

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 95/83

BESCHLUSS

in der Familiensache

betreffend die Regelung der Befugnis zum persönlichen
Umgang mit dem am [REDACTED] 1978 geborenen Kind Sven
der Beteiligten zu 1) und 2).

Verfahrensbeteiligte:

1. der Vater Wolfgang H [REDACTED], z.Zt. Justizvollzugsanstalt
G [REDACTED],

Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

2. die Mutter Verena P [REDACTED], v[REDACTED]-Ga[REDACTED]-Straße [REDACTED],
S [REDACTED],

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

3. Kreis W [REDACTED] - Jugendamt -

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

am 12. Juli 1984
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Vaters wird der
Beschluß des 1. Senats für Familiensachen des
Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Juli 1983 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur neuen Behandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten des Verfahrens
der weiteren Beschwerde, an das Oberlandesgericht
zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 4.000 DM.

G r ü n d e :

I.

Aus der Ehe der Beteiligten zu 1) und 2), die durch Urteil vom
26. Juni 1981 geschieden worden ist, stammt ihr am [REDACTED] 1978
geborener Sohn Sven; das Recht der elterlichen Sorge für das Kind ist
der Mutter übertragen. Der Vater befindet sich seit dem 3. Oktober
1980 in Strafhaft. Nach der Vollstreckung einer zunächst zur Bewährung
ausgesetzten Jugendstrafe verbüßt er gegenwärtig eine wegen

Vergewaltigung, versuchter Vergewaltigung in zwei Fällen und jeweils tateinheitlich begangenen fortgesetzten Fahrens ohne Fahrerlaubnis ausgesprochene Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren; das Strafende ist auf den 3. Februar 1986 berechnet. Seit der Inhaftierung hat er keinen Kontakt mehr zu dem Kind; er hat es seither nur einmal im Januar 1981 bei einem gerichtlichen Anhörungstermin im Scheidungsverfahren kurz gesehen. Die Mutter hat ihren Mädchennamen wieder angenommen, den Wohnort gewechselt und mit dem Kind einen neuen Lebenskreis aufgebaut. Der Vater hat beantragt, ihm ein Umgangsrecht mit dem Kind zu gewähren und dessen Ausübung zu regeln.

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat Stellungnahmen des Therapeutischen Leiters der Justizvollzugsanstalt G [REDACTED] sowie der Jugendämter der Stadt G [REDACTED] und des Kreises W [REDACTED] eingeholt. Nach Anhörung der beteiligten Eltern hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen, weil die begehrte Regelung dem Wohl des Kindes gegenwärtig widerspreche; es hat der Mutter lediglich aufgegeben, dem Vater zweimal im Jahr Lichtbilder des Kindes zu senden. Die gegen diesen Beschluß gerichtete Beschwerde des Vaters hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß das Umgangsrecht des Vaters bis zu dessen Entlassung aus der Strafhaft ausgeschlossen wird.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde verfolgt der Vater sein Begehren weiter. Die Mutter beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Nach § 1634 BGB behält ein Elternteil, dem die Personensorge nicht zusteht, die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind (Abs. 1 Satz 1). Das Familiengericht kann diese Befugnis jedoch einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist (Abs. 2 Satz 2). Die Vorschrift ist zwar durch das am 1. Januar 1980 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 (BGBl. I 1061) neu gefaßt worden, die Regelung entspricht jedoch weitgehend derjenigen, die bereits nach der früheren Gesetzesfassung zur Ausgestaltung der Befugnis des nicht sorgeberechtigten Elternteils zum Umgang mit seinem Kind bestanden hat. Sie verstößt auch in der jetzt geltenden Fassung weder gegen das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 noch gegen das Recht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG (BVerfGE 64, 180). Die Beziehungen zu dem nicht sorgeberechtigten Elternteil durch persönlichen Umgang zu pflegen, liegt generell im Interesse des Kindes. Gleichwohl werden gerade die Belange des Kindes durch die Möglichkeit gewahrt, den Umgang auszuschließen, wenn der Schutz des Kindes dies nach den Umständen des Einzelfalls erfordert, um eine Gefährdung seiner körperlichen oder seelischen Entwicklung abzuwehren (vgl. BVerfGE 31, 194, 209). Der völlige Ausschluß des Umgangs als einschneidendster Eingriff darf dabei nur angeordnet werden, wenn der Gefährdung des Kindes durch eine bloße Einschränkung des Umgangsrechts und dessen sachgerechte Ausgestaltung nicht ausreichend gesteuert werden kann (vgl. BGH Beschluß vom 24. Oktober 1979 - IV ZB 168/78 - FamRZ 1980, 131, 132).

2. Das Oberlandesgericht, das von dieser Rechtslage zutreffend ausgeht, ist zu der Überzeugung gelangt, das Kindeswohl werde durch die Beziehungen zum Vater gefährdet, solange dessen Strafvollzug nicht beendet sei.

Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt: Da der Vater seinen Sohn zuletzt gesehen habe, als dieser zwei Jahre alt gewesen sei, gehe es nicht um die Aufrechterhaltung noch vorhandener Bindungen, sondern es sei ein völliger Neuaufbau der Beziehung erforderlich. Dieser erscheine während der Strafverbüßung des Vaters nicht geboten, denn durch sie würden Kontakte unnötig erschwert und das Kind psychisch belastet. Es habe die mit der Scheidung der Eltern und dem Abbruch des Kontaktes zum Vater verbundenen Probleme gerade überwunden und solle im Vorschulalter nicht erneut mit den Konflikten belastet werden, die infolge der Verfeindung der Eltern und der wegen der wiederholten Gewaltverbrechen des Vaters verständlichen ablehnenden Haltung der Mutter bei der Ausübung des Besuchsrechts zwangsläufig entstehen würden. Fragen des Kindes nach dem Vater und dessen Verbleib, seiner Tätigkeit usw. wären nicht zu vermeiden; deren wahrheitsgemäße Beantwortung würde das Kind ebenso belasten wie ausweichende oder wahrheitswidrige Angaben. Zusätzlich würde der Neuaufbau der Beziehungen zum Vater dadurch erschwert und die Entwicklung des Kindes gefährdet, daß es zur Ausübung des Umgangsrechts zu ihm fremden Personen in fremde Umgebung gebracht werden müsse. Es könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Vater zweimal wegen Gewaltverbrechen zu insgesamt mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden sei; solange nicht der Strafvollzug beendet und eine Resozialisierung oder Wiederherstellung der Persönlichkeit des Vaters erweislich sei, erscheine auch aus diesem Grunde das Kindeswohl durch Beziehungen zum Vater gefährdet.

3. Diese Beurteilung des Oberlandesgerichts beruht zum Teil auf Erwägungen, die die getroffene Entscheidung nicht zu rechtfertigen vermögen; andererseits bestehen gegen die Feststellung des als tragfähig in Betracht kommenden Grundes verfahrensrechtliche Bedenken.

a) Ohne Erfolg bemängelt die weitere Beschwerde allerdings, daß in der angefochtenen Entscheidung der Zeitraum, für den das Umgangsrecht ausgeschlossen werden soll, nicht hinreichend deutlich bestimmt werde, weil die zeitliche Begrenzung "bis zu dessen Entlassung aus der Strafhaft" verschiedene Deutungen zulasse. Diese Formulierung ist dahin zu verstehen, daß der Tag der tatsächlichen Entlassung gemeint ist, gleichgültig, ob sie auf der vollen Verbüßung der erkannten Strafe oder auf einer bedingten Aussetzung der weiteren Strafvollstreckung beruht. Das Gesetz verlangt in § 1634 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, daß bei einem zeitweiligen Ausschluß des Umgangsrechts in jedem Fall im Beschlußtenor ein Enddatum kalendermäßig angegeben wird. Zwar wird aus Gründen der Rechtsklarheit im Regelfall zur Festlegung einer bestimmten Zeit - vgl. die frühere Fassung des § 1634 Abs. 2 Satz 2 - auch die Angabe eines bestimmten Kalendertages als zeitlichen Endpunktes der angeordneten Einschränkung erforderlich sein (vgl. KG FamRZ 1980, 399; MünchKomm/Hinz, Erg.Bd., Rdn. 20 zu § 1634). Der vorliegende Fall weist indessen die Besonderheit auf, daß das für die zeitliche Begrenzung des Ausschlusses bestimmte Ereignis - die Entlassung aus der Strafhaft - datumsmäßig derzeit nicht sicher feststeht; denn § 57 StGB eröffnet Möglichkeiten, die (weitere) Vollstreckung einer zeitigen Freiheitsstrafe nach Verbüßung eines Teils der Strafe zur Bewährung auszusetzen. Müßte in einem derartigen Fall der Ausschluß des persönlichen Umgangs mit dem Kind auf das Datum des voraussichtlichen Strafendes beschränkt werden, könnte im Falle einer vorzeitigen Entlassung ein neues Verfahren notwendig werden.

Das diene weder den - vorrangigen - Interessen des Kindes noch denen anderer Beteiligter; auch Gründe der Rechtssicherheit gebieten eine derartige Regelung nicht.

b) Die Gründe, die das Oberlandesgericht für den zeitweiligen Ausschluß des Umgangsrechts herangezogen hat, erweisen sich jedoch zum Teil als nicht stichhaltig. Die Tatsache, daß der Vater Gewaltverbrechen begangen hat und deswegen zweimal zu längeren Freiheitsstrafen verurteilt worden ist, rechtfertigt für sich allein nicht den Schluß, daß das Kindeswohl durch Beziehungen zu ihm gefährdet ist, solange der Strafvollzug nicht beendet und eine Resozialisierung des Vaters nicht erweislich ist. Diese Folgerung steht zunächst im Widerspruch zu der Feststellung, daß zwischen dem Kind und seinem Vater bis zu dessen Inhaftierung gute emotionale Beziehungen bestanden haben; damals hatte der Vater diese Straftaten schon begangen und war wegen der einen auch bereits verurteilt worden. Sodann rechtfertigt allein die Tatsache der Inhaftierung des Berechtigten den (zeitweiligen) Ausschluß des Umgangsrechtes regelmäßig noch nicht (vgl. BayVerfGH NJW 1973, 1644). Wenn wie im vorliegenden Fall Möglichkeiten bestehen, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Umgangsrechtes außerhalb der Strafanstalt, etwa im Zusammenhang mit Hafturlaub des Umgangsberechtigten, die Gefahr einer Beeinträchtigung des Kindeswohles ausreichend zu beheben, verliert der Umstand, daß der Berechtigte Straftat verbüßt, zudem erheblich an Bedeutung.

Daß das Kind zur Ausübung des Umgangsrechts zu fremden Personen in eine fremde Umgebung gebracht werden müßte, kann dessen zeitweiligen Ausschluß ebenfalls nicht rechtfertigen. Das Umgangsrecht dient gerade dazu, dem Eintritt oder der Fortwirkung einer Entfremdung zum Berechtigten entgegenzuwirken. Stellen die Eltern des Vaters

- die Großeltern des Kindes - zur Ausübung des Rechtes ihre Wohnung zur Verfügung, braucht die Begegnung mit dem Vater in derartiger Umgebung ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Entwicklung des Kindes nicht zu gefährden.

Auf rechtliche Bedenken stößt die Erwägung, das Kind solle im Vorschulalter nicht mit Konflikten belastet werden, die bei der Verfeindung der Eltern und der verständlichen ablehnenden Haltung der Mutter gegen den Vater zwangsläufig aus den Besuchskontakten entstünden. Nach § 1634 Abs. 1 Satz 2 BGB hat jeder Elternteil alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen beeinträchtigt. Zwar wäre es lebensfremd zu erwarten, daß es aufgrund einer derartigen gesetzlichen Wohlverhaltensklausel, die der Gesetzgeber des SorgeRG nach dem Vorbild des schweizerischen Rechtes (Art. 254 Abs. 1 ZGB) dem BGB eingefügt hat, nicht mehr zu dem Kindeswohl abträglichen Konflikten zwischen den geschiedenen Eltern kommen könne. Andererseits geht es aber nicht an, aus einer vorhersehbaren Mißachtung dieses gesetzlichen Gebotes durch den sorgeberechtigten Elternteil und der dadurch drohenden Beeinträchtigung des Kindeswohls einen Grund für den (zeitweiligen) Ausschluß des dem anderen Elternteil verbliebenen Umgangsrechtes herzuleiten.

c) Danach verbleibt als Begründung für einen (zeitlich begrenzten) Ausschluß des Umgangsrechtes (nur) die Feststellung, daß das Kind während seines Vorschulalters durch die Wiederaufnahme eines Kontaktes zu seinem Vater - den es nicht mehr kenne und zu dem emotionale Beziehungen nicht mehr bestünden - psychisch belastet werde mit der Folge, daß seine Entwicklung oder sein Wohl gefährdet würden, nachdem es gerade die mit der Scheidung der Eltern und mit dem Abbruch des Kontaktes zum Vater verbundenen Probleme überwunden habe. Gegen

diese - zur Begründung der Entscheidung an sich geeignete - Feststellung bestehen jedoch verfahrensrechtliche Bedenken, weil der Tatrichter seine Beurteilung insoweit in unzureichender Weise (§ 12 FGG) nur auf die Angaben der am Verfahrensausgang interessierten Mutter des Kindes gestützt hat.

Für das Verfahren, das die Regelung des Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind betrifft, gelten gemäß § 621 a Abs. 1 ZPO die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gemäß § 12 FGG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Es ist zwar weder an Beweisanträge der Beteiligten gebunden noch verpflichtet, alle Beweisanträge zu berücksichtigen, doch muß es von Amts wegen die entscheidungserheblichen Umstände aufklären, soweit das Vorbringen der Beteiligten oder der Sachverhalt dazu Anlaß bieten; die Ermittlungen dürfen erst abgeschlossen werden, wenn von einer weiteren Beweisaufnahme ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr erwartet werden kann (vgl. Keidel FGG 11. Aufl. § 12 Rdn. 53).

Wenn die Neigungen, die 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, muß das Gericht in einem Verfahren, das die Personensorge betrifft, das Kind nach § 50 b Abs. 1 FGG persönlich anhören. Von einer Anhörung darf nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden (§ 50 b Abs. 3 Satz 1 FGG). Diese Bestimmungen finden auch in Verfahren über die Einschränkung oder den Ausschluß des Umgangsrechtes des nicht sorgeberechtigten Elternteils

nach § 1634 Abs. 2 BGB Anwendung (vgl. OLG München FamRZ 1980, 623). Will das Gericht von einer Anhörung des Kindes absehen, muß es die leitenden Gründe wegen ihrer Bedeutung gemäß § 50 b Abs. 3 Satz 1 FGG darlegen.

Schon daran fehlt es hier. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der richterlichen Anhörung des Kindes, das im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung etwa 4 Jahre und 10 Monate alt war, von vornherein kein Erkenntniswert für die Beurteilung der Frage zukam, ob es seinen Vater noch kennt und emotionale Bindungen zu ihm noch bestehen. Will das Gericht ein Kind dieses Alters nicht persönlich anhören, wofür durchaus beachtliche Gründe gegeben sein können, muß es in Erfüllung seiner Aufklärungspflicht gemäß § 12 FGG in aller Regel auf andere Weise versuchen, eine neutrale Beurteilungsgrundlage zu gewinnen, z.B. durch eine kinderpsychologische Begutachtung oder durch die Vernehmung sachkundiger, mit den Verhältnissen vertrauter Personen. Die Anhörung nur der am Verfahren beteiligten sorgeberechtigten Mutter oder die Berücksichtigung von Jugendamtsberichten, die auf der Darstellung der

Mutter beruhen, reicht regelmäßig nicht aus, um eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Frage zu gewinnen, ob das Kind Besuchskontakte zum Vater ohne psychische Schäden bestehen kann.

Die Sache war danach zur Nachholung der erforderlichen weiteren Aufklärung und zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp