

Verfahrensgang

OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 31.03.2011 – OVG 3 B 8.08, [IPRspr 2011-96](#)

Rechtsgebiete

Kindschaftsrecht → Kindschaftsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

AufenthG § 5; AufenthG § 6; AufenthG § 29; AufenthG § 32; AufenthG § 101

BGB § 1671

Children'sA 1998 (Ghana) s. 43; Children'sA 1998 (Ghana) s. 45; Children'sA 1998 (Ghana) s. 75;

Children'sA 1998 (Ghana) ss. 5 f.; Children'sA 1998 (Ghana) ss. 43 ff.

Constitution 1992 (Ghana) Art. 28

EGBGB Art. 21

EuEheVO 2201/2003 Art. 23

EuSorgeRÜ Art. 7; EuSorgeRÜ Art. 10

FamFG § 108; FamFG §§ 108 f.; FamFG § 109; FamFG § 159

Familienzusammenführungs-RL 2003/86/EG Art. 4 f.

FGG § 16a; FGG § 50b

GG Art. 2; GG Art. 6; GG Art. 103

KSÜ Art. 23

MatrimonialCausesA 1971 (Ghana) s. 22

MSA Art. 1 ff.; MSA Art. 7; MSA Art. 16

UN-Kinderrechtskonvention Art. 12

VwGO § 113

ZPO § 328

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2011-96>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

gliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/2221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 73/35/EWG, 90/364/EWG, 90/362/EWG und 93/96/EWG vom 29.4.2004 (ABl. Nr. L 158/77). Für die Lebenspartnerschaft ist der Richtliniengeber dem Grundsatz gefolgt, dem schwächeren Recht der Mitgliedstaaten den Vorzug zu geben, denn Lebenspartner werden nur als Familienangehörige im Sinne der o.g. Freizügigkeitsrichtlinie angesehen, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, dass rechtliche Verbindungen gleichgeschlechtlicher Personen in Form einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht in allen EU-Mitgliedstaaten allgemein anerkannt und demzufolge unterschiedlich weit geregelt sind (BFH, Urt. vom 30.11.2004 – VIII R 61/04, IPRax 2006, 287, 288 f.; VG Berlin, StAZ 2010, 372, 374⁸). Ein Aufnahmemitgliedstaat, der eine eingetragene Lebenspartnerschaft nicht anerkennt, muss daher den gleichgeschlechtlichen Lebenspartner eines Unionsbürgers nicht als dessen Familienangehörigen im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie behandeln. Diese Grundsätze werden auch für die Beurteilung abstammungsrechtlicher Beziehungen gelten, wenn und soweit diese gerade durch die im Aufnahmemitgliedstaat nicht anerkannte Form der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft vermittelt werden und die deshalb dort auf diese Weise nicht begründet werden können. Es verstößt daher nicht gegen vorrangiges Unionsrecht, wenn das dt. Recht die Beteiligte zu 2) nicht als Mutter des Kindes behandelt, sondern derzeit eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung nur zur Beteiligten zu 1) herstellt.

b) Schließlich liegt auch kein Verstoß gegen die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vor. Zwar wird im Ausgangspunkt angenommen werden können, dass auch das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Partner unter dem Schutz des ‚Familienlebens‘ im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 8 I EMRK steht (EGMR, Urt. vom 24.6.2010 – 30141/04, BeckRS 2011, 01470 [Tz. 94 f.] mit Anm. *Henrich*, FamRZ 2010, 1525). Unter den Schutz des ‚Familienlebens‘ im Sinne der Konvention könnte grundsätzlich auch das Streben nach rechtlicher Anerkennung des Zusammenlebens beider gleichgeschlechtlicher Partner mit dem Kind des einen Partners gestellt werden. Andererseits hat der EGMR ausdrücklich ausgesprochen, dass es derzeit in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt sie eine rechtliche Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften verwirklichen; dabei lässt sich eine generelle Verpflichtung zur Öffnung des Instituts der Ehe für gleichgeschlechtliche Partnerschaften aus der EMRK nicht herleiten (EGMR aaO [Tz. 101, 105 ff.]). Deutschland hat durch das Institut der Stiefkindadoption nach § 9 VII LPartG dem gleichgeschlechtlichen Partner eines Elternteils die Möglichkeit eröffnet, eine familienrechtliche Beziehung zum Kind seines Lebenspartners zu begründen; es ist schon deshalb kein Verstoß gegen die EMRK ersichtlich.“

96. *Eine ausländische (hier: ghanaische) Sorgerechtsentscheidung ist aufgrund Verstoßes gegen den deutschen ordre public nicht anerkennungsfähig, wenn das*

⁸ IPRspr. 2010 Nr. 87.

Kind im Zuge des ausländischen (hier: ghanaischen) Sorgerechtsverfahrens nicht persönlich angehört worden ist. [LS der Redaktion]

OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 31.3.2011 – OVG 3 B 8.08: Unveröffentlicht.

Der Kl. ghanaischer Staatsangehörigkeit begehrt die Erteilung eines Visums zum Familiennachzug zu seinem Vater. Der vormals ghanaische Vater des Kl. war nach Gewohnheitsrecht mit dessen Mutter verheiratet, bis die Ehe aufgelöst wurde. Nach Einreise im Januar 1995 hielt sich der Vater bis Ende Juli 1996 rechtmäßig im Bundesgebiet auf. 1997 heiratete er eine deutsche Staatsangehörige in A./Ghana und reiste mit einem Visum zum Ehegattennachzug im September 1997 erneut in das Bundesgebiet ein. In der Folge wurden ihm Aufenthaltserlaubnisse und eine Aufenthaltsberechtigung erteilt, die später als Niederlassungserlaubnis fortgalt. Durch Aushändigung der Einbürgerungsurkunde erlangte er die deutsche Staatsangehörigkeit. 2004 beantragte der Kl. – gemeinsam mit seinem Bruder – die Erteilung eines Visums zum Kindernachzug bei der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in A./Ghana. Der Kl. legte der Botschaft auf Nachforderung eine Entscheidung des Circuit Court in A. vor, in welcher ausgewiesen war, dass das Sorgerecht für ihn seinem Vater zustehe.

Mit Bescheid und Remonstrationsbescheid lehnte die Botschaft den Visumantrag ab. Gegen den Remonstrationsbescheid richtet sich die Klage. Das VG Berlin hat der Klage durch Urteil stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Bekl. die vom VG zugelassene Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

„... Die zulässige Berufung ist begründet. Das VG hat der Klage im Ergebnis Unrecht stattgegeben. Nach der der Beurteilung des Senats für das Nachzugsbegehren jeweils zugrunde zu legenden Sach- und Rechtslage kann der Kl. kein Visum zum Familiennachzug nach § 6 IV AufenthG beanspruchen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind. Der von ihm angefochtene Bescheid erweist sich als rechtmäßig und verletzt ihn nicht in seinen Rechten (§ 113 V VwGO).

1. Der Kl. hat keinen Anspruch auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug gemäß § 32 III AufenthG. Nach dieser Bestimmung ist dem minderjährigen Kind eines Ausländers, welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, eine Aufenthaltserlaubnis – und vor der Einreise gemäß § 6 IV 2 AufenthG ein Visum – zu erteilen, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzen. Außerdem müssen zusätzlich die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines solchen Aufenthaltstitels erfüllt sein (§§ 5, 29 I Nr. 2 AufenthG) ...

b) Die gesetzliche Altersgrenze von 16 Jahren ist eingehalten. Denn zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung (vgl. BVerwG, Urt. vom 7.4.2009 – 1 C 17.08¹, BVerwGE 133, 329 [332], Rz. 10) im Mai 2004 hatte der Kl. das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet. Der Vater des – inzwischen volljährigen – Kl. verfügte zudem seit Januar 2003 über eine Aufenthaltsberechtigung, die später als Niederlassungserlaubnis fortgalt (§ 101 I 1 AufenthG). Dieser ist jedoch nicht allein sorgeberechtigt im Sinne des § 32 III AufenthG, weil die von ihm zum Beleg dessen vorgelegte Sorgerechtsentscheidung des ghan. Circuit Court in A. vom 11.5.2004 von Behörden und Gerichten nicht anzuerkennen ist.

aa) Entgegen der Auffassung der Bekl. handelt es sich bei dem vom Kl. vorgelegten Ausspruch des Circuit Court nicht um einen bloßen, einer notariellen Beurkundung vergleichbaren Rechtsakt, sondern um die (konstitutive) gerichtliche Übertragung

¹ IPRspr. 2009 Nr. 82.

des Sorgerechts auf den Vater des Kl. Dies ergibt sich aus der mehrfachen Verwendung des Begriffs ‚Order‘ im englischsprachigen Text.

bb) Die Anerkennung der Entscheidung des Circuit Court richtet sich nicht nach dem ESÜ oder dem KSÜ, das das MSA ablösen soll. Denn Ghana ist nicht Vertragsstaat dieser Übereinkommen (vgl. Statustabelle unter www.hcch.net und die Aufstellung der Vertragsstaaten unter www.bundesjustizamt.de).

cc) Die Anerkennung des Ausspruchs des ghanaischen Gerichts richtet sich demgemäß nach §§ 108, 109 I Nr. 4 FamFG, welche die Anerkennung ausländischer Entscheidungen sowie Anerkennungshindernisse normieren und die die bis zum 31.8.2009 gültige entsprechende Regelung in § 16a FGG abgelöst haben. Diese gehen der Regelung des § 328 I Nr. 4 ZPO vor, der in Fällen wie dem vorliegenden als allgemeine zivilprozessuale Vorschrift nicht mehr anwendbar ist, seitdem speziellere Vorschriften auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. in Familiensachen bestehen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg – OVG 12 B 21.09, juris Rz. 19).

Nach § 108 I FamFG werden ausländische Entscheidungen – abgesehen von Entscheidungen in Ehesachen – anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf. Gemäß § 109 I Nr. 4 FamFG ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausgeschlossen, wenn die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbes. wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

Ähnliche Vorgaben finden sich auch im MSA und ESÜ. Nach Art. 7 Satz 1 MSA sind Maßnahmen, die die gemäß Art. 1 bis 6 MSA zuständigen Gerichte oder Verwaltungsbehörden nach innerstaatlichem Recht getroffen haben und zu denen auch die Übertragung der Personensorge für ein minderjähriges Kind zählt, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Diese Regelung darf in den Mitgliedstaaten nur dann unbeachtet bleiben, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar ist (Art. 16 MSA). Vergleichbare Vorschriften enthalten Art. 7 ESÜ (Anerkennung in einem Vertragsstaat ergangener Sorgerechtsentscheidungen) und Art. 10 I lit. a ESÜ. Danach können Anerkennung und Vollstreckung einer Sorgerechtsentscheidung versagt werden, wenn die Wirkungen der Entscheidung mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts im ersuchten Staat offensichtlich unvereinbar sind.

Aus den angeführten Regelungen ergibt sich, dass ausländische Sorgerechtsentscheidungen grundsätzlich im Bundesgebiet anerkannt werden müssen. Die Vorbehaltsklausel des *ordre public* kommt nur im Ausnahmefall zum Tragen, sodass bei der Prüfung, ob ein derartiger Ausnahmefall vorliegt, Zurückhaltung geboten ist. Ein Anerkennungshindernis wegen Verstoßes gegen den *ordre public* kann dann nicht schon dann angenommen werden, wenn die ausländische Entscheidung nicht überzeugend erscheint oder ein deutsches Gericht nach deutschem Recht anders entschieden hätte (OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 21). Das Erfordernis einer ‚offensichtlichen Unvereinbarkeit‘ schließt es grundsätzlich aus, dass Gerichte oder Behörden eines Vertragsstaats die ausländische Entscheidung auf ihre materielle Richtigkeit hin (*révision au fond*) überprüfen.

Nach alledem liegt ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* erst vor, wenn das Ergebnis in einem so starken Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen

Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen steht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint (OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 22 f. m.w.N.).

Eine offensichtliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts kommt sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht in Betracht. Aus verfahrensrechtlichen Gründen kann einer ausländischen Entscheidung die Anerkennung dann zu versagen sein, wenn das Verfahren von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße abweicht, dass nach der deutschen Rechtsordnung nicht mehr von einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren ausgegangen werden kann. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob die Entscheidung in der Sache selbst gegen rechtliche Grundprinzipien der deutschen Rechtsordnung verstößt. Prüfungsmaßstab sind in beiden Fällen v.a. auch die Grundrechte. Überträgt man dies auf ausländische Sorgerechtsentscheidungen, so kann ein Verstoß gegen den *ordre public* insbes. dann gegeben sein, wenn das Ergebnis der ausländischen Sorgerechtsentscheidung mit den Grundwerten des deutschen Kindschaftsrechts offensichtlich unvereinbar ist. Hierzu zählt v.a. das Wohl des Kindes, dessen Beachtung einen wesentlichen und unverzichtbaren Grundsatz des deutschen Familien- und Kindschaftsrechts bei allen Entscheidungen über das Sorgerecht darstellt. Insoweit handelt es sich im Übrigen nicht nur um einen wesentlichen Grundsatz der deutschen Rechtsordnung, sondern zugleich um ein im Völkervertragsrecht verankertes Prinzip. So gingen z.B. die Konventionsstaaten des ESÜ davon aus, dass ein Anerkennungshindernis im Sinne von Art. 10 I lit. a ESÜ v.a. dann angenommen werden kann, wenn die Sorgerechtsentscheidung das Wohl des Kindes offensichtlich verletzt. Schließlich ist die Berücksichtigung des Kindeswohls im Aufenthaltsrecht auch gemeinschaftsrechtlich geboten. Die Regelungen zum Kindernachzug in Art. 4 I und Art. 5 V der Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung vom 22.9.2003 (ABl. Nr. L 251/12) stellen ausdrücklich und maßgeblich hierauf ab (OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 24 ff., m.w.N.).

Das Ergebnis der ghanaischen Sorgerechtsentscheidung ist danach unter *Ordre-public*-Gesichtspunkten greifbar unangemessen, weil sie das Wohl des Kl. in einer Art und Weise übergeht, die mit einem tragenden Verfahrensgrundsatz des deutschen Kindschaftsrechts nicht einmal ansatzweise vereinbar ist. Das deutsche Recht sieht in § 159 FamFG (bis zum 31.8.2009 in § 50b FGG) grunds. eine obligatorische Anhörung des Kindes im gerichtlichen Sorgerechtsverfahren vor. Hierbei handelt es sich um einen Verfahrensgrundsatz mit Verfassungsrang, der nach st. Rspr. des BVerfG und der Zivilgerichte der Absicherung des Kindeswohls dient und die Stellung des Kindes als Subjekt im Verfahren, seine Grundrechte im Sinne von Art. 6 II, 2 I GG sowie seinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) schützt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 29, u. Hinw. auf BVerfG, Beschl. vom 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a., BVerfGE 24, 119, 144; BVerfG, Beschl. vom 23.3.2007 – 1 BvR 156/07, BVerfGK 10, 519, 522 f.; BVerfG, Beschl. vom 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98², BVerfGE 99, 145, 156, 163 f.; OLG Oldenburg, Beschl. vom 6.7.2009 – 13 UF 54/09, FamRZ 2010, 44). Danach ist es von Verfassung wegen geboten, den Willen des Kindes zu berücksichtigen, so-

² IPRspr. 1998 Nr. 108b.

weit dies mit seinem Wohl vereinbar ist (BGH, Beschl. vom 14.10.1992 – XII ZB 18/92³, BGHZ 120, 29, 35).

Im Einzelnen sehen die deutschen Verfahrensvorschriften Folgendes vor: Grundsätzlich ist ein Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, vor Erlass einer Sorgerechtsentscheidung anzuhören, es sei denn, dass schwerwiegende Gründe gegen eine Anhörung sprechen (§ 159 I 1, III FamFG). Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist (§ 159 II FamFG). Auch insoweit kann von der Anhörung nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden (§ 159 III FamFG). Unterbleibt die Anhörung nur wegen Gefahr im Verzug, so ist sie unverzüglich nachzuholen (§ 159 III 2 FamFG). Entsprechendes galt nach § 50b FGG. Die besondere Bedeutung der Anhörung manifestiert sich schließlich auch darin, dass die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung bei gebotener Tatsachenermittlung eine persönliche Anhörung vor dem beauftragten Richter nicht für ausreichend hält, weil sich der gesamte Spruchkörper einen entspr. Eindruck verschaffen müsse (BGH, Beschl. vom 28.4.2010 – XII ZB 81/09, BGHZ 185, 272 [286] Rz. 40).

Nichts anderes ergibt sich für die deutsche Rechtsordnung aus einschlägigen materiell-rechtlichen Vorschriften. So regelt beispielsweise § 1671 II Nr. 1 BGB, dass einem Antrag auf Sorgerechtsübertragung bei Zustimmung des anderen Elternteils stattzugeben ist, wenn nicht das Kind, sofern es das 14. Lebensjahr vollendet hat, widerspricht. Es kommt hinzu, dass auch die Sorgerechtsübertragung bei elterlichem Einvernehmen gemäß § 1671 II Nr. 1 BGB unter dem Vorbehalt des § 1671 III BGB steht, wonach das Kindeswohl eine abweichende Entscheidung gebieten kann. Im Übrigen muss das Kind wegen der es selbst betreffenden (Grund-)Rechte auch dann im gerichtlichen Verfahren angehört werden, wenn sich die Eltern einig sind (vgl. OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 30 f. m.w.N.).

Gemessen daran hat der ghan. Circuit Court in A. den nach deutschem Recht erforderlichen verfahrensrechtlichen Mindeststandard, der eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung garantieren soll, nicht einmal im Ansatz eingehalten. Es hat die Entscheidung über das alleinige Sorgerecht des Vaters des Kl. innerhalb kürzester Zeit – nämlich noch am Tag des Antrags – getroffen, ohne den damals bereits 15-jährigen Kl. persönlich anzuhören. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dessen Anhörung vor einer anderen sachkundigen zuständigen Stelle erfolgt ist oder ausnahmsweise (z.B. im Hinblick auf sein geringes Alter) entbehrlich gewesen wäre. Ganz im Gegenteil erscheint hier – unter Berücksichtigung von § 159 FamFG bzw. § 50b FGG – eine persönliche Anhörung geradezu unabdingbar, weil der über 15-jährige Kl., der zuvor zunächst mit der Mutter, später mit der Familie des Vaters, insbes. seiner Tante, in seiner Heimat gelebt hatte und dort erzogen und geprägt worden war, nun in ein gleichsam fremdes Land zu dem ihm weniger bekannten Vater übersiedeln sollte, der wiederum die ghanaische Heimat bereits acht Jahre nach der Geburt des Kl. (1997) endgültig verlassen hatte. Statt des Kl. waren bei der gerichtlichen Anhörung nur die Tante und ein diese vertretender Rechtsanwalt persönlich anwesend. Der Entscheidung wurde nach ihrem Wortlaut lediglich die –

³ IPRspr. 1992 Nr. 3b.

nicht dokumentierte – Anhörung des Rechtsanwalts zugrunde gelegt; eine weitere Begründung enthält die gerichtliche Entscheidung nicht.

Anders als der Kl. meint, wird seine fehlende Anhörung nicht durch seine Äußerungen gegenüber Mitarbeitern der Botschaft der Bekl. in A. kompensiert. Abgesehen davon, dass es sich nicht um eine sachkundige Stelle mit entspr. ausgebildetem Personal handelt, war das Sorgerecht zu diesem Zeitpunkt bereits dem Vater zugesprochen. Die Anhörung muss jedoch, wenn sie die Rechte des Kindes wahren soll, vor einer Entscheidung über das Sorgerecht stattfinden. Aus demselben Grund reicht auch die nachträgliche Befragung des Kindes durch das VG im Visumverfahren nicht aus (OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 33).

Dass die Anhörung des Kindes nicht nur im deutschen Sorgerechtsverfahren eine elementare Verfahrensgarantie darstellt, deren Nichteinhaltung ein Anerkennungs-hindernis begründet, zeigen auch weitere völkerrechtliche bzw. gemeinschaftsrechtliche Regelungen.

Gemäß Art. 23 II lit. b KSÜ kann die Anerkennung einer von den Behörden eines Vertragsstaats getroffenen Maßnahme versagt werden, wenn sie, außer in dringenden Fällen, im Rahmen eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens getroffen wurde, ohne dass dem Kind die Möglichkeit eingeräumt worden war, gehört zu werden, und dadurch gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze des ersuchten Staats verstoßen wurde. Wie der erläuternde Bericht zu dem Übereinkommen verdeutlicht, beruht der Versagungsgrund mangelnder Anhörung des Kindes auf Art. 12 II des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (BGBl. 1992 II 121, 990), dessen Vertragsstaat auch Ghana ist (vgl. <http://treaties.un.org>). Danach wird dem Kind entspr. seinem Alter und seiner Reife insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder durch eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden. Der erläuternde Bericht stellt zutreffend fest, dass es sich der Sache nach um eine Spezialvorschrift des verfahrensrechtlichen *ordre public* handelt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg aaO Rz. 35 f. m.w.N.). Eine fast wortgleiche Regelung enthält die – allerdings nur EU-Mitgliedstaaten (bis auf Dänemark) bindende – EuEheVO in ihrem Art. 23 lit. b. Wie sich aus Erwgr. 19 der VO ergibt, soll die Verordnung allerdings nicht zum Ziel haben, die diesbezüglich geltenden nationalen Verfahren zu ändern. Damit könnte wohl auch eine Anhörung vor einer Verwaltungsbehörde oder einer sonstigen kompetenten Stelle ausreichen.

Im Übrigen bestimmt auch das ghanaische Recht in s. 45 II lit. c Children's Act 1998 (Act 560) i.d.F. von 2005, dass das Family Tribunal bei der Entscheidung über das Sorge- und Umgangsrecht auch die Meinung des Kindes zu berücksichtigen habe, vorausgesetzt, sie wurde unbeeinflusst geäußert.

Da nach alledem bereits der in der Nichtanhörung des Kl. liegende gravierende Verstoß gegen den deutschen verfahrensrechtlichen *ordre public* zu einem Anerkennungs-hindernis führt, kommt es nicht mehr auf die weiteren zwischen den Beteiligten umstrittenen Fragen an, welche Folgen die Nichtanhörung der Mutter des Kl. hat, ob der Circuit Court zuständig und seine Entscheidung wirksam war sowie in materiell-rechtlicher Hinsicht mit dem Kindeswohl vereinbar sein kann.

dd) Für eine andere gerichtliche Entscheidung – als diejenige vom 11.5.2004 –, die für eine Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf den Vater des Kl. anerkannt werden könnte, oder für eine dahingehende Vereinbarung zwischen den Eltern des Kl. ist nichts vorgetragen.

ee) Auch für ein unbeschadet der gerichtlichen Entscheidung vom 11.5.2004 bestehendes alleiniges Sorgerecht des Vaters (bereits) nach ghanaischem Verfassungs- und Gesetzesrecht bzw. Gewohnheitsrecht ist nichts dargelegt oder ersichtlich.

(1) Das ghanaische Gesetzesrecht, das nach Art. 21 EGBGB insoweit zur Anwendung kommt (vgl. Gutachten W. S. 15), ermöglicht in ss. 43 ff. Children's Act zwar eine gerichtliche Sorge- und Umgangsrechtsregelung (vgl. Gutachten W. S. 52; ähnlich s. 22 II Matrimonial Causes Act vom 7.9.1971), sieht im Children's Act aber grundsätzlich ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern vor, unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder zusammenleben (ss. 5 f. Children's Act).

Soweit der Kl. geltend macht, aus Art. 28 der Verfassung der Republik Ghana 1992 (Provisional National Defence Council Law 282) i.d.F. von 2005 ergebe sich, dass die Eltern ihr Sorgerecht aufgeben könnten, und dies sei seitens der Mutter hier geschehen, weshalb es auf die Gerichtsentscheidung nicht ankomme, ist ihm nicht zu folgen. Art. 28 I lit. a der ghanaischen Verfassung lautet: ‚Das Parlament hat die notwendigen Gesetze zu erlassen, um sicherzustellen, dass jedes Kind ein Recht auf das gleiche Maß an besonderer Sorge, Hilfe und Unterhalt von seinen natürlichen Eltern erhält, das notwendig für seine Entwicklung ist, es sei denn, die Eltern haben rechtmäßig und rechtswirksam ihre dem Kind gegenüber bestehenden Rechte und Pflichten aufgegeben.‘ Der Wortlaut der Verfassungsnorm spricht danach von natürlichen Eltern und (dem Erfordernis) einer rechtmäßigen und rechtswirksamen Aufgabe ihrer dem Kind gegenüber bestehender Rechte und Pflichten zur Adoption etwa (vgl. s. 75 I lit. a Children's Act, wonach alle Rechte und Pflichten der [natürlichen] Eltern erlöschen). Es erschließt sich daraus indes nicht, dass die Aufgabe des mütterlichen Sorgerechts allein durch konkludentes Handeln rechtmäßig und rechtswirksam wäre; hierfür führt der Kl. auch keine speziellere Norm an. Dies gilt umso mehr, als das ghanaische Recht, das insbesondere mit dem Children's Act der Umsetzung dieses Verfassungsauftrags dient (vgl. *Bergmann-Ferid-Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Ghana [Stand: Januar 2007] S. 25), gerade die Möglichkeit der Erlangung einer gerichtlichen Entscheidung zur Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf einen Elternteil vorsieht (vgl. ss. 43 ff. Children's Act) und der Vater eben dieses Instrument einer gerichtlichen Entscheidung hins. des Kl. in Anspruch genommen hat. Auch aus der vom Kl. ergänzend herangezogenen Norm des s. 45 II lit. b Children's Act ergibt sich nichts anderes. Denn ss. 43, 45 Children's Act befassen sich gerade mit der Sorgerechtsbeantragung bei Gericht. Nach s. 45 II lit. b Children's Act habe das Family Tribunal auch zu berücksichtigen, dass es für ein Kind vorzuziehen ist, bei den Eltern zu sein, es sei denn, seine Rechte werden beständig von den Eltern missachtet. Für die zulässige – rechtmäßige und rechtswirksame – Option einer konkludenten Aufgabe des mütterlichen Sorgerechts ist daraus nichts ersichtlich.

(2) Ein alleiniges Sorgerecht des Vaters folgt auch nicht aus dem Gewohnheitsrecht (Stammesrecht). Unbeschadet der Frage, ob überhaupt Raum für die Anwendung ghanaischen Gewohnheitsrechts besteht, geht der Kl. selbst nach seiner Be-

schreibung des Stammesrechts der ethnischen Gruppe der Ga davon aus, dass das Sorgerecht grundsätzlich, wenn auch mit Übergewicht beim Vater, zwischen den Eltern geteilt ist. Denn er betont, dass es – neben dem Bestimmungsrecht des Vaters bzw. (eines männlichen Mitglieds) seiner Familie – ‚Aufgabe und Recht‘ der Mutter sei, sich um die Erziehung zu kümmern sowie um alles, was mit ‚Respekt‘ zu tun habe. Zudem macht er selbst darauf aufmerksam, dass der Vater bei Verschwinden der Kindesmutter lediglich das alleinige ‚Aufenthaltsbestimmungsrecht‘ innehat; im Übrigen trägt er vor, nicht sein Vater allein habe das Sorgerecht für ihn innegehabt, sondern wegen dessen Abwesenheit die Familie des Vaters, insbes. der Bruder des Großvaters, der es auf die Tante des Kl. übertragen habe. Ein alleiniges Personensorgerecht des Vaters ohne die gerichtliche Entscheidung behauptet der Kl. somit selbst nicht.“

97. *Das am 1. Januar 2011 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretene KSÜ ist hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts auch auf Verfahren anwendbar, die vor diesem Tag eingeleitet wurden.*

OLG Saarbrücken, Beschl. vom 1.4.2011 – 6 UF 6/11: FF 2011, 326. Leitsatz in: FamRZ 2011, 1514; FamFR 2011, 262.

Aus der am 25.6.2003 geschlossenen Ehe des Vaters, Deutscher, und der Mutter, die bulgarische Staatsangehörige ist, ist am 2.12.2005 die Tochter A. hervorgegangen, die seither bei der Mutter lebt. Dieser wurde mit Beschluss des AG – FamG – in Ottweiler vom 27.3.2006 mit Zustimmung des Vaters das Aufenthaltsbestimmungsrecht für A. übertragen. Mit am 27.5.2008 beim FamG Saarbrücken eingegangenem und der Mutter am 24.7.2008 zugestellten Antrag hat der Vater die Scheidung der Ehe beantragt. Die Mutter hat mit Schriftsatz vom 24.6.2008 ebenfalls Scheidungsantrag gestellt und zugleich beantragt, ihr für den Fall der Ehescheidung die Alleinsorge für A. zu übertragen. Der Vater ist diesem Sorgerechtsantrag entgegengetreten. Einen ferner vom Vater angebrachten und zum Scheidungsverfahren hinzuverbundenen Antrag auf Eheaufhebung haben die Eltern übereinstimmend für erledigt erklärt. In der mündlichen Verhandlung hat das FamG die Folgesache elterliche Sorge vom Scheidungsverbund abgetrennt. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 8.12.2010 hat das FamG der Mutter die Alleinsorge für A. übertragen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die am 22.12.2010 beim FamG eingegangene Beschwerde.

Die Mutter bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Das angehörte Jugendamt hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert. Beide Eltern suchen um Bewilligung von VKH für das Beschwerdeverfahren nach.

Aus den Gründen:

„II. ... Die nach §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde des Vaters bleibt ohne Erfolg.

Das FamG hat zutreffend – stillschweigend – seine internationale Zuständigkeit angenommen, die vorliegend aus Art. 12 I und II lit. b EuEheVO folgt, der Art. 8 I EuEheVO vorgeht (Art. 8 II der VO, vgl. dazu auch BGH, FamRZ 2010, 720¹), und den Streitfall nach Art. 15 I des für die Bundesrepublik Deutschland am 1.1.2011 in Kraft getretenen KSÜ (BGBl. 2009 II 602; vgl. dazu *Schulz*, FamRZ 2011, 156 m.w.N.) deutschem Sachrecht unterworfen; denn hins. der Frage des anwendbaren Rechts kommt es auf den Zeitpunkt der Entscheidung und nicht auf den der Verfahrenseinleitung an (BGH, Beschl. vom 16.3.2011 – XII ZB 407/10²; dort auch zum Vorrang der EuEheVO vor dem KSÜ hins. der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 61 EuEheVO).“

¹ IPRspr. 2010 Nr. 240.

² Siehe unten Nr. 111.