

Gesetz: EheG § 74

- Rechtssatz: 1. Für die Sorgerechtsentscheidung ist der Schuld-  
ausspruch im Scheidungsurteil in jedem Falle  
bedeutsam ohne Rücksicht darauf, ob er dem wirk-  
lichen Sachverhalt gerecht wird; eine Überprüfung  
der Schuldfrage als solcher hat nicht stattzufin-  
den.
2. Besondere Gründe im Sinne des Abs 4 sind solche,  
die wesentlich genug sind, um im Interesse des  
Wohles des Kindes das Vorrecht des nicht- oder  
minderschuldig erklärten Ehegatten ausser Kraft  
zu setzen. Der Schwerpunkt der Prüfung muss auf  
der Frage der Eignung der Elternteile zur Erzie-  
hung des Kindes liegen; der grösseren Gunst der  
äusseren wirtschaftlichen Verhältnisse ist allein  
kein ausschlaggebender Wert beizulegen. Die Fest-  
stellung, ob besondere Gründe in diesem Sinne vor-  
liegen, hat unter Berücksichtigung aller Umstände  
des Einzelfalles von Amts wegen zu erfolgen. Er-  
wägungen allgemeiner Art sind nicht allein aus-  
reichend; sie können aber jeweils Anhaltspunkte  
für die Prüfung geben und sind beachtlich, wenn  
die gegebenen Umstände ihrer Anwendung eine über  
das Allgemeine hinausgehende Bedeutung zu geben  
vermögen.
3. Verzichtet der nicht- oder minderschuldig erklär-  
te Ehegatte durch eine Vereinbarung mit dem ande-  
ren Teil auf das ihm nach Abs 4 zustehende Vor-  
recht, so kann auch der Richter dieses grundsätz-  
lich ausser Betracht lassen, unbeschadet seiner  
Verpflichtung, die Eignung des anderen Teils mit  
besonderer Sorgfalt zu prüfen.

Aktenzeichen: IV ZB 18 '51

Beschl. v. 3. Juli 1951

OLG Freiburg

*Zur Entscheidungsvorbereitung des Senats.*

B e s c h l u s s

In dem Verfahren

betreffend das Recht der Sorge für die Person des am  
[REDACTED] 1946 geborenen Kindes Peter Paul H[REDACTED], Sohn  
der geschiedenen Eheleute:

Gärtner Josef H[REDACTED] in S[REDACTED], Krs. B[REDACTED]  
- Beschwerdeführer -

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED]  
und

der Ehefrau Erika S[REDACTED] gesch. H[REDACTED] in O[REDACTED]  
- Beschwerdegegnerin -  
vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs unter Mit-  
wirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Johannsen,  
Dr. Hartz und Dr. Kregel in der Sitzung vom 3. Juli 1951.  
beschlossen:

Der Beschluss des Landgerichts in Baden-Baden  
vom 6. Dezember 1950 wird aufgehoben und die  
Sache zu weiteren tatsächlichen Feststellungen  
und zur Entscheidung an das Landgericht zu-  
rückverwiesen.

- 2 -

## G r ü n d e :

---

Die Ehe der Vorgenannten ist durch Urteil des Landgerichts in Offenburg vom 13. September 1949 rechtskräftig geschieden; in dem Urteil sind beide Parteien für schuldig an der Scheidung erklärt, jedoch ist ein überwiegendes Verschulden der Frau festgestellt worden. Das Vormundschaftsgericht hat, nachdem eine Einigung der geschiedenen Eheleute über das Recht der Sorge für die Person ihres gemeinschaftlichen Kindes Peter Paul H. nicht zustandegekommen war, durch Beschluss vom 22. April 1950 das Sorgerecht dem Vater übertragen, weil nach den Umständen kein Anlass bestanden habe, eine von der Regel des § 74 Abs 4 EheG abweichende Regelung zu treffen. Die Mutter habe zwar Bedenken allgemeiner Art gegen die erzieherischen Fähigkeiten des Vaters vorgebracht dahin, dass er sich um das Kind wenig gekümmert und kein sonderliches Interesse an ihm gezeigt habe, dass er auch an einer Nervenkrankheit leide. Nach den getroffenen Feststellungen lebt der Vater aber in geordneten wirtschaftlichen und häuslichen Verhältnissen. Das Vormundschaftsgericht hielt daher alle Voraussetzungen für eine ordnungsmässige Betreuung des Kindes für gegeben. Nach einer gutachtlichen Äusserung der Universitätsklinik Freiburg habe es sich bei dem angeblichen Nervenleiden des Vaters im wesentlichen um eine durch die Eheschwierigkeiten entstandene seelische Verstimmung und nervöse Übererregbarkeit gehandelt, die einen Schluss auf das Vorliegen eines Nerven- oder Gemütsleidens nicht zulasse.

- 3 -



Auf die Beschwerde der Mutter hat das Landgericht durch Beschluss vom 6. Dezember 1950 den Beschluss des Vormundschaftsgerichts aufgehoben und das Recht der Sorge für die Person des Kindes der Mutter übertragen. Zur Begründung führt es aus, das Vormundschaftsgericht stütze seine Entscheidung auf eine heute von der Rechtsprechung nicht mehr einhellig geteilte enge Auslegung des § 74 Abs 4 EheG. Neuerdings werde diese Vorschrift nur als eine gegen die erzieherische Eignung des schuldigen Ehegatten aufgestellte widerlegbare Vermutung aufgefasst. Die Kammer habe sich indessen von der mangelnden erzieherischen Eignung der Mutter nicht überzeugen können, sondern die bei ihr vorherrschenden gesamten Verhältnisse für die künftige Entwicklung des Kindes als ungleich günstiger erachtet als beim Vater. Nach den Bekundungen der Zeugen sei das Kind bei der Mutter in jeder Beziehung gut untergebracht und betreut; diese und ihr jetziger Ehemann hingen mit besonderer Zuneigung an dem Kinde. Die wirtschaftlichen Verhältnisse seien geordnet. Eine Zurücksetzung des Kindes neben dem Adoptivkind der Mutter und ihrem Kinde aus zweiter Ehe sei nicht zu besorgen; das gemeinschaftliche Aufwachsen mit anderen Kindern erscheine einer aufgeschlossenen Entwicklung des Kindes dienlich. Auch das zarte Alter des Kindes spreche für seine Belassung in der Obhut der Mutter. Dagegen lägen keine Anhaltspunkte vor, die die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater im Interesse des künftigen Wohles des

Kindes zu rechtfertigen vermöchten; dieser habe seine Familie ohne triftigen Grund verlassen und sich auch in der Folgezeit nicht um das Kind gekümmert. Seine wiederholt geäußerten Selbstmordabsichten, die auf eine auch sonst bekundete schwermütige Veranlagung hindeuteten, liessen es nicht für geboten erscheinen, ihm das Schicksal des 4 1/2-jährigen Kindes ohne Bedenken anzuvertrauen. Auch dass er das Kind zunächst der Betreuung einer ledigen Schwester überlassen würde, um es nach seiner Wiederverheiratung von seiner künftigen Ehefrau betreuen zu lassen, liege nicht im Interesse einer kontinuierlichen Erziehung des Kindes.

Das Oberlandesgericht Freiburg hat die weitere Beschwerde des Vaters dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt und zur Begründung der Vorlage ausgeführt, es wolle bei der Auslegung des § 74 Abs 4 EheG von den auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidungen des OLG Celle vom 25. Februar 1947 (MDR 1947 S 154) und des OLG Schleswig vom 15. Juli 1949 (Schlesw.-Holst. Anzeigen 1949 S 341) abweichen.

Die Vorlage ist gemäss § 28 Abs 2 FGG aus dem angegebenen Grunde berechtigt.

Die weitere Beschwerde ist statthaft und formgerecht eingelegt; sie ist auch begründet.

§ 74 Abs 4 EheG 1946 bestimmt: Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohle des oder der Kinder dient.

Diese Bestimmung entspricht völlig derjenigen des § 81 Abs 3 EheG 1938. Zu dieser hat das Kammergericht -- das Reichsgericht hat, soviel bekannt geworden, keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt -- in seiner Rechtsprechung (vgl DR 1940, 2166; DR 1943, 693; DJ 1944, 323; JFG 19, 269 und 22, 271) im wesentlichen folgende Grundsätze entwickelt: Für die Entscheidung in Fällen des § 74 Abs 4 müssten Erwägungen allgemeiner Art ohne Einfluss sein, da der Gesetzgeber diese nicht als Richtlinien aufgestellt habe. Zur Annahme besonderer Gründe sei nicht die Feststellung ausreichend, dass das Kind bei dem nicht oder minder schuldigen Elternteil gut, bei dem anderen aber besser untergebracht sei. Zwar sei zur Abweichung von der Regel des § 74 Abs 4 nicht eine unmittelbare Gefährdung des Kindes erforderlich; es müssten aber begründete Bedenken gegen die Eignung des nicht oder minder schuldigen Teiles bestehen und andererseits einwandfreie Betreuung durch den anderen Teil gewährleistet sein. Charakterliche Fehler oder bereits zutage getretene Mängel in der Eignung zur Erziehung von Kindern könnten besondere Gründe darstellen, desgleichen körperliche oder seelische Krankheiten. Im übrigen hat das Kammergericht in seiner Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, dass bei der Entscheidung alle Umstände des Falles zu berücksichtigen seien und keine formalen Schranken für den Richter beständen.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu § 74 Abs 4 EheG 1946 hat sich -- nachdem das Kammergericht

als höchste Instanz für das ehemals preussische Gebiet in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit weggefallen war - bisher überwiegend im wesentlichen den Gedankengängen des Kammergerichts angeschlossen (vgl. OLG Celle EDR 1947 S 154; OLG Schleswig Schlesw.-Holst. Anzeigen 1949 S 341; OLG Freiburg DRZ 1949 S 116; OLG Tübingen DRZ 1948 S 100; OLG Neustadt SJZ 1949 S 117). Darüber hinaus kommt in diesen Entscheidungen durchweg zum Ausdruck, das Wohl des Kindes müsse bei der Entscheidung immer in Vordergrund stehen. § 74 Abs 4 stelle eine gesetzliche Vermutung für die geringere Eignung des allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten zur Ausübung des Sorgerechts dar. Das OLG Freiburg erklärt, die besonderen Gründe des § 74 Abs 4 müssten nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung solche schwerwiegender Natur sein und in den besonderen Verhältnissen des Falles liegen. Das OLG Schleswig meint, in der Regel seien nur Vondertatsachen zu berücksichtigen, so Straftaten oder Krankheit eines Elternteils oder des Kindes.

Das OLG Hamm (LDR 1948 S 217) lehnt es ab, den Absatz 4 des § 74 aus seinem Zusammenhang zu reißen und als eine Ausnahmenvorschrift anzusehen, gibt ihm vielmehr lediglich die Bedeutung einer Richtlinie im Rahmen der Gesamtvorschrift des § 74. Es sagt, oberster Grundsatz sei immer das Wohl des Kindes; nur dann, wenn dessen Interesse es zulasse, habe der nicht oder

minder schuldige Elternteil ein besseres Recht auf das Kind. In seiner Entscheidung vom 29. September 1949 (JMBL NRW 1950 S 10) sagt das gleiche OLG ferner, wenn beide Möglichkeiten der Unterbringung des Kindes annähernd gleichwertig seien, sei durchaus Raum für die Erwägung, welcher Elternteil von seinem Interesse aus gesehen ein grösseres Anrecht auf das Kind habe. Spreche das Ergebnis der Prüfung unzweideutig für einen Elternteil, so sei diesem unabhängig von allen anderen Erwägungen der Vorzug zu geben.

In einer Entscheidung vom 5. Dezember 1949 (DRZ 1950 S 207) hat das OLG Freiburg seinen früheren Standpunkt geändert und zur Begründung hierfür im wesentlichen ausgeführt, dem Schuldausspruch solle nach dem jetzigen Recht nur noch im Hinblick darauf Bedeutung zukommen, als er für die geringere Eignung des allein oder überwiegend schuldigen Elternteils zur Erziehung und Betreuung des Kindes spreche, wie auch die amtliche Begründung zum Ehegesetz 1938 (DJ 1938 S 1112) anführe. Man sei sich darüber klar gewesen, dass der Schuldausspruch in vielen Fällen dem wahren Sachverhalt nicht entspreche oder nach der Art des Verschuldens einen Rückschluss auf die Eignung des schuldigen Teiles nicht zulasse. Das Gesetz knüpfe daher an den Schuldausspruch nur eine widerlegbare Vermutung; wenn Gründe vorlägen, aus denen sich unzweifelhaft ergebe, dass die Übertragung des Sorgerechts auf den allein oder überwiegend schul-

digen Teil dem Wohle des Kindes besser entspreche, so sei die Vermutung entkräftet. An die "besonderen Gründe" des § 74 Abs 4 seien keine anderen Anforderungen zu stellen, als dass sie geeignet sein müssten, die gesetzliche Vermutung der schlechteren Eignung des schuldigen Teils zu widerlegen. Das Besondere der Gründe beziehe sich weder auf ihre Art noch auf ihr Gewicht, sondern liege darin, dass es sich um Gründe handeln müsse, die die generelle Regel im Spezialfalle durchbrechen. Zur Widerlegung der Vermutung seien alle Gründe geeignet; sie brauchten nicht schwerwiegend zu sein, sondern müssten nur im Zusammenhang mit anderen oder allein so viel Gewicht haben, dass die Wagschale bei Abwägung aller Umstände des Falles zu Gunsten des schuldigen Teils sinke. Die besonderen Gründe könnten auch in Erwägungen allgemeiner Art bestehen; der Gesetzgeber habe bewusst von weiteren Richtlinien abgesehen, um den Richter von den bisherigen schematischen Bindungen freizustellen, und entscheidend auf das Wohl des Kindes abgestellt. Es sei hiernach von der besseren Eignung des nicht oder minder schuldigen Elternteils auszugehen, im Zweifel oder bei gleich guter Eignung müsse der allein oder überwiegend schuldige Teil zurückstehen; dabei seien Zweifel erst dann ausgeräumt, wenn eindeutig die bessere Eignung des allein oder überwiegend schuldigen Teiles erwiesen sei.

Im Schrifttum (Baur zu der Entscheidung des OLG Freiburg aaO, Bach in DRZ 1950, 77) wird die Bedeu-

tung des Schuldanspruchs im Scheidungsprozess und der Begriff der besonderen Gründe des § 74 Abs 4 unterschiedlich gewertet.

Schliesslich hat Schwörer in DRZ 1950, 352 und im ArchZivPrax Bd. 151, 122 ff ausgeführt, die Bedeutung des § 74 Abs 4 werde überhaupt aufgehoben, wenn angenommen würde, er könne allein für die Frage der erzieherischen Eignung der Elternteile in Betracht kommen, nicht aber bei Prüfung der übrigen Umstände, der konkreten Lebensverhältnisse auf beiden Seiten und der allgemeinen Erwägungen. Der Gesetzgeber habe die Regelung des § 81 Abs. 3 des EheG 1938 getroffen, obwohl der Ausschuss der Akademie für Deutsches Recht vor Erlass des Gesetzes grundsätzlich die Einflusslosigkeit des Schuldanspruchs befürwortet habe, weil die wahre Schuld im Urteil oft nicht zum Ausdruck komme. Der Gesetzgeber habe trotz der grundsätzlichen Abstellung auf das Wohl des Kindes dem Schuldanspruch Bedeutung beigelegt. Er habe sich also offenbar nicht ganz von dem Gedanken an den früheren § 1635 BGB freigemachen können, dessen Strafcharakter in der amtlichen Begründung zwar ausdrücklich abgelehnt worden sei, dessen Schutzcharakter zugunsten des nichtschuldigen Ehegatten aber unausgesprochen noch nachwirke.

In Schrifttum und Rechtsprechung ist dieser Überlegung bisher offensichtlich zu wenig Beachtung geschenkt. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Schuldanspruch eine Vermutung der besseren Eignung des

nicht- oder minderschuldigen Elternteils zur Erziehung und Betreuung des Kindes begründet, obwohl er erfahrungsgemäss in sehr vielen Fällen nicht von wesentlichem Belang für die Eignungsfrage ist und die gesamten hierfür in Betracht kommenden Verhältnisse in der Regel im Ehescheidungsprozess nicht oder doch nicht erschöpfend erörtert werden. Jedenfalls hat der Gesetzgeber unzweideutig die Berücksichtigung des Schuldanspruchs bei der Sorgerechtszuteilung angeordnet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser Anspruch dem wirklichen Sachverhalt gerecht wird, worüber eine erneute Prüfung bei der Sorgerechtsregelung nicht stattzufinden hat. Der nicht für schuldig erklärte Teil soll nicht auch noch den Verlust des Kindes hinnehmen müssen, sofern er nicht selbst durch eine Vereinbarung nach § 74 Abs 1 darauf verzichtet (Beschluss des Senats IV ZB 9/51 vom 23. Februar 1951) oder "besondere Gründe" zur Begünstigung des schuldigen Teiles bei der Sorgerechtsentscheidung führen müssen, Gründe, die wesentlich genug sind, um im Interesse des Wohles des Kindes das Vorrecht des an der Scheidung nichtschuldigen Teiles ausser Kraft zu setzen. Verzichtet der nicht- oder minderschuldige Ehegatte durch eine Einigung mit dem anderen Gatten auf das ihm nach Absatz 4 zustehende Vorrecht, so kann der Richter bei der Prüfung, ob der Vorschlag der Eltern (Abs 1) Billigung verdient, die Vorschrift des Abs. 4 grundsätzlich ausser Betracht lassen, unbeschadet seiner Pflicht, die Eignung des allein oder überwiegend schuldigen Elternteils zur

Erziehung und Betreuung des Kindes gerade in einem solchen Falle mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. Liegt ein derartiger Verzicht nicht vor, so muss der Richter eine Abwägung der Interessen des Kindes auf der einen Seite und des in § 74 Abs 4 anerkannten Vorrechts des nichtschuldigen Elternteils auf der anderen Seite vornehmen. Die Annahme des Kammergerichts, es sei nicht ausreichend, wenn das Kind bei dem nichtschuldigen Teil gut, bei dem anderen besser untergebracht sei, ist grundsätzlich mindestens insoweit zu billigen, als der grösseren Gunst der äusseren wirtschaftlichen Verhältnisse allein kein ausschlaggebender Wert beizulegen ist. Der Schwerpunkt der Prüfung muss im Hinblick auf das Wohl des Kindes, auf weite Sicht gesehen, auf der Frage der Eignung der beiden Elternteile zur Erziehung des Kindes liegen. Der Vormundschaftsrichter muss aber, um von der Regel des § 74 Abs 4 abzuweichen, in selbständiger Prüfung und von Amts wegen nach § 12 FGG die Umstände feststellen, die wichtig genug erscheinen, um das Vorrecht des nichtschuldigen Elternteiles hinter die Interessen des Kindes zurücktreten zu lassen. Dadurch ist einer starren, dem früheren § 1635 BGB angenäherten Anwendung der grundsätzlichen Regelung vorgebeugt.

Die Feststellung, ob besondere Gründe im Sinne des § 74 Abs 4 vorliegen, hat unter Berücksichtigung aller Sachumstände des Einzelfalles zu erfolgen. In-

sofern ist der überwiegenden bisherigen Rechtsprechung zuzustimmen, dass allein Erwägungen allgemeiner Art nicht als ausreichend zur Begründung der Entscheidung des Einzelfalles angesehen werden können. Sie können jeweils, insbesondere im Hinblick auf die Ungewissheit über die künftige Entwicklung der Verhältnisse Anhaltspunkte geben, sind aber immer auf ihre Brauchbarkeit für den Einzelfall dahin zu prüfen, ob die gegebenen Umstände ihrer Anwendung eine über das Allgemeine hinausgehende Bedeutung zu geben vermögen. So wird das Alter oder Geschlecht des Kindes zugunsten der alleinschuldigen Mutter im allgemeinen nur dann entscheidend zu berücksichtigen sein, wenn für absehbare Zeit eine angemessene Unterbringung bei dem Vater oder durch diesen nicht gewährleistet und auch eine befriedigende Übergangslösung nicht möglich ist. Andererseits wird in solchen Fällen zu beachten sein, dass bei zunehmendem Alter des Kindes eine Herausnahme aus der bisherigen Umgebung je nach seiner körperlichen und seelischen Verfassung zu schweren Schäden für dieses führen kann. Die Mutter hat im allgemeinen, besonders wenn sie nicht dauernd berufstätig ist, bessere Möglichkeiten der unmittelbaren Betreuung des Kindes. Auch das wird aber zum Nachteil für den nichtschuldigen Vater bei der Sorgerechtsentscheidung in der Regel nur dann in die Waagschale fallen, wenn weder er selbst, noch eine andere geeignete Person die Gewähr

für eine einwandfreie Unterbringung, Pflege und Erziehung des Kindes bieten. Niederverheiratung eines Elternteils wird nur dann von Bedeutung sein, wenn sich für das Wohl des Kindes nicht unerhebliche Bedenken aus den Verhältnissen der neuen Ehe, insbesondere der Persönlichkeit des neuen Ehegatten, ergeben. Dauernde Krankheit oder abnorme geistige oder seelische Verfassung werden als besondere Gründe zu einer Abweichung von der Regel des § 74 Abs 4 anzuerkennen sein.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zu folgendem Ergebnis:

Das Landgericht hat auf Grund der angestellten Ermittlungen festgestellt, dass das Kind bei der Mutter in jeder Hinsicht gut untergebracht ist, dass auch aus ihren wirtschaftlichen Verhältnissen und aus der Person des jetzigen Ehemannes der Mutter keine Bedenken gegen eine Belassung des Kindes bei der Mutter zu erheben sind. Die Bedenken, die nach seiner Ansicht in dieser Beziehung auf Seiten des Vaters bestehen, hat es jedoch nach ihrer Art und ihrem Gewicht nicht derart überzeugend gekennzeichnet und begründet, dass bei Zugrundelegung der vorerörterten Grundsätze zur Auslegung des § 74 Abs 4 mit ihnen schon "besondere Gründe" für eine Übertragung des Sorgerechts auf die überwiegend schuldige Mutter als dargetan angesehen werden könnten. Das Landgericht stellt unter Hinweis auf die Gründe des

Ehescheidungsurteils, ohne die diesem zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen im einzelnen überprüft und gewürdigt zu haben, fest, dass der Vater seine Familie ohne triftigen Grund verlassen und sich auch in der Folgezeit nicht um das Kind gekümmert habe. Es führt ferner aus, die wiederholt geäußerten Selbstmordabsichten des Vaters, die auf eine auch sonst bekundete schwermütige Veranlagung hindeuteten, liessen es nicht geboten erscheinen, ihm das Schicksal des 4 1/2-jährigen Kindes ohne Bedenken anzuvertrauen. Diese Erwägungen entbehren der den Umständen nach gebotenen ausreichenden Untermauerung in tatsächlicher Beziehung. Es hätte insbesondere im Hinblick auf das hierauf bezügliche Vorbringen des Vaters geprüft werden müssen, ob und inwieweit die Gründe, die den Vater zum Verlassen seiner Familie und zur Fernhaltung von seinem Kinde veranlasst haben, auch heute noch geeignet sind, begründete Bedenken gegen seine Eignung zur Ausübung des Vorgerechts zu erwecken. Es besteht insbesondere im Hinblick auf die kurze Äusserung der Psychiatrischen und Nervenlinik der Universität Freiburg und die Bekundungen des Zeugen Hönig die Möglichkeit, dass das allerdings von der Norm abweichende Verhalten des Vaters in der Zeit vor der Trennung der Eheleute und möglicherweise auch noch während des Ehescheidungsprozesses inzwischen abgeklungen ist und wieder einer Einstellung dem Leben und seiner Umgebung gegenüber Platz gemacht hat, die solche Bedenken gegen seine erzieherische Eignung nicht mehr aufkommen lassen könnten. Bevor das Landgericht den gegenteiligen Schluss zog, hätte es

unter diesen Umständen , um seiner Verpflichtung zur möglichst vollständigen Sachaufklärung gemäss § 12 FGG zu entsprechen, eine eingehendere gutachtliche Äusserung über die derzeitige Gemüts- und Seelenverfassung des Vaters und deren voraussichtliche Weiterentwicklung auch für den Fall neuer grösserer Schwierigkeiten auf seinem Lebenswege einholen müssen. Dabei wäre gerade im Hinblick auf den Selbstmord einer Tante des Vaters auch die Möglichkeit einer ungünstigen Erbanlage zu prüfen und den Behauptungen der Mutter nachzugehen, dass die beim Vater hervorgetretene krankhafte Veranlagung sich auch bei seinen Geschwistern gezeigt habe. (Schriftsatz vom 17. Oktober 1950, S 153 GA). Sollte die Begutachtung ergeben, dass nach ärztlichem Ermessen eine schwermütige oder sonstige krankhafte Veranlagung des Vaters in einem Masse, das Bedenken gegen seine Eignung als Erzieher des Kindes hervorrufen könnte, zur Zeit nicht bestehen und dass auch unter nicht aussergewöhnlichen Umständen mit der Wiederkehr einer ungewöhnlichen Reaktion des Vaters auf Verhältnisse und Eindrücke seiner Umwelt nicht zu rechnen ist, so könnten aus seinem früheren Verhalten und auch aus seinen gelegentlich geäusserten oder sogar betätigten Selbstmordabsichten für die jetzt und für die Zukunft zu treffende Entscheidung über das Sorgerecht möglicherweise Schlüsse zu seinen Ungunsten nicht gezogen werden. Andererseits wird das Landgericht bei der erneuten Behandlung

der Sache auch die Behauptung der Mutter, dass der Vater vor der Trennung der Eheleute es in auffallender Weise an Interesse und Zuneigung für das Kind habe fehlen lassen, und das Ergebnis der hierzu bereits durchgeführten Ermittlungen zu berücksichtigen haben. Ein ungewöhnliches Verhalten in dieser Beziehung wird insbesondere dann je nach Beurteilung der Gesamtpersönlichkeit des Vaters zu seinem Nachteil in die Wagschale fallen müssen, wenn es nicht durch eine aussergewöhnliche und nur vorübergehende Gemüts- und Seelenverfassung in der damaligen Zeit eine natürliche Erklärung findet.

Anfechtbar erscheint ferner die Beweisführung des Landgerichts, es liege nicht im Interesse einer kontinuierlichen Entwicklung des Kindes, wenn der Vater das Kind zunächst der Betreuung seiner ledigen Schwester überlassen würde, um es nach seiner Wiederverheiratung durch seine künftige Ehefrau betreuen zu lassen. Abgesehen davon, dass nach dem Inhalt der Akten nicht ersichtlich ist, worauf das Landgericht die Annahme einer in Aussicht stehenden Wiederverheiratung des Vaters stützt - der Ortsjugendhelfer von Sinzheim hat sich in seinem Bericht Blatt 31 d.A. dahin geäußert, es sei kaum anzunehmen, dass der Vater noch eine zweite Ehe eingehen werde, dieser selbst ist über seine diesbezüglichen Absichten nicht befragt worden - ist die Möglichkeit, dass die Betreuung des Kindes neben dem Vater selbst von dessen

Schwester etwa zu irgend einem zukünftigen Zeitpunkt ganz oder zum Teil auf seine künftige Ehefrau übergehen könnte, ohne Hinzutritt weiterer Umstände nicht ausreichend, um im Sinne der vorstehenden grundsätzlichen Darlegungen einen besonderen Grund im Sinne des § 74 Abs 4 darzustellen. Als ausschlaggebend im Sinne der vorerörterten Auslegung des § 74 Abs 4 kann auch nicht die vom Landgericht angestellte Erwägung angesehen werden, dass das Kind bei der Mutter anders als beim Vater mit anderen Kindern zusammen aufwachsen würde. Wenn auch im allgemeinen der charakterlichen Entwicklung eines Kindes das gemeinsame Aufwachsen mit anderen Kindern dienlich ist, so ist es in der Regel doch nicht angängig, dem allein oder überwiegend schuldigen Elternteil schon deshalb den Vorzug zu geben. Es würde schon der Darlegung weiterer besonderer Umstände bedürfen, die eine Erziehung des Kindes allein unter Erwachsenen nach seiner körperlichen, seelischen und charakterlichen Eigenart als seinem Wohl abträglich erscheinen liesen. Dagegen würde es von wesentlicher Bedeutung sein, welcher Art voraussichtlich der erzieherische Einfluss der Hausangehörigen des Vaters auf das Kind sein würde, wenn das Sorgerecht dem Vater übertragen würde. Da die Erziehung und Betreuung des Kindes dann vorerst zu einem guten Teil in den Händen der Schwester des Vaters liegen würde, würde diese Frage insbesondere in Bezug

auf sie unter Berücksichtigung ihrer Persönlichkeit und ihres Charakters zu stellen sein.

Auch das Alter des Kindes von immerhin jetzt fünf Jahren spricht unter den vorliegenden Umständen nicht ohne weiteres gegen seine Unterbringung beim Vater. Für eine solche spricht, wenn das Ergebnis der Prüfung ihr im übrigen nicht entgegenstehen würde, die Erwägung, dass eine Herausnahme des Kindes aus seiner bisherigen Umgebung in einem späteren Zeitpunkt für das Kind nachteiliger sein könnte als in seinem jetzigen Alter, in dem Kinder sich im allgemeinen noch sehr schnell umgewöhnen. Es darf nicht bei jugendlichem Alter von Kindern aus geschiedenen Ehen - diese Fälle werden häufig sein, da die Scheidung älterer Ehen erfahrungsgemäss viel seltener ist - der nicht oder minder schuldige Vater allzu leicht bei der Sorgerechtsentscheidung entgegen dem Grundsatz des § 74 Abs 4 unter Hinweis auf das Alter des Kindes benachteiligt werden, um dann bei einem etwaigen späteren Änderungsantrag sich gegebenenfalls entgegenhalten lassen zu müssen, dass eine Änderung der Unterbringung des Kindes für dieses bei seinem jetzigen Alter abträglich sei. Auch in dieser Beziehung wird aber erst die Prüfung aller Umstände des Falles den Ausschlag geben müssen.

Da hiernach die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Rechtfertigung seiner Entscheidung nicht ausreichen, war der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Erörterung und Entscheidung nach Massgabe der aufgezeigten Gesichtspunkte an das Landgericht zurückzuverweisen.

|            |        |           |
|------------|--------|-----------|
| Dr. Lersch | Raske  | Dr. Hartz |
| Johamnsen  | Kregel |           |