

Berlin, 11. Februar 2019

STELLUNGNAHME

Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen
Geschäftsstelle / Office:
Anklamer Straße 38 • D-10115 Berlin
fon: +49 30 4432700 • fax: +49 30 44327022
geschaeftsstelle@djb.de • <http://www.djb.de>

zur BT-Drucksache 19/1175: Getrennt leben – Gemeinsam erziehen: Familienrechtliches Wechselmodell als Regelfall einführen (Antrag der Abgeordneten Katrin Helling-Plahr, Roman Müller-Böhm, Dr. Marco Buschmann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP) sowie

zur BT-Drucksache 19/1172: Wohl des Kindes in den Mittelpunkt stellen – Keine Festschreibung des Wechselmodells als Regelmodell (Antrag der Abgeordneten Katrin Werner, Dr. Petra Sitte, Doris Achelwilm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE)

I. Keine Festschreibung des Wechselmodells als Regelfall

Die Anträge sind exemplarisch für die seit Jahren geführte Diskussion über eine gesetzliche Regelung des Wechselmodells. Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djbb) hat den Prozess kritisch begleitet und positioniert sich zu den Forderungen zusammenfassend wie folgt:

- keine Festschreibung des Wechselmodells als gesetzlichen „Regelfall“,
- mit Bedacht geführte Diskussionen zu Änderungen im Kindesunterhalt,
- die Entwicklung tragfähiger Lösungen für paritätische Betreuungsmodelle auch für getrenntlebende Eltern und ihre Kinder im Grundsicherungsbezug, zum Beispiel durch die Einführung eines Umgangsmehrbedarfs,
- keine Benachteiligung des einkommensschwächeren Elternteils, in der Regel noch immer die Mutter, durch die Übernahme von Betreuung,
- jede gesetzliche Änderung hat unter dem Vorbehalt des Kindeswohl zu stehen.

Außerhalb aller teilweise ideologisch geführten Diskurse zur gemeinsamen, geteilten oder auch alternierenden Betreuung des Kindes durch die Eltern, sieht jedenfalls das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) keine Pflicht des Gesetzgebers, getrenntlebenden Eltern eine paritätische Betreuung vorzugeben und eine davon abweichende gerichtliche Regelung als Ausnahme (von der Regel) auszugestalten (BVerfG NJW 2015, 3366 ff.). Dies folgt weder – so das BVerfG – aus Art. 6 Abs. 2 Grundgesetz (GG) noch aus der UN-Kinderrechtskonvention.

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 01.02.2017 – Az.: XII ZB 601/15), sind gesetzliche Regelungen nicht notwendig, da das familienrechtliche Wechselmodell im Konfliktfall über die Umgangsregeln (§ 1684 BGB) angeordnet werden kann.

Die Rechtsprechung hat in der Praxis zu Kritik geführt und die Diskussion wiederaufleben lassen (vgl. z.B. Stellungnahme der Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstags

e.V. FamRZ 2014, 1157 ff., die bereits vor der Entscheidung darauf hingewiesen hat, dass entsprechende gerichtliche Anordnungen dem Sorgerecht zuzurechnen sind).

Der 72. Deutsche Juristentag (djt) hat sich im Herbst vergangenen Jahres ebenfalls mit der Thematik befasst und beschlossen, dass die „geteilte Betreuung als gleichwertiges Betreuungsmodell neben dem Residenzmodell gesetzlich abzubilden (sei)“ - Beschlussfassungen Abteilung Familienrecht zu lit. B Ziffer 5.

1. Differenzierung zwischen Status und Ausübung der elterlichen Sorge

Nach geltendem Recht steht die elterliche Sorge für ein Kind den Eltern gemeinsam zu, wenn sie verheiratet sind oder - bei nichtehelich geborenen Kindern - entsprechende Sorgeerklärungen abgegeben haben (§§ 1626, 1626a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB).

Verbindliche Regelungen im Sorgerecht – von dem Fall des § 1626a I Nr. 1 BGB abgesehen – setzen jedoch selbst bei einem Einvernehmen der Eltern immer eine gerichtliche Entscheidung voraus (Köln FamRZ 2013, 1591; Schleswig FamRZ 2014, 584 und Stuttgart FamRZ 2014, 1653).

Davon zu trennen ist die Ausübung der elterlichen Sorge. In der Ausübung sind die Eltern grundsätzlich frei und haben dies in „eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes“ zu tun. „Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen“ (§ 1627 BGB). Gelingt dies im Einzelfall nicht, kann das Gericht angerufen werden und einem Elternteil die Entscheidung in einer Angelegenheit, die für das Kind von „erheblicher Bedeutung“ ist, allein übertragen (§ 1628 BGB). Davon ausgehend sind die Eltern nicht gehindert, im Fall der Trennung – nur um diese Konstellationen geht es – das Kind bzw. die Kinder gemeinsam zu betreuen, soweit dies einvernehmlich geschieht.

Fraglich bleibt, ob der Gesetzgeber den Eltern ein Normengefüge an die Hand geben sollte, welches die Fälle erfasst, in denen ein Elternteil die gemeinsame Betreuung in einem bestimmten Umfang, der in der Regel über eine Betreuung im Verhältnis von 70:30 hinausgeht, anstrebt und der andere Elternteil widerspricht. Ob dies, wie anlässlich des 72. djt diskutiert, über eine Änderung des § 1628 BGB erreicht werden kann oder sich dogmatisch an anderer Stelle eine Verortung anbietet, kann und soll hier nicht vertieft werden. Das gilt ebenso für die Frage, ob nicht Elternvereinbarungen stärker in den Fokus zu nehmen sind und es zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen bei der Regelung des § 1687 BGB, d.h. der Alleinentscheidung in Dingen des täglichen Lebens (=Alltagsangelegenheiten), sein Bewenden haben soll. Denn: Im Hinblick auf die Elternautonomie (Art. 6 Abs. 2 GG) verbieten sich regelhafte – gesetzliche – Leitbilder oder auch Anordnungen.

Davon unabhängig stehen alle Überlegungen im Hinblick auf Änderungen des materiellen Rechts zwingend unter dem Vorbehalt des Kindeswohls (§ 1697a BGB). Denn das Ansinnen der Eltern auf eine gemeinsame alternierende Betreuung führt dazu, wie Kinder in gerichtlichen Anhörungen deutlich zum Ausdruck bringen, dass es zwischen den Eltern „gerecht“ zu gehen soll und sie deshalb „dafür“ sind, zu Papa und Mama in gleichem Umfang zu gehen. Ob dies wirklich dem Willen des Kindes entspricht oder aber der Loyalitätskonflikt hier überwiegt, ist selten festzustellen, zumal sich die Kinder – altersabhängig – häufig Befragungen entziehen und „ihre Ruhe haben wollen“. Sie möchten weder für eine Entscheidung des Gerichts noch für eine Regelung, die dem Willen eines Elternteils widerspricht, verantwortlich sein.

Wie tragfähig der Kindeswille ist, d.h. inwieweit das Kind bereit ist, Betreuungsmodelle, die unter Umständen (eher) den Bedürfnissen der Eltern entsprechen, auf Dauer zu leben, ist

schwierig zu prognostizieren. Dies ist immer eine Frage des Einzelfalls und (auch) vom Alter des betroffenen Kindes abhängig.

Es fehlt an empirischen deutschen Studien zu diesem Komplex. Die Ergebnisse einer im Auftrag des BMFSFJ vergebenen Studie, die an Umgangskontakte anknüpft, stehen noch aus.

Nach bisherigen Erkenntnissen gibt es für eine gemeinsame Betreuung zahlreiche Risikofaktoren, wie z.B. Probleme in der Beziehung, auch und gerade zum Kind, finanzielle Ressourcen (geringes Einkommen des Vaters steht häufig einer gemeinsamen Betreuung entgegen – aber auch das der Mutter), Loyalitätskonflikte und nicht zuletzt die räumliche Distanz zwischen den jeweiligen Lebensmittelpunkten (Sabine Walper, Das Wechselmodell im Spiegel der Forschung, 2015).

2. Unterhaltsrechtliche Aspekte

Der Diskurs um die Anordnung eines bestimmten Betreuungsmodells kann nicht isoliert geführt werden. Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang die Akzessorietät des Unterhaltsrechts zur Betreuung zu nennen (Volker Lipp, Kindesunterhalt beim Wechselmodell, 15. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2017, Göttinger Juristische Schriften, S. 115 ff.).

Ausdruck dessen ist der vielfach zitierte Satz, „eine(r) betreut, eine(r) zahlt“ (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB), der anschaulich einen entscheidenden Aspekt des Wechselmodells beschreibt, nämlich wie es im Ergebnis zu finanzieren oder besser formuliert unterhaltsrechtlich zu gestalten ist (zur Problematik: Kirsten Scheiwe/Maria Wersig, Cash und Care – Kindesunterhaltsrecht und Geschlechter(un)gleichheit, 2011).

Sind beide Eltern berufstätig und (deshalb) in der Lage, die äußeren Rahmenbedingungen, wie das Vorhalten zweier Wohnungen mit jeweils mindestens einem Kinderzimmer zu erfüllen, kann das Modell, sofern vom Kind mitgetragen, gelebt werden.

Sind hingegen die wirtschaftlichen Verhältnisse prekär und der bislang überwiegend betreuende Elternteil, noch immer die Mutter, geht (nur) einer Teilzeittätigkeit nach, ist nach Lösungen zu suchen.

Beabsichtigt die Mutter trennungsbedingt, die berufliche Situation zu ändern und ihre Erwerbstätigkeit auszubauen, stellt sich die Frage nach der Betreuung des Kindes für den Zeitraum, in dem es im eigenen Haushalt lebt. Zieht in diesen Fällen die Mutter – aus Kostengründen – einen Umzug zur Herkunftsfamilie in Erwägung, wird dem nicht selten vom anderen Elternteil mit gerichtlichen Anträgen (einstweiligen Anordnungen) auf Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts oder auf erweiterten Umgang begegnet.

Aufgrund der gemeinsamen Betreuung ist der Vater von seiner Barunterhaltungspflicht zudem weitgehend befreit, während der Mutter – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend – ggf. noch fiktive Einkünfte angerechnet werden, damit der sächliche Bedarf des Kindes gedeckt werden kann (BGH – Beschluss vom 11.01.2017, XII ZB 565/15).

Zwar hält der BGH an seiner Linie fest, dass ein Wechselmodell nur dann vorliegt, wenn die Eltern hälftig betreuen, aber er verweist den anderen Elternteil selbst dann auf den Ausbau seiner Erwerbstätigkeit, wenn der andere – im Fall der Vater – ein Einkommen erzielt, welches 3-fach höher ist als das der Mutter.

Der allgemeinen Diskussion noch nicht zugeführt sind schließlich die Fallkonstellationen, in denen die Eltern ihren Lebensunterhalt und den der Kinder – jenseits der 70:30 Grenze – aus öffentlichen Mittel bestreiten (müssen).

Auch für den Bezug von existenzsichernden Leistungen (etwa SGB II) gibt es weiterhin keine überzeugenden Antworten auf paritätischere Betreuungsmodelle. Eine umfangreichere Beteiligung des umgangsberechtigten Elternteils (in der Regel des Vaters) darf nicht zulasten von Alleinerziehenden (in der Regel der Mutter) gehen. Hier sollte sich der Gesetzgeber (endlich) entschließen, die höheren Bedarfe von Trennungsfamilien anzuerkennen und einen Umgangsmehrbedarf einzuführen. Auch für das Wechselmodell bedarf es neuer Lösungswege. Eine bloße Koppelung des bisherigen Sozialgeldes ist unpraktikabel und deckt den Bedarf des Kindes nicht sicher ab.

Insgesamt fehlt es an einem tragfähigen Konzept zum Zusammenspiel von Sozialleistungen für paritätischere Betreuungsmodelle (etwa Sozialgeld, Kindergeld, Unterhaltsvorschuss, Wohngeld, Kinderzuschlag).

II. Ergänzender Regelungsbedarf

Im Fokus steht außerhalb vorstehender Gesichtspunkte schließlich, inwieweit die Familienrichter*innen weitergehende Qualifikation benötigen.

Bei allem Verständnis für Forderungen in diesem Zusammenhang darf nicht aus dem Blick geraten, dass – zielführend – die Debatte auf die Einführung einer Fortbildungspflicht beschränkt werden sollte. Der Ansatz verdient Unterstützung, setzt im Umkehrschluss aber auch entsprechende Angebote voraus. Daran fehlt es regelmäßig.

Prof. Dr. Maria Wersig
Präsidentin

Brigitte Meyer-Wehage
Vorsitzende der Kommission Zivil-, Familien- und Erbrecht,
Recht anderer Lebensgemeinschaften