



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZB 72/97

vom

24. Mai 2000

in der Familiensache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluß des 17. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. April 1997 aufgehoben und die Sorge-rechtsentscheidung im Urteil des Amtsgerichts Stuttgart - Familiengericht - vom 14. November 1996 (Nummer 2 des Tenors) abgeändert.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind Sarah wird auf die Antragstellerin übertragen. Im übrigen bleibt die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien bestehen.

Die Kosten der Beschwerde und der weiteren Beschwerde werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert für die Verfahren der Beschwerde und der weiteren Beschwerde beträgt jeweils 1.500 DM.

#### Gründe:

##### I.

Aus der Ehe der Antragstellerin (Mutter), deutsche Staatsangehörige, und des Antragsgegners (Vater), tunesischer Staatsangehöriger, stammt die

am 13. Mai 1993 geborene Tochter Sarah. Die Parteien leben seit Februar 1995 getrennt. Das Kind lebt seither bei der Mutter. Der Vater hat regelmäßig Umgang mit ihm und zahlt Kindesunterhalt. Die Ehe der Eltern ist durch Verbundurteil des Amtsgerichts - Familiengericht - vom 14. November 1996 nach deutschem Recht geschieden worden. Die elterliche Sorge für Sarah hat das Familiengericht aufgrund des von den Eltern in der mündlichen Verhandlung vom 14. November 1996 unterbreiteten Vorschlags der Mutter übertragen, was diese im Rahmen des Scheidungsverfahrens auch beantragt hatte.

Gegen das Verbundurteil hat der Vater wegen der Sorgerechtsentscheidung Beschwerde eingelegt. Er hat die Belassung der gemeinsamen Sorge - auch aus ausländerrechtlichen Gründen - angestrebt, allerdings der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Mutter zugestimmt. Die Mutter hat sich mit einer Belassung der gemeinsamen Sorge nur für den Fall einverstanden erklärt, daß sie das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht erhält, und hat hilfsweise die Zurückweisung der Beschwerde beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Vater mit der zugelassenen weiteren Beschwerde, mit der er weiterhin das gemeinsame Sorgerecht unter Belassung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bei der Mutter anstrebt. Die Mutter hat die Zurückweisung der Beschwerde beantragt. Sie widerspricht nunmehr der gemeinsamen elterlichen Sorge, weil es zwischenzeitlich zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vater und ihr gekommen sei.

II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Die deutschen Gerichte sind für die Sorgerechtsregelung international zuständig. Dies folgt aus Art. 1 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeiten von Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 - MSA - (BGBl. 1971 II, 217), das in sachlicher (Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens des Minderjährigen) und persönlicher Hinsicht eingreift, wobei gleichgültig ist, daß Tunesien nicht zu den Vertragsstaaten gehört, da die Bundesrepublik Deutschland keinen Vorbehalt nach Art. 13 Abs. 3 MSA erklärt hat. Die internationale Zuständigkeit entfällt nicht nach Art. 3 MSA. Dabei kann dahinstehen, ob das Kind die tunesische Staatsangehörigkeit besitzt, da es jedenfalls auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat, die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB entscheidend ist. Nach dem Gleichlaufgrundsatz kommt bei gegebener internationaler Zuständigkeit auch deutsches Sachrecht zur Anwendung.

2. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Der damalige gemeinsame Wunsch der Parteien, die elterliche Sorge - bis auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das der Mutter allein zustehen sollte - beiden Eltern zu belassen, könne nicht als formeller Vorschlag der Eltern nach § 1671 Abs. 3 BGB in der bis zum 30. Juni 1998 geltenden Fassung (in der Folge als alte Fassung (a.F.) bezeichnet) angesehen werden. Denn er habe eine Regelung zum Inhalt, die das Gericht nach dem Gesetz nicht treffen dürfe. Der von den Eltern gewünschten Abspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts stehe der für nicht nur vorläufige Regelungen geltende Grundsatz

der Unteilbarkeit der Personensorge entgegen. Mit der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung sei eine inhaltliche Aufteilung der Personensorge auch im Wege verfassungskonformer Auslegung des § 1671 Abs. 4 Satz 2 BGB (a.F.) nicht möglich.

Da kein gemeinsamer Vorschlag vorliege, sei die Regelung zu treffen, die dem Kindeswohl am besten entspreche. Diese liege in einer Alleinsorge der Mutter. Das Kind solle nach Auffassung beider Eltern bei der Mutter verbleiben. Es könne nicht übersehen werden, daß der Vater durch die Beteiligung am Sorgerecht persönliche ausländerrechtliche Nachteile abwenden wolle. Die Alleinsorge der Mutter sei vor allem im Hinblick auf die anzustrebende Kontinuität der Erziehung und ihre Kompetenz, dem Kind auch die Beziehung zum Vater zu erhalten, geboten.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

3. Es kann dahinstehen, ob - wie die weitere Beschwerde meint - durch eine Entscheidung nach § 1671 Abs. 3 BGB a.F. dem Willen der Eltern entsprechend ausschließlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht einem Elternteil übertragen werden konnte. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist bereits aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesänderung durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997 (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG, BGBl. 1997 I, 2942, BGBl. 1998 I 946) aufzuheben. Nach den Übergangsvorschriften zum Kindschaftsrechtsreformgesetz ist das Verfahren nach dem neuen Recht fortzuführen.

a) Nach Art. 15 § 2 Abs. 4 KindRG ist eine Folgesache, die die Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB a.F. betrifft, als in der Hauptsache

erledigt anzusehen, wenn nicht bis zum Ablauf von drei Monaten nach dem 1. Juli 1998 ein Elternteil beantragt hat, daß ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Das Verfahren soll damit nur fortgeführt werden, wenn klaggestellt ist, daß ein solcher Antrag gestellt ist. In bestimmten Fällen wird diese Voraussetzung auch erfüllt sein können, wenn ein entsprechend eindeutiger Antrag schon vor Inkrafttreten des Gesetzes gestellt worden ist (Begründung des Regierungsentwurfs zum KindRG BT-Drucks. 13/4899 S. 146).

Letzteres ist hier der Fall. Die Mutter hat im Scheidungsverfahren den Antrag gestellt, ihr die elterliche Sorge für das Kind Sarah zu übertragen. Diesem Begehren hat das Familiengericht im Scheidungsverbundurteil entsprochen. Im Beschwerdeverfahren hat die Mutter sich zwar mit der gemeinsamen Sorge einverstanden erklärt, wenn sie allein das Aufenthaltsbestimmungsrecht erhalte. Hilfsweise hat sie aber weiterhin die Übertragung der alleinigen Sorge beantragt. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Vaters zurückgewiesen. Der von diesem eingelegten weiteren Beschwerde ist die Mutter entgegengetreten und hat die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt. Damit sind die Voraussetzungen, unter denen ein Sorgerechtsverfahren fortzuführen ist, gegeben: Die Mutter hat einen eindeutigen Antrag auf Übertragung der alleinigen Sorge gestellt und hieran im Beschwerdeverfahren hilfsweise sowie in dem Verfahren der weiteren Beschwerde uneingeschränkt festgehalten.

b) Zur Anwendung des materiellen Rechts der elterlichen Sorge enthält das KindRG in Art. 224 § 2 EGBGB Übergangsvorschriften nur betreffend die elterliche Sorge für Kinder, die für ehelich erklärt wurden. Auf die anderen Fälle elterlicher Sorge ist dementsprechend auch in anhängigen Verfahren § 1671 BGB in der seit dem 1. Juli 1998 geltenden Fassung anzuwenden (Begründung

des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 13/4899 S. 144; Familienrechtsreformkommentar/Rogner vor § 1626 BGB Rdn. 37).

c) Nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist auf Antrag eines Elternteils diesem die elterliche Sorge oder ein Teil davon allein zu übertragen, wenn der andere Elternteil dem Antrag zustimmt, es sei denn, ein über 14 Jahre altes Kind widerspricht dem Vorschlag.

aa) Das Beschwerdegericht hat sich nach der bis zum 30. Juni 1998 geltenden Rechtslage daran gehindert gesehen, dem Willen der Eltern Rechnung zu tragen, da eine Abspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts von der Personensorge nicht möglich gewesen sei. § 1671 Abs. 1 BGB sieht nunmehr eine solche Aufteilung ausdrücklich vor, indem es den Antrag auf Übertragung eines Teils der elterlichen Sorge zulässt (Begründung des Regierungsentwurfs zum KindRG BT-Drucks. 13/4899 S. 98 f.; Johannsen/Henrich/Jaeger, 3. Aufl. § 1671 Rdn. 18; Kindschaftsrechtsreformkommentar/Rogner § 1671 Rdn. 12; Palandt/Diedrichsen, 59. Aufl. § 1671 Rdn. 11; Motzer FamRZ 1999, 1101, 1105). Dementsprechend ist nunmehr eine Entscheidung möglich, die dem vor dem Beschwerdegericht geäußerten Willen der Eltern entspricht. Das Beschwerdegericht hat zwar die Frage der uneingeschränkten Eignung beider Elternteile zur Erziehung offengelassen, da es nach der von ihm vertretenen Rechtsauffassung hierauf nicht ankam (BB S. 5 unten). Der Senat kann gleichwohl in der Sache selbst entscheiden, da die vom Oberlandesgericht festgestellten Tatsachen für die Entscheidung nach § 1671 BGB in der jetzigen Fassung ausreichen.

Nach der Neuregelung findet eine Überprüfung des übereinstimmenden elterlichen Vorschlags dahingehend, ob er dem Kindeswohl entspricht, nicht statt (Johannsen/Henrich/Jaeger aaO Rdn. 8; Kindschaftsrechtsreformkom-

mentar/Rogner § 1671 BGB Rdn. 15). Allerdings muß eine Gefährdung des Kindeswohls ausgeschlossen werden, da sonst das Gericht nach § 1671 Abs. 3 BGB von Amts wegen ein Verfahren nach § 1666 BGB einzuleiten hätte.

Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung lassen sich den vom Oberlandesgericht festgestellten Tatsachen indessen nicht entnehmen. Die Erziehungseignung der betreuenden Mutter ist ausdrücklich festgestellt worden. Hinweise darauf, daß der Vater nicht erziehungsgeeignet wäre, liegen nicht vor. Die Umgangskontakte finden regelmäßig statt und verlaufen problemlos. Der Vater kommt seiner Unterhaltspflicht nach. Auch dem Bericht des Jugendamts, auf den sich das Beschwerdegericht bezieht (BB S. 7 unten), sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, daß das Kindeswohl bei Belassung der gemeinsamen Sorge mit Ausnahme des Aufenthaltsbestimmungsrechts gefährdet sein könnte. Schließlich steht die vom Vater eingeräumte ausländerrechtliche Bedeutung der Sorgerechtsbeteiligung seiner Eignung als Sorgerechtsinhaber nicht entgegen. Angesichts der guten Beziehungen des Kindes zum Vater und der regelmäßigen Umgangskontakte wäre eine Beendigung des Aufenthalts des Vaters in Deutschland nicht nur für diesen von Nachteil, sondern hätte auch Auswirkungen auf das Wohl des Kindes, dem der regelmäßige Kontakt mit dem Vater zwangsläufig genommen würde. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Vater lediglich zu seinem eigenen Vorteil eine formelle Rechtsposition erstrebt.

bb) Das von der Mutter in der weiteren Beschwerde nunmehr als Hauptanliegen verfolgte Begehren, ihr die Alleinsorge zu übertragen, weil es zwischenzeitlich zu Problemen mit dem Vater gekommen sei, kann in der Sache nicht berücksichtigt werden.

Im Rahmen des § 1671 Abs. 3 BGB a.F. war streitig, ob die Eltern an einen gemeinsamen Sorgerechtsantrag gebunden waren oder ein Elternteil diesen einseitig widerrufen konnte. Ein Teil der Literatur hat letzteres im Hinblick auf eine angenommene Vereinbarung der Eltern - bis auf Fälle der Anfechtung gemäß §§ 119, 123 BGB oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage - verneint (Erman/Michalski, 9. Aufl., 1671 Rdn. 30; Palandt/Diedrichsen, 57. Aufl. § 1671 Rdn. 23). Der Senat hat einen Vertragscharakter oder eine vertragsähnliche Struktur des gemeinsamen Elternvorschlags bereits zum alten Recht abgelehnt (Senatsbeschuß vom 14. Oktober 1992 - XII ZB 150/91 - FamRZ 1993, 314, 315). Die herrschende Meinung hat zuletzt den einseitigen Widerruf bis zur Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz für zulässig erachtet (vgl. die Nachweise bei Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1671 Rdn. 24). Auch zum alten Recht war aber unstreitig, daß ein Widerruf jedenfalls dann nicht mehr in Betracht kam, wenn das Verfahren in der weiteren Beschwerde anhängig war (vgl. Nachweise bei Johannsen/Henrich/Jaeger aaO Rdn. 24). Dies gilt auch nach der neuen Rechtslage.

Der Elternvorschlag basiert auf einer den Eltern obliegenden Prüfung, welche Sorgerechtsregelung dem Kindeswohl nach der Trennung der Eltern am besten entspricht. Kommen die Eltern einvernehmlich zu einer Lösung, ist davon auszugehen, daß sie in Ausübung ihrer Elternverantwortung die dem Kindeswohl entsprechende Regelung gewählt haben (Coester FamRZ 1996, S. 1181, 1183). Die Pflicht der Eltern zur Wahrung des Kindeswohls endet aber nicht mit der getroffenen Einigung. Vielmehr können Entwicklungen während der Trennungsphase eine andere als die ursprünglich gewählte Lösung als die dem Kindeswohl am besten entsprechende Regelung erscheinen lassen. Da diese Entwicklungen aber nur bis zur Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz zu berücksichtigen sind, kann eine spätere Änderung der Verhältnisse

oder des Willens der Eltern nicht Grundlage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der antragstellende Elternteil seinen Antrag aufrechterhält oder aber statt eines Teils der elterlichen Sorge nunmehr die gesamte elterliche Sorge allein begehrt. Die in der Rechtsprechung streitige Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn der zunächst antragstellende Elternteil seinen Antrag zurücknimmt, kann dahinstehen, da diese Fallgestaltung hier nicht vorliegt.

Die von der Mutter vorgetragenen Entwicklungen nach Abschluß der letzten Tatsacheninstanz können folglich nur in einem Verfahren nach § 1696 BGB geltend gemacht werden.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 93 a ZPO, der Beschwerdewert richtet sich nach § 12 Abs. 3 GKG.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke