

# Neue Zeitschrift für Familienrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Jutta Allmendinger, Ph.D., Präsidentin des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung – Prof. Dr. Christoph Althammer, Universität Regensburg – Prof. Dr. Winfried Born, Rechtsanwalt, Dortmund – Hartmut Gubling, Richter am BGH, Karlsruhe – Beate Kienemund, Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin – Brigitte Meyer-Wehage, Direktorin des AG Brake – Dr. Johannes Norpoth, Richter am OLG Hamm – Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit, Rechtsanwältin, Senatorin a. D., Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Dr. Dr. Joseph Salzgeber, Diplom-Psychologe, München – Norbert Schneider, Rechtsanwalt, Neunkirchen – Dr. Barbara Schramm, Rechtsanwältin, München – Gerd Uecker, Rechtsanwalt, Hamburg – Jutta Wagner, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Prof. Dr. Marina Wellenhofer, Universität Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Born und Rechtsanwältin Anett Hoffmann,  
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

NZ Fam

12 2016

Seite 529–576

3. Jahrgang

17. Juni 2016

## Aufsätze

Rechtsanwältin Dr. Doris Kloster-Harz\*

### Beteiligung der Großeltern in Kindschaftsverfahren

Zwischen Großeltern und Enkelkindern gibt es vier wesentliche rechtliche Berührungspunkte: Die Unterhaltspflicht gem. § 1601 iVm § 1609 Nr. 5 BGB, die erbrechtliche Beziehung gem. § 1926 BGB, das Umgangsrecht gem. § 1685 BGB sowie eine eventuelle Vormundschaft/Ergänzungspflegschaft/Pflegschaft der Großeltern, die aus der familiären Verbundenheit und Übernahme der Verantwortung für die Enkelkinder entstehen kann. Im Folgenden geht es um die Beteiligung der Großeltern in Kindschaftsverfahren, also beim Umgangsrecht, bei der Vormundschaft und der Ergänzungspflegschaft/Pflegschaft, vgl. § 151 Nr. 2, 4, 5 FamFG.

#### I. Umgangsrecht

§ 1685 BGB gewährt nur den Großeltern und nicht wie § 1684 BGB auch dem Kind ein eigenes Umgangsrecht. Das Kind sollte aber nicht nur Objekt der Umgangsregelung sein. Es ist daher wichtig, dass auch das Kind im Umgangsverfahren angehört wird und sich das Kindeswohl nicht nur nach den objektiven Kriterien bestimmt. Auch die subjektiven Perspektiven des Kindes, also Kindeswohl und Kindeswille, sind zu beachten.

In der Praxis spielen Auseinandersetzungen wegen des Umgangsrechts der Großeltern mit ihren Enkelkindern eine große Rolle. Es liegen Schätzungen vor, nach denen rund 150.000 Kinder jährlich den Kontakt zu ihren Großeltern verlieren, sei es durch Querelen zwischen Großeltern und Eltern, sei es durch Scheidung oder andere Faktoren (Umzug, Krankheit etc.).

Erst mit der Kindschaftsrechtsreform zum 1.7.1998 ist ein Umgangsrecht von Großeltern mit Enkelkindern gesetzlich normiert worden. In fast allen europäischen Nachbarstaaten bestand bereits zuvor ein solches Umgangsrecht.<sup>1</sup> Bevor das Gericht in Streitfällen Umgang gewährt, muss es nach dem

Amtsermittlungsgrundsatz prüfen, ob der Umgang des Kindes mit den Großeltern „dem Wohl des Kindes“ dient.

Allein das verwandtschaftliche Verhältnis begründet also noch nicht das Recht der Großeltern auf Umgang. Es muss eine bereits gewachsene Beziehung zwischen den Großeltern und ihrem Enkelkind bestehen. Dies ist heute häufig der Fall, insbesondere dann, wenn beide Elternteile des Kindes berufstätig sind und die Großeltern es ganz oder teilweise mitversorgen und es zB morgens zum Kindergarten bringen oder dort abholen oder auch nach der Schule die Betreuung übernehmen und immer dann einspringen, wenn die Eltern berufsbedingt oder aus sonstigen Gründen verhindert sind.

Häufig verbringen die Großeltern auch Freizeit (Wochenenden, Ferienzeiten etc.) mit ihren Enkelkindern. Eine Bindung entsteht auch insbesondere bei häufigen gemeinsamen Urlaube.

#### 1. Kollision zwischen Elternrecht und Großelternumgangsrecht

Zwischen Eltern und Großeltern entstehen oft generationsbedingt Meinungsverschiedenheiten über die Erziehung der Kinder oder den innerfamiliären Umgang miteinander. Nicht selten geschieht es, dass Großeltern sich immer noch wie Eltern ihrer Kinder fühlen. Die Kinder sind aber selber Eltern geworden. Die Großeltern dürfen nicht vergessen, dass das Elternrecht dem Großelternrecht bei Meinungsverschiedenheiten vorgeht.

Damit die Großeltern überhaupt eine Chance haben, ihr Enkelkind trotz einer angespannten Situation zwischen den Eltern und ihnen, den Großeltern, zu sehen, muss bereits eine

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin (Fachanwältin für Familienrecht) in der Kanzlei Dres. Kloster-Harz & Harz in München.

1 BT-Drs. 13/4899, 44.

starke Bindung zwischen Großeltern und Enkelkind bestehen. Nur dann haben sie eine Chance, bei elterlichem Widerstand überhaupt ein Umgangsrecht mit ihrem Enkelkind zu erhalten.

Selbstverständlich ist Voraussetzung für die Ausübung eines solchen Umgangsrechts, dass sich die Großeltern jeder missbilligenden Äußerung gegenüber den Eltern enthalten. Wenn dies nicht der Fall ist, wird das Umgangsrecht der Großeltern nicht gewährt.<sup>2</sup>

Bei der Abwägung der Interessen zwischen den Erwachsenen (Eltern und Großeltern) hat das *OLG Celle*<sup>3</sup> allerdings eine sehr erfreuliche Entscheidung zu Gunsten der Kinder getroffen. Im zu entscheidenden Fall bestand über einen langen Zeitraum nahezu täglicher Kontakt zwischen Enkelkindern und Großeltern. Es hatte sich eine intensive und feste Beziehung zum Enkelkind gebildet.

In diesem Fall hat das Gericht die Spannungen zwischen den Erwachsenen für nicht entscheidend gehalten, sondern das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt seiner Entscheidung gestellt. Es hat die Beziehung zu den Großeltern im Interesse der Kinder anerkannt, trotz des elterlichen Widerstands.

## 2. Kindeswohl und Kindeswille

Maßgeblich für die grundlegende Frage, ob Großeltern trotz eines Zerwürfnisses ihre Enkelkinder sehen, ist Folgendes: Wenn es tatsächlich Spannungen zwischen den Erwachsenen gibt, die sich zu Lasten der Kinder auswirken, ist es entscheidend, dass die Gründe für diese Spannungen von den Eltern, die das Umgangsrecht der Großeltern mit den Enkelkindern verbieten wollen, substantiiert vorgetragen werden. Es muss also konkret dargelegt werden, aus welchen Ereignissen diese Spannungen resultieren. Ferner muss vorgetragen werden, dass das Fortbestehen der Bindung der Kinder zu den Großeltern so konfliktbeladen bei der tatsächlichen weiteren Ausübung des Umgangsrechts sein wird, dass ein Besuch des Kindes bei den Großeltern letztendlich nicht im Interesse der Kinder liegt. Das Gericht muss eine Basis haben, um anhand eines konkreten Sachvortrags Entscheidungen treffen zu können. Die wichtigste Aufgabe des Prozessbevollmächtigten der Großeltern besteht darin, darauf hinzuwirken, dass ein ausführlicher, konkreter und substantiiertes Sachvortrag erfolgt in Bezug auf die Bindung des Kindes an die Großeltern. Es muss genau dargelegt werden, warum die Aufrechterhaltung für das Kindeswohl unerlässlich ist. Maßgeblich sind also nicht Wunsch und Wille der Erwachsenen, sondern das Wohl und der Kindeswille, der bei der Kindesanhörung zu eruieren ist.

## 3. Unterschiedliche Erziehungsstile

Häufig sind kindliche Phantasien und Erzählungen über bestimmte Dinge Kern eines Konflikts zwischen Eltern und Großeltern (etwa der Satz: „Bei den Großeltern darf ich aber auch immer fernsehen und Schokolade essen...“). Es liegt bei den Erwachsenen, zwischen kindlicher Phantasie und geschicktem Ausnutzen von unterschiedlichen Erziehungsstilen zu unterscheiden. Der wechselseitige Austausch zwischen den Erwachsenen über derartige Unstimmigkeiten unter Berücksichtigung des kindlichen Entwicklungsstands sollte vor jeder prozessualen Auseinandersetzung erfolgen, ggf. mit Hilfe Dritter: Eine Vielzahl von Erziehungsberatungsstellen stehen zur Verfügung, aber auch eine Mediation kommt in Betracht, oder auch Beratungen durch das Jugendamt.

Bei derartigen Fällen ist von der Rechtsprechung der Vorschlag gemacht worden, dass die Eltern selbstverständlich ein Recht dazu haben, bei den Besuchen der Kinder bei den Großeltern anwesend zu sein, um eventuelle von ihnen nicht hinnehmbaren Erziehungseingriffen vorzubeugen.<sup>4</sup> Es mag sein, dass dieser Vorschlag in Einzelfällen sinnvoll ist. Wenn aber tatsächlich erhebliche Spannungen zwischen Eltern und Großeltern bestehen, ist es zweifelhaft, ob die Anwesenheit von vier Erwachsenen tatsächlich zu einer spannungsfreien Ausübung des Umgangsrechts zwischen Kindern und Großeltern beitragen kann.

## 4. Beziehung zwischen Großeltern und Enkelkind

Bei bereits bestehender Beziehung zwischen Großeltern und Enkelkindern dürfte es für die Gerichte sehr viel einfacher sein zu entscheiden, ob die Fortsetzung der Beziehung des Kindes zu den Großeltern seinem Wohl dient. Aber selbst wenn die Großeltern noch gar keine Beziehung zu ihrem Enkelkind aufbauen konnten, muss ihnen diese Möglichkeit nach der Rechtsprechung eingeräumt werden. Das *OLG Brandenburg* hat zu Recht entschieden, dass Großeltern auch ein Recht haben, überhaupt eine Beziehung zu ihrem Enkelkind aufzubauen.<sup>5</sup>

Das Gericht betont in seiner Entscheidung: Die Verwandtschaft allein beinhaltet noch keine Vermutung, den Umgang zwischen Großeltern und Enkelkind als notwendig anzusehen. In der Regel dienen aber mehrere Bindungen an wohlwollende Erwachsene, die dem Kind ein natürliches Interesse entgegen bringen, dem Kindeswohl. Deshalb sollte die Rechtsprechung grundsätzlich den Aufbau einer Beziehung zwischen Großeltern und Enkelkindern gestatten und fördern. Aber es ist letztlich eine Entscheidung im Einzelfall zu treffen, und im Verfahren ist auch das Kind anzuhören.

Häufig kommt es vor, dass zwischen den Großeltern und den Schwiegerkindern, insbesondere den Schwiegertöchtern, ein gespanntes Verhältnis besteht, so dass nach dem Tod des mit den betroffenen Großeltern leiblich verwandten Eltern teils größere Meinungsverschiedenheiten eintreten und der Versuch unternommen wird, den Umgang mit den Großeltern zu unterbinden. Es kommt darauf an, ob die Konflikte zwischen den Erwachsenen sich zu Lasten der Kinder in einer so gravierenden Form auswirken, dass die Aufrechterhaltung der Beziehung das Wohl der Kinder beeinträchtigt. Wenn tatsächlich die Eltern-Kind-Bindung durch den Umgang mit den Großeltern erschwert wird, ist der Umgang mit den Großeltern auszuschließen.

Im Gegensatz zum elterlichen Umgangsrecht wird beim Umgangsrecht der Großeltern nicht eo ipso vermutet, dass ein solches Umgangsrecht dem Kindeswohl entspricht. Vielmehr muss festgestellt werden, ob und inwieweit die Aufrechterhaltung der Bindung des Kindes an die Großeltern für seine Entwicklung förderlich ist (vgl. § 1626 III BGB). Das *OLG Köln* hat betont, dass es ein Kind grundsätzlich fördert, wenn es nicht allein auf die Kleinfamilie (Vater und Mutter und Geschwister) angewiesen ist.<sup>6</sup> Richtig führt das Gericht aus: Der seelisch-geistigen Entwicklung eines Kindes dient es, wenn es mit möglichst vielen Personen der Familie Umgang pflegt. Gerade Großeltern haben häufig einen intensiven und nachhaltigen Einfluss auf ihre Enkelkinder. Das Beisammensein mit den Großeltern ist oft von ganz anderen

2 *OLG Hamm*, NJOZ 2001, 836.

3 *OLG Celle*, Beschl. v. 22.4.1999 – 18 UF 4/99, BeckRS 1999, 14701.

4 *OLG Celle*, Beschl. v. 22.4.1999 – 18 UF 4/99, BeckRS 1999, 14701.

5 *OLG Brandenburg*, FamRZ 2010, 1991 = BeckRS 2010, 12593.

6 *OLG Köln*, NJW-RR 2005, 90.

Prinzipien geprägt als die elterliche Erziehung. Die Eltern sind in der Regel darauf bedacht, ihr Kind leistungsorientiert zu erziehen und fühlen sich hierfür verantwortlich. Demgegenüber können Großeltern den Umgang mit ihren Enkelkindern milder und weniger streng gestalten und damit einen gewissen Ausgleich zur elterlichen Erziehung schaffen und insoweit Sorge tragen, dass sich andere Persönlichkeitsanteile in den Kindern entwickeln.

Häufig kommt es nach Scheidungen zu Konflikten zwischen einem oder beiden Elternteilen mit den Schwiegereltern/Großeltern.

Hier hat das *OLG Celle* entschieden, dass die Großeltern geschiedener Eltern auch dann weiterhin ein Umgangsrecht mit ihren Enkelkindern haben sollen, wenn eine Bindung besteht und die Aufrechterhaltung dieser Bindung dem Kindeswohl dient.<sup>7</sup>

Allerdings enthält diese Entscheidung zu Recht den Hinweis, dass selbst dann, wenn eine Bindung zwischen Enkelkindern und Großeltern besteht und die Aufrechterhaltung dieser Bindung dem Kindeswohl dient, das Umgangsrecht der Großeltern zeitlich zu begrenzen ist. Das Umgangsrecht des leiblichen Elternteils soll auf alle Fälle zeitlich über dem der Großeltern liegen.

### 5. Dauer des Umgangsrechts

Zwar hängt die Dauer des Umgangsrechts vom Einzelfall ab. Das *KG* hat bei einem achtjährigen Enkelkind, das bei seinem Vater lebte, entschieden, den Umgang mit den Großeltern mütterlicherseits für einen Zeitraum von fünf Stunden monatlich zu gewähren. Es hat dies für angemessen gehalten.<sup>8</sup> Aus der Entscheidung sollte jedoch nicht der Rückschluss gezogen werden, dass sie ebenso dogmatisch anzuwenden ist, wie es sich inzwischen beim Umgang von Eltern und Kindern eingebürgert hat: Jedes zweite Wochenende, halbe Ferienzeit. Die Entscheidung des *KG* sollte nicht schematisch angewandt werden. Im Einzelfall kann eine monatliche Umgangsgewährung mit fünf Stunden zu wenig sein, in Sonderfällen zu viel. Es muss auf den Einzelfall abgestellt werden. Die Prozessbeteiligten sollten ihre jeweiligen Anträge sorgfältig begründen und darlegen, warum der von ihnen beantragte Umgang in zeitlicher Hinsicht vom Gericht gewährt werden sollte. Umgekehrt müssten die Eltern konkret darlegen, was aus ihrer Sicht gegen den Antrag spricht.

Eine sinnvolle Umgangsgewährung hängt von vielen Faktoren ab: Dem Alter der Kinder, der örtlichen Nähe, der Freizeit und ihren sonstigen Beschäftigungen, den Möglichkeiten der Großeltern, dem Willen des Kindes etc. In diesem Zusammenhang müssen die Großeltern genau vortragen, wie lange das Kind früher bei ihnen war, ob diese Zeiträume noch zur Verfügung stehen, wieweit das Kind jetzt selbst eigene Interessen hat (Freunde, Musik, Sport etc.) und wie sich der Alltagsablauf des Kindes gestaltet. In diesem Zusammenhang ist auch eine Entlastung der Eltern denkbar. Die Großeltern können es übernehmen, das Kind zum Musikunterricht zu bringen, beim Sport zu begleiten etc.

Bei kleineren Kindern ist möglicherweise lediglich ein monatlicher Umgangstag zu wenig. Es kann sinnvoll sein, wenn sie häufig kürzere Zeiten mit den Großeltern verbringen. Im Interesse des Kindes sollte geprüft werden, welche Möglichkeiten für die Gestaltung des Umgangs bestehen. Die Wünsche des Kindes sind mit einzubeziehen. Die beteiligten Erwachsenen müssen sich stets über eines im Klaren sein: Es kommt nicht auf die Durchsetzung ihrer Wünsche an, sondern auf das Wohl des Kindes.

Wie jedes erzwungene Umgangsrecht ist das Einklagen des Umgangsrechts der Großeltern mit ihrem Enkelkind nicht unproblematisch. Jeder Prozess hat eine individuelle Vorgeschichte. Im Interesse des Kindes müssen die Erwachsenen überprüfen, ob die Gründe für die Umgangsversagung oder der Wunsch nach Umgang ihrem Interesse oder dem der betroffenen Kinder entspricht.

Häufig eskaliert gerade durch die Einschaltung der Gerichte das Verhältnis zwischen den beteiligten Erwachsenen. Ebenso wie in allen Umgangsprozessen zwischen Eltern empfiehlt sich vor Einschaltung der Gerichte eine Mediation oder sonstige fachliche Beratung durch Dritte. Diese Chance, einer Gesamtentspannung innerhalb der Familie beizutragen, sollte nicht verpasst werden.

### 6. Patchwork-Familien

Durch das Entstehen von Patchwork-Familien erweitert sich die Gruppe der Bezugspersonen für die Kinder. Sowohl die „alten“ Großeltern werden ein Interesse an ihren Enkelkindern haben als auch die „neuen“ Patchwork-Großeltern, so dass alle Beteiligten darauf bedacht sein müssen, die Bindungen zwischen den Kindern und ihren früheren und neuen Großeltern bestehen oder entstehen zu lassen. Große zeitliche Ansprüche von Großeltern werden in Patchwork-Familien jedoch nicht zu befriedigen sein. Geburtstage und Familienfeste bieten sich hier an. Erwachsene sollten aber nicht vergessen, dass jede liebevolle Zuwendung von Dritten dem Wohl ihres Kindes dient. Mit Stolz berichten Patchwork-Kinder von ihren vielen Großeltern, von denen sie Geschenke erhalten und mit denen sie in unterschiedlichen Regionen oder Ländern Ferien verbringen können. Es liegen erhebliche Ressourcen im Entstehen von neuen Familienbindungen, die im Interesse der Kinder nicht ungenutzt bleiben sollten. Das Kennenlernen anderer Länder, Sprachen und Gepflogenheiten kann in einer globalisierten Welt von großem Nutzen für Kinder sein.

Grundsätzlich sollten Großeltern bei Abbruch des Kontakts zu ihrem Enkelkind zeitnah agieren, da ansonsten das Argument, es bestehe gar kein gutes oder enges Verhältnis (mehr) zwischen Großeltern und Enkelkind wegen der Dauer des Zeitablaufs möglicherweise dazu führt, dass ein solcher Prozess aussichtslos ist. Wenn die Bindung bereits verloren gegangen und der Umgang über längere Zeit nicht ausgeübt worden ist, verringert sich die Chance für die Großeltern, ein solches Verfahren zu einem für sie positiven Abschluss zu bringen.

### 7. Kein Erzwingen des Umgangsrechts

Lehnt das Kind den Umgang mit den Großeltern ab, so ist entscheidend, wie es zu dieser Ablehnung kommt. Der Wille des Kindes ist beachtlich, wenn er nicht auf Manipulationen der Eltern beruht. Diese nachzuweisen, ist im Einzelfall nicht einfach. Im Gegensatz zum elterlichen Umgang sind die Eltern nicht verpflichtet, mit erzieherischen Mitteln einer unüberwindlichen Abneigung der Kinder gegen die Großeltern entgegenzuwirken. In einem solchen Fall müssen die Großeltern auf ihr Umgangsrecht verzichten. Gleiches gilt auch, wenn ein Loyalitätskonflikt beim Kind entsteht, wenn es den Umgang mit den Großeltern pflegt.<sup>9</sup>

Nach einer weiteren Entscheidung des *OLG Hamm* müssen sich die Großeltern mit ihrem erzieherischen Einfluss auf ihre

7 *OLG Celle*, Beschl. v. 22.4.1999 – 18 UF 4/99, BeckRS 1999, 14701.

8 *KG*, Beschl. v. 20.3.2009 – 17 UF 2/09, BeckRS 2009, 96028.

9 *OLG Hamm*, FamRZ 2005, 2012 = BeckRS 2005, 14726.

Enkelkinder zurückhalten. Die Erziehung ist Sache der Eltern.<sup>10</sup>

Grundsätzlich sollten sich Großeltern überlegen, ob es sinnvoll ist, einen Umgangsprozess anzustreben. Ein erzwungenes Umgangsrecht birgt erhebliches Konfliktpotenzial in sich.

Sind die Großeltern überzeugt, dass sie nicht überwiegend ihren eigenen Interessen bei Durchführung eines Umgangsverfahrens nachgehen, sondern dass ihr Enkelkind sie tatsächlich braucht und sie für die Entwicklung und das Wohlergehen des Kindes dringend am Leben des Kindes teilhaben müssen, so sollten sie einen solchen Prozess nicht scheuen. In jedem Fall muss er aber gut vorbereitet sein, der Sachvortrag muss substantiiert sein und die Interessen und das Wohl des Kindes müssen im Mittelpunkt eines solchen Begehrens stehen und nicht etwa die Wünsche und Forderungen der Großeltern.

## II. Unterbringung der Kinder in einer Pflegefamilie und Rechte der Großeltern

Konflikte entstehen jedoch nicht nur zwischen den Eltern und Großeltern in Bezug auf den Umfang und die Betreuung von Enkelkindern, sondern auch staatliche Interessen können hier mit dem Großelternengagement kollidieren. Das gilt insbesondere, wenn eine Unterbringung der Kinder gem. § 1666 BGB in Betracht kommt und der Staat sein Wächteramt wegen Gefährdung des Kindeswohls wahrnehmen muss und die entsprechenden Maßnahmen zur Abwendung einer Gefahr für das Kindeswohl zu treffen hat.

Das *BVerfG* hat am 24.6.2014 entschieden: Großeltern haben den Vorrang vor der Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie.<sup>11</sup> Wenn Großeltern besser in der Lage sind als die Eltern, die Pflege und die Erziehung des Kindes zu übernehmen und durchzuführen, sind sie vorrangig als Vormund zu berücksichtigen. Allerdings ist Voraussetzung für ein solches Vorgehen, dass bereits eine enge Beziehung zwischen Kind und Großeltern besteht.

Der verfassungsrechtlich garantierte Schutz der Familie schließt familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten ein, insbesondere auch die zwischen Großeltern und ihrem Enkelkind. In seiner Entscheidung führt der *Senat* aus:

„Soweit tatsächlich eine engere familiäre Bindung besteht, haben die Großeltern ein Recht darauf, bei der Auswahl eines Vormunds für ihr Enkelkind in Betracht gezogen zu werden. Ihnen kommt der Vorrang gegenüber nicht verwandten Personen zu, sofern nicht im Einzelfall konkrete Erkenntnisse darüber bestehen, dass dem Wohl des Kindes anderweitig besser gedient ist.“

Diese Entscheidung ist verfassungsgemäß. Sie trägt dem Gedanken Rechnung, dass bei einem Konflikt zwischen dem Wächteramt des Staates und Eltern/Großeltern gem. Art. 6 II GG Eltern- und Großelternrechte vorgehen sollen. Die Unterbringung eines Kindes in einer Pflegefamilie sollte die Ausnahme bilden, wenn leibliche Verwandte, insbesondere auch Großeltern, bereit und in der Lage sind, die Betreuung des Kindes zu übernehmen. Staatliche Interessen sollten darauf begrenzt sein, ggf. einzugreifen, jedoch nicht die Kinder aus der Familie zu nehmen, wenn es hierzu keine Notwendigkeit aus sachlichen Gründen gibt.

Zu Recht führt das *BVerfG* in dieser Entscheidung aus: Intensive Familienbindungen entstehen nicht nur im Verhältnis zwischen heranwachsenden Kindern und Eltern, sondern

auch zwischen Mitgliedern der Generationen der Großfamilie. Insbesondere Zuneigung und Nähe familiärer Verantwortlichkeit füreinander, Rücksichtnahme und Beistandschaft können gerade im Verhältnis zwischen Enkeln und Großeltern zum Tragen kommen. Wenn zwischen nahen Verwandten tatsächlich von familiärer Verbundenheit geprägte engere Beziehungen bestehen, sind diese nach Auffassung des *BVerfG* vom Schutz des Art. 6 I GG erfasst.

## III. Pflegschaft/Ergänzungspflegschaft/Vormundschaft

In seiner Entscheidung vom 24.6.2014 führt das *BVerfG* zur Frage „Auswahl von Großeltern als Vormund oder Ergänzungspfleger“ Folgendes aus:

„Der grundrechtliche Schutz familiärer Beziehungen zwischen nahen Verwandten jenseits des Eltern-Kind-Verhältnisses umfasst das Recht, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers berücksichtigt zu werden, sofern tatsächlich eine engere familiäre Bindung zum Kind besteht.“

Die Vormundschaft oder Ergänzungspflegschaft, soweit das Aufenthaltsbestimmungsrecht von der Ergänzungspflegschaft umfasst ist, ermöglicht es den Verwandten, das Kind zu sich zu nehmen und in eigener Verantwortung zu betreuen und zu erziehen. Auf diese Weise kann die familiäre Bindung zum Kind fortgeführt und verwandtschaftlicher Verantwortung gerecht werden. Großeltern und sonstigen nahen Verwandten kommt daher nach Auffassung des *BVerfG* bei der Auswahl des Vormunds oder Ergänzungspflegers der Vorrang gegenüber nicht verwandten Personen zu, sofern nicht im Einzelfall konkrete Erkenntnisse darüber bestehen, dass dem Wohl des Kindes, das für die Auswahl bestimmend ist, durch die Auswahl dritter Personen besser gedient ist.

Damit setzt das *BVerfG* seine frühere Rechtsprechung fort.<sup>12</sup> Diese Entscheidung betont, dass Art. 6 I 1 GG den Staat verpflichtet, die Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen wie auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren und Familienangehörige bei der Auswahl von Pflegern und Vormündern zu bevorzugen, sofern keine Interessenkollision besteht oder der Zweck der Fürsorgemaßnahme aus anderen Gründen die Bestellung eines Dritten verlangt.

Auch nach Auffassung des *EGMR* umfasst das Familienleben iSd Art. 8 EMRK die Großeltern, da sie innerhalb der Familie eine beachtliche Rolle spielen können. Die Beachtung des so verstandenen Familienlebens begründet für den Staat die Verpflichtung, in einer Weise zu handeln, die die normale Entwicklung dieser Beziehung ermöglicht.<sup>13</sup>

Nach § 1697 BGB kann das Familiengericht auf Grund einer von ihm veranlassten Maßnahme eine Vormundschaft oder Pflegschaft anordnen, diese Anordnung treffen und den Vormund und Pfleger auswählen. Diese Entscheidungen stehen unter dem Vorbehalt des Kindeswohls sowie den berechtigten Interessen der Beteiligten (§ 1697 a BGB). Stehen bei der Auswahl mehrere geeignete Personen zur Verfügung, so sind ua die persönlichen Bindungen und die Verwandtschaft zu berücksichtigen (§ 1779 BGB). Es gilt als Selbstverständlichkeit, dass bei intakten Familien und Verwandtschaftsbezie-

10 *OLG Hamm*, FamRZ 2003, 953 = BeckRS 2007, 02181.

11 *BVerfGE* 136, 382 = NJW 2014, 2853.

12 *BVerfG*, NJW 2009, 1133.

13 *EGMR*, NJW 1979, 2449 (2452).

hungen Kinder dann, wenn ihre Eltern, aus welchen Gründen auch immer, als Sorgeberechtigte ausscheiden, von Großeltern oder anderen nahen Verwandten aufgenommen und großgezogen werden, sofern deren Verhältnisse dies ermöglichen. Darin dokumentieren sich gewachsene Familienbeziehungen, Verbundenheit und Verantwortungsbewusstsein. Wenn die Verwandten zur Vormundschaft geeignet sind, dürfen sie nicht etwa deswegen übergangen werden, weil ein außenstehender Dritter noch besser dazu geeignet wäre, beispielsweise im Hinblick auf eine optimale geistige Förderung des Kindes. Andere Personen kommen als Vormund nur in Betracht, wenn ein nach den vorstehenden Grundsätzen geeigneter Verwandter nicht vorhanden ist. Auch eine Bestellung des Jugendamts gem. § 1791 b I BGB ist nur zulässig, wenn eine als Einzelvormund geeignete Person nicht zur Verfügung steht. Wenn die Familiengerichte diese Grundsätze nicht beachten, verkennen sie Bedeutung und Tragweite der persönlichen Beziehungen zwischen Großeltern und Enkelkind. Der Schutz der Familie – und folglich auch Art. 2 I GG – muss hinreichend berücksichtigt werden. Die Gerichte sind gehalten, ihr Verfahren so zu gestalten, dass sie möglichst zuverlässig die Grundlage einer am Kindeswohl orientierten Entscheidung dokumentieren. Es ist zwar nicht stets ein Sachverständigengutachten einzuholen, wenn aber von der Beiziehung eines Sachverständigen abgesehen wird, müssen die Gerichte anderweitig über eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage verfügen und sich gesicherte Erkenntnisse verschaffen. Es reicht zB nicht aus, wenn das Familiengericht davon ausgeht, dass Pflegeeltern vom Alter her besser als Ersatzeltern für ein Kind geeignet seien als Großeltern.<sup>14</sup>

#### IV. Verfahrensrecht

Der Begriff der Kindschaftssachen ist in § 151 FamFG definiert. Im Mittelpunkt des Verfahrens steht das Kind. Entscheidender und ausschlaggebender Faktor in Kindschaftssachen ist das Kindeswohl. Durch die Abschaffung des Vormundschaftsgerichts erweitert sich insoweit der Zuständigkeitsbereich des Familiengerichts, das jetzt die Aufgaben, die bis 2009 dem Vormundschaftsgericht für Minderjährige zugewiesen waren, mit übernommen hat. Hierdurch kommt es nicht mehr zu Verunsicherungen, welches Gericht zuständig ist.

Die Großeltern gehören zum Bereich der Beteiligten iSd § 7 FamFG. Ihr Umgangsrecht ist gesetzlich normiert in § 1685 I BGB.

Eine wichtige Funktion haben sie aber auch in Kindeswohlgefährdungsfällen gem. § 1666 BGB. Sie sind zwar nicht grundsätzlich Beteiligte gem. § 7 II FamFG und damit nicht zwingend bei derartigen Verfahren vom Gericht hinzuzuziehen. Das *OLG Hamm* hat entschieden, dass die Großeltern in diesen Verfahren keine Pflichtbeteiligten im Sinne des Gesetzes sind, weil es an der unmittelbaren Betroffenheit fehlt.<sup>15</sup> Das Gericht führt aus, dass eine unmittelbare Betroffenheit nur vorliegt, wenn subjektive Rechte des Einzelnen betroffen sind und eine direkte Auswirkung auf die eigene materielle, nach öffentlichem oder privatem Recht geschützte Position stattfindet. Die Großeltern seien in einem Sorgerechtsverfahren nach § 1666 BGB grundsätzlich nicht als Träger des Elternrechts anzusehen.<sup>16</sup> Dies gelte selbst dann, wenn sie nach dem Willen der Eltern als Vormund des Kindes in Betracht kämen. An dieser Entscheidung ist zu kritisieren, dass sie in vielen Fällen nicht dem Kindeswohl entspricht. Wie oben dargelegt, entspricht es in der Regel dem Kindeswohl, wenn Familienmitglieder und nicht fremde

Dritte bei Entscheidungen, die das Kindeswohl betreffen, hinzugezogen werden. Diesem Rechtsgedanken trägt auch § 161 FamFG Rechnung. Danach kann das Gericht in Kindschaftssachen die Personen als Beteiligte hinzuziehen, bei denen das Kind längere Zeit in Familienpflege lebt. Die Vorschrift ist auch auf Großeltern anzuwenden.<sup>17</sup> Es handelt sich zwar nur um eine Kann-Vorschrift. In jedem Fall sollte das Familiengericht aber in derartigen Verfahren die Großeltern hinzuziehen, wenn eine enge Bindung zwischen ihnen und dem Enkelkind besteht.

Erfreulicherweise trägt die Entscheidung des *OLG Hamburg* diesem Gedanken Rechnung.<sup>18</sup> In dem dort zu entscheidenden Verfahren hatte das Erstgericht zunächst den Antrag der Großeltern auf Akteneinsicht in einem Verfahren gem. § 1666 BGB abgelehnt. Zu Recht führt das *OLG* aus, die Großeltern hätten in diesem Kindeswohlgefährdungsverfahren ihre Beteiligung anhand der Voraussetzungen gem. § 161 I 1 FamFG plausibel gemacht und ihre wichtige Stellung im familiären Gefüge sowie ihre Anteilnahme und ihr Interesse an ihren Enkelkindern im Kindschaftsverfahren geschildert. Die Zurückweisung ihres Akteneinsichtsgesuchs durch das Erstgericht unter Hinweis darauf, sie seien nicht am Verfahren beteiligte Dritte iSd § 13 II FamFG, war daher zu Recht mit der Beschwerde gem. § 58 I FamFG angegriffen worden. In einem solchen Fall sind betreuende Großeltern gem. §§ 7 I, 161 FamFG als Beteiligte zum Hauptsacheverfahren hinzuzuziehen. Diese Vorschrift sei anwendbar auf Großeltern, wenn sie sich über längere Zeit um die Enkelkinder gekümmert haben. Familienpflege bedeutet Pflege und Erziehung eines Kindes in einer anderen als seiner Herkunftsfamilie und geht im Bereich des BGB über den Begriff der „Erlaubnispflichtigen Familienpflege iSd § 44 SGB VIII“ hinaus. Die Ausnahme von dem in § 44 I 1 SGB VIII normierten Erlaubnisvorbehalt gem. § 44 I 2 Nr. 3 SGB XII hat in diesem Fall Priorität, weil die Großeltern als Antragsteller mit den Kindern im zweiten Grad verwandt sind. Diese Personengruppe ist privilegiert. Familiäre Erziehungsverhältnisse sollten grundsätzlich vom staatlichen Eingriff freigehalten werden. Ein Kind, das sich bei nahen Verwandten befindet, bedarf regelmäßig des Schutzes durch den Staat in Form einer von Anfang an bestehenden Kontrolle nicht. Die Hinzuziehung von Großeltern in einem solchen Verfahren muss gewährleistet sein.

Die Großeltern können gem. § 1779 II BGB bei Gericht auch die Übertragung der Vormundschaft für ein Enkelkind beantragen. Das Gericht hat bei mehreren geeigneten Personen die verwandtschaftliche Beziehung zu berücksichtigen. Der *BGH* hat allerdings klargestellt, dass sich allein aus dem so genannten Verwandtenprivileg nicht die Beschwerdeberechtigung nach § 59 I FamFG gegen einen ablehnenden Beschluss des *AG* ergibt.<sup>19</sup> In entsprechenden Fällen sollte der Sachvortrag jedoch auf das Kindeswohl und nicht auf den Wunsch der Großeltern, das Kind zu betreuen, ausgerichtet sein. Im Mittelpunkt des Sachvortrags sollte in derartigen Fällen stehen, dass und warum gerade die Großeltern besonders geeignet sind, die Erziehung des Kindes zu übernehmen und seine Entwicklung zu fördern und es nachhaltig zu versorgen.

14 *BVerfG*, NJW 2009, 1133.

15 *OLG Hamm*, Beschl. v. 7.6.2011 – 2 WF 118/11, BeckRS 2011, 18548.

16 *BGH*, NJW-RR 2011, 434.

17 *OLG Hamburg*, FamRZ 2015, 2188 = BeckRS 2015, 08424, bespr. v. *Leeb*, NZFam 2015, 684.

18 *OLG Hamburg*, FamRZ 2015, 2188 = BeckRS 2015, 08424.

19 *BGH*, NJW-RR 2013, 1347.

In der vorerwähnten Entscheidung lässt der *BGH* offen, ob die Großeltern dann eine Beschwerdebefugnis gem. § 59 I FamFG haben, wenn sie von den Eltern des Kindes durch letztwillige Verfügung gem. § 1777 III BGB zum Vormund berufen sind und die berufenen Großeltern durch eine ablehnende Entscheidung des Gerichts gem. § 59 I FamFG in ihrem Recht beeinträchtigt sind. Der im Grundgesetz garantierte Schutz von Ehe und Familie muss jedoch dazu führen, dass zumindest genau bei einer solchen Entscheidung des Gerichts geprüft wird, dass und warum der Elternwille nicht zu berücksichtigen ist. Es muss nachweislich dem Kindeswohl entsprechen, dass trotz des entgegenstehenden elterlichen Willens ein Dritter als Vormund bestellt wird. In entsprechenden Verfahren besteht die Aufgabe der Großeltern bzw. ihres Verfahrensbevollmächtigten darin, die Beteiligungseigenschaft der Großeltern von Anfang an ausführlich dar-

zulegen, damit ggf. in der Beschwerdeinstanz die Ermessensausübung des Erstgerichts überprüft und mit Erfolg eine Beschwerde eingelegt werden kann. Die Beschwerdefrist beträgt gem. § 63 I FamFG einen Monat, es sei denn, es handelt sich um eine Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung. In diesem Fall beträgt die Beschwerdefrist gem. § 63 II FamFG zwei Wochen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das FamFG den Großeltern durchaus Rechte als Verfahrensbeteiligte einräumt, jedoch noch strenge Anforderungen an den Nachweis der Großeltern als Beteiligte gestellt werden. Großeltern müssen also in derartigen Verfahren genau überlegen, warum ihre Verfahrensbeteiligung dringend im Interesse ihrer Enkelkinder geboten ist. Sie müssen dies genau und ausführlich begründen. ■

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Holzer\*

## Elternunterhalt: Überobligatorisches Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes im Rentenalter

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern der freiwillige Hinzuverdienst eines (Alters-)Rentners für den Elternunterhalt herangezogen werden kann.

### I. Einleitung

Heutzutage bringen Frauen im Durchschnitt ihre Kinder zehn Jahre später zur Welt als noch etwa im Jahre 1970. Damals galt bereits eine 30-Jährige als späte Erstgebärende. Der Abstand zwischen den Generationen belief sich damals auf ca. 25 Jahre. Auf Grund der heutigen Zunahme der allgemeinen Lebenserwartung werden zwangsläufig auch die Fälle zunehmen, in denen Kinder auf Zahlung von Elternunterhalt in Anspruch genommen werden, die sich selbst bereits im Rentenalter befinden. Gleichzeitig ist festzustellen, dass viele Rentner zusätzlich zur Rente ein Erwerbseinkommen erzielen. Der Hinzuverdienst ist dabei nicht immer existenznotwendig, sondern dient mitunter auch nach wie vor der beruflichen Selbstverwirklichung des „rüstigen Rentners“. Eine Studie des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung aus November 2014 belegt, dass 23 %, also fast ein Viertel der Rentner zwischen 60 und 70 Jahren einen Beruf ausüben. 39 % der Menschen zwischen 55 und 70 Jahren können sich zumindest vorstellen, im Ruhestand noch einmal einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

### II. Überobligatorische Einkünfte

Normativer Ausgangspunkt ist die Regelung des § 1603 I BGB. Demnach beurteilt sich die Leistungsfähigkeit daran, ob der Unterhaltspflichtige unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen zu Unterhaltsleistungen in der Lage ist, ohne dabei den eigenen angemessenen Unterhalt zu gefährden. Grundsätzlich besteht im Rahmen des Elternunterhalts eine unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit des Kindes.<sup>1</sup> Sofern das Kind selbst das Rentenalter erreicht hat, wird die Erwerbsobliegenheit aber verneint.<sup>2</sup> Damit sind die im Rentenalter erzielten Erwerbseinkünfte also überobligatorisch.<sup>3</sup>

### III. Überobligatorische Einkünfte beim Ehegatten- und Kindesunterhalt

Für den Ehegattenunterhalt hat der *BGH* entschieden, dass aus der Überobligationsmäßigkeit (Unzumutbarkeit) der Erwerbstätigkeit nicht automatisch folge, dass das daraus erzielte Einkommen für die Unterhaltsbemessung außer Betracht zu lassen sei. Vielmehr sei nach Treu und Glauben auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, in welchem Umfang das Einkommen aus überobligatorischer Tätigkeit für den Unterhalt heranzuziehen sei. Dabei können etwa das Alter und die mit der fortgesetzten Erwerbstätigkeit zunehmende körperliche und geistige Belastung, ergänzend auch die ursprüngliche Planung der Eheleute und die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse herangezogen werden.<sup>4</sup>

Im Rahmen einer Entscheidung zum Kindesunterhalt eines nichtprivilegierten Volljährigen hat der *BGH* die Auffassung vertreten, dass auch das Einkommen eines zum Verwandtenunterhalt Verpflichteten nur eingeschränkt zu berücksichtigen sei, wenn es auf überobligatorischer Tätigkeit beruht und eine vollständige Heranziehung des Einkommens gegen Treu und Glauben verstieße.<sup>5</sup> Eine vollständige Heranziehung des überobligatorischen Einkommens sei nur dann gerechtfertigt, wenn es um eine gesteigerte Unterhaltspflicht nach § 1603 II BGB gehe und ansonsten der Mindestunterhalt gefährdet wäre.<sup>6</sup> In einer späteren Entscheidung hat der *BGH* noch darauf hingewiesen, dass eine (zumindest teilweise) Anrechnung des überobligatorischen Einkommens für minderjährige und privilegierte volljährige Kinder eher in

\* Der Autor ist Fachanwalt für Familienrecht und Fachanwalt für Erbrecht bei *Fuchs & Kollegen* in Bocholt.

1 Hilbig-Lugani in *Eschenbruch/Schürmann/Menne*, Der Unterhaltsprozess, 6. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 1299 mwN.

2 Weinrich in *Kleffmann/Soyka*, PraxisHb Unterhaltsrecht, 2012, Kap. 5 Rn. 35 mwN.

3 Vgl. *BGH*, NJW 2013, 461 = FPR 2013, 173 Rn. 15.

4 *BGH*, NJW 2013, 461 = FPR 2013, 173 Rn. 16.

5 *BGHZ* 188, 50 = NJW 2011, 670 Rn. 53.

6 *BGHZ* 188, 50 = NJW 2011, 670 Rn. 54.