

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtliche Sammlung !

- - - - -

Gesetz: BGB § 1632; EheG § 74; FGG §§ 1, 33; GVG § 13

Rechtssatz: Streiten geschiedene Ehegatten darüber, ob ein gemeinsames Kind von dem einen an den anderen herauszugeben sei, so ist das Vormundschaftsgericht berufen, die Entscheidung und gegebenenfalls die zur Durchführung der Herausgabe erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Im Verhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten ist der Rechtsweg bei einer solchen Streitigkeit unzulässig.

Aktenzeichen: IV ZR 296/55

Urteil des BGH vom 30. 11. 1955 OLG Frankfurt/Main

IV ZR 296/55

Verkündet
am 30. Nov. 1955
Schorm, Justizangest. I m N a m e n d e s V o l k e s
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Frau Edith H [REDACTED] geb. S [REDACTED] in O [REDACTED]
Hessen, oberh. der Bürgermeisterei,
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

g e g e n

den Lokomotivheizer Karl L [REDACTED] in F [REDACTED]/Hes-
sen, M [REDACTED],
Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. November 1955 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Johannsen, Dr. Kregel und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 14. Juni 1955 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der
3. Zivilkammer des Landgerichts in Gießen vom
3. Januar 1955 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat auch die Kosten des Berufungs-
und Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien waren früher miteinander verheiratet. Aus ihrer Ehe ist das am [REDACTED] 1951 geborene Kind Monika L. [REDACTED] hervorgegangen. Die Ehe wurde durch Urteil des Landgerichts in Gießen vom 25. November 1951, das rechtskräftig geworden ist, geschieden. Durch Beschluß des Amtsgerichts in Friedberg vom 22. März 1954 wurde die Personensorge für die Tochter Monika dem Kläger übertragen. Die Beklagte weigert sich, das Kind, das sich bei ihr befindet, dem Kläger zu überlassen.

Dieser hat deshalb bei dem Landgericht in Gießen Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, das Kind Monika L. [REDACTED] an ihn herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, daß für die Klage kein Rechtsschutzinteresse bestehe, weil die Herausgabe mittels Anrufung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen sei.

Dementsprechend hat das Landgericht die Klage durch Urteil vom 3. Januar 1955 abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt und neu vortragen, das zuständige Vormundschaftsgericht halte sich nicht für befugt, zwangsweise die Verbringung des Kindes von der Beklagten zu dem Kläger durchzusetzen.

Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 14. Juni 1955 die Entscheidung des Landgerichts geändert und die Beklagte nach dem Klagantrag verurteilt.

Mit der Revision, die von dem Berufungsgericht zugelassen worden ist, verfolgt die Beklagte ihren



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Antrag auf Klagabweisung weiter.

Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach einer in den letzten Jahren zur Herrschaft gelangten Rechtsansicht kann das Vormundschaftsgericht, wenn es nach der Scheidung einer Ehe die Sorge für ein aus der Ehe hervorgegangenes Kind gemäß § 74 EheG einem der früheren Ehegatten übertragen hat, durch Anwendung der in § 33 FGG vorgesehenen Zwangsmittel durchsetzen, daß der andere Ehegatte dem Sorgeberechtigten das Kind herausgibt. Daraus wird dann gefolgert, daß für eine vor dem Prozeßgericht erhobene, auf § 1632 BGB gestützte Herausgabeklage des Sorgeberechtigten gegen den anderen früheren Ehegatten kein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden sei. Das Landgericht hat sich dieser Meinung angeschlossen und deshalb die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat sich jedoch die dagegen vorgebrachten, von ihm selbst bereits in einer früheren Entscheidung (MDR 1950, 684) ausgesprochenen Bedenken zu eigen gemacht und, da die sachlichen Voraussetzungen des § 1632 BGB hier derzeit nach dem unstreitigen Sachverhalt vorliegen, die Beklagte zur Herausgabe des Kindes an den Kläger verurteilt. Die Revision erstrebt die Wiederherstellung des im ersten Rechtszug ergangenen Urteils, weil der Meinung beizutreten sei, daß es für eine Klage der hier in Rede stehenden Art unter geschiedenen Ehegatten an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle.

Dem Rechtsmittel ist stattzugeben.

2. Bevor das EheG vom 6. Juli 1938 galt, konnte derjenige geschiedene Ehegatte, dem nach § 1635 BGB die

Sorge für ein aus der Ehe hervorgegangenes Kind zustand, von dem anderen, der ihm das Kind vorenthielt, die Herausgabe nur durch Klage bei dem Prozeßgericht erreichen. Das wurde seinerzeit nicht in Zweifel gezogen, und zwar auch nicht, als § 33 FGG durch Art 4 der VO zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen vom 5. August 1935 (RGBl I, 1065 [1071, 1072]) neu gefaßt und damit die Vollziehung von Anordnungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere der Anordnung, eine Person herauszugeben, einheitlich für das gesamte Reichsgebiet geregelt war. Geraume Zeit, nachdem dem Vormundschaftsgericht durch § 81 des EheG vom 6. Juli 1938 bei der Übertragung des Sorgerechts für Kinder aus geschiedenen Ehen umfassendere Funktionen zugeteilt worden waren, als sie ihm vorher zugestanden hatten, gab jedoch ein Erkenntnis des Reichsgerichts den Anstoß zu einer neuen Rechtsentwicklung. Das Reichsgericht erkannte nämlich durch ein Urteil vom 26. Januar 1944 (DR 1944, 334) dahin, daß seit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes im Verhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten für eine Klage auf Herausgabe eines gemeinsamen Kindes der Rechtsweg unzulässig sei. Begründet wurde dies damit, daß im Gegensatz zu der bisherigen gesetzlichen Regelung dafür, wem die Sorge für die Person des Kindes zukomme, allein das Wohl des Kindes maßgebend sei und die Entscheidung darüber ausschließlich in den Händen des Vormundschaftsgerichts liege. Das Vormundschaftsgericht habe daher auch zu entscheiden, bei welchem der früheren Ehegatten das Kind seinen Aufenthalt zu nehmen habe, und könne die Vollziehung dieser Anordnung nach § 33 FGG erzwingen. Die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes sei also kein subjektives Recht des einen oder anderen Ehegatten mehr. Da das Vormundschaftsgericht allein dazu berufen und in der Lage sei, alle Umstände, die für die Eignung des einen oder

anderen Elternteils sprächen, richtig und erschöpfend zu würdigen und demgemäß den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, stelle es einen überflüssigen und unzeitgemäßen Formalismus dar, wenn zur Herbeiführung und Erzwingung der Herausgabe des Kindes noch ein Prozeßverfahren vor dem ordentlichen Gericht eingeschaltet würde. Die Vorschrift des § 1632 BGB sei im Verhältnis geschiedener Ehegatten zueinander überholt.

Das Reichsgericht hat keine Gelegenheit mehr gehabt, diese Gedankengänge weiter auszubauen. Sie sind jedoch später in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte aufgenommen worden und haben im Laufe der Zeit jedenfalls im Ergebnis weitgehend Anerkennung gefunden.

Zunächst haben sich die Oberlandesgerichte in Kiel (SchlHA 1947, 62) und Tübingen (DRZ 1948, 100) der Auffassung des Reichsgerichts auch für die Zeit angeschlossen, seitdem das Sorgerecht für Kinder aus geschiedenen Ehen nach § 74 des EheG vom 20. Februar 1946 geregelt wird. Das Oberlandesgericht in Hamm ist alsdann zwar von der Auffassung des Reichsgerichts abgerückt, daß für eine Klage auf Herausgabe eines Kindes unter geschiedenen Ehegatten der Rechtsweg unzulässig sei, doch hat es die Ansicht vertreten, daß in solchem Falle für eine Klage vor dem ordentlichen Gericht kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, weil das Vormundschaftsgericht die Herausgabe des Kindes an den sorgeberechtigten Elternteil anordnen und erzwingen könne; dies sei jetzt der einzige Weg, auf dem die Herausgabe durchzusetzen sei (HEZ 2, 191, 323). Dem sind mehrere Oberlandesgerichte beigetreten, wobei sie allerdings häufig die außerdem bestehende Möglichkeit einer Klage nach § 1632 BGB unter geschiedenen Ehegatten nicht schlechthin ausgeschlossen haben. Das

Schrifttum hat sich ebenfalls weitgehend die Auffassung zu eigen gemacht, daß im Verhältnis geschiedener Ehegatten die Kindesherausgabe durch das Vormundschaftsgericht anzuordnen und durchzuführen sei.

Dagegen sind dieser Ansicht, die als herrschend bezeichnet werden kann, außer dem Senat des Oberlandesgerichts in Frankfurt, der hier entschieden hat, vor allem das Landgericht in Stuttgart (MDR 1952, 45) und ferner Barrstedt (MDR 1950, 195, 1952, 305) und Sigloch (ArchZivPrax 154, 243) entgegengetreten.

3. Die gegen die herrschende Meinung vorgebrachten, zum großen Teil formalen Einwände vermögen es nicht zu rechtfertigen, daß eine mit dem Sinn und Geist des Gesetzes in Einklang stehende, allseits als sachgemäß anerkannte Rechtsentwicklung rückgängig gemacht wird. Es kann nicht anerkannt werden, daß die Rechtsprechung die ihr gesetzten Grenzen überschritten habe, wenn sie durch eine entsprechende Auslegung und Ergänzung des Gesetzes in der von diesem selbst angezeigten Richtung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß nunmehr ausschließlich das ohnehin mit der Sorgerechtsregelung befaßte Vormundschaftsgericht auch den Streit zwischen den geschiedenen Ehegatten über die Herausgabe eines gemeinsamen Kindes zu entscheiden und die Entscheidung zu vollstrecken hat.

Wichtig ist, daß § 33 FGG das Vormundschaftsgericht nicht ermächtigt, den Aufenthalt von Kindern aus geschiedenen Ehen zu bestimmen, und daß auch § 74 EheG keine solche Ermächtigung gibt. Der erkennende Senat hat ausgesprochen, daß die nach § 74 EheG erfolgende Zuteilung des Sorgerechts an einen der früheren Ehegatten die Personensorge als Ganzes betrifft, und daß die Vorschrift keine Rechtsgrundlage für Einzelanordnungen über die Personensorge bildet,

Einzelmaßnahmen vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB zulässig sind (BGHZ 3,220 und NJW 1952, 1254). Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, daß "das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht", die Kinder zu pflegen und zu erziehen, in Art 6 Abs 2 GrundG anerkannt ist, und daß der Staat in diesen eigenständigen Verantwortungsbereich nur ausnahmsweise und unter bestimmten festgelegten Voraussetzungen eingreifen darf. Das gilt auch bei Kindern aus geschiedenen Ehen. Für sie kann das Vormundschaftsgericht nicht von sich aus diejenigen Einzelmaßnahmen anordnen, die der sorgeberechtigte Elternteil in Ausübung seines Erziehungsrechts zu treffen hat und zu denen auch die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes gehört.

Abgesehen davon, daß das Vormundschaftsgericht hier wie sonst unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB eingreifen kann, vermag es jedoch die Erziehung und Entwicklung eines Kindes aus einer geschiedenen Ehe erheblich dadurch zu beeinflussen, daß es die getroffene Sorgerechtsregelung ändert, wozu es nach § 74 Abs 6 EheG befugt ist, wenn es das im Interesse des Kindeswohles für angezeigt hält. Das Recht zur Aufenthaltsbestimmung als solches hat das Vormundschaftsgericht auch damit nicht erhalten. Im Ergebnis wird es aber in den meisten Fällen darauf hinauskommen, daß das Vormundschaftsgericht mit der Zuteilung der Personensorge an den einen der früheren Ehegatten oder mit der Änderung der getroffenen Regelung und der Übertragung der Sorge auf den anderen auch über den Aufenthalt des Kindes entscheidet. Hält sich das Kind bei dem nicht sorgeberechtigten Ehegatten auf und verweigert dieser die von dem anderen verlangte Herausgabe mit mehr oder weniger guten

Gründen, so wird der in Anspruch Genommene häufig eine Änderung der Sorgerechtszuteilung beantragen, um der Klage den Boden zu entziehen, und es wird in diesem Falle meist auch Veranlassung für das Vormundschaftsgericht bestehen, zu überprüfen, ob die getroffene Sorgerechtsregelung aufrechtzuerhalten oder zu ändern ist. Es wäre in hohem Maße unangebracht und den Belangen des Kindes abträglich, wenn trotzdem das Prozeßgericht über die Herausgabe zu erkennen hätte. Denn das Prozeßgericht wäre nach der herrschenden Rechtsprechung, der sich auch der erkennende Senat angeschlossen hat (LM § 1707 BGB Nr 1) und an der jedenfalls für die Regelfälle festzuhalten ist, nicht berechtigt, seine Entscheidung davon abhängig zu machen, ob die Herausgabe dem Wohle des Kindes dient, während das Vormundschaftsgericht auch nach der Entscheidung des Prozeßgerichts nicht gehindert wäre, gerade mit Rücksicht auf das Kindeswohl die Sorgerechtsverteilung neu zu regeln. Es würde zu einer Vermehrung der Verfahren führen und sich widersprechende, das Kind zwischen den Eltern hin- und herreißende und seine Entwicklung u.U. schwer schädigende Entscheidungen und Anordnungen wären möglich, wenn hier das Prozeßgericht auf Antrag des Sorgeberechtigten ohne Rücksicht auf die Belange des Kindes ein vollstreckbares Urteil über die Herausgabe zu erlassen hätte.

Dringende sachliche Bedürfnisse nötigen deshalb dazu, eine Gesetzeslücke, die die Regelung des Personensorgerechts für Kinder aus geschiedenen Ehen aufweist und die ersichtlich seinerzeit von dem Gesetzgeber nicht bemerkt worden ist, zu schließen, indem ausschließlich dem Vormundschaftsgericht die Funktion zuerkannt wird, dem Sorgebe-

rechtigten das ihm von dem anderen Elternteil streitig gemachte Recht auf Herausgabe des Kindes zuzusprechen, und zwar durch eine nach § 33 FGG vollstreckbare Anordnung.

Den menschlichen Interessen des Kindes, die dies erfordern, kommt hier ausschlaggebende Bedeutung zu. Das Gesetz selbst bringt in § 74 EheG zum Ausdruck, daß gerade das Wohl der Kinder aus geschiedenen Ehen, die außerhalb des natürlichen Familienzusammenhangs aufwachsen müssen und dadurch von vornherein in ihrer Entwicklung benachteiligt sind, besonders im Auge behalten werden sollen. Durch Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften darf das nicht hinfällig gemacht werden. Solche Vorschriften sind nicht Selbstzweck, sondern sollen dazu dienen, eine echte Ordnung der Verhältnisse herbeizuführen. Auch wird die Rechtssicherheit, die sie dabei zu gewährleisten haben, nicht beeinträchtigt, wenn zwischen geschiedenen Eltern über die Herausgabe gemeinsamer Kinder im Rahmen der freiwilligen statt wie bisher in dem der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist.

Der Schließung der Gesetzeslücke durch Zuweisung der Streitigkeit an das Vormundschaftsgericht steht § 1 FGG nicht entgegen. Das Reichsgesetz, das nach dieser Vorschrift die Zuständigkeit der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründet, ist hier die ausdehnend und damit richtig ausgelegte Bestimmung des § 74 EheG, die als eine vom Kontrollrat erlassene Vorschrift einem Reichsgesetz gleichsteht.

Es läßt sich allerdings nicht in Abrede stellen, daß die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gewisser Hinsicht freier gestellt sind als

es bei den im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig werdenden Gerichten der Fall ist. Zunächst mag deshalb die Befürchtung verständlich erscheinen, daß das bei einer Auseinandersetzung über den Aufenthalt des Kindes zur Regelung der Verhältnisse berufene Vormundschaftsgericht in unzulässiger Weise in den eigenen Verantwortungsbereich der Eltern eingreifen oder diesen für die Verwirklichung ihrer Rechte nicht dieselbe Sicherheit wie das ordentliche Gericht bieten könnte. Eine solche Befürchtung wäre jedoch unbegründet. Die Anordnung, das Kind dem Sorgeberechtigten herauszugeben, darf nur auf dessen Antrag ergehen; sie von Amts wegen zu treffen, wäre das Vormundschaftsgericht nicht befugt, da es nicht von sich aus zu bestimmen hat, wo sich das Kind aufhalten soll, und gegenüber Kindern von geschiedenen Eltern anders als bei unter Vormundschaft stehenden Kindern nicht die in § 1838 Satz 1 BGB vorgesehenen gesetzlichen Möglichkeiten bestehen. Nur die Zuständigkeit zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch des sorgeberechtigten geschiedenen Ehegatten gegenüber dem anderen wird durch die gebotene ergänzende Gesetzesauslegung vom ordentlichen Gericht auf das Vormundschaftsgericht verlagert, ohne daß damit der Staatsgewalt mehr Eingriffsmöglichkeiten in die Erziehungsrechte der Eltern zuerkannt werden, als ihr an sich zustehen. Andererseits kann der Sorgeberechtigte selbst sich darauf verlassen, daß auch das Vormundschaftsgericht sein berechtigtes Verlangen auf Herausgabe des Kindes anerkennen und verwirklichen wird. Wenn es bei seiner Entscheidung kraft der ihm nach § 74 Abs 6 EheG zustehenden Befugnisse in jedem Falle das Wohl des Kindes zu beachten hat und deshalb ein Herausgabe-

begehren ablehnen kann, dem das Prozeßgericht stattgeben müßte, so wird dadurch das Erziehungsrecht des Sorgeberechtigten, wenn es richtig verstanden wird; nicht beeinträchtigt, denn die Ausübung dieses Rechts soll gleichfalls an dem Wohl des Kindes ausgerichtet sein. Ist das Herausgabebegehren mit den Belangen des Kindes nicht unvereinbar, so darf das Vormundschaftsgericht das Recht des Antragstellers nicht durch Ablehnung des Antrags verkürzen, und es muß dann auch dafür sorgen, daß die Herausgabeanordnung durchgeführt wird. Eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts dahin, daß dem Antragsteller das Sorgerecht zu belassen, trotzdem aber sein Antrag auf Anordnung der Herausgabe des Kindes abzulehnen sei, wäre also nur zulässig, wenn diese Regelung ihm gegenüber ausnahmsweise einmal nach § 1666 Abs 1 BGB zu rechtfertigen wäre.

Daß die Vollziehung der Anordnung des Vormundschaftsgerichts auf Herausgabe hier der Vollstreckung eines Anspruchs des Sorgeberechtigten dient, während sonst Maßnahmen, die nach § 33 FGG getroffen werden, im allgemeinen zur Durchsetzung einer Verfügung gelten, die das Gericht von Amts wegen getroffen hat, ist ebenfalls kein Argument gegen die herrschende Ansicht. Ebensowenig kann geltend gemacht werden, es würden die Grenzen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit verwischt. Der aus dem Erziehungsrecht fließende Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist mit vermögensrechtlichen Ansprüchen nicht auf eine Stufe zu stellen, so daß es nicht unsachgemäß und unorganisch ist, wenn er mindestens in denjenigen Fällen aus dem Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit herausgenommen wird, in denen dies dringend erforderlich

ist. Auch sonst werden im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Streitverfahren durchgeführt (BGHZ 6, 248 [254]; 10, 155 [162]; BGH LM § 16 FGG Nr 2), für die sich bestimmte Verfahrensgrundsätze, die deren Eigenart Rechnung tragen, herausgebildet haben, wenn in dieser Hinsicht auch noch vieles im Fluß ist (vgl. Bärmann ArchZivPrax 154, 373 [393 ff]). Wie sich das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht und in den nachfolgenden Rechtszügen im einzelnen gestaltet, ist hier nicht zu entwickeln.

Die nach dem Vorstehenden notwendige ergänzende Auslegung des § 74 EheG fügt sich, was das Verfahren für die Regelung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern betrifft, einer allgemein erkennbaren Rechtsentwicklung auf dem in Frage stehenden Gebiet ein. So ist die Rechtsansicht im Vordringen begriffen, daß das Vormundschaftsgericht, nicht das Prozeßgericht, darüber zu entscheiden habe, ob dem nicht sorgeberechtigten geschiedenen Elternteil überhaupt ein Recht zum Verkehr mit dem Kinde zustehe (KG MDR 1952, 616; OLG Nürnberg BayJMBL 1952, 187; Palandt-Lauterbach BGB 11. bis 14. Aufl § 75 EheG Anm 6, anders bis zur 10. Aufl dort; Hoffmann-Stephan EheG § 75 Anm 6 A). Außerdem kann, seitdem das der Gleichberechtigung der Geschlechter entgegenstehende Recht außer Kraft getreten ist, nach einer häufig vertretenen Rechtsauffassung ein Ehegatte jetzt auch bei bestehender Ehe die von dem anderen verweigerte Herausgabe eines gemeinsamen Kindes nicht durch eine Klage bei dem Prozeßgericht erreichen, sondern nur, indem er sich an das Vormundschaftsgericht wendet (LG Hamburg NJW 1953, 989; Arnold Gleichberechtigung § 1632 Anm 3; Finke NJW 1953, 606 [609]). Dementsprechend hat auch der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Gleichbe-

rechtertigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Bundestagsdrucksache 2. Wahlperiode Nr 224) vorgesehen, in § 1632 B.B eine Bestimmung aufzunehmen, nach der das Vormundschaftsgericht entscheiden soll, wenn ein Elternteil die Herausgabe des Kindes von dem anderen verlangt. Der Entwurf behandelt also in dieser Hinsicht Kinder aus bestehenden und geschiedenen Ehen gleich. Ob die in ihm vorgeschlagene Regelung schon dem geltenden Recht entspricht, soweit es sich um einen Streit über den Aufenthalt des Kindes zwischen Eltern handelt, die miteinander verheiratet sind, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Immerhin besteht bei der zu beobachtenden Rechtsentwicklung um so weniger Anlaß, eine dementsprechende, sachlich wohl begründete Rechtsmeinung aufzugeben, die, was Kinder aus geschiedenen Ehen betrifft, schon vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes im Zuge einer gesunden Rechtsfortbildung zur Herrschaft gelangt war.

Nach alledem ist es geltendes Recht, daß ein geschiedener Ehegatte von dem anderen die Herausgabe eines gemeinsamen Kindes nicht nach § 1632 BGB durch Klage bei dem Prozeßgericht, sondern nur durch Anrufung des Vormundschaftsgerichts erreichen kann. Mit dem Reichsgericht ist anzunehmen, daß der Rechtsweg für eine solche Klage unzulässig ist, da die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit innerhalb der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist, die Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft (BGHZ 10, 155 162; a.A. Baur Freiwillige Gerichtsbarkeit § 2 B III 5 S 32, über die besondere hier zu entscheidende Frage s. dort § 26 II 3 S 285; für Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Heraus-

gabestreit unter geschiedenen Ehegatten wohl auch Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. Vorbem. vor § 1 III 3, wie aus dem dortigen Zitat Fußn 129 a hervorgeht [ohne eigene Stellungnahme allerdings § 883 Anm III Fußn 14 a], und Rosenberg Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 6. Aufl. § 13 III 2 a S 54 unter Anführung desselben Zitats sowie Schlegelberger FGG in der 6. Aufl. Vorbemerkung I 2 vor § 33 S 330 im Gegensatz zur 5. Aufl.; auch Schlegelberger sagt jetzt, für den Prozeßweg sei kein Raum). Auf die Frage, ob für die Klage ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen würde, kommt es mithin nicht mehr an. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob sich das Vormundschaftsgericht im vorliegenden Falle für nicht befugt gehalten hat, die Herausgabe des Kindes anzuordnen und zu erzwingen. Der an sich verschlossene ordentliche Rechtsweg würde nicht dadurch eröffnet werden, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich zu Unrecht als unzuständig bezeichnet hat. Dem würde gegebenenfalls mit den im Rahmen dieser Gerichtsbarkeit bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten entgegenzutreten sein.

4. Es braucht nicht dazu Stellung genommen zu werden, ob das Verfahren vom ordentlichen Gericht an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgegeben werden könnte, wie das der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in einer vor dem ordentlichen Gericht anhängig gemachten Sache getan hat, in der ein Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit hätte angerufen werden müssen, die dafür bestimmte Frist jedoch durch die Beschreitung des Klageweges versäumt worden war (BGHZ 10, 155 [163]; zustimmend Keidel JZ 1953, 760 [761, 762]). Wenn eine Verweisung des Rechtsstreits als zulässig angesehen wird, so ist sie jedenfalls

nicht zwingend geboten und nach Lage der Umstände auch nicht erforderlich. Denn hier hat keine Partei einen entsprechenden Verweisungsantrag gestellt, es bestehen auch keine Ausschlußfristen und der Kläger kann sich ohne weiteres an das Vormundschaftsgericht wenden mit dem Begehren, die Herausgabe des Kindes anzuordnen, und damit dort ein Verfahren in Gang bringen. Auch wegen der in dem streitigen Verfahren entstandenen Prozeßkosten ist eine Verweisung nicht veranlaßt.

5. Das Landgericht hat die Klage deshalb mit Recht abgewiesen. Auf die Revision der Beklagten muß das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Berufung des Klägers als unbegründet zurückgewiesen werden. Klarzustellen ist jedoch, daß die Abweisung der Klage nicht wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses, sondern wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erfolgt.

Nach § 97 Abs 1 ZPO hat der Kläger die Kosten des Berufungsrechtszuges sowie diejenigen des Revisionsrechtszuges, die als Kosten seiner erfolglosen Berufung gelten, zu tragen.

Schmidt Raske Johannsen Kregel Wüstenberg