch Umgang. Auch wenn § 1684 BGB keine zeitliche Grenze für die Dauer von Umgangskontakten nennt, ist es widersinnig, den Wohnaufenthalt des Kindes bei einem Elternteil als Umgang mit diesem zu qualifizieren.

Bedenken begegnet dies auch insofern, als gegen im Wege der einstweiligen Anordnung getroffene gerichtliche Umgangsregelungen kein Rechtsmittel zulässig ist und das Wechselmodell mithin auch ohne Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz angeordnet werden könnte (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 FamFG). Im Hinblick auf die Tragweite der Entscheidung für das Leben des Kindes ist das nicht akzeptabel – deswegen schließlich sind sorgerechtliche Entscheidungen immer rechtsmittelfähig.

Abgesehen von dieser Kritik überzeugt die Entscheidung auch deshalb nicht, weil sie die Verortung des Wechselmodells als Umgangsregelung nicht konsequent durchhält. So wird etwa für die Kindeswohlprüfung auf Aspekte hingewiesen, die sorgerechtlich von Bedeutung sind, nicht aber umgangsrechtlich. Die Erziehungskompetenz der Eltern oder ihre Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit vermögen zwar ebenso wie die Kontinuität der Kindererziehung (Rn. 25, 30 f.) zum Ausschluss der Umgangsberechtigung eines Elternteils führen (vgl. § 1684 Abs. 3 BGB), für deren Entstehen aber sind sie irrelevant. Offensichtlich aber hält der BGH es auch nicht für nötig, die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells dogmatisch genau zu begründen – seiner Ansicht nach sind auf dieses Lebensmodell gerichtete »umgangs- oder sorgerechtliche« Gerichtsentscheidungen gleichermaßen zulässig. (Rn. 24).

Schaden wird die verfehlt rechtssystematische Einordnung der Wechselmodellproblematik im Ergebnis aber gleichwohl nicht stiften. Das in allen kindschaftsrechtlichen Entscheidungen ausschlaggebende Kindeswohl

(§ 1687a BGB) nämlich steht im Zweifel der gerichtlichen Anordnung dieses Wohnmodells gegen den Willen eines Elternteils entgegen. Die vom BGH hier zu Recht geforderte strenge Einzelfallprüfung nämlich wird, wenn sich die Eltern über die gleichmäßige Aufteilung des Aufenthaltes des Kindes nicht einig sind, in aller Regel gegen die Geeignetheit dieses Lebensmodells für das Kind sprechen. Der Wechsel zwischen den elterlichen Wohnungen fordert von dem Kind ohnehin ständige Anpassungsleistungen – und die Anforderungen an diese steigen in dem Maß, in dem die elterliche Beziehung konflikt- und streitbelastet ist. Von daher werden es die Gerichte wohl in aller Regel wegen Überforderung des Kindes ablehnen, das Wechselmodell anzuordnen – unabhängig von der rechtssystematischen Qualifizierung als sorgerechtlche oder umgangsrechtlche Angelegenheit. Und das ist mehr als richtig.

Denn dass ein regelmäßiger Wohnortwechsel zwar anregend, aber doch ziemlich anstrengend ist, können alle erwachsenen Berufspendler bestätigen. Einen solchen Wechsel Kindern zuzumuten, ist viel verlangt – zumal es für sie nicht die hilfreiche Differenzierung zwischen beruflichem und privatem Lebensmittelpunkt gibt. Warum also muten sich die Eltern die Anstrengung des Wechselmodells eigentlich nicht selbst zu? Sie können doch genau wie das Kind wöchentlich ihre Koffer packen und zu dem Kind ziehen, das in der einstigen Familienwohnung lebt – nach Trennung der Eltern nicht mehr gleichzeitig, sondern abwechselnd mit ihnen.

Prof. Dr. Elisabeth Koch: Friedrich-Schiller-Universität Jena.