

43. 1. Darf der geschiedene Ehegatte, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, das Kind ins Ausland mitnehmen, auch wenn dadurch dem anderen Ehegatten das Recht zum persönlichen Verkehr dauernd unmöglich gemacht wird?

2. In welcher Weise ist ein Streit hierüber auszutragen?

WGB. § 1636.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 13. Juli 1933 i. S. Frau B. (Kl.) w. B. (Bekl.). IV 138/33.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien haben im Jahre 1919 die Ehe geschlossen, aus der vier Töchter und der am 1. Juni 1923 geborene Sohn Peter hervorgegangen sind. Die Ehe ist im Dezember 1932 aus Verschulden beider Ehegatten rechtskräftig geschieden worden. Sämtliche Kinder befinden sich bei der Klägerin. Der Beklagte beabsichtigt, nach Chile auszuwandern, um dort in das väterliche Geschäft einzutreten, nachdem seine Hamburger Firma zusammengebrochen ist. Er will den Sohn Peter für den Fall, daß dessen Gesundheitszustand es zuläßt, mit sich nehmen.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrage, dem Beklagten bei Vermeidung einer gerichtsfestig festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu verbieten, den Sohn der Parteien aus Deutschland zu entfernen, insbesondere mit ihm nach Chile zu reisen. Zur Begründung dieses Verlangens macht sie geltend, daß ihr durch die

Ausführung der Absicht des Beklagten das ihr gesetzlich zustehende Recht auf den persönlichen Verkehr mit ihrem Sohne vollständig entzogen würde.

Der Beklagte hat eingewendet, daß er nach dem Zusammenbruch seines Geschäfts ein gutes wirtschaftliches Fortkommen in Chile in Aussicht habe, welches ihm dort die sorgfältige Erziehung seines Sohnes ermöglichen werde. Das Verkehrsrecht der Klägerin sei nicht so stark, daß ihm das Sorgerecht, das er aus tatsächlichen Gründen nur in Chile wahrzunehmen in der Lage sei, streitig gemacht werden könne.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos.

#### Gründe:

Nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. steht dem Beklagten die Sorge für die Person des Kindes Peter zu. Die Klägerin hat jedoch nach § 1636 BGB. die Befugnis behalten, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Die nähere Regelung dieses Verkehrs liegt dem Vormundschaftsgerichte ob. Um die Regelung der Einzelheiten des persönlichen Verkehrs handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle nicht. Streitig ist vielmehr die Frage, ob der Beklagte dadurch, daß er das Kind nach Chile verbringt, der Klägerin den persönlichen Verkehr mit diesem unmöglich machen darf. Dieser Streit ist nicht vor dem Vormundschaftsgericht, sondern im Prozeßwege auszutragen, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung des erkennenden Senats in RGZ. Bd. 100 S. 180, an der festgehalten wird, zutreffend angenommen hat. Auch die Zulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Unterlassungsklage ist zu bejahen. Das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist ein Ausfluß der Personensorge, also ein der Klägerin verbliebener Teil der elterlichen Gewalt (RGZ. Bd. 64 S. 50). Die elterliche Gewalt aber ist ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. (WarnRspr. 1913 Nr. 53, 1928 Nr. 132). Die Verletzung eines solchen Rechtes verpflichtet zum Schadensersatz. Auch ist, wenn eine Beeinträchtigung bereits erfolgt ist und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben. Der Beklagte hat die ernsthafte Absicht, mit dem

Kinde nach Chile überzusiedeln. Er hatte auch bereits für sich und das Kind Plätze auf einem nach Chile fahrenden Dampfer belegt. Mit der Entfernung des Kindes aus Deutschland wird der persönliche Verkehr der Klägerin mit ihm voraussichtlich auf die Dauer unmöglich gemacht sein. Unter diesen Umständen kann ihr nicht zugemutet werden, zu warten, bis das Kind aus Deutschland entfernt, der drohende Eingriff in ihr Recht also vollständig verwirklicht ist, sondern sie muß die Möglichkeit haben, ihr Recht schon vorher geltend zu machen (vgl. RGZ. Bd. 101 S. 340; RG. in SeuffArch. Bd. 74 Nr. 6).

In der Sache selbst hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß durch die Übersiedlung des Kindes nach Chile das Verkehrsrecht der Klägerin sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung derart stark beeinträchtigt wird, daß diese Beeinträchtigung einer Unmöglichkeit der tatsächlichen Ausübung und der rechtlichen Durchsetzung des Verkehrsrechtes gleichkommt. Es hat aber erwogen, daß der Beklagte ein großes wirtschaftliches Interesse an seiner Auswanderung nach Chile habe, um sich dort durch den Eintritt in das väterliche Geschäft eine neue Lebensgrundlage zu schaffen. Die Parteien müßten also notwendigerweise derart weit voneinander wohnen, daß entweder die Ausübung und Durchsetzung des Verkehrsrechtes der Klägerin unterbunden werde, oder daß beim Verbleiben des Kindes in Deutschland der Beklagte nicht in der Lage sei, das Recht und die Pflicht zur Sorge für dessen Person ordnungsmäßig auszuüben. Bei einem solchen Widerstreit zwischen zwei Rechten, von denen infolge der tatsächlichen Lebensverhältnisse nur eines ausgeübt werden könne, müsse nach allgemeinen rechtlichen Erwägungen das schwächere Recht dem stärkeren weichen. Daß sich gegenüber dem Sorgerecht die Verkehrsbesugnis aus § 1636 BGB. als das schwächere Recht darstelle, könnefüglich nicht bestritten werden. Durch das Verkehrsrecht werde zwar der Fürsorgeberechtigte in der Ausübung seines Rechtes beschränkt. Dies könne aber niemals dazu führen, daß dem Beklagten das Sorgerecht praktisch entzogen werde. Darauf laufe die Entscheidung des Landgerichts hinaus, nach der das Kind in Deutschland zu verbleiben habe.

Die Revision rügt rechtsirrige Auslegung des § 1636 BGB., jedoch zu Unrecht. Dem Berufungsgericht ist vielmehr beizutreten.

Wenn es auch an sich richtig ist, daß der sorgeberechtigte Ehegatte den Aufenthalt des Kindes nicht in einer Weise bestimmen darf, daß dem verkehrsberechtigten Ehegatten der persönliche Verkehr mit dem Kinde über Gebühr erschwert oder gar unmöglich gemacht wird (Planck 3. Aufl. Bem. 1 zu § 1636 BGB.), so ist dabei doch vorausgesetzt, daß nach den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen eine Ausübung des Verkehrsrechts neben dem Sorgerecht des anderen Teils überhaupt möglich ist. Der Beklagte ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts durch zwingende Gründe genötigt, seinen Wohnsitz nach Chile zu verlegen. Um das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes ausüben zu können, muß er es daher nach Chile mitnehmen. Dadurch wird allerdings der Klägerin der persönliche Verkehr mit dem Kinde unmöglich gemacht. Es kann aber rechtlich nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht bei diesem Widerstreit zwischen den beiden Rechten, von denen infolge der tatsächlichen Verhältnisse nur eines ausgeübt werden kann, dem umfassenden Sorgerecht des Beklagten den Vorzug vor dem inhaltlich beschränkten Verkehrsrecht der Klägerin gibt. Ob etwa das Interesse des Kindes eine andere Regelung gebietet, ist im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu erörtern; denn die Entscheidung hierüber steht ausschließlich dem Vormundschaftsgerichte zu (§ 1635 Abs. 1 Satz 2, § 1666 Abs. 1 BGB.).