

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

FamRÄndG Art. 7 § 1; EGBGB Art. 22

- a) Die Entscheidung über die Sorge für die Person eines Kindes, die von einem ausländischen Gericht im Zusammenhang mit einem Scheidungsurteil getroffen worden ist, kann nicht anerkannt werden, wenn nicht zuvor im Verfahren nach Art. 7 § 1 FamRÄndG festgestellt worden ist, daß die Voraussetzungen für die Anerkennung des Scheidungsurteils vorliegen.
- b) Die nach ausländischem (hier: belgischem) Recht durch Heirat und Vaterschaftsanerkennntnis eingetretene Legitimation ist für den deutschen Rechtsbereich nicht wirksam, wenn das Kind der Legitimation nicht zugestimmt hat.

BGH, Urt. v. 5. Februar 1975 - IV ZR 90/73 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 90/73

Verkündet am
5. Februar 1975
Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Professor Johannsen, Dr. Bukow, Dr. Buchholz und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. März 1973 aufgehoben und das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 17. August 1972 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, belgischer Staatsangehöriger und seit Jahren als Berufssoldat in der Bundesrepublik Deutschland stationiert, heiratete am 6. Mai 1961 vor dem Standesbeamten in Po[REDACTED] in B[REDACTED] Frau Margarete Sch[REDACTED], eine deutsche Staatsangehörige. Diese hatte ein am [REDACTED]. [REDACTED] 1960 nichtehelich geborenes Kind Maria, das nicht von dem Kläger stammt. Die Heiratsurkunde enthält eine Erklärung der Eheleute, die in deutscher Übersetzung lautet:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

" Die Eheleute haben erklärt, daß in K[REDACTED]-
Li[REDACTED] am [REDACTED]. [REDACTED]. 1960 ein Kind weib-
lichen Geschlechts geboren wurde, welches
ihr Kind sei und den Namen Maria führe
und welches sie als ihr eheliches Kind
anerkennen. "

Das Kind lebte nach der Eheschließung etwa fünf Jahre
im ehelichen Haushalt des Klägers und wuchs dort zu-
sammen mit der in der Ehe am [REDACTED]. [REDACTED] 1963 geborenen
Tochter Patricia auf.

Durch Urteil des belgischen Gerichts in J[REDACTED]
vom 18. Januar 1967 wurde die Ehe des Klägers aus Ver-
schulden der Ehefrau geschieden. Diese war zu der Ver-
handlung über die Scheidungsklage geladen, jedoch nicht
erschienen. Nach den Gründen des Urteils hat sie den
Kläger grundlos verlassen, seitdem ein liederliches Leben
geführt und die Kinder vernachlässigt. Das Scheidungsur-
teil enthält weiter eine Anordnung über das Sorgerecht
für die Kinder, die in deutscher Übersetzung lautet:

" Die beiden aus der Ehe der Parteien hervor-
gegangenen Kinder, nämlich Maria De[REDACTED],
geboren in K[REDACTED] am [REDACTED]. [REDACTED] 1960, und
Patricia De[REDACTED], geboren in K[REDACTED] am
[REDACTED]. [REDACTED] 1963, werden dem Kläger anver-
traut. "

Der Kläger gab das Kind Maria nach der Scheidung
in die Obhut der Beklagten, einer Schwester der Kindes-
mutter. Dort befindet es sich seitdem mit ausdrücklicher
Zustimmung seiner Mutter. Nachdem der Kläger im Jahre 1967
eine neue Ehe mit einer deutschen Staatsangehörigen ein-
gegangen war, verlangte er von der Beklagten die Heraus-
gabe des Kindes. Er beabsichtigt, das Kind zusammen mit
dessen Schwester Patricia in seinem neuen Haushalt auf-
wachsen zu lassen. Da die Herausgabe des Kindes verwei-

gert wurde und seine unter Zuhilfenahme deutscher Behörden angestellten Bemühungen, das Kind zu sich zu holen, scheiterten, stellte er die Unterhaltszahlungen ein.

Mit der Klage verlangt der Kläger die Herausgabe des Kindes. Er ist der Ansicht, als Inhaber der elterlichen Gewalt auf Grund des ihm durch das belgische Gericht zugeteilten Sorgerechts den Aufenthalt des Kindes bestimmen zu können. Sein Herausgabeverlangen entspreche auch dem Wohl des Kindes. Er könne gut für das Kind sorgen und habe eine ausreichend große Dreizimmerwohnung, während das Kind bei der Beklagten in beengten Verhältnissen untergebracht sei.

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, das Herausgabeverlangen verstoße gegen Art. 30 EGBGB. Die bei der Eheschließung abgegebenen Erklärungen über den Personenstand des Kindes seien wirkungslos. Das Kind habe die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren. Die Entscheidung über den Aufenthalt des Kindes müsse nach deutschem Recht beurteilt werden. Der Kläger verfolge mit seinem Begehren auch nicht das Wohl des Kindes, vielmehr eigene finanzielle Interessen. Er habe sich bis Mitte des Jahres 1971 nicht um das Kind gekümmert und die Herausgabe des Kindes erst verlangt, als er auf Unterhaltszahlung in Anspruch genommen worden sei. Für die Entwicklung des Kindes sei die Übersiedlung in eine fremde Familie angesichts seines gegenwärtigen Alters nachteilig. Für die Mutter des Kindes bedeute es eine Härte, ihr das Kind, das sie im Hinblick auf ihre Berufstätigkeit bei ihr, der Beklagten, untergebracht habe, wo es gut versorgt werde, zu entziehen und ihrem geschiedenen Ehemann zu überantworten.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Herausgabe des Kindes verurteilt. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Die Prozeßbevollmächtigten der Parteien haben vor dem Senat erklärt, daß ihnen von einer Feststellung, daß die Voraussetzungen für die Anerkennung des Ehescheidungsurteils vorliegen, nichts bekannt sei.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Kindes nach belgischem Recht für begründet erachtet. Nach diesem umfasse, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Personensorge das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und die Herausgabe des Kindes von einem Dritten zu verlangen, der es dem Sorgeberechtigten widerrechtlich vorenthalte (Art. 372, 373, 374 Code civil belge). Die Anwendung belgischen Rechts sei, da der Kläger die belgische Staatsangehörigkeit besitze, nach der Vorschrift des Art. 19 EGBGB geboten, die für die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und deren ehelichen Kindern auf das Heimatrecht des Vaters verweise. Verfassungsrechtliche Bedenken seien gegen die Anwendung des Art. 19 EGBGB auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 1971 (BVerfGE 31, 58 = NJW 1971, 1509 ff = FamRZ 1971, 416) nicht gegeben.

1. Hierbei ist das Berufungsgericht nicht darauf eingegangen, daß der Kläger das von ihm in Anspruch genommene Recht der Personensorge auf eine gerichtliche Sorgerechtsentscheidung stützt. Doch ist diese Unterlassung für die Entscheidung des Rechtsstreits unschädlich, weil die Sorgerechtsregelung, die das belgische Gericht zusammen mit dem Urteil über die Scheidung der Ehe des Klägers am 18. Januar 1967 getroffen hat, in der Bundesrepublik Deutschland nicht wirksam geworden ist.

Es handelt sich um eine Nebenentscheidung, die nach deutschem Recht als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu kennzeichnen ist. Die Anerkennung einer solchen Entscheidung unterliegt nicht dem Verfahren nach Art. 7 § 1 FamRÄndG vom 11. 8. 1961 (Vorentscheidung durch die zuständige Landesjustizverwaltung). Dieses Verfahren bezieht sich nur auf Entscheidungen, durch die eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben oder geschieden worden ist oder durch die das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe festgestellt worden ist (§ 1 Abs. 1 Satz 1). Das Verfahren bezieht sich nicht auf die zugleich oder im Zusammenhang mit dem Urteil getroffenen Nebenentscheidungen (Baumbach ZPO 31. Aufl. § 328 Anm. 7 B a letzter Abs.; Jansen FGG 2. Aufl. Band I, Anh. II FamRÄndG Art. 7 § 1 Rn. 15; Geimer NJW 1967, 1398, 1402 zu III 2 c). Über die Anerkennung der Sorgerechtsregelung ist daher als Vorfrage in dem jeweils anhängigen Verfahren mitzuentcheiden.

Ob die von dem belgischen Gericht getroffene Sorgerechtsentscheidung anzuerkennen ist, bestimmt sich nach dem deutsch-belgischen Abkommen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Juni 1958 (BGBl 1959 II 766; abgedr. u.a. in Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. Anh. B III zu § 328 und Baumbach ZPO 31. Aufl. Schlußanh. V B 4 S. 2188). Hiernach sind die in

Zivilsachen ergangenen Gerichtsentscheidungen des einen Staates in dem Hoheitsgebiet des anderen Staates anzuerkennen, es sei denn, daß einer der in Art. 2 genannten Versagungsgründe vorliegt (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Abkommens). Unter Entscheidungen im Sinne dieses Abkommens sind alle Entscheidungen zu verstehen, gleichgültig, ob sie in einem Verfahren der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangen sind, und ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung als Urteil, Beschluß oder Verfügung (Art. 1 Abs. 3). Ist die Entscheidung im Zusammenhang mit einem Eheurteil ergangen und beruht sie auf diesem, so kann ihr allerdings im deutschen Rechtsbereich keine Wirksamkeit zugestanden werden, wenn nicht zuvor ein Bescheid mit Bindungswirkung nach Art. 7 § 1 FamRÄndG dahin ergangen ist, daß die Voraussetzungen für die Anerkennung des Eheurteils vorliegen (Jansen FGG 2. Aufl. Bd. I Anh. II FamRÄndG Art. 7 § 1 Rn. 15; Firsching, Einf. in das Internationale Privatrecht, 1974, 105). Die abweichende Ansicht des Kammergerichts (FamRZ 1974, 146, 148 r.Sp. zu I 2 a), daß die Sorgerechtsregelung in eine von der Scheidung der Ehe unabhängige Regelung für das Getrenntleben umdeutet oder als solche berücksichtigen will, vermag nicht zu überzeugen. Solange nicht feststeht, ob die ergangene Sorgerechtsregelung des ausländischen Richters anerkannt werden kann, muß auf die materielle Rechtslage zurückgegriffen werden. Es ist nicht gerechtfertigt, die (noch) nicht anerkennungsfähige Sorgerechtsentscheidung als Sorgerechtsregelung für das Getrenntleben der Ehegatten gelten zu lassen, wenn sie als solche nicht der materiellen Rechtslage entspricht.

Möglich und unter Umständen geboten ist eine Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO zum Zweck vorhe-
riger Erwirkung eines Bescheids der zuständigen Landes-

justizverwaltung. Die Aussetzung ist vom Berufungsgericht nicht in Betracht gezogen worden, weil es, ohne auf die Sorgerechtsentscheidung des belgischen Gerichts einzugehen, die Frage des Personensorgerechts des Klägers allein auf Grund materiellrechtlicher Erwägungen entschieden hat. Da es hierbei zu dem Ergebnis gelangt ist, daß dem Kläger ein Personensorgerecht zusteht, wäre es insoweit auch ohne Bedeutung gewesen, ob die Landesjustizverwaltung festgestellt hätte, daß die Voraussetzungen für eine Anerkennung des Scheidungsurteils vorliegen oder nicht. Im ersteren Fall wäre eine Anerkennung der Sorgerechtsentscheidung möglich gewesen, und die Anerkennung hätte sich im Ergebnis mit der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellung gedeckt. Im letzteren Falle, in dem eine Anerkennung der Sorgerechtsentscheidung nicht möglich gewesen wäre, hätte ohnedies auf die materielle Rechtslage abgestellt werden müssen. Im übrigen ist im Revisionsrechtszug nicht gerügt worden, daß das Berufungsgericht zu Unrecht von der Aussetzung des Rechtsstreits Abstand genommen habe.

Da sich aus dem in den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt nicht ergibt, daß ein Bescheid der Landesjustizverwaltung nach Art. 7 § 1 FamRÄndG ergangen ist und die Parteien in der Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend erklärt haben, über die Erwirkung eines solchen Bescheids sei nichts bekannt, kann die Sorgerechtsentscheidung des belgischen Richters nicht anerkannt werden.

2. Die hiernach gebotene Entscheidung, ob dem Kläger nach materiellem Recht das Personensorgerecht für das Kind Maria zusteht, hängt davon ab, ob das Kind eheliches Kind des Klägers geworden ist. Das Kind Maria ist

vor der Eheschließung der Mutter mit dem Kläger nicht-ehelich geboren worden. Es kann daher nur durch Legitimation eheliches Kind des Klägers geworden sein. Nach belgischem Recht ist die Legitimation, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, durch Anerkennung und Eheschließung eingetreten, obwohl das Kind nicht von dem Kläger abstammt, da es nach belgischem Recht für die Wirksamkeit der Legitimation nicht darauf ankommt, ob der die Vaterschaft anerkennende Mann der Erzeuger des Kindes ist oder nicht.

Ob diese Legitimation für den deutschen Rechtsbereich wirksam ist, bestimmt sich wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit des Klägers nach Art. 22 EGBGB. Auch wenn man mit dem Berufungsgericht die Vorschrift des Art. 19 EGBGB anwendet, ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, die Vorfrage, ob ein Kind infolge Legitimation einem ehelichen Kind gleichzustellen ist, nach Art. 22 EGBGB zu beantworten (Soergel/Kegel EGBGB 10. Aufl. Art. 19 Rn. 14; Palandt/Heldrich BGB 14. Aufl. Art. 19 EGBGB Anm. 1).

Nach der anerkanntermaßen zu einer allseitigen Kollisionsregel ausgeweiteten Vorschrift des Art. 22 Abs. 1 EGBGB ist Legitimations- und Adoptionsstatut das Recht des Staates, dem der Vater zur Zeit der Legitimation oder Adoption angehört hat. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung ist auch nach dem Ergehen der bereits genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 1971, die eine Überprüfung der Vereinbarkeit der Kollisionsnormen des deutschen Rechts mit den Grundrechten der Verfassung erfordert, von der Rechtslehre, soweit ersichtlich, überwiegend nicht in Zweifel gezogen worden (vgl. Firsching, Einf. in das IPR, 1974, 180; Henrich RabelsZ 1974, 490 ff, 496 und FamRZ 1974, 105, 106, der an der letztgenannten Stelle

Art. 22 als "Beispiel einer nicht verfassungswidrigen Norm" bezeichnet; Palandt/Heldrich BGB 34. Aufl. Art. 22 EGBGB Anm. 2; Erman/Marquardt BGB 5. Aufl. Art. 22 EGBGB Rn. 4). Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn die vaterrechtliche Ausrichtung des Abs. 1 dieser Vorschrift durch eine kindes- und mutterrechtsfreundliche Auslegung des Abs. 2 ausgeglichen wird.

Die Ausweitung des Art. 22 Abs. 1 EGBGB zu einer allseitigen Kollisionsnorm erfordert es, unter Legitimation und Adoption im Sinne dieser Vorschrift grundsätzlich alle Rechtsvorgänge zu verstehen, durch die nichtehelichen Kindern nach ausländischem Recht die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes verliehen wird. Jedenfalls ist die hier in Rede stehende Legitimation belgischen Rechts, nach der das Kind durch Heirat und Anerkennung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes der Eheleute erlangt hat, als eine Legitimation im Sinne des Art. 22 Abs. 1 EGBGB anzusehen, ohne daß es insoweit darauf ankommt, ob der Ehemann der Mutter die Anerkennungserklärung wahrheitsgemäß oder wahrheitswidrig abgegeben hat. Die nähere Qualifizierung und Angleichung des Vorgangs der Legitimation nach ausländischem Recht an die Rechtsinstitute des deutschen Rechts hat im Rahmen des Art. 22 Abs. 2 EGBGB zu erfolgen.

Da das Kind Maria zur Zeit der Eheschließung seiner Mutter mit dem Kläger die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, ist die Legitimation nach deutschem Recht nur wirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, erfolgt ist (Art. 22 Abs. 2 EGBGB). Bei der hiernach gebotenen Angleichung an das deutsche Recht kommt es auf den Zeitpunkt der Legitimation an (zutreffend OLG Düsseldorf FamRZ 1973, 213), hier also auf den Rechtszustand des

Jahres 1961. Für den zu dieser Zeit geltenden Rechtszustand verbietet sich eine Angleichung an die Legitimation durch nachfolgende Ehe. Die Legitimation ist nach belgischem Recht nicht durch die Eheschließung eingetreten, sondern durch Eheschließung und Anerkennung des Kindes. Sie hat weiter nicht zur Voraussetzung, daß der Ehemann der Mutter der leibliche Vater des Kindes ist. In beiden Punkten weicht sie von dem damals geltenden deutschen Rechtszustand ab. Im deutschen Recht galt das Abstammungsprinzip; die Legitimation durch nachfolgende Ehe trat grundsätzlich nur im Falle der Blutsverwandtschaft zwischen Kind und Ehemann der Mutter ein. Wohl begründete das Anerkenntnis die Vermutung der Vaterschaft (§ 1720 BGB a.F.). Doch bedeutete das nur eine Beweiserleichterung, die an dem materiellrechtlichen Erfordernis der Abstammung nichts änderte. Ein bewußt wahrheitswidriges Vaterschaftsanerkenntnis war nichtig und konnte keine Grundlage für die Vermutung des § 1720 Abs. 2 BGB a.F. abgeben (BGHZ 1, 181; KG NJW 1955, 593, 594; OLG Köln NJW 1974, 953). Auch wenn ein Legitimationsfeststellungsbeschluß nach § 31 PStG a.F. ergangen war, konnte von jedermann geltend gemacht werden, daß die Wirkungen der Legitimation mangels Abstammung des Kindes von dem Ehemann der Mutter nicht eingetreten seien (BGH LM BGB § 1719 Nr. 2 = NJW 1957, 1067 = FamRZ 1957, 170). Mit dem Inkrafttreten des Familienrechtsänderungsgesetzes (1.1.1962) erhielten die nach § 31 PStG ergehenden Legitimationsfeststellungsbeschlüsse zwar konstitutive Bedeutung, indem sie eine nur nach den §§ 1593 bis 1599 BGB anfechtbare Legitimation bewirkten (BGH LM BGB § 1721 Nr. 1 = NJW 1968, 1626). Aber auch diese Regelung änderte nichts an dem grundsätzlich weiter geltenden Abstammungsprinzip (vgl. Dölle FamR Bd. II § 107 S. 463, 466, 467). Im Verfahren nach § 31 PStG sollte der wahre Personenstand des Kindes ermittelt werden. Ein mangels erfolgreicher Amts-

ermittlung die Abstammung verfehlender Legitimationsfeststellungsbeschuß stellte eine Abweichung und Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß es eine Legitimation durch Anerkennung nicht gab (Gernhuber FamR § 61 I 7). Erst das am 1. Juli 1970 in Kraft getretene Nichtehelichengesetz begründete eine Annäherung an das Anerkennungssystem. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist hiernach ein mehraktiger Rechtsvorgang. Er besteht aus der Eheschließung und der Feststellung der Vaterschaft, die durch gerichtliche Entscheidung oder durch Anerkennung erfolgt (§ 1719 i.V.m. § 1600 a BGB). Das Vaterschaftsanerkennntnis ist nicht aus dem Grunde unwirksam, daß es von einem Mann abgegeben wird, der nicht der Erzeuger des Kindes ist (arg. § 1600 f Abs. 1 BGB); doch bedarf es der Zustimmung des Kindes (§ 1600 c BGB). Somit ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe nunmehr, wenn die Vaterschaft nicht durch gerichtliches Urteil festgestellt wird, mittelbar an die Zustimmung des Kindes gebunden.

Danach kann eine auf der Anerkennung durch einen Nichtvater beruhende Legitimation ausländischen Rechts für die Zeit vor Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes nicht der Legitimation durch nachfolgende Ehe gleichgestellt werden. Sie bedurfte alsdann der Zustimmung des Kindes. Dabei ist es gleichgültig, ob insoweit die Vorschriften über die Ehehlicherklärung oder die über die Annahme an Kindes Statt herangezogen werden. In beiden Fällen ist die Einwilligung des Kindes erforderlich, die sich für die Ehehlicherklärung aus § 1726 BGB und für die Annahme an Kindes Statt aus deren Vertragscharakter gemäß § 1741 BGB ergibt. Für eine Angleichung in diesem Sinne spricht auch das erwähnte Gebot einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 22 EGBGB, nach dem eine

kindes- und mutterrechtsfreundliche Anpassung an die Rechtsinstitute des deutschen Rechts angebracht ist. Jedenfalls steht die Legitimation ausländischen Rechts mittels Eheschließung und Kindesanerkenntnis durch einen Nichtvater der Ehelicherklärung oder der Annahme an Kindes Statt näher als der Legitimation durch nachfolgende Ehe früheren deutschen Rechts. Diese Angleichung vermeidet auch, daß selbst bei einem Erwachsenen noch gegen seinen Willen Familienstand, Name und Staatsangehörigkeit verändert und eine Unterhaltspflicht gegenüber einem Mann begründet werden können, zu dem eine blutsmäßige Beziehung nicht besteht. Anders könnte nur zu entscheiden sein, wenn ein Legitimationsfeststellungsbeschluß ergangen ist (Siehr StAZ 1971, 169 f zu Nr. 3 und 4 b).

Zu demselben Ergebnis gelangen die in Rechtslehre und Rechtsprechung vertretenen Ansichten, die in den Fällen eines der Abstammung widersprechenden Vaterschaftsanerkennnisses zu Art. 22 Abs. 2 EGBGB analog die Einwilligungen des § 1726 BGB anwenden oder die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB eingreifen lassen. Den Weg der Analogie befürworten Kegel, Intern.Privat Recht, 3. Aufl. S. 378 f und in Soergel/Kegel EGBGB 10. Aufl. Art. 22 Rn. 14 (allerdings nur für den Fall, daß der Standesbeamte die Unrichtigkeit des Anerkennnisses gekannt hat, womit jedoch auf ein Merkmal abgestellt wird, das keine klaren Verhältnisse schafft, indem es eine sichere Feststellung der Wirksamkeit der Legitimation beeinträchtigt), Frank FamRZ 1969, 626, 627 f und Siehr StAZ 1971, 169 f zu Nr. 3 und 4 b sowie StAZ 1972, 182 und DAVorm 1973, 135; vgl. auch BGHZ 50, 188, 197. Überwiegend wird die Anwendung des Art. 30 EGBGB vertreten, wenn das Kind einer auf falschem Vaterschaftsanerkennnis beruhenden Legitimation nicht zugestimmt hat (Raape IPR 5. Aufl. § 34 Fußn. 162 S. 386;

OLG Karlsruhe FamRZ 1965, 624; OLG Zweibrücken FamRZ 1970, 327; OLG Düsseldorf FamRZ 1973, 213; LG Memmingen JZ 1957, 28; LG Aurich, DtRspr auf dem Gebiet des IPR 1966/67 Nr. 156 nebst Stellungnahme von Lüderitz RabelsZ 1974, 783, der darauf hinweist, daß die Anwendung des Art. 22 Abs. 2 EGBGB näher gelegen hätte; Wuppermann NJW 1972, 1600 Fußn. 23; wohl auch Palandt/Heldrich BGB 34. Aufl. Art. 30 Anm. 5 S. 1999 oben; vgl. ferner die Bemerkung von Beitzke FamR 17. Aufl. § 23 I S. 160, das Anerkennungssystem ausländischer Rechte sei nur tragbar, wenn Sicherungen gegen unrichtige Anerkennungen vorgesehen seien; a.A. KG JZ 1958, 366; OLG Celle NJW 1971, 2132; LG Freiburg FamRZ 1953, 147 f sowie Schwoerer StAZ 1953, 147 f; JZ 1956, 255; JZ 1958, 366).

In gegenteiliger Auslegung des Art. 22 Abs. 2 EGBGB meint das Berufungsgericht, wegen des Schutzzwecks dieser Vorschrift, nach der das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt zu stellen sei, müsse möglichst dasjenige Recht als das dem Kind günstigere angewendet werden, das dem Kinde die Stellung eines ehelichen Kindes verleihe. Damit werde zugleich der unerfreuliche Zustand eines sog. "hinkenden" Personenstandes vermieden. Widerstreitenden Interessen des Kindes könne keineswegs nur durch das Erfordernis der Einwilligung Rechnung getragen werden. Vielmehr stehe dem Kind die Anfechtungsklage (hier nach Art. 339 Cc belge) zu Gebote, die verhindere, daß es einen unerwünschten Personenstand erhalte. Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist widersprüchlich, die Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 EGBGB einerseits und mit Recht als eine im besonderen Maße zugunsten des Kindes bestehende Schutzvorschrift anzusehen, sie andererseits aber mit der Begründung außer Anwendung zu lassen, daß dem Kinde besser mit der Nichtanwendung gedient sei.

Die Legitimation braucht für das nichteheliche Kind nicht immer die bessere Lösung zu sein, wenn sie zufolge des Anerkenntnisses eines Mannes eintreten soll, der nicht der leibliche Vater des Kindes ist. Das Interesse des Kindes an der Feststellung seines wirklichen Vaters kann das Interesse an einer den Abstammungsverhältnissen widersprechenden Ehelichkeit überwiegen. Anders wäre es nicht zu verstehen, daß das Nichteelichengesetz, das die Rechte des nichtehelichen Kindes verstärken wollte, das Vaterschaftsanerkennntnis schlechthin an die Zustimmung des Kindes gebunden hat (§ 1600 c BGB), diese mithin auch dann erforderlich ist, wenn das Vaterschaftsanerkennntnis zwecks Legitimierung des Kindes abgegeben wird. Die Anfechtung des Vaterschaftsanerkennntnisses ist, soweit sie nach dem maßgeblichen ausländischen Recht überhaupt zulässig ist (vgl. wegen des belgischen Rechts Frank FamRZ 1969, 626, 628 zu d) ein umständlicher, möglicherweise wegen Fristablaufs ausgeschlossener und in seinem Ergebnis ungewisser Rechtsbehelf. Er vermag dem Schutzzweck des Art. 22 Abs. 2 EGBGB nicht in gleicher Weise Rechnung zu tragen wie das Erfordernis der Einwilligung des Kindes. Sollte die Einwilligung des Kindes in Fällen, in denen sich gezeigt hat, daß die Legitimierung den Kindesinteressen dienlich ist, unterblieben, etwa aus Rechtsunkenntnis versäumt worden sein, so kann sie noch nach Vornahme der übrigen Akte des Legitimationsvorganges (Eheschließung, Anerkenntnis) nachgeholt werden (BayObLG FamRZ 1957, 225; Siehr StAZ 1971, 170 und in Auswirkungen des Nichteelichengesetzes auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht, 1972, 129). Die Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 EGBGB, die geradezu als Anwendungsfall des deutschen ordre public bezeichnet worden ist (Erman/Marquardt BGB 5. Aufl. Art. 22 EGBGB Rn. 3; Siehr FamRZ 1973, 470, 472; Jayme StAZ 1974, 310, 311/2), gewährleistet in der hier vorgenommenen Auslegung besser als andere Rechtsbehelfe, daß das nichteheliche Kind nicht

ohne seine Zustimmung eine Statusänderung erfährt, durch die es eheliches Kind eines fremden Mannes wird. Da eine Einwilligung des Kindes nicht vorliegt, ist die Legitimation für den deutschen Rechtsbereich nicht wirksam geworden. Demzufolge besitzt der Kläger nicht das Recht der Sorge für die Person des Kindes Maria.

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei gegenteiliger Rechtsansicht (Gültigkeit der Legitimation für den deutschen Rechtsbereich) eine Anwendung der Bestimmungen des belgischen Rechts, die ein Personensorgerecht des Klägers begründen, im vorliegenden Fall zufolge des deutschen ordre public unterbleiben müßte. Die alleinige Ausübung des Sorgerechts durch den Ehemann, der nicht der leibliche Vater des Kindes ist und im Prozeßwege die Herausgabe des Kindes von einem Dritten verlangt, bei dem sich das Kind im Einverständnis der Mutter befindet, könnte jedenfalls dann mit den Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar sein, wenn zudem die Herausgabe dem Wohl des Kindes abträglich sein würde. Hinzukommt, daß ohnedies eine Vollstreckung des Herausgabeverlangens gegen den Widerstand des Kindes nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung für undurchführbar gehalten wird (KG FamRZ 1966, 155 zu I 2; Staudinger/Donau BGB 10./11. Aufl. § 1632 Rn. 29; Palandt/Diederichsen BGB 34. Aufl. § 1632 Anm. 3 a) und daß bei einem Kind, das das 14. Lebensjahr überschritten hat, eine gewaltsame Wegnahme im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG auch verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Im übrigen würde bei Wirksamkeit der Legitimation das Vormundschaftsgericht befugt sein, eine neue Sorgerechtsregelung zu treffen, wenn diese erforderlich wäre, um eine Gefährdung des Kindeswohls zu verhüten. Da Sorgerechtsregelungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen (vgl. für das deutsche Recht § 1696 BGB), wird das Vormundschaftsgericht bei ge-

gebener internationaler Zuständigkeit zu einer neuen Sorgerechtsregelung auch dann für befugt gehalten, wenn die frühere Sorgerechtsregelung von einem ausländischen Richter getroffen worden ist (KG JW 1935, 2750; Beitzke, Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern, Festschr. f. Heinr. Lehmann Bd. II 1956, 493 ff, 505 und JR 1957, 24 f; Jansen FGG 2. Aufl. Bd. I § 1 Rn. 155; Keidel/Winkler FGG 10. Aufl. § 33 Rn. 56 d; Soergel/Kegel EGBGB 10. Aufl. Art. 19 Rn. 50; vgl. auch BGHZ 21, 306, 315, 319). Soweit Schutzmaßnahmen zugunsten des Kindes in Betracht kommen, ergibt sich die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, wenn das Kind, wie hier, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hat, des weiteren aus dem Haager Minderjährigenschutzabkommen.

Da dem Kläger ein Personensorgerecht mit der Befugnis, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nicht zusteht, mußte die Klage auf Herausgabe des Kindes abgewiesen werden.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Bukow

Dr. Buchholz

Dr. Hoegen