

Kosten dieses Rekurses werden nicht zuerkannt, weil kein Streitteil den angefochtenen Beschluß veranlaßt, sondern beide vielmehr gerade das Gegenteil angestrebt haben.

7. Die Vorschrift des § 1632 BGB, die einen im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruch auf Herausgabe des Kindes vorsieht, muß im Verhältnis geschiedener Ehegatten zueinander durch die vom EheG herbeigeführte Rechtsentwicklung als überholt angesehen werden. Für eine solche Klage ist seit dem Inkrafttreten des EheG der Rechtsweg ausgeschlossen.

BGB § 1632.

IV. Zivilsenat. Urt. v. 26. Januar 1944 (IV 209/1943).

I. Landgericht Dresden.

II. Oberlandesgericht Dresden.

In Sachen des Kaufmanns A. K. in L., Beklagten, Revisionsklägers, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Geutebrück in Leipzig.

gegen

Frau H. vhl. R. gesch. gew. K. geb. D. in F., Klägerin, Revisionsbeklagte, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Conrad in Leipzig, hat das Reichsgericht, IV. Zivilsenat,

auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1944 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Jonas

und der Reichsgerichtsräte Dr. Hofmann, Dr. Lippert, Schwegmann und Dr. Schrutka

für Recht erkannt:

Die Urteile des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Dresden vom 14. Juli 1943 und der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Dresden vom 1. April 1943 werden aufgehoben.

Die Klage wird wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Von Rechts wegen

Tatbestand

Die im Jahre 1927 geschlossene Ehe der Parteien wurde durch Urteil des Landgerichts in Dresden vom 3. März 1931 aus alleinigem Verschulden des Beklagten geschieden. Die vom Beklagten dagegen eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgericht in Dresden durch Urteil vom 30. September 1931 zurückgewiesen. Der Beklagte legte Revision ein. Am 8. Januar 1932 schlossen

die Parteien einen notariellen Vertrag, in welchem die Unterhaltsansprüche der Klägerin und die sonstigen gegenseitigen vermögensrechtlichen Ansprüche der Parteien geregelt werden. Im § 4 des Vertrags heißt es dann, die Klägerin erkenne an, daß ihr durch die jahrelange Trennung vom Beklagten und von dem Kinde J. dieses Kind entfremdet sei, und daß sie es im Interesse des Wohles des Kindes für erforderlich halte, daß es im Hause des Beklagten bleibe; daher überlasse sie dem Beklagten ganz unabhängig von der gesetzlichen Regelung die Sorge für die Person dieses Kindes; sie behalte sich aber das Recht vor, die Sorge für die Person des Kindes wieder auszuüben, falls das Kind nicht mehr im Hause des Beklagten lebe. In § 7 des Vertrages verpflichtete sich der Beklagte sodann, die von ihm eingelegte Revision zurückzunehmen. Der hier übernommenen Verpflichtung gemäß nahm der Beklagte demnächst die von ihm eingelegte Revision zurück, womit das Urteil des Oberlandesgerichts am 16. Januar 1932 Rechtskraft erlangte.

Das Kind J. K. lebte seitdem beim Beklagten.

Im Oktober 1942 erhob die Klägerin Klage mit dem Antrag, den Beklagten zur Herausgabe des Kindes J. zu verurteilen. Zur Begründung machte sie geltend, sie sei an den Vertrag vom 8. Januar 1932 nicht mehr gebunden, weil J. jetzt nicht mehr im Hause des Beklagten lebe und weil sein leibliches und seelisches Wohl gefährdet sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Herausgabe des J. K. verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter, während die Klägerin um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht führt aus, die Ehe der Parteien sei vor dem Inkrafttreten des Ehegesetzes geschieden worden; die Sorge für die Person des Kindes bestimme sich also gemäß § 97 EheG nach dem bisherigen Recht, nämlich nach § 1635 BGB. Da im Scheidungsprozeß der Beklagte für alleinschuldig erklärt sei, stehe daher die Sorge für die Person des Kindes der Klägerin zu. Die Parteien hätten jedoch vertragsmäßig eine abweichende Regelung getroffen; die Klägerin habe dem Beklagten die Sorge für die Person des Kindes J. überlassen, habe sich aber das Recht vorbehalten, die Sorge für die Person dieses Kindes selbst wieder auszuüben, „falls das Kind nicht mehr im Hause des Beklagten lebt“. Darüber, ob dieser Fall – daß das Kind J. nicht mehr im Hause des Beklagten lebt – eingetreten sei, gehe der Streit zwischen den Parteien. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß es nicht darauf ankomme, denn das Recht der Klägerin auf die Personensorge sei unabdingbar und unverzichtbar; aus dem Recht der Personensorge folge das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und die Herausgabe des Kindes zu fordern (§§ 1631 Abs. 1, 1632 BGB). Das

Berufungsgericht erklärt, es sei lediglich zu prüfen, ob die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs von Seiten der Klägerin sich etwa offensichtlich als eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Das wird vom Berufungsgericht verneint; denn der Beklagte sei in mißliche Verhältnisse gekommen, er habe seine frühere gut bezahlte Stellung und seinen eigenen Hausstand verloren und sei gezwungen, mit dem Kind in vielfach wechselnden Untermietwohnungen zu wohnen, was der seelischen Entwicklung des Kindes nicht dienlich sei; außerdem habe der Beklagte sich aus hinsichtlich der Erfüllung seiner eigenen Verpflichtungen als unzuverlässig erwiesen, indem er auch während der Schulferien das Kind J. der Klägerin aus nichtigen Vorwänden vorenthalten habe. Im übrigen ist das Berufungsgericht aber der Auffassung, die Entscheidung der Frage, ob es mit dem Wohl des Sohnes J. vereinbar sei, ihn bei seinem Alter von 16 Jahren, bei seinem jetzigen Entwicklungszustand und bei seiner jetzigen Einstellung zur Mutter gegen seinen Willen zur Klägerin zu verbringen, stehe nicht dem Berufungsgericht zu, diese Frage könne vielmehr lediglich vom Vormundschaftsgericht entschieden werden.

Die Revision wendet sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß das Kind J. beim Beklagten körperlich und geistig nicht gut untergebracht sei; die Revision macht geltend, der Beklagte befinde sich jetzt in auskömmlicher Stellung in L., wo auch für die Unterbringung, die Verpflegung und die Erziehung des J. gut gesorgt sei; die Revision bestreitet, daß der Beklagte seine Verpflichtung, der Klägerin den Verkehr mit J. zu gestatten, schuldhaft verletzt habe.

Bei den Ausführungen des Berufungsgerichts über die häuslichen und finanziellen Verhältnisse des Beklagten und über die Unterkunftsbedingungen, die er dem Kind J. zur Zeit zu bieten vermag, und bei den Ausführungen des Berufungsgerichts über die persönliche Unzuverlässigkeit des Beklagten, ebenso wie bei den von der Revision dagegen erhobenen Einwendungen handelt es sich überall um Erwägungen darüber, ob das Kind seinen Aufenthalt beim Beklagten behalten oder ob es sich künftig bei der Klägerin aufhalten soll. Die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes ist ein Bestandteil der Sorge für die Person des Kindes. Für die Entscheidung darüber, wem die Sorge für die Person des Kindes zukommt, ist seit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes lediglich der Gesichtspunkt des Wohles des Kindes maßgebend. Die bisherige gesetzliche Regelung, wonach sich die Sorge für die Person nach dem Schuldausspruch im Scheidungsurteil und nach dem Geschlecht des Kindes bestimmte, ist vom Ehegesetz aufgegeben; die Sorge für das gemeinschaftliche Kind wird demjenigen der geschiedenen Ehegatten anvertraut, der nach pflichtmäßigem richterlichen Ermessen die bessere Eignung zu einer dem Wohle des Kindes förderlichen Erziehung besitzt. Die Entscheidung darüber liegt nach dem Ehegesetz ausschließlich in den Händen des Vormundschaftsgerichts. Dem Vormundschaftsgericht obliegt es daher auch, zu entscheiden, bei welchem der Ehegatten das

Kind seinen Aufenthalt zu nehmen hat. Dem Vormundschaftsgericht stehen nach § 33 FGG (in der Fassung der VO vom 5. August 1935) die nötigen Zwangsmittel zur Vollziehung seiner Anordnung zur Verfügung. Insbesondere kann das Vormundschaftsgericht die Herausgabe des Kindes an denjenigen geschiedenen Ehegatten, den es für würdig und geeignet erachtet, das Sorgerecht auszuüben, durch Ordnungsstrafen oder durch Anordnung unmittelbarer Gewaltanwendung erzwingen. Die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes ist also kein subjektives Recht des einen oder des anderen Ehegatten mehr. Daher muß die Vorschrift des § 1632 BGB, die einen im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruch auf Herausgabe des Kindes vorsieht, im Verhältnis geschiedener Ehegatten zueinander durch die vom Ehegesetz herbeigeführte Rechtsentwicklung als überholt angesehen werden. Für eine solche Klage ist seit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes der Rechtsweg ausgeschlossen. Da das Vormundschaftsgericht allein dazu berufen und in der Lage ist, alle diejenigen Umstände, die für die Eignung des einen oder des anderen Elternteils sprechen – wozu in dem zur Entscheidung stehenden Fall auch die Erwägungen über die häuslichen und finanziellen Verhältnisse des Beklagten und über seine Zuverlässigkeit gehören – richtig und erschöpfend zu würdigen und dementsprechend den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wäre es ein überflüssiger und unzeitgemäßer Formalismus, zur Herbeiführung und Erzwingung der Herausgabe des Kindes noch ein Prozeßverfahren vor den ordentlichen Gerichten einzuschalten. Aus diesen Gründen erachtet der erkennende Senat den Rechtsweg für unzulässig, und zwar ohne Unterschied, ob die Scheidung der Ehe erst nach dem Inkrafttreten des Ehegesetzes oder, wie im vorliegenden Fall, schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgt ist; denn auch im letzteren Fall ist nach der Übergangsvorschrift des § 97 EheG der maßgebende Gesichtspunkt für die Personensorge und die Aufenthaltsbestimmung nicht mehr das Interesse des einen oder des anderen Elternteils, sondern allein das Wohl des Kindes, und die Entscheidung darüber liegt daher auch bei den schon vor dem Inkrafttreten des Ehegesetzes geschiedenen Ehen letzten Endes ausschließlich in den Händen des Vormundschaftsgerichts.

Es waren daher die Entscheidungen der beiden Vorinstanzen aufzuheben und die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

8. Verwaltungsmaßnahmen i.S. vorstehender Vorschriften können auch Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand vorsehen. Ist dies der Fall, so bedarf es zur Wirksamkeit gegenüber außenstehenden Dritten der Mitwirkung sämtlicher Gemeinschaftsteilhaber, die aber