



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 81/09

vom

28. April 2010

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 1671, 1626, 1684; GG Artt. 2, 6; FGG §§ 12, 50, 50 b; FamFG §§ 26, 158, 159

- a) Beabsichtigt bei gemeinsamer elterlicher Sorge der das Kind betreuende Elternteil, mit dem Kind in ein entferntes Land (hier: Mexiko) auszuwandern, so ist Maßstab der Entscheidung über die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts vornehmlich das Kindeswohl.
- b) Für die Entscheidung sind zudem die beiderseitigen Elternrechte einzubeziehen. Die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils schließt es aus, dass auch die Möglichkeit des Verbleibs des betreuenden Elternteils im Inland als tatsächliche Alternative in Betracht kommt, selbst wenn diese dem Kindeswohl am besten entspräche. Die Gründe des Elternteils für seinen Auswanderungswunsch sind nur insoweit bedeutsam, als sie sich nachteilig auf das Kindeswohl auswirken (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392).
- c) Das Familiengericht hat dem für das Kind bestellten Verfahrenspfleger (nunmehr: Verfahrensbeistand) regelmäßig die Möglichkeit zu geben, an der Kindesanhörung teilzunehmen, damit dieser seine Aufgabe, die Kindesinteressen zu vertreten, sinnvoll erfüllen kann. Anders kann nur verfahren werden, wenn konkrete Gründe dafür sprechen, dass die Sachaufklärung durch die Teilnahme des Verfahrenspflegers beeinträchtigt wird.
- d) Wenn es für die Entscheidung auf den persönlichen Eindruck von dem Kind und dessen Willen ankommt, ist die Anhörung in der Beschwerdeinstanz vom gesamten Senat durchzuführen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169).

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. April 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina und die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 2. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts München vom 9. April 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens – an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 3.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Eltern der am 12. Mai 2001 geborenen Liva Katharina. Die kurz vor Geburt des Kindes geschlossene Ehe wurde am 24. November 2004 geschieden.
- 2 Die Tochter lebt seit der Trennung der Eltern im Jahr 2003 bei der Mutter und besucht die Grundschule. Die Mutter ist freiberufliche Kommunikationswissenschaftlerin. Sie ist in Teilzeit Projektleiterin in der Marktforschung. Der Vater ist selbständig.

- 3 Die Mutter beabsichtigt, mit der Tochter zu ihrem Lebensgefährten nach Mexiko umzuziehen. Der Lebensgefährte ist vermögend und als Modefotograf und Bauunternehmer tätig. Außerdem ist er Eigentümer eines Hauses mit großem Grundstück in T. /Mexiko, wo er seit einiger Zeit lebt und mit der Mutter eine Ferienpension eröffnen will. Die Mutter will auch im Baugeschäft ihres Lebensgefährten mitarbeiten. Der Vater ist mit einer Übersiedlung des Kindes nach Mexiko nicht einverstanden. Er befürchtet erhebliche Einschnitte in die Beziehung des Kindes zu ihm und hält die Auswanderungsentscheidung der Mutter für eine riskante Lebensplanung, weil sie ihr privates und berufliches Schicksal mit ihrem Lebensgefährten verknüpfe.
- 4 Die Eltern haben beim Amtsgericht - Familiengericht - gegenläufige Anträge auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gestellt. Das Amtsgericht hat sich entsprechend den Empfehlungen des beteiligten Jugendamts sowie der von ihm bestellten Verfahrenspflegerin gegen eine Übersiedlung des Kindes nach Mexiko ausgesprochen und hat die Anträge beider Eltern zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht die Eltern persönlich angehört. Außerdem hat der Berichterstatter das Kind angehört. Die Verfahrenspflegerin ist zu der Kindesanhörung nicht hinzugezogen worden.
- 5 Das Oberlandesgericht hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter übertragen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Vaters, der neben der Zurückweisung des Antrags der Mutter weiterhin die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf sich erstrebt.

II.

6 Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2009, 1600 veröffentlicht ist, hält die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Mutter für mit dem Kindeswohl am besten vereinbar.

7 Die umstrittene Frage, inwieweit es dem Sorgeberechtigten gestattet sei, zusammen mit dem Kind in einen anderen - fern liegenden - Staat überzusiedeln mit der Folge der dadurch bedingten tatsächlichen Umgangsbeeinträchtigung, sei weder im Sinne einer grundsätzlichen Befugnis zur Übersiedlung noch deren grundsätzlicher Unterbindung, sondern im Sinne einer "vermittelnden Auffassung" zu beantworten. Danach bedürfe es einer Gewichtung der Sorgerechtseignung der Elternteile und einer Abwägung der Gründe, Deutschland zu verlassen. Auch wenn eine Umsiedlung geplant sei, entscheide allein die persönliche Eignung des Elternteils und die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung. Weitere Gesichtspunkte könnten die Staatsangehörigkeit des Kindes und seine Vertrautheit mit der Sprache und Kultur im fremden Staat sein. Bei deutlich besserer Eignung des auswanderungswilligen Elternteils müsse das Umgangsrecht als das schwächere Recht zurücktreten. Entscheidend sei nicht, dass das Sorgerecht gegenüber der Umgangsbezugsperson das "stärkere Recht" bilde, denn beide Rechte seien Funktionen der Elternverantwortung für das Kindeswohl und gleichermaßen durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt. Der Sorgeberechtigte genieße Freizügigkeit, die aber im Hinblick auf das Kindeswohl pflichtgebunden sei. Die entscheidende Frage sei also, ob die Auswanderung wichtige Kindesinteressen gefährde, wobei der Kontinuität der Hauptbezugsperson die Diskontinuität der übrigen Lebensumstände gegenüberstehe. Die persönliche Beziehung zum Sorgeberechtigten sei in aller Regel so wichtig, dass ein Wechsel im Sorgerecht nur in Betracht komme, wenn das Verhältnis zum bisher Umgangsbezugspersonen intakt sei und die Kindesinteressen durch den Umzug ins Ausland er-

heblich gefährdet würden. In die Kindeswohlabwägung sei auch der Umstand einzubeziehen, dass durch den Wegzug der Umgang mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteil sowie den weiteren wichtigen Bezugspersonen erschwert oder praktisch vereitelt würde. Zu verlangen sei, dass der Sorgerechtsinhaber für seinen Wegzug triftige Gründe habe, die schwerer wögen als das Umgangsinteresse von Kind und anderem Elternteil. Das verfassungsrechtliche Prinzip der praktischen Konkordanz gebiete, die Grundrechte der Eltern auf Umgang (Art. 6 GG) und auf Freizügigkeit (Art. 2 GG) zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen. Außerdem seien der Wille des Kindes, seine Bindungen, der Kontinuitätsgrundsatz und die Erziehungseignung, insbesondere die Bindungstoleranz der Eltern zu beachten.

- 8 Bei der unter diesen Gesichtspunkten vorgenommenen Überprüfung entspreche es dem Kindeswohl am besten, wenn der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen werde. Es unterliege keinem Zweifel, dass beide Elternteile grundsätzlich erziehungsgeeignet seien. Hauptperson für das Kind sei jedoch seit der Geburt die Mutter, die vor und nach der Trennung der Eltern die Hauptversorgung und -betreuung übernommen habe. Die Mutter sei willens und in der Lage, dies auch in Mexiko fortzusetzen. Der Vater hingegen, der selbständig tätig sei und gerade eine neue Firma gegründet habe, sei nach eigenen Angaben beruflich in hohem Maße beansprucht und wäre zur Versorgung des Kindes auf dritte Personen angewiesen. Die Kontinuität spreche zwar für den Vater, dem stehe aber die Bindungskontinuität zur Mutter gegenüber. Darüber hinaus habe das Kind in Ferienaufenthalten sein künftiges Lebensumfeld kennen gelernt. Es werde von einem Privatlehrer intensiv in Englisch unterrichtet und eigne sich in der Schule bereits Spanischkenntnisse an. Der Besuch einer englischsprachigen Schule in Mexiko bedeute zwar eine Umstellung für das Kind, biete aber auch eine erhebliche positive Entwicklungschance. Die Förderung des Kindes sei auch in Mexiko gewährleistet. Durch die Übersied-

lung nach Mexiko werde das Kindeswohl nicht erkennbar beeinträchtigt. Deutsche könnten nicht nur in Deutschland gesund und zu ihrem Gedeihen heranwachsen. Die Annahme eines natürlichen Vorrangs für eine Erziehung in Deutschland wäre verfehlt.

9 Eine Umgangsvereitelung durch die Mutter sei nicht zu befürchten. Die Mutter habe ihre Lebensplanung frühzeitig offenbart und den Vater bereits 1 ½ Jahre vor dem Umzug davon verständigt. Sie habe stets zum Ausdruck gebracht, dass sie jeglichen Umgang des Kindes mit dem Vater fördern und eine Aufrechterhaltung der Beziehung zwischen Vater und Kind sicherstellen wolle.

10 Die Mutter habe glaubhaft beachtliche Gründe für einen Umzug nach Mexiko dargelegt. Im Hinblick darauf erscheine die Einschränkung des Umgangs zwischen Vater und Kind hinnehmbar, zumal die Eltern sich auf einen umfangreichen Ferienkontakt von 57 Tagen pro Jahr geeinigt hätten, wobei die Umgangskosten zwischen den Eltern geteilt würden. Darüber hinaus bestehe die Möglichkeit des ständigen Kontakts mittels Fernkommunikation oder E-Mail-Verkehr. Das (seinerzeit) bald achtjährige Mädchen habe in seiner persönlichen Anhörung vor dem vorbereitenden Einzelrichter den Eindruck eines aufgeweckten und überdurchschnittlich intelligenten Kindes gemacht und sich des Schreibens und Empfangens von E-Mails kundig gezeigt.

11 Das Kind habe sich in seiner persönlichen Anhörung mit einem Umzug nach Mexiko für ein bis zwei Jahre ausdrücklich einverstanden erklärt. Es kenne die dortigen Lebensumstände von Ferienaufenthalten, verstehe sich mit dem Lebensgefährten der Mutter gut und habe sich mit einem bevorstehenden Umzug nach Mexiko auseinandergesetzt. Der Eindruck, dass das Kind wesentlich von seiner Mutter beeinflusst sei, sei nicht entstanden. Die Kindesanhörung sei

ohne Beisein Dritter erfolgt, um einen echten Eindruck von dem Kind, seinen Neigungen und Bindungen zu erhalten.

- 12 Soweit es dem Kindeswohl noch besser entsprechen würde, wenn es weiterhin mit der Mutter in Deutschland leben würde, reiche dies allein nicht aus, um den nachvollziehbaren Wunsch der Mutter auf Übersiedlung nicht zu respektieren.

III.

- 13 Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Entscheidung genügt nicht den an die Sachaufklärung zu stellenden Anforderungen und kann daher im Ergebnis keinen Bestand haben.

- 14 1. 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 (vgl. Senatsurteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 50/08 - FamRZ 2010, 357 - Tz. 7; Senatsbeschluss vom 17. Februar 2010 - XII ZB 68/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

- 15 2. Nach § 1671 Abs. 1, 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. Nach § 1671 Abs. 3 BGB ist dem Antrag nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge aufgrund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss, was insbesondere wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB der Fall sein kann. Da ein solcher Fall nicht vorliegt (zu mit einer Verbringung des Kindes ins Ausland verbundenen Kindeswohlgefährdungen vgl. Se-

natsbeschlüsse vom 15. Dezember 2004 - XII ZB 166/03 - FamRZ 2005, 344 - Beschneidung - und vom 17. Oktober 2007 - XII ZB 42/07 - FamRZ 2008, 45 - Schulpflicht - sowie vom 17. Februar 2010 - XII ZB 68/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), ist der vorliegende Konflikt aufgrund § 1671 Abs. 1, 2 BGB zu entscheiden.

16 Das Vorhaben der Mutter, mit dem Kind nach Mexiko auszuwandern, lässt sich in Anbetracht der Ablehnung durch den Vater nur verwirklichen, wenn ihr nach § 1671 BGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Bestandteil der Personensorge (§ 1631 Abs. 1 BGB) übertragen wird. Nach einer Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist dem Elternteil die Ausreise mit dem Kind erlaubt (a.A. Staudinger/Rauscher BGB [2006] § 1684 Rdn. 67 f.) und kann die Verbringung des Kindes in das Ausland durch den (insoweit) sorgeberechtigten Elternteil nur unter besonderen Umständen rechtswidrig sein (vgl. BGHSt 44, 355 = FamRZ 1999, 651). Die Zurückweisung des Antrags der Mutter hätte hingegen zur Folge, dass das gemeinsame Aufenthaltsbestimmungsrecht fortbestünde und es beim derzeitigen Zustand verbliebe. Eine Verbringung des Kindes in das Ausland wäre dann rechtswidrig (vgl. auch Staudinger/Pirrung [2009] HKÜ Rdn. D 37; zur Strafbarkeit BGHSt 44, 355 = FamRZ 1999, 651). Das würde erst recht gelten, wenn dem Vater auf seinen Antrag das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen würde.

17 3. Maßstab der Entscheidung ist nach § 1671 Abs. 1 BGB das Kindeswohl (vgl. Coester Das Kindeswohl als Rechtsbegriff S. 143 ff.).

18 a) Dass die Prüfung an diesem gesetzlichen Maßstab auszurichten ist, wird in der Rechtsprechung und Literatur nicht in Frage gestellt. Für die vorliegende Fallgestaltung der Auswanderung in ein fernes Land ist allerdings umstritten, welches Gewicht den einzelnen Aspekten des Kindeswohls beizumes-

sen ist und welche Bedeutung den Elternrechten beider Eltern sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils für die Entscheidung zukommt (vgl. etwa – mit unterschiedlicher Betonung des Umgangsrechts – einerseits Staudinger/Coester BGB [2009] § 1671 Rdn. 211; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 5. Aufl. § 1671 Rdn. 61a; Staudinger/Peschel-Gutzeit 12. Aufl. § 1634 Rdn. 309 ff.; andererseits Staudinger/Rauscher BGB [2006] § 1684 Rdn. 70 ff.; Schwab/Motzer Handbuch des Scheidungsrechts 5. Aufl. III Rdn. 244, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

19 b) Der Senat hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung als gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie die Beachtung des Kindeswillens angeführt (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393 m.N.; vgl. auch OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 435). 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 (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393 m.N.).

20 c) Zudem sind die durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Elternrechte beider Elternteile zu berücksichtigen (BVerfG FF 2009, 416).

21 Die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils gemäß Art. 2 Abs. 1 GG ist hingegen zunächst nur mittelbar betroffen, indem er dadurch in seiner Freiheit beeinträchtigt wird, auswandern zu können und gleichzeitig im bisherigen Umfang sein Elternrecht wahrzunehmen. Für die Entscheidung sind demnach nicht die allgemeine Handlungsfreiheit des auswande-

rungswilligen Elternteils und das Elternrecht des im Inland verbleibenden Elternteils gegeneinander abzuwägen, sondern die beiderseitigen Elternrechte.

22 Allerdings ist die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils gleichwohl bedeutsam, indem sie die tatsächliche Ausgangslage für die Abwägung bestimmt. Denn für die Beurteilung des Kindeswohls und die Abwägung der beiderseitigen Elternrechte ist nicht davon auszugehen, dass der hauptsächlich betreuende Elternteil mit dem Kind im Inland verbleibt, selbst wenn diese Möglichkeit mit dem Kindeswohl am besten zu vereinbaren wäre (a.A. OLG Oldenburg FamRZ 1980, 78). Tatsächlicher Ausgangspunkt muss vielmehr sein, dass der Elternteil seinen Auswanderungswunsch in die Tat umsetzt.

23 d) Die Motive des Elternteils für seinen Auswanderungsentschluss stehen entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde jedenfalls grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Familiengerichts. Es kommt insoweit auch nicht darauf an, ob der Elternteil triftige Gründe anführen kann (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393; ebenso Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB 12. Aufl. § 1634 Rdn. 311 m.w.N.; a.A. OLG Zweibrücken NJW-RR 2004, 627 m.w.N.; OLG Köln FamRZ 2006, 1625; OLG München FamRZ 2009, 794 m. Anm. Dollinger).

24 Dementsprechend stehen dem Familiengericht auch keine Möglichkeiten zur Verfügung, die allgemeine Handlungsfreiheit des Elternteils einzuschränken, auch kann dem Elternteil seine Ausreise nicht in zulässiger Weise untersagt werden. Die Befugnisse des Familiengerichts beschränken sich vielmehr auf das Kind, und die Beurteilung hat sich darauf zu konzentrieren, wie sich die Auswanderung auf das Kindeswohl auswirkt. Die Frage, ob der Elternteil triftige Gründe hat auszuwandern, findet demnach nur bei der Beurteilung des Kin-

deswohls Berücksichtigung. Verfolgt der Elternteil mit der Übersiedlung etwa (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 (vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2007, 759, 760; Staudinger/Coester BGB [2009] § 1671 Rdn. 211). Wenn mit der Auswanderung für das Kind schädliche Folgen verbunden sind, ist wiederum die Erziehungseignung des betreuenden Elternteils in Zweifel zu ziehen und kann sogar ein Entzug des Sorgerechts angebracht sein (vgl. Senatsbeschlüsse vom 15. Dezember 2004 - XII ZB 166/03 – FamRZ 2005, 344 - Beschneidung - und vom 17. Oktober 2007 - XII ZB 42/07 - FamRZ 2008, 45 - Schulpflicht - sowie vom 17. Februar 2010 - XII ZB 68/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Bei einem ersichtlich unvernünftigen Vorhaben, das mit nicht vertretbaren Risiken für das Kind verbunden ist, ergeben sich schließlich jedenfalls für die Kontinuität und die Qualität der Bindung zum Obhutselternteil nachteilige Folgen, die gegen dessen Erziehungseignung sprechen und bei bestehender Erziehungseignung des anderen Elternteils regelmäßig den Ausschlag dafür geben werden, diesem das Sorgerecht zu übertragen.

- 25 e) Einer Auswanderung mit dem Kind steht ferner nicht ohne weiteres die gesetzliche Regelung in § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegen, dass zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört. Auch wenn durch die Auswanderung der Umgang zwischen Kind und anderem Elternteil wesentlich erschwert wird, ergibt sich daraus allein weder eine generelle noch eine vermutete Kindeswohlschädlichkeit (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393; a.A. OLG Oldenburg FamRZ 1980, 78; Staudinger/Rauscher [2006] § 1684 Rdn. 70; Schwab/Motzer Handbuch des Scheidungsrechts 5. Aufl. III Rdn. 244; Motzer FamRZ 2000, 925, 927). Denn bei § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB handelt es sich um die gesetzliche Klarstellung eines einzelnen - wenn auch gewichtigen - Kindeswohlaspekts.

Dass dadurch die Bedeutung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen unterstrichen wird, verleiht diesem Gesichtspunkt aber noch keinen generellen Vorrang gegenüber anderen Kindeswohlkriterien.

- 26 Ähnliches gilt für das Wohlverhaltensgebot gemäß § 1684 Abs. 2 BGB. Auch im Hinblick auf § 1684 Abs. 2 BGB kommt der Aufrechterhaltung der Beziehungen zum Umgangselternteil nicht notwendig eine Sperrwirkung für solche Ortsveränderungen zu, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Umgangskontakte führen (vgl. Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393; RGZ 141, 319, 322).
- 27 Das Bedürfnis des Kindes nach einem intensiven Umgang mit beiden Elternteilen ist vielmehr als Element des Kindeswohls im Rahmen der Entscheidung nach § 1671 BGB oder - bei alleinigem Sorgerecht des auswanderungswilligen Elternteils - bei einer Abänderungsentscheidung nach § 1696 BGB zu berücksichtigen und in die vom Familiengericht zu treffende umfassende Abwägung einzubeziehen. Hierbei sind auch der Umfang der mit der Auswanderung verbundenen Beeinträchtigungen und die Folgen für das Kind und den Elternteil einzubeziehen (vgl. OLG München FamRZ 2009, 794 m. Anm. Dollinger). Welches Gewicht diesen Umständen für die Entscheidung letztlich zukommt, ist eine Frage des Einzelfalls.
- 28 4. Die Entscheidung des Familiengerichts ist demnach nicht durch tatsächliche oder rechtliche Vermutungen eingeengt, die im Zweifelsfall den Ausschlag für oder gegen eine Auswanderung mit dem Kind geben könnten. Vielmehr ist die Entscheidung stets aufgrund einer umfassenden Abwägung der im Einzelfall berührten Kindeswohlgesichtspunkte zu treffen. Die Abwägung der für das Kind mit einer bestimmten Sorgerechtslage oder -regelung verbundenen Vor- und Nachteile hat auf der Grundlage der beiden genannten tatsächlichen

Alternativen zu erfolgen. Zu fragen ist demnach, ob die Auswanderung mit dem Elternteil oder der Verbleib des Kindes beim weiter im Inland ansässigen Elternteil die für das Kindeswohl bessere Lösung ist.

29 5. 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 vom 17. Februar 2010 - XII ZB 68/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

30 a) 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 das vorliegende Antragsverfahren gilt (Keidel/Schmidt Freiwillige Gerichtsbarkeit 15. Aufl. § 12 FGG Rdn. 55 m.w.N.). Dabei wirken das Elternrecht sowie das staatliche Wächteramt auch auf das Verfahrensrecht und seine Handhabung in Sorgerechtsverfahren ein (BVerfG FamRZ 2009, 1897 Tz. 18 m.w.N.). 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 (BVerfG FamRZ 2009, 1897 Tz. 18 m.w.N.).

31 b) Der genaue Umfang der erforderlichen Ermittlungen richtet sich nach den im konkreten Fall betroffenen Kindeswohlbelangen. Dazu gehören bei der hier vorliegenden Problemstellung insbesondere die Bindungen des Kindes zu beiden Elternteilen und deren jeweilige Qualität (vgl. Senatsbeschluss vom

11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 170). Befindet sich das Kind in der Obhut des auswanderungswilligen Elternteils und ist dieser die Hauptbezugsperson des Kindes, ist ferner zu ermitteln, wie sich die veränderte Situation auf den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil auswirkt und in welchem Umfang der Kontakt aufrechterhalten werden kann. Daneben sind das Förderprinzip sowie die Kontinuität des Umfelds und der sonstigen Beziehungen des Kindes zu berücksichtigen. Weiter ist von Bedeutung, in welchem Umfang für das Kind durch die Auswanderung Umstellungen in seiner Lebenssituation verbunden sind und ob die hiermit einhergehenden Anforderungen von dem Kind ohne bleibende Defizite zu bewältigen sind (vgl. KG ZKJ 2009, 211). Der vom Kind geäußerte Wille hat bei kleineren Kindern vornehmlich Erkenntniswert hinsichtlich seiner persönlichen Bindungen (vgl. BVerfG FamRZ 2007, 1078 Tz. 12, 18; FamRZ 2008, 1737, 1738; Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393), ist mit zunehmendem Alter jedoch auch als Ausdruck der Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen Persönlichkeit bedeutsam (§ 1626 Abs. 2 Satz 2 BGB; BVerfG FamRZ 2007, 105, 106; FamRZ 2008, 1737, 1738). Der Kindeswille ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er dem Kindeswohl entspricht (BVerfG FamRZ 1981, 124, 126 f. und FamRZ 2008, 1737, 1738). Schließlich ist in tatsächlicher Hinsicht in Rechnung zu stellen, dass ein durch einen Elternteil maßgeblich beeinflusster Kindeswille nicht beachtlich ist (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 170).

- 32 c) Zur Berücksichtigung des Willens des Kindes und seiner Interessen sieht das Gesetz die Bestellung eines Verfahrenspflegers vor (§ 50 FGG; nunmehr: Verfahrensbeistand, § 158 FamFG). Die Einrichtung der Verfahrenspflegschaft ist Ausdruck der Subjektstellung des Kindes in seiner Individualität als Grundrechtsträger (BVerfG FamRZ 2007, 1078 Tz. 10 m.w.N.; vgl. auch BVerfG FamRZ 2004, 86; Willutzki ZKJ 2009, 237). Sie soll in Fällen eines Inte-

ressenkonflikts 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 (BT-Drucks. 13/4899 S. 129 f.). Die Verfahrenspflegschaft trägt auch dem Umstand Rechnung, dass Scheidungskinder sich oftmals in einer verunsicherten psychischen Situation befinden (Arntzen Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern 2. Aufl. S. 12) und ein Verfahrenspfleger das Kind durch die Vertretung seiner Interessen gegenüber dem Familiengericht entlasten kann.

33 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. Diese Notwendigkeit wird in Fällen der hier vorliegenden Art besonders deutlich. Denn der Auswanderungswunsch geht regelmäßig auf die Interessen und Neigungen des Elternteils zurück, die sich mit denen des Kindes nicht ohne weiteres decken müssen.

34 d) Um schließlich eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen, kann es insbesondere bei Entscheidungen von großer Tragweite ferner erforderlich sein, ein psychologisches Sachverständigen-Gutachten einzuholen, das etwa zur Qualität der Bindungen des Kindes zu beiden Elternteilen und zu den in Betracht kommenden familiengerichtlichen Maßnahmen näheren Aufschluss geben kann (vgl. BVerfG FamRZ 2009, 1897, 1899).

35 6. Das Oberlandesgericht hat seine Feststellungen zum Willen des Kindes und seinen Interessen nicht verfahrensfehlerfrei getroffen. Gleiches gilt für die in Betracht kommende Alternative eines Wechsels des Kindes zum Vater.

- 36 a) Zutreffend ist der vom Oberlandesgericht für die Abwägung der verschiedenen Kindeswohlbelange im Rahmen von § 1671 Abs. 1, 2 BGB gewählte rechtliche Ausgangspunkt. Das Oberlandesgericht hat - anders als das Amtsgericht - zu Recht nicht auf die Möglichkeit abgestellt, dass die Mutter mit dem Kind in Deutschland verbleibt. Das gilt auch für den Fall, dass sich die Mutter, wenn ihr die Auswanderung gemeinsam mit dem Kind verwehrt wäre, für einen Verbleib in Deutschland entschließen würde und dies wiederum dem Kindeswohl im Ergebnis am besten entspräche. Insoweit ist vielmehr - wie ausgeführt - von dem Fall auszugehen, dass die Mutter ihren Auswanderungsplan verwirklicht, und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob es dem Kindeswohl besser dient, wenn das Kind mit der Mutter nach Mexiko übersiedelt oder aber beim Vater im Inland bleibt.
- 37 Der Auswanderungswunsch der Mutter ist - wie ausgeführt - grundsätzlich zu respektieren und unterliegt als ihre persönliche Lebensentscheidung nicht der Überprüfung durch das Familiengericht. Es kommt daher insbesondere nicht darauf an, ob sie etwa in ihr Heimatland zurückkehrt, ob sie aus beruflichen Gründen zu einer Übersiedlung in das Ausland gezwungen ist oder ob sie mit ihrem neuen Partner verheiratet ist. Dass die Lebensentscheidung der Mutter als solche für das Kind nachteilige Folgen hat, ist vom Oberlandesgericht trotz der vom Vater gehegten Befürchtungen frei von Verfahrensfehlern verneint worden.
- 38 Die Entscheidung der Mutter, nach Mexiko auszuwandern, entspricht dennoch nicht notwendig dem Kindeswohl am besten und setzt sich auch nicht ohne weiteres gegen das Elternrecht des Vaters durch. Entscheidend ist vielmehr, welche Alternative dem Kindeswohl besser dient und wie die im Einklang mit dem Kindeswohl auszuübenden Elternrechte beider Eltern zu einem schonenden Ausgleich zu bringen sind.

39 b) Das Oberlandesgericht hat den Willen, die Neigungen und die Bindungen des Kindes nicht genügend aufgeklärt, indem es das betroffene Kind nicht durch den gesamten Senat angehört hat.

40 Zwar muss im Ausgangspunkt dem erkennenden Gericht die Entscheidung darüber vorbehalten sein, welchen Weg es innerhalb der ihm vorgegebenen Verfahrensordnung für geeignet hält, um zu den für seine Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen (BVerfG FamRZ 1981, 124, 126 f.). Nach der Rechtsprechung des Senats darf die Anhörung nach §§ 50 a, 50 b FGG grundsätzlich einem Mitglied des Beschwerdegerichts als beauftragtem Richter überlassen werden. Das gilt allerdings nur mit der einschränkenden Maßgabe, dass die Anhörung nur in ihrem objektiven Ertrag und als persönlicher Eindruck des beauftragten Richters verwertet werden darf (Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 172). Ist es dagegen - wie gerade in Sorgerechtsangelegenheiten häufig - angezeigt, dass sich das erkennende Gericht als solches einen persönlichen Eindruck verschafft, reicht die Anhörung durch den beauftragten Richter nicht aus und muss die Anhörung gegebenenfalls vor dem vollbesetzten Beschwerdegericht wiederholt werden (Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 172).

41 Die Anhörung des Kindes ist gemessen an diesen Maßstäben hier zu Unrecht allein vom Berichtersteller des Oberlandesgerichts durchgeführt worden. Die Rechtsbeschwerde rügt zu Recht, dass in den Gründen des angefochtenen Beschlusses mehrfach auf den persönlichen Eindruck von dem Kind abgestellt worden ist und demnach davon auszugehen ist, dass es dem Oberlandesgericht darauf ankam. Dass die weiteren Mitglieder des Spruchkörpers zeitweise anwesend waren, ist nicht ausreichend. Im Übrigen stimmen aber auch die bei der Anhörung des Kindes und der Eltern anwesenden Senatsmitglieder

nicht vollständig mit den Richtern überein, die den angefochtenen Beschluss erlassen haben. Anstelle des an der Anhörung der Eltern mitwirkenden Vorsitzenden Richters O. ist dort die Richterin Dr. M. aufgeführt. Das führt zwar nicht ohne weiteres zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weil der Beschluss entgegen seiner Eingangsformulierung nicht aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist. Der Beschluss beruht indessen auf einer unzureichenden Sachaufklärung durch den schließlich entscheidenden Senat.

42 c) Auch die weitere von der Rechtsbeschwerde erhobene Verfahrensrüge, dass das Oberlandesgericht die Verfahrenspflegerin nicht zu der Anhörung des betroffenen Kindes hinzugezogen hat, ist begründet.

43 Zwar ist auch insoweit jedenfalls im Ausgangspunkt dem erkennenden Richter die Entscheidung darüber vorbehalten, welchen Weg er für geeignet hält, um zu den für seine Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen. Er hat bei seiner Verfahrensgestaltung aber die Besonderheiten zu beachten, die sich aus der gesetzlichen Funktion des Verfahrenspflegers ergeben.

44 Ob der gerichtlich bestellte Verfahrenspfleger bei der Anhörung des Kindes zugegen sein muss, war unter der Geltung des hier noch anwendbaren Verfahrensrechts gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Nach dem seit September 2009 geltenden Verfahrensrecht soll die persönliche Anhörung in Anwesenheit des Verfahrensbeistands stattfinden (§ 159 Abs. 4 Satz 3 FamFG). Auch aufgrund des bis August 2009 geltenden Verfahrensrechts hatte der Verfahrenspfleger grundsätzlich das Recht, bei der Kindesanhörung anwesend zu sein, und war dementsprechend vom Familiengericht zur Kindesanhörung zu laden (OLG Bremen FamRZ 2000, 1298; KG FamRZ 2000, 1300; Keidel/Engelhardt Freiwillige Gerichtsbarkeit 15. Aufl. § 50 Rdn. 16; Fam-RefK/Maurer § 50 FGG Rdn. 9; vgl. Hohmann-Dennhardt ZfJ 2001, 77, 80).

- 45 Das Familiengericht kann allerdings von der Hinzuziehung des Verfahrenspflegers ausnahmsweise absehen, wenn dies im Einzelfall aus Gründen einer besseren Sachaufklärung geboten ist. Ob es den Verfahrenspfleger zu der Anhörung lädt oder ob es hiervon ausnahmsweise absieht, hat das Familiengericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei ist aber in jedem Fall zu beachten, dass es dem Verfahrenspfleger möglich sein muss, seine gesetzliche Aufgabe, dem Willen und den Interessen des Kindes Geltung zu verschaffen, sinnvoll zu erfüllen. Das gilt vor allem dann, wenn der Wille des Kindes und seine Interessen einen wesentlichen Gesichtspunkt für die Entscheidung darstellen, was schon in Anbetracht der Bestimmungsvoraussetzungen nach § 50 FGG (nunmehr § 158 FamFG) in der Regel der Fall ist.
- 46 Gemessen daran durfte das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall jedenfalls mit der von ihm gegebenen Begründung nicht von einer Teilnahme der Verfahrenspflegerin an der Kindesanhörung absehen. Nach den Gründen des angefochtenen Beschlusses erfolgte die Kindesanhörung "ohne Beisein Dritter", insbesondere ohne Anwesenheit der Verfahrensbevollmächtigten, um das Ziel der Kindesanhörung zu erreichen, nämlich einen echten Eindruck von dem Kind, dessen Neigungen und Bindungen zu erhalten.
- 47 Das reicht zur Begründung nicht aus und stellt sich im Ergebnis als ermessensfehlerhaft dar. Das betroffene Kind war bei der Anhörung vor dem Oberlandesgericht sieben Jahre alt. Es hat ausweislich der Entscheidungsgründe des angefochtenen Beschlusses den Eindruck eines aufgeweckten und überdurchschnittlich intelligenten Kindes gemacht. Dass die Anwesenheit der Verfahrenspflegerin den Berichterstatter des Oberlandesgerichts daran gehindert hätte, einen echten Eindruck von dem Kind, dessen Neigungen und Bindungen zu erhalten, ist demnach nicht nachvollziehbar. Auch in Anwesenheit des Verfahrenspflegers lässt sich durch die Gestaltung der Anhörung bewerk-

stelligen, dass das Gericht einen unmittelbaren Eindruck von dem Kind erhält. Insbesondere unterliegt es der Verfahrensgestaltung des Gerichts, ob und wann etwa Fragen des Verfahrenspflegers an das Kind zugelassen werden. Allein aus der Anwesenheit des Verfahrenspflegers ergibt sich noch keine die Unvoreingenommenheit des Kindes beeinträchtigende Wirkung.

48 Der Verfahrenspfleger ist nicht mit den vom Oberlandesgericht weiter aufgeführten "Dritten" vergleichbar und nimmt insbesondere keine den Eltern und deren Verfahrensbevollmächtigten vergleichbare Stellung ein. Anders als die Eltern, deren Interessen mit denen des Kindes nicht ohne weiteres im Einklang stehen und deren Anwesenheit das Kind regelmäßig beeinflussen wird, ist der Verfahrenspfleger gerade gesetzlich vorgesehen, um ausschließlich die Interessen des Kindes wahrzunehmen. Er ist zum Zeitpunkt der gerichtlichen Anhörung in der Regel mit dem Kind bereits bekannt, so dass seine Anwesenheit das Kind nicht vor zusätzliche Anforderungen stellt. Vielmehr kann die Anwesenheit des Verfahrenspflegers das Kind in der Anhörungssituation entlasten und dem Gericht den Zugang zum Kind erleichtern.

49 Der vorliegende Fall belegt die Notwendigkeit einer Hinzuziehung des Verfahrenspflegers zu der Kindesanhörung. Das betroffene Kind hat sich in erster Instanz gegen eine Übersiedlung nach Mexiko ausgesprochen und dies gegenüber dem Amtsgericht, dem Jugendamt und der Verfahrenspflegerin zum Ausdruck gebracht. Demgegenüber hat es sich erstmals in der Anhörung durch den Berichtersteller des Oberlandesgerichts mit einem probeweisen Umzug nach Mexiko einverstanden erklärt, was für das Oberlandesgericht einen wesentlichen Grund für die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Mutter dargestellt hat. Indem die Verfahrenspflegerin von dieser Willensänderung des Kindes ausgeschlossen worden ist, war sie nicht in der Lage, die Kindesinteressen gegenüber dem Gericht umfassend wahrzunehmen. Sie

konnte sich kein Bild von der Anhörungssituation, den Fragen des Richters und den Antworten des Kindes machen und war demnach nicht imstande, ihre Aufgabe sinnvoll zu erfüllen.

50 Da sich eine Hinzuziehung der Verfahrenspflegerin schließlich nicht durch die Mitteilung des Anhörungsprotokolls ersetzen lässt, hätte das Oberlandesgericht der Verfahrenspflegerin notfalls in einem weiteren Anhörungstermin Gelegenheit geben müssen, an der Kindesanhörung teilzunehmen. Hinzu kommt, dass die Stellungnahmen des Jugendamtes wie auch der Verfahrenspflegerin in den Gründen der angefochtenen Entscheidung keine Berücksichtigung gefunden haben. Dass das Jugendamt und die Verfahrenspflegerin - wie das Amtsgericht - zu Unrecht als weitere mögliche Option auch den Verbleib der Mutter mit dem Kind in Deutschland einbezogen und auf dieser Grundlage ihre Stellungnahmen abgegeben haben, hätte das Oberlandesgericht durch einen entsprechenden rechtlichen Hinweis aufklären können und müssen. Keinesfalls durften die Stellungnahmen etwa wegen des unzutreffenden rechtlichen Ausgangspunktes bei der Begründung vollständig außer Acht gelassen werden.

51 d) Die Rechtsbeschwerde rügt ebenfalls mit Recht, dass die Möglichkeiten des Vaters, alternativ zur Betreuung des Kindes zur Verfügung zu stehen, nicht hinreichend aufgeklärt worden sind. Das Oberlandesgericht hat darauf hingewiesen, dass der Vater beruflich stark beansprucht sei. Dass er dadurch an der persönlichen Betreuung des Kindes gehindert wäre und auf die Hilfe Dritter angewiesen sei, lässt sich den vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen indessen nicht entnehmen. Der Vater wohnt in der Nähe der Schule. Das Kind besucht eine Ganztagsgrundschule. Der Vater ist selbständig tätig, und es ist nicht ersichtlich, inwiefern er durch seine Berufstätigkeit gehindert wäre, sich um die Tochter zu kümmern. Das gilt erst recht im Hinblick auf die

ebenfalls ungeklärte Frage, in welchem konkreten Umfang die Mutter im Fall der Auswanderung und der Verwirklichung ihrer beruflichen Planung in Mexiko zur persönlichen Betreuung des Kindes zur Verfügung stünde.

52 e) Schließlich ist auch die Rüge begründet, dass das Oberlandesgericht das Zustandekommen einer Vereinbarung über Umgangskontakte nach der Auswanderung festgestellt hat. Für eine solche Feststellung fehlt es an einer nachprüfbaren Grundlage. Wie sich aus dem Akteninhalt ergibt, waren sich die Eltern zwar in wesentlichen Punkten einig. Aus ihren Schriftsätzen ergibt sich hingegen auch, dass die Eltern zu der für sie wesentlichen Frage, wer die Flugkosten zu tragen hat, noch keine Einigung erzielen konnten.

53 Ob die Eltern eine verbindliche Elternvereinbarung getroffen haben, ist nicht zuletzt für die Berücksichtigung des Umgangsaspekts nach § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB wichtig und gewinnt dadurch an Bedeutung, dass der Geltendmachung und Durchsetzung des Umgangsrechts nach der Auswanderung rechtliche und tatsächliche Grenzen gesetzt sind. Dass die Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht vorgreiflich ist, stellt keinen Hinderungsgrund dar. Denn die Umgangsvereinbarung hätte unter der Bedingung geschlossen werden können, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter übertragen wird (vgl. Hammer Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht S. 80 f.).

III.

54 Die aufgezeigten Verfahrensfehler führen zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Dem Senat ist eine eigene Sachentscheidung verwehrt, weil noch tatrichterliche Feststellungen nachzuholen sind.

IV.

55 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach einer nicht vermeidbaren erneuten Anhörung des Kindes in Anwesenheit der Verfahrenspflegerin und der ebenfalls zu wiederholenden Anhörung seiner Eltern vornehmlich die Bindungen des Kindes zu würdigen sind. Bei der Abwägung sind auch die durch das neue Lebensumfeld in Mexiko vielfältig geänderten Lebensumstände des Kindes zu beachten. Diese Aspekte sind unter verstärkter Berücksichtigung des weiter aufzuklärenden Willens und der Interessen des Kindes in die Würdigung einzubeziehen. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass unter ihrer Berücksichtigung ein Wechsel zum im Inland verbleibenden Vater die für das Kind günstigere Alternative wäre, wie sie insbesondere

bei annähernd gleich starker Bindung zu beiden Elternteilen in Betracht kommt (vgl. KG ZKJ 2009, 211). Sollte schließlich eine stärkere Bindung des Kindes zur Mutter den Ausschlag geben, wird darauf hinzuwirken sein, dass eine verbindliche Umgangsregelung getroffen wird.

Hahne

Wagenitz

Vézina

Dose

Klinkhammer

Vorinstanzen:

AG Starnberg, Entscheidung vom 19.11.2008 - 2 F 678/08 -

OLG München, Entscheidung vom 09.04.2009 - 2 UF 1818/08 -