

45. Unter welchen Voraussetzungen kann die uneheliche Mutter nach dem Tode des Vaters, auf dessen Antrag das Kind für ehelich erklärt worden ist, das Recht der Sorge für die Person des Kindes beanspruchen?

IV. Zivilsenat. Ur. v. 18. September 1922 i. S. St. (Bekl.) w. S. (Kl.). IV 13/22.

I. Landgericht Freiberg. — II. Oberlandesgericht Dresden.

Die Klägerin hat am 2. August 1910 außerehelich ein Kind Emma geboren, dessen Erzeuger der Gasarbeiter St. war. Letzterer hatte sich am 9. Juli 1910 mit der nunmehrigen Beklagten verehelicht und das Kind bald nach der Geburt in seinen Haushalt aufgenommen. Auf seinen Antrag ist das Kind am 1. März 1916 für ehelich erklärt worden. Nachdem der Vater des Kindes am 15. August 1917 gestorben war, ist das Kind weiterhin im Haushalte seiner Witwe geblieben. Die Klägerin, die sich inzwischen mit einem Arbeiter G. verheiratet hat, behauptet, daß das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, nach dem Ableben des Vaters wieder ihr zugefallen sei, und hat gegen die Witwe St. Klage auf Herausgabe des Kindes erhoben. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab ihr statt. Die Revision der Beklagten führte zur Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

Gründe:

Der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe des Kindes ist gemäß §. 1632 BGB. dann begründet, wenn ihr das Recht zusteht, für die Person des Kindes zu sorgen. Um die Frage, ob letzteres der Fall ist, dreht sich der Streit. Das Fürsorgerecht stand der Klägerin

ursprünglich gemäß § 1707 BGB. zu, ist ihr aber durch die Ehelichkeitserklärung des Kindes gemäß § 1738 verloren gegangen. Sie behauptet, daß es ihr nach dem Tode des Vaters gemäß § 1738 Satz 2 wieder zugefallen sei. Die Beklagte bestreitet, daß letztere Vorschrift anwendbar sei, weil das Kind bei ihr in der gleichen Weise wie zu Lebzeiten des Vaters unterhalten werde, und weder Unterhaltungsansprüche an die Mutter gestellt noch der Unterhalt von ihr gewährt werde.

Die Klägerin hatte in erster Instanz angegeben, daß sie dem Kinde bisher keinen Unterhalt gewährt habe, da keiner von ihr verlangt worden sei; in zweiter Instanz hat sie angegeben, sie habe Unterhalt gewährt in Gestalt von Wäsche, Betten, Kleidung, Weihnachtsgeschenken. Das Berufungsgericht trifft seine Entscheidung von der Grundlage aus, daß die Klägerin dem Kinde den Unterhalt nicht gewährt habe.

Die beiden Vorinstanzen sind verschiedener Meinung darüber, wie die Vorschrift in § 1738 auszulegen ist, wonach Recht und Pflicht der Mutter, für die Person des Kindes zu sorgen, wieder eintreten, wenn sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat. Das Landgericht hat die Vorschrift dahin ausgelegt, daß die bezeichnete Folge nur eintreten solle, wenn die Mutter dem Kinde den Unterhalt tatsächlich gewähre, daß Berufungsgericht dahin, daß § 1738 die fragliche Rechtsfolge an die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung knüpfe, nicht an die Tatsache, daß die Mutter den Unterhalt gewähre. Das Landgericht kann sich für seine Auffassung auf den Komm. v. RGR. Anm. 2 zu § 1738, das Oberlandesgericht auf Staudinger Anm. 2a zu § 1738 berufen: im übrigen wird in der Rechtslehre keine bestimmte Stellung zu der Frage genommen.

Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift läßt sich nichts wesentliches für ihre Auslegung entnehmen. Was in den Motiven (Bd. 4 S. 949) gesagt wird, ist nicht von maßgebender Bedeutung, weil der damalige Entwurf (§ 1597) ein Wiederaufleben des Fürsorge-rechts der Mutter überhaupt nicht zulassen wollte. Als dann in der Kommission für die zweite Lesung (Prot. Bd. 4 S. 715) beschlossen wurde, das Recht der Mutter immer dann eintreten zu lassen, wenn ihr die Unterhaltspflicht wieder zugefallen sei, wurde zugegeben, daß die gewählte Vorschrift nicht alle Fälle decke, in denen das Eintreten der Mutter wünschenswert sein könne, und andererseits vielleicht einmal der Mutter ein Recht verschaffe, ohne daß dies dem Interesse des Kindes entspreche, endlich daß die aufgestellte Voraussetzung an einer gewissen Unbestimmtheit leide; indessen wurde angenommen, daß sie in den meisten Fällen zu einem richtigen Ergebnis führen werde, und noch hervorgehoben, daß erhebliche Verwicklungen wohl nicht zu befürchten sein würden, da es sich um ein Verhältnis zwischen Mutter und Kind

handle und eventuell Vormund und Vormundschaftsgericht eingreifen könnten. In der Zusammenstellung der Gutachten zum Entwurf (Wd. 4 S. 452) wird der Gesichtspunkt betont, daß es unbillig wäre, der Mutter das Fürsorgerecht vorzuenthalten, wenn sie den Unterhalt zu gewähren hätte; dieser Gesichtspunkt könnte nur von Bedeutung sein, wenn die Mutter tatsächlich für den Unterhalt in Anspruch genommen wird.

Aber auch wenn man mit dem Berufungsgericht den § 1738 dahin auslegt, daß schon das bloße Bestehen einer Unterhaltspflicht das Recht der Mutter wieder aufleben läßt, wird für die Entscheidung des gegenwärtigen Falles nichts gewonnen; denn es erhebt sich sofort die weitere Frage, ob von dem Bestehen einer Unterhaltspflicht der Mutter überhaupt die Rede sein kann, wenn dem Kinde der Unterhalt von einer anderen Seite, wenn auch ohne Rechtspflicht, tatsächlich gewährt wird. Nach dem Urteil des Senats IV 393/03 v. 25. April 1904 (Jur. Woch. 1904 S. 340 Spalte 2 unten) gilt ein Kind, das den erforderlichen Unterhalt von einer dazu nicht verpflichteten Person dauernd erhält, als imstande, sich selbst zu unterhalten, also als nicht unterhaltsberechtigter im Sinne von § 1602 BGB., und deshalb der zunächst zur Unterhaltsgewährung Berufene nicht als unterhaltspflichtig. Wohl ist nicht jede von dritter Seite dem zu Unterhaltenden in widerruflicher Weise gewährte Milbtätigkeit geeignet, die Unterhaltspflicht des zunächst Berufenen zu beseitigen (RGZ. Bd. 72 S. 201, Warn. 1917 Nr. 246). Aber um etwas derartiges handelt es sich hier nicht; die Klägerin bestreitet nicht, daß die Beklagte gewillt und auch imstande ist, dem Kinde den Unterhalt dauernd etwa in der gleichen Weise zu gewähren, wie er ihm zu Lebzeiten des Vaters gewährt worden ist. Die Sache kann unter solchen Umständen, was die Unterhaltspflicht der Klägerin betrifft, nicht anders angesehen werden, als wenn etwa die Beklagte sich ausdrücklich durch Vertrag dem Kinde gegenüber zur dauernden Gewährung des Unterhalts verpflichtet hätte. In solchem Falle müßte zweifellos, wie in dem angeführten Falle Jur. Woch. 1904 S. 340, das Kind als imstande gelten, sich selbst zu unterhalten. Dabei kann die Waisenrente, die das Kind bezieht, die aber vom Berufungsgericht als nicht für seinen Unterhalt ausreichend bezeichnet wird, ganz außer Betracht bleiben. Die Frage, ob eine Unterhaltungspflicht der Klägerin besteht, muß unter den hier obwaltenden Umständen verneint werden.

Es kann sich noch fragen, ob die Klägerin, die die Unterhaltspflicht selbst übernehmen will, hieran durch die Beklagte gehindert werden kann, oder ob sie berechtigt ist, das Eingreifen der Beklagten abzuwehren. Zu letzterem bietet ihr jedoch das Gesetz keine Handhabe. Wie aus der oben erwähnten Stelle der Protokolle ersichtlich, hat die

Kommission sich damit begnügt, eine Fassung zu finden, die in den meisten Fällen zu einem richtigen Ergebnis führen werde, und für die übrigen Fälle sich auf das Eingreifen von Vormund und Vormundschaftsgericht verlassen; einen Rechtsbehelf für die Mutter hat man nicht vorgesehen. Auch mit Erwägungen allgemeiner Natur kann man nicht zu einem der Mutter günstigeren Ergebnis gelangen. Wollte man etwa den in § 162 BGB. zunächst für das Gebiet der Rechtsgeschäfte ausgesprochenen Gedanken, daß eine Bedingung als eingetreten gelte, wenn ihr Eintritt vom Gegner vorsätzlich verhindert wird, auf den dem Gebiete des Familienrechts angehörnden Streitfall ausdehnen, so würde dazu immer gehören, daß die Beklagte aus einem sittlich zu mißbilligenden Beweggrunde — § 162 sagt, wider Treu und Glauben — handelte. Hierfür liegt jedoch nichts vor; es ist verständlich, daß die Beklagte das Kind, das sie in langjähriger Pflege liebgewonnen hat und das auch seinerseits von einer Trennung nichts wissen will, fernerhin bei sich behalten möchte. Auch mit einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Mutter — welche im Falle Warn. 1912 Nr. 172 dem Verlangen des Vaters nach Herausgabe des Kindes entgegengehalten worden ist — läßt sich im vorliegenden Fall der Standpunkt der Beklagten nicht bekämpfen, weil zwischen ihr und der Klägerin kein familienrechtliches Band besteht, das eine Verpflichtung der bezeichneten Art begründen könnte.