

12

BGH, Beschl. v. 12. Oktober 1988 - IVb ZB 36/88 - OLG Celle
LG Hannover
AG Hannover

12

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 36/88

BESCHLUSS

in der Pflegschaftssache

- 2 -

12

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr,
Dr. Krohn, Dr. Zysk und Nonnenkamp

am 12. Oktober 1988

beschlossen:

Die Sache wird an das Oberlandesgericht
Celle zur Behandlung und Entscheidung in
eigener Zuständigkeit zurückgegeben.

Gründe:

I.

Domenico Tenace wurde am 5. September 1986 in Hannover
nichtehelich geboren. Die Mutter ist italienische Staatsan-
gehörige und lebt mit dem Kind in Hannover. Auf die von dem
beteiligten Jugendamt vorgebrachte Bitte um gerichtliche
Prüfung, ob ein gesetzliches Schutzverhältnis eingetreten
sei, stellte das Amtsgericht fest, daß für das Kind kraft
Gesetzes eine Amtspflegschaft des Beteiligten nach § 1706
BGB eingetreten sei. Gegen diesen Beschluß legte der Betei-
ligte Beschwerde ein, die vom Landgericht mit der Begründung
zurückgewiesen wurde, die gesetzliche Amtspflegschaft sei
gemäß Art. 20 Abs. 2 EGBGB eingetreten, da das Haager Über-
einkommen über den Schutz von Minderjährigen (MSA) in Ita-
lien noch nicht in Kraft getreten sei. Der Beteiligte legte

WIV



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

weitere Beschwerde ein und trug vor, für den Eintritt einer gesetzlichen Amtspflegschaft sei kein Raum, weil das Kind aufgrund des hier maßgebenden Heimatsrechts unter der uneingeschränkten elterlichen Sorge der Mutter stehe.

II.

Das Oberlandesgericht möchte die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts im Ergebnis bestätigen. Es ist der Ansicht, daß das Jugendamt gemäß § 40 JWG mit der Geburt des Kindes Pfleger nach § 1706 BGB geworden ist. Die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 JWG hält es für erfüllt. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Kinde und der Mutter und damit auch die elterliche Sorge sei gemäß Art. 20 Abs. 2 EGBGB nach inländischem Recht als dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zu beurteilen. Daher stehe das Kind unter der elterlichen Sorge seiner Mutter gemäß § 1705 ff. BGB. Art. 24 Abs. 1 EGBGB, wonach die Entstehung einer Pflegschaft an sich dem Heimatrecht des Pflegelings unterliegt, werde hier von Art. 20 Abs. 2 EGBGB in Verbindung mit § 40 JWG als der *lex specialis* verdrängt. Auch Art. 3 MSA stehe dem Eintritt der Amtspflegschaft nicht entgegen. Diese Vorschrift sei als Ausnahmeregelung zu Art. 2 MSA konzipiert und dessen Anwendungsbereich zuzuordnen. Sie stelle eine spezielle Kollisionsnorm dar, die ausschließlich bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 1 und 2 MSA zu beachten sei. Die Amtspflegschaft sei keine derartige Schutzmaßnahme, sondern eine kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 1 und 2 MSA. Deshalb werde Art. 20 Abs. 2 EGBGB nicht verdrängt.

Das Oberlandesgericht sieht sich an einer die weitere Beschwerde zurückweisenden Entscheidung durch den auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß des Kammergerichts vom 27. Januar 1987 (1 W 517/86 - OLGZ 1978, 145 = FamRZ 1987, 969 = IPRax 1987, 320 = ZfJ 1987, 249) gehindert und hat die Sache daher durch Beschluß vom 21. Januar 1988 gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt (der Beschluß ist veröffentlicht in FamRZ 1988, 646 = ZfJ 1988, 233 = StAZ 1988, 232).

III.

Die Vorlage ist nicht zulässig.

Zu den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG gehört, daß das vorlegende Oberlandesgericht von einer Entscheidung eines der in der Vorschrift bezeichneten Gerichte abweichen will. Der Bundesgerichtshof ist zwar an die Auffassung des Oberlandesgerichts gebunden, daß es einer Stellungnahme zu der von diesem herausgestellten Rechtsfrage bedarf. Er hat jedoch zu prüfen, ob in der streitigen Rechtsfrage ein Abweichungsfall vorliegt (Senatsbeschluß vom 5. Februar 1986 - IVb ZB 1/86 - FamRZ 1986, 460, 461 m.w.N.). Das Erfordernis der Abweichung bedeutet einmal, daß die begehrte Stellungnahme zu der Rechtsfrage für die zu treffende Entscheidung des Falles erheblich sein muß. Außerdem muß die Rechtsauffassung, von der das Oberlandesgericht abweichen will, auch für die vorausgegangene Entscheidung des anderen Gerichts erheblich gewesen sein; sie muß die Grundlage jener

Entscheidung gebildet haben. In der Entscheidung ausgesprochene Empfehlungen reichen nicht aus. Es genügt auch nicht, daß die Rechtsfrage in der anderen Entscheidung sonst eine von der Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts abweichende Beurteilung erfahren hat. Vielmehr muß die Entscheidung auf der anderen Beurteilung der Rechtsfrage beruhen. Dabei genügt es allerdings, wenn die strittige Rechtsfrage in jener Entscheidung erörtert und beantwortet ist und das Ergebnis für die Entscheidung von Einfluß war (BGHZ 21, 234, 236; 96, 198, 201; Beschluß vom 27. Mai 1960 - V ZB 6/60 - NJW 1960, 1621). An diesem Erfordernis fehlt es hier.

Anders als in der Vorlagesache ging es in dem vom Kammergericht entschiedenen Fall nicht um den Eintritt einer Pflegschaft kraft Gesetzes, sondern um den Antrag, für das von einer jugoslawischen Staatsangehörigen geborene, in Berlin lebende Kind, dessen Nichtehelichkeit rechtskräftig festgestellt worden war, eine Pflegschaft mit dem Wirkungskreis Vaterschaftsfeststellung anzuordnen. Dieser Antrag war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Kammergericht hat auch die weitere Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Heimatrecht des Kindes, dem Recht der jugoslawischen Gliedrepublik Serbien, Gebiet engeres Serbien, bestehe für den Bereich der Vaterschaftsfeststellung ein uneingeschränktes Vertretungsrecht der Mutter, das nach Art. 3 MSA anzuerkennen sei. Im Rahmen der Pflicht zur Anerkennung eines derartigen ex-lege Gewaltverhältnisses entfalle grundsätzlich die durch Art. 1 MSA begründete Zuständigkeit, sofern nicht nach Art. 8 MSA eine ernstliche Gefährdung des Kindes oder nach Art. 9 MSA eine Eilzuständigkeit vorliege. Da die Voraussetzungen dieser beiden

Vorschriften nicht gegeben seien, verbiete sich danach die von dem Beteiligten beantragte Anordnung einer Pflegschaft als Schutzmaßnahme nach Art. 1 und 2 MSA.

Von dieser Entscheidung weicht die Beurteilung des vorliegenden Oberlandesgerichts nicht ab. Vielmehr wird in dem Vorlagebeschluß ausdrücklich hervorgehoben, daß Art. 3 MSA bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 1 und 2 MSA zu beachten ist. Das läßt erkennen, daß das Oberlandesgericht auch mit der Beurteilung des Kammergerichts übereinstimmt, die beantragte Pflegschaftsanordnung unterliege der Einschränkung, welche die Regelung der Art. 1 und 2 MSA gemäß Art. 3 MSA erfahre; sie habe daher wegen des Gewaltverhältnisses, welches nach dem Heimatrecht des Kindes zwischen ihm und seiner Mutter bestehe, zu unterbleiben.

Das Kammergericht hat allerdings weiter ausgeführt, die weitere Beschwerde bleibe "nicht schon deshalb erfolglos", weil seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des IPR am 1. September 1986 das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem nichtehelichen Kind nach Art. 20 Abs. 2 EGBGB dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes unterliege mit der Folge, daß das Kind bei gewöhnlichem Aufenthalt im Inland unter der elterlichen Sorge seiner Mutter gemäß §§ 1705 ff. BGB stehe und gemäß § 1706 Nr. 1 BGB i.V. mit § 40 Abs. 1 JWG kraft Gesetzes einen Pfleger erhalte, so daß deshalb für die Anordnung einer Pflegschaft kein Raum mehr sei. In diesem Zusammenhang hat das Kammergericht zu der vom vorliegenden Oberlandesgericht angesprochenen streitigen Rechtsfrage einen anderen Standpunkt vertreten. Es hat sich der Meinung angeschlossen, daß Art. 3 MSA nicht nur bei

konkreten Schutzmaßnahmen zu beachten sei, sondern eine generelle Kollisionsnorm enthalte und deshalb eine gesetzliche Amtspflegschaft ausscheide, wenn der Mutter nach dem ausländischen Heimatrecht des Kindes die volle elterliche Sorge zustehe.

Diese Ausführungen des Kammergerichts zur Streitfrage der gesetzlichen Amtspflegschaft für ausländische nichteheliche Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik sind indessen nicht Teil der Entscheidungsgrundlage. Der Beschluß über die Zurückweisung der weiteren Beschwerde beruht allein auf den zuvor dargelegten Gründen, nicht aber auf der anschließenden Beurteilung der streitigen Rechtsfrage. Denn das Gericht wäre in dem Verfahren zu keinem anderen Ergebnis gelangt, wenn es diese Frage anders beurteilt hätte. Danach liegt ein Vorlegungsfall nicht vor (vgl. auch BayObLGZ 1988, 76, 79 sowie StAZ 1988, 231 f.; OLG Düsseldorf DAVorm 1988, 194 f.; OLG Hamburg DAVorm 1987, 707, 711; OLG Stuttgart FamRZ 1988, 431, 433). Der Bundesgerichtshof ist daher nicht zur Entscheidung in der Sache nach § 28 Abs. 3 FGG zuständig.

Daß eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu der aufgetretenen Rechtsfrage im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sowie des Verkehrsbedürfnisses und der Rechtssicherheit wünschenswert wäre, kann die Anwendung des

§ 28 Abs. 2 FGG nicht rechtfertigen (vgl. BGH, Beschluß vom 5. Mai 1961 - 4 StR 142/61 - NJW 1961, 1487 und vom 3. Mai 1968 - IV ZB 502/68 - LM § 28 FGG Nr. 21). Hiernach kann der Senat zur Frage der gesetzlichen Amtspflegschaft für nicht-eheliche Ausländerkinder keine Stellung nehmen.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp