



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 112/19

vom

29. April 2020

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 167, 1626, 1629, 1671

- a) Dem sich aus der gesetzlichen Gesamtvertretung des minderjährigen Kindes durch gemeinsam sorgeberechtigte Eltern ergebenden Bedürfnis für eine Autorisierung eines Elternteils zur alleinigen Wahrnehmung elterlicher Vertretungsbefugnisse kann durch Erteilung einer Vollmacht entsprochen werden.
- b) Das Grundverhältnis für diese Vollmacht ist regelmäßig das sich aus dem fortbestehenden gemeinsamen Sorgerecht ergebende gesetzliche Rechtsverhältnis. Daraus ergeben sich insbesondere Kontrollbefugnisse und -pflichten und gegebenenfalls auch Mitwirkungspflichten des vollmachtgebenden Elternteils. Eines gesonderten Vertrags zwischen den Eltern bedarf es für das Grundverhältnis nicht.
- c) Die Bevollmächtigung des mitsorgeberechtigten Elternteils kann eine andernfalls notwendige Übertragung des Sorgerechts ganz oder teilweise entbehrlich machen, wenn und soweit sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Hierfür ist eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern erforderlich, soweit eine solche auch unter Berücksichtigung des durch die Vollmacht erweiterten Handlungsspielraums des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.

BGH, Beschluss vom 29. April 2020 - XII ZB 112/19 - OLG Frankfurt am Main
AG Bad Homburg v.d. Höhe

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. April 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des 8. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. Februar 2019 aufgehoben.

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

Wert: 3.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die nicht miteinander verheirateten Eltern des im November 2012 geborenen Sohnes N. L. Sie streiten über das Sorgerecht.
- 2 Die 1974 geborene Kindesmutter ist kroatische Staatsangehörige, der 1956 geborene Kindesvater besitzt die Staatsangehörigkeit von Bosnien und Herzegowina. Beide leben seit geraumer Zeit in Deutschland und sind getrennt. Der Sohn hat - auch - die deutsche Staatsangehörigkeit. Er lebt bei der Kindesmutter, die inzwischen verheiratet ist.

- 3 Die Eltern gaben kurz nach der Geburt übereinstimmende Sorgeerklärungen ab. Sie führten in der Vergangenheit mehrere Verfahren, unter anderem zum Kindesunterhalt und zum Umgangsrecht. Im Jahr 2013 beantragte die Kindesmutter die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich. Das Amtsgericht übertrug ihr in jenem Verfahren mit Zustimmung des Kindesvaters das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht. Im Jahr 2016 beantragte die Kindesmutter erneut die Übertragung der vollständigen elterlichen Sorge. Das Verfahren wurde beendet, nachdem der Kindesvater ihr am 16. Februar 2017 eine vom Gericht protokollierte umfängliche Vollmacht erteilt hatte.
- 4 Im vorliegenden Verfahren hat die Kindesmutter wiederum beantragt, ihr das alleinige Sorgerecht zu übertragen. Sie beruft sich unter anderem darauf, dass es in verschiedenen Angelegenheiten trotz der erteilten Vollmacht zu Schwierigkeiten bei der Vertretung des Kindes gekommen sei und der Kindesvater anschließend trotz ihrer Bitten nicht mitgewirkt habe. Dieser ist der Meinung, dass es einer Übertragung des Sorgerechts wegen der im Vorverfahren erteilten Vollmacht, jedenfalls aber wegen einer weiteren, während des vorliegenden Verfahrens notariell beurkundeten Vollmacht vom 22. November 2017 nicht bedürfe.
- 5 Das Amtsgericht hat das Sorgerecht antragsgemäß der Kindesmutter übertragen. Auf die Beschwerde des Kindesvaters hat das Oberlandesgericht den Antrag der Kindesmutter zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Kindesmutter, mit der sie ihren Antrag weiterverfolgt.

II.

6 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

7 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2019, 1144 veröffentlicht ist, ist es im Sinne des Kindeswohls ausreichend, dass der Kindesmutter vom Kindsvater eine Vollmacht oder Ermächtigung erteilt wurde und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass er diese zeitnah widerrufen möchte.

8 Zwar liege es im vorliegenden Fall nahe, dass die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Kindesmutter grundsätzlich dem Kindeswohl am besten entspreche. Zwischen den Eltern bestehe ein Kommunikationskonflikt, der eine gemeinsame Entscheidungsfindung in kindbezogenen Belangen kaum möglich erscheinen lasse, insbesondere weil die Kindesmutter die Elternschaft des Kindsvaters gegenüber dem Sohn nicht offenlegen wolle. Jedoch sei die Übertragung der restlichen Sorgerechte auf die Kindesmutter nicht geboten. Der Kindsvater habe sie hinreichend bevollmächtigt bzw. ermächtigt, so dass sie ohne weitere Übertragung im Rahmen der elterlichen Sorge für den Sohn tätig werden könne.

9 Bei der Übertragung des Sorgerechts als Eingriff in das Elternrecht des Kindsvaters sei insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Da der Konflikt zwischen den Eltern hier aber nicht so weit gehe, dass diese sich widersprechende Entscheidungen treffen würden, genüge es, der Kindesmutter eine erleichterte Handhabung der Vertretung des Kindes bei der Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen. Hierzu würden die erteilten Vollmachten (Ermächtigungen) als milderer Mittel ausreichen.

- 10 Neben in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hierzu vertretenen unterschiedlichen Ansätzen sei zu berücksichtigen, dass die Bevollmächtigung unter Gesamtvertretern auch im Gesellschaftsrecht abgelehnt worden sei. Allerdings sei anerkannt, dass ein Gesamtvertreter den anderen ermächtigen könne, die ihm zugewiesene Vertretungsmacht mit auszuüben. Die Ermächtigung bedürfe anders als die Vollmacht keines Kausalgeschäfts. Sie sei auch im Verhältnis gesamtvertretungsberechtigter Eltern möglich und zulässig. Letztlich könne es jedoch dahingestellt bleiben, ob die vom Kindesvater erteilte „Vollmacht“ tatsächlich als Vollmacht im Rechtssinne oder als Ermächtigung zu verstehen sei. Denn dem Kindesvater sei es erkennbar wichtig gewesen, die Befugnisse der Antragstellerin zur Vertretung zu erweitern und damit auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens Einfluss zu nehmen.
- 11 Die Details der rechtlichen Einordnung hätten für den Kindesvater erkennbar nicht im Vordergrund gestanden. Die Erklärung vom 22. November 2017 sei zwar inhaltlich recht weitgreifend, halte sich aber noch im Rahmen einer zulässigen „Bereichsermächtigung“. Letztlich komme es darauf an, ob ein Widerruf der Vollmacht oder Ermächtigung ernstlich im Raum stehe. Denn es gelte auch hier das Primat der Elternverantwortung, dem die Eltern gerecht würden, wenn sie in Eigeninitiative Maßnahmen ergriffen, die zur Zweckerreichung ausreichten. Auch wenn die Maßnahmen aus Rechtsgründen nicht „mit letzter Verbindlichkeit“ ergriffen würden, müsse es ausreichen, dass der Ermächtigende bzw. Vollmachtgeber die Verbindlichkeit seines Handelns nicht in Zweifel ziehe.
- 12 Die Eltern hätten sich am 16. Februar 2017 im Rahmen einer Vereinbarung darauf verständigt, dass der Kindesvater der Kindesmutter eine umfassende und unwiderrufliche Vollmacht erteilt und dies auch unmittelbar zu gerichtlichem Protokoll so erklärt. Diese Vollmacht sei in der Folgezeit noch durch

die öffentlich beglaubigte Vollmacht vom 22. November 2017 ergänzt worden. Eine solche Ermächtigung bzw. Vollmacht sei ein milderer Mittel, auch wenn sie trotz der gegenteiligen Formulierung jederzeit widerruflich sei.

13 Die Kindesmutter sei entgegen ihrem Vorbringen in der Lage, mit der erteilten Vollmacht zu handeln. Die von ihr benannten Umstände seien nicht geeignet, an ihrer Handlungsfähigkeit für das Kind zu zweifeln. In bestimmten Angelegenheiten (Kindergartenaufnahmevertrag, Auswahl der Schule und des Horts sowie religiöse Erziehung des Kindes) sei die Kindesmutter mit der Sorgerechtsvollmacht im Besitz der hierfür erforderlichen Unterlagen und würden sie weitergehende Schwierigkeiten (Identitäts- und Staatsangehörigkeitsnachweise) auch im Fall der Sorgerechtsübertragung treffen. Zwar könne sie, weil es sich nicht um eine Entscheidung handele, keine Bescheinigung nach Art. 39 Brüssel IIa-VO erhalten, jedoch gebe es im Verhältnis sowohl zu Kroatien als auch zu Bosnien und Herzegowina andere Formen der Legalisation von Urkunden. Soweit die Kindesmutter eine von beiden Eltern beabsichtigte Vornamensänderung nicht bewirken können, habe die entsprechende Zwischenverfügung des Standesamts Hinderungsgründe benannt, die sich auch mit einer Sorgerechtsübertragung nicht hätten ausräumen lassen. Auch wenn der Kindsvater während eines Aufenthalts von Kindesmutter und Sohn in Kroatien bei dortigen Behörden vorgesprochen habe, habe dies lediglich zu einer Rückfrage der Behörden bei der Großmutter mütterlicherseits geführt, um sich von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zu überzeugen.

14 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

15 a) Die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist nach Art. 8 Brüssel IIa-VO aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes gegeben (zum zeitlichen An-

wendungsbereich der Neufassung vgl. Mansel/Thorn/Wagner IPRax 2020, 97, 101). Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ ist wegen des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Deutschland in der Sache auf jeden Fall deutsches Recht als lex fori anzuwenden.

- 16 b) Auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen ist eine Zurückweisung des Antrags der Kindesmutter gemäß § 1671 Abs. 1 BGB nicht gerechtfertigt. Nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist dem Antrag eines Elternteils auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts stattzugeben, soweit zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.
- 17 aa) Nach den bisherigen Feststellungen des Oberlandesgerichts sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Kindesmutter wegen des bestehenden Kommunikationskonflikts der Eltern im Ausgangspunkt gegeben. Daher ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu unterstellen, dass die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Kindesmutter - im Fall des Fehlens alternativer Regelungs- oder Gestaltungsmöglichkeiten - dem Kindeswohl im Sinne von § 1671 Abs. 1 BGB am besten entspricht.
- 18 bb) Mit der Aufhebung der gemeinsamen Sorge und Übertragung der Alleinsorge auf den antragstellenden Elternteil gemäß § 1671 BGB ist zwangsläufig ein Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des anderen Elternteils verbunden. Auch die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterliegt daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfG FamRZ 2019, 802 Rn. 2; BVerfG Beschluss vom 4. August 2015 - 1 BvR 1388/15 - juris Rn. 10; BVerfG FamRZ 2004, 1015, 1016 mwN). Sie kommt ins-

besondere nur dann in Betracht, wenn dem Kindeswohl nicht durch mildere Mittel als die Sorgerechtsübertragung entsprochen werden kann.

19 (1) Die Frage, ob eine Sorgerechtsübertragung nach § 1671 Abs. 1 BGB durch die Erteilung einer Vollmacht in diesem Sinne entbehrlich werden kann, wird in der Rechtsprechung der Obergerichte und im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

20 Zum Teil wird die Frage allgemein („in aller Regel“) verneint (OLG Düsseldorf FamRZ 2018, 693, 694; Rake FuR 2019, 194, 196 mwN; jurisPK-BGB/Thormeyer [Stand: 15. Oktober 2019] § 1671 Rn. 43). Zum Teil wird die Vollmachterteilung nur dann als ausreichend betrachtet, wenn eine Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern besteht (OLG Saarbrücken Beschluss vom 5. November 2018 - 6 UF 82/18 - juris Rn. 25 ff. mwN) oder wenn die Vollmacht auf der Grundlage einer Individualvereinbarung erteilt wurde und ein Mindestmaß einer tragfähigen Beziehung zwischen den Eltern besteht (OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 2178, 2179; OLG Hamburg Streit 2019, 23; vgl. auch OLG Bremen FamRZ 2018, 689, 691 f. zu § 1666 Abs. 3 BGB). Andere verlangen das Bestehen einer sozialen Beziehung des Kindes zum bevollmächtigenden Elternteil, damit die Vollmacht als ausreichend angesehen werden könne (Hoffmann FamRZ 2011, 1544, 1545 f.; Weber FamRZ 2019, 1125, 1128; Heilmann/Keuter Praxiskommentar Kindschaftsrecht § 1671 Rn. 21), während wiederum andere die Vollmacht auch dann für ausreichend halten, wenn kein Kontakt des vollmachtgebenden Elternteils zu dem Kind besteht (OLG Schleswig FamRZ 2012, 1066; ähnlich Splitt FF 2017, 47, 54). Dabei wird neben der Vollmachterteilung - wie vom Beschwerdegericht - auch eine Ermächtigung als mögliches und gegebenenfalls vorrangiges Mittel in Betracht gezogen (vgl. OLG Saarbrücken Beschluss vom 5. November 2018 - 6 UF 82/18 - juris Rn. 26 f.).

- 21 (2) Nach zutreffender Ansicht kann die Bevollmächtigung eines mitsorgeberechtigten Elternteils durch den anderen eine Übertragung des Sorgerechts ganz oder teilweise entbehrlich machen, wenn und soweit sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Das setzt allerdings auch eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern voraus, soweit eine solche unter Berücksichtigung der durch die Vollmacht erweiterten Handlungsbefugnisse des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.
- 22 (a) Zur Ermöglichung des alleinigen Vertreterhandelns eines mitsorgeberechtigten Elternteils werden sowohl dessen Bevollmächtigung nach § 167 BGB als auch, entsprechend der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Regelung in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, dessen Ermächtigung für zulässig gehalten (vgl. Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB [2016] § 1629 Rn. 42 ff.; MünchKommBGB/Huber 8. Aufl. § 1629 Rn. 34, 38; Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1629 Rn. 5; NK-BGB/Kaiser 3. Aufl. § 1629 Rn. 22 f. mwN). Der Bundesgerichtshof hat zur wirksamen Einwilligung in eine Operation des minderjährigen Kindes die Ermächtigung des allein einwilligenden Elternteils durch den anderen für möglich und erforderlich gehalten (BGHZ 105, 45 = FamRZ 1988, 1142, 1143 f.).
- 23 Durch die Möglichkeit einer Ermächtigung wird indessen eine Autorisierung des anderen Elternteils im Wege der Bevollmächtigung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Denn eine Beschränkung auf die Ermächtigung lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Es ist bereits fraglich, ob zwischen Vollmacht und Ermächtigung, die übereinstimmend jeweils auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erteilt werden und zur alleinigen Vertretungsbefugnis eines Elternteils führen, im Bereich der gesetzlichen Gesamtvertretung durch sorgeberechtigte Eltern überhaupt wesentliche Unterschiede bestehen. Jedenfalls wird die Bevollmäch-

tigung des einen Elternteils durch den anderen weder durch gesetzliche Anordnung noch aus übergeordneten Gesichtspunkten ausgeschlossen.

24 Soweit in Rechtsprechung und Literatur im Bereich des Gesellschaftsrechts eine Bevollmächtigung als durch die in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB und § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG gesetzlich vorgesehene Ermächtigung ausgeschlossen angesehen wird (vgl. BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117; aA MünchKommHGB/K. Schmidt 4. Aufl. § 125 Rn. 10; Staub/Habersack HGB 5. Aufl. § 125 Rn. 13 mwN; Baumbach/Hopt/Roth HGB 39. Aufl. § 125 Rn. 9; vgl. auch Senatsurteil vom 26. Februar 2020 - XII ZR 51/19 - WM 2020, 648 Rn. 23 f. mwN), beruht dies auf den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und der Stellung der Gesellschafter bzw. des Vorstands (der Geschäftsführer) als Organen der Gesellschaft sowie der Unübertragbarkeit der organschaftlichen Willensbildung und -erklärung (BGHZ 13, 61, 65 = NJW 1954, 1158). Im Bereich der gesetzlichen (Gesamt-)Vertretung von Minderjährigen durch ihre Eltern nach § 1629 BGB fehlt es dagegen für eine analoge Anwendung von § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (bzw. § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG) bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, weil die gesetzlichen Regeln zur Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB unmittelbare Anwendung finden und neben der Bevollmächtigung von Dritten ebenfalls die Bevollmächtigung des einen gesamtvertretungsberechtigten Elternteils durch den anderen ermöglichen. Hierdurch wird sowohl den Bedürfnissen einer ungehinderten Teilnahme Minderjähriger am Rechtsverkehr als auch des Schutzes des jeweiligen Geschäftsgenossers hinreichend Rechnung getragen, so dass für eine analoge Anwendung der auf die offene Handelsgesellschaft zugeschnittenen Regelung in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB weder Veranlassung noch Bedürfnis besteht (NK-BGB/Kaiser 3. Aufl. § 1629 Rn. 23 mwN).

25 Soweit vom Oberlandesgericht angeführt worden ist, dass es für die Ermächtigung im Gegensatz zur (Unter-)Bevollmächtigung keines Grundverhält-

nisses bedürfe, kann dies für die vorliegende Konstellation der Gesamtvertretung durch Eltern schon deshalb nicht durchgreifen, weil das Grundverhältnis in beiden Fällen übereinstimmend in der fortbestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge besteht (Weber FamRZ 2019, 1125, 1127 mwN). Denn nur bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge kommen sowohl Bevollmächtigung als auch Ermächtigung in Betracht. Die Erteilung einer Vollmacht dient bei Gesamtvertretung durch beide Eltern wie eine entsprechende Ermächtigung gerade dem Ziel, den Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge zu ermöglichen, indem sie eine Übertragung des Sorgerechts entbehrlich macht.

26 Aus der fortbestehenden elterlichen Sorge nach §§ 1626 ff. BGB ergibt sich sodann regelmäßig das Grundverhältnis. Daraus folgen gegebenenfalls auch Mitwirkungspflichten sowie Kontrollbefugnisse und -pflichten des vollmachtgebenden bzw. ermächtigenden Elternteils. Auch wenn sich aus der gemeinsamen Sorge kein Weisungsrecht des Vollmachtgebers ergibt, hat dieser - neben der inhaltlichen Beschränkung der Vollmacht (Ermächtigung) - jedenfalls die Möglichkeit, die Vollmacht bzw. Ermächtigung etwa im Fall der nicht Kindeswohlentsprechenden Wahrnehmung durch den bevollmächtigten Elternteil zu widerrufen. Auf den Widerruf der Vollmacht kann dabei wegen der mangelnden Disponibilität des Elternrechts nicht wirksam verzichtet werden (vgl. OLG Hamm ZKJ 2011, 303; Hammer FamRZ 2005, 1209, 1215; Geiger/Kirsch FamRZ 2009, 1879, 1880 f.). Eines von den Eltern geschlossenen Vertrages, etwa eines Auftrags, bedarf es für das Grundverhältnis dagegen nicht. Ein solcher kann mithin auch nicht Voraussetzung für den Vorrang der Vollmacht gegenüber einer Sorgerechtsübertragung sein.

27 Ebenso wie ein außenstehender Dritter von den Eltern bevollmächtigt werden kann, für das Kind zu handeln, ist es erst recht möglich, dass ein mit-sorgeberechtigter Elternteil den anderen mit der Folge bevollmächtigt, dass die-

ser befreit von den Beschränkungen der Gesamtvertretung unmittelbar für das Kind rechtsgeschäftlich handeln kann. Eine Notwendigkeit, dass der (Unter-) Bevollmächtigte außer im Namen des Kindes auch im Namen des bevollmächtigenden Elternteils handelt, besteht entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts (ebenso Weber FamRZ 2019, 1125, 1126 mwN; Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB [2016] § 1629 Rn. 43 f.) nicht. Vielmehr kann der (unter-) bevollmächtigte Elternteil das Kind unmittelbar allein vertreten. Ob sich aus der Art des Auftretens des bevollmächtigten Elternteils etwa Konsequenzen für die Folgen einer eventuellen Vertretung ohne Vertretungsmacht ergeben können (vgl. BGHZ 68, 391 = NJW 1977, 1535 f. mwN; vgl. Jauernig/Mansel 17. Aufl. § 167 Rn. 4 mwN), betrifft die Haftung nach § 179 BGB und steht weder der Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Elternteils durch den anderen noch der einheitlichen Alleinvertretung des Kindes durch den bevollmächtigten Elternteil entgegen. Nichts anderes gilt für solche Angelegenheiten, in denen die Eltern in Ausübung der elterlichen Sorge im eigenen Namen handeln.

28 (b) Die Bevollmächtigung kann eine Übertragung des alleinigen Sorgerechts nach § 1671 Abs. 1 BGB entbehrlich machen, wenn sie dem bevollmächtigten Elternteil eine ausreichend verlässliche Handhabe zur alleinigen Wahrnehmung der Kindesbelange gibt. Hierfür ist allerdings eine ausreichende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern erforderlich, soweit eine solche auch unter Berücksichtigung des durch die Vollmacht erweiterten Handlungsspielraums des bevollmächtigten Elternteils unerlässlich ist.

29 (aa) Dass bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eine Übertragung des Sorgerechts unterbleiben muss, folgt - wie ausgeführt - bereits zwingend aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn ein Eingriff in die elterliche Sorge als Bestandteil des Elternrechts muss stets auf das im Sinne des Kindes-

wohls und der beiderseitigen Elternrechte erforderliche Maß begrenzt bleiben. Der Eingriff ist aber nicht erforderlich, wenn die Handlungsbefugnisse des Elternteils bereits durch die Vollmacht erweitert sind und dieser dadurch in die Lage versetzt wird, in den maßgeblichen Kindesbelangen allein tätig zu werden. Infolge der ihm erteilten Vollmacht ist der Elternteil dann auch ohne Abstimmung mit dem anderen Elternteil ausreichend handlungsfähig und trägt dementsprechend die Hauptverantwortung für das Kind. Die Vollmacht ermöglicht so vor allem, dass Konflikte in der Kommunikation und Kooperation mit dem anderen Elternteil weitgehend vermieden werden können (vgl. Geiger/Kirsch FamRZ 2009, 1879, 1884).

30 Die bloße Ankündigung einer Vollmachterteilung lässt die Erforderlichkeit einer Sorgerechtsübertragung allerdings noch nicht entfallen. Denn die Vollmachterteilung kann vom Familiengericht weder ausgesprochen noch angeordnet werden und hindert eine Sorgerechtsübertragung nur dann, wenn sie zum für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich erfolgt ist.

31 (bb) Auch bei Vorliegen einer Vollmacht erfordert der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge eine Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern, soweit diese zur wirksamen Ausübung der Vollmacht im Interesse des Kindeswohls erforderlich ist. Denn anderenfalls wäre die Vollmachterteilung nicht geeignet, eine Sorgerechtsübertragung entbehrlich zu machen.

32 Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die Vollmacht der Bestand der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie die Befugnisse des vollmachtgebenden Elternteils nicht eingeschränkt werden. Dieser bleibt etwa befugt, in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung allein für das Kind zu entscheiden, solange sich das Kind bei ihm aufhält (§ 1687 Abs. 1 Satz 4 BGB). Ferner bleiben ihm Auskunftsrechte sowie seine Kontrollbefugnisse erhalten.

- 33 Diese verbliebenen Rechte sind bei Bedarf weiterhin im Interesse des Kindeswohls auszuüben. So kann der vollmachtgebende Elternteil insbesondere etwa bei mangelnder Akzeptanz der Vollmacht verpflichtet sein, dadurch notwendig gewordene Mitwirkungshandlungen zu erbringen. Allgemein obliegt es ihm, die Vollmachtausübung durch den anderen Elternteil nicht durch eigene Handlungen zu konterkarieren. Stellt er dagegen eine missbräuchliche Ausübung der Vollmacht fest, so kann er unter Umständen gehalten sein, diese zu widerrufen.
- 34 (cc) Entgegen den aufgeführten abweichenden Auffassungen ergeben sich für die Eignung der Bevollmächtigung keine über die für die Beurteilung des Kindeswohls nach § 1697 a BGB maßgeblichen Kriterien hinausgehenden generellen oder typisierenden Beschränkungen. Daher kann die Vollmacht weder allgemein als in der Regel ungeeignet angesehen werden, weil die elterliche Sorge des die Vollmacht erteilenden Elternteils nur formal aufrechterhalten bliebe (so aber OLG Düsseldorf FamRZ 2018, 693, 694), noch bleibt ihre Eignung (entgegen Hoffmann FamRZ 2011, 1544, 1545 f.; Weber FamRZ 2019, 1125, 1128; Heilmann/Keuter Praxiskommentar Kindschaftsrecht § 1671 Rn. 21) auf Fälle beschränkt, in denen zwischen dem Kind und dem vollmachtgebenden Elternteil ein persönlicher Kontakt besteht. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden, ob die Vollmacht unter den gegebenen Umständen ausreicht, um die Kindesbelange verlässlich wahrnehmen zu können. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich aufgrund der für die Sorgerechtsübertragung nach § 1671 BGB anerkannten Kriterien (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439 Rn. 13 ff. mwN), wobei die Erforderlichkeit einer (teilweisen) Sorgerechtsübertragung stets mit Blick auf die erteilte Vollmacht und die durch sie erweiterten Handlungsbefugnisse des hauptverantwortlichen Elternteils zu beurteilen ist.

- 35 Dass die Vollmacht - wie ausgeführt - mangels Disponibilität des Elternrechts nicht wirksam unwiderruflich erteilt werden kann (vgl. OLG Hamm ZKJ 2011, 303; Hammer FamRZ 2005, 1209, 1215; Geiger/Kirsch FamRZ 2009, 1879, 1880 f.), steht dem grundsätzlich nicht entgegen, so dass es auch keiner - ohnedies unsicheren - Prognose bedarf, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Vollmacht vom vollmachtgebenden Elternteil künftig widerrufen werden könnte. Da die wirksam erteilte Vollmacht den hauptverantwortlichen Elternteil mit erweiterten Handlungsbefugnissen ausstattet, ergäbe sich insoweit erst durch den Widerruf der Vollmacht eine geänderte Sachlage, die sodann als Grund für eine Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 BGB oder ggf. für die Abänderung einer bereits ergangenen Entscheidung nach § 1696 BGB angeführt werden kann.
- 36 dd) Bei Anwendung der vorgenannten Maßstäbe auf den vorliegenden Fall ist die Zurückweisung des Antrags der Kindesmutter auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen nicht gerechtfertigt.
- 37 (1) Die im vorliegenden Fall vom Kindesvater der Kindesmutter erteilten Vollmachten sind zur Ermöglichung deren Alleinhandelns in den von den Vollmachten umfassten Bereichen geeignet, eine Sorgerechtsübertragung entbehrlich zu machen. Einer Ermächtigung im Rechtssinne bedurfte es dazu nicht, so dass auch für eine entsprechende Umdeutung insoweit kein Anlass besteht.
- 38 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die erteilten Vollmachten nicht nach § 168 Satz 1 BGB infolge einer etwaigen Beendigung des Grundverhältnisses erloschen. Die Rechtsbeschwerde beruft sich hierfür darauf, dass ein von den Eltern als Grundgeschäft vereinbarter Auftrag von Seiten der Kindesmutter „beendet“ worden sei. Da sich das nach § 168 Satz 1 BGB der Erteilung der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis bereits aus der fortbestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge ergibt, konnte dieses

durch einseitige Erklärung, insbesondere durch Kündigung, von vornherein nicht beendet werden.

39 (3) Auf die vom Oberlandesgericht aufgeworfene Frage, ob und ggf. mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Widerruf der Vollmacht zu erwarten sei, kommt es ebenso wenig an wie auf den Umfang der erteilten Vollmacht. Denn allein die Möglichkeit des Widerrufs schließt es nicht aus, dass die Vollmacht eine Sorgerechtsübertragung überflüssig macht. Ein Widerruf der Vollmacht kommt daher nur dann zum Tragen, wenn er tatsächlich erklärt worden ist. Entgegen der im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsrecht hergeleiteten Auffassung des Oberlandesgerichts ist selbst eine alle Angelegenheiten umfassende Vollmachterteilung grundsätzlich möglich, weil der vollmachtgebende Elternteil auch in diesem Fall nicht auf die elterliche Sorge verzichtet, sondern insoweit weiter berechtigt und verpflichtet bleibt. Auf die vom Oberlandesgericht angeführte „Erneuerung der Vollmacht“ kommt es insoweit mithin nicht an.

40 (4) Die Rechtsbeschwerde rügt hingegen mit Recht, dass das Oberlandesgericht die von der Kindesmutter gegen die Tauglichkeit der Vollmacht vorgebrachten Gründe auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen als nicht durchgreifend betrachtet hat.

41 Die Kindesmutter hat im vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vortrag für die Notwendigkeit einer umfassenden Übertragung des Sorgerechts angeführt, dass sich die Vollmacht in verschiedenen Angelegenheiten als nicht ausreichend erwiesen und der Kindesvater eine alsdann notwendige Mitwirkung trotz Aufforderung nicht geleistet habe. Die von der Kindesmutter insoweit angeführten Angelegenheiten beziehen sich auf die Anmeldung des Kindes in der Kindertagesstätte, einen Antrag auf Vornamensänderung und eine „Anmeldung“ des Kindes beim kroatischen Konsulat in Frankfurt

a.M., für die trotz der Vollmacht auch jeweils weitere Erklärungen und Unterlagen des Kindesvaters verlangt worden seien.

42 Die vom Oberlandesgericht dagegen angeführten Erwägungen vermögen nicht zu überzeugen. Sofern das Oberlandesgericht darauf verweist, die Kindesmutter habe mit der ihr ausgestellten Vollmachturkunde einen Kindertenaufnahmevertrag abschließen können, geht es darüber hinweg, dass die Kindesmutter die mangelnde Akzeptanz der Vollmacht nachvollziehbar vorgebracht hat. Da sich die Vollmacht danach im Rechtsverkehr als nicht ausreichend erwiesen hat, war es vom Kindesvater zu verlangen, dass er die von seiner Seite noch notwendige Mitwirkung leistete. Die Rechtsbeschwerde macht mit Recht geltend, dass von der Kindesmutter nicht - wie vom Oberlandesgericht offenbar erwartet - verlangt werden konnte, gegen den Träger der Einrichtung rechtlich vorzugehen, zumal die Mitwirkung dem Kindesvater ohne Weiteres zumutbar war. Schon die Gefahr einer eintretenden Verzögerung hätte dem Kindeswohl widersprechen können. Ähnlich verhält es sich mit der einvernehmlichen Namensänderung. Auch insoweit bedurfte es nach dem Vorbringen der Kindesmutter und den entsprechenden Feststellungen des Amtsgerichts der Mitwirkung des Kindesvaters. Aus der vom Oberlandesgericht angestellten Erwägung, dass eine Mitwirkung des Kindesvaters auch bei entsprechender Sorgerechtsübertragung auf die Kindesmutter erforderlich gewesen wäre, ergibt sich nichts anderes. Denn auch dann würde sich aus einer unterlassenen Mitwirkung des Kindesvaters jedenfalls dessen mangelnde Kooperationsbereitschaft ergeben, was nach den genannten Maßstäben dem Fortbestand der elterlichen Sorge trotz Vollmachterteilung entgegensteht.

43 3. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben, weil eine Übertragung der vollständigen elterlichen Sorge auf die Kindesmutter auf der Grundla-

ge der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen nicht durch die erteilten Vollmachten entbehrlich gemacht wird.

- 44 Dem Senat ist eine abschließende Sachentscheidung nicht möglich. Die Sache ist an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, weil noch weitere tatsächliche Feststellungen notwendig sind. Das Oberlandesgericht wird insbesondere die bislang unterbliebene persönliche Anhörung der Eltern nachzuholen haben. Im Hinblick auf die Erziehungseignung der Mutter ist bislang noch nicht gewürdigt worden, dass diese offensichtlich nicht bereit ist, das Kind über die Vaterschaft des Antragsgegners aufzuklären (vgl. dazu Senatsbeschluss BGHZ 212, 155 = FamRZ 2016, 2082), was insoweit Zweifel aufwirft.

Dose	Klinkhammer	Günter
Nedden-Boeger		Botur

Vorinstanzen:

AG Bad Homburg, Entscheidung vom 07.12.2017 - 91 F 892/17 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 27.02.2019 - 8 UF 61/18 -