

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IVb ZB 73/83

in der Familiensache

Gerd W [REDACTED], H [REDACTED]weg [REDACTED], N [REDACTED]/D [REDACTED],

Antragsteller und
Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Kristin W [REDACTED], M [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße [REDACTED], La [REDACTED],

Antragsgegnerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED] -

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

am 11. Juli 1984

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des
4. Zivilsenats, zugleich Familiensenat,
des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz
in Augsburg vom 30. Mai 1983 wird auf Kosten
des Antragstellers zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 3.000 DM.

G r ü n d e :

A.

Die Parteien waren verheiratet. Aus der Ehe sind eine im Jahre
1970 geborene Tochter und ein im Jahre 1972 geborener Sohn hervorge-
gangen. Seit August 1981 lebten die Parteien getrennt. Die Kinder
blieben bei der Mutter (Antragsgegnerin), die inzwischen mit ihnen
nach L. verzogen ist, wo sie als Musiklehrerin an einem Gymnasium
tätig ist.

Durch Verbundurteil vom 28. Oktober 1982 ist die Ehe der Parteien
geschieden worden. Gleichzeitig hat das Amtsgericht - Familiengericht
- die elterliche Sorge für die Kinder auf den Vater (Antragsteller)
übertragen. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht

die Sorgerechtsregelung geändert und die elterliche Sorge auf die Mutter übertragen. Mit der - zugelassenen - weiteren Beschwerde erstrebt der Vater die Wiederherstellung der Sorgerechtsregelung des Familiengerichts.

B.

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

I. Das Oberlandesgericht hat die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter wie folgt begründet: Sie erziehe die Kinder jedenfalls seit der Trennung der Eheleute im August 1981 allein. Es sei der eindeutige Wunsch der Kinder, bei ihr zu bleiben. Die häuslichen Verhältnisse, die sie ihnen biete, seien überdurchschnittlich gut. Die Kinder fühlten sich an ihrem jetzigen Wohnort wohl. Die Mutter sei neben ihrer Tätigkeit als Musiklehrerin gut in der Lage, ihrem Betreuungsbedürfnis zu genügen. Die Förderung der Kinder in schulischer Hinsicht sei einwandfrei, sie erbrächten beste schulische Leistungen. Die Erziehungseignung der Mutter, die von einer haßerfüllten Einstellung gegen den geschiedenen Ehemann erfüllt sei, werde allerdings dadurch in Frage gestellt, daß sie die Kinder gegen den Vater beeinflusse. Gleichwohl gehe es nicht an, die Kinder der Mutter zu nehmen und dem Vater zu geben. Das Gesetz messe den Bindungen des Kindes an einen Elternteil ein besonderes Gewicht bei. Bei beiden Kindern stehe aber die Bindung an die Mutter im Vordergrund, während der Vater von ihnen mit Entschiedenheit abgelehnt werde. Eine Sorgerechtsregelung zugunsten des Vaters sei nur mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Sie würde unter diesen Umständen den Kindern mehr schaden als die weitere Erziehung durch die Mutter.



II. Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Nach § 1671 Abs. 1 BGB bestimmt das Familiengericht bei Scheidung der Eltern, welchem Elternteil die elterliche Sorge zustehen soll. Gemäß § 1671 Abs. 2 Halbs. 1 BGB ist die Regelung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Dabei sind zufolge § 1671 Abs. 2 Halbs. 2 BGB die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen. Handelt es sich - was hier nicht der Fall ist - um Kinder über 14 Jahren, wird nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 BGB selbst einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern die ihm sonst zukommende Bedeutung (§ 1671 Abs. 3 Satz 1 BGB) genommen, wenn das Kind einen abweichenden Vorschlag macht.

Zur Anwendung des § 1671 BGB werden in Rechtsprechung und Schrifttum in Ausfüllung des Kriteriums "Kindeswohl" u.a. das sogenannte Förderungsprinzip und der Kontinuitätsgrundsatz hervorgehoben. Nach dem ersteren ist die elterliche Sorge dem Elternteil zu übertragen, der am besten zur Erziehung und Betreuung des Kindes geeignet erscheint und von dem es vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann (BVerfG FamRZ 1981, 124, 126; s. auch bereits BGHZ 3, 53, 58 ff.; vgl. im übrigen Belchäus Elterliches Sorgerecht § 1671 BGB Rdn. 10; Ermann/Ronke BGB 7. Aufl. § 1671 Rdn. 20; Palandt/Diederichsen BGB 43. Aufl. § 1671 Anm. 3 a; Schwab Handbuch des Scheidungsrechts Rdn. 200 zu c); Soergel/H. Lange BGB 11. Aufl. § 1671 Rdn. 28). Nach dem Kontinuitätsgrundsatz gilt es, die Stetigkeit der Erziehung und Betreuung sicherzustellen (s. etwa Palandt/Diederichsen aaO Anm. 3 b; Schwab aaO zu d). Unabhängig davon sind, wie das Gesetz besonders herausstellt, die Bindungen des Kindes zu berücksichtigen. Dies erfordert eine Beachtung - wenn auch nicht in jedem Falle Befolgung - seiner Neigungen und Wünsche (vgl. Dieckmann

AcP 178 (1978), 298, 313 f.; Lempp NJW 1963, 1659, 1660 und ZblJugR 1977, 507, 509 f.; Lüderitz FamRZ 1975, 605, 608; Müller-Freienfels JZ 1959, 396, 400; Schwab aaO Rdn. 210; Soergel/H. Lange aaO Rdn. 30), aber auch - aufgrund seiner Betroffenheit als Grundrechtsträger (vgl. BVerfGE 37, 217, 252 und BVerfG FamRZ 1981, 124, 126) - seines Willens als "Entscheidungselement von hoher Bedeutung" (Gernhuber Familienrecht 3. Aufl. S. 865; s. auch MünchKomm/Hinz BGB § 1671 Rdn. 39 a.E.), soweit es nach Alter und Reife zu einer Willensbildung im natürlichen Sinne in der Lage ist. Die Beachtlichkeit des Kindeswillens gilt unabhängig von der dem Kind mit Vollendung des 14. Lebensjahres in § 1671 Abs. 3 Satz 2 BGB eingeräumten Möglichkeit, durch einen eigenen Vorschlag selbst einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern die ihm normalerweise zukommende Bedeutung zu nehmen. In dieser Regelung kommt nicht etwa zum Ausdruck, daß dem Willen des jüngeren Kindes überhaupt keine und dem des älteren nur die in § 1671 Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmte Bedeutung beizumessen sei. Vielmehr bestand im Gesetzgebungsverfahren zu der Neufassung des § 1671 BGB durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 (BGBl. I S. 1061) Einigkeit darüber, daß das Kind vor der Sorgerechtsentscheidung unabhängig von seinem Alter anzuhören ist (s. BT-Drucks. 8/2788 - Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses - S. 61, 62). Dementsprechend ist in dem zugleich geschaffenen § 50 b Abs. 1 FGG die Pflicht des Gerichts verankert worden, im Sorgerechtsverfahren das Kind - unabhängig von seinem Alter - anzuhören, wenn "die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind" (s. dazu aaO S. 73). Außer den genannten Gesichtspunkten sind je nach den Begleitumständen des Falles weitere wie Erziehungsbereitschaft, häusliche Verhältnisse, soziales Umfeld und Grundsätze wie der einzubeziehen, daß Geschwister nicht ohne besonderen Grund getrennt werden sollen. Alle diese Kriterien stehen über den Begriff des Kindeswohls in innerer Beziehung zueinander und können sich gegensei-

5

tig verstärken oder aufheben. Letzten Endes ist es der tatrichterlichen Verantwortung anheimgegeben, zwischen den verschiedenen Betrachtung erheischenden Gesichtspunkten je nach Lage des Falles die dem Kindeswohl zuträglichste Lösung zu finden.

2. Dieser Verantwortung wird die angefochtene Entscheidung gerecht. Es handelt sich um eine tatrichterliche Abwägung des Für und Wider eines weiteren Verbleibens der Kinder bei der Mutter, die in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur darauf überprüft werden kann, ob sie rechtserhebliche Gesichtspunkte außer acht läßt oder sonstwie von Rechtsfehlern beeinflußt ist. Das ist jedoch nicht der Fall.

a) Die weitere Beschwerde beanstandet, daß das Oberlandesgericht den Bindungen der Kinder an die Mutter zuviel Gewicht beigemessen und darüber verkannt habe, daß sich die Sorgerechtsentscheidung am recht verstandenen Kindeswohl und nicht an den Wünschen des Kindes auszurichten habe. Daran ist richtig, daß auch die Bindungen und Neigungen des Kindes jeweils daran zu messen sind, wieweit sie mit dem Kindeswohl verträglich sind (vgl. auch Luthin FamRZ 1984, 114, 116), und die elterliche Sorge einem Elternteil nicht allein deshalb übertragen werden darf, weil das Kind dies wünscht. So ist das Oberlandesgericht aber auch nicht verfahren. Es hat vielmehr die Gesichtspunkte für die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter den gegen eine solche Lösung sprechenden Erwägungen gegenübergestellt und dabei in der Bindung der Kinder an die Mutter und darin, daß eine Sorgerechtsregelung zugunsten des Vaters nur mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden könnte, lediglich Umstände gesehen, die den Gründen für die Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter das Übergewicht gäben. Dies ergibt sich aus der abschließenden Wertung des angefochtenen Beschlusses, daß eine über die Wünsche der Kinder hinweggehende und nur mit Zwangsmitteln durchsetzbare Übertragung des Sorgerechts auf den Vater den Kindern

mehr schaden würde als die weitere Erziehung durch die Mutter. Darin wird deutlich, daß das Oberlandesgericht die Haltung der Kinder unter dem Blickwinkel des Kindeswohls berücksichtigt hat.

b) Die weitere Beschwerde macht ferner geltend, daß die enge Bindung der Kinder an die Mutter und die Ablehnung des Vaters auf eine sachwidrige Beeinflussung durch die Mutter zurückgehe. Unter Bindungen im Sinne des § 1671 Abs. 2 BGB seien nur die wirklichen und nicht die von interessierter Seite manipulierten Bindungen zu verstehen. Auch diese Erwägung verhilft der weiteren Beschwerde nicht zum Erfolg.

Die Bindung der Kinder an die Mutter läßt sich von der Ablehnung des Vaters trennen und ist für sich allein schon deshalb zu berücksichtigen, weil den Kindern in der Mutter, wie für eine harmonische Entwicklung bedeutsam, eine Bezugsperson zur Verfügung steht, zu der sie sich hingezogen fühlen und der sie vertrauen. Es ist allerdings vorstellbar, daß eine Bindung auf nicht billigen Art und Weise hergestellt wird. In einem solchen Falle kann es angebracht sein, die Bindung gar nicht zu berücksichtigen oder ihr nur ein geringeres Gewicht beizumessen. So liegt es hier jedoch nicht. An der Bindung der Kinder an die Mutter ist, anders als an der davon zu unterscheidenden Ablehnung des Vaters, nichts auszusetzen. Insbesondere liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß diese Bindung ausschlaggebend auf einer unlauteren Beeinflussung gegen den Vater beruht. Ihr liegt vielmehr - neben der natürlichen wechselseitigen Zuneigung zwischen Mutter und Kind - nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts zugrunde, daß die Mutter die Kinder seit August 1981 allein betreut, und zwar in einer Art und Weise, daß sie sich bei ihr wohlfühlen. Der so verfestigten Bindung an die Mutter, die unabhängig von der Ablehnung des Vaters besteht, hat das Oberlandesgericht zu Recht ein erhebliches Gewicht beigemessen.

Soweit vertreten wird, der Vertrautheit des Kindes mit einem Elternteil sei nur Beachtung zu schenken, wenn dieser das Kind dem anderen nicht abwendig gemacht hat (Palandt/Diederichsen aaO Anm. 3 a), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Dies verstieße gegen den Wortlaut des Gesetzes und wäre letztlich eine Sanktion gegen das Kind, dessen Bindung an eine Bezugsperson damit übergangen würde (vgl. Lempp ZblJugR 1977, 507, 511). Auch in einem derartigen Fall ist daher die Bindung des Kindes an den ihm nahestehenden Elternteil jedenfalls dann in Rechnung zu stellen, wenn sie - wie hier - unabhängig von der Einstellung zu dem anderen Elternteil ihren Wert besitzt.

Dies bedeutet freilich nicht, daß die unlautere Beeinflussung des Kindes gegen den anderen Elternteil bei der Sorgerechtsentscheidung unbeachtet zu bleiben hätte. Sie ist vielmehr als Umstand zu berücksichtigen, der die erzieherische Eignung des betreuenden Elternteils in Frage stellen und unter d i e s e m Gesichtspunkt der Übertragung des Sorgerechts auf ihn entgegenstehen kann (s. dazu nachfolgend unter d).

c) Soweit die weitere Beschwerde darauf verweist, daß jedenfalls der (geäußerte) W i l l e des Kindes außer Betracht bleiben müsse, wenn ihm eine massive Beeinflussung durch den interessierten Elternteil oder einen Dritten zugrundeliegt (so auch Palandt/Diederichsen aaO Anm. 3 c), ist ihr zuzugeben, daß der Wille des Kindes nur als Ausdruck seiner Selbstbestimmung, nicht aber als Ergebnis von Fremdbestimmung Beachtung verdient. Es kommt daher darauf an, wieweit das Kind zu einer eigenen Beurteilung der Lage und darauf fußend zu einer autonomen Willensbildung in der Lage ist. Da hier nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts die Ablehnung des Vaters und der Wunsch der Kinder, bei der Mutter zu bleiben, auf Beeinflussung durch

die Mutter zurückzuführen ist, durfte das Oberlandesgericht daher dem Willen der Kinder (anders als den emotionalen Bindungen) keine entscheidende Bedeutung beimessen. Dies ist aber auch nicht geschehen. Zwar heißt es in dem angefochtenen Beschluß, daß eine Entscheidung gegen den Willen der Kinder nicht in Betracht komme und ihrem Willen Genüge getan werden müsse. Dies wird jedoch zur Frage der Bindungen der Kinder im Sinne von § 1671 Abs. 2 Halbs. 2 BGB abgehandelt und bezieht sich ersichtlich auf ihre Gesamteinstellung.

d) Der Haupteinwand der weiteren Beschwerde gegen die vom Oberlandesgericht getroffene Sorgerechtsregelung geht dahin, daß die Mutter wegen ihrer Verantwortlichkeit für die Ablehnung des Vaters durch die Kinder zur Erziehung nicht geeignet sei. Hier liegt in der Tat die Hauptschwierigkeit des Falles. Das Oberlandesgericht stellt in Auswertung der Äußerungen und Verhaltensweisen der Kinder seinerseits fest, daß sie den Vater "in einer bestürzenden Art und Weise" ablehnen, und dies auf den Einfluß der Mutter zurückzuführen sei, bei der sich "ein fast pathologisch zu nennender Haß" auf ihren geschiedenen Ehemann entwickelt habe. Obwohl das Oberlandesgericht hiernach zu der Auffassung gelangt, daß die Erziehungseignung der Mutter erheblich in Frage gestellt sei, hat es sich nach den weiteren Umständen des Falles nicht in der Lage gesehen, die Kinder der Mutter wegzunehmen. Der Senat vermag an diesem Ergebnis in rechtlicher Hinsicht nichts auszusetzen.

aa) Die weitere Beschwerde rügt in diesem Zusammenhange zum einen, daß sich das Oberlandesgericht ohne hinreichende eigene Sachkunde über die Folgerung der vom Familiengericht zugezogenen Sachverständigen N. hinweggesetzt habe, daß die Kinder nach der Art der Erziehung durch die Mutter die männliche Rolle als schwach und ver-

logen und nur negativ erlebten und damit in der eigenen Identitätsfindung und später bei der Partnerwahl empfindlich verunsichert würden. Jedoch hat das Oberlandesgericht diese von der Sachverständigen aufgezeigte Entwicklung lediglich nicht als zwangsläufig bezeichnet, sondern es als möglich erachtet, daß die intelligenten Kinder mit zunehmendem Alter die haßerfüllte Einstellung der Mutter nicht mehr kritiklos übernehmen und zu einer toleranteren Haltung gegenüber dem Vater gelangen. Ungeachtet dessen hat es für seine abschließende Entscheidung die Prognose der Sachverständigen unterstellt. Die Rüge der weiteren Beschwerde geht daher fehl.

Die weitere Beschwerde beanstandet auch - ebenfalls noch im Tatsächlichen - ohne Erfolg, daß sich das Oberlandesgericht nicht mit der Behauptung auseinandergesetzt habe, daß die haßerfüllte Einstellung der Mutter, die sie an die Kinder weitergebe, geradezu neurotisch sei. Das Oberlandesgericht ist indessen ersichtlich davon ausgegangen, daß die Mutter in der Erziehung der Kinder ihren Haß auf deren Vater nicht zu kontrollieren versteht, in dieser Fehlhaltung verharret und sie an die Kinder weitervermittelt. Dann aber kommt es in den Auswirkungen auf die Kinder auf die Einordnung der Fehlhaltung als schon neurotisch oder - so das Oberlandesgericht - als "fast pathologisch zu nennen" nicht entscheidend an.

bb) Die Entscheidung des Falles spitzt sich nach alledem auf die Frage zu, ob es vertretbar ist, der Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen, obwohl sie in der beschriebenen Weise ihre haßerfüllte Haltung gegen den Vater an die Kinder weitergibt. Die Bedenken der weiteren Beschwerde gegen die dies in Kauf nehmende Entscheidung des Oberlandesgerichts sind zwar einfühlbar, greifen aber letzten Endes nicht durch.

(1) Das Oberlandesgericht ist überzeugend der Ansicht, daß die Beeinflussung der Kinder zu einer haßerfüllten Einstellung gegen den Vater die erzieherische Eignung der Mutter erheblich in Frage stellt. Ein negatives Bild von den Eltern oder einem von ihnen ist für ein Kind eine schwere Belastung. Dies gilt umso mehr, wenn die Eltern oder ein Elternteil zum Gegenstand des Hasses werden. Mit der Erziehung zum Haß gegen den anderen Elternteil oder auch nur zu seiner unberechtigten Ablehnung wird das dem Erziehungsberechtigten zustehende erzieherische Ermessen (vgl. BVerfGE 7, 320) verlassen.

(2) Nicht zu beanstanden ist aber auch, daß das Oberlandesgericht damit die Prüfung, ob eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter in Betracht kommt, noch nicht abgeschlossen hat. Soweit sich im Schrifttum die Bemerkung findet, daß einem erziehungsungeeigneten Elternteil auch bei intensiven Bindungen des Kindes an ihn die elterliche Sorge nicht übertragen werden dürfe (MünchKomm/Hinz Erg.Bd. § 1671 Rdn. 25), kann das in dieser Strenge nur für den Fall gelten, daß der betreffende Elternteil total erziehungsunfähig ist. Erzieherisches Versagen in Teilbereichen muß dagegen ebenso wie in intakten Familien auch bei der Sorgerechtsübertragung nach Scheidung der Elternehe als vielfach unvermeidlich notfalls in Kauf genommen werden. Auch vorliegend steht nur ein Erziehungsversagen der Mutter in einem - freilich bedeutsamen - Teilbereich in Frage, nämlich in dem Verhältnis der Kinder zum Vater, während ansonsten die Erziehung und Betreuung der Kinder durch die Mutter nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts zu Beanstandungen keinen Anlaß gibt und sich in überdurchschnittlich günstigen häuslichen Verhältnissen vollzieht. Das Oberlandesgericht hat daher zu Recht trotz des festgestellten partiellen Erziehungsversagens der Mutter die Übertragung der elterlichen Sorge auf sie nicht von vornherein für ausgeschlossen gehalten.

(3) Ob die elterliche Sorge auf einen Elternteil übertragen werden kann, der in einem Teilbereich zur Erziehung nicht geeignet ist, hängt letztlich davon ab, welche Alternativen in Betracht kommen. Bei der Sorgerechtsregelung kann es immer nur um die relativ bessere Lösung gehen, nachdem die beste Lösung, nämlich das Aufwachsen in einer intakten Familie, d.h. in Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter, mit der Scheidung der Eltern verschlossen ist (Belchaus aaO Rdn. 8; MünchKomm/Hinz aaO Rdn. 22). Es gilt, die Folgen des Zusammenbruchs der Elternehe für das Kind möglichst gering zu halten und diejenige Lösung zu finden, die das Kind, wenn es schon den Vater oder die Mutter als tägliche Bezugsperson verlieren muß, am wenigsten belastet (Belchaus aaO m.w.N.; BT-Drucks. 8/2788 S. 61) und seinem Wohl in diesem Sinne - nämlich unter den in Betracht kommenden Alternativen - "am besten" entspricht (§ 1671 Abs. 2 Halbs. 1 BGB). Ist daher ein Elternteil in einem Teilbereich zur Erziehung des Kindes ungeeignet, so kann ihm das Gericht gleichwohl die elterliche Sorge übertragen, wenn dies unter Abwägung der im übrigen bei der Sorgerechtsregelung zu beachtenden Gesichtspunkte die immer noch "am wenigsten schädliche Alternative" (Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls (1974), S. 49 ff., 56 und ihnen folgend z.B. MünchKomm/Hinz Erg.Bd. aaO i.V. mit Erg.Bd. § 1666 Rdn. 25) ist. Aufgrund einer solchen vergleichenden Würdigung der in Betracht kommenden Alternativen hat das Oberlandesgericht die elterliche Gewalt auf die Mutter übertragen, obwohl sie in einem - wichtigen - Teilbereich erzieherisch versagt, weil eine Sorgerechtsregelung zugunsten des Vaters den Kindern mehr schaden würde als die weitere Erziehung durch die Mutter. Das Gericht hat dabei keinen nach Lage des Falles für die Sorgerechtsregelung bedeutsamen Gesichtspunkt außer acht gelassen. So hat es im Sinne des Förderungsprinzips darauf abgestellt, daß die Kinder bei der Mutter günstige häusliche Verhältnisse vorfinden und von ihr als einer nur

halbtags außer Hauses tätigen Lehrerin gut betreut und ersichtlich schulisch vorzüglich gefördert werden. Es hat weiter im Sinne des Kontinuitätsgrundsatzes berücksichtigt, daß die Mutter die Kinder bereits seit August 1981 allein erzieht und daß sie, wenn sie bei der Mutter bleiben, ihre bisherige Schule weiter besuchen und in ihrer ihnen inzwischen vertraut gewordenen Umgebung verbleiben können. Nicht zuletzt hat das Oberlandesgericht zu Recht (s. oben zu b) die starke Bindung der Kinder an die Mutter berücksichtigt. Unter diesen Umständen spricht in der Tat alles für die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter außer dem Umstand, daß es nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts auf ihre Einflußnahme zurückzuführen ist, daß die Kinder den Vater ablehnen, und zwar mit einer derartigen Entschiedenheit, daß eine Sorgerechtsregelung zu seinen Gunsten, wie das Oberlandesgericht weiter feststellt, nur mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchzusetzen wäre. Hier gerät die Entscheidung notwendig zu einer Wahl zwischen zwei Möglichkeiten, die beide nicht voll befriedigen können. Das Oberlandesgericht sah sich vor die Alternative gestellt, entweder die Kinder bei der Mutter zu lassen, die zwar in der Erziehung in einem Teilbereich, nämlich in Bezug auf das Verhältnis zum Vater, versagt, bei der die Kinder aber im übrigen gut aufgehoben sind und zu der sie eine enge Bindung haben, oder aber sie dem Vater zu geben, den sie ablehnen und zu dem sie mit den damit zwangsläufig verbundenen psychologischen Belastungen nur mit Gewalt verbracht werden könnten. Daß das Oberlandesgericht unter diesen Umständen in tatrichterlicher Verantwortung in der Entscheidung zugunsten der Mutter die weniger schädliche Alternative gesehen hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die angefochtene Entscheidung hat auch ungeachtet dessen Bestand, daß das Oberlandesgericht nicht erörtert hat, ob nicht angesichts der bei beiden Elternteilen bestehenden Schwierigkeiten die - gegebenenfalls ausschnittsweise - Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Dritten nach § 1671 Abs. 5 BGB vorzuziehen wäre. Eine derartige Maßnahme könnte die Beeinflussung der Kinder gegen den Vater nur unterbinden, wenn die Kinder von der Mutter getrennt werden. Daß dies im Vergleich zum Verbleiben bei der Mutter für sie günstiger wäre, ist nicht ersichtlich und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht geltend gemacht. Im übrigen darf eine Maßnahme nach § 1671 Abs. 5 BGB nur ergriffen werden, wenn sie gegenüber den Eltern und ihren Rechten einerseits und dem Kind in seiner natürlichen Verbundenheit mit den Eltern andererseits nicht unverhältnismäßig ist (vgl. näher MünchKomm/Hinz Erg.Bd. § 1671 Rdn. 67 sowie Gernhuber aaO S. 859 f.). Ist es, wie das Oberlandesgericht hier unter Abwägung des Für und Wider in vertretbarer Weise zugunsten der Mutter angenommen hat, zu verantworten, die elterliche Sorge bei einem Elternteil zu belassen, scheidet die Einschaltung eines Dritten als Vormund oder Pfleger aus.

3. Die weitere Beschwerde rügt ohne Erfolg, daß die Eltern und die beiden Kinder im Beschwerdeverfahren von dem Berichterstatter als beauftragten Richter statt von dem vollbesetzten Senat angehört worden sind.

Es kann hier dahinstehen, ob in Sorgerechtsangelegenheiten in der Beschwerdeinstanz stets eine erneute Anhörung der Eltern und des Kindes erforderlich ist. Denn jedenfalls hat das Oberlandesgericht eine solche Anhörung für angebracht gehalten und ihr Ergebnis in seiner Entscheidung verwertet. Dann aber mußte die Anhörung prozeßordnungsgemäß durchgeführt werden. Deshalb kommt es darauf an, ob sie,

wie geschehen, vor dem beauftragten Richter statthaft war. Das ist zu bejahen.

a) Nach § 50 a Abs. 1 FGG hört das Gericht in Verfahren, die die Personen- oder Vermögenssorge betreffen, die Eltern an (Satz 1); in Angelegenheiten der Personensorge soll diese Anhörung persönlich erfolgen (Satz 2). Ferner hört das Gericht nach § 50 b Abs. 1 FGG in diesen Verfahren das Kind persönlich an, 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. Hiernach war vorliegend die Anhörung der Eltern und der beiden Kinder in der Form der persönlichen Anhörung vorzunehmen. Dies schließt indes eine Anhörung durch den beauftragten Richter nicht aus. Daß das Gesetz die persönliche Anhörung vorschreibt, bedeutet lediglich, daß eine nur schriftliche Anhörung nicht genügt, sondern eine Anhörung durch den Richter zu erfolgen hat. Dies muß nicht der Richter sein, der die Entscheidung zu treffen hat, sondern kann auch ein ersuchter oder beauftragter Richter sein (BGH Beschluß vom 28. Juli 1953 - IV ZB 46/53 - NJW 1953, 1547 sowie BayObLGZ 1956, 300, 302 jeweils zu § 74 Abs. 3 EheG a.F., der eine persönliche Anhörung der Eltern vorschrieb; BT-Drucks. 7/2060 S. 43).

Eine Anhörung durch den beauftragten Richter ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil §§ 50 a und b FGG jeweils eine Anhörung durch "das Gericht" vorsehen. Dieser Sprachgebrauch läßt keinen Rückschluß darauf zu, daß es sich um den vollbesetzten erkennenden Spruchkörper handeln müsse. Dies zeigt nicht zuletzt ein Blick auf den zusammen mit §§ 50 a und b FGG durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 (BGBl. I S. 1061) eingefügten

§ 64 a FGG. Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift hat "das Gericht" den Mündel im Unterbringungsgenehmigungsverfahren persönlich anzuhören. Andererseits darf die Anhörung nach Satz 2 nicht durch den ersuchten Richter erfolgen. Diese Maßgabe wäre unverständlich, wenn unter "Gericht" von vornherein das erkennende Gericht zu verstehen wäre.

b) Auch Sinn und Zweck der in §§ 50 a und b FGG vorgesehenen persönlichen Anhörung stehen einer Anhörung durch den beauftragten Richter - nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen - nicht entgegen.

aa) §§ 50 a und b FGG dienen zum einen der Sicherstellung des rechtlichen Gehörs (vgl. MünchKomm/Hinz Erg.Bd. vor §§ 50 a ff. FGG Rdn. 5, 9) sowohl der Eltern, die im Anwendungsbereich der Vorschriften nicht zwangsläufig anwaltlich vertreten und für eine schriftsätzliche Darlegung ihrer Argumente womöglich nicht gewandt genug sind, als auch des Kindes, das nicht Partei des Sorgerechtsverfahrens ist, jedoch durch die Entscheidung in seiner Individualität als Grundrechtsträger berührt wird und deshalb Gelegenheit haben muß, seinen Standpunkt zur Geltung zu bringen (vgl. BVerfG FamRZ 1981, 124, 126), aber in vielen Fällen nicht in der Lage ist, sich schriftlich auszudrücken, und dabei auch der Gefahr einer Beeinflussung durch den einen oder anderen Elternteil ausgesetzt wäre (BT-Drucks. 7/2060 S. 43). Zur Verwirklichung dieses Zwecks ist eine Anhörung durch den vollbesetzten Spruchkörper nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn Eltern und Kind ihren Standpunkt dem beauftragten Richter mündlich unterbreiten können und dieser die für die sachgerechte rechtliche Behandlung erforderlichen zusätzlichen Fragen stellen kann. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht (aaO) unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs die persönliche Anhörung durch den beauftragten Richter nicht beanstandet.

bb) Die persönliche Anhörung nach §§ 50 a und b FGG bedeutet jedoch mehr als nur die Sicherstellung des rechtlichen Gehörs. Sie soll in erster Linie der nach § 12 FGG gebotenen Sachaufklärung dienen (so BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151; s. auch BT-Drucks. 8/2788 S. 72 und MünchKomm/Hinz aaO). Dies wird es vielfach, insbesondere soweit die Kinder in Frage stehen, erforderlich machen, daß die Anhörung vor dem vollbesetzten Spruchkörper stattfindet, damit dieser einen persönlichen Eindruck gewinnt. Auch unter diesem Blickwinkel ist indessen die Anhörung durch den beauftragten Richter nicht schlechthin ausgeschlossen. Im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf welches § 621 a Abs. 1 Satz 1 ZPO für Familiensachen im Grundsatz verweist, kann das Beschwerdegericht die Sachaufklärung nach pflichtgemäßem Ermessen auf ein Mitglied des Spruchkörpers als beauftragten Richter übertragen (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler FGG 11. Aufl. § 15 Rdn. 5; OLG Düsseldorf NJW 1967, 454). Allerdings darf der Spruchkörper einen persönlichen Eindruck, den der beauftragte Richter dabei gewinnt, seiner Entscheidung nicht als eigenen zugrundelegen. Er kann lediglich davon ausgehen, daß der beauftragte Richter wie ein Dritter diesen Eindruck gehabt hat. Kommt es für die Entscheidung auf einen unmittelbaren persönlichen Eindruck an, muß die Sachaufklärung insoweit vor dem gesamten Beschwerdegericht wiederholt werden (OLG Düsseldorf aaO). Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für die Anhörung nach §§ 50 a und b FGG. Diese Anhörung darf einem Mitglied des Beschwerdegerichts als beauftragten Richter überlassen, dann jedoch nur in ihrem objektiven Ertrag und als persönlicher Eindruck des beauftragten Richters verwertet werden (so auch MünchKomm/Hinz Erg.Bd. § 50 a FGG Rdn. 11; OLG Karlsruhe Die Justiz 1975, 29; BayObLG aaO S. 1152 m.w.N.; s. auch Keidel/Kuntze/Winkler aaO Nachtr. § 50 a Rdn. 4 und § 50 b Rdn. 11). Ist es dagegen - wie gerade in Sorgerechtsangelegenheiten häufig - angezeigt, daß sich das erkennende Gericht als solches

3

einen persönlichen Eindruck verschafft, reicht die Anhörung durch den beauftragten Richter nicht aus und muß die Anhörung gegebenenfalls vor dem vollbesetzten Beschwerdegericht wiederholt werden.

Hiernach ergibt sich vorliegend aus der Anhörung der Eltern und der beiden Kinder durch den Berichterstatter als beauftragten Richter kein Verfahrensfehler. Das Oberlandesgericht hat aus dieser Anhörung in der angefochtenen Entscheidung nur einmal einen Eindruck mitgeteilt, jedoch ausdrücklich als den des beauftragten Richters und nicht als den des Spruchkörpers ("Auch für den anhörenden Richter war die Einstellung der Kinder erschütternd"). Im übrigen hat es aus der Anhörung ausschließlich die Angaben der Kinder verwertet und daraus seine Schlüsse gezogen. Auf den persönlichen Eindruck des vollbesetzten Gerichts kam es nach der Art der Begründung des angefochtenen Beschlusses und damit, da diese Begründung die Entscheidung trägt, auch sonst nicht an. Auch die weitere Beschwerde weist lediglich darauf hin, daß die Erwägung des Oberlandesgerichts, die Kinder

könnten mit zunehmendem Alter zu einer toleranteren Haltung gegenüber dem Vater gelangen, soweit ein solcher Eindruck auf die Anhörung der Kinder durch den beauftragten Richter zurückgehe, auf einem Verfahrensfehler beruhe. Indessen hat das Oberlandesgericht eine derartige Entwicklung, wie ausgeführt, nur für denkbar gehalten, ohne aber für seine Entscheidung von ihrem Eintritt auszugehen.

Lohmann

Blumenröhr

Macke

Zysk

Nonnenkamp