



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 407/10

vom

16. März 2011

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1626 a ff., 1671, 1696; KSÜ Art. 16, 53; FGG §§ 12, 50, 50 b

- a) Sorgeerklärungen können formwirksam gemäß § 1626 d BGB auch in Form einer gerichtlich gebilligten Elternvereinbarung erfolgen.
- b) Die Motive des Elternteils für seinen Auswanderungsentschluss stehen grundsätzlich genauso wenig zur Überprüfung des Familiengerichts wie sein Wunsch, in seine Heimat zurückzukehren. Verfolgt der Elternteil mit der Übersiedlung allerdings (auch) den Zweck, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu vereiteln, steht die Bindungstoleranz des betreuenden Elternteils und somit seine Erziehungseignung in Frage (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 23 f.).
- c) Das Gericht darf die Verfahrenspflegschaft nicht dadurch ineffektiv machen, dass es ohne nachvollziehbare Begründung den mit der Angelegenheit und vor allem dem Kind vertrauten Verfahrenspfleger kurz vor Abschluss des Sorgerechtsverfahrens entpflichtet und einen neuen bestellt, der nicht mehr die Möglichkeit hat, sich in angemessener Weise mit der Sache vertraut zu machen.

BGH, Beschluss vom 16. März 2011 - XII ZB 407/10 - OLG Brandenburg
AG Potsdam

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. März 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richterin Weber-Monecke sowie die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Kindesmutter wird der Beschluss des 3. Familiensenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 23. August 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an den 1. Senat für Familiensachen (9. Zivilsenat) des Brandenburgischen Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 3.000 €.

Gründe:

A.

1 Die Kindeseltern (die Beteiligten zu 1 und 2) streiten um das alleinige Sorgerecht für ihre am 12. Oktober 2002 geborene Tochter J. .

2 Die Mutter besitzt die deutsche, der Vater die französische Staatsangehörigkeit. Zur Zeit der Geburt J. lebten die nicht miteinander verheirateten Eltern in Frankreich. Der Vater erkannte die Vaterschaft an. Nach der Geburt trennten sich die Eltern, und die Mutter kehrte mit J. nach Deutschland (P.) zurück. Zuvor hatten die mit der Sache befassten französischen Gerichte einstweilen entschieden, dass die Eltern ge-

meinsam sorgeberechtigt seien und der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bei der Mutter liege; zudem hatten sie ein umfangreiches Umgangsrecht zugunsten des Vaters beschlossen.

3 In einem Verfahren zur Anerkennung der umgangsrechtlichen Regelungen trafen die Eltern am 6. Juni 2005 vor dem Beschwerdegericht eine Vereinbarung, wonach es u.a. beim gemeinsamen Sorgerecht für J. verbleiben sollte und ihr gewöhnlicher Aufenthalt bei der Mutter sei. Zudem vereinbarten die Eltern, dass J. , "wenn irgend möglich, bereits im Kindergarten und/oder in der Schule zweisprachig, das heißt deutsch/französisch erzogen werden soll". Im Weiteren enthält die Vereinbarung eine umfangreiche Umgangsregelung, die im Wesentlichen zum Gegenstand hat, dass J. ab Oktober 2005 bis zu ihrer Einschulung monatlich zehn Tage beim Vater in Frankreich verbringt.

4 Da sich die Eltern nicht darüber einigen konnten, welche Schule J. in Deutschland besuchen sollte - die Mutter bevorzugte eine Einschulung an der vor Ort in M. befindlichen deutschen Grundschule, der Vater eine Einschulung in der deutsch/französischen J. -Grundschule in B. - stritten sie in einem Verfahren gemäß § 1628 BGB um die Übertragung der entsprechenden Entscheidungsbefugnis. Nachdem das Amtsgericht dem Antrag der Mutter im einstweiligen Anordnungsverfahren stattgegeben hatte, übertrug das Beschwerdegericht die Befugnis einstweilen auf den Vater. Dieser Beschluss wurde auf Verfassungsbeschwerde der Mutter vom Verfassungsgericht des Landes B. aufgehoben, weil das Beschwerdegericht dem Kind keinen Verfahrenspfleger bestellt hatte. Anschließend übertrug auch das Amtsgericht dem Vater in der Hauptsache die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Schulwahl. Über die hiergegen von der Mutter eingelegte Beschwerde hat das Beschwerdegericht noch nicht entschieden. J. wird

seit April 2010 nunmehr in der J. -Grundschule in B. beschult. Dies geht mit einer Fahrtzeit von insgesamt mindestens zwei Stunden einher.

5 Daneben ist vor dem Beschwerdegericht noch ein Umgangsrechtsverfahren anhängig.

6 Dem Rechtsbeschwerdeverfahren liegen gegenläufige Sorgerechtsanträge der Eltern zugrunde. Das Amtsgericht hat nach persönlicher Anhörung der Eltern, des Jugendamtes, der Verfahrenspflegerin und des Kindes das Aufenthaltsbestimmungsrecht für J. auf die Mutter übertragen und die weitergehenden Anträge beider Eltern zurückgewiesen, im Übrigen also die gemeinsame elterliche Sorge aufrechterhalten. Dabei ist das Amtsgericht davon ausgegangen, dass die Eltern mit der Vereinbarung vom 6. Juni 2005 eine Grundentscheidung für den Lebensmittelpunkt des Kindes bei seiner Mutter getroffen hätten.

7 Auf die hiergegen vom Kindesvater eingelegte befristete Beschwerde hat das Beschwerdegericht nach Austausch des Verfahrenspflegers und ohne Anhörung des Kindes dem Vater das alleinige Sorgerecht mit Beschluss vom 23. August 2010 übertragen und angeordnet, dass die Mutter das Kind bis zum 29. August 2010 herauszugeben habe. Hiergegen wendet sich die Mutter mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde.

8 Der Senat hat mit Beschluss vom 26. August 2010 die vom Beschwerdegericht angeordnete sofortige Vollziehung seiner Entscheidung auf Antrag der Mutter einstweilen ausgesetzt.

B.

9 Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung
des angefochtenen Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an
einen anderen Senat des Oberlandesgerichts.

10 Gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG ist das bis Ende August 2009 geltende
Verfahrensrecht weiterhin anwendbar, weil das Verfahren vor dem
1. September 2009 eingeleitet worden ist (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272
= FamRZ 2010, 1060 Rn. 14 mwN).

I.

11 Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

12 1. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich aus Art. 8 Abs. 1 der
Verordnung Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zu-
ständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in
Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur
Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Brüssel IIa-VO = EuEheVO).
Hinsichtlich der Zuständigkeit geht die Brüssel IIa-VO nach ihrem Art. 61 dem
Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Aner-
kennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen
Verantwortung und Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober
1996 (ABl. 2003 Nr. L 48 S. 3; BGBl. II 2009 S. 602, 603; 2010, 1527 - im Fol-
genden: Kinderschutzübereinkommen/KSÜ) vor (vgl. Staudinger/Henrich BGB
(2008) Art. 21 EGBGB Rn. 82; Palandt/Thorn BGB 70. Aufl. Anhang zu Art. 24
EGBGB Rn. 2).

13 Danach sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betref-
fen, die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt
der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hier also Deutschland.

14 2. Die Rechtsbeschwerde ist im vollen Umfang statthaft. Die Zulassung
der Rechtsbeschwerde beruht auf § 621 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO aF iVm
Art. 111 FGG-RG.

II.

15 Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

16 1. Das Beschwerdegericht ist bei seiner Entscheidung davon ausgegan-
gen, dass der Beteiligte zu 2 auch nach deutschem Recht der rechtliche Vater
von J. sei. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts bestehen auch
keine Zweifel daran, dass das Sorgerecht nach wie vor den Eltern gemeinsam
zustehe. Das folge namentlich aus Ziffer 1 der Elternvereinbarung vom 6. Juni
2006 (richtig 2005), dem ohne weiteres eine gemeinsame Sorgeerklärung nach
deutschem Recht im Sinne des § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB zu entnehmen sei.

17 Eine tragfähige soziale Beziehung auf der Elternebene, die Vorausset-
zung für die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts sei, bestehe zwischen
den Eltern jedenfalls jetzt nicht mehr. Sie seien vielmehr offensichtlich heillos
zerstritten und misstrauten einander zutiefst. Da sich die Mutter an die getroffe-
ne Elternvereinbarung nicht gebunden fühle und auch der Vater sich jetzt nicht
mehr an ihr festhalten lassen wolle, sei sie letztlich "faktisch obsolet" geworden.
Darauf, ob die Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 BGB für eine Abänderung
vorlägen, komme es aus heutiger Sicht schon deshalb nicht mehr entscheidend
an.

18 Dem Kindeswohl entspreche es am besten, wenn dem Vater das alleinige Sorgerecht übertragen werde. Dass sich J. trotz der Zerstrittenheit ihrer Eltern bislang sehr erfreulich entwickelt habe, sei ein Verdienst beider Eltern. Dabei habe der Vater im Rahmen des von ihm wahrgenommenen Umgangsrechts eine beachtliche Integrationsleistung in Frankreich erbracht. Zwar habe der Sachverständige festgestellt, dass der Vater zu perseverierendem Verhalten neige, auf Positionen insistiere, in der Interaktion wenig flexibel sei, zur "Verbissenheit" neige, die Mutter im Elternkonflikt massiv abwerte und sie depotenziere; diese Feststellung deckten sich mit dem Eindruck, den auch das Beschwerdegericht vom Vater gewonnen habe. Es sei indes nicht erkennbar, dass sich diese Defizite irgendwie nachteilig auf J. auswirkten.

19 Bei der Mutter habe der Sachverständige Hinweise auf ängstlich-abhängige Züge in ihrer Persönlichkeit erfasst. Die Beziehung der Mutter zum Kind habe er als "zu eng und ohne fehlende Distanz", um nicht zu sagen "symbiotisch" bzw. "partnerschaftlich" bezeichnet. Das Beschwerdegericht sehe kritische Züge einer "Parentifizierung" im Sinne einer Instrumentalisierung des Kindes für eigene Bedürfnisse. Dieser Gesichtspunkt lasse die Erziehungsfähigkeit der Mutter als eingeschränkt erscheinen. Hinzu komme ihre deutlich gering ausgeprägte Bindungstoleranz. Das Beschwerdegericht habe nicht verkannt, dass der Sachverständige hier zu einer anderen Wertung neige, wonach die Einschränkung beim Vater etwas größer sei. Kritisch sei aber bereits, dass die Mutter nach der Trennung mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt sei und dadurch zwischen dem Wohnort des Vaters und dem Aufenthaltsort des Kindes eine Distanz von rund 1.000 km geschaffen habe. Kritisch sei ferner die Tatsache, dass die Mutter sich bis zum heutigen Tage "kompromisslos" weigere, den Beteiligten zu 2 als Vater des Kindes im Geburtenbuch eintragen zu lassen. Hinzu komme die Tatsache, dass die Mutter offenkundig entschlossen sei, dem Kind in Deutschland ihren Namen "S. " zu geben, obwohl

J. aufgrund einer gemeinsamen Elternentscheidung in Frankreich bereits seit ihrer Geburt rechtsverbindlich den Namen "C. " trage. Unter dem Gesichtspunkt der Bindungstoleranz sei schließlich auch die Tatsache kritisch, dass die Mutter sich von sich aus kaum, jedenfalls nicht hinreichend bemühe, die auch französische Identität des Kindes zu pflegen, obwohl die Eltern im Jahre 2005 ausdrücklich anderes vereinbart hätten.

20 Ähnlich kritische Verhaltensweisen seien jedenfalls seit Abschluss der Elternvereinbarung im Jahre 2005 auf Seiten des Vaters nicht mehr festzustellen, so dass insgesamt seine Erziehungskompetenz als deutlich besser angesehen werden müsse.

21 Schützenswerte Bindungen des Kindes bestünden nach allem, was der Senat ermittelt habe, sowohl zu beiden Elternteilen als auch zu den jeweiligen Herkunftsfamilien in Frankreich und in Deutschland.

22 Der gegenüber dem Verfahrenspfleger und auch dem Sachverständigen geäußerte Kindeswille spreche zwar eher für eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter. J. habe sich in den letzten Monaten klar dahin positioniert, bei der Mutter leben und den Vater "nur" besuchen zu wollen, und Letzteres auch nicht mehr so oft wie in der Vergangenheit. Jedoch stelle sich die Frage nach der Beachtlichkeit des Kindeswillens. Nach den Feststellungen des Sachverständigen neige J. dazu, ihre Mutter zu schützen, wenn sie diese bedroht sehe. Darüber hinaus könne sicher davon ausgegangen werden, dass sich das Kind bei der Mutter und in M. wohl und geborgen fühle. Das erkläre ohne weiteres, dass J. sich eine Veränderung der bestehenden Situation nicht wünsche, sage aber nichts darüber aus, dass sie einen Umzug zum Vater nach Frankreich letztlich nicht auch akzeptieren würde. Dies entspreche auch der Einschätzung des Verfahrenspflegers, der sich zwar den

geäußerten Kindeswillen im Sinne einer Empfehlung an den Senat zu eigen gemacht habe, zugleich aber keinen Zweifel daran gelassen habe, dass es unter Kindeswohlgesichtspunkten weniger darauf ankomme, wie der Senat im Elternstreit entscheide, als darauf, dass mit dieser Entscheidung der Elternstreit beendet sei.

23 Auch der Gesichtspunkt der Kontinuität spreche für eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter; J. habe praktisch während ihres gesamten bisherigen Lebens ihren Lebensmittelpunkt bei ihr in Deutschland gehabt. Allerdings relativiere sich auch dieses Argument, wenn man sich vergegenwärtige, dass sich das Kind seit seinem dritten Lebensjahr regelmäßig ungefähr ein Drittel seiner Zeit auch in Frankreich aufgehalten habe. J. habe sich deshalb auch in Frankreich gut integriert und werde sich aller Voraussicht nach mühelos dort zurechtfinden.

24 Bei der Gesamtabwägung müsse deswegen auch der Kontinuitätsgesichtspunkt hinter der besseren Erziehungseignung des Vaters zurückstehen.

25 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Teilen nicht stand.

26 a) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde auch nicht angegriffen ist das Beschwerdegericht allerdings davon ausgegangen, dass die Kindeseltern die gemeinsame Sorge innehaben.

27 aa) Voraussetzung für die Ausübung der gemeinsamen Sorge ist die rechtliche Elternschaft. Das heißt, dass der Vater auch rechtlicher Vater im Sinne des § 1592 Nr. 2 und 3 BGB sein muss (vgl. Palandt/Diederichsen BGB 70. Aufl. § 1626 a Rn. 5; NK-BGB/Rakete-Dombek 2. Aufl. § 1626 a Rn. 7).

28 Dass das Beschwerdegericht von der rechtlichen Vaterschaft des Beteiligten zu 2 ausgegangen ist, ist von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen und auch im Übrigen nicht zu beanstanden. Dem entspricht im Ergebnis auch der Beschluss des Kammergerichts vom 23. September 2010 - 1 W 70/08, wonach im Geburtenbuch der Beteiligte zu 2 als Vater zu vermerken sei.

29 bb) Im Ergebnis zutreffend ist das Beschwerdegericht vom Bestehen des gemeinsamen Sorgerechts ausgegangen.

30 Die Frage, welches Recht hier anzuwenden ist, richtet sich nach dem Kinderschutzübereinkommen.

31 (1) Gemäß Art. 53 Abs. 1 KSÜ ist das Übereinkommen auf Maßnahmen anzuwenden, die in einem Staat getroffen werden, nachdem das Übereinkommen für diesen Staat in Kraft getreten ist. In der Bundesrepublik Deutschland ist das Übereinkommen am 1. Januar 2011 in Kraft getreten (BGBl II 2010, 1527). Da es vorliegend nicht um die Anerkennung oder Vollstreckung von Maßnahmen, sondern vielmehr um die Frage des anwendbaren Rechts geht und das Revisionsgericht das zum Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgebliche Recht anzuwenden hat, ist das Kinderschutzübereinkommen auf die vom Senat zu treffende Entscheidung anzuwenden (zum vergleichbaren Fall des Inkrafttretens des Haager Minderjährigenschutzabkommens BGH Beschluss vom 20. Dezember 1972 - IV ZB 20/72 - NJW 1973, 417 f.).

32 (2) Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ bestimmt sich die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Damit ist das Statut durch Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ex nunc wandelbar (Finger FamRBint 2010, 95, 99; Schwarz NDV 2011, 39, 40).

33 Da das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, ist somit deutsches Recht anwendbar. Dieses setzt für die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge gemeinsame Sorgeerklärungen im Sinne von §§ 1626 a ff. BGB voraus.

34 Ausdrückliche Sorgeerklärungen, deren Form in § 1626 d BGB geregelt ist, liegen hier nicht vor. Indes ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffene Auslegung der Elternvereinbarung, wonach dieser entsprechende Sorgeerklärungen zu entnehmen sind, rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden. In der am 6. Juni 2005 geschlossenen und gerichtlich gebilligten Elternvereinbarung hatten die Eltern ihren Willen bekundet, das Sorgerecht für J. gemeinsam auszuüben.

35 Zwar müssen gemäß § 1626 d BGB Sorgeerklärungen und Zustimmungen öffentlich beurkundet werden. Urkundsperson ist entweder der Notar (§ 20 Abs. 1 BNotO) oder die Urkundsperson beim Jugendamt. Die Beurkundung kann allerdings auch durch einen gerichtlichen Vergleich ersetzt werden, § 127 a BGB (Staudinger/Coester BGB (2007) § 1626 d Rn. 6; DIJUF Rechtsgutachten JAmt 2004, 127, 128).

36 (3) Ob das Sorgerecht des Vaters daneben auch aus Art. 16 Abs. 3 KSÜ folgt, kann dahinstehen.

37 Nach dieser Vorschrift besteht die elterliche Verantwortung, die sich aus dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ergibt, nach dem Umzug des Kindes in einen anderen Staat fort.

38 Zwar stand beiden Eltern nach der seit März 2002 in Frankreich bestehenden Rechtslage die elterliche Sorge gemeinsam zu, weil das Kindschaftsverhältnis ihnen gegenüber innerhalb eines Jahres nach der Geburt durch An-

erkenntnis etabliert wurde (vgl. Art. 372 Abs. 1 Cciv, NK-BGB/Junggeburth 2. Aufl. Länderbericht Frankreich Rn. 168). Gemäß Art. 16 Abs. 3 KSÜ bleibt dem betroffenen Elternteil eine solche Sorgerechtsstellung erhalten (vgl. Finger FamRBint 2010, 95, 99 f.).

39 Die Frage, ob hier etwas anderes gilt, weil sich der Erwerb der Sorgerechtsstellung des Vaters zu einer Zeit vollzogen hat, als das Kinderschutzübereinkommen in Deutschland noch nicht in Kraft getreten war, kann hier nach dem oben zu (2) Gesagten allerdings unbeantwortet bleiben.

40 b) Allerdings begegnet die Entscheidung des Beschwerdegerichts, dem Vater das alleinige Sorgerecht zu übertragen, rechtlichen Bedenken; sie kann daher im Ergebnis keinen Bestand haben.

41 aa) Nach § 1671 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB ist dem Antrag eines Elternteils auf Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teiles der elterlichen Sorge stattzugeben, wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

42 Eine dem Kindeswohl entsprechende gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und insgesamt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus (Senatsbeschluss vom 12. Dezember 2007 - XII ZB 158/05 - FamRZ 2008, 592 Rn. 11 mwN).

43 Maßstab für die Entscheidung ist nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB das Kindeswohl. Der Senat hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung als gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung (Erziehungseignung) und der Kontinuität sowie die Beach-

tung des Kindeswillens angeführt (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393 mwN). Die einzelnen Kriterien stehen aber letztlich nicht wie Tatbestandsmerkmale kumulativ nebeneinander. Jedes von ihnen kann im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für die Beurteilung sein, was dem Wohl des Kindes am besten entspricht (Senatsbeschlüsse vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393 mwN und BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 19).

44 bb) Die Beurteilung des Kindeswohls liegt in der Verantwortung der Tatsachengerichte. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 29 mwN).

45 In welchem Umfang vom Familiengericht zur Beurteilung des Kindeswohls Tatsachen zu ermitteln sind, bestimmt sich aufgrund des hier noch anwendbaren - bis Ende August 2009 geltenden - Verfahrensrechts gemäß § 12 FGG (nunmehr § 26 FamFG). Das Gericht hat danach von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben, was auch für Antragsverfahren gilt. Dabei wirken das Elternrecht sowie das staatliche Wächteramt auch auf das Verfahrensrecht und seine Handhabung im Sorgerechtsverfahren ein. Erforderlich ist eine alle Umstände des Einzelfalls abwägende Entscheidung. Das Verfahren muss geeignet sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 30 unter Hinweis auf BVerfG FamRZ 2009, 1897 Rn. 18).

- 46 (1) Gemäß § 50 b Abs. 1 FGG hört das Gericht in einem Verfahren, das die Personensorge betrifft, das Kind persönlich an, wenn die Neigung, Bindung oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, dass sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft (Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169). Dabei kommen dem Kindeswillen zweierlei Funktionen zu. Zum einen kann ihm entnommen werden, zu welcher Person das Kind die stärksten Bindungen hat. Zum anderen dient er der Selbstbestimmung des Kindes. Je älter das Kind ist, desto mehr tritt die zweite Funktion in den Vordergrund.
- 47 (2) Zur Berücksichtigung des Willens des Kindes und seiner Interessen sieht das Gesetz die Bestellung eines Verfahrenspflegers vor, § 50 FGG (nach neuem Recht gemäß § 158 FamFG: Verfahrensbeistand). Die Einrichtung der Verfahrenspflegschaft ist Ausdruck der Subjektstellung des Kindes in seiner Individualität als Grundrechtsträger. Sie soll in Fällen eines Interessenkonflikts zwischen Kind und Eltern insbesondere die einseitige Vertretung der Interessen des Kindes ermöglichen und unterscheidet sich insofern von dem Aufgabenkreis des Familiengerichts und der weiteren Beteiligten (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 32 mwN).
- 48 Das Familiengericht hat dem Verfahrenspfleger durch die Gestaltung des Verfahrens zu ermöglichen, seine Funktion sinnvoll wahrzunehmen und zu den die Interessen und den Willen des Kindes betreffenden Tatsachen und den diesbezüglichen Ermittlungen des Familiengerichts umfassend Stellung zu nehmen (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 33).
- 49 cc) Diesen Anforderungen wird die angegriffene Entscheidung in wesentlichen Punkten nicht gerecht. Sie beruht auf einer Verkennung der Gewichtung

der jeweiligen Sorgerechtskriterien und vor allem auf unzureichenden Ermittlungen durch das Beschwerdegericht.

50 (1) Vor dem Hintergrund der erheblichen Auseinandersetzungen der Eltern ist es allerdings nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Aufhebung der gemeinsamen Sorge für erforderlich erachtet hat (vgl. Schilling NJW 2007, 3233, 3237 ff. mwN).

51 (2) Schon die vom Beschwerdegericht getroffenen - teilweise auf unzureichenden Ermittlungen beruhenden (s. dazu unten) - Feststellungen rechtfertigen aber die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater nicht.

52 Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung letztlich mit einer besseren Erziehungseignung des Vaters begründet, ohne diese aber nachvollziehbar darzustellen. Sein im Rahmen einer Gesamtabwägung gezogener Schluss, der Vater sei besser geeignet, beruht jedenfalls teilweise auf rechtlich nicht haltbaren Annahmen.

53 (a) Soweit das Beschwerdegericht festgestellt hat, der Vater neige zu perseverierendem Verhalten, insistiere auf Positionen, sei in der Interaktion wenig flexibel, neige zur "Verbissenheit", werte die Mutter im Elternkonflikt massiv ab und depotenziere sie, hat es nicht nachvollziehbar begründet, wieso diese Eigenschaften nicht zu einer negativen Bewertung der Bindungstoleranz des Vaters führen. Soweit das Beschwerdegericht ausführt, es sei nicht erkennbar, dass sich diese Defizite irgendwie nachteilig auf J. auswirkten, hat sich das Gericht nicht mit der naheliegenden Frage befasst, ob dies möglicherweise ein Verdienst der Mutter ist. Zu Recht weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass es aufgrund dieser Feststellungen zweifelhaft sei, ob der Vater nach einem Aufenthaltswechsel des Kindes den Umgang mit der Mutter in gleicher Weise unterstützen werde.

- 54 (b) Demgegenüber durfte das Beschwerdegericht unter dem Gesichtspunkt der Bindungstoleranz der Mutter nicht vorwerfen, dass diese nach der Trennung mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt ist, anstatt in Frankreich zu bleiben. Die Motive des Elternteils für seinen Auswanderungsent-schluss stehen grundsätzlich genauso wenig zur Überprüfung des Familiengerichts wie sein Wunsch, in seine Heimat zurückzukehren. Es kommt insoweit auch nicht darauf an, ob der Elternteil triftige Gründe anführen kann. Dement-sprechend stehen dem Familiengericht keine Möglichkeiten zur Verfügung, die allgemeine Handlungsfreiheit des Elternteils einzuschränken, auch kann dem Elternteil seine Ausreise nicht in zulässiger Weise untersagt werden. Verfolgt der Elternteil mit der Übersiedlung allerdings (auch) den Zweck, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu vereiteln, steht die Bindungs-toleranz des betreuenden Elternteils und somit seine Erziehungseignung in Frage (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 23 f.).
- 55 Dass die Mutter mit der Ausreise nach Deutschland den Zweck verfolgt hat, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu vereiteln, hat das Beschwerdegericht nicht positiv festgestellt, erscheint aber auch ange-sichts des tatsächlich praktizierten Umgangs ausgeschlossen.
- 56 (c) Hinzu kommt, dass das Beschwerdegericht bei der Prüfung, wie die Bindungstoleranz der Mutter zu bewerten ist, die tatsächliche Entwicklung nicht hinreichend berücksichtigt hat.
- 57 Weist das Beschwerdegericht noch zutreffend darauf hin, dass es sich bei der Bindungstoleranz um die Fähigkeit und Bereitschaft handelt, die Bezie-hung des Kindes zum anderen Elternteil zu erhalten und zu fördern, so sind seine hierzu getroffenen und von der Einschätzung des Sachverständigen ab-weichenden Schlussfolgerungen nicht frei von Widersprüchen. Denn einerseits

geht das Beschwerdegericht bei der Mutter von einer deutlich gering ausgeprägten Bindungstoleranz aus, andererseits stellt es fest, dass sich J. seit ihrem dritten Lebensjahr regelmäßig ungefähr ein Drittel der Zeit auch in Frankreich aufgehalten habe und deshalb dort gut integriert sei und sich aller Voraussicht nach mühelos zurechtfinden werde. Wenn das Beschwerdegericht in diesem Kontext ausführt, dass dies nur dem Verhalten des Vaters geschuldet sei, verkennt es, dass bei einer defizitären Bindungstoleranz regelmäßig der Kontakt zwischen Kind und umgangsberechtigten Elternteil erst gar nicht zugelassen wird mit der Folge, dass der umgangsberechtigte Elternteil insoweit auch keinen (positiven) Einfluss auf das Kind nehmen kann.

58 (d) Der Senat verkennt nicht, dass das Beschwerdegericht auch belastbare Feststellungen getroffen hat, die die Erziehungseignung der Mutter in Frage stellen könnten. Zu nennen wäre namentlich der Umstand, dass die Mutter weder den Vater noch den französischen Geburtsnamen des Kindes angegeben hatte, als sie in Deutschland eine Geburtsurkunde für das Kind beantragt hat. Daneben erscheint das - vom Sachverständigen festgestellte - partnerschaftliche Verhältnis zwischen Mutter und Kind problematisch, das seine Ursache nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts in einer ängstlich-abhängigen Persönlichkeit der Mutter hat. Ob diese - verbleibenden - Einschränkungen im Vergleich mit den beim Vater festgestellten Defiziten - die möglicherweise das ängstliche Verhalten der Mutter befördern - genügen, die für einen Verbleib des Kindes bei der Mutter sprechenden Umstände wie namentlich die Kontinuität und den Kindeswillen, zu überwiegen, erscheint eher fernliegend.

59 (e) Außerdem fehlen Feststellungen dazu, wie sich die Lebenswirklichkeit des Kindes bei einem dauernden Aufenthalt bei dem Vater gestalten würde. Das Gericht hat sich vor allem nicht mit der Frage befasst, ob er J. die

Möglichkeit geben würde, auch ihre deutsche Herkunft in ausreichendem Maße zu erfahren.

60 (3) Die Rechtsbeschwerde rügt zudem zu Recht, dass die angegriffene Entscheidung verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist. Zum einen hätte das Beschwerdegericht das Kind persönlich anhören müssen. Zum anderen hätte es die ursprünglich für das Kind tätige Verfahrenspflegerin nicht entpflichten und damit ihre bereits getätigten Ermittlungen unberücksichtigt lassen dürfen.

61 (a) Um sich ein sicheres Bild von dem Willen, den Neigungen und den Bindungen des Kindes zu machen, hätte das Beschwerdegericht unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Verfahrens das betroffene Kind selbst persönlich anhören müssen, und zwar durch den gesamten Senat.

62 Das Beschwerdegericht hat in der Begründung, warum es die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, auf den aktuellen, "gegebenenfalls auch verfestigten" Kindeswillen Bezug genommen, ohne ihn jedoch durch eigene Anschauung hinreichend ermittelt zu haben. Demgegenüber haben das Amtsgericht, der Verfahrenspfleger und der Sachverständige mit J. gesprochen; sie sind übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangt, dass J. bei der Mutter bleiben sollte (Entsprechendes ergibt sich im Übrigen aus den Stellungnahmen der früheren Verfahrenspflegerin). Gleichwohl hat das Beschwerdegericht es nicht für erforderlich erachtet, das Kind persönlich anzuhören. Der Hinweis darauf, dass das Beschwerdegericht J. in dem Umgangs- sowie in dem Beschulungsverfahren "kennen gelernt" und sich einen persönlichen Eindruck von seinem Entwicklungsstand und auch von seinen Bindungen zu den Eltern wie auch zu Deutschland und zu Frankreich verschafft habe, vermögen die unterbliebene Anhörung nicht zu rechtfertigen. Während es im Beschulungsverfah-

ren um die Frage ging, welche Schule J. besuchen solle, und das Um-gangsverfahren ihren Umgang zum Vater zum Gegenstand hatte, geht es in dem vorliegenden Sorgerechtsverfahren um die grundlegende Frage, wo das Kind, das seit der Trennung der Eltern immer bei der Mutter in Deutschland ge-lebt hat, künftig seinen Lebensmittelpunkt haben soll. In dieser besonderen Si-tuation hätte das Beschwerdegericht, bevor es von der Entscheidung des Amtsgerichts bzw. der Empfehlung des Verfahrenspflegers abweicht, das - fast achtjährige - Kind mit einem möglichen Umzug zum Vater konfrontieren müs-sen.

63 Wie oben bereits dargelegt, lässt sich dem Willen des Kindes auch ent-nehmen, zu welcher Person es die stärkeren Bindungen hat. Von daher hätte das Gericht J. auch aus diesem Gesichtspunkt heraus anhören müs-sen, anstatt sich mit der Begründung zu begnügen, schützenswerte Bindungen des Kindes bestünden nach allem, "was der Senat ermittelt hat", sowohl zu bei-den Eltern als auch zu den jeweiligen Herkunftsfamilien in Frankreich und in Deutschland.

64 Das Beschwerdegericht durfte sich auch nicht damit begnügen, einen entgegenstehenden Willen des Kindes zu unterstellen. Denn es gehört zu den Aufgaben des Familiengerichts, sich von dem Kind und seinem geäußerten Wil-len in dem jeweiligen Verfahrenskontext einen unmittelbaren Eindruck zu ver-schaffen.

65 Aus den vorgenannten Gründen hätte das Beschwerdegericht das Kind auch durch den gesamten Senat anhören müssen. Denn es ist in Sorgerechts-angelegenheiten in der vorliegenden Art angezeigt, dass sich das erkennende Gericht als solches einen persönlichen Eindruck verschafft (vgl. Senatsbe-schluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 40).

66 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung steht dem Erfordernis der Kindesanhörung nicht der von den Beteiligten in dem Beschulungsverfahren im Termin vom 20. Mai 2010 erklärte Verzicht auf eine weitere Anhörung des Kindes entgegen. Abgesehen davon, dass die dem Gericht obliegende Amtsermittlung nicht der Disposition der Beteiligten unterliegt, bezog sich der im Termin erklärte "Verzicht" soweit ersichtlich nur auf das Beschulungsverfahren.

67 Die angegriffene Entscheidung beruht auf der unterbliebenen Anhörung durch das Beschwerdegericht. Denn es lässt sich nicht ausschließen, dass das Beschwerdegericht, das sich die Entscheidung nach eigenen Worten "nicht leicht gemacht" hat, bei einer Anhörung des Kindes, die einen möglichen Aufenthaltswechsel zum Gegenstand gehabt hätte, zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

68 (b) Das Verfahren ist auch fehlerhaft, soweit es die Verfahrenspflegschaft anbelangt.

69 Es ist nicht nachvollziehbar, wieso das Beschwerdegericht die ursprünglich bestellte und seit über einem Jahr nicht nur in diesem, sondern auch in dem Umgangsrechts- und in dem Beschulungsverfahren engagiert tätige Verfahrenspflegerin kurz vor Abschluss des Verfahrens entpflichtet hat, nur weil sie sich zu dem Termin am 19. August 2010 im Urlaub befunden hat. Die hierzu vom Beschwerdegericht gegebene Begründung, die allein auf die Terminslage abstellt, ist angesichts des Umstandes, dass das Sorgerechtsverfahren bereits seit 2007 anhängig war, und der Bedeutung der Verfahrenspflegschaft gerade auch in diesem Fall nicht nachvollziehbar.

70 Demgegenüber musste der erst am 7. Juli 2010 bestellte neue Verfahrenspfleger kurzfristig J. kennenlernen und sich in die umfangreichen

Verfahrensakten einarbeiten. Seinen Angaben zufolge hat er mit J. lediglich etwa 30 Minuten gesprochen und die Akten teilweise auch nur "selektiv" gelesen.

71 Mit dieser Verfahrensweise hat das Beschwerdegericht die Verfahrenspflegschaft ineffektiv gemacht. Zwar hat sich auch der Nachfolger für einen Verbleib J. bei ihrer Mutter ausgesprochen. Gleichwohl lässt sich nicht ausschließen, dass die angegriffene Entscheidung auch auf diesem Verfahrensfehler beruht. Denn hätte das Beschwerdegericht entweder die umfangreichen Erkenntnisse der ursprünglichen Verfahrenspflegerin für sich fruchtbar gemacht oder hätte der neue Verfahrenspfleger die Möglichkeit gehabt, sich intensiver mit dem Kind als auch mit den Akten zu beschäftigen, erscheint es durchaus denkbar, dass möglicherweise fundiertere Stellungnahmen das Beschwerdegericht dazu bewogen hätten, im Ergebnis doch anders zu entscheiden. Vor dem Hintergrund, dass das Familiengericht dem Verfahrenspfleger durch die Gestaltung des Verfahrens zu ermöglichen hat, seine Funktion sinnvoll wahrzunehmen und zu den die Interessen und den Willen des Kindes betreffenden Tatsachen und den diesbezüglichen Ermittlungen des Familiengerichts umfassend Stellung zu nehmen (Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 33), genügt das vom Beschwerdegericht eingeschlagene Verfahren nicht ansatzweise, dem Institut des Verfahrenspflegers gerecht zu werden.

72 c) Nach alledem konnte die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben. Sie war deswegen aufzuheben. Angesichts der gravierenden Verfahrensfehler war das Verfahren an einen anderen Senat des Oberlandesgerichts zurückzuverweisen. Bei dieser Entscheidung hat der Senat auch berücksichtigt, dass das Beschwerdegericht in seiner Entscheidung vom 23. August 2010, die der Bevollmächtigten der Kindesmutter am 26. August 2010 zugegangen ist,

angeordnet hat, dass die Mutter das Kind, das bis dahin immer bei ihr gelebt hat, bis zum 29. August 2010 um 12.00 Uhr an den Vater herauszugeben hat. Eine solch kurze Zeitspanne widerspricht dem Kindeswohl. Vor allem erlaubt sie es der Mutter nicht, ihre Tochter kindgerecht auf einen Wechsel ihrer Hauptbezugsperson und ihres Lebensmittelpunktes vorzubereiten.

73 Da das Beschwerdegericht den Sachverhalt nicht hinreichend ermittelt hat, ist der Senat gehindert, in der Sache selbst abschließend zu entscheiden.

74 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat daraufhin, dass die bestehende Regelung über den Aufenthalt des Kindes für die zu treffende Entscheidung nicht ohne Belang ist.

75 a) Dies folgt indes nicht schon aus den Entscheidungen der französischen Familiengerichte, die den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes bei der Mutter festgesetzt haben. Zwar sind diese Entscheidungen von den deutschen Gerichten anzuerkennen. Jedoch handelt es sich hierbei um eine einstweilige Regelung, die nach dem hier anwendbaren deutschen Verfahrensrecht durch die Entscheidung in der Hauptsache abgelöst wird (vgl. § 621 g iVm § 620 f Abs. 1 ZPO aF - jetzt § 56 FamFG) und damit keine bindende Anordnung im Sinne des § 1696 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung (vgl. Art. 111 Abs. 1 Satz 2 FGG-RG) darstellt.

76 b) Allerdings haben sich die Eltern im Juni 2005 vor dem Beschwerdegericht in Ziffer 2 ihrer Vereinbarung in Anlehnung an die vorgenannte Entscheidung darüber verständigt, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bei der Mutter sei. Hierbei handelt es sich um eine konkrete Ausgestaltung des gemeinsamen Sorgerechts, die über dessen bloße Bestätigung hinausgeht.

77 Zwar fallen gerichtlich gebilligte Elternvereinbarungen zum Sorgerecht - anders als solche zum Umgangsrecht - nicht unmittelbar unter § 1696 BGB, (so zu § 1696 BGB nF NK-BGB/Harms 2. Aufl. § 1696 Rn. 15; vgl. auch MünchKommBGB/Finger 5. Aufl. § 1696 Rn. 7; aA Hammer FamRZ 2005, 1209, 1214 [Fn. 59], 1215). Denn die Eltern können weder über das Sorgerecht im Ganzen noch über Teilbereiche hieraus wie das Aufenthaltsbestimmungsrecht disponieren. Insoweit gelten die Vorschriften des materiellen Rechts (§§ 1671, 1672 und 1680 Abs. 2, 3 BGB), das die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil an eine gerichtliche Entscheidung und an bestimmte Voraussetzungen knüpft (s. hierzu die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6308, S. 414, mit der sie im Gesetzgebungsverfahren zum FamFG den Wunsch des Bundesrates abgelehnt hat, die Figur des "gerichtlich gebilligten Vergleichs" auf alle Kindschaftssachen des § 156 Abs. 1 Satz 1 FamFG zu erstrecken, BT-Drucks. 16/6308, S. 376).

78 Auch wenn der Maßstab des § 1696 BGB für die zu treffende Entscheidung danach nicht maßgeblich ist, ändert das nichts an dem Umstand, dass die Eltern sich über die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts verständigt haben und dieser ursprüngliche Wille bei der nach § 1671 BGB zu treffenden Entscheidung zu beachten ist. Denn die im elterlichen Konsens getroffene Entscheidung lässt vermuten, dass sie dem Kindeswohl entspricht, weshalb sie eine gewisse Indizwirkung entfaltet (vgl. Hammer FamRZ 2005, 1209, 1210, 1214; s. auch OLG Brandenburg FamRZ 2009, 1683, 1684; OLGR 2008, 797, 798, das den "Rechtsgedanken des § 1696" heranziehen bzw. die Norm analog anwenden will; ihm folgend Palandt/Diederichsen BGB 70. Aufl. § 1696 Rn. 2).

79 Soweit das Beschwerdegericht meint, die Vereinbarung sei "obsolet", weil sich beide Eltern von ihr gelöst hätten, verkennt es, dass die Mutter nach wie vor den Aufenthalt des Kindes bei sich begehrt.

Hahne

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Potsdam, Entscheidung vom 04.06.2010 - 43 F 106/09 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 23.08.2010 - 15 UF 77/10 -