

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

EGBGB Art. 30

Die Regelung des in Ägypten geltenden Hanefitischen Gesetzbuches, nach der die elterliche Gewalt auch nach Auflösung der Ehe von einem bestimmten Alter der Kinder ab in vollem Umfang dem Vater zusteht, stellt als solche keinen Verstoß gegen den deutschen ordre public (Art. 30 EGBGB) dar.

BGH, Beschl. v. 18. Juni 1970 - IV ZB 6/70 - BayObLG

LG München I

AG München

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 6/70

BESCHLUSS

in dem Verfahren

betreffend die elterliche Gewalt über das Kind
Ali S [REDACTED], geboren am 9. Februar 1963,
wohnhaft bei seiner Mutter, Frau Renate Sabri,
L [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

- Verfahrensbevollmächtigte der Mutter:

Rechtsanwälte Dres. [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]
in M [REDACTED] -,

- Verfahrensbevollmächtigte des Vaters Salah Sabri,
wohnhaft in M [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED]:

Rechtsanwältin Angelika H [REDACTED] in M [REDACTED] -.

- 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 des Landgerichts München I
vom 5. August 1969 wird zu Ziffer II auf-
gehoben und die Sache an das Landgericht
zur neuen Behandlung und Entscheidung zu-
rückverwiesen.

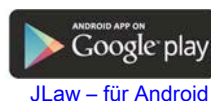
G r ü n d e

I.

Der am 9. Februar 1963 geborene Ali S. [REDACTED] stammt aus
der am 20. Dezember 1962 in München standesamtlich ge-
schlossenen Ehe des Maschinenbaustudenten Salah S. [REDACTED] mit
der Arzthelferin Renate U. [REDACTED]. Vater und Sohn sind Staats-
angehörige der Vereinigten Arabischen Republik (Ägypten),
die Mutter ist deutsche Staatsangehörige. Der Vater ist
Mohammedaner, die Mutter gehört der evangelischen Kirche
an; das Kind wird konfessionslos erzogen. Die Eltern le-
ben seit November 1963 getrennt. Ihre Ehe ist im Juli
1967 durch Urteil des Oberlandesgerichts München nach



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



§ 48 EheG ohne Schuldausspruch geschieden worden. Das Kind befindet sich seit seiner Geburt bei der Mutter. Die Eltern wohnen in der Bundesrepublik.

Die Mutter hat am 6. November 1967 beantragt, ihr die elterliche Gewalt über ihren Sohn Ali zu übertragen, der Vater hat die Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich beantragt. Nach Einholung eines Gutachtens des Instituts für Rechtsvergleichung der Universität München hat das Amtsgericht München durch Beschluß vom 4. März 1968 zu Ziffer I festgestellt, daß die elterliche Gewalt dem Vater zusteht, die Mutter jedoch berechtigt ist, das Kind bei sich zu behalten und die tatsächliche Personensorge auszuüben. Das Amtsgericht hat diese Entscheidung zufolge des Art. 19 EGBGB nach ägyptischem Recht getroffen und ausgeführt, die Anwendung dieses Rechts werde nicht nach Art. 30 EGBGB ausgeschlossen, weil das ausländische Recht im vorliegenden Falle die Interessen des Kindes ausreichend berücksichtige. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Landgericht München I durch Beschluß vom 5. August 1969 die Entscheidung des Amtsgerichts zu Ziff. I aufgehoben und die elterliche Gewalt auf die Mutter übertragen. Es hat angenommen, daß die Anwendung der ägyptischen Vorschriften über die Regelung der elterlichen Gewalt durch die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB ausgeschlossen sei, und seine Entscheidung nach § 1671 BGB getroffen. Gegen diesen Beschluß wendet sich der Vater mit der weiteren Beschwerde, mit der er die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses erstrebt, soweit darin festgestellt worden ist, daß ihm die elterliche Gewalt zusteht.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hält die weitere Beschwerde für begründet. Zwar stehe, wie es ausgeführt hat, nach ägyptischem Recht die elterliche Gewalt über die minderjährigen Kinder dem Vater zu (Art. 420 ff des hanef. Gesetzbuches). Doch werde diese väterliche Gewalt durch das Recht der mütterlichen Personensorge (hadanah) eingeschränkt, das bei Knaben bis zur Vollendung des siebenten Lebensjahres bestehe (Art. 380 ff, 391) und nach Art. 20 des Ägyptischen Dekret-Gesetzes Nr. 25 durch den Richter bis zum Alter von neun Jahren verlängert werden könne. Bei dieser Rechtslage werde die Anwendung des ägyptischen Rechts jedenfalls für die Zeit des Bestehens der hadanah nicht durch die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB ausgeschlossen. Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte daher der weiteren Beschwerde stattgeben und zugleich der Mutter in Verlängerung der hadanah die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes Ali bis zum 9. Februar 1972, dem Tag der Vollendung des neunten Lebensjahres, übertragen. Es sieht sich an dieser Entscheidung jedoch gehindert durch einen Beschluß des Kammergerichts vom 6. November 1967, das die Regelung des irakischen Rechts, nach der ebenfalls die elterliche Gewalt, eingeschränkt durch die mütterliche Pflegezeit, allein dem Vater zusteht, wegen Verstoßes gegen den deutschen ordre public nicht angewendet hat. Das BayObLG 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 FFG sind gegeben. Das vorlegende BayObLG will in der Frage der Anwendung des Art. 30 EGBGB auf eine Regelung des ausländischen Rechts, nach der die elterliche Gewalt über ein minderjähriges Kind von einem bestimmten Lebensalter ab allein dem Vater zusteht, von der Entscheidung des Kammergerichts vom 6. November 1967 (FamRZ 1968, 92 = NJW 1968, 361 = OLGZ 1968, 118) abweichen. Der Vorlegung steht nicht entgegen, daß die genannte Entscheidung des Kammergerichts die Anwendung des irakischen Rechts betrifft, während es das vorlegende Gericht mit einer Regelung des ägyptischen Rechts zu tun hat. Denn die beiden ausländischen Rechte stimmen in den hier in Betracht kommenden Regelungen der elterlichen Gewalt im wesentlichen überein. Daher ist die Rechtsfrage, ob sie nach deutschem internationalen Privatrecht anzuwenden sind oder nicht, in beiden Fällen dieselbe. Nur hierauf kommt es aber für die Vorlegung nach § 28 Abs. 2 FGG an, nicht darauf, ob die voneinander abweichenden Entscheidungen dasselbe Gesetz betreffen (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 des Vaters zu entscheiden (§ 28 Abs. 3 FGG).

2. Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ist von dem vorlegenden Gericht zutreffend bejaht worden. Auch die Annahme der Vorinstanzen, daß die Erstbeschwerde zulässig ist und ihr insbesondere nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung entgegensteht, ist nicht zu beanstanden.

3. Die weitere Beschwerde ist begründet.

a) Es geht um die Frage, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über den aus der geschiedenen Ehe der Eltern stammenden, am 9. Februar 1963 geborenen Sohn Ali zusteht. Die Ehelichkeit des Kindes ist von dem Landgericht im Ergebnis zutreffend bejaht worden. Sie bestimmt sich gemäß der zu einer allseitigen Kollisionsnorm ausgestalteten Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 EGBGB nach dem Heimatrecht des Vaters. Da der Vater Staatsangehöriger der Vereinigten Arabischen Republik (Ägypten) und Mohammedaner ist, kommt das in Ägypten für die mohammedanische Bevölkerung geltende Hanefitische Gesetzbuch (Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3. Aufl., Bd. VII, Vereinigte Arabische Republik - Ägypten - S. 32 ff) zur Anwendung. Dieses bestimmt in Art. 333, daß ein Kind, das während einer gültigen Ehe und wenigstens sechs Monate nach ihrer Eingehung geboren ist, ehelich ist und daß ein Kind, das in der Ehe vor Ablauf dieser Frist geboren ist, nur dann als von dem Mann abstammend gilt, wenn der Mann es formell anerkennt, ohne zu erklären, daß es einem unerlaubten Akt entsprossen ist.

Da das Kind Ali vor Ablauf von sechs Monaten nach der Eheschließung geboren ist, kommt es darauf an, ob der Vater das Kind wirksam anerkannt hat. Das Landgericht hat dies angenommen und zur Begründung darauf verwiesen, der Vater habe Ali als eheliches Kind beim Standesamt angemeldet und in seinen Paß eintragen lassen und sowohl im Scheidungsprozeß wie im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren vor Gericht erklärt, Ali sei sein eheliches Kind. Nach einem in der Rechtsbeschwerdeinstanz vor dem Oberlandesgericht vorgelegten Schreiben der die Interessen der VAR wahrnehmenden Königlich Afghanischen Botschaft in Bad Godesberg vom 8. Oktober 1969 liegt eine wirksame Anerkennung jedoch nur vor, wenn der Vater nachweist, als Vater des Kindes registriert zu sein, und mit diesen Papieren persönlich in Gegenwart von zwei Zeugen vor dem Konsul der VAR erklärt, der Vater des Kindes zu sein. Danach ist weder die Registrierung beim Standesamt noch das in Rechtsstreitigkeiten abgegebene Bekenntnis des Vaters zu seinem Kinde ausreichend. Nach einer weiteren beim Oberlandesgericht eingereichten Bescheinigung der genannten Interessenvertretung der VAR vom 15. November 1969 hat nun aber der Vater auf dem Konsulat der Afghanischen Botschaft in Gegenwart von zwei Zeugen die Vaterschaft über seinen Sohn Ali Salah Mohamed S. [REDACTED] erklärt. Diese behördlich bescheinigte und offensichtlich nicht mehr streitige Tatsache konnte der Senat auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz berücksichtigen. Das gebieten zumindest die Grundsätze der Prozeßwirtschaftlichkeit, so daß die vom vorlegenden Gericht insoweit aus den §§ 27 FGG, 561 ZPO hergelei-

teten Bedenken nicht durchgreifen (vgl. Keidel FGG 9. Aufl. § 27 Anm. 5 k Rn 59 mit weiteren Nachweisen; auch Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 146 II 3 h S. 770, Stein/Jonas/Grunsky ZPO 19. Aufl. § 561 Anm. II 2 g und die Entscheidung des erkennenden Senats BGHZ 53, 128 über die Berücksichtigung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit in der Revisionsinstanz eines Ehescheidungsverfahrens).

b) Nach der zu einer allseitigen Kollisionsnorm ausgestalteten Regel des Art. 19 EGBGB, die auch für das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern nach Scheidung der Ehe gilt (RGZ 1962, 329), 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 von dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG nicht berührt. Der erkennende Senat hat dies bereits zu Art. 22 Abs. 1 EGBGB ausgesprochen (BGHZ 50, 370, 372 f) und hält hieran auch in bezug auf die Vorschrift des Art. 19 EGBGB fest (ebenso u. a. OLG Saarbrücken NJW 1966, 308, BayObLG FamRZ 1969, 345). Bei der Verschiedenheit der im Schrifttum gemachten Vorschläge wäre es auch kaum möglich, eine rechtlich gesicherte Feststellung über einen anderen Anknüpfungspunkt zu treffen (vgl. dazu neuerdings Gamillscheg in Rabels Z 1969, 654 ff, 690).

Danach ist das Hanefitische Gesetzbuch anzuwenden. Eine Rück- oder Weiterverweisung ist nach ägyptischem Recht nicht vorgesehen. Nach dem Hanefitischen Gesetzbuch steht die elterliche Gewalt über die minderjährigen

ehelichen Kinder auch für die Zeit nach Auflösung der Ehe dem Vater zu (väterliche Gewalt). Sie erstreckt sich auf die Person und das Vermögen der Kinder. Der Vater hat für die Erziehung des Kindes zu sorgen und es zu unterhalten (Art. 365). Die elterliche Gewalt des Vaters ist nach Art. 380 beschränkt durch das mütterliche Sorgerecht (hadanah). Art. 380 bestimmt:

"Jede eheliche Mutter hat das Recht, ihr Kind, Knabe oder Mädchen, während der Ehe und nach ihrer Auflösung bei sich zu haben und ihm die durch sein kindliches Alter erforderliche Sorge angedeihen zu lassen, vorausgesetzt, daß sie die Bedingungen erfüllt, die für die Ausübung dieses Rechts erforderlich sind".

Dieses Recht der hadanah hört für Knaben mit dem vollendeten siebenten und für Mädchen mit dem vollendeten neunten Lebensjahr auf (Art. 391). Mit diesem Alter des Kindes erhält der Vater das Recht, das Kind zu beanspruchen und zu sich zu nehmen. Nach Art. 20 des Dekret-Gesetzes Nr. 25 vom 10. März 1929 (Bergmann aaO S. 76) kann der Richter

"anordnen, daß ein Knabe über das Alter von sieben Jahren hinaus bis zum Alter von neun Jahren und ein Mädchen über das Alter von neun Jahren hinaus bis zum Alter von elf Jahren der Sorge der Frauen unterstehen soll, wenn er feststellt, daß das Wohl der Kinder diese Anordnung verlangt."

Im übrigen kann dem Vater nach dem Dekret-Gesetz Nr. 118 vom 30. Juli 1952 (Bergmann aaO S. 26) unter bestimmten

Voraussetzungen die elterliche Gewalt in vollem Umfang oder teilweise entzogen werden, u. a. dann,

"wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt die Gesundheit, die Sicherheit, die Moral oder die Erziehung eines der Kinder durch Mißhandlung, verderbliches Beispiel, durch offenkundig schlechte Aufführung, durch Trunksucht oder Mißbrauch von Rauschmitteln oder dadurch gefährdet, daß er nicht für das Kind sorgt oder es an der notwendigen Leitung fehlen läßt" (Art. 3 Nr. 5 des Gesetzes).

c) Ob die Anwendung dieser Regelung des hanefitischen Rechts durch die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB ausgeschlossen ist, ist die den Gegenstand des Vorlegungsbeschlusses bildende Streitfrage. Das vorliegende BayObLG hat einen Verstoß gegen den deutschen ordre public verneint für die Zeit, in der das mütterliche Sorgerecht (hadanah) besteht. Es hat offen gelassen, ob das auch für die Zeit nach Beendigung der hadanah anzunehmen ist, in der die volle elterliche Gewalt dem Vater zufällt. In dem Vorlegungsbeschuß ist dazu ausgeführt worden, die Regelung des hanefitischen Rechts entspreche zwar nicht dem Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 GG. Ausländische Sachrechtsnormen könnten aber nicht einfach am deutschen Verfassungsrecht gemessen werden mit der Folge, daß ein Widerspruch gegen dieses für die Heranziehung des Art. 30 EGBGB genüge. Es dürfe nicht übersehen werden, daß die ägyptische Regelung der elterlichen Gewalt den Vorstellungen des abendländischen Kulturkreises nicht widerspreche, wie sich aus den Vorschriften der §§ 1627,

1634, 1635 BGB aF und neueren Regelungen in Norwegen, Griechenland und Ungarn ergebe. Der abweichenden Entscheidung des Kammergerichts könne nicht gefolgt werden; sie sei nicht auf den Einzelfall abgestellt und habe nicht gewürdigt, daß das zur Zeit der Entscheidung erst zweijährige Kind noch bis zur Vollendung des siebenben Lebensjahres unter der hadanah der Mutter gestanden habe. Sehe man aber, wie es für die Anwendung des Art. 30 EGBGB erforderlich sei, auf das Ergebnis im Einzelfall, dann müsse hier beachtet werden, daß sich der Ausschluß der Mutter von der Vermögenssorge angesichts der Vermögenslosigkeit des Kindes derzeit nicht auswirke und das Fehlen ihrer Vertretungsmacht in persönlichen Angelegenheiten bei dem jetzigen Alter des Kindes kaum von Bedeutung sei. Es könne daher für die Zeit des Bestehens der hadanah (einschließlich der Zeit ihrer möglichen Verlängerung) nicht von einem so schwerwiegenden Widerspruch zu dem deutschen Gleichberechtigungssatz zu Lasten der Frau gesprochen werden, daß Art. 30 EGBGB angewendet werden müsse.

Diesen Ausführungen kann insoweit nicht gefolgt werden, als es das BayObLG für die Entscheidung der Streitfrage nur auf den Zeitraum abgestellt hat, in dem die hadanah der Mutter besteht. Bei dem Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und ihren Kindern handelt es sich um ein Dauerverhältnis, insbesondere besteht die elterliche Gewalt grundsätzlich bis zur Volljährigkeit des Kindes. Wenn es auch für die Anwendung des Art. 30 EGBGB auf das Ergebnis im Einzelfall an-

kommt (RGZ 150, 283, BGHZ 22, 162, 163; BGH NJW 1966, 730), so darf doch bei einem Dauerverhältnis nicht nur der augenblickliche Stand der Verhältnisse berücksichtigt und die bereits feststehende künftige Veränderung der Rechtslage außer acht gelassen werden. Die Folge wäre, daß mit dem Ablauf der hadanah die Entscheidung ihre Wirkung verlieren würde und erneut ein Verfahren angestrengt werden müßte, das möglicherweise wiederum durch mehrere Instanzen durchgeführt würde. Das Mißliche dieses Ergebnisses wird in vorliegendem Fall besonders deutlich, wo die Entscheidung des BayObLG am 20. Januar 1970 ergangen ist und nur auf den Zeitraum des Bestehens der hadanah abgestellt hat, diese aber mit Erreichung des siebenten Lebensjahres des Kindes am 9. Februar 1970, also bereits wenige Tage nach Erlass der Entscheidung, endete. Das BayObLG hat zwar in Aussicht gestellt, eine Verlängerung der hadanah nach Art. 20 des ägyptischen Dekret-Gesetzes Nr. 25 auszusprechen; doch ist diese Verlängerung noch nicht angeordnet worden und somit auch noch nicht existent. Außerdem würde mit einer auf den Zeitraum der hadanah beschränkten Entscheidung nicht in vollem Umfang über den Antrag des Vaters entschieden werden, der begehrt hatte, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, womit offensichtlich die Übertragung der elterlichen Gewalt für den gesamten Zeitraum bis zur Volljährigkeit des Kindes gemeint war.

Ist hiernach die Entscheidung über die elterliche Gewalt nicht auf den Zeitraum der hadanah zu beschränken, so hat sie andererseits bei der gegebenen Sachlage doch nur die elterliche Gewalt für Kinder aus geschiedener

Ehe in Betracht zu ziehen. Als Regelung des deutschen Rechts, gegen deren Zweck die Anwendung des hanefitischen Rechts verstoßen könnte, ist deshalb nicht die des § 1626 BGB über die elterliche Gewalt bei bestehender Ehe, sondern die des § 1671 BGB über die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe in Verbindung mit den sonst insoweit in Betracht kommenden Vorschriften heranzuziehen. Nach § 1671 BGB bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen soll. Maßstab der gerichtlichen Entscheidung hat das Wohl des Kindes zu sein. Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn es zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Es kann seine Anordnungen jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält (§ 1696 BGB). Demgegenüber räumt das hanefitische Recht dem Richter primär keine Kompetenz zur Entscheidung über die Verteilung der elterlichen Gewalt ein. Vielmehr wird die Entscheidung vom Gesetz selbst und gemäß der beherrschenden Stellung des Mannes und Vaters im islamischen Recht dahin getroffen, daß die elterliche Gewalt grundsätzlich dem Vater zusteht.

Daß diese Regelung des hanefitischen Rechts gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau verstößt, wie er in Art. 3 Abs. 2 GG niedergelegt ist, steht außer Frage. Daraus folgt aber, wie das BayObLG mit Recht ausgeführt hat, nicht ohne weiteres, daß sie nach Art. 30 EGBGB außer Anwendung zu bleiben habe. Das ausländische Recht, auf das nach den Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts verwiesen wird, ist auch im Falle einer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz

nicht schlechthin unanwendbar, auch dann nicht, wenn es gegen den Grundsatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter verstößt (BGHZ 42, 7, 14; BayObLG FamRZ 1955, 138; AG Hamburg FamRZ 1967, 498 und 500). Entscheidend ist vielmehr, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen den deutschen ordre public vorliegt. Das ist aber unabhängig von dem formellen oder verfassungsrechtlichen Rang des Gesetzes, gegen dessen Zweck verstoßen sein könnte, nur dann der Fall, wenn das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechtssatzes zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in einem so schwerwiegenden Widerspruch steht, daß die Anwendung für unerträglich gehalten würde (BGHZ 50, 370, 376).

Die Regelung des hanefitischen Rechts, nach der dem Vater die elterliche Gewalt über die Kinder auch nach Auflösung der Ehe zusteht, stellt ohne Rücksicht auf ihre historische Herkunft und ihren Zusammenhang mit dem mohammedanischen Kulturgut eine der möglichen Lösungen dar, die dem Gesetzgeber für die Regelung der elterlichen Gewalt nach Auflösung der Ehe zur Verfügung stehen. Nach der Scheidung der Ehe kann die elterliche Gewalt in aller Regel nicht mehr durch die Eltern gemeinsam ausgeübt werden; sie muß daher einem Elternteil übertragen werden. Wenn dies dadurch geschieht, daß das Gesetz selbst die Entscheidung trifft, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen soll, dann kann das zwangsläufig nur durch eine weitgehend schematische Zuteilung nach Alter und Geschlecht der Kinder und unter Bevorzugung eines Elternteils erfolgen. Eine

andere gesetzliche Lösung des Problems ist die, die Entscheidung über die Zuteilung der elterlichen Gewalt dem Richter zu übertragen, insbesondere mit der Weisung, dabei unter Gleichbehandlung beider Elternteile das Wohl des Kindes den Ausschlag geben zu lassen. Wie eine rechtsvergleichende Übersicht ergibt, sind in den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten, auch innerhalb Europas, beide Lösungen vertreten (vgl. Dölle FamR II § 97 XIII), wobei im abendländischen Rechtskreis die elastischere Regelung, nach der der Richter über die Zuteilung der elterlichen Gewalt zu entscheiden hat, als die fortschrittlichere angesehen wird und überwiegt. Sie ist in Deutschland durch das Ehegesetz von 1938 eingeführt worden. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß auch hinter der Regelung, wie sie sich im Hanefitischen Gesetzbuch findet, die Erwartung steht, daß die gesetzliche Zuordnung der elterlichen Gewalt in der Regel dem Kindeswohl entsprechen wird (Dölle aaO). Das ergibt sich für die hanefitische Regelung insbesondere daraus, daß die elterliche Gewalt des Vaters während der Zeit, in der sich die Kinder noch im kindlichen Alter befinden, durch das Sorgerecht der Mutter (hadanah) eingeschränkt ist, daß die hadanah um zwei Jahre verlängert werden kann, wenn das Wohl des Kindes diese Anordnung verlangt, und daß dem Vater nach neuerer gesetzlicher Regelung die elterliche Gewalt teilweise oder ganz entzogen werden kann, wenn er das Wohl des Kindes gefährdet (Art. 3 Nr. 5 des Gesetzes Nr. 118 vom 30. Juli 1952). Im übrigen kann sich die gesetzliche Lösung, wie sie im hanefitischen Recht besteht, dadurch, daß sie dem Richter die Entschei-

dung abnimmt, dann als vorteilhaft erweisen, wenn die Verhältnisse so liegen, daß dem Vormundschaftsrichter eine Entscheidung nach dem Kindeswohl große Schwierigkeiten bereitet. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn beide Eltern zur Erziehung des Kindes gleich geeignet sind, die Verhältnisse bei beiden Eltern auch etwa gleich liegen und sich, wenn die Eltern in Ländern mit verschiedener Kultur und Religion beheimatet sind, kaum vorhersagen läßt, in welchem Kulturkreis sich das Kind einmal günstiger entwickeln wird. Nach alledem gilt auch für die Vorschriften des hanefitischen Rechts über die elterliche Gewalt für Kinder aus geschiedener Ehe, daß nicht allgemein, sondern nur auf Grund der Verhältnisse des Einzelfalls entschieden werden kann, ob ihre Anwendung zu einem für die deutsche Rechtsauffassung unerträglichen Ergebnis führen würde.

Nach den vorliegend getroffenen Feststellungen von Amts- und Landgericht lassen sich gegen die Eignung zur Erziehung des Sohnes Ali bei beiden Elternteilen keine Einwendungen erheben. Die Mutter hat als Arzthelferin und Krankenschwester mehrfach ihre Stellung gewechselt, jedoch den Sohn immer mitnehmen und betreuen können und ihn ordentlich versorgt. Der Vater studiert in München und bewohnt dort eine Dreizimmerwohnung. Er will den Sohn in diese Wohnung aufnehmen, ihn selbst erziehen und durch ein Fräulein W. L. betreuen und eine in der Nähe gelegene Schule besuchen lassen. Das Landgericht hat jedoch angenommen, daß die Verhältnisse bei der Mutter letztlich für die Erziehung des Kindes günstiger seien, weil der Vater

möglicherweise das Fräulein W. L. heiraten werde, das einen wenig mütterlichen Eindruck vermittelt habe und von dem zu besorgen sei, daß es bei ihrem Alter von 42 Jahren sich nicht mehr ausreichend in die Psyche des sechsjährigen, allseits als intelligent geschilderten Jungen hincinzusetzen vermöge. Sollte der Vater aber Frl. W. L. nicht heiraten, so könne ein neuer Wechsel in der weiblichen Erziehungsperson eintreten. Ausschlaggebend war für das Landgericht schließlich, daß ein baldiger Umgebungswechsel, wie er zu erwarten stehe, wenn der Vater die elterliche Gewalt einschließlich des Personensorgerechts besitze, dem Wohle des Jungen, der fast ausschließlich bei der Mutter gelebt habe, nicht dienlich sei.

Diese Gesichtspunkte sind jedoch nicht zwingend und für eine Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB auch nicht ausreichend. Ob der Vater das Fräulein W. L. heiraten wird, steht, wie das Landgericht ausgeführt hat, noch nicht fest. Der Vater will dies auf Grund des ihm bereits vom Amtsgericht bescheinigten Verantwortungsbewußtseins und seiner Liebe zu dem Kinde davon abhängig machen, ob sich Fräulein W. L. mit seinem Sohn auch im täglichen Umgang versteht. Auf Seiten der Mutter wird andererseits nicht auszuschließen sein, daß auch sie sich einmal wieder verheiratet. Ob dann die Verhältnisse in der neuen Familie der Mutter für das Aufwachsen des Kindes Ali günstiger sind als in der des Vaters, ist ungewiß. Dem Umgebungswechsel, der Kindern aus geschiedener Ehe auch bei Anwendung des deutschen Rechts oft nicht erspart bleibt, hat das Landge-

richt eine zu große Bedeutung beigelegt. Insoweit kann auf die Ausführungen in der Entscheidung des BayObLG in FamRZ 1969, 341, 344 verwiesen werden, denen beizupflichten ist. Danach wird die seelische Erschütterung, welche die Übersiedlung eines Kindes von dem Elternteil, bei dem es bisher gelebt hat, zu dem anderen Elternteil in aller Regel mit sich bringt, erfahrungsgemäß von einem Kind, das keine seelischen Besonderheiten aufweist, überwunden. Liegen Besonderheiten, nach denen die Änderung des Aufenthaltes und Milieus eine erhebliche Gefährdung der geistigen, körperlichen oder seelischen Entwicklung des Kindes bedeuten würde, nicht vor, dann sind die mit dem Umgebungswechsel verbundenen Schwierigkeiten kein Grund, einem Rechtssatz die Anwendung zu versagen, der einen Umgebungswechsel mit sich bringt.

Bei dieser Sachlage läßt sich nicht feststellen, daß die Anwendung des hanefitischen Rechts zu einem unerträglichen Ergebnis führt. Insbesondere sind Besonderheiten, nach denen anzunehmen wäre, daß der Aufenthalts- und Milieuwechsel eine Gefährdung der Entwicklung des Kindes Ali bedeuten würde, von dem Landgericht nicht festgestellt worden. Die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB greift daher hier auch für die Zeit nach Ablauf des mütterlichen Sorgerechts (hadanah) nicht ein.

4. Mit Recht hat das BayObLG in dem Antrag der Mutter, ihr die elterliche Gewalt zu übertragen, für den Fall der Anwendung des ägyptischen Rechts das

Begehren gesehen, jedenfalls die hadanah nach Art. 20 des Dekret-Gesetzes Nr. 25 um die höchstzulässige Zeit von zwei Jahren, d. h. bis zum 9. Februar 1972, zu verlängern. Entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts kann die Entscheidung über diesen Antrag jedoch nicht von dem Gericht der Rechtsbeschwerdeinstanz getroffen werden. Denn diese Entscheidung, die voraussetzt, daß das Wohl des Kindes die Verlängerung verlangt, erfordert die Prüfung und Abwägung aller insoweit in Betracht kommenden Umstände, darunter im besonderen die bisher nicht vorgenommene Prüfung, ob der Umgebungswechsel, wenn er schon notwendig ist, aus psychologischen, schulischen oder sonstigen Gründen nicht ebenso gut oder besser sogleich als erst nach Ablauf von zwei Jahren stattfindet.

Demnach war die Sache zur weiteren Prüfung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz