

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 9/77

BESCHLUSS

in der Personenstandssache

betreffend das am [REDACTED] 1973 geborene Kind Fatma Myriam D [REDACTED], wohnhaft in M [REDACTED], W [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Angestellte des Kreisjugendamtes des Kreises Euskirchen Frau Gertrud F [REDACTED] als Amtspflegerin.

Beteiligte:

1. die Mutter, Frau Ursula Walburga D [REDACTED],
geb. Ma [REDACTED],
2. der Vater, Herr Dr. Abdelkader D [REDACTED],
- zu 1 und 2 wohnhaft in M [REDACTED],
W [REDACTED] -
3. der Oberkreisdirektor des Rhein-Sieg-Kreises,
S [REDACTED],
- zu 3 Beschwerdeführer -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 26. Oktober 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Knüfer, Dr. Hoegen und Dehner

beschlossen:

Die sofortige weitere Beschwerde des Oberkreisdirektors gegen den Beschluß der 4. Ferienzivilkammer des Landgerichts Bonn vom 16. August 1976 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I.

Das Mädchen Fatma Myriam D[REDACTED] ist am [REDACTED] 1973 in der Bundesrepublik Deutschland von der damaligen Krankenschwester Ursula Walburga Ma[REDACTED], jetzige Frau D[REDACTED], einer deutschen Staatsangehörigen, nicht-ehelich geboren worden. Der Arzt Dr. Abdelkader D[REDACTED], ein Mohammedaner tunesischer Staatsangehörigkeit, erkannte die Vaterschaft zu dem Kind mit folgender am 24. April 1973 vor dem Urkundsbeamten des Kreisjugendamts abgegebenen Erklärung an:

" Ich erkenne an, der Vater des Kindes Fatma Myriam Ma[REDACTED] geb. [REDACTED] 73 von Ursula Walburga Ma[REDACTED] ... zu sein. "

- 3 -

Der Familienstand des Vaters ist in dieser Urkunde als "verh." angegeben. Der Amtspfleger stimmte der Vaterschaftsanerkennung in gleicher Urkunde zu. Am 24. März 1975 gingen die Eltern des Kindes vor dem Standesbeamten in Me[REDACTED] die Ehe ein.

Der Standesbeamte hat mit einem über den Oberkreisdirektor, seine Aufsichtsbehörde, geleiteten Schreiben das Amtsgericht gemäß § 31 Abs. 2 PStG um Entscheidung darüber gebeten, ob die Legitimation in das Geburtenbuch einzutragen ist. Das Amtsgericht hat durch Verfügung vom 14. Juli 1976 dem Oberkreisdirektor aufgegeben, notariell beurkundete Einwilligung des Kindes mit Pflegschaftsbestellung, entsprechende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und notariell beurkundete Einwilligung der Mutter beizubringen.

Gegen diese Verfügung hat der Amtspfleger des Kindes mit Schreiben vom 29. Juni 1976 Beschwerde eingelegt, mit der er geltend gemacht hat, es bedürfe nicht der angeforderten Unterlagen, da eine Legitimation nach § 1719 BGB vorliege.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 16. August 1976 die angefochtene Verfügung des Amtsgerichts aufgehoben und angeordnet, in das Geburtenbuch den Vermerk einzutragen, daß das Kind ehelich geworden ist, nachdem seine Eltern die Ehe geschlossen haben.

Gegen diesen ihm am 2. September 1976 zugestellten Beschluß hat der Oberkreisdirektor am 7. September 1976 sofortige weitere Beschwerde eingelegt, in der er ausgeführt hat, er schließe sich der Entscheidung des Landgerichts voll an, wolle aber eine obergerichtliche Entscheidung herbeiführen, weil in Fällen



der Kindesanerkennung durch einen tunesischen Vater unterschiedliche Entscheidungen zur Frage des anzuwendenden Rechts ergangen seien.

Das Oberlandesgericht Köln möchte den Beschluß des Landgerichts bestätigen, hat sich an dieser Entscheidung aber durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 1976 (StAZ 1976, 361 = DAVorm 1976, 364) gehindert gesehen, das in einem ähnlichen Fall die Eintragung einer Legitimation durch Eheschließung der Eltern im Geburtenbuch abgelehnt und für die Beschreibung eines Vermerks nach § 30 PStG die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Kindes nebst vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung für erforderlich gehalten hat. Das Oberlandesgericht Köln hat daher die Sache durch Beschluß vom 10. Januar 1977 dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (§ 28 Abs. 2 FGG).

II.

1. Die Voraussetzungen für die Vorlegung nach § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in der genannten Entscheidung, der der Fall zugrunde lag, daß die deutsche Mutter eines nicht-ehelich geborenen Kindes einen Tunesier geheiratet hatte, der zuvor die Vaterschaft zu dem Kind anerkannt hatte, tunesisches Recht für anwendbar gehalten und die Eintragung einer Legitimation durch nachfolgende Ehe abgelehnt. Das vorlegende Oberlandesgericht Köln ist in Abweichung hiervon der Ansicht, die Legitimation beurteile sich nach deutschem Recht und sei nach § 31 PStG in das Geburtenbuch einzutragen.

2. Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch sachlich nicht begründet.

Die Wirksamkeit des Vaterschaftsanerkennnisses eines Ausländers beurteilt sich nach deutschem Recht, wenn dieses das Recht ist, nach dem sich die Unterhaltspflicht des Vaters bestimmt (BGHZ 64, 129). Das ist hier das deutsche Recht, weil das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hat (§ 1 des Haager Unterhaltsübereinkommens). Der Ehemann der Mutter konnte daher auf Grund des von ihm vor dem Standesamt abgegebenen Anerkennnisses, dem das Kind durch seinen Amtspfleger zugestimmt hat, gemäß § 29 PStG als Vater am Rande des Geburtseintrags vermerkt werden. Das ist hier auch geschehen.

Im übrigen richten sich die Rechtsfolgen des Vaterschaftsanerkennnisses, wenn nicht besondere Kollisionsvorschriften eingreifen, nach dem Heimatrecht des Vaters (BGHZ 64, 129, 133 vor 2). Soweit Legitimationswirkungen in Frage stehen, ist das durch Art. 22 EGBGB berufene Legitimationsstatut maßgebend (so zutreffend LG Augsburg FamRZ 1976, 52, 54; KG FamRZ 1976, 375 = NJW 1976, 1034, 1035).

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 22 EGBGB ist die Nichtehelichkeit des Kindes. Diese ist hier gegeben, weil die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes nicht verheiratet war. Es kann dahingestellt bleiben, ob insoweit das Zustandekommen einer gültigen Ehe der Kindeseltern selbständig nach Art. 13 EGBGB zu prüfen ist (so BGHZ 43, 213, 218) oder in Anwendung der Art. 22 oder 18 EGBGB nach dem Heimatrecht des Mannes. Denn nach keinem der in Betracht kommenden Rechte haben die Eltern zur Zeit der Geburt

in gültiger Ehe gelebt; insbesondere ist weder nach deutschem Recht (§ 11 EheG) noch nach tunesischem Recht (Art. 3 und 4 des Gesetzes über das Personalstatut vom 13. August 1976, vgl. Bermann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Tunesien, 53. Liefg., S. 8) eine formgerechte Ehe geschlossen worden. Da der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes mit einer anderen Frau verheiratet war, war eine Eheschließung mit der Mutter des Kindes ohne Verstoß gegen das nach beiden Rechten bestehende Bigamieverbot (§ 20 EheG; Art. 18 des gen. tunesischen Gesetzes i.d.F. vom 4. Juli 1958) auch gar nicht möglich. Mit Recht haben somit das vorlegende Oberlandesgericht Köln wie das Oberlandesgericht Düsseldorf die maßgebende Kollisionsnorm in Art. 22 EGBGB gesehen, nach welcher - in Ausweitung zu einer vollständigen Kollisionsnorm - die Legitimation eines nichtehelichen Kindes sich nach dem Heimatrecht des Vaters zur Zeit der Legitimation bestimmt.

Die Verfassungsmäßigkeit des Art. 22 EGBGB, deren Überprüfung der Beschwerdeführer erbittet, ist vom erkennenden Senat bereits bejaht worden (vgl. BGHZ 64, 19, 24). Sie wird auch im Schrifttum, soweit ersichtlich, ganz überwiegend angenommen (vgl. die Nachweise in der angeführten Entscheidung des Senats; ferner Simitis StAZ 1969, 12, 14; Ferid, Internationales Privatrecht, 1975, § 8 - 347; Kegel, Intern. Privatrecht, 4. Aufl., 1977, S. 429; a.A. Sturm in Raape/Sturm, Intern. Privatrecht, 6. Aufl. Band I, S. 300 Anm. 82 und S. 353). Mit Recht weist Ferid darauf hin, daß das Schwergewicht der Legitimation in der Begründung der Stellung eines ehelichen Kindes des Legitimierenden liege und daher die Anknüpfung an dessen Heimatrecht sachgerecht sei und die Gleichberechtigung nicht ver-

letze. Auch die Familienrechtskommission des Deutschen Rates für IPR (Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Kindschaftsrechts, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 7, 1966, Seite 3) hat in der Vorschrift keinen Verstoß gegen das Grundgesetz gesehen und de lege ferenda die Beibehaltung der bisherigen Anknüpfung vorgeschlagen.

3. Heimatrecht des Vaters ist das tunesische Recht. Das vorlegende Oberlandesgericht meint, dies verweise in Art. 1 des tunesischen Dekrets zur Regelung von kollisionsrechtlichen Fragen vom 12. Juli 1956 i.d.F. vom 24. Juli 1957 (Bergmann/Ferid, aaO, Seite 7) auf das deutsche Recht zurück. Nach dieser Bestimmung sei nämlich für den personenrechtlichen Status der Ausländer deren Heimatrecht maßgebend und das sei für ein deutsches Kind das deutsche Recht, wenn das Kind mangels wirksamen Vaterschaftsanerkennnisses nicht die tunesische Staatsangehörigkeit seines Vaters erworben habe. Hierbei hat das Oberlandesgericht den Art. 4 Nr. 5 des genannten Dekrets übersehen, wo bestimmt ist, daß bei der Entscheidung von Personenstandssachen zwischen Angehörigen verschiedener Staaten hinsichtlich der Abstammung, der Legitimation und der Anerkennung der Vaterschaft das Heimatrecht des Vaters anzuwenden ist. Auf diesem Rechtsirrtum beruht die Abweichung von der Entscheidung des OLG Düsseldorf, das Art. 4 Nr. 5 des Dekrets angewendet und demzufolge mit Recht angenommen hat, eine Rückverweisung des tunesischen Rechts auf das deutsche finde nicht statt, da auch nach tunesischem Recht das Heimatrecht des Vaters gelte.

Dem tunesischen Recht (hanefitischer wie malekitischer Rechtskreis) ist, wie das vorlegende Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit dem Schrifttum ausgeführt hat, die Unterscheidung zwischen nichtehelichem und ehelichem Kind fremd. Es kennt daher auch nicht eine die Ehelichkeit begründende nachträgliche Änderung des familienrechtlichen Status des Kindes durch Anerkennung oder nachfolgende Ehe (vgl. besonders Wengler JR 1964, 201 ff = StAZ 1964, 149 ff; Kohler aaO S. 54 ff; Henrich StAZ 1974, 142, 146). Doch vermag das Vaterschaftsanerkennntnis des tunesischen Rechts einen legitimen Status des Kindes auszuweisen (Art. 68 des tunesischen Gesetzbuchs über das Personalstatut vom 13.8.1956), und das könnte bei wirksamer Anerkennung eine Beischreibung nach § 30 PStG rechtfertigen.

Als Hindernis für die Wirksamkeit eines solchen Anerkenntnisses wird es angesehen, wenn dieses die illegitime Abstammung des Kindes erkennen läßt (so Wengler JR 1964, 202; Kohler, Das Vaterschaftsanerkennntnis im islamischen Recht und seine Bedeutung für das deutsche internationale Privatrecht, 1976, 213; Henrich aaO, Bergmann/ Ferid aaO S. 14 Fußn. 44 und die vom Landgericht angeführte Entscheidung des tunesischen Kassationshofes vom 31.12.1963, Rev. Tunisienne de droit 1963 - 1965, zit. in Salem, Problèmes de la filiation en droit Musulman et solutions de la jurisprudence tunisienne, Mitt. des deutschen Orient-Instituts, Hamburg 1973, S. 4 f, wo es heißt, daß der Nachweis der Vaterschaft niemals aus sich selbst heraus den illegitimen Charakter der Abstammung erkennen lassen dürfe; a.A. Dilger FamRZ 1973, 530, 532 Fußn. 29; Krüger StAZ 1977, 245, 246 f mit der Bemerkung, daß letzte Zweifel bestünden). Dieses Hindernis ist hier gegeben, weil der Vater zur Zeit der Anerkennung ausweislich seiner eigenen Erklärung mit einer anderen Frau verheiratet war, das Kind also im

Ehebruch erzeugt wurde (vgl. wegen der Unwirksamkeit des Anerkennnisses in solchem Fall u. a. Kohler aaO S. 122 f).

Die Unwirksamkeit müßte hier zur Anwendung deutschen Rechts führen, wenn der Mangel nicht durch ein erneutes Vaterschaftsanerkennnis behoben werden könnte, das den Anforderungen des tunesischen Rechts entspricht. Wenn das nicht möglich ist, würde eine Legitimation des Kindes nach tunesischem Recht, da dieses eine Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern nicht kennt, schlechthin ausgeschlossen sein. Das aber würde bei den gegebenen starken Inlandsbeziehungen (deutsche Staatsangehörigkeit von Mutter und Kind, gewöhnlicher Aufenthalt der Familie in der Bundesrepublik Deutschland) dem deutschen ordre public widersprechen, der den Ausschluß jeglicher Legitimation eines nichtehelichen Kindes (sei es durch Legitimanerkennung oder Ehelicherklärung, sei es durch nachfolgende Ehe oder durch Ehe und Anerkennung) jedenfalls dann nicht zuläßt, wenn die Kindeseltern miteinander die Ehe eingegangen sind (BGHZ 50, 370, 376 f; vgl. auch OLG Karlsruhe FamRZ 1970, 251; LG Hannover StAZ 1974, 273; Erman/Marquardt BGB 6. Aufl. Art. 22 EGBGB Rn. 38). Ist dagegen die Nachholung eines wirksamen Anerkennnisses möglich mit der Folge der Eintragung der Statusänderung nach § 30 PStG, dann besteht kein Grund für die Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB.

4. Ob der dem Anerkennnis anhaftende Mangel durch ein neues, den Bedingungen des tunesischen Rechts entsprechendes Vaterschaftsanerkennnis überwunden werden könnte, erscheint fraglich. Bedenken ergeben sich daraus, daß das erste Anerkennnis und die vorhandenen Personenstandsurkunden gegen eine legitime Abstammung

des Kindes sprechen, ebenso möglicherweise auch die Tatsache der erst nach der Geburt des Kindes erfolgten (förmlichen) Eheschließung der Eltern. Mit Sicherheit läßt sich nicht sagen, ob diese Umstände nach tunesischem Recht die Wirksamkeit eines erneuten Anerkenntnisses beeinträchtigen würden. Entscheidend wäre, ob die zuständigen tunesischen Behörden in einem erneuten Anerkenntnis, das nicht mehr die eheliche Verbindung des Vaters zu einer anderen Frau erkennen ließe, trotz der eine nichteheliche Geburt des Kindes ausweisenden Personenstandsurkunden eine gültige Legitimanerkennung sehen würden. Darüber liegen aber irgendwelche sicheren Unterlagen nicht vor. Bei dieser Sachlage ist, ohne daß noch weitere Ermittlungen anzustellen wären, deutsches Recht anzuwenden.

Die Frage, wie zu verfahren ist, wenn sich über den Inhalt des durch eine deutsche Kollisionsnorm berufenen ausländischen Rechts keine sicheren Feststellungen treffen lassen oder Feststellungen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verzögerung ermöglicht werden könnten, ist umstritten. Im wesentlichen stehen sich heute die beiden Theorien der Anwendung des nächstverwandten oder wahrscheinlich geltenden Rechts und der Anwendung des eigenen Rechts, der *lex fori*, gegenüber. Die Ansicht, die eine Anwendung des dem an sich berufenen Recht verwandten oder wahrscheinlich geltenden Recht vertritt, kann in einzelnen Fällen, wo die Anwendung des eigenen Rechts äußerst unbefriedigend wäre, gerechtfertigt sein (vgl. die von M. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., S. 88 und Ferid aaO § 4 - 100 mit Verweisung auf § 2 - 109 angeführten Beispielsfälle). Es wäre jedoch nicht angebracht, diese Ansicht als allgemeinen Grundsatz gelten zu lassen. Sie bedeutet die Verweisung

auf ein ungewisses Recht und führt zu einer erheblichen Komplizierung des Entscheidungsprozesses (so mit Recht Simitis StAZ 1976, 6, 14, Fußn. 65). Grundsätzlich wird daher, wenn die Bemühungen um die Feststellung des ausländischen Rechts zu keinem Ergebnis geführt haben oder sich aus wissenschaftlichen Veröffentlichungen die Ungeklärtheit der in Rede stehenden Rechtsfrage ergibt, die Anwendung der Sachnormen des eigenen Rechts als die praktikabelste Lösung vorzuziehen sein. Der Senat hält es jedenfalls im vorliegenden Fall angesichts der gegebenen Inlandsbeziehungen für angebracht, die deutschen Sachnormen anzuwenden. Dafür spricht auch, daß im Falle einer Unwirksamkeit der Legitimationserkennung ohnedies, wie bereits ausgeführt worden ist, das deutsche Recht zur Anwendung kommen müßte und Eltern und Kind sich nicht dagegen wehren, vielmehr damit einverstanden zu sein scheinen, daß statt eines Randvermerks über die Statusänderung nach § 30 PStG, wie er bei Wirksamkeit eines nachgeholten Vaterschaftsanerkennnisses nach tunesischem Recht einzutragen wäre, eine Legitimation nach § 31 PStG in das Geburtenbuch eingetragen wird, obwohl deren Anerkennung im Heimatstaat des Vaters fraglich ist.

5. Nach deutschem Recht sind die Voraussetzungen für eine Legitimation durch nachfolgende Eheschließung der Eltern (§ 1719 BGB) gegeben. Das Vaterschaftsanerkennnis ist, wie bereits ausgeführt worden ist, nach deutschem Recht wirksam. Ihm steht nicht entgegen, daß der Vater zur Zeit der Anerkennung der Vaterschaft mit einer anderen Frau verheiratet war. Dieser Umstand ist weder ein Hindernis für eine Legitimation durch nachfolgende Ehe, wenn der Vater nach Auflösung der früheren Ehe die Mutter des Kindes heiratet, noch für eine Ehelicherklärung, die allerdings, wenn der Vater verheiratet ist, der Einwilligung seiner Ehefrau bedarf

(§ 1726 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die nach § 1600 c BGB erforderliche Zustimmung des Kindes liegt vor. Gegen die Gültigkeit der im Inland geschlossenen Ehe der Eltern des Kindes bestehen keine Bedenken.

6. Somit hat das Landgericht zu Recht angeordnet, in das Geburtenbuch den Vermerk einzutragen, daß das Kind ehelich geworden ist, nachdem seine Eltern die Ehe geschlossen haben. Die weitere Beschwerde mußte daher zurückgewiesen werden.

Dr. Grell

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hoegen

Dehner