

Das japanische Recht der elterlichen Sorge vor deutschen Gerichten

Beschluß des OLG Frankfurt/Main vom 5. 8. 1998 – 1 UF 195/98¹

Matthias Scheer / Christian Thiele

I. SACHVERHALT

Die bislang in Japan ansässigen Parteien sind die Eltern eines minderjährigen Kindes. Der Vater ist Deutscher, die Mutter Japanerin. Im Sommer 1998 verbrachte der Vater das Kind gegen den Willen der Mutter von Japan nach Deutschland. Beide Parteien haben die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich beantragt. Das Familiengericht Langen hat den Antrag des Vaters unter Anwendung deutschen Rechts abgelehnt, die elterliche Sorge auf die Mutter übertragen und gleichzeitig die Herausgabe des Kindes angeordnet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Vaters hatte keinen Erfolg.

II. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Das OLG hat die internationale Zuständigkeit des Familiengerichts bejaht. Zwar folge diese nicht aus dem Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA), da das Abkommen nach seinem Art. 13 I nur dann Anwendung finde, wenn der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat habe. Hier halte sich das Kind aber erst drei Monate in Deutschland auf, so daß nicht davon ausgegangen werden könne, daß das Kind bereits in Deutschland seinen Lebensmittelpunkt begründet habe. Da Japan nicht Vertragsstaat des MSA sei, folge die internationale Zuständigkeit des Familiengericht aber aus § 621 II 1 ZPO.

Für die Sachentscheidung hat das OLG in erster Linie japanisches Recht zugrunde gelegt, da die Parteien ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Japan gehabt hätten und die Antragsgegnerin dort noch wohne. Nach Art. 19 II EGBGB² finde daher auch auf das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und ihrem Kind japanisches Recht Anwendung. Dieses sehe in Art. 818 ZG vor, daß ein Kind bis zur Volljährigkeit der elterlichen Gewalt der Eltern unterstehe. Weiter bestimme diese Vorschrift, daß die Eltern während der Ehe die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Sei aber ein Elternteil zur Ausübung der elterlichen Gewalt unfähig, so übe sie der andere Elternteil aus.

1 FamRZ 1998, 1313 = NJW 1998, 3206 = DAVorm 1998, 931 = NJWE-FER 1998, 271 (LS).

2 In der Fassung bis zur Neuregelung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997.

Worin eine solche Unfähigkeit zur Ausübung der elterlichen Gewalt zu sehen sei, werde im Gesetz nicht ausgeführt. Das Gericht gehe aber davon aus, daß auch das japanische Recht für den Fall eines schwerwiegenden Elternkonflikts aus Anlaß der Trennung einen der beiden Elternteile als nicht dazu in der Lage und damit als „unfähig“ im Sinne des Art. 818 ZG ansehen werde, die elterliche Gewalt auszuüben. Diese Vorschrift sei mithin dahingehend auszulegen, daß das japanische Recht in diesem Fall eine Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil zum Schutz des Kindes vorsehe. Sofern das japanische Recht tatsächlich zu einem anderen Ergebnis komme, verstoße es insoweit gegen den deutsche ordre public nach Art. 6 EGBGB. In diesem Fall sei nach deutschem Recht eine Regelung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspreche. Da es nach Auffassung des Gerichts für das Kind das beste war, wieder in die Obhut der Mutter zurückzukehren, bestätigte es die Entscheidung des Familiengerichts.

III. ANMERKUNG

Obwohl der Entscheidung wohl im Ergebnis zuzustimmen sein wird, überzeugen die Ausführungen des Gerichts zur internationalen Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht in dieser Form nicht.

Die Begründung, mit der das Gericht die Anwendbarkeit des MSA ablehnt, ist äußerst dürftig. Zwar geht die Rechtsprechung davon aus, daß ein gewöhnlicher Aufenthalt regelmäßig nach Ablauf von sechs Monaten begründet wird³. Hierbei handelt es sich jedoch um einen bloßen Anhaltspunkt, so daß ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts später, aber auch erheblich früher eintreten kann⁴. Die danach gebotene umfassende Würdigung aller erkennbaren Gesamtumstände läßt die vorliegende Entscheidung vermissen. Für die Begründung des Gerichts mag sprechen, daß es sich vorliegend um einen Fall internationaler Kindesentführung handelt, in dem für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts ein strenger Maßstab anzulegen ist⁵. Dennoch wäre ein vertieftes Eingehen auf diesen Punkt wünschenswert gewesen.

Auch bei der Frage des anwendbaren Rechts bleiben Zweifel. Fraglich ist bereits, ob sich das Gericht mit der Auslegung des Art. 818 ZG ohne Heranziehung der einschlägigen Sekundärliteratur noch im Rahmen des Ermittlungsgebotes des § 293 ZPO bzw. § 12 FGG⁶ hält. Dem Wortlaut des Art. 818 ZG läßt sich das vom Gericht gefundene Ergebnis jedenfalls nicht ohne weiteres entnehmen. Auch der „Notausstieg“ über den ordre public-Vorbehalt läßt den Schluß zu, daß sich das Gericht mit dem japanischen Recht so wenig wie möglich beschäftigen wollte.

3 Vgl. OLG Hamm, NJW 1992, 636; OLG Stuttgart, NJW 1978, 1746; OLG München, FamRZ 1981, 389; OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 194.

4 Vgl. OLG Hamm, IPRspr. 1996 Nr. 98.

5 OLG Hamm, NJW 1992, 636.

6 Vgl. zu der Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit BayObLG, FamRZ 1999, 101.

Möglicherweise hätte es des zweifelhaften Vorgehens des Gerichts auch gar nicht bedurft: Vor der Anwendung des japanischen materiellen Rechts wäre nämlich zunächst zu prüfen gewesen, ob das japanische IPR eine Rückverweisung auf das deutsche Recht enthält⁷. Art. 21 des japanischen Rechtsanwendungsgesetzes (*hōrei*) bestimmt in diesem Zusammenhang, daß das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind (mit dem Hauptfall der elterlichen Gewalt⁸) primär dem Heimatrecht des Kindes unterliegt, wenn dieses mit dem Heimatrecht des Vaters oder der Mutter identisch ist. Das Gericht hätte daher zunächst auf die Staatsangehörigkeit des Kindes eingehen müssen.

7 So auch LUTHIN, FamRZ 1998, 1315, 1315.

8 Vgl. KAMITANI, FamRZ 1991, 284, 287.