

069  
59  
Für das Nachschlagewerk!  
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: Ehegesetz § 74 Abs 4

- Rechtssatz: 1.) Ein Verzicht des schuldlosen Elternteils auf das Vorrecht auf die Personenfürsorge des Kindes kann die Regel des § 74 Abs 4 nicht ausser Kraft setzen, soweit der Verzicht nicht in einer Vereinbarung nach § 74 Abs 1 erklärt ist.
- 2.) Besondere Gründe im Sinne des § 74 Abs 4 können auch Gründe allgemeiner Art sein, wenn ihnen nach Lage des Einzelfalles besonderes Gewicht beizumessen ist.

Aktenzeichen: IV ZB 42/52  
Beschl. des BGH v. 25. Juni 1952 LG Karlsruhe

IV ZB 42/52

B e s c h l u s s

In der Sorgerechtssache

des am [REDACTED] 1945 geborenen Kindes Hans Volker H [REDACTED]  
der Frau Annemarie Ruth G [REDACTED], gesch. H [REDACTED], geb. Z [REDACTED]  
in F [REDACTED], V [REDACTED] str. [REDACTED],

vertreten durch die Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]  
und [REDACTED] in [REDACTED],

und ihres geschiedenen Ehemannes, Oberamtsrichters  
Otto H [REDACTED] in H [REDACTED], B [REDACTED],

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED],

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der  
Sitzung vom 25. Juni 1952 unter Mitwirkung der Bundes-  
richter Dr. Lersch, Ascher, Maske, Dr. Kregel und  
Scheffler

beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Frau Annemarie  
G [REDACTED] gegen den Beschluss der II. Zivil-  
kammer des Landgerichts Karlsruhe vom 27.  
März 1952 wird zurückgewiesen.

im Entscheidungssammlungs des Senats

G r ü n d e :

Die Ehe der Eltern des Kindes Hans Volker H. ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 28. Februar 1950 aus Verschulden der Ehefrau geschieden. Beide Elternteile haben wieder geheiratet. Das Kind befindet sich bei der Mutter.

Die Eltern haben vor Einreichung der zur Ehescheidung führenden Klage nach längeren Verhandlungen am 7. Januar 1950 eine Vereinbarung geschlossen, die in ihrem hier maßgebenden Teil folgenden Wortlaut hat:

- "1) Die Eheleute H. erklären, dass die Ehe zerrüttet ist. Sie entschliessen sich daher, die Scheidung der Ehe durchzuführen. Herr H. wird gegen Frau H. Scheidungsklage wegen Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft erheben. Frau H. wird der Klage nicht entgentreten .....
- 2) Das Sorgerecht für die Person des gemeinschaftlichen Kindes wird bis zum Schuleintritt der Mutter überlassen.  
Das übliche Verkehrsrecht des Vaters mit dem Kinde bleibt gewahrt.  
Die Regelung des Sorgerechts für die spätere Zeit bleibt vorbehalten.  
Herr Heid verzichtet auf den Einwand aus § 74 Abs IV EheG ...
- 5) Für den Fall, dass es unerwarteterweise zu einer streitigen Verhandlung kommen sollte, behalten sich die Parteien alle Rechte vor.  
..."

Eine Vorlage dieser Vereinbarung an das Vormundschaftsgericht gemäss § 74 Abs 1 EheG ist nicht erfolgt. Eine Einigung über das Personensorgerecht nach Beginn der Schulpflicht des Kindes, die inzwischen eingetreten ist, ist nicht zustande gekommen. Beide Elternteile verlangen



Übertragung des Personensorgerechts auf sich. Das Amtsgericht hat nach Anhörung der Eltern und Vornahme von Ermittlungen mit Beschluss vom 23. Juli 1951 die Übertragung des Personensorgerechts vom Zeitpunkt des Schuleintritts an auf den Vater verfügt. Die hiergegen von der Mutter eingelegte Beschwerde ist vom Landgericht mit Beschluss vom 30. August 1951 mit der Maßgabe als unbegründet zurückgewiesen worden, dass der 7. September 1951 als Zeitpunkt für den Übergang des Sorgerechts festgesetzt wurde. Die weitere Beschwerde der Mutter führte durch Beschluss des Oberlandesgerichts vom 15. Oktober 1951 zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und zur Zurückverweisung. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 27. März 1952 erneut die Beschwerde der Mutter gegen den Beschluss des Amtsgerichts als unbegründet zurückgewiesen und als Zeitpunkt für den Übergang des Sorgerechts auf den Vater den 17. April 1952 bestimmt. Es hat erwogen, dass trotz des vom Vater ausgesprochenen Verzichts der § 74 Abs 4 EheG Ausgangspunkt für die vom Gericht zu treffende Entscheidung sein müsse. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 3. 7. 1951 - IV ZB 18/51 - (BGHZ 3, 52 ff 59) stehe dieser Auffassung nicht entgegen. Dort sei lediglich die Frage der Beachtlichkeit eines im Rahmen einer Vereinbarung der Eltern nach § 74 Abs 1 erklärten Verzichts behandelt und bejaht worden. Hier hingegen sei ein Vorschlag der Eltern gemäss § 74 Abs 1 nicht vorgelegt worden. Da besondere Gründe im Sinne des Abs 4, die eine Übertragung des Personensorgerechts auf die allein schuldig geschiedene Mutter fordern würden, nicht festzustellen seien, müsse die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts ohne Erfolg bleiben.

Mit der hiergegen eingelegten weiteren Beschwerde beantragte die Mutter,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Das Oberlandesgericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, sieht sich hieran jedoch durch den erwähnten Beschluss des Senats vom 3. 7. 1951 gehindert, der die Beachtlichkeit des Verzichts ausdrücklich auf die Fälle des § 74 Abs 1 EheG beschränkt habe, während nach Auffassung des Oberlandesgerichts die Ausdehnung des vom Bundesgerichtshof ausgesprochenen Grundsatzes auf Fälle der vorliegenden Art geboten sei. Mit Beschluss vom 2. 5. 1952 hat das Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung gemäss § 28 Abs 2 FGG vorgelegt.

Die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs ist nach § 28 FGG gegeben, denn der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1951 hat die Entscheidung über die Wirkung eines Verzichts des nichtschuldigen Elternteils auf sein Vorrecht, die Personenfürsorge für das Kind zu beanspruchen, in der Tat auf den Verzicht beschränkt, der in einer nach § 74 Abs 1 fristgemäss vorgelegten Vereinbarung der Eltern erklärt wird. Der in der amtlichen Sammlung dem Beschluss vorangestellte Leitsatz ist, wie die Gründe des Beschlusses unmissverständlich zeigen, nur in dieser Beschränkung zu verstehen. Mit dieser Einschränkung würde sich die von dem vorlegenden Gericht beabsichtigte Ausdehnung der Wirkung des Verzichts auf eine nicht im Rahmen des § 74 Abs 1 abgegebene Verzichtserklärung in Widerspruch setzen.

In dem Beschluss vom 3. Juli 1951 hatte sich der Senat mit der Frage zu befassen, welche Umstände als "besondere Gründe" im Sinne des § 74 Abs 4 EheG anzusprechen sind, aus denen dem an der Scheidung allein - oder überwiegend-

schuldigen Elternteil das Personensorgerecht übertragen werden kann. In diesem Zusammenhang wurde ausgeführt, dass der Schutzcharakter des Abs 4 zugunsten des nicht- oder minderschuldigen Ehegatten in Schrifttum und Rechtsprechung zu wenig Beachtung finde. Der nicht für schuldig erklärte Teil solle nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auch noch den Verlust des Kindes hinnehmen müssen, sofern er nicht selbst durch eine Vereinbarung nach § 74 Abs 1 darauf verzichte. Liege ein solcher Verzicht vor, so könne der Richter bei der Prüfung des Vorschlags der Eltern (Abs 1) den Abs 4 grundsätzlich ausser Betracht lassen, unbeschadet seiner Pflicht, die Eignung des allein- oder überwiegendschuldigen Elternteils gerade in einem solchen Falle mit besonderer Sorgfalt zu prüfen.

An dieser Ansicht wird festgehalten. Sie gestattet jedoch nicht die Ausdehnung auf die Fälle, in denen der Verzicht, wie hier, nicht im Rahmen einer dem Vormundschaftsgericht nach Abs 1 vorgelegten Vereinbarung der Eltern erklärt ist. Das Personenfürsorgerecht ist zugleich eine elterliche Pflicht. Absatz 4 ist eine Schutzvorschrift zugunsten des schuldlosen Elternteils. Dieser Zweck ist aber nicht sein alleiniger Inhalt. Wenn in dem Beschluss des Senats vom 3. Juli 1951 der Schutz des Vorrechts des schuldlosen Elternteils in den Vordergrund gerückt ist, so geschah es gegenüber einer Rechtsansicht, die diesen Teil des Inhalts des Abs 4 ganz vernachlässigen zu sollen glaubte. Abgesehen davon ist aber die Regel des Abs 4 auch deshalb aufgestellt, weil aus dem Schuldausspruch des Scheidungsurteils die Vermutung der besseren Eignung des nicht-schuldigen Elternteils zur Erziehung und Betreuung des Kindes hergeleitet wird. Die Bedeutung dieser Vermutung hat der Beschluss ausdrücklich dahin gestellt gelassen. Die Entstehungsgeschichte des Abs 4 zeigt, dass auch sie Inhalt

der Vorschrift ist.

In der Begründung zu dem dem heutigen § 74 entsprechenden § 81 des EheG 1938 (DJ 1938, 1112) wird zwar betont, dass die Zuteilung des Personensorgerechts in Abweichung von § 1635 BGB sich in erster Linie nach der Eignung der Ehegatten zu einer das Wohl des Kindes förderlichen Erziehung auszurichten habe. Der Schuldanspruch im Scheidungs-urteil könne dabei jedoch nicht unbeachtet bleiben, weil er gewisse Schlüsse darauf zulasse, ob ein Ehegatte erzieherisches Vorbild sein könne oder nicht. Deshalb müsse bei der Entscheidung über das Sorgerecht dieser Gesichtspunkt in erster Linie berücksichtigt werden. Der § 81 Abs 3 EheG 1938 ist unverändert als Abs 4 in den § 74 des EheG 1946 eingegangen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der seinerzeit maßgebend gewesene gesetzgeberische Zweck ein anderer geworden ist. Neben der Schutzwirkung zugunsten des nicht- oder minderschuldigen Elternteils steht sonach die widerlegbare Vermutung der geringeren erzieherischen Eignung des allein- oder überwiegend-schuldigen Ehegatten, eine Vermutung, die mit Anlass zu der vom Gesetz im Interesse des Wohles des Kindes aufgestellten Regel des § 74 Abs 4 gewesen ist.

Insoweit kann die Regel des Abs 4 durch einen Verzicht des nichtschuldigen Elternteils nicht ausgeschaltet werden. Damit steht die Wirkung eines Verzichts, der im Rahmen einer Vereinbarung nach § 74 Abs 1 ausgesprochen wird, nicht in Widerspruch. Denn eine solche Vereinbarung hat ihrerseits kraft gesetzlicher Vorschrift wieder die Vermutung der Zweckmässigkeit für das Wohl des Kindes für sich (Beschluss des erkennenden Senats vom 23. Februar 1951 - IV ZB 9/51, BChZ 1, 214 ff). Nur diese Vermutung des Abs 1 kann die Vermutung des Abs 4 entkräften, demnach nicht aber ein Verzicht ausserhalb des Abs 1.

Deshalb verliert der nicht in einer Vereinbarung nach Abs 1 abgegebene Verzicht nicht alle Wirkung. Er entbindet den Vormundschaftsrichter von der Rücksichtnahme auf das Vorrecht des schuldlosen Elternteils, soweit es ihm um seiner selbst willen zugebilligt ist. Er kann daneben ebenso wie ein nach Abs 1 verspätet eingereichter Vorschlag der Eltern dem Richter als Erkenntnisquelle bei der von ihm im Rahmen des Abs 4 vorzunehmenden Prüfung dienen, wie in BGHZ 1, 214 [217] näher ausgeführt ist. Dabei ist aber hier zu beachten, dass der Verzicht des Vaters nicht eine Anerkennung der besseren Eignung der Mutter für die Zeit nach Eintritt der Schulpflicht des Kindes enthält, wie sie in einer Vereinbarung nach Abs 1 gegeben sein kann, sondern ausdrücklich die Regelung des Sorgerechts für diese Zeit vorbehält.

Die Entscheidung ist also insoweit nach der Regel des Abs 4 auszurichten, als zu prüfen ist, ob aus besonderen, dem Wohl des Kindes dienenden Gründen, die Sorge der schuldigen Mutter zu übertragen ist. Tatfrage könnte dabei sein, ob der Verzicht des schuldlosen Elternteils eine solche Interessellosigkeit an dem Schicksal des Kindes beweist, dass schon darin ein besonderer Grund zur Übertragung des Sorgerechts an den schuldigen Teil gesehen werden könnte. Dafür liegen aber hier keinerlei Anhaltspunkte vor.

Unter den besonderen, dem Wohl des Kindes dienenden Gründen kann jedoch der Verzicht des Vaters auch sonst eine Rolle spielen. Unter Bezugnahme auf § 157 BGB beruft sich die Mutter darauf, dass sie sich auf die Verzichtserklärung des Vaters als bindend auch für die Zukunft verlassen habe. Es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn der Vater, der als Richter die Unverbindlichkeit des Verzichts gekannt haben müsse, nun die Unverbindlichkeit geltend ma-

che. Zur Wahrung ihrer eigenen Interessen kann die Mutter mit diesem Einwand keinen Erfolg haben, weil das elterliche Sorgerecht nicht verzichtbar ist und der Verzicht nicht der Preis für die Übernahme der Schuld im Scheidungsprozess sein kann. Die Mutter kann deshalb auch nicht etwa zu ihren Gunsten anführen, dass sie in dem vorschulpflichtigen Alter des Kindes für sie besonders empfindliche Opfer für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes auf sich genommen habe, weil sie sich darauf verlassen habe, dass das Kind auch weiter bei ihr bleiben werde. Eine andere Frage ist nur, ob sie im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit des Verzichts im Interesse des Kindes in seiner vorschulpflichtigen Zeit besondere Maßnahmen im Hinblick auf seine künftige Erziehung getroffen hat.

Besondere Gründe im Sinne des § 74 Abs. 4 können nach BGHZ 3, 60 allgemeine Erwägungen wie Alter und Geschlecht des Kindes oder Kontinuität der Erziehung nicht sein, es sei denn, dass ihnen im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Einzelfall besonderes Gewicht zukommt. Demnach kann solchen Erwägungen Raum gegeben werden, wenn etwa das Kind körperlich schwächlich, seelisch ungewöhnlich empfindsam, für Krankheiten anfällig ist oder der Wechsel zwischen der väterlichen und mütterlichen Erziehung besonders starke, schon im frühen Alter des Kindes ungewöhnlich tief eingreifende Veränderungen bedingen würde. Von dieser Seite aus gesehen, aber auch nur von da aus, kann geprüft werden, ob der Verzicht des Vaters, wenn auch von der Mutter zwar gutgläubig aber irrtümlich als rechtsverbindlich betrachtet, sie zu Vorkehrungen bestimmt hat, die der körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung des Kindes über das schulpflichtige Alter hinaus besonders dienlich sein konnten.

Solche Vorkehrungen hat die Mutter nicht geltend gemacht.

Auch sonst sind besondere Gründe zur Abweichung von der Regel des Abs 4 nicht hervorgetreten, insbesondere nicht hinsichtlich einer Gefährdung der Gesundheit oder der seelischen Beeinträchtigung des Kindes durch einen Wechsel in der Betreuung. Das Kind wurde im staatlichen Gesundheitsamt in Anwesenheit der Mutter untersucht. Nach dieser Untersuchung handelt es sich um ein etwas zartes, infekтанfälliges, aber organisch gesundes Kind in ausreichendem Allgemeinzustand, so dass nicht anzunehmen sei, dass durch einen Wechsel in der Betreuung eine länger dauernde ernstliche Beeinträchtigung der körperlichen und seelischen Verfassung des Kindes eintreten werde. Das Landgericht hat die Äusserungen der Privatkindergärtnerin und der Kinderärztin in Freiburg, die das Kind als stark nervös veranlagt und äusserst sensibel bezeichneten, durch das Gutachten des Gesundheitsamtes für entkräftet gehalten. Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass erfahrungsgemäß Kinder sich in eine neue Umgebung ohne nachhaltige seelische Beeinträchtigung gewöhnen, wenn sie dort liebevoll und warmherzig betreut werden.

Das Landgericht ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts von der richtigen Annahme ausgegangen, dass der Verzicht des Vaters die Regel des § 74 Abs 4 nicht ausräumen konnte. Es hat auch eingehend erwogen, dass besondere Gründe, die im Interesse des Kindes eine

Abweichung von der Regel veranlassen würden, nicht  
vorliegen. Die Beschwerde gegen seinen Beschluss  
war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Lersch

Ascher

Raske

Kregel

Scheffler