Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
29.11. bis 01.12.2018
in Münster

Voraussetzung der Abänderung in Kindschaftssachen – § 1671 vs. § 1696 BGB

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht
Prof. Dr. Stefan Heilmann
Frankfurt a.M.

Voraussetzung der Abänderung in Kindschaftssachen

– § 1671 vs. § 1696 BGB

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht
Prof. Dr. Stefan Heilmann
November 2018

Ü B E R S I C H T

A. Reformdiskussionen
B. Abgrenzungsfragen
C. Kindeswohlmaßstäbe
D. Regelungsgehalt des § 1696 BGB
E. Abänderungsverfahren

A. Reformdiskussion

Einführung des Konstrukts der „Betreuungszeit“ mit der Folge der Abschaffung des herkömmlichen Systems von §§ 1671, 1684, 1687 BGB o d e r (nur) Einführung einer gesetzlichen Regelung zur paritätischen Betreuung?

B e g l e i t e n d :

Studie zu Umgangsrecht und Kindeswohl (Projekt Petra)

B. Abgrenzungsfragen

1. Inhalt der elterlichen Sorge

BGH, Beschluss vom 6. Juli 2016, Az.: XII ZB 47/15:

1. Das Umgangsbestimmungsrecht ist selbstständiger Teil der Personensorge, der im Fall der Kindeswohlgefährdung gesondert entzogen werden kann.
2. Bei einem Konflikt unter den Eltern sind eine gerichtliche Umgangsregelung und die Bestimmung eines Umgangspflegers als mildere Mittel stets vorrangig.

(hierzu bereits Heilmann, Die Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis „Regelung des Umgangs“ (Umgangsbestimmungspflegschaft), FamRZ 2014, 1753ff.)

2. Wechselmodell I

- Der Streit um die paritätische Betreuung kann jedenfalls im Verfahren zum Umgang geführt werden (BGH vom 1.2.2017, Az. XII ZB 601/15).
- Die gerichtliche „Anordnung“ des Wechselmodells kommt (theoretisch) auch gegen den Willen eines Elternteils in Betracht (vgl. BGH vom 1.2.2017).
- Die Mindermeinung, nach der eine paritätische Betreuung nahezu ausnahmslos kindeswohlförderlich sei (vgl. etwa Sünderhauf, Wechselmodell – Psychologie, Recht, Praxis, 2013), findet keine Grundlage im außerjuristischen Forschungsstand

(hierzu etwa Walper, DFGT, 2016; Kostka, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, ZKJ 2014, S. 54ff.; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 2014, S. 1157ff.; Heilmann, NJW 2015, 346ff.).

Beschluss des BGH vom 1.2.2017, XII ZB 601/15:

1. 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 durch einen Elternteil hindert eine solche Regelung für sich genommen noch nicht. Entscheidender Maßstab der Regelung ist vielmehr das im konkreten Einzelfall festzustellende Kindeswohl.

2. Die auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Umgangsregelung setzt eine bestehende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern voraus. Dem Kindeswohl entspricht es daher nicht, ein Wechselmodell zu dem Zweck anzuordnen, eine Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit erst herbeizuführen.

3. 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.

=> Die dogmatischen Grenzen verschwinden ….

1. Kammergericht, Beschluss vom 18.5.2018:

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge kann das Familiengericht die bisher praktizierte Betreuungsaufteilung (hier 9:5) im Rahmen einer Umgangsregelung von Amts wegen umkehren (hier 5:9).

2. OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.10.2018 , Az. 1 UF 74/18):

Wurde in einem vergangenen Verfahren das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf einen Elternteil übertragen, gilt in einem späteren Umgangsverfahren, mit welchem die paritätische Betreuung angestrebt wird, der Maßstab des § 1696 BGB.

⇒ Die zugelassene Rechtsbeschwerde wurde eingelegt.

⇒ Siehe in diesem Zusammenhang auch KG vom 13. September 2018, 13 UF 74/18: bei einem gelebten Modell der paritätischen Betreuung, über die auch ein gerichtlich gebilligter [Umgangs-] Vergleich geschlossen worden ist, kann nur nach § 1696 BGB geändert werden.

C. Kindeswohlmaßstäbe

=> Dem Wohl des Kindes

- „**am besten entspricht**“ (§§ 1671, 1697a BGB)
- „**nicht widerspricht**“ (z.B. § 1626a Abs. 2 BGB)
- „**dient**“ (z.B. § 1685 BGB).

=> Zum Wohl des Kindes

- „**erforderlich**“ (z.B. §§ 1687 Abs. 2 BGB).

⇒**„Triftige,** das Wohl des Kindes **nachhaltig berührende Gründe“ …** (§ 1696 Abs. 1 BGB)

⇒ „**Kindeswohlgefährdung**“ (z.B. §§ 1666, 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB)

D. Regelungsgehalt des § 1696 BGB

I. Sinn und Zweck des § 1696 BGB

- Kindschaftsrechtliche Entscheidungen zu Sorge und Umgang erwachsen nicht in materieller Rechtskraft (abzugrenzen von Vollziehbarkeit und formeller Rechtskraft)
- => Rechtssicherheit der Beteiligten und Kontinuitätsinteresse des Kindes vs. notwendiger Prognoseanpassung auf Grund sich verändernder Verhältnisse aus Erwägungen des Kindeswohls

II. Anwendungsbereich des § 1696 BGB

- § 1696 Abs. 1 Satz 2 BGB führt in den Fällen des § 1626a Abs. 2 BGB zum Maßstab des § 1671 Abs. 1 BGB!
- Keine Anwendung findet § 1696 BGB, wenn die gemeinsame elterliche Sorge auf gemeinsamen Sorgeerklärungen beruht.
- Keine Anwendung findet § 1696 BGB auch, wenn Eilentscheidungen betroffen sind, denn hier ist § 54 FamFG lex specialis.

Anwendung bei Antragszurückweisung?

- Bei Ablehnung eines Antrages auf Herstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge (§ 1626a Abs. 2 BGB) oder auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge nach § 1671 BGB findet § 1696 BGB mit Blick auf seinen Sinn und Zweck hingegen Anwendung.

(a.A. zuletzt OLG Oldenburg, Beschluss vom 16.10.2018,11 WF 188/18 => § 1671 BGB, denn die mit der Ablehnung eines Antrages einhergehende Beibehaltung eines Rechtszustandes sei bereits begrifflich keine Entscheidung i.S.v. § 1696 As. 1 BGB)

Verhältnis zum Kindesschutz?

- § 1696 BGB ist gegenüber dem Entzug der elterlichen Sorge nach §§ 1666, 1666a BGB vorrangig, d.h. eine gerichtliche Regelung der elterlichen Sorge ist nach dieser Norm abzuändern, wenn einer Kindeswohl-gefährdung durch Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil begegnet werden kann (OLG München, Beschluss vom 19.1.2018, Az. 4 WF 1674/17).

Stellenwert elterlicher Einigungen?

=>Zwar findet § 1696 BGB Anwendung, wenn die Eltern bei ursprünglicher Alleinsorge eines Elternteils auf Grund gerichtlicher Entscheidung nun die gemeinsame Sorge ausüben wollen, jedoch stellt der Elternkonsens mit Blick auf die Elternautonomie nicht nur eine neue Tatsache dar, sondern ihm kommt auch indizielle Wirkung für das Vorliegen triftiger Kindeswohlgründe zu
(vgl. Staudinger/Coester, § 1696 Rn. 73).

=> Wurde die Alleinsorge (teilweise) mit Zustimmung des anderen Elternteils auf einen Elternteil übertragen (§ 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) bleibt es beim Abänderungsmaßstab des § 1696 Abs. 1 BGB.

III. Abänderungsgegenstand

- Gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge oder zum Umgang

(Wichtig: Es muss sich um eine formell rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache handeln!)

- Gerichtlich gebilligter Vergleich

(Wichtig: Es bedarf der förmlichen Billigung durch Beschluss.)

IV. Abänderungsmaßstab

1. **„Triftige Gründe“**

Diese enthalten auch das Erfordernis, dass neue Tatsachen zu einer veränderten Beurteilung Anlass geben – eine abweichende Beurteilung bei unveränderter Sach- und Rechtslage genügt nicht, denn es geht im Abänderungsverfahren grundsätzlich nicht um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer gerichtlichen Entscheidung (vgl. nur BGH FamRZ 1993, 314).

§ 1696 BGB erlaubt gerade nicht die beliebige Wiederaufrollung des Erstverfahrens (vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 109).

In diesem Sinne hinreichend,

(um die Eintrittsschwelle in das Abänderungsverfahren zu überschreiten….)

- Nachdrücklicher Änderungswunsch des Kindes (str.)
- Änderung der Gesetzeslage
- Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung
- Nach der Erstentscheidung bekannt gewordene Umstände
- Hinzutreten weiterer Personen in das für das Kind relevante Familiensystem (z.B. neue[r] Partner/-in)
- Nach der Erstentscheidung ausgeübter Umgangsboykott

2. „… das Wohl des Kindes nachhaltig berührend …“

Das Interesse des Kindes an der Änderung muss im Einzelfall gegenüber seinem Bestands- und Kontinuitätsinteresse, welches in der Regel großes Gewicht hat, deutlich überwiegen => Es findet keine offene Neuabwägung der Kindesinteressen mit dem Ziel statt, die für das Kind beste Lösung zu ermitteln.
(Staudinger/Coester, § 1696 Rn. 62; ähnlich: OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.11.2016, Az. 7 UF 1309/16).

3. Wechsel der Alleinsorge

(bzw. Wechsel des Aufenthaltsbestimmungsrechts)

=> Triftige Gründe ?

… sind insbesondere neue Tatsachen eingetreten …

=> *… die das Wohl des Kindes nachhaltig berühren?*

Es ist eine Gesamtkindeswohlprüfung im Einzelfall vorzunehmen, wobei eine Änderung dann angezeigt ist, wenn sich bei einem Vergleich der beiden Betreuungsalternativen die Situation beim nichtsorgeberechtigten Elternteil als so überlegen erweist, dass demgegenüber die Stabilitäts-interessen des Kindes zurückzustehen haben.

Fallkonstellationen

(näher hierzu Staudinger/Coester, § 1696 BGB Rn. 83ff.)

⇒ **Umgangsboykott:**

- Es ist eine Kindeswohlprüfung unter Einbeziehung aller maßgeblichen Kriterien (Erziehungsfähigkeit, Bindung, Kontinuität, Kindeswille, Förderung) vorzunehmen.

- W i c h t i g: Die Sorgerechtsentscheidung dient nicht der Herstellung (vermeintlicher) Gerechtigkeit oder der Sanktionierung elterlichen Fehlverhaltens!

- Vorrangig können hier die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens (§§ 89ff. FamFG), die Anordnung einer Umgangspflegschaft (§ 1684 Abs. 3 BGB) und gegebenenfalls auch eine Umgangsbestimmungspflegschaft (§§ 1666, 1666a, 1909 BGB) sein.

=> Wegzug/Auswanderung

- Es ist nicht Sache der Gerichte zu beurteilen, ob der Sorgeberechtigte Elternteil überzeugende Gründe für einen Umzug bzw. eine Auswanderung hat (vgl. BGH FamRZ 2010, 1060)
- Vielmehr ist der Wegzug/die Auswanderung als Faktum zu nehmen, welches der Kindeswohlprüfung zu Grunde zu legen ist.
- Zu vergleichen ist unter dem Blickwinkel des Kindeswohls die Situation bei einem Verbleib des Kindes ohne den bisher sorgeberechtigten Elternteil und diejenige bei einem Wegzug (Auswanderung) des Kindes mit diesem.
- Ergeben sich im letztgenannten Fall keine triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründe für eine Änderung, so muss der nichtsorgeberechtigte Elternteil den Wegzug bzw. die Auswanderung hinnehmen.

Exkurs: Abänderung von Umgangsentscheidungen

- Es gilt der Maßstab des (§ 166 Abs. 1 FamFG i.V.m.) § 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn das Familiengericht den Umgang nach § 1684 Abs. 3 BGB geregelt hat => es bedarf triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe u n d neuer Tatsachen (kein beliebiges Wiederaufrollen).
- Der Ausschluss des Umgangs fällt in den Anwendungs-bereich des § 166 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 1696 Abs. 2 BGB!
- Ein gerichtlich gebilligter Vergleich kann nur auf Antrag eines Elternteils oder unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB geändert werden, denn das Gericht soll nicht von sich aus in die Elternautonomie eingreifen dürfen.

  (näher hierzu MüKoFamFG/Heilmann, § 166 Rn. 15 m.w.Nachw.; a.A. OLG Koblenz, Beschluss vom 2.8.2017, Az. 13 UF 313/17: „triftige Gründe“)

E. Abänderungsverfahren (§ 166 FamFG)

=> Abgrenzung zum Überprüfungsverfahren

=> § 1696 BGB enthält die materiell-rechtlichen Voraussetzungen und § 166 FamFG die entsprechende verfahrensrechtliche Befugnis.

=> § 166 FamFG verdrängt § 48 FamFG als lex specialis.

=> §§ 1696 BGB, 166 FamfG gelten nicht in Eilverfahren, da § 54 FamFG vorrangig ist.

1. Verfahrenseinleitung

- Abänderungsverfahren sind – ebenso wie Umgangssachen (vgl. nur OLG Frankfurt, ZKJ 2013, 127f.) – Amtsverfahren.
- „Anträge“ sind daher Anregungen (vgl. § 24 FamFG), jedoch kann sich das Ermessen hinsichtlich der Verfahrenseinleitung auf Null reduzieren (ähnlich Prütting/Helms/Hammer, § 166 Rn. 10f.).
- Die Ablehnung der Einleitung eines Abänderungsverfahrens ist durch den in seinen Rechten betroffenen Beteiligten anfechtbar (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 31. März 2015, Az. 5 UF 272/14, - juris)!

2. Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot (§ 155 FamFG)

I. D a s P r o b l e m :

- Gefahr faktischer Praejudizierung
- Belastungen für das Kind

Hierzu:

- Bundesverfassungsgericht vom 11. Dezember 2001, NJW 2001, S. 961;
- MünchKommFamFG-Heilmann, § 155

II. D i e L ö s u n g ?

- Früher Termin
- V o r r a n g i g
  - Reihenfolge der Aktenbearbeitung
  - Reihenfolge der Terminsanberaumung
  - Verhältnis zu anderen Verfahren
- B e s c h l e u n i g t:
  - Behandlung von Terminsverlegungsanträgen
  - Abwägung zwischen Umfang des Erkenntnisgewinns und Nachteilen der Verfahrensverzögerung
  - Unterscheidung zwischen vermeidbaren und unvermeidbaren Verfahrensverzögerungen
  - Kein bewusstes Zuwarten mit dem Verfahrensabschluss

=> §§ 155b und c FamFG

3. (Weitere) Allgemeine Verfahrensgrundsätze

- Bestellung eines Verfahrensbeistandes (§ 158 FamFG)
- Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG): Es bedarf der hinreichenden Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 3.2.2017, Az. 1 BvR 2569/16)
- Persönliche Anhörung des Kindes (§ 159 FamFG)
- Persönliche Anhörung der Eltern (§ 160 FamFG)
- Einholung einer Stellungnahme des Jugendamtes (§ 162 FamFG, § 50 SGB VIII)

4. Gutachten

Checkliste zu § 163 FamFG

(aus: Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, Köln 2015 § 163 FamFG)

I. Vor Einholung eines Gutachtens

1. Ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens geboten?
2. Welche Qualifikation muss der Sachverständige haben?

II. Erlass des Beweisbeschlusses

1. Welche Beweisfragen sind dem Sachverständigen zu stellen? Kindeswohlmaßstab beachten!
2. Soll angeordnet werden, dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens auch auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll?
3. Benennung der Person des Gutachters

(Fortsetzung der Checkliste zu § 163 FamFG)

4. Fristsetzung!

5. Hinweis an den Sachverständigen: Bitte um
– Nachricht über anberaumte Explorationstermine sowie
– unverzügliche Benachrichtigung bei unzureichender Mitwirkung eines Beteiligten bzw.
– Hinweis, soweit aus Sicht des Sachverständigen eine Eilentscheidung des Familiengerichts zur Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse des Kindes geboten ist.

→ Aktenübersendung

(Fortsetzung der Checkliste zu § 163 FamFG)

III. Während der Begutachtungsphase

1. Überwachung der Sachverständigenfrist
2. Ggf. Sachstandsanfragen an Sachverständigen in angemessenen (kurzen) Zeitabständen!
3. Ggf. Einschreiten des Familiengerichts bei fehlender Mitwirkung eines Beteiligten!
4. Ggf. Prüfung der Voraussetzung einer Nachfristsetzung sowie der Androhung bzw. Festsetzung eines Ordnungsgeldes gegen den Sachverständigen.

(Fortsetzung der Checkliste zu § 163 FamFG)

IV. Nach Eingang des Gutachtens

1. Gewährung rechtlichen Gehörs und i.d.R. zugleich Anberaumung eines Termins, ggf. Ladung des Sachverständigen!

2. Prüfung der Verwertbarkeit des Gutachtens!

Exkurs II: Verwertbarkeit eines Gutachtens

- **Nachvollziehbarkeit und Überzeugungskraft:**

– Wissenschaftlichkeit

– innere Logik, insbes. die Widerspruchsfreiheit der Argumentation

– Schlüssigkeit, d.h. die Nachvollziehbarkeit der Begründungen und Schlussfolgerungen

– klare Trennung von Untersuchungsergebnissen und psychologischem Befund

– Anknüpfung an korrekte bzw. unstreitige (erhebliche) Tatsachen

– sachgerechte Gewichtung der Untersuchungsergebnisse

(Forts.: Verwertbarkeit eines Gutachtens)

- **Nachprüfbarkeit:**

– Angabe aller Informationsquellen

– Begründung für den Einsatz bzw. Nichteinsatz von **Methodik bzw. Testverfahren** sowie ggf. die Beschreibung von deren Zielsetzung und die Angabe der Grundlagen ihrer Durchführung, Auswertung und Interpretation

– (getrennte) Darstellung des Untersuchungsablaufs und der Untersuchungsergebnisse

– Information über Delegation bzw. die Hinzuziehung von Hilfskräften!

Familie · Betreuung · Soziales
Heilmann (Hrsg.)
Praxiskommentar
Kindschaftsrecht
BGB · FamFG · SGB VIII ·
RPflG · HKÜ · IntFamRVG u.a.

VIELEN DANK

FÜR IHRE

AUFMERKSAMKEIT!