

70. Bestimmen sich in dem Falle, daß eine Ehe vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschieden worden ist, das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nur so lange nach den zur Zeit der Scheidung geltenden Gesetzen, als die geschiedenen Ehegatten beide noch am Leben sind?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 206.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 18. Januar 1906 i. S. v. L. Wwe. (Bekl.)
w. Schw. Ehefr. (Kl.). Rep. IV. 439/05.

- I. Landgericht I München.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin war in erster Ehe mit Franz v. L. in München verheiratet. Die Ehe war am 4. Juni 1887 geschlossen worden und wurde auf Klage v. L.'s durch Urteil des Landgerichts München I vom 13. Juli 1896 dem Bande nach getrennt. Aus der Ehe waren zwei Kinder vorhanden, von denen das älteste, Marion, geboren am 30. Januar 1892, bei dem Vater blieb. Am 5. Oktober 1896 ging Franz v. L. eine zweite Ehe mit der jetzigen Beklagten ein; seine von ihm geschiedene Gattin schritt ebenfalls zu einer zweiten Ehe. Unter dem 13. März 1903 errichtete Franz v. L. ein Testament, in dem er über sein Vermögen verfügte und unter II § 9 verordnete:

„Es ist mein wohlbedachter Wille, daß meine Tochter Marion jedenfalls bis zu ihrer Volljährigkeit — den Fall etwaiger früherer Verheiratung natürlich ausgenommen — der Obhut und Erziehung meiner zweiten Gattin, . . . welche mütterlich für sie zu sorgen gelobt hat, unterstellt bleibt. Nach Ableben meiner Gattin bestimme ich, daß . . . Marion . . . zur Erziehung dem Fräulein Antonie von P. anvertraut werden.“

Meinem Testamentsvollstrecker trage ich auf, in diesem Sinne im naheliegenden Interesse meines Kindes Marion die etwa nötig werdenden Anträge an das Vormundschaftsgericht zu stellen.“

Am 6. Mai 1904 starb Franz v. L. Seine erste frühere Gattin verlangte nunmehr von seiner Witwe, daß ihre Tochter Marion an sie herausgegeben werde, und erhob, als dieses Verlangen abgelehnt wurde, Klage auf Herausgabe des Kindes. In erster Instanz wurde der Klage stattgegeben; die Berufung der Beklagten ward zurückgewiesen. Auf Revision der Beklagten wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben, und die Klage abgewiesen.

Gründe:

„Die Entscheidung hängt davon ab, ob in Ansehung des Rechts und der Pflicht, für die Person der Marion L. zu sorgen, jetzt das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist. Nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die rechtliche Stellung der ehelichen Kinder ist die tatsächliche Fürsorge für das Kind ein Bestandteil der elterlichen Gewalt, welche das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627), und damit dessen Vertretung (§ 1630), das Erziehungsrecht (§ 1631), das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen (§ 1632), und die Nutznießung

am Vermögen des Kindes (§ 1649) umfaßt. Die in §§ 1631, 1632 bezeichneten Rechte gehören zur Sorge für die Person des Kindes. Während der Ehe steht die elterliche Gewalt grundsätzlich dem Vater zu (§§ 1627, 1634). Stirbt der Vater, so geht die volle elterliche Gewalt auf die Mutter über (§ 1684 Abs. 1 Nr. 1). Diese und damit die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes verliert sie, sobald sie eine neue Ehe eingeht (§ 1697 Satz 1); sie behält jedoch in diesem Falle das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, und zwar nicht neben dem Vormund, sondern an dessen Stelle, während der Vormund in Ansehung der tatsächlichen Fürsorge nur die Stellung eines Beistandes neben ihr hat (§ 1697 Satz 2). Für den Fall der Scheidung gilt lediglich die Abweichung, daß die Sorge für die Person des Kindes nach näherer Bestimmung des § 1635 anders geregelt ist. Abgesehen davon und von der Befugnis des von der tatsächlichen Fürsorge ausgeschlossenen Gatten zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde (§ 1636) gelten die vorstehend wiedergegebenen Grundsätze aber auch nach Scheidung der Ehe: Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt (§ 1635 Abs. 2); die Nutznießung am Vermögen des Kindes behält er, auch wenn er für den schuldigen Teil erklärt ist, und nach seinem Tode steht der Mutter auch dann, wenn diese für den schuldigen Teil erklärt war, die elterliche Gewalt zu, wenn oder solange sie nicht zu einer neuen Ehe geschritten war oder schreitet, während ihr in den letzteren Fällen die tatsächliche Fürsorge für das Kind nach Maßgabe des § 1697 Satz 2 gebührt. Wären diese Bestimmungen im vorliegenden Falle maßgebend, so würde die Klage zufolge § 1697 in Verbindung mit § 1632 begründet sein.

In Frage kommt, ob andere Bestimmungen gelten, weil es sich um ein Kind handelt, das einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschiedenen Ehe entstammt. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde sind seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs dessen Vorschriften zufolge Art. 203 Einf.-Ges. maßgebend; für Kinder aus geschiedenen Ehen ist jedoch in Art. 206 ebendasselbst eine Sonderbestimmung getroffen. Diese bezieht sich nicht auf die Vertretung des Kindes, welche sich mithin ungeachtet der Scheidung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch regelt. Sie betrifft die tatsächliche Fürsorge und lautet, es

„bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen.“

Streitig ist, ob hierdurch eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 203 allgemein, oder nur für die Zeit, daß beide Eltern noch leben, getroffen ist.

Das Landgericht nimmt an, daß die Ausnahme nur gelten solle, solange beide Eltern am Leben seien, und das Berufungsgericht ist ihm hierin gefolgt. Für diese Ansicht läßt sich geltend machen, daß bei Zugrundelegung derselben der Art. 206 eine Vorschrift enthält, die am besten mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem ehelichen Kinde im Einklang zu stehen, daher aber dem aus dem Art. 203 ersichtlichen Willen des Gesetzgebers und dem Grundsätze zu entsprechen scheint, daß Ausnahmen von allgemeinen Vorschriften nur dann und so weit zu machen sind, als das Bedürfnis solches erfordert.

Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß nach dem Tode des Vaters die volle elterliche Gewalt auf die Mutter übergeht, enthält gegenüber dem bis dahin in Deutschland geltenden Recht eine Neuerung. In den Motiven zum ersten Entwurf, welcher schon dieselbe Regelung in Aussicht nahm, wird dies (Bd. 4 S. 786 zu §§ 1501, 1502 des Entwurfs) dadurch gerechtfertigt, daß grundsätzlich die volle Handlungsfähigkeit der Frau vom Entwurf anerkannt werde, und daher auf dem Gebiete des Privatrechts jede Nötigung wegfallen, den Frauen da, wo sie nach den natürlichen Verhältnissen zum Handeln berufen seien, dieses Handeln zu versagen. Die nämliche Betrachtung hat dahin geführt, im Falle der Scheidung dem schuldigen Gatten nach dem Tode des anderen die volle elterliche Gewalt zu geben, also selbst der Frau, wenn diese die Scheidung verschuldet hatte. Der Entwurf und ebenso das Bürgerliche Gesetzbuch gehen eben davon aus, daß an und für sich beide Eltern gleichberechtigt seien, und daß, wenn der eine gestorben sei, das Recht des anderen keiner Beschränkung mehr unterliege (Motive Bd. 4 S. 627 zu § 1456 des Entwurfs). Bei solcher Anschauung bedurfte es besonderer Bestimmungen über das Verhältnis der Rechte beider Eltern untereinander, und diese sind dahin getroffen, daß der Regel nach die Vertretung des Kindes, solange der Vater lebt, diesem zusteht, in Ansehung

der tatsächlichen Fürsorge aber während bestehender Ehe die Meinung des Vaters vorgeht, im Falle der Scheidung auf die Schuldfrage Gewicht gelegt wird, und die für den Fall der Scheidung unter Schuldigerklärung beider Gatten bestimmten Vorschriften auch für den Fall gelten, daß eine Ehe durch Wiederverheiratung eines Gatten nach der Todeserklärung des anderen aufgelöst wird, letzterer jedoch noch am Leben ist (§§ 1634. 1635. 1637 B.G.B.; §§ 1506. 1456. 1465 des Entwurfs). Unzuträglichkeiten, die sich aus einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt oder aus der tatsächlichen Fürsorge ergeben können, soll dadurch vorgebeugt werden, daß dem Vormundschaftsgericht die Befugnis zum Einschreiten beigelegt ist (§§ 1666. 1685 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; §§ 1546. 1456 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs). Bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs trug man kein Bedenken, alle diese Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den schon geborenen ehelichen Kindern für anwendbar zu erklären; für die Kinder aus geschiedenen Ehen wurde jedoch die Sonderbestimmung des Art. 206 Einf.-Ges. getroffen. Eine solche fand sich bereits im Entwurf des Einführungsgesetzes und lautete hier im Art. 124:

„... so sind für die Beurteilung, welchem Elternteile die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zusteht, die bisherigen Gesetze maßgebend; die Vorschriften des § 1456 Abs. 1 Satz 2 Abs. 2 und des § 1457 B.G.B. finden jedoch Anwendung.“

Begründet wurde das (S. 294 der amtlichen Ausgabe) durch die Erwägung, daß hinsichtlich der Fürsorge für die Kinder aus den vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschiedenen Ehen der § 1456 des Entwurfs (§ 1635 B.G.B.) nicht für maßgebend erklärt werden könne, weil ein danach erforderlicher Wechsel in der Person des zur Erziehung berechtigten Elternteils weder betreffs der Eltern noch der Kinder angemessen sei, und weil zudem die Anwendung des § 1456 oft nicht möglich sein werde, da Scheidungsurteile nach bisherigem Recht nicht stets einen Schuldausspruch enthielten. Von der zweiten Kommission wurde der Art. 124 des Entwurfs gebilligt. Eine Debatte fand nicht statt; Anträge wurden nicht gestellt (Protok. Bd. 6 S. 548), und deshalb (vgl. ebendasselbst S. 599) kam der Art. 124 bei der zweiten Beratung der Kommission überhaupt nicht mehr vor. Wohl dagegen wurde später der Wort-

laut der in Art. 124 des Entwurfs vorgeschlagenen Bestimmung geändert, und dem Art. 206 Einf.-Ges. die oben bereits mitgeteilte Fassung gegeben.

Im Hinblick auf diese Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde im Bürgerlichen Gesetzbuche und auf die Entstehungsgeschichte des Art. 206 Einf.-Ges. könnte man zu der Annahme geneigt sein, daß Art. 206 die Bestimmung im § 1635 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. lediglich für den Fall, daß beide Gatten noch leben, ersetzen solle. Diese Annahme wird von beiden Instanzgerichten geteilt, und von ihr aus mußten dieselben zu dem Schlusse gelangen, daß der Art. 206 das Erziehungsrecht nur für die Zeit, daß beide Eltern leben, bestimmen solle. Zugestimmt werden kann ihnen hierin jedoch nicht.

Zunächst ist es keineswegs zweifelhaft, ob bei der Erlassung des Gesetzes wirklich die Absicht bestanden hat, durch die in Rede stehende Ausnahme von dem in Art. 203 Einf.-Ges. ausgesprochenen Grundsatz einen Ersatz für die Bestimmung im § 1635 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. nur mit der Beschränkung auf den in dieser bezeichneten Fall zu treffen. Die Möglichkeit muß freilich zugegeben werden; dagegen fehlt jeder Anhalt dafür, daß jene Absicht, wenn sie bestanden haben sollte, auch noch gehegt worden ist, als die jetzige Fassung des Art. 206 Einf.-Ges. gewählt wurde. Es kommt indes hierauf nicht an; denn jedes Gesetz muß aus sich selbst ausgelegt werden, und Erwägungen, die etwa bei den Vorarbeiten leitend gewesen sind, dürfen nicht maßgebend sein, wenn sie im Gesetze keinen Ausdruck gefunden haben. Zur Frage steht daher, ob der Art. 206 Einf.-Ges. so zu verstehen ist, wie es von den Instanzgerichten geschieht, und diese Frage muß verneint werden. Nach dem Wortlaute des Art. 124 des Entwurfs war ihre Auslegung vielleicht möglich; gegenüber dem Wortlaute des Art. 206 Einf.-Ges., dessen Fassung noch dazu auf einer Textänderung beruht, ist sie nicht statthaft; denn von einer Beschränkung enthält das Gesetz nichts. Es wird allerdings am Schluß des Art. 206 gesagt:

„Die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1636 B.G.B. finden jedoch Anwendung“;
es werden mithin Vorschriften für anwendbar erklärt, die im Zusammenhang mit § 1635 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. allerdings nur für

den Fall, daß beide Eltern leben, bestimmt sind. Allein hieraus darf nicht gefolgert werden, daß auch der Art. 206 Einf.-Ges. nur für jenen Fall Geltung habe; denn wenn der Art. 206 die Tragweite hat, daß er das Erziehungsrecht geschiedener Gatten dauernd regelt, so passen die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 § 1636 B.G.B. auch auf den Fall, daß nur einer der Eltern lebt; sie müßten mithin, wenn nicht das Gesetz eine Lücke haben sollte, unter allen Umständen getroffen werden, und aus ihrer Aufnahme ist nichts zu schließen. Im übrigen steht der Wortlaut des Art. 206 der Auslegung der Instanzgerichte nicht nur nicht zur Seite, sondern entgegen. Hätte man sie wirklich gewollt, so wäre es naheliegend und geboten gewesen, eine Fassung zu wählen, die mit § 1635 B.G.B. im Einklang gestanden hätte (vgl. Bitelmann im „Recht“ 1905 S. 152). Tatsächlich gewählt ist dagegen eine Fassung, die dem Art. 203 Einf.-Ges. entspricht. Der Art. 203 aber gilt schlechthin, nämlich auch für den Fall, daß zwar bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beide Eltern lebten, später jedoch einer von ihnen stirbt, und auch für den Fall, daß zu jenem Zeitpunkt nur noch einer der Eltern am Leben war. Und da der Art. 206 die gleiche Fassung hat, so folgt daraus, daß nach dem Wortlaut seine Bestimmung gelten muß: wenn beide Eltern bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs lebten, für jeden bis zu dessen Tod; wenn damals nur einer von ihnen am Leben war, für diesen. Statt dessen würde, wenn den Instanzgerichten zu folgen wäre, der Art. 206 Einf.-Ges. zwar Platz greifen, wenn beide früheren Gatten bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs lebten, dagegen nicht mehr, sobald einer von ihnen stirbt, und er würde, anders als Art. 203, gar nicht zur Anwendung gelangen, wenn zu jenem Zeitpunkt schon einer der Gatten gestorben war. Eine solche Auslegung würde die Annahme erfordern, daß der Ausdruck im Art. 206 unrichtig gewählt worden sei, und dazu ist ein Anlaß nicht vorhanden. Der Wortlaut des Art. 206 Einf.-Ges. führt demnach dahin, daß derselbe freilich eine Ersatzbestimmung sowohl für § 1635 Abs. 1 Satz 1 als für § 1637 B.G.B. enthält, aber eine Bestimmung, deren Anwendung nicht an die Voraussetzung gebunden ist, daß beide Ehegatten noch leben. Hierzu kommt, daß solche Auslegung auch dem Zweck, der nach den Motiven zu Art. 124 des Entwurfs mit der Bestimmung des Art. 206 Einf.-Ges. verfolgt wird, weit besser dienen

kann. Die Ausnahme ist getroffen, weil eine Änderung in der nach früherem Recht erfolgten Regelung des Erziehungsrechts vermieden werden soll. Eine derartige Schonung bestehender Verhältnisse war aber nicht bloß für den Fall geboten, daß bei dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch beide Eltern am Leben seien, sondern ebensowohl für den Fall, daß einer von ihnen schon gestorben sein würde. Denn wenn derjenige starb, dem das Erziehungsrecht zustand, und wenn er Bestimmungen traf, die bei fortdauernder Geltung des früheren Rechts in ihrem Bestande gesichert waren, so konnte es, was gerade, wie die Motive hervorheben, vermieden werden sollte, ein rücksichtsloser und verletzender Eingriff in bestehende Verhältnisse sein, wenn der andere, bisher von der Erziehung ausgeschlossene Elternteil die Erziehungsgewalt in Abweichung von dem bisherigen Recht erhielt. Die nämliche Erwägung führt dazu, daß es dem Zwecke der in Rede stehenden Ausnahmegestimmung mehr entspricht, wenn man in dem Fall, daß beide Ehegatten bei dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch leben, diese nicht mit dem Tode des Erziehungsberechtigten erlöschen läßt.

Hiernach hat sich in dem Recht und der Pflicht der Klägerin, für die Person ihres ältesten Kindes zu sorgen, mit dem Tode ihres früheren Gatten nichts geändert; es ist vielmehr das alte Recht maßgebend geblieben.

Dieses Recht ist im vorliegenden Falle das bayerische Landrecht und das in seinem Bereich subsidiär gültig gewesene gemeine Recht. Das bayerische Landrecht enthält Bestimmungen über Erziehung der Kinder nach Scheidung der Ehe nicht, da es die Scheidung einer beerbten Ehe vom Bande überhaupt nicht kennt (II. I Kap. 6 § 41). Nach gemeinem Recht blieb im Falle der Scheidung das Erziehungsrecht des Vaters (l. 1 § 3. l. 3 § 5 Dig. de lib. exhib. 43, 30) an sich unberührt, wenn die Scheidung nicht von ihm verschuldet wurde; anderenfalls hatte die Mutter Anspruch auf das Erziehungsrecht, das sie aber durch Eingehung einer neuen Ehe verlor; doch konnte im Interesse der Kinder eine abweichende Anordnung getroffen werden (Nov. 117 cap. 7. l. un. Cod. div. facto 5, 24). Führte der Vater die Erziehung, und waren bei seinem Tode noch unmündige Kinder vorhanden, so war für diese nach den nunmehr eingreifenden Bestimmungen des bayerischen Landrechts ein Vormund zu bestellen,

und der Letztere hatte vor allem für die Erziehung zu sorgen. Zum Vormund konnte die Mutter bestellt werden, jedoch nur, wenn sie nicht wieder verheiratet war. Der Vormund sollte sich bei der Erziehung zunächst nach den Anweisungen, die etwa der Vater hinterlassen hatte, richten und in Ermangelung solcher Anweisungen die Erziehung der Mutter überlassen. Schritt diese zu einer anderen Ehe, so konnte ihr gleichwohl die Erziehung vom Vormundschaftsgericht anvertraut werden (Bayerisches Landrecht II. I Kap. 7 § 2 Nr. 1. 2, § 11 Nr. 1, § 3 Nr. 3, Kap. 6 § 47 Nr. 4, Kap. 7 § 11 Nr. 2. 3). Ein Klagerrecht auf Herausgabe des Kindes hatte die Mutter, die nicht zum Vormunde bestellt war, wenn überhaupt, jedenfalls nur dann, wenn der Vormund einverstanden war, und das Vormundschaftsgericht ihr das Erziehungsrecht übertrug (vgl. Urteil des O.A.G. München vom 31. Januar 1871, Blätter für Rechtsanw. Bd. 36 S. 255). Alles dies würde mithin im vorliegenden Fall zu gelten haben, nur mit der Abweichung, daß es zufolge § 1783 B.G.B. jetzt gesetzlich an und für sich zulässig ist, die Mutter, die eine neue Ehe eingegangen ist, zum Vormund zu bestellen.

Vorstehende Erwägungen führen zu folgendem Ergebnis. Nach dem Tode ihres früheren Gatten würde Klägerin die elterliche Gewalt, jedoch nicht das Erziehungsrecht bekommen haben, wenn sie nicht eine neue Ehe eingegangen wäre. Da sie sich zum zweiten Male verheiratet hat, so hat sie zufolge § 1697 Abs. 1 B.G.B. die elterliche Gewalt, auch soweit diese die Vertretung des Kindes und die Nutzung an seinem Vermögen betrifft, nicht erlangt. Für das Kind mußte vielmehr gemäß § 1773 B.G.B. ein Vormund bestellt werden. Die Erziehungsgewalt hätte Klägerin nicht erhalten, und hat sie nicht erhalten, weil in dieser Beziehung zufolge Art. 206 Einf.-Ges. zum B.G.B. das bisherige Recht maßgebend geblieben ist. Zum Vormund ist sie nicht bestellt. Danach erweist sich die Klage, deren Zulässigkeit allerdings nicht zu beanstanden ist, als unbegründet.“ . . .