

Obhut und Barunterhaltungspflicht bei wechselnder Betreuung eines Kindes

§§ 1601 ff., 1606 Abs. 3 S. 2, 1629 Abs. 2 S. 2 BGB

a) Ein Kind lebt i.S.d. § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB in der Obhut desjenigen Elternteils, bei dem das Schwergewicht der tatsächlichen Betreuung liegt.

b) Zur anteiligen Barunterhaltungspflicht von Eltern, die sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln.

BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 (OLG Stuttgart, AG Schwäbisch-Gmünd)

Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2006, 2258 ff. = FF 2006, 195 ff. = FamRZ 2006, 1015 ff. m. Anm. Luthin.

Anmerkung

Das Wechselmodell, bei dem das Kind ungefähr gleich viel Zeit bei den getrennt lebenden Eltern verbringt, ist hoch umstritten. Während es die einen als die beste Lösung für Eltern und Kind in den Himmel heben,¹ betonen andere, auf dem Boden der Bindungstheorie stehend, das erhöhte Risiko für die Bindungsbedürfnisse des Kindes² oder, auf Ergebnissen der jüngeren Scheidungsforschung fußend, die Beziehungs-

belastungen des Kindes durch den laufenden Wechsel.³ Herrschend hat sich bei den Sozialwissenschaftlern eine vorsichtige, abwartende Haltung gegenüber dem Wechselmodell durchgesetzt. Die empirischen Forschungsergebnisse sind jedenfalls, auch in den USA, noch relativ mager und stehen ganz im Gegensatz zu der geradezu euphorischen Haltung bei vielen betroffenen Vätern wie auch zu den frühen Forschungsbekundungen in den USA.⁴ Am Wechselmodell wird vor allem kritisiert, es könne ob seiner zwangsläufigen Strenge und Starrheit in den seltensten Fällen für das Kindeswohl dienlich sein.⁵ Nimmt man dem Wechselmodell seine zwangsläufige Strenge, vor allem die zeitlich fixierte Hälfte-Hälfte-Regelung, ist es, jedenfalls im bisher juristisch so gefassten Sprachgebrauch, kein Wechselmodell mehr. Sozialwissenschaftler sprechen dann von einem „flexiblen Wechselmodell“.⁶

Vereinzelt wenden die Gerichte das Wechselmodell an, um in hochbrisanten Konfliktfällen zu einer Lösung zu kommen.⁷ Vor einer solchen Anwendung des Wechselmodells auf hoch konflikthafte Fälle warnen die Sozialwissenschaftler jedoch nachhaltig und – soweit ich sehe – einmütig: Sie sei für die Kinder geradezu „schädlich“.⁸

Wenn die Gerichte und die juristische Literatur dem Wechselmodell im Rahmen der elterlichen Sorge weitgehend abgeneigt sind,⁹ beruht dies weitgehend auf der herrschenden Auffassung in den Sozialwissenschaften, korreliert jedenfalls mit den Erkenntnissen dort.

Wenn die Gerichte das (strenge) Wechselmodell im Rahmen des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB nur selten, nämlich dann bejahen, wenn der Anteil der Eltern an der Betreuung und Versorgung des Kindes genau gleichwertig ist, beruht dies aber auch auf spezifisch juristischen Gründen: Wird das Kind von beiden Eltern zu gleichen Teilen betreut, kann § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht zur Anwendung kommen, so dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, wenn ein Elternteil gegenüber dem anderen Unterhalt geltend machen will.¹⁰ Dies wiederum führt zu zeitaufwändigen und kostspieligen Auseinandersetzungen, die dem eigentlichen Unterhaltsstreit vorgeschaltet sind – wenig „praktikabel“¹¹ und für das Wohl des Kindes wenig dienlich.

¹ So zuletzt Klenner, ZKJ 2006, 8.

² Unzner, FPR 2006, 274 m.w.N.

³ Fichtner/Salzgeber, FPR 2006, 278 m.w.N.

⁴ Kostka, FPR 2006, 271.

⁵ Fichtner/Salzgeber, FPR 2006, 278; Balloff, FPR 2006, 284.

⁶ Balloff, FPR 2006, 284, 287. S. auch Viefhues, FPR 2006, 287 zu V.

⁷ AG Hannover FamRZ 2001, 846; Eschweiler, FPR 2006, 305. S. auch Kostka, FPR 2006, 271.

⁸ Kostka, FPR 2006, 271 m.w.N.

⁹ Eschweiler, FPR 2006, 305. Willutzki, Kind-Prax 2005, 197 konstatiert einen Trend zu weniger Ablehnung. Veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zum Wechselmodell im Zusammenhang mit elterlicher Sorge oder elterlichem Umgang sind selten, s. Gutjahr, FPR 2006, 301.

¹⁰ Der vom BGH ebenfalls angesprochene Weg über § 1628 BGB wird und sollte in der Praxis kaum relevant werden – s. Hennemann, FPR 2006, 295.

¹¹ Wendt/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 2 Rn 316a. S. auch Hennemann, FPR 2006, 295.

Wie der 19. ZS des KG in einem Beschl. v. 7.3.2002¹² ausführt, fehlt es an dem erforderlichen Schwerpunkt der Betreuung auch dann, wenn die Eltern das Kind nicht hälftig, sondern zu 2/3 bzw. 1/3 der Zeit betreuen. Diese Auffassung des KG lehnt der BGH ausdrücklich ab. Damit lehnt der BGH auch ein Wechselmodell ab, sofern die Eltern des Kindes nicht „in etwa“ gleichmäßig betreuen. Was aber sind die Kriterien für eine in etwa hälftige Betreuung des Kindes? In erster Linie beantwortet der BGH diese Frage auf Grund der „zeitlichen Komponente“ der Betreuung. Ihr kommt, wie der BGH ausführt, „indizielle Bedeutung“ zu, und zuvor spricht er von „in etwa gleichlangen Phasen“, in denen das Kind abwechselnd bei einem Elternteil „lebt“. Der Familienrat des BGH schränkt die Bedeutung des Zeitfaktors allerdings selbst wieder ein, indem er ihr lediglich „indizielle“ Bedeutung zumisst und hervorhebt: „ohne dass die Beurteilung sich allein hierauf zu beschränken braucht“.¹³ Dennoch: In erster Linie stellt der BGH auf den zeitlichen Faktor ab und gibt damit der Praxis einen Richtpunkt an die Hand, mit dem sie beurteilen kann, wann ein Wechselmodell zu bejahen ist, das die Anwendung von § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschließt.

Ein solcher Richtpunkt ist nicht unproblematisch, da der Scheidungsforschung zufolge nicht die mit dem Kind zusammen verbrachte Zeit entscheidend ist, sondern auf welche Weise der Elternteil die Zeit mit dem Kind nutzt.¹⁴ Jedenfalls im Rahmen des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB ist ein solcher Richtpunkt jedoch sinnvoll und praktikabel. Wer entgegen diesem Richtpunkt, also entgegen dem zeitlichen Faktor, bei nicht gleichen Betreuungsphasen eine hälftige Betreuung behauptet, muss hierfür den Nachweis erbringen.

Ist von einem Wechselmodell auszugehen, bereiten die materiellrechtlichen Unterhaltsfragen erneut Schwierigkeiten. Ob schon der BGH in dem Fall, der ihm vorlag, kein (echtes) Wechselmodell annahm, hat er auch insoweit einen Lösungsweg skizziert, falls beide Elternteile über Einkommen verfügen:

- Es kommt eine anteilige Barunterhaltspflicht der Eltern in Betracht.
- Der Unterhaltsbedarf ist an den beiderseitigen Einkünften auszurichten – zuzüglich der Mehrkosten, weil das Kind in zwei Wohnungen versorgt wird.
- Für den so ermittelten Bedarf müssen die Eltern nach ihren Einkommensverhältnissen aufkommen – abzüglich der erbrachten Naturalleistungen.

Der BGH geht somit ähnlich vor, wie wenn die Eltern gegenüber volljährigen Kindern beide barunterhaltspflichtig sind. Die jüngst vom OLG Karlsruhe¹⁵ befürwortete Lösung, wonach es wie bei der klassischen Berechnung des Kindesunterhalts bei der alleinigen Barunterhaltspflicht eines Elternteils bleibt, ist im Zweifel einfacher und praktikabler. Ob sie im Einzelfall die größere Gerechtigkeit bringt, ist die andere Frage.¹⁶ Aber auch der Weg, den das OLG Karlsruhe beschreitet, hat seine Tücken und ist kein Königsweg.¹⁷

Bei einem unechten Wechselmodell, wie es dem BGH vorlag (1/3 zu 2/3), ergeben sich ebenfalls nicht gerade einfache materiellrechtliche Unterhaltsfragen. Der Lösungsweg des BGH lautet hier:

- Es bleibt dabei: Der für das Kind hauptverantwortliche Elternteil erfüllt seine Unterhaltspflicht i.S.d. § 1606 Abs. 3 Satz 2 des 2 BGB durch die Pflege und Erziehung des Kindes.¹⁸
- Der Bedarf des Kindes wird allein auf der Grundlage des Einkommens des barunterhaltspflichtigen Elternteils ermittelt.
- Naturalunterhalt, den der barunterhaltspflichtige Elternteil erbringt, ist nur sehr zurückhaltend anzurechnen und jedenfalls nur dann, wenn hierzu konkret vorgetragen wird.

Dr. Hans van Els, Richter am Amtsgericht a.D., Solingen

¹² FamRZ 2003, 53.

¹³ Auch im Zusammenhang mit dem erwähnten Beschluss des KG führt er aus: Der Schwerpunkt der tatsächlichen Betreuung liege „regelmäßig“ bei dem Elternteil, der sich überwiegend um das Kind und dessen Belange kümmere.

¹⁴ *Fichtner/Salzgeber*, FPR 2006, 278 zu X.

¹⁵ JAmt 2006, 318 m.w.N. Ebenso AG Freiburg FamRZ 2006, 567.

¹⁶ *S. Luthin*, FamRZ 2006, 1018 (Anm. zum Urteil des BGH).

¹⁷ Eingehend mit Rechenbeispielen zu beiden Lösungswegen *Viefhues*, FPR 2006, 287. Wie *Viefhues* darlegt, können die beiden Lösungsansätze zu recht unterschiedlichen Ergebnissen führen.

¹⁸ In aller Regel wird der vorwiegend betreuende Elternteil nicht barunterhaltspflichtig sein, s. *Luthin*, FamRZ 2006, 1018 (Anm. zum Urteil des BGH).