



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 46/18

vom

27. Juni 2018

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1628, 1629, 1671, 1697 a; FamFG § 158

- a) Im Kindschaftsverfahren erfordert das Kindeswohl eine eigenständige Beauftragung eines Rechtsanwalts für das Kind nicht, wenn vom Familiengericht bereits ein Verfahrensbeistand bestellt worden ist und dieser aufgrund der ihm zustehenden Befugnisse in der Lage ist, die Rechte und Interessen des Kindes geltend zu machen (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788).
- b) Der Antrag eines Elternteils, ihm bei bestehender gemeinsamer elterlicher Sorge bezüglich der Anwaltsbeauftragung (hier: für ein Umgangsverfahren) die alleinige Entscheidungsbefugnis zu übertragen, ist in diesem Fall zurückzuweisen.

BGH, Beschluss vom 27. Juni 2018 - XII ZB 46/18 - OLG München  
AG Landau a.d. Isar

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 16. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts München vom 26. Juni 2017 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Wert: 3.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die weiteren Beteiligten zu 1 und 2 streiten als gemeinsam sorgeberechtigte Eltern über die Befugnis zur Beauftragung eines Rechtsanwalts für die betroffenen Kinder in Sorge- und Umgangsverfahren.
- 2 Die Eltern schlossen 2004 die Ehe, die seit 2014 rechtskräftig geschieden ist. Aus der Ehe sind die im März 2004 und Februar 2007 geborenen betroffenen Kinder hervorgegangen, die beim Kindesvater leben, und ein 2008 geborenes Kind, das bei der Kindesmutter lebt.
- 3 In einem weiteren Verfahren streiten die Eltern über den Umgang der Kindesmutter mit den betroffenen Kindern. Für die Kinder ist in jenem Verfahren - wie auch im vorliegenden Verfahren - ein Verfahrensbeistand bestellt worden. Der Kindesvater will für sie einen Rechtsanwalt beauftragen. Er hat die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für die Regelung der Beauftragung ei-

nes eigenen anwaltlichen Vertreters in jeglichen sorgerechtlichen und umgangsrechtlichen Verfahren zwischen den Eltern auf sich beantragt. Der Antrag ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Kindesvater sein Begehren weiter.

## II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts stellt die Übertragung der alleinigen Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Anwaltsbeauftragung auf einen Elternteil zwangsläufig einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte elterliche Sorge des anderen Elternteils dar, was nur zulässig sei, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung stehe, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Ein solches bestehe hier in der Bestellung eines Verfahrensbeistands, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Vertretung von Kindern in Kindschaftsverfahren genüge. Somit sei ein Eingriff in die elterliche Sorge der Kindesmutter im vorliegenden Fall nicht zulässig, weil das Amtsgericht im Umgangsverfahren zu Recht einen Verfahrensbeistand bestellt habe. Auch die Grundrechte der Kinder geböten keinen zusätzlichen Eingriff in das Elternrecht der Kindesmutter, damit eine Anwaltsbeauftragung ermöglicht werde.

6 Auf die Frage, ob das Interesse des Kindesvaters gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB in erheblichem Gegensatz zum Kindesinteresse stehe, komme es nicht entscheidend an.

7 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

- 8 a) Das Oberlandesgericht hat die mögliche Rechtsgrundlage für den Antrag des Kindesvaters nicht bezeichnet. Auch wenn die Fassung des Antrags auf § 1671 BGB zielen dürfte, kommt für das Begehren des Kindesvaters nur ein Vorgehen nach § 1628 BGB in Betracht. Denn im Gegensatz zu § 1671 BGB bezieht sich § 1628 BGB auf die Übertragung der Entscheidungsbefugnis in einzelnen Angelegenheiten oder einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge. Bei der Beauftragung eines Rechtsanwalts im Namen der Kinder in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren handelt es sich um eine bestimmte Art von Angelegenheiten, die einen situativen Bezug aufweisen und zudem regelmäßig keine Teilübertragung der elterlichen Sorge erfordern (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - FamRZ 2017, 1057 Rn. 14 f.; MünchKommBGB/Huber 7. Aufl. § 1628 Rn. 11 mwN; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1671 Rn. 55 f.). Der Antrag des Kindesvaters ist mithin jedenfalls dahin umzudeuten, dass er auf eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB gerichtet ist, weil nur ein solcher zu dem von ihm angestrebten Ziel führen kann.
- 9 b) Nach § 1628 Satz 1 BGB kann das Familiengericht, wenn sich die Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen können, auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen. Das Familiengericht hat in diesem Fall den im Rahmen der Sorgerechtsausübung aufgetretenen Konflikt der Eltern zu lösen. Dazu ist entweder die gegenseitige Blockierung der Eltern durch die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil zu beseitigen oder durch Zurückweisung des Antrags die Angelegenheit beim gegenwärtigen Zustand zu belassen. Ein Eingriff in die - gemeinsame - elterliche Sorge nach § 1628 BGB ist also nur insoweit zulässig, als das Gericht einem Elternteil die Entscheidungskompetenz überträgt, nicht hingegen darf das Gericht die Ent-

scheidung anstelle der Eltern selbst treffen. Die aufgrund § 1628 BGB zu treffende Entscheidung des Familiengerichts richtet sich gemäß § 1697 a BGB nach dem Kindeswohl. Die Entscheidungskompetenz ist dem Elternteil zu übertragen, dessen Lösungsvorschlag dem Wohl des Kindes besser gerecht wird. Wenn eine Bewahrung des gegenwärtigen Zustands als die bessere Konfliktlösung erscheint, genügt es, den Antrag zurückzuweisen. Ob und inwiefern das Kindeswohl berührt ist, ist nach der Eigenart der zu regelnden Angelegenheit zu beurteilen, aus der sich auch die konkreten Anforderungen an die für die Entscheidung nach § 1628 BGB vorzunehmende Prüfung ergeben (Senatsbeschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - FamRZ 2017, 1057 Rn. 14 f. mwN).

10           aa) Die Vertretung des Kindes als Muss-Beteiligtem in kindschaftsrechtlichen Verfahren unterliegt der grundsätzlich unbeschränkten elterlichen Sorge. Insbesondere sind die Eltern nicht nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1795 BGB von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen und bedarf es folglich regelmäßig keiner Bestellung eines Ergänzungspflegers (Senatsbeschluss BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rn. 8 ff.). Mangels einer Entziehung des Sorgerechts nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB sind die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern mithin ungeachtet ihrer eigenen Verfahrensbeteiligung insbesondere befugt, im Namen des Kindes einen Rechtsanwalt zu dessen Vertretung im Kindschaftsverfahren zu beauftragen. Besteht zwischen den Eltern - wie im vorliegenden Fall - eine Meinungsverschiedenheit, ob für das Kind ein Rechtsanwalt beauftragt werden soll oder nicht, kann folglich eine Entscheidung des Familiengerichts nach § 1628 BGB beantragt werden.

11           bb) Dem Wohl des Kindes im Sinne von § 1697 a BGB dient es im Allgemeinen, wenn seine Rechte und Interessen als eigenständiger Verfahrensbeteiligter im Kindschaftsverfahren wirksam wahrgenommen werden. Zur gemäß § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB gemeinschaftlichen Vertretung sind die Eltern

nicht in der Lage, soweit zwischen ihnen Meinungsverschiedenheiten bestehen. Eine solche Lage kann auch bestehen, wenn die Eltern sich gerade in der Frage der Beauftragung eines Rechtsanwalts nicht einig sind. Der Beauftragung eines Rechtsanwalts bedarf es hingegen nicht, wenn für das Kind ein Verfahrensbeistand bestellt ist und dieser aufgrund der ihm zustehenden Befugnisse in der Lage ist, die Rechte und Interessen des Kindes geltend zu machen.

12 (1) Die Wahrnehmung der Kindesinteressen in einem - wie hier - auf die Person bezogenen Kindschaftsverfahren ist originäre Aufgabe des Verfahrensbeistands. Aufgrund der vorausgegangenen Fachdiskussion um die Subjektstellung des Kindes in Kindschaftsverfahren und die Gewährleistung einer verlässlichen Vertretung seiner - auch subjektiven - Interessen ist im Zuge der Kindschaftsrechtsreform von 1997 (KindRG vom 16. Dezember 1997 BGBl. I S. 2942) speziell für bestehende Interessenkollisionen zwischen Eltern und Kind das Institut des Verfahrenspflegers in Kindschaftsverfahren ("Anwalt des Kindes") eingeführt worden. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Vertretung der Kindesinteressen in Kindschaftsverfahren hat der Gesetzgeber durch dieses Institut (nunmehr Verfahrensbeistand) Genüge getan (Senatsbeschluss BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rn. 20 mwN).

13 Die wirksame Vertretung der Interessen des Kindes durch den Verfahrensbeistand ist ausnahmsweise dann nicht gewährleistet, wenn in dem jeweiligen Verfahren die dem Verfahrensbeistand nach § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG verschlossene gesetzliche Vertretung des Kindes notwendig wird (vgl. Senatsbeschlüsse BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rn. 22 f. und BGHZ 193, 1 = FamRZ 2012, 859 Rn. 12 - Vaterschaftsanfechtung).

14 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der gesetzlichen Regelung jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung kein Vorrang eines

- noch zu beauftragenden - Rechtsanwalts vor der Bestellung eines Verfahrensbeistands zu entnehmen. Nach § 158 Abs. 5 FamFG soll die Bestellung unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Kindes von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden. Dies setzt - abgesehen von der notwendigen Angemessenheit der Vertretung - die bereits erfolgte Beauftragung eines Rechtsanwalts voraus, welche nur durch das bereits verfahrensfähige Kind oder durch die sorgeberechtigten Eltern erfolgt sein kann. Daraus folgt aber noch nicht, dass es im Sinne des Kindeswohls liegt, einem Elternteil zu ermöglichen, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, um damit etwa die Aufhebung der Bestellung des Verfahrensbeistands zu erreichen.

15           Vielmehr liegt es gerade aufgrund des im Fall des § 1628 BGB offenkundigen Interessenkonflikts zwischen den Eltern nahe, es bei der bestehenden Lage zu belassen, in der die Interessen des Kindes ausschließlich durch den Verfahrensbeistand wahrgenommen werden (vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rn. 23). Dagegen könnte die Übertragung der entsprechenden Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil nur dazu führen, dass dieser Elternteil die Interessen des Kindes gegenüber dem Rechtsanwalt und auch eine entsprechende Weisungsbefugnis wahrnehmen könnte. Damit könnte dieser Elternteil seine Vorstellungen im Verfahren letztlich ohne Gewinn für das Kindeswohl zweifach einbringen. Dass dadurch zugleich die Tätigkeit des neutralen und vom Gericht ausgewählten Verfahrensbeistands unterbunden werden könnte, würde einer am Kindeswohl orientierten Wahrnehmung der Kindesinteressen im Verfahren sogar eher zuwiderlaufen.

16           c) Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen den Antrag des Kindesvaters zutreffend abgelehnt. Abgesehen davon, dass nicht festgestellt ist, dass der Kindesvater zur Entscheidung dieser Frage besser geeignet wäre als die

Kindesmutter, würde die zusätzliche Beauftragung eines Rechtsanwalts für das Kind dessen wohlverstandenen Interessen eher zuwiderlaufen als nützen. Das Kindeswohl ist im Verfahren vor dem Hintergrund des Konflikts der Eltern somit durch den bestellten Verfahrensbeistand besser gewährleistet, so dass das Familiengericht im Rahmen von § 1628 BGB den bestehenden Zustand belassen kann.

- 17 Der Senat hat die gerügten Verfahrensmängel geprüft, die Rügen aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG iVm § 564 ZPO). Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

Dose

Klinkhammer

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Landau a.d. Isar, Entscheidung vom 10.03.2017 - 2 F 28/17 -

OLG München, Entscheidung vom 26.06.2017 - 16 UF 454/17 -