

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

EGBGB Art. 30

- a) Ist auf den Anspruch des Vaters gegen die Mutter auf Herausgabe des gemeinsamen Kindes italienisches Recht anzuwenden, dann ist die Entscheidung bei tatsächlicher Trennung der Eheleute unter Berücksichtigung der Art. 330, 333 Codice civile zu treffen. Dem Anspruch ist nicht stattzugeben, wenn dem Vater nach diesen Vorschriften das Aufenthaltsbestimmungsrecht abzuerkennen sein würde.
- b) Da die Vorschriften der Art. 330, 333 Cc in der Regel die Berücksichtigung der Kindesinteressen ausreichend gewährleisten, ist insoweit für eine Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB kein Anlaß.

BGH, Beschl. v. 18. Juni 1970 - IV ZB 69/69 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf
AG Neuss

BUNDESGERICHTSHOF

IV_ZB_69/69

BESCHLUSS

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung am 18. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß und der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Reinhardt und Dr. Buchholz

beschlossen:

Der Beschluß der 15. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 28. Juli 1969 wird aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Zugleich wird die Vollziehung des Beschlusses des Amtsgerichts Neuss vom 4. März 1969 bis zur Entscheidung über die Beschwerde der Mutter ausgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Die am 1. Mai 1959 geborene Silvia C. [REDACTED] stammt aus der am 11. November 1956 in Italien kirchlich geschlossenen Ehe des italienischen Staatsangehörigen Sabato C. [REDACTED] mit der deutschen Staatsangehörigen Edith D. [REDACTED]. Am 13. Februar 1969 hat die Mutter die eheliche Wohnung in Neuss verlassen. Sie ist nach Lörrach gezogen und hat das Kind Silvia ohne Wissen des Vaters mitgenommen. Inzwischen hat sie gegen den Vater Ehescheidungsklage erhoben.



Der weiter in N[REDACTED] wohnhafte Vater verlangt von der Mutter die Herausgabe des Kindes. Er hat sich darauf bezogen, daß die Mutter das Kind ohne seine Einwilligung aus dem Elternhaus entfernt hat, und behauptet, die Mutter habe sich wenig um Silvia gekümmert und unterhalte ein ehewidriges Verhältnis zu einem Herrn K[REDACTED], der nach Weil gezogen sei, wo auch die Mutter jetzt wohne. Auf seinen Antrag hat das Amtsgericht Neuss durch Beschluß vom 4. März 1969 angeordnet, daß die Mutter das Kind an den Vater herauszugeben hat. Da die Versuche des Vaters, der Mutter das Kind mit Hilfe des Gerichtsvollziehers wegzunehmen, daran gescheitert waren, daß das Kind nicht aufzufinden war, hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 7. März 1969 weiter angeordnet, daß die Mutter den Offenbarungseid darüber zu leisten hat, wo und bei wem sich das Kind befindet.

Die Mutter hat gegen diese Beschlüsse Beschwerde eingelegt. Sie hat geltend gemacht, das Kind werde beim Vater nicht ordentlich betreut. Der Vater führe keinen einwandfreien Lebenswandel, er treibe sich viel herum. Das Kind könne auch nicht, wie der Vater meine, durch die Mutter des Vaters ausreichend erzogen werden, denn diese sei bereits 72 Jahre alt, Analphabetin und nicht in der Lage, sich in der deutschen Sprache anders als in einfachen Redewendungen auszudrücken. Das Kind habe außerdem große Angst davor, zum Vater zurückkehren zu müssen. Schließlich bestehe die Gefahr, daß der Vater mit dem Kinde nach Italien ziehen werde.

Das Landgericht hat nach Anhörung der Eltern die Beschwerde der Mutter durch Beschluß vom 28. Juli 1969 zurückgewiesen. In Übereinstimmung mit dem Amtsgericht hat es für das Rechtsverhältnis der Eltern zu dem Kinde

nach Art. 19 EGBGB italienisches Recht angewendet. Die danach maßgebende Vorschrift des Codice civile (Cc), wonach der Vater allein die elterliche Gewalt ausübt, verstoße, wie das Landgericht ausgeführt hat, nicht gegen den deutschen ordre public. Der Vater könne deshalb nach Art. 318 Cc in Verbindung mit der Vorschrift des § 1632 Abs. 2 BGB das Kind von der Mutter herausverlangen.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die Mutter mit der weiteren Beschwerde. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hält ebenfalls die Regelung des italienischen Rechts mit dem deutschen ordre public für vereinbar und möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich an der beabsichtigten Entscheidung jedoch gehindert durch einen Beschluß des Kammergerichts vom 6. November 1967, das einer Regelung des irakischen Rechts, nach welcher ebenfalls die elterliche Gewalt allein dem Vater zusteht, wegen Verstoßes gegen den deutschen ordre public die Anwendung versagt hat. Wäre der in der Entscheidung des Kammergerichts vertretene Rechtsgrundsatz richtig, dann müßte, wie das Oberlandesgericht Düsseldorf ausgeführt hat, die weitere Beschwerde der Mutter Erfolg haben, weil bisher keinem der getrennt lebenden Elternteile die elterliche Gewalt übertragen worden sei und der Vater infolgedessen von der Mutter die Herausgabe des Kindes nicht verlangen könne. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Sache deshalb nach § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

1. Die Voraussetzungen für die Vorlegung nach § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das vorlegende Oberlandesgericht sieht in der Regelung des italienischen Rechts, nach der die elterliche Gewalt über die Kinder dem Vater zusteht, keinen Verstoß gegen den deutschen ordre public (Art. 30 EGBGB). Es weicht dahin ab von der Entscheidung des Kammergerichts vom 6. November 1967 (FamRZ 1968, 92 = NJW 1968, 361 = OLGZ 1968, 118), das eine entsprechende Vorschrift des irakischen Rechts gemäß Art. 30 EGBGB nicht angewendet hat. Der Vorlegung steht nicht entgegen, daß im einen Fall italienisches Recht und im anderen irakisches Recht zur Anwendung steht. Denn die Rechtsfrage, die darin geht, ob die Bestimmung, nach der die elterliche Gewalt dem Vater zusteht, gegen den deutschen ordre public verstößt, ist in beiden Fällen dieselbe. Nur hierauf kommt es aber für die Vorlegung nach § 28 Abs. 2 FGG an, nicht darauf, ob es sich um die Anwendung desselben Gesetzes handelt (BGHZ 7, 339, 342; 25, 186, 188; Keidel FGG 9. Aufl. § 28 Rn 18; Jansen FGG 2. Aufl. § 28 Rn 9).

Der Bundesgerichtshof hat daher über die weitere Beschwerde zu befinden (§ 28 Abs. 3 FGG).

2. Die weitere Beschwerde ist begründet.

a) Für die verfahrensrechtliche Durchführung des Anspruchs des Vaters auf Herausgabe des Kindes ist auch bei ausländischer Staatsangehörigkeit des Vaters nach § 1632 Abs. 2 BGB die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gegeben (OGHZ 4, 251, 252). Gegen die

Annahme der örtlichen Zuständigkeit nach den §§ 43, 36 Abs. 1 FGG, die zugleich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründet (BayObLG 59, 8 = NJW 1959, 1038; OLG Saarbrücken FamRZ 1966, 42 = NJW 1966, 308; auch BGHZ 40, 1, 12), bestehen keine Bedenken.

b) Das Verlangen des Vaters auf Herausgabe des Kindes ist nur berechtigt, wenn dem Vater als Teil der elterlichen Gewalt das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht. Nach der zu einer allseitigen Kollisionsnorm ausgestalteten Regel des Art. 19 EGBGB ist die Entscheidung über die elterliche Gewalt nach den Gesetzen des Staates zu treffen, dem der Vater angehört. Die damit bestimmte Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Vaters wird, wie die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, von dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG nicht berührt. Dieser Standpunkt ist von dem Bundesgerichtshof bereits zu Art. 17 EGBGB (BGHZ 42, 7, 8) und zu Art. 22 EGBGB eingenommen worden (BGHZ 50, 370, 372 f). Er wird zu Art. 19 EGBGB aufrechterhalten (ebenso OLG Saarbrücken NJW 1966, 308, BayObLG FamRZ 1969, 341 = NJW 1969, 988; vgl. zu dem Fragenbereich ausführlich Gamillscheg in Rabels Z 1969, 654 ff).

Danach ist italienisches Recht anwendbar. Eine Rückverweisung auf deutsches Recht findet nicht statt, da die Einführungsbestimmungen zum Codice civile in Art. 20 Abs. 1 erster Halbsatz ebenfalls das Heimatrecht des Vaters entscheiden lassen.

c) Nach italienischem Recht übt der Vater allein die elterliche Gewalt aus (Art. 316 Satz 2 Codice civile, zitiert nach Band 6 der Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1968). Dazu gehört auch das Recht, das Kind, wenn es gegen seinen Willen das Haus verläßt, zurückzurufen (Art. 318 Cc), und zwar, wie in der italienischen Rechtspraxis angenommen wird, grundsätzlich auch von der Mutter (vgl. Jayme, Kindesherausgabenansprüche italienischer Eltern in Verfahren vor deutschen Gerichten, FamRZ 1964, 352, 354, 355). Dieses Recht besteht allerdings nicht, wenn dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht aberkannt ist.

Für den Fall des gerichtlichen Ausspruchs der Trennung der Ehegatten enthält das italienische Recht in Art. 155 Abs. 1 Cc die Vorschrift, daß das die Trennung aussprechende Gericht auch zu bestimmen hat, welcher Ehegatte die Kinder zu sich nehmen und für ihren Unterhalt, ihre Erziehung und ihren Unterricht sorgen soll. Für den Fall der tatsächlichen Trennung der Ehegatten enthält das italienische Recht keine Regelung. Insbesondere sieht es eine Zuteilung des Personensorgerechts an einen Ehegatten, wie sie im deutschen Recht nach § 1672 BGB i.V. mit § 1671 BGB möglich ist, nicht vor (Jayme FamRZ 1967, 496 zu Fußnote 7 m.Zit. aus der italienischen Rechtsprechung).

d) Das Fehlen einer Regelung über die Zuteilung des Personensorgerechts bei faktischer Trennung der Ehegatten hat die Rechtsprechung der deutschen Gerichte veranlaßt, mit Hilfe anderer Regelungen des italienischen Rechts eine angemessene Lösung zu erzielen.

So hat das OLG Hamburg angenommen, daß im Falle der Trennung der Eheleute die Mutter die Herausgabe des Kindes an den Vater verweigern dürfe, wenn sie nach Art. 151 Cc berechtigt sei, von dem Vater getrennt zu leben, was insbesondere der Fall sei, wenn sich der Vater gegen sie Ausschreitungen, Bedrohungen oder Beleidigungen schwerer Art habe zuschulden kommen lassen; in jedem Falle sei das Herausgabeverlangen des Vaters bei solcher Sachlage mißbräuchlich (HEZ 2, 263 unter Bezugnahme auf ein von Raape erstattetes Gutachten, bestätigt durch Urteil OGHZ 4, 251). Es kann dahinstehen, ob diese Auslegung des italienischen Rechts zutreffend ist. Denn das Landgericht hat im vorliegenden Fall rechtsbedenkenfrei festgestellt, daß die Voraussetzungen für ein Weigerungsrecht nach Art. 151 Cc nicht gegeben sind. Im übrigen vermöchte das Weigerungsrecht der Mutter nach Art. 151 Cc auch den Fällen nicht hinreichend Rechnung zu tragen, in denen entscheidend auf das Wohl des Kindes abzustellen ist. Auch dann, wenn der Frau und Mutter ein Recht zum Getrenntleben nach Art. 151 Cc zur Seite steht, ist nicht sicher, daß das Kindesinteresse bei einer Personensorge durch die Mutter am besten gewährleistet ist, wie umgekehrt das Fehlen eines Rechts der Mutter zum Getrenntleben nichts darüber aussagt, ob das Kind am besten bei dem Vater aufgehoben ist.

Das Landgericht Wiesbaden (FamRZ 1965, 284) und ebenso das Amtsgericht Achern (FamRZ 1966, 460) haben auf den Fall der tatsächlichen Trennung der Eheleute die für die gerichtliche Trennung geltende Vorschrift des Art. 155 Cc angewendet. Einer solchen Analogie steht aber entgegen, daß mit ihr der Boden der nach Art. 19 EGBGB gebotenen Anwendung des italienischen Rechts verlassen würde, weil, soweit bekannt, die italienische Rechtspraxis den Art. 155 Cc

nicht auf den Fall einer nur tatsächlichen Trennung der Eheleute bezieht (Jayme in Anm. FamRZ 1967, 496).

In einer späteren Entscheidung hat das Landgericht Wiesbaden (FamRZ 1967, 494) die Anordnung über das Personensorgerecht bei tatsächlicher Trennung der Eheleute unter Heranziehung der Art. 330, 333 Cc getroffen. Diesen Weg ist auch das Bayerische Oberste Landesgericht in einer neueren Entscheidung gegangen (FamRZ 1969, 341 = NJW 1969, 988). Dem ist beizupflichten.

Nach Art. 330 Cc kann das Gericht die Entziehung oder Verwirkung der väterlichen Gewalt aussprechen, wenn der sie ausübende Elternteil die mit der väterlichen Gewalt verbundenen Pflichten verletzt oder vernachlässigt und dadurch dem Kind einen schweren Nachteil zufügt. Nach Art. 333 Cc kann das Gericht, wenn das Verhalten des die väterliche Gewalt ausübende Elternteils zwar nicht Anlaß zum Ausspruch der Verwirkung gibt, aber doch nachteilig für das Kind ist, je nach den Umständen die im Interesse des Kindes geeigneten Anordnungen treffen und auch dessen Entfernung aus dem elterlichen Hause verfügen. Da das italienische Recht grundsätzlich von der Fortdauer der elterlichen Gewalt des Vaters ausgeht, ist anzunehmen, daß diese Vorschriften auch in dem Stadium der tatsächlichen Trennung der Eltern gelten. Inhaltlich stimmen sie allerdings nicht mit den Vorschriften der §§ 1672, 1671 BGB überein, nach der das Vormundschaftsgericht eine Regelung zu treffen hat, die in erster Linie am Wohle des Kindes ausgerichtet ist. Vielmehr haben die Anordnungen nach den Art. 330, 333 Cc ein das Kind schädigendes Verhalten des Elternteils zur Voraussetzung. Doch ist für die Anordnungen nach Art. 333 Cc nicht die Feststellung eines Verschuldens des Elternteils erforderlich (BayObLG FamRZ 1969, 341 zu II 5 f), so daß diese inhaltlich flexible Vorschrift

weitgehend eine Anordnung der im Interesse des Kindes erforderlichen Maßnahmen zuläßt. Demgemäß bemerkt Jayme (FamRZ 1967, 496) mit Recht, daß in vielen Fällen die faktische Trennung der Eltern mit Umständen verbunden sein wird, die eine Maßnahme nach Art. 333 Cc rechtfertigen. Soweit die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Vormundschaftsrichters nach dieser Vorschrift gegeben sind, kann dem Herausgabeverlangen des Vaters, sei es aus dem Gedanken des Mißbrauchs, sei es zufolge gleichzeitiger Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an die Mutter, nicht stattgegeben werden.

e) Angesichts dieser Regelung des italienischen Rechts wird im allgemeinen für eine Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB kein Anlaß sein. Insbesondere vermag der Umstand, daß die Grundlage der italienischen Regelung die elterliche Gewalt des Vaters ist und hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau gesehen werden könnte, wie er in Art. 3 Abs. 2 GG niedergelegt ist, eine Anwendung des Art. 30 EGBGB nicht zu rechtfertigen. Denn die Abweichung der ausländischen Regelung von den Normen der deutschen Verfassung stellt für sich keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* dar (BGHZ 42, 7, 13 f; BayObLG FamRZ 1955, 138; AG Hamburg FamRZ 1967, 498 und 500). Vielmehr ist entscheidend, ob im Einzelfall das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in einem so schwerviegenden Widerspruch steht, daß seine Anwendung für untragbar angesehen werden muß (BGHZ 50, 370, 376). Das läßt sich bei der gegebenen Sachlage nicht feststellen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß eine Entscheidung unter Anwendung der Art. 330, 333 Cc hier nicht in zureichendem Maße die Kindesinteressen berücksichtigen könnte.

f) Das Landgericht hat mit Recht geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Anordnung nach den Art. 330, 333 Cc vorliegen. Es hat das verneint und dazu ausgeführt, die Behauptungen der Mutter über ein das Kindeswohl gefährdendes Verhalten des Vaters seien nicht bewiesen. Die Versorgung des Kindes bei dem Vater sei gewährleistet. Der Umstand, daß das Kind nach der Behauptung der Mutter nicht zum Vater gehen wolle, sei gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vaters nicht zu beachten.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. Das Landgericht hat die Voraussetzungen der Art. 330, 333 Cc zu eng gezogen. Nach diesen Vorschriften kann dem Herausgabeverlangen des Vaters nicht stattgegeben werden, wenn es sich für das Kind als nachteilig erweist. Das könnte der Fall sein, wenn die Behauptung der Mutter zutrifft, daß der Vater schon zu der Zeit, als die Eltern noch zusammen lebten, keinen oder keinen ausreichenden Unterhalt für das Kind geleistet habe. Das könnte aber vor allem dann der Fall sein, wenn die Übersiedlung des Kindes von der Mutter zum Vater eine erhebliche Gefährdung der seelischen, geistigen oder körperlichen Entwicklung des Kindes bedeuten würde. Ob das anzunehmen ist, wäre im Hinblick auf die Behauptung der Mutter zu prüfen gewesen, Silvia leide unter Alpträumen und schreie nachts auf, weil sie fürchte, der Mutter und ihrer gewohnten Umgebung entrissen zu werden und zum Vater zu kommen. Zwar darf dem Umgebungswechsel keine zu große Bedeutung beigemessen werden. Vielmehr wird erfahrungsgemäß die seelische Erschütterung, welche die Übersiedlung eines Kindes von dem Elternteil, bei dem es bisher gelebt hat, zu dem anderen in aller Regel mit sich bringt, von einem Kind, das keine Besonderheiten aufweist, bald überwunden; sie muß dann im Interesse des zur

Ausübung der Personensorge berechtigten Elternteils in Kauf genommen werden (so zutreffend BayObLG in FamRZ 1969, 341, 344 zu 7 b). Doch ist immer auf Grund der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob nicht Besonderheiten vorliegen, die erwarten lassen, daß aus der Übersiedlung ein Schaden für das Kind erwächst, der es nicht erlaubt, dem Herausgabeverlangen im derzeitigen Stadium stattzugeben. Hierbei kann auch berücksichtigt werden, ob die Mutter das Kind dem Vater entfremdet hat, insbesondere, ob sie erst dadurch, daß sie das Kind ohne Einwilligung des Vaters aus dem Elternhaus und der gewohnten Umgebung entfernte, die seelische Belastung für das Kind geschaffen hat, die eine Rückführung zu dem Vater erschwert. Das Landgericht wird alle diese Umstände im Rahmen der Amtsermittlungspflicht des § 12 FGG zu prüfen haben. Dazu kann es angebracht sein, ein ärztliches Gutachten darüber einzuholen, ob und in welchem Maße sich die Rückführung des Kindes zu dem Vater auf die seelische, geistige oder körperliche Entwicklung des Kindes schädlich auswirkt. Weiter könnte in Betracht kommen, die Akten des zwischen den Parteien schwebenden Scheidungsverfahrens heranzuziehen, da sich möglicherweise auch aus den Verhandlungen und Beweisergebnissen dieses Verfahrens Aufschlüsse darüber ergeben, ob das Verhalten des einen oder anderen Elternteils nachteilig für das Kind war und demgemäß Bedeutung für eine Anordnung nach Art. 333 Cc gewinnen kann.

Die Sache ist daher zur weiteren Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. Zugleich ist die Vollziehung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 4. März 1969 auszusetzen, damit das weitere Verfahren ohne den Druck der Vollziehung aus diesem Beschluß, der möglicherweise keinen Bestand hat, betrieben werden kann.

Dr. Hauß

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz