

Barbara Holzner

**Die Änderung
von Sorgerechtsentscheidungen
gem. § 1696 Abs. 1 BGB**



Herbert Utz Verlag · München

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
Kapitel 1: Struktur und Problematik der allgemeinen Änderungsnorm des § 1696 Abs. 1 BGB	23
A. Wesensmerkmale der Generalnorm	23
I. Regelungsgegenstand	23
II. Anwendungsbereich des § 1696 Abs. 1 BGB und Konkurrenzen	25
1. Weite der Änderungsnorm	25
a. „Anordnungen“ als Änderungsgegenstand	25
b. Änderungsgrund und Gestaltungsziel	26
2. Begrenzung durch das Rechtssystem	27
a. Kindesschutzrechtliche Aufhebungsnorm (§ 1696 Abs. 2 BGB)	27
b. Spezielle Änderungsnormen (§§ 1672 Abs. 2, 1680 Abs. 2 S. 1, 1681 Abs. 1 BGB)	28
c. Problemfälle	29
3. Ergebnis	29
III. Bedeutung der Kindeswohlformel	30
IV. Zusammenfassung	32
B. Bestehende Rechtsunsicherheiten bei Anwendung des § 1696 Abs. 1 BGB	33
I. Kindeswohlformel des § 1696 Abs. 1 BGB als Maßstab der Änderungsentscheidung	33
1. Beschränkung auf die Gestaltungsgrenzen der Vorentscheidung	33

2. Wiederbegründung gemeinsamer Sorge bei fehlendem Elternkonsens	35
3. Berücksichtigung des elterlichen Änderungskonsenses	37
4. Ausfall des alleininsorgeberechtigten Elternteils	38
a. Ruhen der Elternsorge	38
b. Entzug der Alleinsorge	40
5. Maßstab bei Rückwechsel der Alleinsorge nach Wegfall des Ausfallgrundes	40
6. Rückwechsel der Alleinsorge auf die nichteheliche Mutter	42
7. Analyse der bestehenden Maßstabsprobleme	42
II. Kindeswohlschwelle des § 1696 Abs. 1 BGB als Legitimation für den staatlichen Änderungseingriff	44
1. Meinungsstand und Lösungsvorschläge	46
2. Stellungnahme und Untersuchungsansatz	48
C. Leitende Rechtsgedanken für Auslegung bzw. Anpassung der Änderungsnorm	50
I. Kindeswohlprinzip als Ausprägung des Grundprinzips gegenseitigen Achtens	50
II. Elternautonomie des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	53
III. Staatliches Wächteramt als Ausprägung des Schutzes des Schwächeren	54
IV. Schlichteramt des Staates als Ausprägung der Friedenssicherungsfunktion des Rechts	56
V. Verhältnismäßigkeitsprinzip	56
VI. Einheit und innere Ordnung des Rechtssystems	57
D. Zusammenfassung	58

Kapitel 2: Die Kindeswohlformel des § 1696 Abs. 1 BGB als Entscheidungsmaßstab	59
A. Normalfall: Streitiger Wechsel der Alleinsorge	59
I. Sachgerechtigkeit der Konkretisierung des Änderungsmaßstabs	60
II. Sachgerechtigkeit der Höhe des Änderungsmaßstabs	62
1. Meinungsstand	62
2. Stellungnahme	63
a. Besonderheiten der Trennungsfamilie	63
b. Gewichtung von Änderungsbedürfnissen und Kontinuitätsinteressen	65
III. Ergebnis	67
B. Bedeutung der Erstentscheidung für die Änderungssituation	68
I. Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	68
II. Untersuchung einzelner Erstentscheidungsfaktoren	71
1. Vorüberlegung	71
2. Gestaltungsgrenzen der Erstentscheidung	72
3. Bindungswirkung des Elternkonsenses der Erstentscheidung	75
4. Bedeutung der Dienlichkeitsschwelle des § 1672 Abs. 1 S. 2 BGB für die Änderungsentscheidung	79
a. Wertung der Dienlichkeitsschwelle	80
b. Verfassungsrechtliche Bewertung des Mutternorrangs	82
c. Ergebnis	83
5. Änderung ausfallbedingter Sorgerechtsentscheidungen bei Wegfall des Ausfallgrundes	84
a. Rückkehr des Verschollenen (§ 1681 Abs. 2 BGB) und Wegfall des Ruhensgrundes (§ 1696 Abs. 1 BGB)	84

b. Anpassung der Übertragungsschwelle des § 1696 Abs. 1 BGB an die Negativkontrolle des § 1681 Abs. 2 BGB?	86
aa. Vergleichbarkeit der Regelungssituationen bei Wegfall von Ruhensgrund und Todeserklärung	86
bb. Sachgerechtigkeit des Kindeswohlmaßstabs von § 1681 Abs. 2 BGB?	88
c. Ergebnis	91
6. Änderung umgangsrechtlicher Entscheidungen	92
III. Zusammenfassende Bewertung der Theorie von der Verbindlichkeit der Erstnormvorgaben	94
C. Der Elternkonsens als besonderer Änderungsgrund	96
I. Meinungsstand	96
1. Strenge Auffassung	96
2. Indizansicht	97
3. Bindungsansicht	97
4. Analyse der Argumentationsmuster	98
II. Stellungnahme zum Gewicht des Elternkonsenses	100
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Behandlung des Elternkonsenses	101
a. Elterlicher Interpretationsprimat	101
b. Elterliche Pflichtenbindung und gerichtliche Letztkontrolle	102
c. Schlussfolgerung	103
2. Bedeutung des Elternkonsenses im System des Sorgerechts	104
a. Elterliche Autonomie bei der Ausübung der Elternsorge, §§ 1627, 1628 BGB	104
b. Elterliche Autonomie bei der Gestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge	105

aa. Begründung der elterlichen Sorge gem. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB	106
bb. Einvernehmliche Fortführung der gemeinsamen Sorge trotz Trennung bzw. Scheidung gem. § 1671 Abs. 1 BGB	108
c. Gerichtliche Mitwirkung bei der Gestaltung der elterlichen Sorge	108
aa. Bindung des Gerichts gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB	109
bb. Negative Übertragungshürde des § 1672 Abs. 2 BGB	109
cc. Positive Übertragungshürde des § 1672 Abs. 1 S. 2 BGB	110
d. Schlussfolgerung zur Bedeutung des elterlichen Konsenses in der Änderungsentscheidung gem. § 1696 Abs. 1 BGB	111
3. Ergebnis	112

D. Der Ausfall des Alleinsorgeberechtigten als besonderer Änderungsgrund	113
I. Anpassung der Änderungsschwelle bei Ruhen der Elternsorge oder tatsächlicher Verhinderung des Alleinsorgeberechtigten	114
1. Kritik und Vorschlag der Literatur	114
2. Stellungnahme	115
a. Elternausfall als Regelungsnotwendigkeit	115
b. Verfassungsrechtliche Vorgaben	116
aa. Möglichkeit einer Überbrückungslösung (Eltern-Eltern-Konflikt)	116
bb. Notwendigkeit einer Dauerlösung (Eltern-Dritter-Konflikt)	119
cc. Ergebnis	124
c. Systematischer Vergleich mit den Regelungen der §§ 1680 Abs. 2 S. 1, 1681 Abs. 1 BGB und § 1678 Abs. 2 BGB	125
d. Gesetzgeberischer Wille	125

3. Ergebnis	126
II. Bedürfnis zur Anpassung der Abänderungsschwelle bei notwendigem Sorgerechtsentzug gem. §§ 1666 ff. BGB	127
E. Bedeutung des Änderungsziels	129
I. Begründung der gemeinsamen Sorge auf der Änderungsebene	129
1. Konsenserfordernis	129
2. Anpassung der Änderungsschwelle an das Gestaltungsziel „gemeinsame Sorge“	133
a. Ansichten in Literatur und Rechtsprechung	133
b. Stellungnahme	135
aa. Generelle Vorzugswürdigkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge?	135
bb. Wahrung der Erziehungskontinuität als Argument gegen die Wiederherstellung gemeinsamer Elternsorge?	139
(1) Statusrechtliche Zuordnung des Kindes	140
(2) Erziehungsdominanz des Alleinsorgeberechtigten	141
(3) Ergebnis	143
cc. Untersuchung der Differenzierungskriterien bei Wiederbegründung gemeinsamer Sorge	143
dd. Ergebnis	145
II. Auflösung der gemeinsamen Sorge auf der Änderungsebene	146
1. Ansichten in Literatur und Rechtsprechung	146
2. Stellungnahme	148
a. Konkurrenzverhältnis zwischen § 1671 BGB und § 1696 Abs. 1 BGB	148
b. Vergleich der Wertungen von § 1671 BGB mit den Wertungen des § 1696 Abs. 1 BGB	149

aa. Antragsprinzip des § 1671 Abs. 1 BGB und Offizialprinzip des § 1696 Abs. 1 BGB	150
bb. Tatbestandsmerkmal „nicht nur vorübergehendes Getrenntleben“	150
cc. Offene Kindeswohlkontrolle des § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB und positive Änderungshürde	151
dd. Konsensbindung gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB und Indizwirkung des Änderungskonsenses	153
(1) Erschüttertes Vertrauen in die elterliche Umsetzungs- verantwortung	154
(a) Auflösung einer nach §§ 1672 Abs. 2, 1696 Abs. 1 BGB begründeten gemeinsamen Sorge	154
(b) Auflösung einer nach §§ 1671 a.F., 1681 Abs. 2 BGB begründeten gemeinsamen Sorge	155
(c) Ergebnis	156
(2) Verhinderung einer Umgehung der gerichtlichen Kindeswohlkontrolle	157
c. Ergebnis	158
III. Zusammenfassung	158

Kapitel 3: Die Kindeswohlhürde des § 1696 Abs. 1 BGB als Legitimation des amtswegigen Änderungseingriffs 161

A. Der Amtsänderungsgrundsatz als historisches Kontinuum	162
I. § 1635 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB 1900 und § 1671 BGB 1900	163
II. § 81 Abs. 5 EheG 1938	166
III. § 74 Abs. 6 EheG 1946	169
IV. § 1696 BGB	171

a. § 1696 BGB in der Fassung des GleichberG 1958	171
b. § 1696 BGB in der Fassung des SorgeRG 1980	172
c. § 1696 Abs. 1 BGB in der Fassung des KindRG 1998	172
V. Ergebnis	173
B. Der Amtsänderungsgrundsatz im System der Rechtsordnung	174
I. Vergleich zum Amtsgrundsatz anderer Änderungsnormen	174
1. Amtswegige Korrektur gerichtlicher Entscheidungen im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit	175
a. Verfahrensrechtliche Änderungsvorschrift des § 18 Abs. 1 Hs. 1 FGG	175
b. Materielle rechtliche Änderungsvorschriften	178
aa. Änderungen gem. § 17 Abs. 1 S. 1 HausratsVO	178
bb. Aufhebung der Adoption gem. § 1763 BGB	179
cc. Entlassung des Vormunds, Pflegers, Betreuers (§§ 1886 ff., 1915, 1908b BGB), Aufhebung von Pflegschaft oder Betreuung (§ 1919, 1908d BGB)	181
c. Ergebnis	182
2. Amtswegige Korrektur von Entscheidungen im Verwaltungsverfahren	183
II. Officialprinzip und Antragsprinzip im materiellen Sorgerecht	185
1. Sorgerechtliche Officialnormen	186
a. Kinderschutzrechtliche Vorschriften	187
aa. Amtswegige Eingriffsbefugnisse bei Kindeswohl- gefährdung	187
bb. Amtswegige Eingriffsbefugnisse der §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1640 Abs. 3 BGB	187
cc. Amtswegige Eingriffsbefugnisse bei Erforderlichkeit	188
dd. Ergebnis	191

b. Umgangsrechtliche Regelungen, §§ 1684 Abs. 3, Abs. 4, 1685 Abs. 3 BGB	191
c. Sorgerechtliche Regelungen bei Ausfall eines Elternteils	193
d. Ergebnis	195
2. Sorgerechtliche Antragsnormen	196
a. Regelungen zur Unterstützung der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge	196
b. Konfliktregelungen	197
c. Regelungen zur statusändernden Verteilung des Sorgerechts	197
aa. § 1671 Abs. 1 BGB und § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB	198
bb. § 1672 Abs. 1 und 2 BGB	201
cc. § 1681 Abs. 2 BGB	202
d. Ergebnis	203
3. Vergleich zum Offizialprinzip des § 1696 Abs. 1 BGB	204
III. Ergebnis	205

C. Der Amtsänderungsgrundsatz als Mittel zur

Kindeswohloptimierung? 206

I. Generelle Kritik zu kindeswohlorientierten Eingriffsbefugnissen	206
1. Grundsätzliche Problematik staatlicher Kindeswohlkontrolle	206
2. Kritik auf der Grundlage der „Systemischen Familientheorie“	207
II. Behandlung des Amtsänderungsgrundsatzes in der Rechtsprechung	208
III. Kindeswohlbeurteilung bei fehlendem Änderungsantrag	209
1. Aussagekraft des fehlenden Änderungsantrags	209
2. Aspekt der Familienbefriedung	210
3. Fehlende Übernahmbereitschaft des Nichtsorgeberechtigten	211
IV. Ergebnis	212

D. Verfassungsrechtliche Bewertung des Amtsänderungsgrundsatzes	213
I. Amtsänderungsansatz als Konkretisierung der Elternautonomie außerhalb der „harmonischen Familiengemeinschaft“	213
II. Amtsänderungsansatz als Schutzmaßnahme des Wächteramts	215
1. Abstrakte Gefährdung des Kindeswohls in der Änderungssituation	215
a. Zerfall der Familiengemeinschaft als Rechtfertigungsansatz	216
b. Rechtliche Auflösung der elterlichen Kooperationsgemeinschaft als Rechtfertigungsansatz	217
aa. Einvernehmliche Auflösung der Elternsorge gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB	217
bb. Auflösung der elterlichen Sorge gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB	218
c. Ergebnis	218
2. Umplatzierung des Kindes als Maßnahme präventiver Gefahrenabwehr	219
a. Geringere Belastungsintensität der innerfamiliären Umplatzierung	219
b. Verbesserung des Kindeswohls als präventive Gefahrenabwehr	220
3. Erfordernis einer verfassungskonformen Reduktion der Änderungsnorm	222
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Änderungsbefugnis im übrigen	223
E. Zusammenfassende Würdigung der amtswegigen Eingriffslegitimation des § 1696 Abs. 1 BGB	224

Kapitel 4: Vorschlag für die Neukonzeption der Änderungs- normen	225
A. Umfang und Vorteile einer Neukonzeption	
von § 1696 Abs. 1 BGB	225
I. Antragsgrundsatz und Trennung der Funktionsansätze	226
II. Klarstellende Regelung zur Indizwirkung des Änderungskonsenses	227
III. Weitere Überlegungen	227
B. Neukonzeption einer kindesschutzrechtlichen Änderungs- regelung	229
I. Einstufige Übertragungs- oder zweistufige Entzugsregelung als mögliche Regelungsmodelle	229
II. Vorrang des einstufigen Übertragungskonzepts?	230
1. Begründung des Gesetzgebers zur Abschaffung des § 1680 Abs. 2 a.F. BGB	230
2. Konkurrenzverhältnis von § 1666 BGB und § 1696 Abs. 1 BGB nach dem GleichberG 1958	231
3. Konkurrenzverhältnis von § 1666 BGB und § 1696 Abs. 1 BGB nach dem SorgeRG 1980	232
4. Ergebnis	235
III. Ausgestaltung des zweistufigen Entzugskonzepts	235
C. Neukonzeption einer ruhensbedingten Änderungsregelung	237
I. § 1678 Abs. 2 a.F. BGB als mögliches Regelungsmodell	237
II. Gründe für die Abschaffung des § 1678 Abs. 2 a.F. BGB	237
1. Konkurrenzverhältnis von § 1678 Abs. 2 a.F. und § 1696 Abs. 1 BGB	238

2. Argumente für den Vorrang des § 1696 Abs. 1 BGB	238
a. Übertragung der „Ausübungsbefugnis“ i.S.d. § 1678 Abs. 2 BGB (GleichberG 1958)	239
b. Antragsbindung des § 1678 Abs. 2 BGB (GleichberG 1958)	240
c. Übertragungsanspruch des § 1678 Abs. 2 BGB (GleichberG 1958)	241
d. Tatbestandsmerkmal der fehlenden Aussicht für den Wegfall des Ruhensgrundes	242
3. Ergebnis	243
D. Ergänzende Neugestaltung weiterer sorgerechtlicher Änderungsnormen	244
I. Vereinheitlichung der ausfallbedingten Übertragungsregelungen mit den §§ 1678 Abs. 2, 1680 Abs. 3, Abs. 2 S. 2 BGB	244
II. Umgestaltung des § 1681 Abs. 2 BGB	247
E. Erweiterung des sozialrechtlichen Beratungs- und Hilfekonzepts für die Nachscheidungsfamilie	248
F. Formulierung der gesetzlichen Neuregelung	252
Thesen	255
Literaturverzeichnis	263