

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IVb ZB 36/84

in der Familiensache

betreffend die elterliche Sorge über das am [REDACTED] 1978
geborene Kind Zoubeir Ha[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED],
M[REDACTED] [REDACTED],

Vater: Mongi Ha[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED],
M[REDACTED] [REDACTED],

Antragsgegner und
Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Mutter: Kadouja Ha[REDACTED], Anschrift wie bei
dem Kind angegeben,

Antragstellerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

weiter beteiligt:

Stadtjugendamt der Landeshauptstadt M[REDACTED],
Außenstelle Nord [REDACTED], N[REDACTED] Straße [REDACTED],
M[REDACTED] [REDACTED]

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,
Dr. Blumenröhr, Dr. Macke und Nonnenkamp

am 28. Mai 1986

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den
Beschluß des 16. Zivilsenats
- Familiensenat - des Oberlandesge-
richts München vom 23. Februar 1984
(Sorgerechtssache) wird auf Kosten
des Antragsgegners zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 5.000 DM

G r ü n d e :

I. Die beteiligten Eltern und das Kind, Zoubeir, sind
tunesische Staatsangehörige. Sie leben seit Jahren in der
Bundesrepublik Deutschland; Z. ist hier im Jahre 1978
geboren. Die Ehe der Eltern ist inzwischen in Tunesien
geschieden worden. In dem dortigen Ehescheidungsverfahren
hat das Eingangsgericht das Sorgerecht der Mutter (jetzige
Antragstellerin) übertragen. Auf die Teilberufung des Vaters
(jetziger Antragsgegner) hat ihr jedoch das Berufungsgericht
Tunis durch Urteil vom 22. April 1982 das Sorgerecht
entzogen und es dem Vater zugesprochen.

Die Mutter hat beantragt, die elterliche Sorge ihr zu übertragen. Das Amtsgericht - Familiengericht - hat so entschieden. Die Beschwerde des Vaters ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - zugelassenen - weiteren Beschwerde hält der Vater daran fest, daß die Sorgerechtsentscheidung des Berufungsgerichts Tunis vom 22. April 1982 maßgeblich sei und dem recht verstandenen Wohl des Kindes entspreche.

II. Die weitere Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

1. Die deutschen Gerichte sind für die hier zu treffende Entscheidung international zuständig. Dies folgt aus dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeiten von Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen - MSA - (BGBl. 1971 II S. 217, 1150). Das Übereinkommen findet nach seinem Art. 13 Abs. 1 Anwendung, weil das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hat, welche zu den Vertragsstaaten des Übereinkommens gehört. Daß Tunesien nicht zu den Vertragsstaaten zählt, ist unerheblich (vgl. insoweit BGH Urteile vom 31. Januar 1973 - IV ZR 67/71 - FamRZ 1973, 185; vom 5. Februar 1975 - IV ZR 103/73 - NJW 1975, 1068; vom 24. Januar 1978 - VI ZR 95/75 - VersR 1978, 346, 347; Senatsurteil vom 15. Januar 1986 - IVb ZR 75/84 - zur Veröffentlichung bestimmt). Gemäß Art. 1 MSA sind die Gerichte des Aufenthaltsstaates des Minderjährigen für Maßnahmen zum Schutz seiner Person (und seines Vermögens) zuständig. Schutzmaßnahmen in diesem Sinne sind auch die Entscheidungen zum Sorgerecht. Art. 3 MSA, demzufolge ein Gewaltverhältnis anzuerkennen ist, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige



angehört, kraft Gesetzes besteht (sog. ex-lege-Gewaltverhältnis), schließt hier die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht aus, weil auch nach tunesischem Recht ein richterlicher Eingriff in die Rechtsstellung des Vaters, wie er nach deutschem Recht bei Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter eintritt, nicht ausgeschlossen ist (s. zu alledem näher Senatsbeschluß vom 11. April 1984 - IVb ZB 96/82 - FamRZ 1984, 686, 687).

2. a) Einer Sachentscheidung steht nicht entgegen, daß mit dem Urteil des Berufungsgerichts Tunis vom 22. April 1982 bereits eine Sorgerechtsregelung vorliegt. Ist sie anzuerkennen, hat das lediglich zur Folge, daß eine inhaltlich übereinstimmende Sachentscheidung ergehen muß (s. BGH Urteil vom 20. März 1964 - V ZR 34/72 - NJW 1964, 1626; Senatsurteil vom 9. April 1986 - IVb ZR 28/85 - zur Veröffentlichung bestimmt), soweit nicht, nachdem hier deutsches Sachrecht anzuwenden ist (s. unten zu 4 a), unter den Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 BGB eine Änderung angezeigt ist (vgl. BGHZ 64, 19, 29 f.). Ist der tunesischen Sorgerechtsregelung die Anerkennung zu versagen, hat das Gericht nach § 1671 Abs. 1 BGB zu bestimmen, welchem Elternteil die elterliche Sorge zustehen soll.

b) Ebensowenig hindert es eine Sachentscheidung, daß die Mutter auch vor dem Gericht in Tunis beantragt hat, das Sorgerecht in Abänderung der Entscheidung vom 22. April 1982 auf sie zu übertragen. Insoweit mag dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei überschneidender Anrufung eines in- und eines ausländischen Gerichts dem Verfahren vor dem später angegangenen Gericht der Einwand der anderweitigen Gerichts-

hängigkeit entgegensteht (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 11. Aufl., § 31 Rdn. 25). Denn hier hat die Mutter das tunesische Gericht erst angerufen, als das vorliegende Verfahren bereits anhängig war. Dem Einwand der anderweitigen Gerichtshängigkeit ist - oder war - deshalb allenfalls das tunesische, nicht jedoch das deutsche Verfahren ausgesetzt.

c) Eine Sachentscheidung ist auch dann nicht verwehrt, wenn der von der Mutter vor dem Gericht in Tunis gestellte Änderungsantrag inzwischen, wie es der Vater behauptet, unter dem 23. Januar 1984 zurückgewiesen worden und diese Entscheidung nach tunesischem Recht bestandskräftig geworden ist.

aa) In Sorgerechtssachen ist für den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ("res iudicata") kein Raum. Die Fürsorge gegenüber dem Minderjährigen hat stets Vorrang vor der Endgültigkeit einer einmal getroffenen Entscheidung. Sorgerechtsentscheidungen sind daher der materiellen Rechtskraft nicht fähig (BGHZ 64, 19, 29; KG FamRZ 1977, 65; Keidel/Kuntze/Winkler aaO § 31 Rdn. 21).

bb) Davon abgesehen hätte eine Zurückweisung des neuerlichen Antrages der Mutter durch das Gericht in Tunis im Ergebnis die Sorgerechtsregelung des Berufungsgerichts Tunis vom 22. April 1982 bestehen gelassen. In dem vorliegenden Verfahren kommt es daher allein darauf an, ob diese (positive) tunesische Sorgerechtsregelung einer deutschen Sachentscheidung entgegensteht. Das ist jedoch, wie dargelegt (s. oben zu a), nicht der Fall. Entsprechendes würde gelten, wenn man die

eine Änderung der Sorgerechtsregelung ablehnende tunesische Entscheidung ihrerseits als anerkennungsfähig ansähe.

3. Die weitere Beschwerde rügt ohne Erfolg, daß Z. weder in erster Instanz noch vor dem Oberlandesgericht angehört worden ist. Darin liegt nach Lage des Falles kein zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nötiger Verfahrensfehler.

Zwar hat das Gericht nach § 50 b Abs. 1 FGG in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge betrifft, das Kind anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, daß sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft. Jedoch darf das Gericht gemäß § 50 b Abs. 3 FGG von der Anhörung aus schwerwiegenden Gründen absehen. Solche Gründe hat das Oberlandesgericht hier in noch hinreichender Weise dargetan. Zwar hat es die Anhörung des Kindes nur als "entbehrlich" bezeichnet, jedoch dabei darauf abgestellt, daß "sowohl Frau K. wie auch Frau Sch. von einer Anhörung wegen der damit für das Kind verbundenen übermäßig großen psychischen Belastung abgeraten" haben. Dem liegt zugrunde, daß sich die Sozialarbeiterin K. des Stadtjugendamts M. nach persönlichem Kontakt mit dem Kind aus sozialpädagogischen Gründen gegen eine gerichtliche Anhörung ausgesprochen hat, weil Z. das Aufrollen der Trennungssituation vor Gericht als angstbesetzt erleben und dadurch in seinem inneren Gleichgewicht gestört würde. Ähnlich hat sich, ebenfalls aufgrund direkten Kontakts mit dem Kind, auch die Sozialarbeiterin Sch., gleichfalls vom Stadtjugendamt M., geäußert. Sie hat ergänzend darauf hingewiesen, daß Z. schon durch das

Auftreten des Vaters im außergerichtlichen Raum beträchtlichen psychischen Belastungen ausgesetzt worden sei; das Kind habe auf die Ankündigung des Vaters, demnächst werde es von einer "neuen Mutti" versorgt, mit Einnässen und Angst reagiert. Unter diesen Umständen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß hier von einer gerichtlichen Anhörung des Kindes abgesehen worden ist, welche ihm wiederum die Gefahr vor Augen geführt hätte, von der Mutter getrennt zu werden.

4. Auch in der Sache selbst hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Überprüfung stand.

a) Gemäß Art. 2 MSA gilt deutsches Sachrecht. Auch in diesem Zusammenhang wirkt sich der Vorbehalt des Art. 3 MSA nicht aus. Ebenso wie der internationalen Zuständigkeit setzt Art. 3 MSA auch der Anwendung des materiellen Rechts des Aufenthaltsstaats des Kindes nur insoweit eine Grenze, wie dem Richter ein vergleichbarer Eingriff nach dem für das Gewaltverhältnis maßgeblichen Recht verwehrt ist. Das ist jedoch in dem hier in Frage stehenden Zusammenhange nach tunesischem Recht nicht der Fall (vgl. auch insoweit Senatsbeschluß vom 11. April 1984 aaO).

b) Nach deutschem Recht ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden. Dabei kann dahinstehen, ob hier - so die Betrachtungsweise des Oberlandesgerichts - mangels Anerkennungsfähigkeit der Sorgerechtsentscheidung des Berufungsgerichts Tunis vom 22. April 1982 eine erstmalige Sorgerechtsregelung nach § 1671 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu treffen oder - nämlich bei Anerkennungsfähigkeit der tunesischen Sorgerechtsentscheidung - in Wahrheit über eine Änderung der

Sorgerechtsregelung nach § 1696 Abs. 1 BGB zu entscheiden ist. Denn in beiden Fällen hat die Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter Bestand. Die Frage der Anerkennungsfähigkeit der tunesischen Sorgerechtsregelung kann somit letztlich offenbleiben.

aa) Nach § 1671 Abs. 1 BGB bestimmt das Familiengericht bei Scheidung der Ehe der Eltern, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll. Die Scheidung der Eltern, wie sie hiernach Voraussetzung ist, ist erfolgt. Gegen die Anerkennung der von dem tunesischen Gericht ausgesprochenen Ehescheidung ergeben sich keine Bedenken. Der Feststellung der Anerkennungsvoraussetzungen durch die Landesjustizverwaltung bedarf es nicht, da beide Ehegatten Tunesier sind (s. Art. 7 § 1 Abs. 1 Satz 3 FamRändG).

Gemäß § 1671 Abs. 2 BGB hat das Gericht die Regelung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht (Halbsatz 1); hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen (Halbsatz 2). Darauf abhebend hat das Oberlandesgericht die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter wie folgt begründet: Z. habe seit der Trennung der Eltern ausschließlich bei der Mutter gelebt und zu ihr eine gute und tragfähige Bindung entwickelt. Außer an der Mutter hänge Z. auch an deren weiterem in ihrem Haushalt lebenden Kind, seinem Halbbruder. Die Mutter gebe Z. Liebe und Wärme, werde aber auch ihrer Erziehungsaufgabe gerecht. Auch achte sie darauf, daß das Kind der Sprache und Kultur seines Heimatlandes nicht entfremdet werde, wie sich darin zeige, daß sie Z. in den deutsch-islamischen Kindergarten und die arabische Vorschule

gegeben habe. Gegen eine Übertragung des Sorgerechts auf den Vater spreche, daß er Z. nicht unmittelbar zu sich nehmen, sondern zusammen mit seiner jetzigen Frau zu seiner Mutter nach Tunis schicken wolle. Es sei dem Kind aber nicht zuträglich, in dieser Weise aus seiner jetzigen Umgebung herausgerissen und unter Trennung von Mutter und Bruder mit einer ihm nicht vertrauten Stiefmutter in eine ganz andere Umwelt zu der ihm fremden Großmutter verbracht zu werden. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hat sich das Oberlandesgericht auf den Standpunkt gestellt, daß es dem Wohle des Kindes am besten entspreche, wenn es bei der Mutter bleibe. Diese weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet liegende Abwägung läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

Soweit der Vater kurz vor Abschluß des Erstbeschwerdeverfahrens noch behauptet hat, daß sich der neue Freund der Mutter, gleichfalls ein Tunesier, nackt vor dem Kind gezeigt und in dessen Gegenwart obszöne Redensarten geführt habe, hat das Oberlandesgericht diesen Vortrag, seine Richtigkeit unterstellend, in seine Entscheidung einbezogen und gemeint: Die Erziehungseignung der Mutter werde durch derartiges allenfalls in Frage gestellt, wenn sie es zulasse, d.h. nicht unterbinde. Dafür, daß sie in ihren Pflichten gegenüber dem Kind versage, bestünden aber angesichts der durch die Jugendamtsberichte belegten guten Entwicklung des Kindes keine Anhaltspunkte. Auch insoweit ist die Abwägung des Oberlandesgerichts nicht rechtsfehlerhaft und bleibt im Rahmen des tatrichterlichen Verantwortungsspielraums.

Der weitere Hinweis des Vaters, daß die Ehe wegen Ehebruchs der Mutter geschieden worden und diese deswegen in

Tunesien strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sei, vermag ebenfalls eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Nach deutscher Rechtsauffassung kann ein Ehegatte, dem im Verhältnis zu seinem Ehepartner eheliches Fehlverhalten zur Last fällt, gleichwohl zur Erziehung und Betreuung eines Kindes geeignet sein. Die früher auch in Deutschland geltende Regelung, wonach die elterliche Gewalt im Zweifel dem an der Scheidung schuldlosen Elternteil zu übertragen war (§ 1671 Abs. 3 Satz 2 BGB früherer Fassung), ist aufgehoben. Im übrigen ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, daß die Mutter mit dem Kind in Deutschland bleiben werde. Nach hiesigem Recht kommt jedoch eine strafrechtliche Verfolgung wegen des hier in Frage stehenden Sachverhalts nicht in Betracht.

Der erst im Verlaufe des Verfahrens der weiteren Beschwerde erfolgte Vortrag des Vaters, daß die Mutter Z. mittlerweile aus der deutsch-islamischen Schule genommen und in eine deutsche Grundschule gegeben habe, kann in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. allgemein Keidel/Kuntze/Winkler aaO § 27 Rdn. 42, 43; BayObLG FamRZ 1976, 38, 39). Es bedarf daher keiner Stellungnahme, ob dieses Vorbringen überhaupt geeignet wäre, die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter in Frage zu stellen.

bb) Die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter unterliegt aber auch dann keinen rechtlichen Bedenken, wenn man die Sorgerechtsentscheidung des Berufungsgerichts Tunis vom 22. April 1982 als an sich anerkennungsfähig ansieht. Sie wäre dann nach deutschem Recht gemäß § 1696 Abs. 1 BGB jederzeit abänderbar, wenn das Gericht dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält (vgl. wiederum BGHZ 64, 19, 29 f.). Die

Änderung einer einmal ergangenen gerichtlichen Regelung setzt allerdings voraus, daß sie durch triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe veranlaßt ist (st. Rspr., s. BayObLG FamRZ 1964, 640 f.; 1971, 467, 471; 1974, 318, 319; 1976, 38, 39 und 41, 42; KG FamRZ 1959, 253, 254; 1967, 411, 412; Erman/Ronke BGB 7. Aufl. § 1696 Rdn. 4; MünchKomm/Hinz § 1696 Rdn. 3; Palandt/Diederichsen BGB 45. Aufl. § 1696 Anm. 2; Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1696 Rdn. 5). Das ist indes nach den - wenn auch teilweise in anderem Zusammenhang getroffenen - tatsächlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts der Fall. Dieses hat sich in dem angefochtenen Beschluß auf seine Ausführungen in seiner Entscheidung in dem auf Vollstreckbarerklärung der tunesischen Entscheidung gerichteten Verfahren bezogen, in denen es u.a. heißt: Die tunesische Sorgerechtsregelung vom 22. April 1982 sei zwar zur Zeit ihres Erlasses noch mit der Erwägung zu rechtfertigen gewesen, daß das damals erst vier Jahre alte Kind in seiner tunesischen Heimat aufwachsen möge. Inzwischen aber sei die Situation eine andere. Die Mutter, zur Zeit der Entscheidung des Berufungsgerichts Tunis in einem Mütterwohnheim untergebracht, bewohne nunmehr eine eigene 3-Zimmer-Wohnung. Indem sie Z. in den deutsch-islamischen Kindergarten und die arabische Vorschule gegeben habe, habe sie gezeigt, daß sie ihrerseits darauf achte, das Kind der Kultur seiner Heimat nicht zu entfremden. Vor allem habe sich die Bindung des Kindes an die Mutter weiter verstärkt. Darüber hinaus hänge es auch fürsorglich an seinem inzwischen - im Oktober 1982 - geborenen Halbbruder. In seinem jetzt erreichten Alter werde Z. einen Wechsel der Lebensbedingungen und eine Trennung von der Mutter bewußter und viel einschneidender erleben. Insgesamt sei es für das Kind nun kaum mehr zu verkraften, aus

seiner gewohnten Umgebung herausgerissen und von Mutter und Bruder getrennt in eine ganz andere Umwelt und zu ihm nicht vertrauten Menschen verbracht zu werden. Mit alledem hat das Oberlandesgericht triftige und das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe dargelegt, die jedenfalls eine Änderung der Sorgerechtsregelung des Berufungsgerichts Tunis mit dem Ergebnis rechtfertigen, daß die elterliche Sorge auf die Mutter übertragen wird. Zu den Beanstandungen der weiteren Beschwerde im übrigen wird ergänzend auf die Ausführungen unter aa) Bezug genommen.

c) Auch die von dem Vater ins Feld geführte weitere tunesische Entscheidung, durch die Anfang 1982 eine Änderung der Sorgerechtsregelung vom 22. April 1984 abgelehnt worden sein soll, vermag am Ergebnis nichts zu ändern. Für den Fall, daß diese Entscheidung anzuerkennen wäre, wäre sie ihrerseits der Änderung nach § 1696 Abs. 1 BGB zugänglich. Die Änderung nach § 1696 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, daß neue tatsächliche Umstände eingetreten sind. Vielmehr genügt, daß eine abweichende Regelung aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist. Danach ist hier die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter aus den dargelegten Gründen gerechtfertigt.

5. Nach alledem bleiben die Angriffe der weiteren Beschwerde ohne Erfolg. Das Rechtsmittel war daher mit der Kostenfolge aus § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG zurückzuweisen.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Macke

Nonnenkamp