

Nachschlagwerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB § 1632 Abs. 2

Das Vormundschaftsgericht entscheidet auch, wenn der Vater eines für ehelich erklärten Kindes dessen Herausgabe von der unehelichen Mutter verlangt.

GVG § 17; ZPO § 276

Ist die Klage eines Elternteiles auf Herausgabe des Kindes entgegen der Vorschrift des § 1632 Abs. 2 BGB vor dem ordentlichen streitigen Gericht erhoben, so hat dieses auf Antrag des Klägers die Sache in entsprechender Anwendung des § 17 GVG an das Vormundschaftsgericht zu verweisen.

BGH, Urteil vom 22. Mai 1963 - IV ZR 224/62 - OLG Celle
LG Göttingen

IV ZR 224/62

Verkündet
am 22. Mai 1963
Hoeppe, Justizangestellte
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Fräulein Magdalene S c h [REDACTED], Gr [REDACTED] bei G [REDACTED],
K [REDACTED] L [REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

gegen

den Diplom-Physiker Dr. Theodor P [REDACTED],
S [REDACTED] D [REDACTED], [REDACTED], Sa [REDACTED] C [REDACTED] Avenue, Ka [REDACTED],
Vereinigte Staaten von Nordamerika,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 10. April 1963 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüstenberg, Maaß
und Wilden

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
22. Juni 1962 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, hat am ■. ■ 1951 eine uneheliche Tochter, Heide-Christine, geboren. Als Erzeuger des Kindes wurde der Kläger in Anspruch genommen, der griechischer Staatsangehöriger ist und zur Zeit der Geburt des Kindes Student in G ■ war. Er hat nach anfänglichem Bestreiten seine Vaterschaft anerkannt und im November 1958 beim Gerichtshof erster Instanz in Athen beantragt, das Kind gemäß Art. 1560 des griechischen Zivilgesetzbuches durch Gerichtsentscheidung für ehelich zu erklären. Seinem Antrag wurde durch eine am 17. März 1959 verkündete und am 18. März 1959 veröffentlichte Entscheidung dieses Gerichtshofs stattgegeben.

Auf Antrag des Klägers trug der Standesbeamte in G ■ im März 1960 einen Randvermerk über die Legitimation des Kindes in das Geburtenbuch für 1951 beim Geburtseintrag des Kindes ein.

Durch Beschluß vom 2. April 1960 stellte der Vormundschaftsrichter in G ■ fest, daß die Vormundschaft des Kreisjugendamtes über das Kind beendet sei. Eine Beschwerde der Beklagten gegen diesen Beschluß wurde durch Beschluß des Landgerichts in Göttingen vom 11. April 1961 zurückgewiesen.

Im Juni 1960 hat der Kläger vor dem Landgericht in Göttingen die vorliegende Klage auf Herausgabe des Kindes erhoben. Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme dem Klagantrag entsprochen. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und auf einen dahingehenden Hilfsantrag des Klägers den Rechtsstreit zur Entschei-



dung - auch über die bis dahin entstandenen Kosten - an das Amtsgericht (Vormundschaftsgericht) in Göttingen verwiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Anspruch auf Abweisung der Klage weiter, wobei sie auch geltend macht, daß in jedem Falle eine Verweisung des Rechtsstreits an das Vormundschaftsgericht nicht zulässig gewesen sei, so daß bei gegebener Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts die Klage angebrachtermaßen habe abgewiesen werden müssen.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig.

Das Berufungsgericht hat den zu ihm beschrittenen Rechtsweg nicht für gegeben erachtet. Es ist der Auffassung, daß ein Rechtsstreit, in welchem der Kläger die Herausgabe eines Kindes von dessen unehelicher Mutter mit der Behauptung begehrt, daß ihm im Verhältnis zu dem Kind auf Grund von dessen Ehelichkeitserklärung die Rechtsstellung eines ehelichen Vaters zukomme, ein Rechtsstreit zwischen Elternteilen sei, den gemäß § 1632 Abs. 2 BGB das Vormundschaftsgericht zu entscheiden habe. Das Berufungsgericht hat jedoch aus dieser seiner Auffassung nicht die Folgerung gezogen, daß die unzulässigerweise vor dem Landgericht als dem Gericht der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit erhobene Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei. Vielmehr hat es auf einen entsprechenden im Berufungsrechtszuge hilfsweise vom Kläger gestellten Antrag die Sache zur Entscheidung - auch über die bisher entstandenen Kosten - an das zuständige Vormundschaftsgericht verwiesen.

Daß - unter der Voraussetzung der durch § 1632 Abs. 2 BGB begründeten Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts - eine

Verweisung an dieses Gericht zulässig und geboten sei, hat das Berufungsgericht im wesentlichen wie folgt begründet: Die Verweisung eines Rechtsstreits von einem Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit an ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei zwar im Gesetz nicht vorgesehen, insbesondere weder in § 276 ZPO noch in § 17 GVG. Die Zivilprozeßordnung stamme jedoch, wie der Bundesgerichtshof in seiner BGHZ 10, 155, 162 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt habe, aus einer Zeit, die die Zuweisung eines Parteistreits an den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch nicht gekannt habe. Die Bestimmung des § 276 ZPO sei nicht darauf zugeschnitten, einen beim Prozeßgericht anhängig gewordenen Rechtsstreit in das für ihn vorgeschriebene Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu lenken. Hierdurch sei in der Zivilprozeßordnung eine Lücke entstanden.

Im Hinblick darauf habe der Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung einen bei ihm anhängigen Rechtsstreit, dessen Entscheidung vom Gesetz einem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich der nach § 58 des LM-Bilanzgesetzes zuständigen Spruchstelle beim Landgericht übertragen sei, an diese Stelle abgegeben, und zwar unter Anlehnung an die Regelungen in § 18 der Hausratsverordnung und § 46 des Wohnungseigentumsgesetzes. In einem ähnlich gelagerten Fall - LM Nr. 6 zu § 3 Abs. 5 der LVO - habe der Bundesgerichtshof den bei ihm anhängigen Rechtsstreit in entsprechender Anwendung des § 276 ZPO an das Landwirtschaftsgericht verwiesen. Ob im vorliegenden Falle eine Abgabe (ohne entsprechenden Parteiantrag) oder (auf entsprechenden Antrag des Klägers) eine Verweisung in Betracht komme, könne offen bleiben, denn hier liege - wenn auch nur hilfsweise - ein Verweisungsantrag des Klägers vor. Daß sich der Begriff "Verweisung" nicht nur auf Fälle der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts beschränke, sondern auch bei der Unzulässigkeit des Rechtsweges in Betracht komme, ergebe sich aus § 17 Abs. 3 und 4 GVG.

Diesen Ausführungen ist im Ergebnis zuzustimmen. Über die Frage, ob ein bei einem ordentlichen Gericht anhängiges Verfahren an ein Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit abgegeben oder verwiesen werden kann, fehlt es, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, an einer positiven gesetzlichen Regelung. Lediglich für einzelne Rechtsgebiete ist eine Abgabe durch das Prozeßgericht an das Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgesehen. So im § 18 Abs. 1 der Haukr. VO, ferner im § 46 des Wohnungseigentumsgesetzes sowie im § 12 des LwVG (Abgabe auch ohne Antrag durch Beschluss). Im Falle eines Rechtsstreits zwischen Ehegatten über die Herausgabe eines gemeinsamen Kindes hat der erkennende Senat die Frage, ob bei der - von ihm bejahten - Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts eine Verweisung an dieses Gericht stattfinden könne, offen gelassen und eine Verweisung jedenfalls dann nicht für geboten erachtet, wenn, wie in dem Fall jener Entscheidung, ein entsprechender Antrag von Seiten der Parteien nicht gestellt und keine Frist für die Einleitung des Verfahrens vorgesehen war, die im Falle der Notwendigkeit, es vor dem Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit neu anhängig zu machen, nicht mehr hätte gewahrt werden können (BGHZ 19, 185). Im vorliegenden Fall ist ein Verweisungsantrag vom Kläger gestellt, so daß die Frage erneut einer Prüfung bedarf.

Ihre Beantwortung kann nur durch eine Überlegung darüber gewonnen werden, wie das Verhältnis bzw. die Abgrenzung zwischen dem Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte einerseits und dem der Freiwilligen Gerichtsbarkeit andererseits zu bestimmen ist und ob im Hinblick auf diese Abgrenzung eine entsprechende Anwendung der zahlreichen gesetzlichen Einzelregelungen, in denen eine Abgabe oder eine Verweisung im Verhältnis verschiedener Gerichtszweige zueinander vorgesehen ist, dazu führen muß, auch im Verhältnis zwischen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit zu der

freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Verweisung oder eine Abgabe zuzulassen. (Vgl. Urteil des Senats BGHZ 25, 346). Des näheren ist die Frage hier dahin zu begrenzen, ob eine Verweisung aus einem Streitverfahren vor dem ordentlichen Richter in ein streitiges Verfahren vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie dies z. B. in § 1632 Abs. 2 BGB vorgesehen ist, zu erfolgen hat.

Die begriffliche Abgrenzung des Tätigkeitsbereichs der "ordentlichen" streitigen Gerichtsbarkeit von dem Aufgabekreis der freiwilligen Gerichtsbarkeit bereitet Schwierigkeiten. Nach der herrschenden Meinung betrifft die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit innerhalb der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist, die Zulässigkeit des Rechtsweges (RGZ 106, 408; RG JW 1928, 707; RG DR 1944, 334; BGHZ 10, 155 (162) = JZ 1953, 759 (m. Anm. von Keidel); Colla NJW 1948, 591). Demgegenüber hat Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 32, und FamRZ 1956, 129/130 mit Recht darauf hingewiesen, daß sowohl die streitige wie die freiwillige Gerichtsbarkeit zum Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit gehören, wie ja auch vielfach dieselben Gerichte sowohl als solche der streitigen wie auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig sind. Von einer Unzulässigkeit des Rechtsweges bei gegebener Zuständigkeit der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit könnte man nur sprechen, wenn man den Begriff des Rechtsweges dahin einengen würde, daß darunter nur der Zugang zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit zu verstehen sei. Damit würde man aber dem aus der historischen Entwicklung überkommenen Sprachgebrauch kaum gerecht werden, nach welchem nur die Entscheidungstätigkeit der Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden "jenseits der Grenze der ordentlichen Gerichtsbarkeit" liegt (Baur, aaO, S. 33; vgl. auch Böttcher, Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten, RdA 1960, 161, 164, der der Auffassung zuneigt, daß den verschiedenen Rechtswegen praktisch nur noch die Bedeutung unterschiedlicher Zuständigkeiten zukomme).

Andererseits läßt sich der Unterschied der beiden hier in Frage stehenden Aufgabenbereiche auch durch den Begriff der verschiedenen sachlichen Zuständigkeit nicht genau und erschöpfend bestimmen. Denn diese Zuständigkeitsregelung will nur eine Abgrenzung innerhalb des Tätigkeitsbereiches verschiedener erstinstanzlicher Gerichte vornehmen, die über wesengleiche oder wesensverwandte Rechtsverhältnisse in gleichen oder im wesentlichen ähnlichen Verfahren zu entscheiden haben; sie läßt also die entscheidenden Merkmale, durch die sich das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten von dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterscheidet, nämlich die besondere Zielsetzung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als "Rechtsfürsorgeverfahren" und seine dadurch bedingte besondere Verfahrensweise außer Betracht.

Im Hinblick darauf erscheint es nicht angängig, die Zulässigkeit oder Notwendigkeit der Verweisung aus einem streitigen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten in ein streitiges Verfahren vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein, d.h. sofern nicht der Gesetzgeber für einzelne Rechtsgebiete eine besondere Regelung getroffen hat, schon auf eine analoge Anwendung des § 276 ZPO zu gründen und dabei auch das in dieser Bestimmung für die Verweisung selbst vorgesehene Verfahren - Verweisung durch einfachen unanfechtbaren Beschluß - zu übernehmen (so Keidel, FGG, 8. Aufl. § 1 Randnote 26). Dieses vereinfachte Verfahren ist im Interesse der Prozeßwirtschaftlichkeit dort vertretbar, wo es sich nur um eine Entscheidung über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit handelt, wie es auch angebracht sein mag, daß der Gesetzgeber für einzelne Rechtsgebiete, wie dargelegt, durch positive Sonderregelung eine einfache Verweisungsform für ausreichend erklärt hat. Bei der Verweisung aus einem Verfahren der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit in ein Verfahren vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit geht es jedoch grundsätzlich um mehr, nämlich um die Verweisung in eine andere, nach Zweck und Ausgestaltung wesentlich verschiedene Verfahrensart. Auch wenn man

es mit Baur für bedenklich hält, hier von verschiedenen "Rechtswegen" im strengen Sinne zu sprechen, so wird jedenfalls, wie auch Baur annimmt, eine entsprechende Anwendung der Vorschriften, die die Zulässigkeit des Rechtsweges behandeln, hier den Erfordernissen der Rechtswirklichkeit am besten gerecht. Sie erscheint jedenfalls dort grundsätzlich angebracht, wo es sich, wie im vorliegenden Falle, um das Verhältnis der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit zu der sog. streitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Der hier zwischen beiden Verfahrensarten bestehende Unterschied läßt sich am ehesten mit dem Unterschied zwischen dem Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit und dem der Verwaltungsgerichtsbarkeit vergleichen (vgl. § 86 VwGO und § 12 FGG). Hier liegt deshalb eine entsprechende Anwendung des § 17 GVG als der allgemeinen "Grundform der Verweisung" (Bötticher, aaO, S. 162 unter 3), wie sie auch in den Parallelbestimmungen der §§ 41 VwGO, § 52 SGG und § 48 ArbGG enthalten ist, nahe, um die in der Entscheidung BGHZ 10, 155, 162 aufgezeigte Gesetzeslücke auszufüllen. Der Zweck, dem diese Bestimmung dient, nämlich ein auf einem unrichtigen Rechtsweg eingeleitetes Verfahren im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsganges in die richtige Rechtsbahn zu lenken, besteht in Fällen der vorliegenden Art nicht minder als in den Fällen, in denen es sich im hergebrachten Sinne um die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges handelt, denn dieses Interesse ist allgemeiner Art (vgl. dazu Müller, ZZP, 1961, S. 1, 7). Es ist auch nicht ersichtlich, daß die im § 17 GVG für die Prüfung der Voraussetzungen einer Verweisung gegebenen - im Vergleich zu § 276 ZPO wirksameren - Garantien: - Verweisung grundsätzlich nur durch anfechtbares Urteil - hier einerseits nicht erforderlich und andererseits nicht ausreichend sein sollten, um eine Bindung des zur Übernahme und zur Fortsetzung des Rechtsstreits bestimmten Richters an die Verweisungsentscheidung in dem Sinne zu rechtfertigen, daß er seinerseits das verweisende Gericht nicht mehr für zuständig halten darf.

Es ist also - sofern die Voraussetzungen des § 1632 Abs. 2 BGB vorliegen -, rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 3 GVG die Sache auf Antrag des Klägers an das Vormundschaftsgericht verwiesen hat. Wie sich dann aus Abs. 3 Satz 3 dieser Bestimmung ergibt, ist das Verweisungsurteil gemäß § 511 a Abs. 4 ZPO mit der Berufung und gemäß § 547 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO mit der Revision anfechtbar (Baumbach/Lauterbach, 27. Aufl. Anm. 3 B zu § 17 GVG).

Nun hat die Beklagte freilich mit der Revision nicht geltend gemacht, daß der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zulässig sei, daß also das Berufungsgericht zur Hauptsache habe entscheiden müssen. Die Revision geht vielmehr ebenfalls davon aus oder will jedenfalls die Auffassung nicht bekämpfen, daß das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung dieses Rechtsstreits berufen sei. Der Kläger hat deshalb im Revisionsrechtszuge unter Hinweis auf die höchststrichterlichen Entscheidungen RGZ 157, 106, 110 und IM Nr. 4 zu § 454 ZPO die Auffassung vertreten, daß die Revision hier deshalb unzulässig sei, weil sie nicht auf die - vom Berufungsgericht verneinte - Zulässigkeit des Rechtswegs gestützt werde. Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Im Sinne des § 547 Abs. 2 Nr. 1 ZPO handelt es sich vielmehr auch dann um die Zulässigkeit des Rechtsweges, wenn zwar über die Frage der Zulässigkeit als solcher unter den Parteien in dem Sinne, wie sie vom Berufungsgericht - hier im Sinne der Verneinung - entschieden ist, Einigkeit besteht, wenn aber beide Parteien aus der Verneinung der Zulässigkeit eine verschiedene Rechtsfolge herleiten, beispielsweise die Revision, wie hier, den Standpunkt vertritt, daß die Verneinung der Zulässigkeit nicht zur Verweisung des Rechtsstreits, sondern dazu führen müssen, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen.

Die hiernach zulässige Revision ist jedoch sachlich nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat, wie auch die Revision gelten lassen will, im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Klägers zum Aufgabenbereich des Vormundschaftsgerichts gehört.

Der Kläger macht mit der Klage auf Herausgabe des Kindes sein Recht als dessen ehelicher Vater geltend. Dieses Recht hat er nach seinem insoweit jedenfalls schlüssigen Vorbringen dadurch erlangt, daß das Kind auf seinen Antrag als ehelich erklärt worden und diese Erklärung auch für die deutschen Gerichte bindend ist. Das Berufungsgericht ist auch rechtlich bedenkenfrei davon ausgegangen, daß der Beklagten als der unehelichen Mutter des Kindes auch nach dessen Legitimation eine Rechtsstellung verblieben ist, die es rechtfertigt, sie im Rechtssinne als Mutter, somit als Elternteil im Sinne des § 1632 Abs. 2 BGB anzusehen. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht diese seine Auffassung im einzelnen näher begründet, sind, soweit dabei deutsches Recht zugrunde gelegt ist, rechtlich zutreffend, soweit sie sich auf das griechische Recht stützen, im Revisionsverfahren nicht nachprüfbar. Das Berufungsgericht kann sich somit für seine Auffassung, dass das Vormundschaftsgericht über die vorliegende Klage zu entscheiden habe, jedenfalls auf den Wortlaut des § 1632 Abs. 2 BGB stützen. Aber auch der Sinn und der Zweck dieser Bestimmung lassen ihre Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art geboten erscheinen.

Der Fall, daß ein Elternteil von dem anderen die Herausgabe eines gemeinsamen Kindes verlangt, tritt zwar in aller Regel nur ein, wenn die Eltern geschieden sind oder doch voneinander getrennt leben, also Ehegatten waren oder sind. Der Fall, daß ein Elternteil den Herausgabeanspruch gegen

anderen Elternteil geltend macht, obwohl er mit diesem zusammenlebt, ist praktisch kaum denkbar. Falls ein Elternteil dem anderen, obwohl er mit diesem zusammenlebt, das Kind vorenthalten will, so kann er das praktisch nur dadurch, daß er es in die Obhut eines ihm ergebenden oder von ihm abhängigen Dritten verbringt. In einem solchen Fall aber wird der Elternteil, dem das Kind vorenthalten wird, seinen Herausgabeanspruch gegen den Dritten mit der Begründung geltend machen, daß diesem ein Recht zum "Besitz" des Kindes nicht zustehe.

Als der Gesetzgeber durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (BGBl I S. 609) die Bestimmung des § 1632 Abs. 2 in das BGB einfügte, hat er damit ersichtlich zunächst nur an Regelung für die Fälle gedacht, daß geschiedene oder getrennt lebende Ehegatten sich um ihr Kind streiten. Das ergibt sich sowohl aus der Begründung zum Entwurf dieses Gesetzes - BT-Drucksache Nr. 224, 2. Wahlperiode, S. 60,- als auch aus den Beratungen des mit diesem Entwurf befaßten Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (vgl. Protokoll Nr. 59 über die Sitzung dieses Ausschusses vom 4. Oktober 1956).

Danach läßt sich gewiß nicht verkennen, daß diese Neuordnung in engem Zusammenhang steht mit der in den §§ 1671, 1672 BGB dem Vormundschaftsgericht zugewiesenen Aufgabe, die elterliche Gewalt über ein Kind solcher, d.h. geschiedener oder getrennt lebender Eltern bzw. Ehegatten zu regeln.

Das Kernstück dieser dem Vormundschaftsgericht hiernach zufallenden Regelung ist die Entscheidung darüber, welchem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes übertragen werden soll. Mit dieser Entscheidung aber wird, da die Sorge für die Person des Kindes gemäß § 1632 Abs. 1 BGB auch das Recht umfaßt, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Sorgeberechtigten widerrechtlich vorenthält, zugleich über die Grundlage des Herausgabeanspruchs entschieden.

den. An eine solche Entscheidung war schon nach dem vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes geltenden Recht der Prozeßrichter gebunden, während umgekehrt eine im Herausgabeprozeß ergangene Entscheidung des Prozeßrichters den Vormundschaftsrichter nicht hinderte, mit Rücksicht auf die Interessen des Kindes das Sorgerecht der in diesem Prozeß unterlegenen Partei zu übertragen (Urteile des Senats IM Nr. 1 zu § 1707 BGB sowie BGHZ 19, 190). Eine solche Übertragung konnte das Vormundschaftsgericht auch unter Abänderung einer früher von ihm getroffenen Regelung vornehmen, wie dies im § 74 Abs. 6 EheG 1946 ausdrücklich vorgesehen war und auch jetzt noch auf Grund der Bestimmung des § 1696 BGB geschehen kann. Unter diesen Umständen erschien es dem Gesetzgeber, wie das in den Materialien zum Gleichberechtigungsgesetz an den oben angeführten Stellen deutlich zum Ausdruck gekommen ist, zweckmäßig, über die Herausgabe von vornherein das Vormundschaftsgericht entscheiden zu lassen, da andernfalls der Fall eintreten könnte, daß das ordentliche Gericht zunächst die Herausgabe des Kindes an den Vater verfügt und hinterher durch eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, in der es dem Antrag der Frau, ihr das Sorgerecht zu übertragen, entsprechen würde, jener Entscheidung des ordentlichen Gerichts der Boden entzogen wird.

Die Aufgabe und die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, nach Maßgabe der §§ 1671, 1672 BGB die elterliche Gewalt über das Kind, um dessen "Besitz" die Eltern sich streiten, zu regeln, war hiernach, wie auch das Berufungsgericht bemerkt, das entscheidende gesetzgeberische Motiv für die Einführung des § 1632 Abs. 2 BGB.

Eine solche Regelung kommt bei einem Kind, das für ehelich erklärt ist, weder nach deutschem noch, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, nach griechischem Recht in Betracht. Nach § 1738 BGB verliert die uneheliche Mutter mit der Ehelichkeitserklärung das

Sorgerocht. Daß es unter bestimmten Voraussetzungen wieder aufleben kann, wäre allein noch kein Grund, die Entscheidung über einen gegen die Mutter gerichteten Herausgabeanspruch dem Vormundschaftsgericht zu übertragen. Denn dieses hat es hier grundsätzlich nicht in der Hand, durch eine unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes von ihm nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu treffenden Entscheidung das Wiederaufleben des Sorgerochts der Mutter herbeizuführen. Auch an die unter Umständen von ihm zu treffende Feststellung, daß die elterliche Gewalt des Vaters ruht (§ 1674 BGB), womit gemäß § 1738 Satz 2 BGB eine Voraussetzung für das Wiederaufleben der elterlichen Gewalt der Mutter eintreten würde, wäre zwar das ordentliche Gericht gebunden. Es braucht aber mit ihrem Erlaß in aller Regel, vor allem aber mit einer Änderung einer etwa insoweit getroffenen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht zu rechnen. Bei Anhängigkeit eines Verfahrens zum Zwecke der Herbeiführung einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1674 BGB könnte es gemäß § 148 ZPO den vor ihm anhängigen Rechtsstreit aussotzen.

Gleichwohl besteht kein Grund, die Bestimmung des § 1632 Abs. 2 BGB, wie es ihrem Wortlaut entspricht, nicht auch in Fällen der vorliegenden Art anzuwenden. Denn es ist zweckmäßig, daß die Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Klägers auch in solchen Fällen in die Hand des Vormundschaftsrichters gelegt wird, und zwar deshalb, weil sich hier die Frage stellen kann und regelmäßig stellen wird, ob sich das Herausgabeverlangen des Klägers - unabhängig von der Frage, ob es rechtlich begründet ist, als ein Mißbrauch seines Sorgerechts darstellt. Zur Entscheidung dieser Frage aber ist in erster Linie der Vormundschaftsrichter berufen, weil es im Falle ihrer Bejahung ihm obliegt, gemäß § 1666 Abs. 1 BGB die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der für das Wohl des Kindes drohenden Gefahr erforderlich sind. Ein Mißbrauch des Sor-

gerechts kann in dem Herausgabeverlangen eines Vaters insbesondere dann liegen, wenn die Durchführung des von ihm verfolgten Anspruchs zu einer ernstlichen Gefährdung des Kindes in seiner körperlichen, seelischen oder geistigen Entwicklung führen müßte, etwa deshalb, weil es unvermittelt aus den persönlichen und sachlichen Beziehungen des Lebenskreises, mit dem es bis dahin bereits fest verwachsen ist, herausgerissen und damit einer inneren und äußeren Entwurzelung anheimgegeben würde. Eine solche Gefährdung für die Entwicklung des Kindes kann insbesondere dann zu besorgen sein, wenn es dabei in eine ihm völlig fremde Umgebung überführt werden soll, und zwar derart, daß damit unvermeidlich eine nahezu völlige und endgültige Trennung von der Mutter verbunden wäre (aus der umfangreichen Rechtsprechung zu diesem Fragengebiet vgl. RG JW 07, 6; JW 36, 2585 BayObIG OLG 21, 267; BayObIGZ 34, 161, 225, 299; KG JFG 4, 24; 21, 12; Ns Rpfl 52, 31).

Diese Frage würde das Vormundschaftsgericht auch im vorliegenden Falle, und zwar auch dann noch zu prüfen haben, wenn etwa das Prozeßgericht dem Herausgabeanspruch des Vaters stattgegeben hätte. Das Vormundschaftsgericht würde dann auf Grund dieser Prüfung u.U. Maßnahmen zu treffen haben, die die Durchführung des Richterspruches in Frage stellen könnten. Unter solchen Umständen ist es zweifellos zweckmäßiger, daß die Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Klägers samt seiner Beurteilung unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Gefährdung des Kindes von vornherein dem Vormundschaftsrichter übertragen wird, zumal dieser nach dem für sein Verfahren geltenden Grundsatz der Amtsermittlung eher in der Lage ist, alle zur Aufklärung des Sachverhalts geeigneten Ermittlungen - gegebenenfalls unter Zuziehung eines Sachverständigen für Jugendpsychologie - von Amts wegen vorzunehmen.

Durch den Umstand, daß der Kläger Ausländer ist und im Ausland wohnt, und daß möglicherweise auch die Tochter der Parteien durch ihre Legitimation die griechische Staatsangehörigkeit erworben hat und damit den ausländischen Wohnsitz ihres Vaters teilt (vgl. §§ 4 und 17 Nr. 5 StAG, § 11 Abs. 1 BGB), würde das gemäß §§ 36, 43 FGG für den inländischen Aufenthalt des Kindes zuständige deutsche Vormundschaftsgericht nicht gehindert sein, auf Grund der ihm zukommenden internationalen Zuständigkeit zum Wohle des Kindes Maßnahmen nach § 1666 BGB zu treffen und die Entscheidung dieses Rechtsstreits zu übernehmen. Es kann dazu auf die grundsätzlichen Ausführungen in der Entscheidung des Bayrischen Obersten Landesgerichts vom 16. Januar 1959 - NJW 1959, 1038 - verwiesen werden.

Daß das Berufungsgericht sich einer eigenen Kostenentscheidung enthalten und diese dem Vormundschaftsgericht überlassen hat, entspricht der Rechtslage (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, Anm. 3 B zu § 17 GVG).

Die Kosten der Revision fallen gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der Beklagten zur Last.

Ascher Raske Wüstenberg Maaß

Bundesrichter Wilden ist
beurlaubt und verhindert
zu unterschreiben.

Ascher