

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 1705, 1706, 1709 Satz 1; JWG § 40 Abs. 1;
EGBGB 1986 Art. 20 Abs. 2, 24; MSA Art. 3

a) Nichteheliche Kinder ausländischer Staatsangehörigkeit mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland stehen kraft Gesetzes unter der Amtspflegschaft des Jugendamtes.

b) Der Eintritt der gesetzlichen Amtspflegschaft wird durch Art. 3 MSA nicht gehindert.

BGH, Beschluß vom 2. Mai 1990 - XII ZB 63/89 - OLG Karlsruhe
LG Offenburg
AG Offenburg

BUNDESGERICHTSHOF

XII ZB 63/89

BESCHLUSS

in der Pflegschaftssache

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,
Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn und Dr. Zysk

am 2. Mai 1990

beschlossen:

Die weitere Beschwerde des Jugendamtes gegen
den Beschluß des Landgerichts Offenburg vom
17. Februar 1989 wird zurückgewiesen.

Gründe:

A.

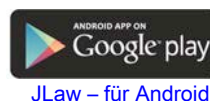
S. S. N. C. L. wurde am 11. Januar 1988 in G. von der
Beteiligten zu 1 nichtehelich geboren. Diese ist französi-
sche Staatsangehörige. Sie hat die Mutterschaft vor dem
Standesbeamten anerkannt und lebt mit dem Kind in O..

In einem Schreiben an das Amtsgericht teilte das Ju-
gendamt mit, daß die Mutter namens des Kindes der Vater-
schaftsankennung durch den Erzeuger zugestimmt habe. Es
vertrat die Ansicht, die Mutter habe für die Vaterschafts-
ankennung ein uneingeschränktes Vertretungsrecht; eine
gesetzliche Amtspflegschaft sei nicht eingetreten. Da das
Standesamt anderer Meinung sei und die Zustimmung des
Jugendamtes als Amtspfleger für erforderlich halte, bat es

WI



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



um gerichtliche Feststellung, ob mit der Geburt des Kindes gesetzliche Amtspflegschaft eingetreten sei. Das Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - faßte zunächst einen Beschluß, in dem es die Frage verneinte. In Abänderung dessen stellte es jedoch später fest, daß für das Kind gemäß Art. 20 Abs. 2 EGBGB, §§ 1709, 1706 BGB Amtspflegschaft des Jugendamtes eingetreten sei. Gegen diesen Beschluß legte das Jugendamt Erinnerung und gegen die Zurückweisung dieses nach Vorlage an das Landgericht als Beschwerde geltenden Rechtsmittels weitere Beschwerde ein. Das Jugendamt vertritt den Standpunkt, für den Eintritt einer gesetzlichen Amtspflegschaft sei kein Raum, weil das Kind nach seinem französischen Heimatrecht unter dem alleinigen und unbeschränkten Sorgerecht der Mutter stehe. Demgemäß verfolgt es sein Feststellungsbegehren weiter, daß gesetzliche Amtspflegschaft nicht eingetreten sei.

Der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, sieht sich daran jedoch durch die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 15. März 1988 (BayObLGZ 1988, 76) und der Oberlandesgerichte Celle vom 21. Januar 1988 (FamRZ 1988, 646), Düsseldorf vom 25. November 1987 (DAVorm 1988, 193), Hamburg vom 19. Mai 1987 (FamRZ 1987, 974) und Stuttgart vom 19. Januar 1988 (FamRZ 1988, 431) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Beschluß vom 31. Mai 1989, veröffentlicht in FamRZ 1989, 896 = NJW 1989, 2840 = IPRax 1989, 388 = DAVorm 1989, 611).

B.

I. Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FGG sind erfüllt.

1. Das vorlegende Oberlandesgericht ist der Ansicht, das Kind stehe nicht unter der Amtspflegschaft des Jugendamts, weil der Beteiligten zu 1 nach dem französischen Heimatrecht des Kindes mit der Anerkennung der Mutterschaft das uneingeschränkte Sorgerecht einschließlich der gesetzlichen Vertretung des Kindes zustehe. Dieses nach dem französischen Recht bestehende Gewaltverhältnis sei nach Art. 3 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (BGBl. 1971 II 217, 1150 - Minderjährigenschutzabkommen, MSA), der als selbständige Kollisionsnorm zu verstehen sei und die autonome Kollisionsnorm des Art. 20 Abs. 2 EGBGB verdränge, allein maßgebend, so daß §§ 1705 ff. BGB nicht zur Anwendung gelangten und eine gesetzliche Amtspflegschaft ausscheide. Damit will das Oberlandesgericht bei der Auslegung des Art. 3 MSA und der Beurteilung seines Verhältnisses zu Art. 20 Abs. 2 EGBGB von den erwähnten, auf weitere Beschwerde ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen abweichen, denen die Rechtsauffassung zugrunde liegt, Art. 3 MSA stehe dem Eintritt einer gesetzlichen Amtspflegschaft nicht entgegen, weil er nur bei der Anordnung von konkreten Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 1 und 2 MSA zu beachten sei. Die Amtspflegschaft sei aber keine derartige Schutzmaßnahme, sondern eine kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen. Da Art. 3 MSA somit für diese

Rechtsfolge nicht gelte, werde Art. 20 Abs. 2 EGBGB nicht verdrängt, sondern bleibe kollisionsrechtlich maßgeblich. Die Abweichung von dieser Beurteilung, auf der die genannten Entscheidungen beruhen, begründet die Vorlagepflicht nach § 28 Abs. 2 FGG (vgl. Senatsbeschuß vom 12. Oktober 1988 - IVb ZB 36/88 - FamRZ 1989, 48). Daß es um die Auslegung von Bestimmungen des Internationalen Privatrechts geht, stellt die Vorlagepflicht nicht in Frage, da auch derartige Normen zu den Vorschriften des Bundesrechts im Sinne von § 28 Abs. 2 FGG gehören (BGHZ 46, 87, 91).

2. Die Voraussetzungen der Vorlage sind nicht dadurch entfallen, daß ein anderer Senat des Oberlandesgerichts Karlsruhe in zwei Beschlüssen vom 29. Juni 1989, mithin zeitlich nach dem Vorlagebeschuß, die in der Vorlage abgelehnte Rechtsauffassung vertreten und jeweils seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat (vgl. StAZ 1989, 350 und 352). Zwar ist anerkannt, daß es für die Frage der Abweichung von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts im Falle des Wechsels der Rechtsansicht und einer entsprechenden Änderung der Rechtsprechung bei diesem Gericht allein auf dessen letzte Entscheidung ankommt (vgl. BGH, Beschluß vom 24. Oktober 1958 - V ZB 23/58 - WM 1959, 63, 64) und daß es dabei gleichgültig ist, ob jeweils derselbe Senat entschieden hat oder nicht, weil jeder Senat das Oberlandesgericht repräsentiert (Jansen, FGG 2. Aufl. § 28 Rdn. 11). Das kann jedoch für das Gericht, von dem eine Vorlage stammt, nicht in gleicher Weise gelten. Erläßt hier nach dem Ergehen des Vorlagebeschlusses ein anderer Senat desselben Gerichts eine Entscheidung, die in der Auslegung der umstrittenen Vorschrift der in der Vorlage abgelehnten Rechtsauffassung

folgt, so verliert die Vorlage dadurch nicht ihre Zulässigkeit. Denn für den vorlegenden Senat ändert sich durch die spätere Entscheidung an der Divergenzsituation nichts. Er ist an diese Entscheidung nicht gebunden und durch sie an einer gegenteiligen Beurteilung der Rechtsfrage nicht gehindert. Andererseits kann er aber seiner (gegenteiligen) Beurteilung der Rechtsfrage weiterhin keine Folge geben, weil er damit, wie zuvor, von der Entscheidung des anderen Oberlandesgerichts abweichen würde. Danach wäre auch hier der vorlegende Senat im Falle der Rückgabe der Sache zu einer Entscheidung in eigener Zuständigkeit nicht in der Lage. Damit ist der Bundesgerichtshof weiterhin zur Entscheidung über die vorgelegte weitere Beschwerde berufen (§ 28 Abs. 3 FGG).

C.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Gegen die Zulässigkeit der vom Landgericht beschiedenen Erstbeschwerde bestehen keine Bedenken. Das gilt insbesondere auch für ihre Statthaftigkeit. Zwar ist eine feststellende Entscheidung über das Eintreten der Amtspflegschaft im Gesetz nicht vorgesehen; sie ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber auch nicht ausgeschlossen. Mit der Feststellung der hier maßgebenden Sach- und Rechtslage stellt sie sich als eine auf einen bestimmten Erfolg abzielende Verfügung im Sinne von § 19 FGG dar und unterliegt daher nach dieser Bestimmung - in Verbindung mit § 11 Abs. 2 Satz 5 RPflG - der einfachen Beschwerde (vgl. BayObLGZ 1988, 76, 77; OLG Hamburg FamRZ 1987, 974; Keidel/Kahl, FG 12. Aufl. § 19 Rdn. 2).

II. Die Zurückweisung der Erstbeschwerde ist frei von Rechtsfehlern. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, daß für das Kind gesetzliche Amtspflegschaft des beteiligten Jugendamts eingetreten ist.

1. Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, daß der Eintritt der gesetzlichen Amtspflegschaft davon abhängt, ob sich die Rechtsbeziehung zwischen dem Kinde und seiner Mutter nach deutschem Recht richtet. Zwar bestimmt die in Art. 24 EGBGB vorgesehene allgemeine kollisionsrechtliche Regelung für Vormundschaft und Pflegschaft, daß für die Entstehung und den Inhalt der gesetzlichen Pflegschaft das Recht des Staates maßgeblich ist, dem der Pflegling angehört. Diese Regelung greift hier jedoch nicht ein. Es ist anerkannt, daß im Falle ausländischer Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland für die gesetzliche Amtspflegschaft des Jugendamtes eine Sonderregelung gilt (vgl. etwa OLG Karlsruhe StAZ 1989, 350 mit weiteren Hinweisen auf die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung; Beitzke ZfJ 1986, 537, 542; DIV-Stellungnahme DAVorm 1986, 670, 676; Heldrich, Festschrift Ferid 1988, 131, 133 f.; Henrich, Internationales Familienrecht § 10 I 3 S. 315 f.; Kegel, IPR 6. Aufl. § 20 XV 1 S. 639; Kropholler IPRax 1988, 285, 288; Krzywon BWNotZ 1987, 37, 38; MünchKomm/Klinkhardt, 2. Aufl. Art. 24 EGBGB Rdn. 51; Oberloskamp/Baer, Vormundschaft, Pflegschaft und Vermögenssorge bei Minderjährigen, § 13 Rdn. 20; Palandt/Heldrich, BGB 49. Aufl. Art. 24 EGBGB Anm. 2 b bb; Rahm/Paetzold, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens VIII Rdn. 546 f.; Siehr, IPRax 1987, 302, 304; Staudinger/Kropholler, BGB 12. Aufl. Art. 24 EGBGB Rdn. 42). Gemäß § 1709 Satz 1 BGB, § 40 Abs. 1 JWG wird das Jugendamt Pfleger nach § 1706 BGB, wenn das nichteheliche Kind seinen

gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und nach § 1705 BGB unter der elterlichen Sorge der Mutter steht. Die letztgenannte Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Rechtsbeziehung des Kindes zu seiner Mutter deutschem Recht unterliegt und damit das anzuwendende Statut für diese Rechtsbeziehung die spezifische gesetzliche Einschränkung vorsieht, die den Eintritt der gesetzlichen Amtspflegschaft nach § 1706 BGB zur Folge hat und dieses Institut zu einem Annex der elterlichen Sorge macht.

2. Das seit 1. September 1986 geltende deutsche autonome Kollisionsrecht hat die Anknüpfung des Rechtsverhältnisses zwischen einem nichtehelichen Kind und seinen Eltern in Art. 20 Abs. 2 EGBGB neu geregelt. Danach unterliegt diese Rechtsbeziehung dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. § 1705 BGB ist demgemäß nach dieser Kollisionsregel immer dann berufen, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, so daß die Voraussetzungen der § 1709 Satz 1 BGB, § 40 Abs. 1 JWG im vorliegenden Fall erfüllt wären und die gesetzliche Amtspflegschaft des Jugendamts mit der Geburt des Kindes eingetreten wäre.

Indessen können die autonomen Kollisionsnormen nur angewendet werden, wenn ihnen nicht nach Art. 3 Abs. 2 EGBGB Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, vorgehen. Als derartige Vereinbarung kommt das Minderjährigenschutzabkommen in Betracht, dessen Vorrang vor den Vorschriften des autonomen Rechts auch dann besteht, wenn dieses, wie es in Art. 20 Abs. 2 EGBGB und § 40 Abs. 1 JWG n.F. der Fall ist, erst später gesetzt worden ist (Senatsurteil BGHZ 89, 325, 336).

a) Hierzu vertritt das vorlegende Oberlandesgericht den Standpunkt, daß das Minderjährigenschutzabkommen in der Frage, welchem Recht die elterliche Sorge für das Kind zu unterstellen sei, allgemein Geltung beanspruche, und daß danach nicht Art. 20 Abs. 2 EGBGB, sondern Art. 3 MSA gelte, der die Frage des Bestehens eines gesetzlichen Schutzverhältnisses dem Heimatrecht des Kindes unterstelle mit der Folge, daß das Kind wegen der nach französischem Recht bestehenden elterlichen Gewalt der Mutter nicht unter der Amtspflegschaft des Jugendamts stehe. Im einzelnen hat das Gericht dazu ausgeführt:

Bereits der Titel des Minderjährigenschutzabkommens beziehe sich nicht eindeutig nur auf Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 1 und 2 MSA, sondern spreche generell von dem anzuwendenden Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen. Es sei nicht einzusehen, warum ein nach dem Heimatrecht des Kindes bestehendes gesetzliches Gewalt- oder Schutzverhältnis nur im Rahmen behördlicher oder gerichtlicher Schutzmaßnahmen zu respektieren sei, nicht aber auch unabhängig von solchen Maßnahmen. Nur eine Auslegung des Art. 3 MSA als allgemeine Kollisionsnorm bewirke eine einheitliche Beachtung und kontinuierliche Wahrung des nach dem jeweiligen Heimatrecht des Kindes begründeten Schutzverhältnisses in allen Vertragsstaaten. Durch diese Auslegung werde vermieden, daß der nichteheliche Minderjährige verschiedenen, möglicherweise widersprüchlich handelnden gesetzlichen Vertretern, nämlich dem deutschen Amtspfleger und einem etwaigen ausländischen Sorgeberechtigten, unterstehe. Aus der Änderung des § 40 JWG durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986 (BGBl. I

1141 - IPRG), die eine Anpassung der Vorschrift an Art. 20 Abs. 2 EGBGB habe bewirken und im übrigen gerade dem Minderjährigenschutzabkommen habe Rechnung tragen sollen, lasse sich nicht schließen, daß nunmehr auch für ausländische nichteheliche Kinder mit Inlandsaufenthalt automatisch Amtspflegschaft - mit zusätzlichen Kosten und Arbeitsaufwand für die deutschen Jugendämter - eintreten solle. Statt des Eintritts gesetzlicher Amtspflegschaft sei die Möglichkeit zu bejahen, im konkreten Fall bei Bedarf individuelle vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen zu treffen. Das erlaube es, jedem Einzelfall und damit dem Kindeswohl in gleicher Weise gerecht zu werden.

Die Meinung des vorlegenden Gerichts, daß Art. 3 MSA im räumlichen und persönlichen Rahmen des Abkommens Art. 20 Abs. 2 EGBGB verdränge und die Frage nach dem Bestehen eines gesetzlichen Schutz- oder Gewaltverhältnisses und damit auch nach dem Eintritt einer gesetzlichen Amtspflegschaft des Jugendamtes bei ausländischen nichtehelichen Kindern mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland dem jeweiligen Heimatrecht des Kindes unterstelle (sog. Kollisionsnormtheorie), wird auch sonst in der Rechtspraxis vertreten (außer den Nachweisen im Vorlagebeschluß aaO S. 897 vgl. noch Allinger, Haager Minderjährigenschutzabkommen S. 70 ff.; Klinkhardt, ZfJ 1987, 455 ff.; 1988, 62; Kropholler, IPRax 1988, 285 ff.; MünchKomm/Siehr, 2. Aufl. Anhang zu Art. 19 EGBGB Rdn. 169 f., 182; MünchKomm/Schwimann, 2. Aufl. Art. 19 Rdn. 56, 77; Oberloskamp, FamRZ 1990, 1; Rauscher, StAZ 1987, 121, 128 f.; Staudinger/Kropholler aaO Art. 20 EGBGB Rdn. 72; Winkler v. Mohrenfels, IPRax 1989, 369 ff.; einschränkend und differenzierend Henrich, Festschrift Schwind 79, 85 ff. sowie insbesondere Internationales Familienrecht § 7 II 2 S. 243 f.).

b) Der Senat vermag sich dieser Ansicht nicht anzuschließen. Er folgt der Gegenmeinung, die in der Rechtsprechung überwiegend vertreten wird und auch im Schrifttum verbreitet ist (aus der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. außer den eingangs angeführten Entscheidungen BayObLG DAVorm 1988, 548 und IPRax 1989, 48; OLG Köln DAVorm 1988, 470; OLG Karlsruhe 11. Zivilsenat aaO; OLG Stuttgart FamRZ 1988, 895; aus dem Schrifttum vgl. Beitzke, ZfJ 1986, 537, 540 ff.; Dörner, JR 1988, 265 ff. und IPRax 1989, 28, 31 ff.; Ferid RabelsZ 1962, 428, 443 f.; Ferid/Böhmer IPR 3. Aufl. 8 - 224, 232 und 401, 1, aber auch 396, 3; Heldrich, Festschrift Ferid aaO S. 131 ff.; IPRax 1989, 347 sowie in Palandt/Heldrich aaO Art. 20 Anm. 3; Art. 24 Anm. 2 b bb; Anhang zu Art. 24 Art. 3 MSA Anm. 1 b; Kegel aaO S. 639, 640 sowie Soergel/Kegel, BGB 11. Aufl. Rdn. 8 vor Art. 18 EGBGB; Lüderitz, Internationales Privatrecht Rdn. 365 Fn. 14, 377; Maßfeller/Hoffmann/Hepting/Gaatz, PStG vor §§ 3 PStG EheG § 3 Rdn. 63 ff., 75 f.; Oberloskamp/Baer aaO § 9 Rdn. 86 ff.; § 13 Rdn. 34 ff.; Otto, FamRZ 1988, 1134 f.; Pirrung, Internationales Privat- und Verfahrensrecht S. 159 Fn. 5; Rahm/Paetzold aaO Rdn. 503 ff.; Sturm, StAZ 1987, 181, 183 ff., 186 ff.).

Daß Art. 3 MSA eine selbständige, generelle Anknüpfungsregel darstellt, welche die autonomen Kollisionsnormen für den Bereich gesetzlicher Schutz- und Gewaltverhältnisse allgemein verdrängt, ergibt sich weder aus der Vorschrift selbst noch sonst aus dem Übereinkommen oder dem autonomen Recht.

aa) In der deutschen Rechtslehre ist der Regelungs-
bereich des Abkommens, das in der Bundesrepublik im Jahre 1971
in Kraft getreten ist (BGBI. 1971 II 217, 1150), ursprüng-
lich allein in der Vornahme von Maßnahmen zum Schutze

Minderjähriger gesehen und der Regelungszweck von Art. 3 MSA allein auf diesen Bereich bezogen worden (vgl. Henrich, Festschrift aaO S. 85 f.; Maßfeller/Hoffmann/Hepting/Gaatz aaO Rdn. 71, 73, 75). Ebenso ist in der früheren Rechtsprechung herausgestellt worden, daß im Falle des Eingreifens eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses kollisionsrechtlich nicht das Minderjährigenschutzabkommen, sondern das autonome Recht anwendbar sei, weil der Eintritt eines derartigen Gewaltverhältnisses am Aufenthaltsort keine Schutzmaßnahme im Sinne von Art. 1 MSA sei (BayObLGZ 1978, 325, 331 f.; IPRax 1984, 96). Auch der Bundesgerichtshof hat, ohne die Frage zu vertiefen, in früheren Entscheidungen ausgeführt, soweit in Fällen mit Auslandsberührung Maßnahmen zum Schutze von Minderjährigen in Rede ständen, greife das Minderjährigenschutzabkommen ein und verdränge im Rahmen seines Anwendungsbereichs die allgemeinen Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts, wie etwa Art. 19 EGBGB damaliger Fassung (BGHZ 60, 68, 71; 78, 293, 294; vgl. auch Senatsbeschuß vom 11. April 1984 aaO sowie Senatsbeschuß vom 28. Mai 1986 - IVb ZB 36/84 - IPRax 1987, 317 f.). Indessen bereitete die Anwendung der autonomen Kollisionsnormen des früheren EGBGB infolge der verfassungsrechtlichen Bedenken und der Lückenhaftigkeit der Anknüpfungen erhebliche Schwierigkeiten. Diesen Problemen ist es zugeschrieben worden, daß im Schrifttum (vgl. Schwimann ÖJBl 1976, 233, 238; Kropholler, MSA 2. Aufl. § 2 I 2 c S. 42 f.) jene Auffassung hervortrat, die Art. 3 MSA über den ursprünglichen Regelungsbereich hinaus eine weitere kollisionsrechtliche Funktion beilegte (vgl. Oberloskamp/Baer aaO § 9 Rdn. 87; Sturm StAZ aaO S. 183). Auf jeden Fall kam es dieser Auffassung besonders entgegen und beförderte ihre Akzeptanz, daß sich

mit der Auslegung des Art. 3 MSA als allgemeine Kollisionsnorm ein Ersatz für die in ihrer Wirksamkeit zweifelhaften autonomen Kollisionsregeln bot (vgl. Oberloskamp/Baer aaO; Maßfeller/Hoffmann/Hepting/Gaatz aaO Rdn. 76; Otto aaO S. 1135). Sie ersparte dem Beurteiler die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Art. 19, 20 EGBGB a.F. (Staudinger/Kropholler, BGB 12. Aufl. Vorbem. 485 zu Art. 18 EGBGB; Oberloskamp, MSA Art. 3 Rdn. 14).

Diese Gründe für die Auslegung des Art. 3 MSA als selbständige Kollisionsnorm sind nach dem Inkrafttreten des neuen IPRG entfallen. Mit der Novellierung hat der Gesetzgeber in Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 2 EGBGB Regeln geschaffen, welche die Anknüpfung der Eltern-Kind-Beziehungen im einzelnen neu bestimmen. Diese Neuregelung will insbesondere auch die elterliche Sorge erfassen (vgl. Begründung des RegE des IPRG, BT-Drucks. 10/504 S. 66, 67, wiedergegeben bei Pirrung aaO S. 158, 160) und verfolgt das Ziel, den Eintritt der gesetzlichen Amtspflegschaft entsprechend der Regelung in Art. 20 Abs. 2 EGBGB an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts anzuknüpfen (vgl. Begründung des RegE des Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts - KJHG - BR-Drucks. 503/89 S. 88). Diese Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ließe sich indessen nicht verwirklichen, wenn Art. 3 MSA entsprechend der Kollisionsnormtheorie umfassend anzuwenden wäre. In diesem Fall würde Art. 20 Abs. 2 (ebenso wie Art. 19 Abs. 2) EGBGB im wesentlichen seine Bedeutung verlieren und seinen Zweck verfehlen (vgl. Rauscher aaO S. 129). Deshalb bedarf es der Prüfung, ob Art. 3 MSA in seiner Eigenschaft als staatsvertragliche

Regelung die nationalen Normen über das Eltern-Kind-Verhältnis allgemein zurückdrängt und ihren Anwendungsbereich auch außerhalb von Schutzmaßnahmen einschränkt.

al) Wortlaut und Systematik der Regelung, die von den Vertretern der Kollisionsnormtheorie für ihren Standpunkt angeführt werden (vgl. Kropholler, IPRax 1988 aaO S. 286 sowie auch MünchKomm/Siehr aaO Anhang zu Art. 19 Rdn. 162 ff.), sprechen nicht für eine umfassende Wirkung, sondern eher dagegen (vgl. dazu näher Heldrich, Festschrift aaO S. 134 f.; Sturm, NJW 1975, 2121, 2122 f. sowie StAZ aaO S. 184; Beitzke aaO S. 541 insbesondere Fn. 80; Dörner, JR 1988 aaO S. 268; vgl. auch Henrich, Festschrift aaO S. 87 sowie Winkler v. Mohrenfels aaO S. 370). Bei der Anwendung des Abkommens steht die Frage im Vordergrund, ob es um die Vornahme von Maßnahmen zum Schutze Minderjähriger geht. Auf diesen Fragenkomplex beziehen sich die Regelungen über die internationale Zuständigkeit und Kompetenz der Gerichte und Behörden (Art. 1 MSA) sowie über das von diesen anzuwendende Sachrecht (Art. 2 MSA), wobei Art. 3 MSA in einer Doppelfunktion die internationale Zuständigkeit des Aufenthaltsstaates und die nach dessen Sachrecht bestehenden Regelungsmöglichkeiten begrenzt (vgl. Senatsbeschluß vom 11. April 1984 - IVb ZB 96/82 - IPRax 1985, 40, 41 mit Anm. Jayme S. 23). Das legt es nahe, daß das Abkommen und dessen Art. 3 das Eltern-Kind-Verhältnis nicht generell, sondern nur insoweit erfassen sollen, als es um die Anordnung einer nach innerstaatlichem Recht vorgesehenen behördlichen oder gerichtlichen Schutzmaßnahme geht (vgl. Beitzke aaO S. 541; Klinkhardt, ZfJ 1987, 455, 457; Maßfeller/Hoffmann/Hepting/Gaaz aaO Rdn. 75 sowie auch Henrich, Festschrift aaO S. 87).

a2) Wesentliche Bedeutung bei der Interpretation eines Staatsvertrages muß dem Verständnis des Abkommens in den anderen Vertragsstaaten beigemessen werden. Vor allem ist die Rechtspraxis der anderen Vertragsstaaten zu berücksichtigen und eine einheitliche Auslegung des Vertragswerkes anzustreben (vgl. Art. 36 EGBGB sowie Palandt/Heldrich aaO Einleitung vor Art. 3 EGBGB Anm. 2 b bb).

Daß Art. 3 MSA von den am Abschluß des Abkommens beteiligten Staaten als allgemeine Kollisionsregel verstanden worden ist, ist nicht ersichtlich (vgl. hierzu Ferid, RabelsZ aaO insbesondere S. 442 f.; Beitzke aaO S. 540 f.; Heldrich, Festschrift aaO S. 135; Sturm, StAZ aaO S. 184; Oberloskamp, DAVorm 1987, 489, 491). Vielmehr ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß eine solche generelle Kollisionsregelung für gesetzliche Schutzverhältnisse von den Vertragsstaaten mit Wohnsitzprinzip kaum angenommen worden wäre (vgl. Beitzke aaO S. 541; Sturm, StAZ aaO S. 187).

Es läßt sich aber auch nicht feststellen, daß die Vorschrift inzwischen in den übrigen Mitgliedstaaten einheitlich als selbständige Kollisionsnorm für das auf gesetzliche Schutzverhältnisse anwendbare Recht verstanden wird. Anscheinend hat eine solche Auslegung nur dort Anklang gefunden, wo die Sorgerechtsbeziehungen bereits nach nationalem Kollisionsrecht dem Heimatrecht des Kindes unterliegen, wie in Frankreich, den Niederlanden und Österreich. Dagegen ist nicht ersichtlich, daß sie auch in den anderen Mitgliedstaaten Verbreitung gefunden oder daß sich sonst eine einheitliche Beurteilung von elterlicher Sorge und gesetzlicher Vertretung nach dem Heimatrecht des Kindes herausgebildet

hätte (vgl. Beitzke aaO S. 541; Heldrich, Festschrift aaO S. 136; Oberloskamp/Baer aaO Rdn. 94; Otto aaO S. 1135; Sturm StAZ aaO S. 186 f.). In der Schweiz ist Art. 3 MSA eine derartige generelle Maßgeblichkeit für gesetzliche Schutzverhältnisse anlässlich der Novellierung des dortigen Internationalen Privatrechts durch das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 (Bundesblatt 1988 Bd. I S. 5 ff.) abgesprochen und eine entsprechende Regelung der Anknüpfungsfrage ausdrücklich abgelehnt worden. So heißt es in der Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 10. November 1982 zum Entwurf des vorgenannten Gesetzes, bezüglich des auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses anwendbaren Rechts sei die klare Abgrenzung zu den Fragen des Minderjährigenschutzes notwendig. Das Minderjährigenschutzabkommen, das die Fragen des Minderjährigenschutzes vorwiegend beherrsche, umfasse bei weitem nicht den gesamten Bereich der Beziehungen zwischen Eltern und Kind. Nicht erfaßt seien ganz allgemein alle Beziehungen, die unabhängig von einer behördlichen Anordnung zur Entstehung gelangten. Dazu gehörten die elterliche Gewalt und die damit verbundenen Befugnisse der elterlichen Personen- und Vermögenssorge. Das Minderjährigenschutzabkommen komme erst zum Zuge, wenn eine Störung oder Gefährdung vorliege, die ein Einschreiten der zuständigen Behörden notwendig mache (Bundesblatt 1983 Bd. I S. 263, 375). Demgemäß unterstellt das neue Schweizerische IPR-Gesetz in Art. 82 Abs. 1 die Beziehungen zwischen Eltern und Kind dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und verweist hinsichtlich der Schutzmaßnahmen auf das Minderjährigenschutzabkommen (Art. 82 Abs. 3, 85).

Hiernach kann weder von einem international einheitlichen Verständnis des Art. 3 MSA als selbständige Kollisionsnorm noch von der Entwicklung eines Anknüpfungseinklangs auf dieser Grundlage ausgegangen werden.

a3) Auch sonst erscheint eine Auslegung von Art. 3 MSA als allgemeine Kollisionsnorm nicht geboten. Daran vermögen die Argumente, die für die Kollisionsnormtheorie geltend gemacht werden und die das vorlegende Gericht, wie dargelegt, für seinen Standpunkt anführt, nichts zu ändern.

Das gilt vor allem für den Gesichtspunkt der zweispurigen Anknüpfung gesetzlicher Schutzverhältnisse, je nachdem, ob es um die Anordnung von Schutzmaßnahmen nach innerstaatlichem Recht geht oder ob sonstige sorgerechtliche Fragen, wie etwa die gesetzliche Vertretungsmacht, zu beurteilen sind. Daraus mögen sich zwar Spannungen zwischen Art. 3 MSA und den allgemeinen Kollisionsnormen ergeben. Ein Widerspruch, der unter allen Umständen bereinigt werden müßte, kann darin jedoch nicht gesehen werden, wie Dörner (JR aaO S. 269 sowie IPRax aaO S. 32) und Heldrich (Festschrift aaO S. 138 ff.) überzeugend begründet haben (anders Winkler v. Mohrenfels aaO S. 370 f.). Es ist nicht ohne Sinn, wenn Gerichte und Behörden bei Einzelfallentscheidungen zum Schutze der Person oder des Vermögens des Minderjährigen, die in der Lebenswirklichkeit regelmäßig in Ausnahmesituationen, nämlich bei Störungen oder Gefährdungen der Eltern-Kind-Beziehungen vorkommen, durch die Beachtung des Heimatrechts im Parteiinteresse in ihren Kompetenzen und Regelungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, dagegen das funktionierende

Rechtsverhältnis, das solcher Schutzmaßnahmen nicht bedarf, dem Aufenthaltsrecht und damit denselben generellen Normen unterliegt wie das Rechtsverhältnis von Inländern. Es kommt den praktischen Bedürfnissen und dem Schutz des Rechtsverkehrs entgegen, wenn die am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts in den verschiedenen Lebensverhältnissen auftretenden Fragen des Sorgerechts und der gesetzlichen Vertretung - statt nach dem möglicherweise schwierig zu ermittelnden Heimatrecht - nach dem Aufenthaltsrecht beurteilt werden können. Die dadurch erreichbare rasche Klarheit über die Sorge- und Vertretungsberechtigung am Orte seines gewöhnlichen Aufenthalts dient dem Interesse des ausländischen Kindes (vgl.

Oberloskamp/Baer aaO § 9 Rdn. 91 f.; Beitzke aaO S. 543; Heldrich aaO S. 139, 142; Dörner aaO sowie auch Henrich, Internationales Familienrecht aaO S. 242).

Daß hierbei die Kontinuität eines nach dem Heimatrecht des Kindes begründeten Schutzverhältnisses verlorengehen kann, ist unvermeidlich, aber ebenso hinnehmbar wie die weitere Konsequenz, daß es durch die Anknüpfung des Schutzverhältnisses an den gewöhnlichen Aufenthalt leichter zu einem Statutenwechsel und zu hinkenden Rechtsverhältnissen kommen kann als im Falle kontinuierlicher Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Kindes. Der Nachteil verliert dadurch an Gewicht, daß das Kind durch die Gleichstellung mit den anderen Kindern im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts einen wirksamen Schutz erhält (vgl. Heldrich aaO S. 144; OLG Stuttgart FamRZ 1988 aaO S. 433). Im übrigen sieht das inländische autonome Kollisionsrecht für statusrelevante Vorgänge als Rechtsvorgänge von besonderer Bedeutung für das

Kind in Art. 23 EGBGB eine Zusatzanknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Kindes vor und gewährleistet damit, daß die Zustimmung auch dem Heimatrecht unterstellt wird und die dort vorgesehenen Erfordernisse eingehalten werden. Die gesetzliche Vertretung bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen beurteilt sich nach dem insoweit vorgehenden Haager Unterhaltsübereinkommen vom 2. Oktober 1973 (BGBl. 1986 II 837) ohnehin nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltenden Recht (Art. 4 Abs. 1, 10 Nr. 2 des Abkommens, entsprechend Art. 18 Abs. 1 und 6 Nr. 2 EGBGB).

bb) Hiernach kann der Ansicht, daß Art. 3 MSA eine generelle Kollisionsnorm darstelle, die auch außerhalb von Schutzmaßnahmen das Bestehen eines gesetzlichen Schutzverhältnisses dem Heimatrecht des Kindes unterstellt und die autonomen Kollisionsvorschriften verdrängt, nicht gefolgt werden. Eine dahingehende Interpretation der Vorschrift kann vielmehr allenfalls als eine erweiternde Auslegung des Abkommens in Betracht gezogen werden, für die aber ein Vorrang aus Art. 3 Abs. 2 EGBGB nicht besteht und die die Anwendung der autonomen Kollisionsnormen aus Gründen staatsvertraglicher Bindung nicht zu hindern vermag (ebenso Beitzke aaO S. 541; Oberloskamp/Baer aaO § 9 Rdn. 89; Sturm aaO S. 184; OLG Hamburg aaO S. 710; vgl. auch Dörner JR aaO S. 268, 269; IPRax aaO S. 32; Heldrich, Festschrift aaO S. 139 f.; Pirrung aaO S. 92). Um diesen Kollisionsvorschriften, mit denen das IPRG modernem kollisionsrechtlichem Denken gefolgt ist, die Gefolgschaft zu verweigern und die Eltern-Kind-Beziehung abweichend anzuknüpfen, müßte sich ergeben, daß das Abkommen bindend etwas anderes vorschreibt.

Das aber trifft nicht zu. Der staatsvertragliche Vorrang des Abkommens reicht nur soweit wie sein Regelungsgehalt. Die dargelegte erweiternde Auslegung des Art. 3 MSA geht über diesen Umfang hinaus und kann den deutschen Gesetzgeber insoweit nicht binden.

Damit wird Art. 20 Abs. 2 EGBGB außerhalb von Schutzmaßnahmen durch Art. 3 MSA in seiner Wirkung nicht gehindert. Da der Eintritt der gesetzlichen Amtspflegschaft keine Schutzmaßnahme ist, ergibt sich im vorliegenden Fall, daß die Rechtsbeziehung des Kindes zu seiner Mutter dem inländischen Recht als dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts unterliegt und daher mit der Geburt die gesetzliche Amtspflegschaft des beteiligten Jugendamts eingetreten ist.

cc) Die im Schrifttum geäußerten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Amtspflegschaft, insbesondere bei nichtehelichen Ausländerkindern (vgl. Oberloskamp FamRZ 1990 aaO S. 2 ff.), teilt der Senat nicht. Durch das in § 1707 BGB vorgesehene Instrumentarium bietet das Gesetz ausreichende Möglichkeiten, um sowohl eine mit der Amtspflegschaft verbundene Diskriminierung der Mutter als auch sonst einen übermäßigen Eingriff in ihre Rechtspositionen sowie in die Rechte des Kindes zu vermeiden (vgl. auch Gernhuber, Familienrecht 3. Aufl. § 58 III 4 S. 909 f.).

III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt, da Gerichtskosten nicht angefallen sind (§ 131 Abs. 3 KostO) und eine Erstattung außergerichtlicher Kosten (§ 13a Abs. 1 FGG) offensichtlich nicht in Betracht kommt.

Lohmann

Richter Portmann ist im
Urlaub und kann nicht
unterschreiben.

Blumenröhr

Lohmann

Krohn

Zysk