

Elterliche Verantwortung und anwaltliche Beratungspraxis im nationalen und europäischen Kontext – Themenschwerpunkt: Kindesentführung

**Dr. Kerstin
Niethammer-
Jürgens**



Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Familienrecht,
Potsdam

A. Elterliche Verantwortung mit internationalem Hintergrund im nationalen Kontext

Leben zwei Elternteile mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit, ggf. auch mit einer Staatsangehörigkeit eines sogenannten Drittstaates, eines Nicht-EU-Mitgliedstaates, zusammen mit einem Kind, das ggf. auch eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, in Deutschland, sind die Rechtsgrundlagen für sämtliche Auseinandersetzungen der Eltern hinsichtlich der elterlichen Verantwortung für das Kind nicht so schwer zu finden:

§ 97 Abs. 1 S. 1 und 2 des seit nunmehr fünf Jahren in Kraft getretenen Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) normieren nunmehr ausdrücklich den Vorrang sämtlicher völkerrechtlicher Vereinbarungen und Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft.

Diese internationalen Regelwerke sind, soweit sie einschlägig sind, vorrangig zu beachten, bevor die Vorschriften des in §§ 98 ff. FamFG normierten autonomen Verfahrensrechts eingreifen. § 97 FamFG verweist auf alle supranationalen Vorschriften und EU-Verordnungen und privilegiert auch alle Ausführungsgesetze, die zur Umsetzung in Deutschland gelten, insbesondere das IntFamRVG.

Die Vorschrift hat insoweit für den Rechtsanwender primär eine Hinweiskfunktion.

Für Kindschaftssachen i.S.d. § 151 FamFG gelten damit hinsichtlich der internationalen Entscheidungszuständigkeit deutscher Gerichte (nicht hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit!) die Vorschriften der Brüssel IIa-VO¹, denn Kindschaftssachen sind Verfahren, die die elterliche Verantwortung i.S.d. Art. 1 I b) der Verordnung betreffen.

Falls das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, ist die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes gegeben, vgl. Art. 8 der Verordnung, und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Eltern und des Kindes. In Ausnahmefällen ist eine Parteivereinbarung möglich (Art. 12 der Verordnung), eine Annexzuständigkeit des deutschen Ehescheidungsgerichts für die Kindschaftssache besteht grundsätzlich nicht.

Auch für Abänderungen von Umgangsentscheidungen und einstweilige Maßnahmen in Kindschaftssachen finden sich in Art. 9 bzw. Art. 22 Brüssel

IIa-VO ausdrückliche, dem autonomen (deutschen) Verfahrensrecht vorgehende Vorschriften.

Zu beachten ist allerdings, dass in den persönlichen Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO nicht die nunmehr in § 151 Ziff. 6 u. 7 FamFG geregelten, mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßnahmen gegenüber einem Kind fallen.

Dass das deutsche Gericht nach eigenem deutschen materiellen Recht entscheidet, ergibt sich seit Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) zum 1. Januar 2011, aus dem dortigen Art. 15, nach dem jeder Vertragsstaat sein eigenes materielles Recht anwendet.

In der Beratungspraxis machen diese Vorschriften, insbesondere die Anwendung materiellen deutschen Rechts dann Probleme, wenn beispielsweise zwei Elternteile mit britischer Staatsangehörigkeit mit einem Kind mit britischer Staatsangehörigkeit in Deutschland leben, zwei ägyptische Staatsangehörige mit einem Kind mit ägyptischer Staatsangehörigkeit oder auch beispielsweise zwei russische Staatsangehörige mit einem Kind mit russischer Staatsangehörigkeit. Ihnen muss vermittelt werden, dass für den elterlichen Konflikt deutsches Recht Anwendung findet und auch ein deutsches Gericht zuständig ist.

Sehr plastisch wird dieses bei nicht verheirateten Elternteilen: Der Anwalt muss gegebenenfalls einem russischen nichtehelichen Vater, der jahrelang mit der nichtehelichen russischen Mutter in Deutschland zusammengelebt hat, wenn das Kind aus der Beziehung in Deutschland geboren wurde, erklären, dass er nicht automatisch wie nach russischem Recht mitsorgeberechtigt ist, sondern er ggf. nach § 1626a BGB i.V.m. § 155a FamFG vorgehen muss.

Und auch die Überprüfung nach § 1671 BGB – Verteilung der elterlichen Sorge bei Getrenntleben der Eltern – widerspricht in vielen Fällen demjenigen, wie eine solche Überprüfung in dem Herkunftsstaat der Eltern, insbesondere in islamischen Ländern, erfolgt.

Außerdem sehen Umgangsregelungen nach deutschem Recht anders aus als beispielsweise solche aus Großbritannien, den USA oder Belgien.

Dem Anwalt bleibt insoweit nur, mit Feingefühl auf diese Unterschiede hinzuweisen.

¹ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates v. 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000.

B. Elterliche Verantwortung im internationalen Kontext

Noch schwieriger wird die anwaltliche Beratung, wenn es nicht um die Frage der Übertragung/Einträumung der elterlichen Sorge, eines Teilbereiches oder der Regelung des Umgangs geht, sondern um die Wiederherstellung des Sorgerechtsverhältnisses. Hier gibt es ein internationales Regelungswerk, das eigenständig zu betrachten ist (und das nach § 97 FamFG ebenfalls vorrangig anzuwenden ist). Soweit ein Sachverhalt vorliegt, bei dem ein Elternteil gegen den Willen des anderen Elternteils das gemeinsame Kind ins Ausland entführt oder dort während eines Besuches zurückhält bzw. umgekehrt, steht das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) mit den Modifizierungen in der Brüssel IIa-VO, dort Art. 10 und 11, zur Verfügung und ist einschlägig.

Auf der 14. Sitzung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht ist am 25. Oktober 1980 das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung unterzeichnet worden. Es ist erst über zehn Jahre später, am 1. Dezember 1990, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten². Das Übereinkommen regelt im Gegensatz zu Art. 8ff. der Brüssel IIa-VO weder die internationale Zuständigkeit noch das anwendbare Recht für Sachentscheidungen hinsichtlich der elterlichen Sorge oder des Umganges. Auch geht es im Rahmen des Anwendungsbereiches des Abkommens nicht um die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder die – nach einer Rückführungsentscheidung – anwendbaren Vorschriften der Vollstreckung. Letztlich soll der „Status quo ante“ wiederhergestellt werden, was insbesondere in Art. 1 HKÜ (Ziel des Übereinkommens) seinen Niederschlag gefunden hat.

Das Übereinkommen gilt nur für minderjährige Kinder unter 16 Jahren, Art. 4 Satz 2. Maßgeblich ist das Kindesalter zur Zeit der anstehenden gerichtlichen Entscheidung.

In der Praxis bereitet diese Altersgrenze dann Probleme, wenn der Umzug aus dem Heimatstaat mit älteren Geschwisterkindern erfolgt. Für diese älteren Kinder scheidet eine Rückführung nach dem HKÜ dann aus, während es für das unter 16 Jahre alte Geschwisterkind zu einer Rückführung und damit zu einer Geschwistertrennung kommen kann. Auf die Rückführungsentscheidung des angerufenen Gerichts hinsichtlich des minderjährigen Kindes darf diese Tatsache allerdings keine Auswirkungen haben.

Ein Kind kann nur Gegenstand eines Rückführungsverfahrens sein, wenn es in einem Vertragsstaat des Übereinkommens seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, bevor es in den sogenannten Zufluchtsstaat, d.h. den Staat, in dem es sich jetzt befindet, gekommen ist. Wie in allen anderen familienrechtlichen Haager Übereinkommen ist entscheidend der tatsächliche Lebensmittelpunkt des Kindes, nicht der der Eltern oder eines Elternteils. Begründet wird der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes durch eine langfristige Verortung seines Lebensmittelpunktes in einem Vertragsstaat unter Berücksichtigung seiner sozialen und familiären Beziehungen. Dabei kann als Faustregel von einem sechsmonatigen Zeitraum ausgegangen werden. Insbesondere bei kleinen Kindern kann allerdings deren gewöhnlicher Aufenthalt auch von der Wohnsitznahme und der Lebensplanung

ihrer Eltern abhängig gemacht werden und leitet sich damit auch vom Elternwillen ab.

Der EuGH³ hat darauf hingewiesen, dass es Aufgabe des Gerichts ist, den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes zu bestimmen und beispielhaft Kriterien dafür benannt: Soziale und familiäre Integration des Kindes in einem Staat wie Ort und Umstände des Schulbesuchs/ Kindergartenbesuchs, Sprachkenntnisse und familiäre Bindungen zu dem betreffenden Staat. Aus Sicht des Kindes stellt sich ein Aufenthalt an einem neuen Ort umso mehr als „gewöhnlich“ dar, je länger es sich an diesem Ort aufhält.

Die Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes im Herkunftsstaat ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Kindes oder der Eltern zu klären, Art. 3 Satz 1 a, Art. 4 Satz 1. – m.a.W.: die Staatsangehörigkeit der Eltern oder des Kindes darf bei einer Entscheidung über die Rückführung keine Rolle spielen.

Soweit Eltern in einer Elternvereinbarung einen nur zeitlich befristeten Verbleib eines Kindes in einem anderen Staat bestimmt haben, begründet das Kind in diesem Staat nicht seinen neuen gewöhnlichen Aufenthalt. Denn ein Wechsel des Daseinsmittelpunktes des Kindes ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen und nicht durch Elternvereinbarung, außer wenn der Daseinsmittelpunkt auf Dauer angelegt ist und vom übereinstimmenden Willen der Eltern getragen wird.

In der Praxis bereitet es meistens dann Probleme, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wenn die Eltern entweder gemeinsam mit dem Kind in mehreren Vertragsstaaten leben und zwischen ihnen pendeln oder wenn nicht klar ist, inwieweit es einen gemeinsamen Willen der Eltern gegeben hat, mit dem Kind zusammen umzuziehen. Es ist Aufgabe des Gerichtes im Zufluchtsstaat des Kindes darüber zu entscheiden.

Gem. Art. 3 S. 1 a) ist das Verbringen bzw. Zurückhalten eines Kindes dann widerrechtlich, wenn durch dieses Verhalten das Sorgerecht, das der antragstellenden Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Herkunftsstaates zusteht, verletzt wird. Entscheidend ist die Rechtssituation im Herkunftsstaat des Kindes zum Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens, spätere Veränderungen der Rechtslage sind nicht zu beachten. Das Sorgerecht kann einer Person, d.h. den Eltern, einem Elternteil, aber auch den Großeltern, Pflegeeltern, Vormündern, Pflegern oder Beiständen, einer Verwaltungsbehörde im Herkunftsland (z.B. einem Jugendamt) oder einer sonstigen Stelle zustehen.

In der Praxis ist die Ermittlung der Rechtslage im Herkunftsstaat des Kindes zuweilen schwierig. Internationale Kooperation zwischen den Zentralen Behörden der Vertragsstaaten und insbesondere die Kommunikation über das Haager Richternetzwerk⁴ helfen dem Gericht des Zufluchtsstaates bei dieser Ermittlung.

2 BGBl. 1990 II, S. 207.

3 Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes i.S.d. Art. 8 Brüssel IIa-VO, u.a. EuGH Urteil v. 2.4.2009, Rechtssache C-523/07. Online: <<http://www.curia.europa.eu>> (Zugriff: 14.10.2014).

4 S. Webseite der Haager Konferenz: <<http://www.hcch.net>> (Zugriff: 14.10.2014).

Das Übereinkommen stellt durch Art. 15 dem entscheidenden Gericht im Zufluchtsstaat ebenfalls eine Möglichkeit zur Verfügung: Dieses Gericht kann eine Bescheinigung aus dem Herkunftsstaat des Kindes verlangen, die die Widerrechtlichkeit des entführenden Elternteils bestätigt. Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung soll die Anwendung des Art. 3 HKÜ durch die Gerichte des Zufluchtsstaates erleichtern und diese in die Lage versetzen, schneller zu einer Rückgabeeinordnung ohne umfangreiche Überprüfung des ausländischen Rechts zu gelangen. Wirksames Recht, insbesondere im Herkunftsland ergangene Entscheidungen, sind gem. Art. 15 HKÜ unmittelbar zu berücksichtigen, genauso wie im Rahmen förmlicher Anerkennungsverfahren bereits anerkannte ausländische Entscheidungen. Gem. Art. 15 S. 2 HKÜ haben die Zentralen Behörden sowohl des Zufluchtsstaates als auch insbesondere des Herkunftsstaates den zurückgebliebenen Elternteil dabei zu unterstützen, eine solche Bescheinigung zu erhalten.

Nur wenn das den in Art. 5 HKÜ genannten Personen oder Stellen zustehende Sorgerecht zum Zeitpunkt des Verbringens auch tatsächlich ausgeübt wurde bzw., falls das Zurückhalten eines Kindes im Zufluchtsland nicht stattgefunden hätte, dieses allein oder gemeinsam ausgeübt worden wäre, greift das Abkommen, Art. 3 Abs. 1 b). Ein nur theoretisch bestehendes (Mit-)Sorge- oder Umgangsrecht im Herkunftsstaat wird nicht geschützt.

Geschützt wird nur das faktische Ausüben, das anhand objektiv nachprüfbarer Umstände des Einzelfalles zu überprüfen ist. An dieses faktische Element sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen. Für die Ausübung des Sorgerechts spricht nach der Systematik des Abkommens eine stillschweigende Vermutung.

Ausreichend ist deshalb das Kontakthalten zum Kind durch den das Kind nicht betreuenden Elternteil durch Besuche, Briefe, Skype-Kontakte etc. Nur dann, wenn die gesetzlichen oder vereinbarten sorgerechtlichen Verpflichtungen nicht einmal ansatzweise, auch nicht im Rahmen eines Umgangsrechtes, wahrgenommen werden, wird die tatsächliche Ausübung zu verneinen sein.

In der Praxis kommt es selten vor, dass dem die Rückführung eines Kindes begehrenden Elternteil nachgewiesen werden kann, dass er sein Sorgerecht nicht ausgeübt hat. Denkbar sind allenfalls Fälle, in denen ein Elternteil die Rückführung des Kindes begehrt, obwohl er sich nach der Trennung von dem anderen Elternteil über Jahre überhaupt nicht um das Kind kümmert. Außerdem kann es vorkommen, dass Eltern niemals zusammengelebt haben, keine gemeinsame Erziehungsverantwortung wahrgenommen haben und deshalb kein Kontakt des Kindes zu demjenigen Elternteil besteht, der nun die Rückführung des Kindes begehrt.

Die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände, nach denen das Gericht von einer Rückführung im Ausnahmefall absehen kann, sind in dem Abkommen klar umschrieben. Die Rückführung als Regelfall und die restriktive Auslegung der Ausnahmeklauseln sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden⁵. Art. 13 HKÜ definiert sechs Gründe, die einer Rückführung des Kindes entgegenstehen können. Zusammen mit Art. 12

Abs. 2 und Art. 20 HKÜ sind diese Gründe für die Ablehnung eines Rückführungsantrages damit abschließend im Abkommen geregelt. Soweit sich der entziehende Elternteil auf die Nichtausübung des Sorgerechts durch den anderen Elternteil beruft, hat er dieses nachzuweisen, wobei ein non-liquet zu seinen Lasten geht. Häufige berufliche Abwesenheit wie auch bspw. die Unterbringung des Kindes in einem Internat reichen nicht aus, um von einer Nichtausübung des Sorgerechts zu sprechen. Zu beweisen ist vielmehr, dass der Antragsteller dem Kind gegenüber Gleichgültigkeit zeigt und sich auf wenige Kontakte beschränkt, ohne dass es dafür besondere objektive Gründe gibt.

In der Praxis bedeutet dies, dass der entziehende Elternteil genau darlegen und beweisen muss, warum der antragstellende und zurückgelassene Elternteil seiner elterlichen Verantwortung nicht nachgekommen ist und sich überhaupt nicht um das Kind gekümmert hat.

Sofern der zurückgebliebene Elternteil zu der Ausreise des entziehenden Elternteils seine Zustimmung erklärt oder seine Genehmigung nachträglich erteilt hat, ist das Gericht ebenfalls nicht verpflichtet, die Rückführung anzuordnen. Der Nachweis hierfür obliegt dem entziehenden Elternteil. Hinweise auf ein solches Verhalten des zurückgebliebenen Elternteils können dessen Wissen um die Ausreise des anderen Elternteils mit dem Kind sein, des weiteren entsprechende Briefe, die zwischen den Eltern gewechselt wurden oder Zeugenaussagen. Auch in Besuchen des zurückgehaltenen Kindes und in einem Telefonaustausch der Eltern darüber, wie es mit der Familie in Zukunft weitergehen soll, kann eine nachträgliche (konkludente) Genehmigung der Kindesentziehung liegen.

In der Praxis bereiten diejenigen Fälle Schwierigkeiten, in denen der zurückgebliebene Elternteil nicht eindeutig sagt oder schreibt, dass er mit einem Umzug des anderen Elternteils in den Zufluchtsstaat nicht einverstanden ist. Hier ist immer zu berücksichtigen, dass der entziehende Elternteil die Beweislast dafür trägt, dass eine Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung zum Umzug erteilt wurde.

Die Annahme einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind oder eine unzumutbare Lage, in die das Kind auf andere Weise bei einer Rückführung gebracht wird, Art. 13 Abs. 1 b), darf nicht als „Einfallstor“ genutzt werden, eine Rückführung des Kindes abzulehnen. Es sind hohe Anforderungen an das Vorliegen einer schwerwiegenden Gefahr im Sinne des Art. 13 Abs. 1 b) zu stellen. Insbesondere darf im Rahmen der Prüfung des Art. 13 Abs. 1 b) nicht eine Sorgerechtsentscheidung vorweggenommen werden, die gerade erst durch die Rückführung des Kindes nach Wiederherstellung der ursprünglichen tatsächlichen Verhältnisse ermöglicht werden soll. Deshalb können nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohles einer Rückführung entgegenstehen.

Alle Beeinträchtigungen des Kindeswohls, die mit der Entführung und dann einer angeordneten Rückführung einhergehen, sind grundsätzlich hinzunehmen, um das Ziel des Übereinkom-

5 BVerfG, Beschluss v. 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98 –.

mens nicht zu gefährden. Die Gefahr für das Kind, die einen vom entziehenden Elternteil zu beweisenden Ausnahmefall begründet, muss aktuell, greifbar, nicht hypothetisch und nicht zukünftig sein. Bestehen müssen schwere Gefahren, ausreichend sind keinesfalls wirtschaftliche oder erzieherische Nachteile bei einer Rückführung.

In der Praxis sehen sich die Gerichte mit Fällen konfrontiert, in denen die Gefahr besteht, dass die Rückführung des Kindes gleichzeitig eine Trennung von der Hauptbezugsperson, zumeist der Mutter, von dem Kind bedeutet und dies eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens darstellen könnte.

Eine andere unzumutbare Lage, in die das Kind gebracht werden könnte, liegt nicht schon dann vor, wenn der entziehende Elternteil im Rahmen eines sich an eine Rückführung des Kindes ins Herkunftsland anschließenden Sorgerechtsverfahrens einen schwereren Stand hat.

In der Praxis findet sich vielfach insoweit die Behauptung des entführenden Elternteils, das Verlassen des Herkunftslandes mit dem Kind sei zur Abwendung einer drohenden oder auch bestehenden Gefahr für das Kind notwendig gewesen, um zum Beispiel einer innerfamiliären Gewaltsituation zwischen den Eltern zu entfliehen. Auch wenn dies vorliegt, reicht der Nachweis allein nicht aus, um im Umkehrschluss davon auszugehen, dass dem Kind bei einer Rückführung eine schwerwiegende Gefahr oder eine unzumutbare Lage, in die es gebracht wird, drohen würde.

Gem. Art. 13 Abs. 2 ist es in das Ermessen des angerufenen Gerichts gestellt, beim Widerstand eines urteilsfähigen Kindes gegen die Rückkehr von einer Rückgabeentscheidung abzuweichen. Insoweit ist nicht allein auf das Alter der Kinder abzustellen, sondern auf deren erforderliche Reife für eine verantwortungsbewusste Entscheidung. Die Vorschrift enthält keine starre Altersgrenze im Sinne eines Mindestalters für die Berücksichtigung des Willens des Kindes, es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Gestellt werden müssen neben Fragen nach dem Alter des Kindes und dessen Reife auch Fragen nach Manipulation und Beeinflussung durch den entführenden Elternteil. Um eine Rückführung des Kindes nach Art. 13 Abs. 2 abzulehnen, haben außergewöhnliche Umstände vorzuliegen sowie ein hierauf basierender klar erkennbarer Wille des Kindes. Keinesfalls ausreichend kann es sein, dass das Kind es lediglich vorzieht, mit einem Elternteil in einem Staat leben zu wollen, anstatt mit dem anderen Elternteil in einem anderen.

In der Praxis stellt sich bei der Entscheidung, ob das Gericht ausnahmsweise von einer Rückführung absehen sollte, weil das Kind sich gegen diese wehrt, die Frage, inwieweit ein kinderpsychologisches Gutachten zur Reife des Kindes sowie hinsichtlich einer Beeinflussung durch den entführenden Elternteil einzuholen ist. Die Gerichte sind sich einig, dass dies nur in Ausnahmefällen mit Rücksicht auf das Beschleunigungsgebot der gerichtlichen Verfahren nach dem Übereinkommen zulässig ist, denn die Einholung eines zeitintensiven familienpsychologischen Gutachtens dürfte den Zielen des Übereinkommens auf eine

schnelle Rückführung entführter Kinder sowie dem Verfahren, das ein summarisches und beschleunigtes ist, widersprechen. Vielmehr kann in den meisten Fällen durch Befragung und Anhörung des Kindes sowohl dessen Reifegrad ermittelt werden wie auch die Beantwortung der Frage nach der autonomen Willensbildung des Kindes.

Begehrt der zurückgebliebene Elternteil erst nach Ablauf eines Jahres die Rückgabe des Kindes, so kann das Gericht von einer Rückführung absehen (Art. 12 Abs. 2), wenn die soziale Integration des Kindes in seiner neuen Umgebung durch den entführenden Elternteil nachgewiesen wird. Für die Einhaltung der Jahresfrist ist entscheidend der Eingang des Rückführungsantrages beim zuständigen Rückführungsgericht, nicht der Eingang eines Antrages auf Rückführung bei der Zentralen Behörde.

In der Praxis bereiten diejenigen Fälle Schwierigkeiten, in denen der entführende Elternteil versucht, das Verfahren in die Länge zu ziehen, damit zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung sicher davon auszugehen ist, dass das Kind in sein neues Umfeld integriert ist.

Die Rückgabe eines entzogenen Kindes durch das Gericht kann schließlich bei einer Verletzung der im Zufluchtsstaat geltenden Grundwerte über den Schutz von Menschenrechten und Freiheiten gem. Art. 20 HKÜ abgelehnt werden.

Für die Praxis ist das Verfahren von erheblicher Bedeutung:

Soweit es um Entziehung nach Deutschland geht, sind in der Praxis die Verfahrensvorschriften des Ausführungsgesetzes (IntFamRVG) sowie die Verfahrensordnung für familiengerichtliche Verfahren (FamFG) zu beachten, da das Verfahren von dem „normalen“ familienrechtlichen Verfahren abweicht.

Die Zentrierung der HKÜ-Verfahren in Deutschland bei dem Familiengericht, in dessen Bezirk ein Oberlandesgericht (OLG) seinen Sitz hat, fördert die besondere Sachkunde und Erfahrung dieser Gerichte und die Effektivität und Schnelligkeit der Verfahren. Im Schnitt sind die Verfahren in der ersten Instanz in Deutschland binnen sechs Wochen nach Antragseingang abgeschlossen. Auch die zweite Instanz entscheidet i.d.R. binnen weiterer sechs Wochen nach Eingang der Beschwerdeschrift.

Eine wesentliche Bedeutung in den Verfahren nach dem HKÜ kommt den in jedem Vertragsstaat, also auch in der Bundesrepublik Deutschland, eingerichteten Zentralen Behörden⁶ zu, Art. 6 und 7, die auf Antrag tätig werden. Durch die Förderung der Zusammenarbeit von Behörden und Gerichten soll die sofortige Rückführung von entzogenen und zurückgehaltenen Kindern sichergestellt und darüber hinaus auch in jedem Verfahrensstadium, d.h. auch vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, auf eine freiwillige Rückkehr des Kindes in die Jurisdiktion des Herkunftsstaates hingewirkt werden.

Die Ausführungsvorschriften IntFamRVG konkretisieren die durch das HKÜ vorgegebenen Aufgaben insbesondere dahingehend, dass die Zentrale Behörde alle erforderlichen

6 In der Bundesrepublik Deutschland seit 1.1.2007: Bundesamt für Justiz, Zentrale Behörde, Adenauerallee 99-103, 53113 Bonn; Tel.: 0228-99 410-40, E-Mail: int.sorgerecht@bfj.bund.de.

Maßnahmen zur Aufenthaltsermittlung des Kindes treffen kann (u.a. Einschaltung der Polizeivollzugsbehörden, Halterabfragen beim Kraftfahrt-Bundesamt und Ausschreibung durch das Bundeskriminalamt zur Aufenthaltsermittlung), § 7 IntFamRVG. Auf der Website des Bundesamtes für Justiz (BfJ) finden sich die standardisierten Antragsverfahren auf Rückführung in mehreren Sprachen sowie erläuternde Hinweise für den Praktiker.

Auch für dieses Verfahren gilt grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz. Die restriktiv auszulegenden Ausnahmegründe, unter deren Voraussetzungen das Gericht von einer Rückführung des Kindes gemäß Art. 13 HKÜ absehen kann, unterliegen allerdings der Beibringungslast des Antragsgegners und entführenden Elternteils.

Für die Praxis bedeutsam ist weiterhin, dass das erstinstanzliche Gericht keine Möglichkeit hat, die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung anzuordnen. Die Rückführungsentscheidung wird erst mit Rechtskraft wirksam, § 40 Abs. 1 IntFamRVG.

Gem. § 40 Abs. 3 S. 1 IntFamRVG hat das OLG nach Eingang der Beschwerdeschrift (Beschwerdefrist zwei Wochen!) unverzüglich zu prüfen, ob die sofortige Vollziehung der erstinstanzlichen Entscheidung anzuordnen ist oder nicht. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung hat dann zu erfolgen, wenn die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, § 40 Abs. 3 S. 2 IntFamRVG oder wenn die Rückführung des Kindes unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist es in das Ermessen des angerufenen OLG gestellt, seine Entscheidung auf Grund einer nochmaligen Anhörung der Parteien und ggf. des Kindes zu treffen. Soweit das erstinstanzliche Gericht den Sachverhalt nach Ansicht des Oberlandesgerichtes ausreichend ermittelt hat, ist eine nochmalige Anhörung nicht erforderlich.

Gem. § 44 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 bis 3 IntFamRVG erfolgt die Vollstreckung nunmehr durch Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 25.000 EUR oder gem. § 44 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 S. 4 und 5 IntFamRVG durch Anordnung von Ordnungshaft. Sowohl Ordnungsgeld als auch Ordnungshaft sind Sanktionsmittel, die vorher durch das Gericht anzudrohen sind, § 44 Abs. 2 S. 3 IntFamRVG. Aufgrund des Sanktionscharakters können die Ordnungsmittel auch dann noch festgesetzt und vollstreckt werden, wenn die Handlung nicht mehr vorgenommen werden kann. Die Vollstreckung hat von Amts wegen zu erfolgen soweit es um die Herausgabe oder Rückgabe eines Kindes geht, § 44 Abs. 2 IntFamRVG.

Zuständig für die Androhung und Verhängung der aufgezeigten Zwangsmittel als Vollstreckungsmaßnahmen ist das Gericht, das die Sachentscheidung (die Rückführungsentscheidung) getroffen hat. Das IntFamRVG in der mit Inkrafttreten des FamFG geänderten Fassung hat das Ordnungsmittelrecht und die Vollstreckung nochmals verschärft. Gem. § 44 Abs. 1 IntFamRVG soll das Gericht Ordnungsgeld und, falls dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen. Ordnungshaft ist auch anzuordnen, wenn die Anordnung von Ordnungsgeld keinen Erfolg verspricht.

§ 44 Abs. 2 IntFamRVG beinhaltet in der geänderten Fassung keine Vorschriften mehr zur Anwendung unmittelbaren Zwangs entsprechend § 44 Abs. 3 IntFamRVG a.F. Rechtsgrundlage für die Anwendung unmittelbaren Zwangs im Rahmen der von Amts wegen zu erfolgenden Vollstreckung in den Rückführungsverfahren nach HKÜ ist nunmehr § 90 FamFG.

Auch für die Rückgabeentscheidungen nach dem HKÜ gilt im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO, d.h. bei Entziehungen aus einem EU Mitgliedstaat, eine Erleichterung bei der Anerkennung und Vollstreckung. Eine in einem Mitgliedstaat ergangene Herausgabeentscheidung ist durch das Gericht des Ursprungsmitgliedstaates gem. Art. 42 Brüssel IIa-VO zu bescheinigen, und zwar entsprechend des Formblatts des Anhang VI. Diese Bescheinigung ersetzt wie bei den Umgangsentscheidungen die Vollstreckbarkeitserklärung und Klauselerteilung. In der Bescheinigung ist neben der Bezeichnung der Parteien und des Kindes insbesondere anzugeben, dass die Parteien und das Kind die Möglichkeit hatten gehört zu werden sowie dass das Ursprungsgericht in seinem Urteil die Gründe und Beweismittel berücksichtigt hat, auf die sich die nach Art. 13 HKÜ ergangene Entscheidung stützt. Sollte das die Entscheidung fällende Gericht Maßnahmen für erforderlich gehalten haben, um den Schutz des Kindes nach einer Rückführung zu gewährleisten, sind die Einzelheiten dieser Maßnahmen anzugeben.

C. Zu Problemen, die sich derzeit bei der Anwendung des HKÜ und der Brüssel IIa-VO stellen

Die familiengerichtliche Entscheidung des Konzentrationsgerichtes beinhaltet gem. Art. 12 Abs. 1 HKÜ die Anordnung einer sofortigen Rückgabe des Kindes sowie dessen Rückführung in den Heimatstaat. Das Gericht kann je nach Antrag des Antragstellers die Herausgabe an ihn zum Zwecke der Rückführung anordnen bzw. die Herausgabe an eine dritte von ihm bevollmächtigte Person zum Zwecke der Rückführung oder es kann anordnen, dass der entführende Elternteil mit dem Kind gegebenenfalls innerhalb einer vom Gericht gesetzten Frist zurückzukehren hat. Die letzte Alternative ist zwar insofern problematisch, als das Kind in der Obhut des zur Rückgabe verpflichteten Antragsgegners verbleibt und die Anordnung nicht gleichzusetzen ist mit einer Herausgabeanordnung des Kindes an den Antragsteller. Obwohl das HKÜ keine gesetzliche Grundlage dafür vorsieht, den entführenden Elternteil zu verpflichten, mit dem Kind in das Herkunftsland zurückzukehren, neigen die deutschen Gerichte zunehmend dazu, insbesondere bei kleinen Kindern, die von der Mutter entführt wurden, dieser aufzugeben, binnen eines bestimmten, kurzen Zeitraumes mit dem Kind in den Herkunftsstaat zurückzukehren mit der Maßgabe, dass für den Fall, dass die Mutter nicht fristgemäß mit dem Kind zurückkehrt, die Herausgabe an den antragstellenden Vater erfolgt.

Dies hat insbesondere historische Gründe: Während in den 80er und 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Mehrzahl derjenigen Elternteile, die ihre Kinder grenzüberschreitend

entführten, Väter waren, sind dies heute zu ca. 70 Prozent Mütter mit zum Teil sehr kleinen Kindern.

Die Hintergründe liegen zum Teil in ökonomischen Gründen, gerade auch wenn es um Mütter aus den EU-Mitgliedstaaten geht, die wirtschaftliche Schwierigkeiten haben. Mütter mit Kindern entfliehen aber auch Situationen der häuslichen Gewalt und Übergriffen nicht nur sich selbst, sondern auch den Kindern gegenüber. Die Arbeitsmigration, insbesondere aus osteuropäischen Staaten, führt dazu, dass Mütter, die hier arbeiten, ihre Kinder gegen den Willen des im Heimatstaat verbliebenen Vaters nach Deutschland nachholen, insbesondere dann, wenn die familiären Strukturen im Ausland z.B. wegen der langen Auslandsabwesenheit der Mutter zerbrechen.

Diesen Fakten muss man sich stellen und es ist zu fragen inwieweit das HKÜ noch zeitgemäß ist oder es einer Revision bedarf.

Sowohl das HKÜ als auch die Brüssel IIa-VO gehen von dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens aus. Beiden Regelungsinstrumenten ist im Bereich der Wiederherstellung elterlicher Sorgeverhältnisse gemeinsam, dass der Schutz des zurückgebliebenen Elternteils vorrangig zu behandeln ist wie auch die Tatsache, dass die Entscheidungshoheit über die ein Kind betreffenden Fragen ausschließlich dem Staat zugewiesen ist, in dem das Kind groß geworden ist und lebt. Dieser Ausgangspunkt ist zunächst einmal „geschlechtsunabhängig“ zu sehen.

Beide Regelungswerke haben darüber hinaus eine Präventionsfunktion und ermöglichen eine zivilrechtliche Reaktion auf eigenmächtiges elterliches Handeln.

Diesen Zielen der Konvention wie auch der Verordnung auf der einen Seite und den Fakten, die zum Nachdenken über die Zeitgemäßheit des Übereinkommens führen, kann aus Sicht der Autorin nicht durch eine Neufassung des HKÜ oder sogar Außerkraftsetzung des Übereinkommens begegnet werden.

Verfahrensrechtlich ist es notwendig, schon durch die Tenorierung dem entführenden Elternteil, insbesondere der Mutter eines kleinen Kindes, die Möglichkeit der Rückkehr zusammen mit dem Kind zu geben.

Es ist auch erforderlich, eine Rückführung nur dann anzuordnen, wenn das Rückführungsgericht im Laufe des Verfahrens die sichere Erkenntnis gewinnt, dass bei Einreise in das Herkunftsland des Kindes der Mutter keine strafrechtlichen Konsequenzen mit der Folge einer möglichen Trennung von Mutter und Kind drohen. Weitere Kindeswohl Aspekte im Vollstreckungsverfahren im Rahmen des § 44 FamFG zu berücksichtigen öffnet allerdings die Tür zu einer Aufweichung des Übereinkommens und damit zu einer Verletzung der Elternrechte des zurückgebliebenen Elternteils.

Jeder Ansatz und Versuch der gerichtlichen oder außergerichtlichen Streitbeilegung unter Beachtung der Vorgaben hinsichtlich des beschleunigten und summarischen Verfahrens des Übereinkommens bzw. der Verordnung sind zu begrüßen. Durch beim Konzentrationsgericht geschlossene Elternvereinbarungen, „safe harbour orders“ oder „undertakings“ wird man diesem Ziel zwar zunehmend gerecht – ein verstärkter Erfahrungsaustausch zwischen den Zentralen Behörden und den Streitbeilegungsinitiativen in den anderen Vertragsstaaten ist allerdings notwendig.

Besondere Anforderungen in HKÜ- und Brüssel IIa-Verfahren in der Zukunft

Schließlich ermöglicht diese Vernetzung der Zentralen Behörden der Vertragsstaaten, die Professionalisierung aller in diesem Bereich tätigen Personen und Institutionen, insbesondere auch der Verfahrensbeistände, nicht nur Verständnis für die Hintergründe der Verfahren, sondern auch eine intensive Beratung sowohl des zurückgebliebenen Elternteils als auch insbesondere des entziehenden Elternteils, der sich in vielen Fällen „keiner Schuld bewusst“ ist.

Die Vorschriften der Brüssel IIa-VO, die das HKÜ modifizieren und ergänzen, müssen insoweit überdacht werden, als einheitliche Standards für die Beteiligung/Anhörung des Kindes im Verfahren europaweit erarbeitet werden sollten, um dem Grundgedanken des Übereinkommens wie auch der Verordnung im Hinblick auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens wirklich gerecht zu werden.

Internationale Kooperation – nicht nur der Zentralen Behörden der Vertragsstaaten, sondern auch der Gerichte (mit Hilfe bspw. des Haager Richter-netzwerkes) sind nicht nur erforderlich, um Kenntnis hinsichtlich des Umfangs der sorgerechtlichen Befugnisse im Herkunftsstaat des Kindes zu erhalten, sondern vornehmlich, um dem Rückführungsgericht Sicherheit und Vertrauen in die Rechtsordnung des Herkunftsstaates für den Fall einer Rückführung zu geben.

Als Fazit lässt sich festhalten:

Eine differenzierte, dem Einzelfall gewidmete Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Ziele des Übereinkommens ermöglicht auch heute noch, mit dem HKÜ in Verbindung mit der Brüssel IIa-VO Sorgerechtsverhältnisse wieder herzustellen, die durch einseitiges und damit widerrechtliches Handeln eines Elternteils verletzt wurden.