

Robin Sühle

Der Einwand des Kindeswohls bei der Durchsetzung ausländischer Entscheidungen in grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten

Eine rechtsvergleichende Studie zur Anwendung der
Verordnung EG 2201/2003 durch deutsche und britische Gerichte
einschließlich des Kinderückführungsverfahrens



Universitätsdrucke Göttingen

Robin Sühle

Der Einwand des Kindeswohls bei der Durchsetzung ausländischer
Entscheidungen in grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons](#)
[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)
[4.0 International Lizenz](#).



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2015

Robin Sühle

Der Einwand des Kindeswohls
bei der Durchsetzung
ausländischer Entscheidungen
in grenzüberschreitenden
Sorgerechtskonflikten

Eine rechtsvergleichende Studie zur
Anwendung der Verordnung
EG 2201/2003 durch deutsche und
britische Gerichte einschließlich
des Kindesrückführungsverfahrens



Universitätsverlag Göttingen
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Anschrift des Autors

Robin Sühle

E-Mail: rsuehle@gmx.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Jan Kaluza

Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

© 2015 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-200-6

Meiner Mutter und meinen Großeltern

Danksagung

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation angenommen worden. Für die Anregung zur Arbeit und die gute Betreuung danke ich Herrn Prof. Dr. Lipp. Für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Spickhoff. Ich danke zudem den Weggefährten an den Universitäten Göttingen und Edinburgh und der Referendarzeit in Berlin für die vielen bereichernden Gespräche. Für die moralische Unterstützung danke ich Helena Weidenhausen und Anne-Katrin Kintscher und insbesondere meiner Mutter Bärbel Sühle, die meinen Mut zur Fertigstellung der Arbeit stets aufrechterhalten hat. Ihr und meinen Großeltern Klaus und Ursula Heineke ist diese Arbeit gewidmet.

Braunschweig, im Mai 2015

Robin Sühle

Inhaltsübersicht

Danksagung.....	7
Inhaltsübersicht	9
Inhaltsverzeichnis.....	11
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	25
A. Problemstellung.....	25
B. Gang der Darstellung.....	31
Kapitel 1: Grundlagen	33
A. Gegenstände der Rechtsvereinheitlichung.....	33
B. Staatsvertragliche Rechtsquellen.....	35
C. Die klassischen Problemstellungen.....	47
D. Reform durch die Verordnung EG 2201/2003 (Brüssel IIa-VO).....	57
Kapitel 2: Der Einwand des Kindeswohls im Zweitstaat.....	95
A. Kindeswohlprüfung in der Anerkennung nach der Brüssel IIa-VO	96
B. Kindeswohlprüfung in der Vollstreckbarerklärung und der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen.....	105
C. Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren.....	109
D. Kindeswohlprüfung in der Abänderung der Sachentscheidung.....	114
E. Einstweilige Maßnahmen zum Kindesschutz.....	117
F. Ergebnis – Die Bedeutung der Kindeswohlprüfung im jeweiligen rechtlichen Kontext	119
Kapitel 3: Das Spannungsfeld zwischen materiellen Kindeswohlerfordernissen und dem Abbau von Prüfungsvorbehalten.....	121
A. Herausforderungen der Harmonisierung des Internationalen Familienvfahrensrechts	121
B. Der grund- und menschenrechtliche Rahmen in Sorgerechts- konflikten.....	122

C. Judikatur des EuGH und des EGMR zur Anwendung der Brüssel IIa-VO	154
Kapitel 4: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland	183
A. Das deutsche Kindschafts- und Familienverfahrensrecht.....	184
B. Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	202
Kapitel 5: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel des Vereinigten Königreichs	225
A. Das britische Kindschafts- und Familienverfahrensrecht (England/Wales und Schottland).....	225
B. Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	247
Kapitel 6: Vergleich der deutschen und britischen Behandlung von Sorgerechtskonflikten sowie der gerichtlichen Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	297
A. Gemeinsamkeiten in der rechtlichen Behandlung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung.....	297
B. Vergleich der Entscheidungen	299
Kapitel 7: Bestehende und neu aufgetretene Probleme im Europäischen IZVR der elterlichen Verantwortung.....	307
A. Probleme und Spannungsfelder.....	307
B. Gegenseitiges Vertrauen	332
Ergebnis	347
Literaturverzeichnis.....	351

Inhaltsverzeichnis

Danksagung.....	7
Inhaltsübersicht	9
Inhaltsverzeichnis.....	11
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	25
A. Problemstellung.....	25
I. Die zunehmende Bedeutung des Europäischen Verfahrensrechts....	25
II. Die Harmonisierung des IZVR in Kindschaftssachen.....	26
III. Die Reduzierung der Kindeswohlprüfung im Zweitstaat	27
IV. Fragestellungen.....	28
1. Vereinbarkeit mit dem Kindeswohlprinzip	28
2. Verbleibende Einbruchstellen der Kindeswohlprüfung im Zweitstaat.....	29
B. Gang der Darstellung	31
Kapitel 1: Grundlagen	33
A. Gegenstände der Rechtsvereinheitlichung.....	33
B. Staatsvertragliche Rechtsquellen.....	35
I. Das Haager Minderjährigenschutzabkommen.....	35
II. Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996.....	38
III. Das Haager Kindesentführungsübereinkommen	40
IV. Das Europäische Sorgerechtsübereinkommen	43
V. Das Verhältnis der Staatsverträge zueinander.....	46
C. Die klassischen Problemstellungen	47
I. Der Fall Tiemann./Lancelin	48
II. Die durch Tiemann./Lancelin offenbarten Probleme.....	54
D. Reform durch die Verordnung EG 2201/2003 (Brüssel IIa-VO).....	57
I. Anwendungsbereich	58
II. Regelungsgegenstände im Bereich elterlicher Verantwortung.....	59
1. Grenzüberschreitende Sachentscheidung.....	59

2.	Die Kindesrückführung	61
III.	Das Verhältnis der Brüssel IIa-VO zu den Staatsverträgen.....	61
IV.	Die internationale Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO	64
1.	Die Art. 8-15 der Brüssel IIa-VO.....	64
2.	Anwendung auf den Beispielsfall.....	66
V.	Die Anerkennung.....	68
1.	Anerkennung ex lege als Grundsatz – Art. 21 Brüssel IIa-VO	68
2.	Anerkennungsversagung und Verbot der revision au fond	69
a)	Die Anerkennungsversagungsgründe – Art. 23 Brüssel IIa-VO	69
b)	Das Verbot der revision au fond, Art. 26 Brüssel IIa-VO.....	70
3.	Unanfechtbare Anerkennung von Umgangs- und Rückgabeentscheidungen.....	71
4.	Kindesanhörung als zentrale Voraussetzung der Anerkennung... 73	
5.	Anwendung auf den Beispielsfall.....	74
VI.	Die Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen.....	76
1.	Die Vollstreckbarerklärung gem. Kapitel III, Abschnitte 2 und 3	76
2.	Unmittelbare Vollstreckbarkeit gem. Kapitel III, Abschnitt 4	77
3.	Das Vollstreckungsverfahren, Art. 47 und 48 Brüssel IIa-VO.....	81
4.	Anwendung auf den Beispielsfall.....	82
VII.	Die Kindesrückführung	83
1.	Die Integration des HKÜ-Verfahrens, Art. 11 Brüssel IIa-VO ...	83
2.	Anwendung auf den Beispielsfall.....	86
VIII.	Einstweilige Maßnahmen.....	87
1.	Internationale Zuständigkeit und „Notzuständigkeit“	87
2.	Höchstrichterliche Klärung der Konkurrenzfragen durch den EuGH	89
a)	Rs. C- 256/09 und C-296/10 (Purrucker I und II)	89
b)	Rs. C-403/09 PPU (Deticek)	91
3.	Anwendung auf den Beispielsfall.....	92
IX.	Fazit – Regelungen der Brüssel IIa-VO zum grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt	92
Kapitel 2: Der Einwand des Kindeswohls im Zweitstaat.....		95
A.	Kindeswohlprüfung in der Anerkennung nach der Brüssel IIa-VO	96
I.	Die Kindeswohlprüfung gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.....	96

II.	Die restriktive Auslegung des Kindeswohlbegriffs in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.....	100
B.	Kindeswohlprüfung in der Vollstreckbarerklärung und der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen.....	105
I.	Kindeswohlprüfung im Vollstreckbarerklärungsverfahren.....	105
1.	Art. 31 Abs. 2 i.V.m. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.....	105
2.	Keine Kindeswohlprüfung im Anwendungsbereich von Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO	106
II.	Kindeswohlprüfung im Vollstreckungsverfahren.....	106
C.	Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren.....	109
I.	Konkrete Kindeswohlprüfung als Ausnahme.....	109
II.	Versagungstatbestände mit Kindeswohlbezug, Art. 13 HKÜ.....	109
1.	Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ.....	109
2.	Entgegenstehender Kindeswille, Art. 13 Abs. 2 HKÜ	111
III.	Modifikation der Kindeswohlbeurteilung durch die Brüssel IIa-VO	113
1.	Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO – Vorkehrungen zum Schutz des Kindes.....	113
2.	Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO	113
D.	Kindeswohlprüfung in der Abänderung der Sachentscheidung.....	114
I.	Kindeswohlprüfung in der Sache durch Abänderung	114
II.	Vergleichender Überblick über die europäischen Rechtsordnungen	116
E.	Einstweilige Maßnahmen zum Kindesschutz.....	117
F.	Ergebnis – Die Bedeutung der Kindeswohlprüfung im jeweiligen rechtlichen Kontext	119
Kapitel 3: Das Spannungsfeld zwischen materiellen Kindeswohlerfordernissen und dem Abbau von Prüfungsvorbehalten.....		
121		
A.	Herausforderungen der Harmonisierung des Internationalen Familienverfahrenrechts.....	121
B.	Der grund- und menschenrechtliche Rahmen in Sorgerechtskonflikten...	122
I.	Nationales Verfassungsrecht – das Grundgesetz	123
1.	Maßgeblichkeit des GG für die Beurteilung der Brüssel IIa-VO	123
2.	Maßgeblichkeit des GG für den mitgliedstaatlichen Vollzug.....	124
a)	Verfassungsrecht in der Anerkennung.....	124

b)	Verfassungsrechtliche Prüfung unmittelbar vollstreckbarer Entscheidungen	124
3.	Materielle Vorgaben des Grundgesetzes	127
a)	Verfassungsrechtliche Vorgaben bei Sorge- und Umgangsrechtskonflikten.....	127
b)	Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Kindesrückführung.....	129
II.	Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union	131
1.	Unionsrechtlicher Grundrechtsschutz.....	131
2.	Die EMRK als Rechtserkenntnisquelle des Unionsrechts, Art. 6 Abs. 3 EUV	131
3.	Materielle Vorgaben der EU-Grundrechtecharta	132
III.	Die EMRK.....	133
1.	Art. 6 Abs. 2 EUV – Beitrittsverpflichtung der EU zur EMRK.....	133
a)	Noch ausstehender Beitritt.....	133
b)	Konsequenzen für den Rechtsschutz vor dem EGMR.....	134
2.	Unmittelbare Geltung für das Handeln der Vertragsstaaten.....	136
3.	Allgemeine Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zur Beeinträchtigung des Familienlebens, Art. 8 EMRK.....	136
4.	Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrechtskonflikt	139
a)	Der Beurteilungsspielraum nationaler Behörden und Gerichte	139
b)	Kindesschutz in der Interessenabwägung.....	141
c)	Schutz der Elternrechte	142
aa)	Recht auf persönlichen Kontakt – die Entscheidung Görgülü.....	143
bb)	Ausübung der Elternrechte bedingt durch Kindeswohl.....	144
5.	Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zur Kindesrückführung.....	144
a)	Vertragsstaatliche Pflichten im Rückführungsverfahren	145
b)	Neuere Judikatur des EGMR zum Kindesschutz im Rückführungskonflikt – Neulinger und Shuruk./..Schweiz..	147
aa)	Sachverhalt und Entscheidung	147
bb)	Bewertung	152
C.	Judikatur des EuGH und des EGMR zur Anwendung der Brüssel IIa-VO	154
I.	Chronologie der Entscheidungen.....	155
1.	EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (Rinau)	155
a)	Sachverhalt und Entscheidung	155

b) Bewertung	157
2. EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (Deticek).....	158
a) Sachverhalt und Entscheidung	158
b) Bewertung	159
3. EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 (Aguirre Zarraga).....	160
a) Sachverhalt und Entscheidung	160
b) Bewertung	164
4. EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, Sneersone und Kampanella./ .Italien.....	164
a) Sachverhalt und Entscheidung	164
b) Bewertung	168
5. Der europäische Sorgerechtskonflikt Povse./ .Alpago.....	170
a) EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 (Povse)	170
b) EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, Povse./ .Österreich.....	174
c) Bewertung	178
II. Zusammenfassung.....	179
 Kapitel 4: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel der Bundesrepublik	
Deutschland	183
A. Das deutsche Kindschafts- und Familienverfahrensrecht.....	184
I. Die Abänderung der Entscheidung	184
1. Abänderung aus Gründen des Kindeswohls.....	184
2. Restriktive Auslegung.....	186
3. Bedeutung im grenzüberschreitenden Zusammenhang	186
II. Verfahrensrechtlicher Schutz des Kindeswohls: die Anhörung des Kindes und der Eltern.....	188
III. Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen.....	189
1. Von §§ 328 ZPO und 16a FGG zu § 109 FamFG	189
2. Kindeswohl als Teil des autonomen ordre public	191
IV. Autonomes Vollstreckungsrecht	192
1. Vollstreckbarkeit und Vollstreckung nach dem FamFG.....	192
2. Die Vollstreckbarerklärung als Zwischenentscheidung.....	192
3. Das Vollstreckungsverfahren.....	193
a) Die Anwendung unmittelbaren Zwangs.....	193
b) Differenzierung zwischen Titel und Vollstreckungsmaßnahme	194
c) Die Beachtlichkeit nachträglicher Einwendungen.....	195
V. Die innerstaatlichen Ausführungsvorschriften zur Brüssel IIa-VO – das IntFamRVG.....	197
1. Besondere Ausführungsvorschriften zur Brüssel IIa-VO.....	197

2.	Gesonderte Regelung des Vollstreckungsverfahrens	198
3.	Vorrangige Bearbeitung der Rückführungsverfahren	199
4.	Zentralisierung der Zuständigkeiten	200
VI.	Einstweilige Maßnahmen.....	200
B.	Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	202
I.	Entscheidungen deutscher Gerichte.....	202
1.	OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05.....	202
a)	Sachverhalt und Entscheidung	202
b)	Bewertung	205
2.	OLG Stuttgart, 7.12.2008, 17 UF 318/05.....	207
a)	Sachverhalt und Entscheidung	207
b)	Bewertung	208
3.	OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06.....	209
a)	Sachverhalt und Entscheidung	209
b)	Bewertung	209
4.	OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06.....	210
a)	Sachverhalt und Entscheidung	210
b)	Bewertung	213
5.	OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08.....	213
a)	Sachverhalt und Entscheidung	214
b)	Bewertung	215
6.	OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07.....	215
a)	Sachverhalt und Entscheidung	215
b)	Bewertung	218
7.	AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10.....	219
a)	Sachverhalt und Entscheidung	219
b)	Bewertung	221
II.	Zusammenfassung der deutschen Entscheidungen	222
Kapitel 5: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel des Vereinigten		
Königreichs		
		225
A.	Das britische Kindschafts- und Familienverfahrensrecht	
	(England/Wales und Schottland)	225
I.	Die Abänderung der Entscheidung	226
II.	Verfahrensrechtlicher Schutz des Kindeswohls.....	228
1.	Das no order-Prinzip, Sec. 1 (5) Children Act 1989.....	229
2.	Das no delay-Prinzip	229
3.	Der welfare report.....	230
III.	Das autonome Anerkennungsrecht	230
1.	Interlokale Anerkennung	230

2.	Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Kindschaftssachen	231
IV.	Vollstreckung.....	233
1.	Registrierung als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit.....	234
a)	Die Registrierung interlokaler Entscheidungen	234
b)	Die Registrierung ausländischer Entscheidungen.....	235
2.	Das Vollstreckungsverfahren.....	235
V.	Das Kindesrückführungsrecht (child abduction).....	237
1.	Interlokale Rückführung.....	237
2.	Exkurs: Inkorporation und Anwendung des HKÜ	239
a)	Der Child Abduction and Custody Act 1985.....	239
b)	Staatsvertragsautonome Auslegung	239
c)	Engagement der NGO reunite.....	241
VI.	Ausführung der Brüssel IIa-VO.....	241
1.	Ausführungsregelungen zur grenzüberschreitenden Entscheidung.....	241
a)	Ausführungsvorschriften für das gesamte Vereinigte Königreich.....	241
b)	Ausführungsvorschriften England/Wales	242
2.	Veränderungen im Kindesrückführungsverfahren.....	243
VII.	Einstweilige Maßnahmen.....	243
1.	Sec. 38 Children Act 1989	244
2.	Sec. 44 Children Act 1989	244
VIII.	Besondere Ausprägungen des schottischen Rechts	244
1.	Das child welfare.....	244
2.	Autonome Anerkennung fremder Entscheidungen.....	245
3.	Einstweilige Maßnahmen.....	246
4.	Ausführung der Brüssel IIa-VO	247
B.	Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	247
I.	Entscheidungen englischer und schottischer Gerichte.....	247
1.	Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of the Child), 3.9.2003 / 8.12.2003.....	247
a)	Sachverhalt und Entscheidungen.....	247
b)	Bewertung	250
2.	W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005.....	251
a)	Sachverhalt und Entscheidung	251
b)	Bewertung	253
3.	JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007.....	253
a)	Sachverhalt und Entscheidung	254
b)	Bewertung	256

4. Vigreux v. Michel, 18.5.2006.....	258
a) Sachverhalt und Entscheidung	258
aa) Familiäre Situation und Gang des Verfahrens	258
bb) Richterliche Würdigung des Lord Justice Thorpe	260
cc) Richterliche Würdigung des Lord Justice Wall	262
b) Bewertung	264
5. HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application, 24.8.2007.....	265
a) Sachverhalt und Entscheidung	265
b) Bewertung	267
6. Re F, 22.2.2008.....	267
a) Sachverhalt und Entscheidung	267
aa) Einwände gegen die Rückführung	267
bb) Grundsätze der Ermessensausübung bei beachtlichem Kindeswillen	269
cc) Die Entscheidung des High Court.....	273
b) Bewertung	274
7. D v. N and D, 8.3.2011	275
a) Sachverhalt und Entscheidung	276
b) Bewertung	279
8. Re LSdC (a Child), 24.4.2012	280
a) Sachverhalt und Entscheidung	280
b) Revisionsentscheidung des Court of Appeal.....	285
c) Bewertung	286
aa) Die Zurückweisung des Antrags auf Vollstreckung.....	287
bb) Die Versagung der Anerkennung.....	288
cc) Das Argument der Abänderungszuständigkeit	288
dd) Einschätzung	290
9. A, Petitioner, 23.12.2011.....	290
a) Sachverhalt und Entscheidung	290
b) Bewertung	294
II. Zusammenfassung der britischen Entscheidungen.....	294
Kapitel 6: Vergleich der deutschen und britischen Behandlung von Sorgerechts- konflikten sowie der gerichtlichen Anwendung der Brüssel IIa-VO.....	297
A. Gemeinsamkeiten in der rechtlichen Behandlung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung	297
B. Vergleich der Entscheidungen	299
I. Betonung der autonomen Auslegungsgrundsätze	299
II. Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls	302
III. Differenzierte Auslegung bei geäußertem Kindeswillen	302

IV.	Größerer Gestaltungsfreiraum auf britischer Seite.....	303
V.	Außergerichtliche Unterstützung	305
Kapitel 7: Bestehende und neu aufgetretene Probleme im Europäischen		
	IZVR der elterlichen Verantwortung.....	307
A.	Probleme und Spannungsfelder.....	307
I.	Kindeswohlprüfung in der Anerkennung.....	308
	1. Auslegung am Maßstab der richtigen Kriterien	308
	2. Die Grenze zur revision au fond.....	310
	a) Die Schwierigkeit der Abgrenzung	310
	b) Denkbare Orientierungsansatz – die Schwelle des § 1666 BGB	311
II.	Die Umgangsrechtsentscheidung im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO	312
	1. Grenzüberschreitende Vollstreckung des Umgangsrechts.....	312
	2. Die Anhörung des Kindes.....	314
III.	Probleme des Kindesrückführungsverfahrens	315
	1. Auslegung des Kindeswohlbegriffs.....	315
	a) Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ.....	315
	b) Art. 13 Abs. 2 HKÜ	317
	2. Mögliche Entwertung des Art. 13 HKÜ durch Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO	318
	a) Vorrang der Rückgabeentscheidung.....	318
	b) EGMR-Entscheidung Sneersone und Kampanella./ .Italien.....	320
IV.	Die mögliche Problematik der Abänderung der Entscheidung	321
	1. Abänderung im grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt.....	321
	a) Abänderung nach Zuständigkeitswechsel.....	321
	aa) Abänderung der Sorgerechtsentscheidung	321
	(1) Verbleib im Entscheidungsstaat.....	321
	(2) Rechtmäßiger Umzug.....	322
	(3) Widerrechtlicher Umzug.....	322
	bb) Abänderung der Umgangsrechtsentscheidung.....	323
	(1) Unzuständigkeit des Aufenthaltsstaats des Umgangsrechtsinhabers	323
	(2) Anreiz zur Abänderung bei Wechsel der Zuständigkeit.....	323
	b) Abänderung bei fehlerhafter Begründung der internationalen Zuständigkeit	324
	aa) Denkbare Konstellationen	325

bb) Problematische Entscheidungen	326
cc) Vermeidung einer fehlerhaften Abänderung.....	327
2. Uneinheitlichkeit der Abänderungstatbestände	328
3. Die Grenze zur revision au fond.....	328
a) Abänderung im Konflikt zur Anerkennung	328
b) Schwierigkeit der Festlegung einer Grenze.....	329
V. Einstweilige Maßnahmen.....	331
B. Gegenseitiges Vertrauen	332
I. Notwendigkeit einer Prüfung des Kindeswohls in allen beteiligten Staaten?.....	332
1. Systemwechsel im Europäischen Zivilverfahrensrecht.....	332
2. Problematik des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO.....	334
II. Wirksamer europäischer Rechtsschutz?	335
1. Rechtsschutz vor dem EuGH.....	335
a) Die Klärung von Auslegungsfragen, Art. 267 AEUV.....	335
b) Schutz der EU-Grundrechte	337
2. Rechtsschutz vor dem EGMR.....	337
a) Die Individualbeschwerde	337
b) Eilrechtsschutz	338
III. Bestehen eines „gegenseitigen Vertrauens“	339
1. Das Vertrauensdogma.....	339
2. Gemeinsame europäische Standards.....	340
IV. Interessenausgleich durch konfliktlösende Maßnahmen	342
1. Würdigung des Konflikts in seiner Gesamtheit	342
2. Begleitmaßnahmen im Rückführungsverfahren.....	342
a) Reduzierung von Konfliktpotential in der Rückführungssituation	342
b) Undertakings des britischen Rechts	343
c) Kompetenz zur Anordnung und Durchsetzung der Begleitmaßnahmen	344
aa) Die Kompetenzgrundlage.....	345
bb) Die Durchsetzung begleitender Maßnahmen.....	345
Ergebnis	347
Literaturverzeichnis.....	351

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABGB	Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch
A.C.	Appeal Cases
AG	Amtsgericht
All E.R.	All England Law Reports
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel (Singular wie Plural)
Aufl.	Auflage
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bearb.	Bearbeitung
BegrRegE	Begründung Regierungsentwurf
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B'T-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BR-Drucks	Drucksache des Deutschen Bundesrats
Brüssel I-VO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
Brüssel II-VO	Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates v. 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten
Brüssel IIa-VO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 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
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

B.W.	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal
CAFCASS	Children and Family Court Advisory and Support Service
CPR	Civil Procedure Rules
Cass.	Cour de Cassation
C.civ.fr.	Code civil francais
Ch.D.	Chancery Division
CSOH	Court of Session Outer House
ders.	derselbe
DEuFamR	Deutsches und Europäisches Familienrecht
dies.	dieselbe(n)
ECHR	European Convention on Human Rights
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EheVO/EheGVO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 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
EHRR	European Human Rights Reports
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte
endg.	endgültig
ESÜ	Luxemburger Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVO	Europäische Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EurR	Europarecht

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
EWHC	England and Wales High Court
EZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht
Fam. Law	Family Law
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FLR	Family Law Reports
FPR	Familie Partnerschaft Recht
F.P.R.	Family Procedure Rules
FS	Festschrift
H.C.	High Court
HEntfÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
Hrsg.	Herausgeber
IntFamLaw	International Family Law
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts
i.d.F.	in der Fassung
i.S.d.	Im Sinne des
i.V.m.	In Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Dokumente

KSÜ	Haager Kinderschutzübereinkommen
LG	Landgericht
LJ	Lord Justice
L.R.	Law Reports
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NJW-FER	NJW Entscheidungsdienst im Familien- und Erbrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Schnelldienst zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
QB	Law Reports Queens Bench Division
R.	Rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rs.	Rechtssache
Sec.	Section
S.C.	Session Cases
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
S.L.R.	The Scottish Law Review
S.L.T.	The Scots Law Times
TGI	Tribunal de Grande Instance
v.	versus
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WLR	The Weekly Law Reports
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

A. Problemstellung

I. Die zunehmende Bedeutung des Europäischen Verfahrensrechts

Die zunehmende Internationalisierung zivilrechtlicher Sachverhalte beschränkt sich nicht auf wirtschaftsrechtliche Fallgestaltungen, sondern erfasst in hoher Anzahl auch familienrechtliche Rechtsbeziehungen.¹ Die Zahl gemischtnationaler Ehen und Partnerschaften steigt stetig.² Die Freizügigkeit der Person innerhalb des Gebiets der Europäischen Union, die weiteren europarechtlich verbürgten Grundfreiheiten und die damit verbundene Migration, insbesondere aus Gründen der Arbeitsmärkte, haben diese rasante Entwicklung begünstigt.³ Mit der steigenden Anzahl von Ehen und Lebensgemeinschaften zwischen Partnern unterschiedlicher Nationalität haben auch die Verfahren um die elterliche Sorge für Kinder

¹ *Borrás*, Erläuternder Bericht, Nr. I.1; *Kress*, S. 19; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 1; *Schulz*, FamRZ 2003, 336; *Pirrung*, FPR 2010, 516; *Keese*, S. 15.

² *Däubler-Gmelin*, in: Jb. Bitburger Gespräche 2001, S. 99; *Dornblüth*, S. 4; *Dethloff*, ZEuP 2007, 992; Erhebung des statistischen Bundesamts im Jahr 2010: 43.798 Eheschließungen zwischen Deutschen und Ausländern (in 19.103 Fällen mit ausl. Mann und 24.695 mit ausl. Frau), unter www.destatis.de.

³ *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 1; *Dornblüth*, S. 4; *Kress*, S. 19; *Kobler*, NJW 2001, 10; *Niklas*, S. 9.

aus solchen Beziehungen zugenommen.⁴ Kommt es zu einem Streit um das Sorge- und Umgangsrecht für ein gemeinsames Kind, so wirft dies bereits bei rein innerstaatlichen Sachverhalten eine Vielzahl von Problemen auf. Schwieriger wird die gerichtliche Lösung familiärer Konflikte, wenn das Verfahren einen grenzüberschreitenden Bezug zu beachten hat.⁵ Hier ergeben sich viele zusätzliche Fragen: In welchem Staat wird über die Regelung der elterlichen Verantwortung bzgl. der gemeinsamen Kinder entschieden? Was geschieht, wenn Gerichte in mehreren Staaten nebeneinander in derselben Sache angerufen werden? Wie werden Entscheidungen über das Sorge- und Umgangsrecht, die in einem EU-Mitgliedstaat getroffen wurden, in den anderen Mitgliedstaaten behandelt?⁶ Werden diese anerkannt? Und wie werden diese vollzogen oder gar vollstreckt? Diese Fragen beantwortet das Internationale Zivilverfahrensrecht.⁷

II. Die Harmonisierung des IZVR in Kindschaftssachen

Die Sachverhalte des Internationalen Kindschaftsrechts bergen ein hohes Konfliktpotential. Immer wieder haben grenzüberschreitende Sorgerechtsfälle, insbesondere diejenigen, in denen Kinder durch einen Elternteil unter Verletzung des Sorgerechts des anderen Elternteils in einen anderen Staat verbracht wurden, und hier insbesondere diejenigen, die unter dem Schlagwort "deutsch-französische Entführungsfälle" bekannt wurden, nicht nur zu juristischen Problemen, sondern auch zu Belastungsproben für die diplomatischen Beziehungen der beteiligten Staaten geführt.⁸ Das Problem der juristischen Lösung dieser grenzüberschreitenden Fälle liegt in der Berührung der Kompetenzen zweier oder mehrerer Staaten. Ein juristisch zufriedenstellendes Ergebnis kann dabei nur durch eine rechtlich klare Verteilung der Kompetenzen zur Entscheidung dieser Fälle gelingen. Eben-

⁴ Internationale Kindschaftsverfahren, Broschüre des Bundesjustizamts, S. 5; *Vomberg*, FPR 2011, 444.

⁵ *Kress*, S. 19; *Schulz*, FamRZ, 2003, 336, 337; Denkschrift zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, in: BT Drucks. 11/5314, S. 35.

⁶ *Däubler/Gmelin*, in: Jb. Bitburger Gespräche 2001, S. 100.

⁷ Vgl. *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 3 Rn. 1-2, 3; allgemein *Schack*, IZVR, § 1 Rn. 10; das Familienverfahren ist kein Zivilverfahren im engeren Sinne, aber vom allgemeinen Begriff des IZVR erfasst, siehe z.B. die Zuständigkeitsverteilung des Bundesamts für Justiz, nach der die Abteilung Internationales Zivilrecht für die Bearbeitung der Sorgerechts- und Kindesentführungsangelegenheiten zuständig ist, www.bundesjustizamt.de.

⁸ Vgl. *Däubler-Gmelin*, in: Jb. Bitburger Gespräche 2001, S. 102; zum deutsch-französischen Hintergrundgespräch *Astarg*, DEuFamR 2000, 263-265; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 111; ein besonderes öffentliches Interesse erregte der Fall *Tiemann./Lancelin*, hier kam es zu neun Entscheidungen des BVerfG, siehe *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 8, 9; vgl. *Siebr*, IPR, § 13 VII (S. 76); Auszüge der Entscheidungen mitgeteilt von *Hobloch* in DEuFamR 1999, 55-68; JZ 1999, 459-464 m. Anm. *Coester-Waltjen, Bauer*, IPRax 2002, 179-186.

so wesentlich ist, wie Staaten mit ausländischen Entscheidungen umgehen, die bei grenzüberschreitendem Sachverhalt eine Regelung zur elterlichen Verantwortung treffen. Ohne zwischenstaatliche Kooperation sind diese nicht durchsetzbar und bleiben wirkungslos.

Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, sind auf völkerrechtlicher Ebene Übereinkommen geschlossen worden, die Fragen der internationalen Zuständigkeit für gerichtliche Entscheidungen, deren Anerkennung und Vollstreckung sowie die Rechtshilfe bei der Kindesrückführung nach widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes regeln.⁹ Im Rechtsraum der Europäischen Union existiert eine EG-Verordnung,¹⁰ die sog. Brüssel IIa-VO, die seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2005 eigene, vom Ehescheidungsverfahren unabhängige Regelungen zum Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung vorsieht.¹¹

III. Die Reduzierung der Kindeswohlprüfung im Zweitstaat

Eine nach Maßgabe der Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO ergangene Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung ist grundsätzlich in den anderen EU-Mitgliedstaaten anzuerkennen.¹² Vereinfacht gesagt bedeutet dies, dass der Entscheidung im Zweitstaat die gleichen Wirkungen beizumessen sind, die diese auch im Entscheidungsstaat entfaltet.¹³ Dabei verlangt das Recht der Brüssel IIa-VO nicht die Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Entscheidungen um jeden Preis. Die Anerkennung kann gem. Art. 23 Brüssel IIa-VO bei Vorliegen einiger weniger restriktiv gehaltener Gründe versagt werden.¹⁴ Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nennt

⁹ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 1: „Hervorzuheben sind hier insbesondere die Aktivitäten der Haager Konferenz auf diesem Gebiet.“

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates 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, sog. Brüssel IIa-VO; zu den Arbeiten an der Brüssel IIa-VO siehe *Wagner*, NJW 2003, 2344, 2346-2347.

¹¹ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 11 ff.; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 7 ff; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

¹² Siehe Art. 21 Brüssel IIa-VO, Art. 7 ESÜ, Art. 23 Abs. 1 KSÜ; *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 21 EheVO, Rn. 1, 2; *Gottwald*, in MünchKomm/ZPO, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

¹³ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 13; allgemein *Schack*, IZVR, Rn. 866 ff.; vgl. zur EuGVO *Nagel/Gottwald*, § 12 Rn. 22 und *Kropholler/von Hein*, EZPR, vor Art. 33 EuGVO, Rn. 9.

¹⁴ Siehe Erwägungsgrund (21) zur Brüssel IIa-VO; Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, ausgearbeitet von der Europäischen Kommission im Einvernehmen mit dem Europäischen Justiziellen Netz für Zivil und Handelssachen, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_new_brussels_ii_de.pdf., S. 51 (der Leitfaden ist rechtlich nicht verbindlich und präjudiziert nicht die Auslegung der Verordnung, sondern soll der Praxis behilflich sein, siehe Vorwort des damals amtierenden Vizepräsidenten der Europäischen Kommission Frattini auf S. 2 des Leitfadens); *Lowe*, IntFamLaw 2011, 21-22.

als einen solchen Grund den offensichtlichen Verstoß gegen den *ordre public* und das Kindeswohl. Die Anerkennung der Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten wird dabei also grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Möglichkeit einer letzten Vergewisserung der Vereinbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung mit dem Kindeswohl durch den Zweitstaat gewährt. Nach den Regeln der Brüssel IIa-VO gilt dieser Grundsatz jedoch nicht uneingeschränkt. Unter gewissen Voraussetzungen sehen das Anerkennungs-, Vollstreckungs- und Rückführungsrecht der Brüssel IIa-VO bei Umgangsrechts- und Kindesrückgabeentscheidungen im Zweitstaat gar keine Möglichkeit zur Überprüfung, ob die Entscheidung aus dessen Sicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist, vor.¹⁵ Dies soll eine zügige Durchsetzung der Entscheidungen im Gebiet der EU gewährleisten und wird rechtspolitisch mit einem gegenseitigen Vertrauen in die Rechtspflege der Mitgliedstaaten i.S.d. Erwägungsgrunds (21) zur Brüssel IIa-VO begründet.¹⁶

IV. Fragestellungen

1. Vereinbarkeit mit dem Kindeswohlprinzip

Die in Gestalt der Brüssel IIa-VO gewählte Form der Harmonisierung des grenzüberschreitenden Verfahrensrechts ist von erheblicher praktischer Auswirkung für die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Behandlung grenzüberschreitender Kinderschaftsachen. Die erste grundsätzliche Frage lautet, ob die Beschränkung, bzw. der Ausschluss der Möglichkeit zur Erhebung des Einwands des Kindeswohls vor Gerichten des Zweitstaats gegen die in anderen EU-Mitgliedstaaten ergangenen Entscheidungen mit dem Prinzip der Gewährleistung des Kindeswohls vereinbar ist. Als Maßstab zur Feststellung unabdingbar zu gewährleistender Standards dienen die EU-Grundrechtecharta, die Europäische Menschenrechtskonvention, aber auch die mitgliedstaatlichen Verfassungen, da diese Rechtsquellen das grund- und menschenrechtliche Fundament des Kindeswohlprinzips bilden. Aus diesen ergibt sich, ob und in welchem Maß die Berücksichtigung der Rechtsgüter und Interessen des Kindes in allen beteiligten Staaten geboten ist.

Die Problematik der Rückversicherung der Einhaltung verfahrensrechtlicher und materieller Mindeststandards durch die grenzüberschreitende Entscheidung im Zweitstaat ist dem Diskurs zur Vereinheitlichung des IZVR auf EU-Ebene

¹⁵ Kapitel III, Abschnitt 4, insbesondere Art. 41 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 der Brüssel IIa-VO.

¹⁶ Siehe auch *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 248 und *Holzmann*, FPR 2010, 497, 500; *Dörner*, in: Hk/ZPO, Vorbem. zu Art. 40-45 EheGVVO Rn. 1; zum Kommissionsvorschlag vom 14.12.2010 für eine parallele Reform der EuGVO EG 44/2001, KOM (2010) 748 endg. siehe *Bach*, ZRP 2011, 97-100 und *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A.1 Einl., Rn. 3; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 4; allgemein zu den Grundstrukturen des gemeinschaftsrechtlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsregimes *Wurmnest*, in: *Base-dow/Hopt/Zimmermann*, S. 57-60.

bestens bekannt. Eine vergleichbare Diskussion ist insbesondere im Zusammenhang mit dem Entfallen der *ordre public*-Prüfung in den Regelungen zum Europäischen Vollstreckungstitel¹⁷ geführt worden.¹⁸ Gegenüber dem Zivilverfahren ist die Berührung fundamentaler Rechtsgüter im Familienverfahren sogar noch greifbarer. So ergibt sich ein gewisses Spannungsfeld¹⁹ zwischen der Harmonisierung des IZVR in Kindschaftssachen durch die Brüssel IIa-VO einerseits²⁰ und der Einhaltung materieller Kindeswohlstandards andererseits, deren Grenzen es genau abzu- stecken gilt.

2. Verbleibende Einbruchstellen der Kindeswohlprüfung im Zweitstaat

Die zweite und für die Untersuchung wesentliche Frage betrifft die konkrete Anwendung der Brüssel IIa-VO durch mitgliedstaatliche Gerichte, hier beschränkt auf deutsche und britische Gerichte. Auf Grundlage der Brüssel IIa-VO verbleiben verfahrensrechtliche Ansatzpunkte, die eine Möglichkeit zur Prüfung des Kindeswohls im Zweitstaat eröffnen können. Die vorliegende Arbeit untersucht diese Frage des Einwands des Kindeswohls im Zweitstaat bei der grenzüberschreitenden Durchsetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen in Kindschaftssachen im Raum der EU mit Bezug auf Deutschland und Großbritannien.

Die Brüssel IIa-VO normiert das Kindeswohl als eine besondere Ausprägung des *ordre public*,²¹ und in der Praxis werden hier die häufigsten Einwände gegen die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung oder die Kindesrückgabe vorgetragen.²² Eine weitere von der Brüssel IIa-

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl EU 2004 L 143/15; Grundlage dieser Politik im Bereich des Europäischen Prozessrechts ist der Aktionsplan der Beschlüsse von Tampere, ABl EG Nr. C 12 vom 15.1.2001, dazu *Wagner*, IPRax 2002, 75, 84 ff.; *ders.*, NJW 2003, 2344, 2346 und *ders.*, NJW 2005, 1157-1160.

¹⁸ Gegen den Wegfall einer *ordre public*-Kontrolle im Zweitstaat *Kohler*, in: Baur/Mansel, Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S. 147, 159 ff.; *Stadler* IPRax 2004, 2, 8; *Wagner*, IPRax 2002, 75, 91; *Bruns*, JZ 1999, 278-287; allgemein zur Problematik *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, Einl. A1, Rn. 7-14; grundlegend *Windolf/Zemrich*, JuS 2007, 803-806.

¹⁹ Begriff nach *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158.

²⁰ Siehe hierzu den Beschluss von Tampere, ABl EG C 012 v. 15.1.2001; darauf aufbauend das sog. „Haager Programm“, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 10.5.2005, KOM (2005) 184 endg.; dazu auch *Wagner*, IPRax 2005, 66 ff.; basierend auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, siehe Erwägungsgrund (21) Brüssel IIa-VO.

²¹ Vgl. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 162; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; *Holzmann*, FPR 2010, 497, 500; *Rauscher*, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG, Rn. 41; vgl. auch *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 78.

²² Siehe zu Fragen des Kindeswohls in der Anerkennung Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child (no. 2) [2004] 1 FLR, Rn. 13; dazu *Love*, IntFamLaw 2011, 21, 23; zum Rückführungsverfahren z.B.: OLG Hamm, FamRZ 1999, 948, 949; OLG Nürnberg, FamRZ 2004, 726,

VO vorgesehene Überprüfung des Kindeswohls im Zweitstaat kann sich im Kindesrückführungsverfahren ergeben. Diese Überprüfung ergibt sich nicht direkt aus der Brüssel IIa-VO, sondern richtet sich nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ), welches die Brüssel IIa-VO jedoch durch ihre Art. 10 und 11 in ihren Regelungsbereich integriert.²³ Eine immens praxisrelevante Kindeswohlprüfung im Zweitstaat sieht das HKÜ in seinem Art. 13 vor.²⁴ Nimmt der grenzüberschreitende Sorgerechtskonflikt durch ein widerrechtliches Verbringen des Kindes seinen Auftakt, so stellt die Rückgabeentscheidung im Zufluchtsstaat die erste Weiche zur juristischen Lösung des Gesamtkonflikts.

Die Überprüfung einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung im Zweitstaat am Maßstab des Kindeswohls kann sich zudem an weiteren Stellen ergeben, die auf Ebene des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten angesiedelt sind und deren Prüfungsmaßstäbe sich nicht aus der Brüssel IIa-VO ergeben. So kann das Vollstreckungsverfahren, welches sich gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO nach dem Recht des Zweitstaats als Vollstreckungsstaat richtet, eine Kindeswohlprüfung vorsehen, oder kann ein solches Prüfungserfordernis zumindest über die Bindung des Vollstreckungsverfahrens an verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung des Kindeswohls vermittelt werden. In Betracht kommt auch der Erlass einer eigenen Sachentscheidung zum Sorgerecht im Zweitstaat aus Gründen des Kindeswohls, welche die existierende Sorgerechtsregelung abändert und neben der Versagung der Anerkennung die höchste Form der Einflussnahme auf die ausländische Entscheidung darstellen würde.²⁵ In den Zusammenhang eigener Entscheidungen durch Gerichte des Zweitstaats am Maßstab ihres eigenen Kindeswohlverständnisses gehören die einstweiligen Maßnahmen zum Kinderschutz, welche im Widerspruch zur Ausgangsentscheidung des Entscheidungsstaats stehen können. In diesen Bereichen des nationalen Vollstreckungsverfahrens, der Abänderung der Sachentscheidung und der einstweiligen Maßnahmen zum Kinderschutz könnte in Fällen, in denen die Brüssel IIa-VO eine Überprüfung der Entscheidung am Maßstab des Kindeswohls im Zweitstaat reduziert oder ausschließt, ein Konflikt zu der von der Brüssel IIa-VO vorgegebenen Systematik der Kindeswohlprüfung bei der Durchsetzung grenzüberschreitender Sorgerechtsentscheidungen angelegt sein.

Diese Einbruchstellen einer inhaltlichen Überprüfung ausländischer Entscheidungen am Maßstab des Kindeswohls im Zweitstaat können bei einer falschen

727; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 643, 644; *Schoch*, S.146, oft wird der Vortrag der Nichtvereinbarkeit mit dem Kindeswohl als letzte Möglichkeit der Verhinderung der Rückführung gesehen.

²³ *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 90-95.

²⁴ *Bruch*, FamRZ 1993, 745, 749; so auch im Fall *Tiemann./Lancelin*, siehe die Zusammenfassung bei *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337 oder *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 8-9.

²⁵ Vgl. z.B. BGH, NJW-RR 1986, 1130-1131 oder OLG Frankfurt, FPR 2001, 232-233.

Auslegung durch die Gerichte des Zweitstaats die Durchsetzung der ausländischen Entscheidungen aus den anderen Mitgliedstaaten hemmen oder gar ganz verhindern. Eine Einflussnahme auf anzuerkennende ausländische Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten durch Gerichte oder Verfahrensbeteiligte zur Geltendmachung eigener materieller Kindeswohleinwände im Zweitstaat könnte der Verwirklichung der Verordnungsziele der Brüssel IIa-VO entgegenstehen, wenn diese Einflussnahme und die damit korrespondierende gerichtliche Praxis bei der Durchsetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen in Kindschaftssachen nicht im Einklang mit dem von der Brüssel IIa-VO vorgegebenen Prüfungsrahmen stehen.

Die besondere Schwierigkeit der rechtlichen Beurteilung der Überprüfung einer ausländischen Entscheidung durch Gerichte des Zweitstaats am Maßstab des Kindeswohls ergibt sich aus der Komplexität der Frage, welche Vorgaben die Brüssel IIa-VO innerhalb ihres Anwendungsbereichs für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs Kindeswohl macht und welche Auslegung nach unabhängigen grund- und menschenrechtlichen Anforderungen aus Sicht des jeweiligen mitgliedstaatlichen Gerichts geboten ist. Zu untersuchen ist, wie die gerichtliche Praxis mit diesen Fragen der Auslegung umgeht und wie sie den damit verbundenen Anforderungen gerecht wird.

B. Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, die gerichtliche Anwendung der Brüssel IIa-VO im Hinblick auf die grenzüberschreitende Durchsetzung kindschaftsrechtlicher Entscheidungen in den EU-Mitgliedstaaten zu untersuchen. Hierbei ist Gegenstand der Untersuchung der sachlich richtige Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls in der Anerkennung, der Vollstreckung, der Abänderung der Entscheidung, den einstweiligen Maßnahmen zum Kinderschutz und der Kinderückführung im Zweitstaat. Zur Bestimmung der materiellrechtlichen Anforderungen an die Behandlung kindschaftsrechtlicher Sachfragen stellt die Untersuchung das harmonisierte Verfahrensrecht in den Kontext des grund- und menschenrechtlichen Rahmens des Kindeswohlprinzips.

Die mitgliedstaatliche Praxis wird durch einen Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich mit den Teilrechtsordnungen England/Wales und Schottland untersucht. In der Betrachtung wird zunächst das materielle und verfahrensrechtliche Kindschaftsrecht der jeweiligen Rechtsordnung im Hinblick auf den Umgang mit bestehenden Entscheidungen in Kindschaftssachen vorgestellt, um dann ausgewählte Entscheidungen zur Anwendung der Brüssel IIa-VO zu analysieren. Die Wahl des Vereinigten Königreichs wurde getroffen, um auch den Umgang eines Common Law-Systems mit dem vereinheitlichten Verfahrensrecht der Brüssel IIa-VO untersuchen zu kön-

nen.²⁶ Ein Vergleich der praktischen Anwendung durch Gerichte der Civil Law- und Common Law-Rechtsordnungen verspricht einen besonderen Erkenntnisgewinn, da sich im Ansatz grundsätzliche Unterschiede in der Herangehensweise an ein und dieselbe Rechtsmaterie offenbaren können. Hier ist es durchaus möglich, dass sich bemerkenswerte Unterschiede zwischen den Teilrechtsordnungen England/Wales und Schottland zeigen, da Letztere wiederum eine beachtliche Verflechtung mit der kontinentaleuropäischen Rechtstradition aufweist. Diese ergibt sich aus der historisch verwurzelten Bemühung Schottlands um Abgrenzung gegenüber England und der Hinwendung zu Frankreich. So ist in Teilen Recht rezipiert worden, das auf der römischen Tradition beruht, wobei es in Schottland nie zu einer Kodifikation des Zivilrechts kam. In der Rechtsvergleichung wird das schottische Rechtssystem mitunter als „hybrides“ Rechtssystem bezeichnet.²⁷

Die Arbeit schließt mit der Betrachtung bestehender und neu aufgetretener Probleme der verfahrensrechtlichen Bewältigung grenzüberschreitender Kindersachssachen und versucht aufzuzeigen, welche Lösungsmöglichkeiten existieren.

²⁶ Siehe dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 14 VI (S. 198 ff.) und *Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre, Band I, S. 297.

²⁷ Vgl. *Dutta*, in: Kropholler FS, S. 281 mit Verweis auf Lord Goff in *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119 (HL), Rn. 131-133.

Kapitel 1: Grundlagen

A. Gegenstände der Rechtsvereinheitlichung

Das Europäische Verfahrensrecht in Kindschaftssachen ergibt sich derzeit aus der Brüssel IIa-VO sowie einigen, mit der Verordnung teilweise korrespondierenden Staatsverträgen.²⁸ Mit Ausnahme des HKÜ ist allgemeiner Regelungsgegenstand der Staatsverträge die internationale Zuständigkeit für die Sachentscheidung zur elterlichen Verantwortung, deren Anerkennung und Vollstreckbarkeit sowie im Falle des MSA und des KSÜ auch das Kollisionsrecht (Internationales Privatrecht).²⁹

Haben Gerichte eine Entscheidung erlassen, so sind die relevanten Rechtsfragen in der Sache geklärt worden. Für die Durchsetzung einer Entscheidung mit grenzüberschreitendem Bezug ist nunmehr von entscheidender Bedeutung, dass diese ohne eine erneute inhaltliche Sachprüfung im Zweitstaat als *res iudicata* angenommen wird.³⁰ Ausgangspunkt ist das Institut der Anerkennung. Nach dem überwiegenden Verständnis des Europäischen Zivilverfahrensrechts besteht diese in der Erstreckung der Wirkungen der ausländischen Entscheidung auf das In-

²⁸ Überblick bei *Keese*, S. 21-26.

²⁹ Überblick bei *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 338-346.

³⁰ *Coester-Waltjen*, RabelsZ 57 (1993), 263, 264 und *Schack*, IZVR, Rn. 877.

land.³¹ Die Anerkennung eines fremden Hoheitsakts auf Grundlage eines vereinheitlichten Internationalen Verfahrensrechts ohne inhaltliche Nachprüfung der Entscheidung in der Sache ist ein Zugeständnis der souveränen Staaten zugunsten der europäischen und internationalen verfahrensrechtlichen Kooperation.³² Diesem Spannungsverhältnis tragen die Anerkennungsvorschriften durch gewisse Prüfungsvorbehalte zur Verweigerung der Anerkennung im Zweitstaat Rechnung.³³ Die Option der Versagung bleibt klassischerweise bei Vorliegen gewichtiger Gründe möglich.³⁴ Das Bestehen solcher Prüfungsvorbehalte wird vonseiten der EU allerdings als ein nicht zu unterschätzendes Hemmnis in der grenzüberschreitenden Kooperation gesehen.³⁵

Die Anerkennung einer Entscheidung durch einen anderen Staat bewirkt nicht zugleich ihre Vollstreckbarkeit.³⁶ Diese muss prinzipiell durch den Zweitstaat verliehen werden, sei es kraft Gesetzes oder durch einen eigenen staatlichen Hoheitsakt im sog. Vollstreckbarerklärungsverfahren (Exequaturverfahren).³⁷ Grundsätzlich schafft erst die inländische Vollstreckbarerklärung des ausländischen Titels die Grundlage zur Vollstreckung im Inland.³⁸ Das Vollstreckbarerklärungsverfahren ist ebenso wie die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung Teil der Regelwerke des Europäischen Verfahrensrechts in Kindschaftssachen, während das Verfahren der Zwangsvollstreckung nach Art. 47 Abs. 1 bis auf die we-

³¹ BGHZ 118, 312, 318 = NJW 1992, 3096, 3098; OLG Hamm, FamRZ 1993, 213, 215; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, § 328 ZPO Rn. 4; *Stadler*, in: Musielak, ZPO, § 328 ZPO Rn. 2; auch die Brüssel IIa-VO geht von der Wirkungserstreckung aus, *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

³² Vgl. *Geimer*, IZPR, Rn. 371-372a; *Linke/Hau*, IZPR, Rn. 412.

³³ Allem voran der Schutz des *ordre public*, vgl. *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 34 EuGVO, Rn. 7; *Bruns*, JZ 1999, 278; *Pfeiffer*, in: Jayme FS (2004) Bd. I, S. 675, 681.

³⁴ Zur Anerkennungsversagung nach Art. 23 der Brüssel IIa-VO *Holzmann*, FPR 2010, 497, 500; siehe auch § 109 FamFG, Art. 23 Abs. 2 KSÜ; Art. 9 ESÜ.

³⁵ Erwägungsgrund (2) zur EuGVO; Tampere Europäischer Rat 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, VI. 33; zum Bereich der Kindschaftssachen siehe den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, KOM (2001) 505, Begründung, S. 2; *Kohler*, FamRZ 2002, 709, 710.

³⁶ Grundsatz des Art. 28 Brüssel IIa-VO, *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 28 Brüssel IIa-VO, Rn. 1; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 136; zum dt. Recht: *Schack*, IZVR, Rn. 868; *Geimer*, Anerkennung dt. Urteile im Ausl., S. 163 vgl. auch § 722 ZPO und § 110 FamFG, *Rauscher*, in: MünchKomm/FamFG, § 110 FamFG, Rn. 8.

³⁷ *Schlauff*, IntFamRVG, S. 24; *Geimer*, IZPR, Rn. 3100, 3101, mit der anschaulichen Unterscheidung zwischen Wirkungserstreckung und Wirkungsverleihung; *Schack*, IZVR, Rn. 1024.

³⁸ *Geimer*, IZPR, Rn. 3100; vgl. Art. 7 ESÜ und im deutschen autonomen IZVR den klaren Wortlaut des § 722 Abs. 1 ZPO; Ausnahme sind die Entscheidungen nach Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO.

nigen Vorgaben des Art. 47 Abs. 2 weiterhin den nationalen Rechtsordnungen vorbehalten bleibt.³⁹

B. Staatsvertragliche Rechtsquellen

Bei der Erarbeitung der Brüssel IIa-VO konnte der Verordnungsgeber bereits Erkenntnisse aus einem reichhaltigen Erfahrungsschatz im Umgang mit Staatsverträgen verwerten. Im Folgenden werden die einzelnen Staatsverträge dargestellt, die vor Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO das maßgebliche Internationale Zivilverfahrensrecht im Bereich der elterlichen Verantwortung ausmachten. Trotz des heutigen Geltungsvorrangs der Brüssel IIa-VO vor den Staatsverträgen im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander⁴⁰ sollen diese Regelungen der aus deutscher Sicht zum Teil verdrängten Übereinkommen zunächst einmal für sich betrachtet werden. Deren Mechanismen sind für die Beurteilung des Umgangs mit der Brüssel IIa-VO nicht nur aufschlussreich, sondern lassen die Verordnung verständlich werden. So sind staatsvertragliche Vorschriften zum Teil kongruent in die Brüssel IIa-VO übernommen worden⁴¹ oder entwickeln diese weiter, wenn sich in der Anwendung der staatsvertraglichen Regelungen Defizite offenbart haben.⁴²

Für die Durchsetzung ausländischer Entscheidungen in Kindschaftssachen ist insbesondere entscheidend, ob und in welchem Umfang im Zweitstaat der Einwand des Kindeswohls erhoben werden kann. Bei der Betrachtung der Staatsverträge liegt daher ein besonderes Augenmerk auf der Frage, welche Prüfungsvorbehalte das MSA, das KSÜ, das ESÜ und das HKÜ in ihren Anerkennungs-, Vollstreckungs- und Rückführungsvorschriften vorsehen, mittels derer eine Nichtvereinbarkeit der Entscheidung mit dem Kindeswohl geltend gemacht werden kann.

I. Das Haager Minderjährigenschutzabkommen

Das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)⁴³ war lange Zeit die für die Behandlung grenzüberschreitender Kindschaftssachen maßgebliche Rechtsquel-

³⁹ Linke/Hau, IZPR, Rn. 499; Ausführung in der BRD durch das IntFamRVG, BT-Drs. 15/3981, S. 17-18 = Schlauß, IntFamRVG, S. 19-21; Anwendung des innerstaatlichen Vollstreckungsrechts gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO.

⁴⁰ Art. 60 Brüssel IIa-VO; Solomon, FamRZ 2004, 1409, 1414.

⁴¹ Z.B. Art. 10 Abs. 1 lit. a) ESÜ bildete das Vorbild für Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.

⁴² BT-Drs. 15/3981, S. 17 = Schlauß, IntFamRVG, S. 16, 17; Hess, EZPR, § 7 Rn.7; wesentliche inhaltliche Neuerungen sind Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa, sowie Art. 11, der Art. 13 HKÜ modifiziert.

⁴³ Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, vom 5.10.1961, Jayme/Hausmann, Nr. 52.

le.⁴⁴ Für die Bundesrepublik trat das Übereinkommen am 17.9.1971 in Kraft. Sachlich erstreckte sich das MSA auf „Maßnahmen zum Schutze der Person und des Vermögens Minderjähriger“, ein staatsvertragsautonom zu qualifizierender Begriff.⁴⁵ Unter diesen weit auszulegenden Begriff der Schutzmaßnahme fielen dabei all die Fragen, die die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kind betreffen: die Übertragung des Sorgerechts nach der Trennung, der Entzug der elterlichen Sorge, das Aufenthaltsbestimmungsrecht, die Anordnung der Herausgabe des Kindes, die Regelung des Besuchs- und Umgangsrechts, Maßnahmen bei Gefährdung der Person oder des Vermögens des Kindes oder die Anordnung und Bestellung einer Vormundschaft oder eines Pflegers.⁴⁶ Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich gem. Art. 13 ergab sich aus zwei kumulativen Anknüpfungspunkten: dem Kriterium der Minderjährigkeit gem. Art. 12 und dem gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen, der in einem Vertragsstaat gelegen sein musste; auf die Staatsangehörigkeit kam es grds. nicht an.⁴⁷ Regelungsgegenstand des MSA waren die internationale Zuständigkeit der Behörden und Gerichte für Maßnahmen zum Schutze der Person und des Vermögens des Kindes, das anwendbare Sachrecht, das an die Zuständigkeit gekoppelt war (sog. Gleichlaufprinzip), die Anerkennung bestimmter Entscheidungen sowie gegenseitige Mitteilungspflichten, Art. 11.⁴⁸ Im Interesse eines möglichst umfassenden und effizienten Minderjährigenschutzes legte das MSA eine konkurrierende Zuständigkeit von Heimatstaat und dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts fest, Art. 1 und 4.⁴⁹ Letzteren erklärte das Übereinkommen aufgrund der räumlichen Nähe und der damit verbundenen Möglichkeit zum raschen und wirksamen Einschreiten für im Grundsatz zuständig.⁵⁰

Die Anerkennung sorgerechtlicher Maßnahmen auf Grundlage des MSA erfolgte nach dessen Art. 7 bei Vorliegen der Voraussetzungen *ex lege* und ohne

⁴⁴ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 105; *von Bar*, IPR Bd. II, § 2 Rn. 330; *Henrich*, in:

Lowe/Douglas, Families Across Frontiers, S. 41, 49.

⁴⁵ Zur Auslegung *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 6 ff.; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 4; *Henrich*, IntFamR, S. 264-265; *Kegel/Schurig*, IPR, § 20 IX (S. 933).

⁴⁶ *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art 19 EGBGB, Rn. 40; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 4; BGH, NJW 2005, 672; *Finger*, FPR 2002, 621, 622; *Henrich*, IntFamR, S. 264, 265; *Thorn*, in: Palandt (69. Aufl. 2010), Anh. zu Art. 24 EGBGB, Rn. 13.

⁴⁷ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 5; zum gewöhnlichen Aufenthalt *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 119 ff., siehe auch Rn. 529 zu Art. 13 Abs. 3 MSA, die Vertragsstaaten können einen Vorbehalt der Anwendung der Konvention nur auf Minderjährige, die einem Vertragsstaat angehören, erklären.

⁴⁸ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 6; *Thorn*, in: Palandt, (69. Aufl. 2010) Anh. zu Art. 24 EGBGB, Rn. 2, 3.

⁴⁹ *Thorn*, in: Palandt (69. Aufl. 2010), Anh. zu EGBGB 24, Rn. 27; *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1999), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 352; *Keese*, S. 32.

⁵⁰ *Keese*, S. 32, 33; zum Verhältnis des Art. 1 zu den Ausnahmezuständigkeiten siehe *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1999), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 352 ff.

weitere Sachprüfung.⁵¹ Maßnahmen, die durch eine nach dem MSA zuständige Behörde getroffen wurden, waren in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Dabei kam es darauf an, dass für das entscheidende Gericht die im Übereinkommen vorgesehene internationale Zuständigkeit bestand.⁵² Das MSA unterschied in Art. 7 jedoch zwischen anerkennungspflichtigen und nicht anerkennungspflichtigen Maßnahmen.⁵³ Von der Anerkennung ausgenommen waren all die Maßnahmen, die Vollstreckungshandlungen in einem anderen Staat als dem, in welchem sie getroffen wurden, erforderten.⁵⁴ Dass damit umgangsrechtliche Entscheidungen sowie die Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes bereits wieder aus dem Kreis der anerkennungspflichtigen Maßnahmen herausfielen, war ein wesentliches praktisches Defizit des MSA.⁵⁵ In diesem Falle sollte sich deren Anerkennung nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, in dem die Vollstreckung beantragt wurde, oder nach anderen völkerrechtlichen Übereinkommen richten.⁵⁶ Gab allerdings ein Gestaltungsakt zu einer vollstreckungsbedürftigen Maßnahme Anlass, so verlor er dadurch nicht seine Anerkennungsfähigkeit.⁵⁷ Eine sorgerechtliche Entscheidung war auch dann anzuerkennen, wenn diese z.B. inhaltlich mit einer vollstreckbaren Umgangsrechts- oder Herausgabeanordnung verbunden war.⁵⁸

Art. 16 MSA sah als Anerkennungsversagungsgrund eine offensichtliche Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* vor. Dabei nahm die Bestimmung keinen ausdrücklichen Bezug auf das Kindeswohl, sprach aber ebenso wie die Brüssel IIa-VO von einer offensichtlichen Unvereinbarkeit. Als eine Einbruchsstelle nationaler grundrechtlicher Wertung innerhalb des Internationalen Verfahrensrechts richtete sich Art. 16 MSA gegen die Anwendung fremden Rechts im Einzelfall.⁵⁹ Eine verallgemeinerbare Definition, wann ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung vorlag, ließ sich aus diesem Grund nicht formulieren.⁶⁰ Aus Sicht der deutschen Rechtsordnung stellte der Vorrang des Kindeswohls eine solche bedeutende

⁵¹ Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 421, die Anerkennung ist nach dt. Verfahrensrecht damit Inzidentfrage in Verfahren betreffend die anzuerkennende Entscheidung, Rn. 423; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 152; Hüfstege, IPRspr. 1981, Nr. 100, S. 221, 228; Heiderhoff, in: Bamberger/Roth, Art. 21 EGBGB, Rn. 27.

⁵² Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 157; Thorn, in: Palandt (69. Aufl. 2010) Anh. zu Art. 24 EGBGB, Rn. 33.

⁵³ Henrich, IntFamR, S. 285.

⁵⁴ Art. 7 S. 2 MSA; Dornblüth, S. 8.

⁵⁵ Vgl. im Hinblick auf den Fall Tiemann *Schutz*, FamRZ 2003, 336, 339.

⁵⁶ Kropholler, RabelsZ 58 (1994), 1, 15: „Eine Verpflichtung, ausländische Schutzmaßnahmen zu vollstrecken, war im Rahmen des MSA seinerzeit offenbar nicht erreichbar.“

⁵⁷ Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 438.

⁵⁸ Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 438.

⁵⁹ BGHZ 60, 68, 78-79 = NJW 1973, 417, 419; Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 567, 568; vgl. allgemein zur *ordre public*-Prüfung BVerfGE 31, 58, 75 = NJW 1971, 1509, 1511 sog. Spanier-Beschluß des BVerfG.

⁶⁰ Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 565.

grundrechtliche Wertung dar.⁶¹ Zur Anwendung der *ordre public*-Klausel nach deutschem autonomen Recht führte der Bundesgerichtshof aus, dass ein *ordre public*-Verstoß vorlag, wenn die Regelung nach ausländischem Recht konkret dem Kindeswohl widersprach.⁶² Somit bot die Klausel des Art. 16 MSA jedem Vertragsstaat einen gewissen, in der öffentlichen Ordnung seiner eigenen Rechtsordnung angelegten Spielraum, die Anerkennung der Entscheidung mit dem Argument der Nichtvereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu verweigern. Hinzu kam, dass bei diesem völkerrechtlichen Instrument keine höhere Auslegungsinstanz wie beispielsweise der EuGH im Falle der Brüssel IIa-VO existierte, sondern der Staatsvertrag allein durch die Gerichte der Vertragsstaaten umgesetzt wurde.⁶³ Zwar existierte das Gebot der staatsvertragsautonomen Auslegung, jedoch fehlte es an einem verbindlichen Rahmen, innerhalb dessen sich eine restriktive Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts und damit eine sachliche Überprüfung der Entscheidung am Maßstab des Kindeswohls im Zweitstaat bewegen musste.

II. Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996

Das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)⁶⁴ ist das dem MSA nachfolgende Übereinkommen, das dieses in wesentlichen Punkten verbessert und reformiert.⁶⁵ Für Deutschland gilt es seit dem 1.1.2011.⁶⁶ Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich auf Kinderschutzmaßnahmen und gleicht damit dem des MSA.⁶⁷ Inhaltlich verbessert das KSÜ das MSA, das es gem. seinem Art. 51 ersetzt, in vielen Punkten.⁶⁸ Im persönlichen Anwendungsbereich wird der Begriff

⁶¹ BVerfGE 75, 201, 218 = NJW 1988, 125, 126; zur Prüfung innerhalb des autonomen deutschen *ordre public*-Vorbehalts BGHZ 120, 29, 35 = NJW 1993, 848, 849; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, (Band 10, 3. Aufl. 1998), Art. 19 EGBGB Anh. I, Rn. 462.

⁶² BGHZ 120, 29, 35 = NJW 1993, 848, 849; Kropholler, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 569.

⁶³ Das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV dient zur verbindlichen Klärung von Auslegungsfragen im EU-Recht und leistet damit einen immens wichtigen Beitrag zur Wahrung der Rechtseinheit bei Anwendung des supranationalen EU-Rechts, *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 1.

⁶⁴ Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, vom 19.10.1996, *Jayne/Hausmann*, Nr. 53; von der BRD gezeichnet und zum 1.1.2011 in Kraft getreten, in Großbritannien zum 1.11.2012.

⁶⁵ *Pirrung*, in: *Jayne FS*, S. 701, 704; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 110; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 9; *Siebr*, § 11 VII (S. 69); zu den einzelnen Reformen *ders.* FamRZ 1996, 1047, 1048-1052.

⁶⁶ Zustimmungsgesetz v. 25.6.2009, BGBl 2009 II, 602, 603.

⁶⁷ *Siebr*, FamRZ 1996, 1047, 1048; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 9.

⁶⁸ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 110; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 4; *Thorn*, in: Palandt, Anh. zu Art. 24 EGBGB, Rn. 14.

der „Minderjährigen“ durch „Kinder“ ersetzt und staatsvertragsautonom auf das Lebensalter von der Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres festgelegt, Art. 2 KSÜ.⁶⁹ In räumlicher Hinsicht ist ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat nicht Voraussetzung, da die Kollisionsnormen des Übereinkommens allseitig ausgestaltet sind.⁷⁰ Ein räumlicher Bezug ist jedoch noch innerhalb der jeweiligen Zuständigkeitsnormen von Bedeutung.⁷¹ Das Übereinkommen deckt mit der internationalen Zuständigkeit, der Bestimmung des anwendbaren Sachrechts,⁷² der Anerkennung und der behördlichen Zusammenarbeit die Regelungsgegenstände des MSA ab und erweitert diese um die Normen zur Vollstreckbarkeit, Art. 26 KSÜ. Die Zuständigkeit der Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts wird erheblich gestärkt, eine Zuständigkeitsbegrenzung durch ein gesetzliches Gewaltverhältnis, wie es noch das MSA vorgesehen hat, kennt das KSÜ nicht mehr.⁷³

Mit der Lücke der Anerkennungsregelung des Art. 7 MSA war die Haager Konferenz nicht zufrieden.⁷⁴ Die Anerkennung nach dem KSÜ von 1996 ist in den Art. 23 bis 25 (Kapitel IV) geregelt und schließt nunmehr anders als Art. 7 S. 2 MSA nicht mehr die vollstreckbaren Entscheidungen von der Anerkennungs-pflicht aus. Die Anerkennung erfolgt ohne Weiteres kraft Gesetzes.⁷⁵ Ein Anerkennungsverfahren ist nicht Voraussetzung, jedoch kann nach Art. 24 KSÜ jede betroffene Person eine förmliche Entscheidung im Sinne einer Feststellung hierüber nach dem Recht des ersuchten Staats beantragen.⁷⁶

Art. 23 Abs. 2 lit. d) KSÜ bietet den Vertragsstaaten die Möglichkeit, die Anerkennung zu verweigern, wenn die an der nationalen Rechtsordnung orientierte Prüfung der ausländischen Entscheidung eine Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der anerkennenden Rechtsordnung ergibt. Art. 23 Abs. 2 zählt sechs abschließende Anerkennungs-hindernisse auf, wobei folgende Gründe besonders zu erwähnen sind: die fehlende Anerkennungszuständigkeit (lit. a); die fehlende Einräumung der Möglichkeit der Anhörung des Kindes (lit. b), oder einer Person, die ihre elterliche Verantwortung beeinträchtigt glaubt (lit. c), ohne dass das Absehen von der Anhörung durch einen dringlichen Fall gerechtfertigt ist; die Verletzung der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) (lit. d) und die Unver-

⁶⁹ Siehe auch *Siebr*, *RabelsZ* (62) 1998, 464, 469; *von Hoffmann/Thorn*, *IPR*, § 8 Rn. 110; *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 22.

⁷⁰ *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 24.

⁷¹ *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 24.

⁷² Zu den Kollisionsnormen des KSÜ *Love*, *IntFamLaw* 2010, 51-58.

⁷³ *Siebr*, *FamRZ* 1996, 1047, 1049; *von Hoffmann/Thorn*, *IPR*, § 8 Rn. 110.

⁷⁴ *Lagarde*, *Erläuternder Bericht*, Nr. 118; *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 493.

⁷⁵ *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 493; *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 123; *Andrae*, *IntFamR*, § 6 Rn. 152; *Finger*, *MDR* 2011, 1395, 1398.

⁷⁶ *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 494; *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 132.

einbarkeit mit einer späteren anerkannten Maßnahme aus einem Nichtvertragsstaat (lit. e).⁷⁷ Dass das Kindeswohl ein Teilaspekt des *ordre public* ist, ergibt sich im Gegensatz zu Art. 16 MSA unmittelbar aus dem Normtext. Für die Auslegung des Begriffs „Kindeswohl“ als Teil der öffentlichen Ordnung bedeutet dies gegenüber der Anwendung des MSA keinen Unterschied.⁷⁸ Eine Nachprüfung der Entscheidung in der Sache wird zudem durch Art. 27 KSÜ untersagt.

Eine staatsvertragliche Regelung zur Vollstreckung von Schutzmaßnahmen fehlte vollständig im MSA.⁷⁹ So besteht ein wesentlich verbesserter Punkt in der Fortentwicklung des MSA durch das KSÜ in der grundsätzlichen Pflicht der Vertragsstaaten, ausländische Schutzmaßnahmen nicht nur anzuerkennen, sondern auch für vollstreckbar zu erklären.⁸⁰ Geregelt ist dies in Art. 26 des Übereinkommens, der besagt, dass die in einem anderen Staat getroffenen und dort vollstreckbaren Maßnahmen, die in einem anderen Vertragsstaat Vollstreckungshandlungen erfordern, auf Antrag jeder betroffenen Partei nach dem im Recht dieses Staates vorgesehenen Verfahren für vollstreckbar erklärt werden oder zur Vollstreckung registriert werden. Die Vollstreckbarerklärung darf gem. Art. 26 Abs. 3 nur aus den in Art. 23 Abs. 2 vorgesehenen Gründen versagt werden und bezieht damit das Kindeswohl als Teilaspekt des *ordre public* mit ein. Die verfahrensmäßige Ausgestaltung der Vollstreckung selbst wird nach Art. 28 S. 2 KSÜ wiederum dem Recht des ersuchten Staates zugewiesen. Die ausländischen Entscheidungen sind wie im Inland erlassene Maßnahmen zu vollstrecken.⁸¹ Durch diese Gleichstellung mit inländischen Maßnahmen soll erreicht werden, dass bei der Vollstreckung dieselben Regeln befolgt werden dürfen wie bei inländischen Maßnahmen, vor allem bei der Beachtung gewisser Grenzen bei der Anwendung von Zwang.⁸² Für Deutschland gelten die Ausführungsvorschriften des IntFamRVG.⁸³

III. Das Haager Kindesentführungsübereinkommen

Das HKÜ⁸⁴ vom 25.10.1980 regelt nicht die Voraussetzungen einer Sachentscheidung zur elterlichen Verantwortung und auch nicht deren Anerkennung oder

⁷⁷ Siehe dazu *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 493 und *Schulz*, *FamRZ* 2003, 336, 345.

⁷⁸ *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 121.

⁷⁹ *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 493.

⁸⁰ *Siebr*, *RabelsZ* (62) 1998, 464, 501.

⁸¹ *Siebr*, *RabelsZ* 62 (1998), 464, 495; *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 144.

⁸² *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 145.

⁸³ § 1 Nr. 2 IntFamRVG; zum IntFamRVG *Schulz*, *FamRZ* 2011, 1273-1281; *Andrae*, *IntFamR*, § 6 Rn. 193.

⁸⁴ Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, vom 25.10.1980, für die BRD am 1.12.1990 in Kraft getreten; *Jayme/Hausmann*, Nr. 222: Deutsche Übersetzung des Erläuternden Berichts von Elisa Perez-Vera in: BT-Drucks 11/5314, S. 38.

Vollstreckung.⁸⁵ Es handelt sich um ein Rechtshilfeübereinkommen mit einheitlichen Sachnormen über die Pflicht zur Rückführung entführter oder zurückgehaltener Kinder.⁸⁶ Das Übereinkommen kann damit als die völkerrechtliche Antwort auf die Probleme bezeichnet werden, die sich ergeben, wenn ein Elternteil das gemeinsame Kind ohne Zustimmung eines anderen Trägers elterlicher Verantwortung in einen anderen Staat verbringt oder es nach einem Besuch dort zurückhält.⁸⁷

Räumlich-persönlich setzt die Anwendbarkeit des HKÜ voraus, dass es sich bei der verbrachten Person um ein Kind i.S.d. Art. 4 handelt und sowohl der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts als auch der Zufluchtsstaat Vertragsstaaten des Übereinkommens sind.⁸⁸ Das HKÜ ist übersichtlich strukturiert und dient allein der Wiederherstellung der tatsächlichen Situation durch die Rückführung des Kindes an seinen ursprünglichen Aufenthaltsort mithilfe einer Rückführungsentscheidung im Zufluchtstaat.⁸⁹ Durch eine Rückführungsentscheidung wird die Rechtslage, anders als bei der Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Sorge - bzw. Umgangsrechtsentscheidung, nicht neu gestaltet.⁹⁰

Ist der Zustand unter Verletzung des Sorge- und Umgangsrechts des anderen Elternteils erfolgt und damit ein widerrechtlicher, so ist die Rückführung widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder sofort zu bewirken, Art. 12 Abs. 1 HKÜ. Über die elterliche Verantwortung soll im Staat des gewöhnlichen Kindesaufenthalts entschieden werden, zu zusätzlichen juristischen Auseinandersetzungen im Zufluchtstaat soll es gerade nicht kommen.⁹¹ Frühere Fälle haben gezeigt, dass die entführenden Elternteile oft geltend gemacht haben, der durch sie geschaffene Zustand sei mittlerweile durch Behörden und Gerichte des Zu-

⁸⁵ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 23; *von Hoffman /Thorn*, IPR, § 8 Rn. 113.

⁸⁶ Die Bezeichnung „Rechtshilfe“ ist hier nicht ganz treffend, da diese nach herkömmlicher Definition ein Hauptverfahren voraussetzt. Letztlich ist der Charakter des eigenständigen HKÜ-Verfahrens jedoch mit dem der Rechtshilfe vergleichbar. Es dient neben der Wiederherstellung der Ausgangssituation auch indirekt der Verwirklichung der Durchführung eines Sorgerechtsverfahrens am Ort des gewöhnlichen Kindesaufenthaltes.

⁸⁷ *Bruch*, FamRZ 1993, 747.

⁸⁸ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT-Drucks. 11/5314, S. 38, 43 Nr. 37; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 16; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 114.

⁸⁹ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 43, Nr. 36; *Baroness Hale in Re M (Abduction: Zimbabwe)* [2008] 1 FLR 251, Rn. 11: „*the Hague Convention (...) is an admirably dear and simple instrument*“; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Art. 21 EGBGB Anh. II, Rn. 21; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 115.

⁹⁰ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 43 Nr. 36; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340-341.

⁹¹ Siehe Art. 1 und 16 HKÜ, *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT-Drucks 11/5314, S. 38, Nr. 121 (S. 57); *Finger*, FuR 2005, 443; *Henrich*, IntFamR, S. 236.

fluchtsstaats, zumeist zugleich ihres Heimatstaats, legitimiert worden.⁹² Zumindest besteht beim „entführenden“ Elternteil nicht selten die Hoffnung, eine solche für ihn günstige Entscheidung im eigenen Heimatstaat bewirken zu können.⁹³ Für das Wohl des Kindes begründen diese Vorgänge erhebliche Risiken, da es aus seinem gewohnten Umfeld gerissen und mit einer völlig neuen Umgebung konfrontiert wird.⁹⁴ Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der Entführer die spätere Sorgerechtsentscheidung in seinem Sinne dergestalt präjudiziert, dass wenn sich das Kind erst einmal in seiner neuen Umgebung eingelebt und eine enge Beziehung zum Entführer als seiner wichtigsten Bezugsperson aufgebaut hat, eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten des anderen Elternteils dem Kindeswohl widersprechen dürfte.⁹⁵ Das HKÜ zielt schon im Vorfeld auf eine beachtliche Präventivwirkung: Ist mit einer schnellen Rückführung zu rechnen, entfällt bereits der Anreiz zu eigenmächtigem Handeln.⁹⁶

Sind die Kriterien erfüllt und ein entsprechender Antrag gestellt, so ordnet das Gericht oder die Behörde des Staats, in dem sich das Kind befindet, die sofortige Rückgabe des Kindes an, Art. 12 Abs. 1 HKÜ. Hierzu wurden in jedem Vertragsstaat Zentrale Behörden gem. Art. 6 des HKÜ geschaffen.⁹⁷ Nur ausnahmsweise darf die Anordnung der Rückführung verweigert werden. Dies ist der Fall, wenn das mit der Rückführung befasste Gericht die restriktiv zu interpretierenden Ausnahmetatbestände des Art. 13 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 HKÜ als erfüllt ansieht.⁹⁸ Diese Versagung kann damit begründet werden, dass die Rückführung eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind bedeuten oder es auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringen würde, Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ. Auch ein entgegenstehender Wille des Kindes ist zu berücksichtigen, soweit der Reifegrad des Kindes dies nahelegt, Art. 13 Abs. 2 HKÜ.

Im Hinblick auf die Prüfung des Kindeswohls muss der Ausnahmecharakter der Versagungstatbestände betont werden. Im Unterschied zur Sorgerechtsentscheidung, in der die beste Lösung für das Kind in jedem konkreten Einzelfall erst gefunden werden muss, geht das HKÜ in seiner Konzeption davon aus, dass die Rückführung des „entführten“ Kindes an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts

⁹² *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 40, Nr. 14.

⁹³ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 40 Nr. 13; *Looschelders*, JR 2006, S. 45, 48.

⁹⁴ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 40, Nr. 12.

⁹⁵ Vgl. *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 111; *Looschelders*, JR 2006, 45, 48.

⁹⁶ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 38, 40 Nr. 16; *Siehr*, in: Münch-Komm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 3.

⁹⁷ *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 39, Liste aller Zentraler Behörden unter Rn. D 42; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 211.

⁹⁸ *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT/Drucks 11/5314, S. 43 Nr. 34.

schon im Grundsatz dem Wohl des Kindes entspricht.⁹⁹ Das Kindeswohl realisiert sich damit abstrakt in den Mechanismen des Rückführungsverfahrens und ist aus diesem Grund rechtlich nicht als positive Voraussetzung der Rückführungsanordnung, sondern als Einwendung gegen die Rückführungsanordnung ausgestaltet. Die Tatbestände der Rückführungsversagung und die Kriterien ihrer Auslegung sind für die Praxis von höchster Relevanz.¹⁰⁰ Das Verhältnis des HKÜ zum MSA und dem KSÜ wird unter Punkt V. erläutert.

IV. Das Europäische Sorgerechtsübereinkommen

Das im Europarat erarbeitete und für die Bundesrepublik am 1.12.1991 in Kraft getretene Europäische Sorgerechtsübereinkommen ESÜ¹⁰¹ ist ein klassisches Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen.¹⁰² Es ergänzte das MSA sachlich durch Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen, da gerade dieser für die Effizienz eines Kindesschutzabkommens sehr wichtige Teilbereich keinen Eingang in das MSA gefunden hatte.¹⁰³ Darüber hinaus sieht das ESÜ Regelungen zur Wiederherstellung des Sorgerechts bei widerrechtlichem Verbringen eines Kindes über Staatsgrenzen vor.

Persönlich anwendbar ist das Übereinkommen gem. Art. 1 lit. a) auf Kinder, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die nach einer der genannten Rechtsordnungen (Aufenthaltsrecht, Heimatrecht, Recht des ersuchten Staates) nicht das Recht haben, ihren Aufenthalt selbst zu bestimmen. Die Staatsangehörigkeit selbst ist nicht ausschlaggebend, ebenso wenig besteht das Erfordernis der Entführung aus einem Vertragsstaat, es kommt gem. Art. 1 lit. d) ESÜ nur auf die Verletzung einer Sorgerechtsentscheidung an, die in einem Vertragsstaat ergangen ist.¹⁰⁴

Den Schwerpunkt des ESÜ bildet sein Teil II, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses. Zentrale Norm des ESÜ ist Art. 7, der die grundsätzliche Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung der in den Anwendungsbereich fallenden Sorgerechtsentschei-

⁹⁹ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. D 71.

¹⁰⁰ *Schulz* FamRZ 2003, 336, 342; *Gruber*, AnwBl. 2005, 209.

¹⁰¹ Luxemburger Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses vom 20.5.1980 (BGBl. II 1990 S. 206, 220), *Jayme/Hausmann* Nr. 183.

¹⁰² *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 1; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang III zu Art. 21 EGBGB, Rn. 5; siehe auch den Erläuternden Bericht zum ESÜ in BT Drucks 11/5314, S. 62 ff.

¹⁰³ *Andrae*, IntFamR [2006], § 6 Rn. 11; *Dornblüth*, S. 9.

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht, BT-Drucks 11/5314, S. 62 Nr. 10; *Pirrung* in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 10.

dungen normiert.¹⁰⁵ Das Übereinkommen verpflichtet zur Durchsetzung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen, die im Ursprungsstaat vollstreckbar sind.¹⁰⁶ In Fällen, in denen kein unzulässiges Verbringen vorliegt oder in denen bei unzulässigem Verbringen der Antrag auf Rückführung oder auf Anerkennung und Vollstreckung nicht innerhalb von sechs Monaten seit der Entführung oder dem Zurückhalten bei einer zentralen Behörde oder einem Gericht gestellt worden ist, regelt Art. 10 des ESÜ die Gründe, aufgrund derer allen sonstigen Sorgerechtsentscheidungen die Anerkennung versagt werden kann.¹⁰⁷ Dabei stellt Art. 10 fünf eigene sehr unterschiedliche Versagungsgründe auf: die Unvereinbarkeit mit Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts des Anerkennungsstaats (lit.a); wenn aufgrund einer Änderung der Verhältnisse die Wirkungen der ursprünglichen Entscheidung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar sind (lit.b); falls eine engere Beziehung des Kindes zum Anerkennungsstaat als zum Ursprungsstaat besteht (lit. c) oder die Unvereinbarkeit mit einer Entscheidung des Anerkennungsstaats bzw. einer dort wirksamen Entscheidung, soweit ein Verfahren eingeleitet wurde, bevor der Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung gestellt wurde und die Versagung zusätzlich dem Kindeswohl dient (lit. d). Art. 10 Abs. 2 ESÜ statuiert die Voraussetzungen, unter denen das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausgesetzt werden kann.

Die Art. 8 und 9 ESÜ regeln die Fälle widerrechtlichen Verbringens. Nach Art. 8 Abs. 1 ESÜ hat die Zentrale Behörde des ersuchten Staats umgehend die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses zu veranlassen, wenn zur Zeit der Einleitung des Verfahrens in dem Staat, in dem die Entscheidung auf Rückführung ergangen ist, oder zur Zeit des unzulässigen Verbringens, je nachdem, welches Ereignis früher liegt, das Kind und seine Eltern nur Angehörige dieses Staats waren und das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staats hatte und zudem der Antrag auf Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses innerhalb von sechs Monaten seit dem unzulässigen Verbringen bei der Zentralen Behörde gestellt wurde. Gegen diese Rückgabeanträge nach Art. 8 Abs. 1 ESÜ können grundsätzlich keine Anerkennungsversagungsgründe geltend gemacht werden, Art. 8 Abs. 2 ESÜ.¹⁰⁸ In anderen als in Art. 8 ESÜ geregelten Fällen des widerrechtlichen Verbringens, in denen ein Antrag auf Wiederherstellung innerhalb von sechs Monaten gestellt wurde, kann die Rückgabe gem. Art. 9 ESÜ nur versagt werden in Fällen der unzureichenden Zustellung gem. Art.

¹⁰⁵ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 120; Art. 7 statuiert keine weiteren Voraussetzungen, diese ergeben sich aus den Art. 8 ff. ESÜ, *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 36.

¹⁰⁶ Erläuternder Bericht, BT-Drucks 11/5314, S. 62, 64 Nr. 34; *Siebr*, in: MünchKomm, Anhang III zu Art. 21 EGBGB, Rn. 30.

¹⁰⁷ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 339; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang III zu Art. 21 EGBGB, Rn. 41; *Andrae*, IntFamR [2006], § 6 Rn. 160.

¹⁰⁸ *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. E 39.

9 Abs. 1 lit.a) oder wenn bei Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters die Zuständigkeit der die Entscheidung treffenden Behörde sich nicht begründete auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten (lit. b, i.), den letzten gemeinsamen Aufenthaltsort der Eltern und des Kindes, sofern noch wenigstens ein Elternteil seinen Aufenthaltsort dort hat (lit. b, ii.) oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes (lit. b, iii) oder wenn die Entscheidung unvereinbar mit einer im ersuchten Staat ergangenen Entscheidung ist, die vor dem Verbringen des Kindes vollstreckbar geworden ist, es sei denn das Kind hat während dieses Jahres seinen gewöhnlichen Aufenthalt im ersuchenden Staat gehabt, (lit. c).¹⁰⁹ Zudem ist es den Vertragsstaaten möglich, durch die Erklärung eines Vorbehalts i.S.d. Art. 17 ESÜ die Anerkennungsversagungsgründe des Art. 10 ESÜ auch auf die Entscheidungen bei widerrechtlichem Verbringen gem. Art. 8 und 9 ESÜ auszudehnen.¹¹⁰

Liegt kein unzulässiges Verbringen über Landesgrenzen der Vertragsstaaten vor, bzw. wurde ein entsprechender Vorbehalt gem. Art. 17 ESÜ erklärt, so kann gegen die Anerkennung der Entscheidung eines anderen Vertragsstaats die offensichtliche Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl über Art. 10 lit. a) und b) ESÜ eingewandt werden. Lit. a) bezeichnet mit dem Begriff „Grundwert“ den allgemeinen *ordre public*, dessen Teilaspekt das Wohl des Kindes als ein Grundwert des Kindschaftsrechts ist.¹¹¹ Das Wort „offensichtlich“ soll unterstreichen, dass die Versagungsgründe nur in eindeutigen Fällen herangezogen werden dürfen.¹¹² Art. 10 lit. b) ESÜ normiert ebenso die Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl, unterscheidet sich ggü. lit a) jedoch darin, dass sich die Unvereinbarkeit bei dieser Regelung aus geänderten Umständen ergibt. Interessanterweise ist hier der Gedanke der materiellen Abänderbarkeit der Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung im Anerkennungsversagungsrecht abgebildet.¹¹³ Art 10 Abs. 1 lit. b) ESÜ soll eine gerechte Lösung in den Fällen ermöglichen, in denen das ersuchte Gericht Gründe zur Annahme hat, die Verhältnisse hätten sich derart geändert, dass die anzuerkennende oder zu vollstreckende Entscheidung nicht mehr dem Wohl des Kindes entspricht.¹¹⁴ Dies schafft bei Anwendbarkeit des ESÜ neben dem allgemeinen Grundsatz der erforderlichen Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl i.S.d. *ordre public* die zusätzliche Möglichkeit, gegen die Anerkennung einzuwenden, dass sich Um-

¹⁰⁹ Siehe Überblick bei *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. E 39.

¹¹⁰ Erläuternder Bericht zum ESÜ, BT-Drucks. 11/5314, S. 62, 67 Nr. 70-73; *Schubk*, FamRZ 2004, 336, 340; die BRD hat den Vorbehalt erklärt und in § 19 IntFamRVG normiert, *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. E 84, zu den anderen Vertragsstaaten Rn. D 14.

¹¹¹ Erläuternder Bericht zum ESÜ, BT-Drucks. 11/5314, S. 62, 65 Nr. 47; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 58; *Andrae*, IntFamR [2006], § 6 Rn. 165.

¹¹² Erläuternder Bericht zum ESÜ, BT-Drucks. 11/5314, S. 62, 65 Nr. 49.

¹¹³ Vgl. *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 59.

¹¹⁴ Erläuternder Bericht zum ESÜ, BT-Drucks. 11/5314, S. 62, 65 Nr. 48.

stände seit der Entscheidung geändert hätten, woraus eine Diskrepanz der getroffenen Maßnahme zum Kindeswohl folge.

Im Gegensatz zur Brüssel IIa-VO und dem KSÜ regelt das ESÜ das Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht, sondern beruft für dieses gem. seinen Art. 7 und 14 die nationalen Vorschriften.¹¹⁵ Voraussetzung ist neben der Vollstreckbarkeit der Entscheidung im Ursprungsstaat ein Antrag gem. Art. 4 ESÜ an die in jedem Vertragsstaat einzurichtende Zentrale Behörde, dem die in Art. 13 ESÜ genannten Schriftstücke beizufügen sind, Art. 4 Abs. 2 ESÜ. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist die Entscheidung gem. Art. 7 ESÜ nach nationalen Ausführungsvorschriften für vollstreckbar zu erklären. Die Vollstreckbarerklärung kann ebenso wie die Anerkennung einer Entscheidung aus den in Art. 10 ESÜ genannten Gründen verweigert werden. Die Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl lässt sich damit auf Art. 10 Abs. 1 lit. a) ESÜ, dem allgemeinen familienrechtlichen *ordre public* oder lit. b), die Nichtvereinbarkeit infolge veränderter Umstände, stützen. Das Rechtsbehelfsverfahren gegen die Vollstreckbarerklärung, innerhalb dessen diese Einwendungen erhoben werden können, muss sich aus nationalen Ausführungsvorschriften und innerstaatlichem Verfahrensrecht ergeben, welches Art. 14 ESÜ den Vertragsstaaten überlässt.

V. Das Verhältnis der Staatsverträge zueinander

Die vorgestellten Rechtsquellen bildeten in den Phasen bis 2001¹¹⁶ bzw. bis 2005¹¹⁷ das Instrumentarium des Europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts in Kindschaftssachen. Diese sind auf dem Weg zu einem harmonisierten Rechtszustand geschaffen worden und korrespondieren bei der Lösung auftretender Sachprobleme zum Teil miteinander, während andere schlicht die Fortentwicklung älterer Regelungen darstellen. Fiel ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich eines oder mehrerer Staatsverträge, so war es für den damit befassten Praktiker notwendig, Klarheit über das Konkurrenzverhältnis der Regelwerke zu erhalten. Ihr Konkurrenzverhältnis ist Gegenstand der folgenden kurzen Darstellung. Die Betrachtung orientiert sich an der Perspektive eines innerhalb des europäischen Rechtsraums befassten Rechtsanwenders:

Das Haager KSÜ ersetzt das MSA mit Wirkung für die Staaten, die es ratifiziert haben, Art. 51 KSÜ.¹¹⁸ Das Haager Kindesentführungsübereinkommen HKÜ geht in seinem sachlichen Anwendungsbereich dem MSA und dem KSÜ vor, soweit beide Staaten Vertragsparteien beider Abkommen sind, Art. 34 S.1

¹¹⁵ *Andrae*, IntFamR [2006], § 6 Rn. 188.

¹¹⁶ Inkrafttreten der Brüssel II-VO (EG 1347/2000) im Jahre 2001.

¹¹⁷ Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO (EG 2201/2003) im Jahre 2005.

¹¹⁸ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. G 190; *Siehr*, DEuFamR 2000, 125, 127.

HKÜ.¹¹⁹ Das HKÜ (Art. 34 S. 2) und das ESÜ (Art. 19) sind grds. nebeneinander anwendbar.¹²⁰ Das HKÜ betrifft die einmalige Wiederherstellung einer tatsächlichen Situation, während das ESÜ die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sachentscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht betrifft.¹²¹ Eine Herausgabeentscheidung kann zwar auch auf Grundlage des ESÜ erwirkt werden, es handelt sich jedoch um eine Entscheidung des international zuständigen Staats in der Sache. Art. 34 S. 2 HKÜ sieht ausdrücklich vor, dass sich eine Rückgabe auch aus anderen Übereinkünften ergeben kann.¹²²

Das ESÜ und das KSÜ stehen nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Das ESÜ sieht in seinem Art. 19 (Günstigkeitsgrundsatz) vor, dass andere Übereinkommen zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat nicht ausgeschlossen werden, sondern angewandt werden können, um die Anerkennung und Vollstreckung einer Sorgerechtsentscheidung zu erwirken. Sinn der Regelung ist eine größtmögliche Erleichterung der Anerkennung und Vollstreckung im Sinne des Kindeswohls.¹²³ Das KSÜ wiederum lässt das zeitlich frühere ESÜ gem. Art. 52 KSÜ unberührt und sieht keinen Vorrang vor. Insofern bliebe es dem Antragsteller im grenzüberschreitenden Sorgerechtsverfahren bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des ESÜ und des KSÜ überlassen, die geeignete Rechtsgrundlage für sein Vorgehen zu wählen.¹²⁴

Betrachtet man allein die Staatsverträge, so bestimmt derzeit das KSÜ die internationale Zuständigkeit im Bereich des kindschaftsrechtlichen Verfahrens. Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung würde sich ebenfalls nach dem KSÜ oder bei entsprechender Wahl auch dem ESÜ richten, während die Kindesrückführung durch Rechtshilfe nach dem HKÜ erwirkt werden könnte.

C. Die klassischen Problemstellungen

Die klassischen Problemstellungen der europäischen Sorge- und Umgangsrechtskonflikte ergeben sich rechtlich innerhalb zweier Kategorien, der grenzüberschreitenden Entscheidung zur elterlichen Verantwortung in der Sache samt ihrer Durchsetzung in einem anderen Staat sowie der tatsächlichen Rückführung eines widerrechtlich über Landesgrenzen verbrachten oder dort zurückgehaltenen Kindes im Wege der Rechtshilfe. In der praktischen Behandlung der grenzüberschreitenden Fälle treten diese rechtlich zu trennenden Komplexe oft gemeinsam auf

¹¹⁹ *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 109; bzw. es besteht schon keine Kollision, siehe *Siebr*, DEuFamR 2000, 125, 127.

¹²⁰ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 121.

¹²¹ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 121.

¹²² *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 110.

¹²³ *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. E 86.

¹²⁴ *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn.E 86 und G 193.

und bilden einen umfassenden Sorgerechtskonflikt.¹²⁵ Die Notwendigkeit der Weiterentwicklung und der Angleichung des Internationalen Verfahrensrechts in diesen grenzüberschreitenden Sorgerechtssachen ist durch die Erfahrung komplizierter und in ihrer Tragweite die gesamten Schwierigkeiten dieses Rechtsgebietes aufzeigenden Fälle bedingt worden. Ein akuter Handlungsbedarf zur besseren verfahrensrechtlichen Abstimmung der zwischenstaatlichen Kooperation bei grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten wurde deutlich offenbar.¹²⁶

Ein Fall, der in der Rechtspraxis zwischen Deutschland und Frankreich medienwirksam ausgetragen wurde und dabei für besonders viel Aufmerksamkeit gesorgt hat, ist der Fall Tiemann./Lancelin.¹²⁷ Welchen Anforderungen ein vereinheitlichtes Internationales Verfahrensrecht genügen muss, könnte nicht besser aufgezeigt werden als durch diesen Fall aus dem Jahre 1998, der viele der klassischen Probleme eines grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts aufweist.¹²⁸

Die folgende Schilderung des Sachverhalts stellt die allgemein in internationalen Sorgerechtskonflikten auftretenden Probleme exemplarisch vor, bevor dann die aus der Praxiserfahrung entwickelten Ansatzpunkte der seit 2005 geltenden Brüssel IIa-Verordnung herausgearbeitet werden.

I. Der Fall Tiemann./Lancelin

Der Fall Tiemann./Lancelin¹²⁹ beschäftigte zwischen 1997 und 1999 sowohl die Tagespresse als auch später die juristische Fachöffentlichkeit.¹³⁰ Er kann als klassischer grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikt bezeichnet werden, da hier eine Vielzahl häufig bemerkbarer rechtlicher und praktischer Probleme auftraten.

¹²⁵ Allen voran der Fall Tiemann, *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 7-10; diesen Umfang berücksichtigen auch die Regeln der Brüssel IIa-VO; vgl. hierzu *Solomon*, FamRZ 2004, 1409 und 1410.

¹²⁶ *Astarg*, DEuFamR 2000, 263, 264 zum dt.-frz. Hintergrundgespräch.

¹²⁷ AG Sulingen, Beschluss vom 13.5.1998, 1 C 32/98; OLG Celle, Beschluss vom 9.7.1998, 21 UF 88/98; Trib. Gr. Inst. Blois (Beschluss vom 25.9.1997, 970 1671, Beschluss 370/79; Cour d'appel Orléans, Beschluss vom 10.3.1998, 3050/97, Beschluss Nr. 569; BVerfG, Beschluss des 2. Senats vom 29.10.1998, BvR 1206/98; auszugsweise mitgeteilt von *Hobloch*, DeuFamR 1999, 55-74; siehe auch Zusammenfassungen bei *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337 ff.; *Bauer*, IPRax 2002, 179; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 8, 9.

¹²⁸ *Astarg*, DEuFamR 2000, 263, 264.

¹²⁹ Nachweise sowie eine ausführliche Schilderung des Sachverhalts bei *Schulz*, FamRZ 2003, 335, 337; Auszüge aus den Entscheidungen des Tribunal de Grande Instance Blois sowie des Cour d'appel in DEuFamR 1999, 55-68.

¹³⁰ *Schulz*, FamRZ 2003, 336-348; *Bauer*, IPRax 2002, 179-186; Frankfurter Allgemeine Zeitung, vom 3.4.1999, Nr. 78 S. 9; Focus, Nr. 15 (1998), v. 6.4.1998, Kindesentführung, Kampf bis aufs Blut; DIE ZEIT, Entführung aus Liebe, 17/1998, vom 16.4.1998; *Andresen/Leick*, Die gestohlenen Kinder, Der SPIEGEL, 18/2000, vom 1.5.2000.

Der deutsche Staatsangehörige Tiemann war seit August 1989 mit der französischen Staatsangehörigen Lancelin verheiratet.¹³¹ Das Ehepaar lebte gemeinsam in der BRD und bekam zwei gemeinsame Kinder, einen Sohn, geb. im Oktober 1990 und eine Tochter, geb. im Juli 1994. Die Beziehung scheiterte und die Eheleute beantragten vor einem deutschen Familiengericht die Scheidung. Entgegen ihrer Erklärung im Scheidungsverfahren verbrachte die französische Mutter die Kinder am 7.7.1997¹³² noch vor der gerichtlichen Entscheidung über das Sorgerecht nach Frankreich. Zu diesem Zeitpunkt bestand noch die gemeinsame elterliche Sorge des Ehepaars Tiemann/Lancelin für die Kinder. In Frankreich leitete sie am 24.7.1997 ein weiteres Scheidungsverfahren samt sorgerechterlicher Folgefragen vor dem Tribunal de Grande Instance (TGI) Blois ein. In diesem Verfahren gestattete das französische Gericht mit Sorgerechtsentscheidung vom 10.11.1997 der Mutter, mit den Kindern in Frankreich zu leben, wo diese dann auch die Schule und den Kindergarten besuchten. Mit Entscheidung vom 25.7.1999 sprach das deutsche Familiengericht jedoch dem Vater vorläufig das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu und ordnete zusätzlich die Rückführung der Kinder von Frankreich nach Deutschland an.

Des Weiteren stellte Herr Tiemann Anträge auf Rückführung der Kinder nach dem HKÜ vor französischen Gerichten. Die entscheidende gerichtliche Würdigung bei der Beurteilung der Rückführungsanträge lag in der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Kindeswohlgefährdung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ.¹³³ Diese Norm des Übereinkommens sieht vor, dass die Rückführung verweigert werden darf, wenn diese mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder dieses auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Das französische Gericht (TGI Blois) gestand im Kindesrückführungsverfahren nach dem HKÜ in seinem Beschluß vom 25.9.1997 zu, dass das Verbringen durch die Mutter widerrechtlich gewesen sei, jedoch habe die Gefahr des körperlichen oder seelischen Schadens bzw. einer unzumutbaren Situation für die Kinder bestanden, wären sie nach Deutschland zurückgeführt worden.¹³⁴ Eine weitere Veränderung der Lebenssituation der Kinder sei für diese nunmehr unzumutbar gewesen.¹³⁵ Die schwere Krise, in der sich das Elternpaar befunden habe, die Unsicherheit bzgl. einer möglichen Trennung von der Mutter und das sehr junge Alter der Kinder (3½ und 6½) waren die tra-

¹³¹ Sachverhalt zusammengefasst in BVerfG, 29.10.1998, BvR 1206/98, Gründe II. 1. ff = *Hobloch*, DEuFamR 1999, 55, 56-57 = JZ 1999, 459, 460 und bei *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337-344; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 8-9; *Bauer*, IPRax 2002, 179.

¹³² Die Verfahrensdaten werden genannt in der Beschwerdeentscheidung des OLG Celle, 9.7.1998, 21 UF 88/98=DEuFamR 1999, 55, 62.

¹³³ TGI Blois, 25.9.1997, 970 1671, Beschluss 370/79.

¹³⁴ TGI Blois, 25.9.1997, 970 1671, DEuFamR 1999, 65.

¹³⁵ TGI Blois, 25.9.1997, 970 1671, DEuFamR 1999, 65; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 343.

genden Erwägungen, welche die Annahme einer Kindeswohlgefährdung im Falle der Rückführung begründeten.¹³⁶

Den in der Beschwerde vor dem Cour d'Appel Orléans erhobenen Antrag auf Vollstreckung der deutschen Entscheidung vom 25.7.1997 wies das Gericht mit Entscheidung vom 10.3.1998 mit der Begründung zurück, dass der Antrag nicht erst in der zweiten Instanz erhoben werden könne und zudem die deutsche Entscheidung den *ordre public* verletzt habe, da diese der Mutter nicht einmal ein Besuchsrecht eingeräumt hätte.¹³⁷ Die deutschen Entscheidungen wurden somit von den französischen Gerichten nicht anerkannt.¹³⁸

Infolgedessen ließ der verzweifelte Herr Tiemann die Kinder in einer eigenmächtigen und gewaltsamen Aktion durch Privatdetektive nach Deutschland zurück entführen. Daraufhin stellte Frau Lancelin vor dem AG Sulingen ihrerseits Anträge auf Anerkennung der französischen Sorgerechtsentscheidung und auf Kindesrückführung nach Frankreich.¹³⁹ Nunmehr kam die brisante Situation hinzu, dass die beiden Kinder bereits in zwei Fällen widerrechtlich über Landesgrenzen verbracht wurden. Die Gegenläufigkeit der jeweiligen Rückführungsanträge der Eltern unterschied diesen Fall von anderen Rückführungskonflikten und gestaltete die rechtliche Beurteilung der Anträge äußerst kompliziert. Das AG Sulingen wandte nicht das ESÜ, sondern das HKÜ auf den Antrag an¹⁴⁰ und wertete die eigenmächtige Entführung durch den Vater nicht als eine widerrechtliche Verletzung des Sorgerechts gem. Art. 3 HKÜ, da es den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder in Deutschland sah.¹⁴¹ Das AG Sulingen erkannte die französische Sorgerechtsentscheidung nicht an, da es diese für mit den Grundsätzen des Haager MSA unvereinbar hielt, da sie ohne Berücksichtigung der deutschen Entscheidung ergangen sei, das deutsche Verfahren aber dem französischen Gericht bekannt gewesen sei.¹⁴²

Hiergegen wandte sich Frau Lancelin mit der Beschwerde zum zuständigen OLG Celle. In der Beschwerdeinstanz ordnete das OLG im Beschlussverfahren die Rückführung der Kinder an, da es das Verbringen der Kinder aus Frankreich als widerrechtlich beurteilte und inzident i.S.d. Art. 14 HKÜ die französische Sorgerechtsregelung berücksichtigte.¹⁴³ Dagegen wandte sich Herr Tiemann mit der Verfassungsbeschwerde im Eilverfahren nach § 34 BVerfGG an das Bundes-

¹³⁶ TGI Blois, 25.9.1997, 970 1671, DeuFamR 1999, 65; *Schulz* FamRZ 2003, 336, 343.

¹³⁷ Cour d'appel Orléans, 10.3.1998, 3050/97, Beschluss Nr. 569 = DEuFamR 1999, 55, 65; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹³⁸ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337.

¹³⁹ AG Sulingen, 13.5.1998, 1 C 32/98 = DEuFamR 1999, 55, 60-62.

¹⁴⁰ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 343.

¹⁴¹ AG Sulingen, 13.5.1998, 1 C 32/98, Gründe I, 2) = DEuFamR 1999, 55, 61.

¹⁴² AG Sulingen, 13.5.1998, 1 C 32/98, Gründe I, 2) = DEuFamR 1999, 55, 62.

¹⁴³ OLG Celle, 9.7.1998, 21 UF 88/98, Gründe, II = DEuFamR 1999, 55, 63, 64.

verfassungsgericht.¹⁴⁴ Hier trug er vor, dass eine Rückführung der Kinder nach Frankreich nicht mit dem Kindeswohl vereinbar sei, für dessen Beachtung ein staatlicher Schutzauftrag bestünde. Er rügte die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2-4 GG und aufseiten der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 durch die Entscheidung des OLG Celle.¹⁴⁵

Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hielten sich die Kinder bei ihrem Vater in Deutschland auf. Der 2. Senat des BVerfG hatte nun über die gegenläufigen Grundrechte in diesem besonderen Fall zu entscheiden. Das Gericht hatte hierbei zu berücksichtigen, dass die Kinder zusätzlich zur Belastung durch die Trennung der Eltern zu diesem Zeitpunkt bereits zweimal eigenmächtig über die deutsch-französische Grenze verbracht worden waren. Die Abweisung des Eilantrags hätte einen erneuten Ortswechsel der Kinder zur Folge gehabt. Juristisch kam es bei der Beurteilung der Verfassungsbeschwerde in Bezug auf die Kinder allein darauf an, ob die Anordnung der Rückführung eine Gefährdung des Kindeswohls und damit eine Verletzung der Grundrechte der Kinder darstellte.

In seinem Beschluss vom 29.10.1998¹⁴⁶ vergegenwärtigt das Bundesverfassungsgericht eingangs, dass grundrechtliche Maßstäbe auch die Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge bestimmen.¹⁴⁷ Gemeinsam mit den völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen der je nach Übereinkommen geregelten Sachbereiche bilde das Verfassungsrecht den rechtlichen Rahmen. Das HKÜ sei, wie es sich aus der Präambel zur Konvention ergebe, ebenso wie die deutsche Verfassung allgemein dem Kindeswohl verpflichtet¹⁴⁸ und basiere auf der Vermutung, dass die sofortige Rückführung an den Ort des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts diesem am ehesten entspreche.¹⁴⁹ Diese Vermutung könne gem. Art. 13 lit. b) HKÜ im Einzelfall jedoch durch die Annahme der Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl widerlegt werden.¹⁵⁰ Die restriktive Anwendung der Ausnahmeklausel durch die Fachgerichte sei hierbei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁵¹ Die Zwecke der Wahrung steter Lebensverhältnisse des Kindes, des Entgegenwirkens gegen die Kindesentführung sowie die Ermöglichung der Durchführung des Sorgerechtsverfahrens würden die Anordnung der sofortigen Rückführung grundsätzlich rechtfertigen.¹⁵² Nicht jede Härte begründe die Annahme der Ausnahme-

¹⁴⁴ BVerfGE 99, 145-164 = NJW 1999, 631-634.

¹⁴⁵ BVerfGE 99, 145, 151 = NJW 1999, 631.

¹⁴⁶ BVerfGE 99, 145 -164 = NJW 1999, 631 -634.

¹⁴⁷ BVerfGE 99, 145, 158 = NJW 1999, 631, 632.

¹⁴⁸ BVerfGE 99, 145, 158 = NJW 1999, 631, 632 mit Verweis auf *Perez Vera*, Erläuternder Bericht, BT-Drucks 11/5314, S. 38, 41 Rn. 24.

¹⁴⁹ BVerfGE 99, 145, 158, 159 = NJW 1999, 631, 632.

¹⁵⁰ BVerfGE 99, 145, 159 = NJW 1999, 631, 632.

¹⁵¹ BVerfGE 99, 145, 159 = NJW 1999, 631, 632.

¹⁵² BVerfGE 99, 145, 159 = NJW 1999, 631, 632.

klausel. Die Anwendung des HKÜ durch das OLG Celle habe die Kinder (Beschwerdeführer zu 2 und zu 3) jedoch in ihren Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und ihrem Anspruch aus Art. 103 GG verletzt.¹⁵³

Aufgrund der Situation der gegenseitig gestellten Rückführungsanträge sah sich das Gericht mit einer Sonderkonstellation befasst, in der jeder weitere vorläufig angeordnete Aufenthaltswechsel beiden Kindern kaum mehr zumutbar erschien.¹⁵⁴ Der Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie die Grundrechte der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 GG hätten es erfordert, eine genaue Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall vorzunehmen, was das OLG Celle im vorliegenden Fall habe vermissen lassen.¹⁵⁵ Dies schloss nach dem BVerfG nicht aus, dass sich dem mit der Rückführung befassten Gericht besondere Anhaltspunkte darstellten, die eine Rückführung trotz der Gefahr eines weiteren Ortswechsels rechtfertigten.¹⁵⁶ Die maßgebliche Würdigung des Gerichts lautete im Originalwortlaut:

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 Buchst. b) und Absatz 2 i.V.m. Abs. 3 HKiEntÜ nicht näher zu prüfen, widerspricht dem Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG und dem Grundrecht der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 GG. Im Zeitpunkt der Entscheidung des Oberlandesgerichts waren gegenläufige Rückführungsanträge nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen anhängig. Das Oberlandesgericht selbst hatte über einen Rückführungsantrag der Antragstellerin des Ausgangsverfahrens wegen der eigenmächtigen Rückführung der Kinder durch den Beschwerdeführer zu 1. zu entscheiden. Gleichzeitig war vor der Cour de Cassation die Kassationsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1 anhängig. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass im Anschluss an die Anordnung des Oberlandesgerichts, die Kinder nach Frankreich zurückzubringen, die Cour de Cassation eine erneute Rückführung nach Deutschland verfügt. Der Zweck des Haager Kindesentführungsübereinkommens, den Aufenthalt des Kindes bis zur Sorgerechtsentscheidung zu verstetigen, die Folgen einer rechtswidrigen Entführung aufzuheben und das Kind an den Ort der zukünftigen Sorgerechtsentscheidung zurückzubringen, würde dann verfehlt. Ein solches Hin- und Rückführen der Kinder widerspräche dem Kindeswohl und wäre für sie unzumutbar, wenn das Gericht nicht besondere Anhaltspunkte feststellt, die eine Rückführung trotz der Gefahr eines weiteren Ortswechsels rechtfertigen. Die besonderen Umstände hat das Oberlandesgericht nicht gewürdigt.¹⁵⁷

Der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz der Kinder und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör hätten zudem eine Verfahrensgestaltung erfordert, die eine

¹⁵³ BVerfGE 99, 145, 160 = NJW 1999, 631, 632.

¹⁵⁴ BVerfGE 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633.

¹⁵⁵ BVerfGE, 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633.

¹⁵⁶ BVerfGE, 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633.

¹⁵⁷ BVerfGE 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633; FamRZ 1999, 85; siehe auch BVerfG NJW 1999, 2175; von Hoffmann/Thorn, § 8 Rn. 118; Hobloch, DEuFamR 1999, S. 55-68.

eigenständige Wahrnehmung der Kindesbelange sicherstellte.¹⁵⁸ Dies hätte sich insbesondere in der verfassungsrechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Pflicht widerspiegelt, in dieser Konstellation einen Verfahrenspfleger für die Wahrnehmung der Kindesinteressen zu bestellen.¹⁵⁹ Zum Erfordernis der Anhörung führte das Bundesverfassungsgericht aus:

Art. 6 Abs. 2 verlangt außerdem, dass die betroffenen Kinder im Sorgerechtsverfahren angehört werden (vgl. BVerfGE 55, 171, [182]). Zwar sind die Rückführungsentscheidungen nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen nach Art. 19 HKiEntÜ nicht als Sorgerechtsentscheidungen anzusehen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1997 -2BvR 1126/97-, FamRZ 1997, S. 1269, [1270]). Eine Anhörung des entführten Kindes ist deshalb im Verfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen grundsätzlich nicht erforderlich. Im vorliegenden Fall haben die Fachgerichte aber wegen der gegenläufigen Rückführungsanträge zu ermitteln, wie die Kinder eine Rückführung und eine mögliche erneute Rückführung verkräftet werden. Dies kann durch Anhörung, gegebenenfalls auch durch Begutachtung und Auskunft der zuständigen Behörde, geschehen.¹⁶⁰

Die vom Bundesverfassungsgericht getroffene Entscheidung zeigte eine ebenso bemerkenswerte wie unvorhergesehene dogmatische Besonderheit in der Anwendung des Kindesentführungsübereinkommens HKÜ. Zu vergegenwärtigen ist noch einmal, dass im Bereich der Rückführungsversagung nicht über Fragen zu befinden ist, die über die Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 13 HKÜ hinausgehen, da die Rückführung unabhängig vom Sorgerechtsverfahren erfolgt und dieses nicht einmal präjudiziert.¹⁶¹ Das Gericht urteilte in der verfassungsrechtlichen Würdigung des Falls Tiemann jedoch, dass die Fachgerichte die Frage der Kindeswohlvereinbarkeit i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ in dieser speziellen Konstellation nicht allein anhand der Frage, ob die Rückreise zur Mutter unter dem Aspekt der Kindeswohlgefährdung problematisch erschien, zu beurteilen hatten. Es stellte fest, dass Erwägungen zu berücksichtigen waren, die die Gesamtsituation der Kinder und der Eltern umfassend zum Gegenstand der gerichtlichen Würdigung machten.¹⁶²

Im Ergebnis war damit die Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet. Das OLG Celle hatte die grundrechtlich geforderte Abwägung der beteiligten Interessen nicht in gebotener Tiefe vorgenommen. Der Beschluss des OLG griff in seinem Prüfungsrahmen zu kurz und genügte nicht den durch das BVerfG

¹⁵⁸ BVerfGE 99, 145, 163 = NJW 1999, 631, 633.

¹⁵⁹ BVerfGE 99, 145, 163 = NJW 1999, 631, 633; siehe auch BVerfGE 55, 171, 182.

¹⁶⁰ BVerfGE 99, 145, 163-164 = NJW 1999, 631, 633.

¹⁶¹ Siehe hierzu den Normtext des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem zu Art 19 EGBGB, Rn. D 68; *Looschelders*, JR 2006, 45, 50.

¹⁶² BVerfGE 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633.

statuierten Grundsätzen. Somit verwies das BVerfG die Sache zurück an das Fachgericht.

Das OLG Celle kam jedoch auch in seiner darauf folgenden Entscheidung vom 12.3.1999 nach einer umfassenderen Würdigung der Kindessituation zu dem Ergebnis, dass das Kindeswohl es zulasse, dem Rückführungsantrag nach Frankreich stattzugeben.¹⁶³ In dieser Entscheidung orientierte sich das Gericht an den Maßstäben des Kindeswohls, die das BVerfG in seiner Entscheidung vorgezeichnet hatte. Die inhaltlich tiefere Prüfung zeigte aus Sicht des OLG Celle, dass das Kindeswohl einen Eingriff in das Elternrecht des Vaters rechtfertigte. Auch hiergegen wehrte sich der Vater mit einem erneuten Antrag in einem Eilverfahren vor dem BVerfG, welcher jedoch nicht mehr zur Entscheidung angenommen wurde. Das Bundesverfassungsgericht führte in seinem Beschluss vom 1.4.1999 aus, dass die Entscheidung des OLG verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt habe.¹⁶⁴ Das OLG habe die materielle Kindeswohlprüfung in einer Ausführlichkeit vorgenommen, wie es es in dieser Situation geboten gewesen sei.¹⁶⁵ Durch die Heranziehung eines fachpsychologischen Gutachtens und die Bestellung eines Verfahrenspflegers seien die Grundrechte der Kinder im verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen in einen Einklang mit den Elterninteressen gebracht worden. Dass das Ergebnis wiederum in einer Rückführungsanordnung nach Frankreich bestanden habe, sei in diesem Beschluss als das Ergebnis einer „ausführlichen materiellen Prüfung des Kindeswohls“ im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gewesen.¹⁶⁶ Noch am Tag der Entscheidung des BVerfG wurden die Kinder dann endgültig nach Frankreich zurückgebracht.

Den juristischen Endpunkt dieses „deutsch-französischen Entführungskonflikts“ markierte die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27.4.2000, welche die Rückführungsentscheidung des OLG Celle vom 12.3.1999 als im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention beurteilte und somit die Würdigung der deutschen Gerichte bestätigte.¹⁶⁷

II. Die durch Tiemann./Lancelin offenbarten Probleme

Der Fall Tiemann./Lancelin offenbarte eine Vielzahl rechtlicher und praktischer Probleme, die zu einem Überdenken der Regelungen des europäischen IZVR in Kindschaftssachen führten.¹⁶⁸ Während das Verfahren zur Scheidung der Ehe und

¹⁶³ OLG Celle, 12.3.1999, 21 UF 88/98, Rn. 16 ff. = IPRspr. 1999, 87-91.

¹⁶⁴ BVerfG, NJW 1999, 3621, 3622.

¹⁶⁵ BVerfG, NJW 1999, 3621, 3622.

¹⁶⁶ BVerfG, NJW 1999, 3621, 3622.

¹⁶⁷ EGMR, 27.4.2000, Nr. 47457/99 und 47458/99, *Tiemann./.Deutschland und Frankreich*, NJW-FER 2001, 202-206.

¹⁶⁸ Ohne ausdrückliche Nennung des Falls Tiemann *Astarg*, DEuFamR 2000, 263, 264; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 7; Initiative der Französischen Republik im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung

der Regelung des Sorge- und Umgangsrechts für die beiden gemeinsamen Kinder des Ehepaares vor dem deutschen Gericht bereits anhängig war, verließ Frau Lancelin mit beiden Kindern die Bundesrepublik und leitete ein Verfahren mit identischem Streitgegenstand vor dem französischen TGI (Tribunal de Grande Instance) ein. Sowohl französische als auch deutsche Gerichte erachteten sich als international zuständig.

Die für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit maßgeblichen Staatsverträge zwischen Frankreich und der Bundesrepublik waren das Haager MSA von 1961 und das ESÜ.¹⁶⁹ Das MSA knüpft bei der Beurteilung dieser Frage in erster Linie an den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder (Art. 1 MSA) oder aus besonderen Gründen des Kindeswohls an deren Staatsangehörigkeit (Art. 4 I MSA) an. Der gewöhnliche Aufenthalt beider Kinder lag in der BRD, wonach die Begründung der Zuständigkeit des deutschen Gerichts aufgrund des früher eingeleiteten Verfahrens im Grundsatz nach dem Gedanken des Art. 7 MSA zu beachten gewesen wäre. Die Fragen der konkurrierenden Zuständigkeit und einer Rechtshängigkeitssperre sind im MSA allerdings nicht geregelt. Zumindest lag aber eine deutsche Entscheidung aus dem Juli 1997 vor, welche Herrn Tiemann das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertrug und die das französische Gericht bei seiner Entscheidung im November 1997 zu berücksichtigen hatte.¹⁷⁰ Da es sich bei der ebenfalls in der deutschen Entscheidung angeordneten Kindesherausgabe jedoch um eine zu vollstreckende Maßnahme handelte, griff Art. 7 S. 2 MSA ein.¹⁷¹ Die Anerkennung wurde aufgrund dessen nach dem ESÜ beurteilt. Der Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung auf Grundlage des ESÜ wurde als unzulässig zurückgewiesen, da Herr Tiemann diesen erst in der zweiten Instanz gestellt hatte.¹⁷² Das französische Gericht führte in zweiter Instanz zur Frage der Anerkennung der deutschen Sorgerechtsentscheidung aus, dass diese aus französischer Sicht jedenfalls nicht anerkennungsfähig gewesen sei, da sie den französischen *ordre public* verletzt habe.¹⁷³

Der *ordre public*-Verstoß wurde mit der Feststellung begründet, dass die deutsche Entscheidung, die Herrn Tiemann das Aufenthaltsbestimmungsrecht vorläufig zusprach, der Mutter alle Rechte in Bezug auf ihre Kinder genommen und

des Rates über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht, Amtsblatt C 234 vom 15.8.2000; vgl. auch *Bauer*, IPRax 2002, 179, *Schlosser*, in: Schwab FS, S. 1255 und *Schulz*, in: Kropholler FS, S. 435, 436 zum Nebeneinander von Art. 1 und 4 MSA.

¹⁶⁹ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 338.

¹⁷⁰ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 338, 339.

¹⁷¹ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 339; dies ändert jedoch nichts an der Anerkennungsfähigkeit der vorläufigen Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, vgl. dazu *Kropholler*, in: Staudinger (13. Aufl. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 438.

¹⁷² Cour d'appel d'Orléans, 10.3.1998, DEuFamR 1999, 55, 67; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁷³ Cour d'appel d'Orléans, 10.3.1998, DEuFamR 1999, 55, 67; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

nicht einmal ein Besuchsrecht geregelt hätte.¹⁷⁴ Die fehlende Erwähnung des Besuchsrechts im deutschen Urteil schloss ein solches jedoch nicht aus.¹⁷⁵ Die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts stellte das Umgangsrecht des anderen Elternteils jedenfalls nicht infrage.¹⁷⁶ Französische Sorgerechtsentscheidungen regeln die Frage des Umgangsrechts im Zusammenhang mit der Verteilung des Sorgerechts, Art. 373-2-1 des Code Civil. Einen Verstoß der deutschen Entscheidung gegen den französischen *ordre public* konnte dies allerdings nicht begründen. Es handelte sich um ein Missverständnis der deutschen Entscheidung im Anerkennungsstaat. Eine weitere fehlgehende Würdigung ergab sich zudem aus der Anwendung des Art. 10 Abs. 1 lit. a) ESÜ auf einen Anwendungsfall des Art. 9 ESÜ, da ein entsprechender Vorbehalt Frankreichs schon seit 1987 nicht mehr bestand.¹⁷⁷

Darüber hinaus vertrat das französische Gericht den Standpunkt, die deutsche Entscheidung sei nicht anzuerkennen, weil das französische Verfahren vor den Anträgen auf Anerkennung eingeleitet wurde.¹⁷⁸ Jedoch ist auch diese Würdigung nach dem einschlägigen ESÜ nicht richtig gewesen. Ergäbe sich, wie zu mutmaßen ist, diese Einschätzung aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ESÜ, so wäre sie rechtlich falsch, da dieser Versagungsgrund nicht eingreift, soweit das Kind während des Jahres vor Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt im ersuchenden Staat hatte.¹⁷⁹ Im Ergebnis blieb damit das zeitlich früher eingeleitete Verfahren vor dem deutschen Gericht in Frankreich ohne Wirkung.

So waren bei diesen Defiziten in der Rechtsanwendung des Internationalen Verfahrensrechts der elterlichen Verantwortung insbesondere gravierende Unsicherheiten in der Anwendung der *ordre public*-Klausel und der Interpretation des Kindeswohlbegriffs gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ zu bemerken.¹⁸⁰ Die französische Beurteilung der Rückführungsversagungsgründe wurde von deutscher Seite als fehlerhaft bewertet.¹⁸¹ Die Begründung sei allzu pauschal und spekulativ ausgefallen, es hätten strengere Maßstäbe angelegt werden müssen, und auch hätte deutlicher betont werden müssen, dass es sich im HKÜ-Verfahren „nur“ um die

¹⁷⁴ Cour d'appel d'Orléans, 10.3.1998, DEuFamR 1999, 55, 67; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁷⁵ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁷⁶ § 1671 BGB ermöglicht die Übertragung von Teilen der elterlichen Sorge bei weiterem Bestehen der gemeinsamen Sorge, *Hennemann*, in: MünchKomm/BGB, § 1671 BGB, Rn. 18, siehe auch § 1684 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 BGB.

¹⁷⁷ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁷⁸ Cour d'appel d'Orléans, 10.3.1998, DEuFamR 1999, 55, 67; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁷⁹ Cour d'appel d'Orléans, 10.3.1998, DEuFamR 1999, 55, 67 bleibt insoweit undeutlich, da die Würdigung ohne Bezug auf eine Norm ergeht; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 340.

¹⁸⁰ Trib. Gr. Inst. Blois, 25.9.1997, 970 1671, (Beschluss Nr. 370/97), DEuFamR 1999, 55, 65 und Cour d'Appel Orléans, 10.3.1998, 3050/97, (Beschluss Nr. 569), DEuFamR 1999, 55, 67.

¹⁸¹ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 343 insb. Fn. 52; *Coester-Waltjen*, JZ 1999, 462, 464; *Bauer*, IPRax 2002, 179.

Rückkehr zur Durchführung des Sorgerechtsverfahrens gehandelt habe und gerade nicht um die Entscheidung über die elterliche Sorge.¹⁸² Auch sei die Begründung der Gefährdung mit einer möglichen Trennung von der Mutter nicht haltbar gewesen.¹⁸³

Im Ergebnis ist damit nach deutscher Beurteilung der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls nicht im Einklang mit den Auslegungsgrundsätzen des Übereinkommens ausgelegt und angewandt worden. Noch überraschender waren die durch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 29.10.1998 geprägten Auslegungsgrundsätze zum Prüfungsspektrum der Kindeswohlgefährdung iSd HKÜ.¹⁸⁴ Der Zweite Senat des BVerfG erkannte eine umfassende verfassungsrechtliche Dimension des Falls, die sich aufgrund der Besonderheit der tatsächlichen Begebenheiten nicht allein durch eine rein autonome Auslegung der Rückführungsvorschriften erfassen ließ.¹⁸⁵

Der Fall Tiemann./Lancelin wies damit exemplarisch auf einen erhöhten Reformbedarf im Internationalen Zivilverfahrensrecht der elterlichen Verantwortung hin.¹⁸⁶ Zugleich verdeutlichte er die entscheidende Funktion, die der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Kindeswohls bei der Prüfung von diesbezüglichen Einwänden im Zweitstaat zukommt. Rein rechtstechnisch war festzustellen, dass die Problemkreise dieses grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts in der fehlenden Einheitlichkeit, Überschaubarkeit und Durchsetzbarkeit des anzuwendenden Rechts sowie einer falschen Auslegung des Kindeswohlbegriffs durch die Gerichte lagen. Das Nebeneinander mehrerer paralleler Verfahren mit ein und demselben Gegenstand sowie die Unklarheit über Kompetenzen waren Ursachen dafür, dass der Rechtsstreit so langwierig, emotional aufgeladen und insbesondere für die beiden Kinder so belastend ausgetragen wurde. Eine gelungene zwischenstaatliche Kooperation deutscher und französischer Gerichte und Behörden fand im Falle Tiemann./Lancelin nicht statt.

D. Reform durch die Verordnung EG 2201/2003 (Brüssel IIa-VO)

Die Betrachtung des reformierten europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts in Kindschaftssachen gliedert sich in die Darstellung der Regelungsgegenstände der Brüssel IIa-Verordnung, ihrer rechtlichen Ausgestaltung sowie der hypothetischen Anwendung der Normen auf den Sachverhalt der Entscheidung Tiemann./Lancelin.

¹⁸² *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 343 insb. Fn. 52.

¹⁸³ *Bauer*, IPRax 2002, 179, Fn. 3.

¹⁸⁴ BVerfGE 99, 145, 162-164 = NJW 1999, 631, 633; *Staudinger*, IPRax 2000, 194, 195.

¹⁸⁵ *Staudinger*, IPRax 2000, 194, 195.

¹⁸⁶ *Staudinger*, IPRax 2000, 194, 201.

I. Anwendungsbereich

Seit dem 1.3.2001 gilt für die Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks ein harmonisierter Rechtszustand im Bereich der Zuständigkeitsordnung für Ehe- und Kindschaftsverfahren.¹⁸⁷ Die an diesem Tag in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für gemeinsame Kinder der Ehegatten¹⁸⁸ ist durch die Verordnung (EG) 2201/2003 schon einmal überarbeitet und in ihrem Anwendungsbereich erweitert worden. Rechtsgrundlage der Verordnung waren die vor dem Vertrag von Lissabon geltenden Art. 61 lit. c) und 65 des EG-Vertrags.¹⁸⁹

Die seit dem 1.3.2005 geltende überarbeitete Verordnung erfasst in sachlicher Hinsicht neben den Ehesachen die Verfahren, die die Zuweisung, die Ausübung, die Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung zum Gegenstand haben, Art. 1 Abs. 1 lit. b) Brüssel IIa-VO.¹⁹⁰ Eine nähere Konkretisierung der Reichweite des Begriffs der elterlichen Verantwortung gibt Abs. 2, der allem voran in lit. a) das Sorge- und Umgangsrecht benennt. Ehestatus-, Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen sollen durch die Verordnung ohne bürokratischen Aufwand in anderen Staaten der EU Wirksamkeit entfalten und ohne unnötigen Zeitverlust durchgesetzt werden können.¹⁹¹ Zu diesem Zweck statuiert die Verordnung eine harmonisierte Regelung der internationalen Entscheidungszuständigkeit der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks) sowie der Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen aus diesen Staaten und schafft daneben einen organisatorisch-rechtlichen Rahmen der grenzüberschreitenden Rechtshilfe bei Kindesentführungen.¹⁹²

¹⁸⁷ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 96 ff.; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 11 ff.

¹⁸⁸ Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29.5.2000, ABl. EG 2000 Nr. L 160, S. 19; zu den Vorschlägen und den Entwicklungsstadien der aus der Brüssel II-VO entwickelten Brüssel IIa-VO siehe *Dilger*, S. 7-27.

¹⁸⁹ *Magnus/Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Introduction, Rn. 21; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO Rn. 2.

¹⁹⁰ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 97 m. Bsp.; der Begriff der „elterlichen Verantwortung“ fand sich auf internationaler Ebene erstmalig in Art. 18 der UN-Kinderrechtskonvention von 1989, *Kress*, S. 42; zu beachten ist, dass die „elterliche Verantwortung“ i.S.d. VO nicht von den (leiblichen) Eltern, sondern auch von Dritten wahrgenommen werden kann, *Dörner*, in: HK/ZPO, Art. 1 EheGVVO, Rn. 12.

¹⁹¹ Erwägungsgrund (23) zur Brüssel IIa-VO; *Magnus/Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Introduction, Rn. 2; *Lowe*, IntFamLaw 2011, 21.

¹⁹² *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 11; *Solomon*, FamRZ 2004, 1409; zu Verfahrensfragen bei der grenzüberschreitenden Kooperation *Schlösser*, in: Schwab FS, S. 1255, 1261 ff.

In räumlich-persönlicher Hinsicht ist der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem EU-Mitgliedstaat nicht mehr Voraussetzung der Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO.¹⁹³ Dies ergibt sich daraus, dass die Zuständigkeitsregeln der Verordnung einen konkreten Bezug zu einem Mitgliedstaat in einzelnen, jedoch nicht allen Vorschriften erfordern.¹⁹⁴ Bei Anwendung der besonderen Gerichtsstände der Art. 10, 12 und 13 Abs.2 der Brüssel IIa-VO kann sich die internationale Zuständigkeit auch für Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat ergeben.¹⁹⁵ Die universell anwendbare Verordnung soll eine klare Kompetenzordnung aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten schaffen und gilt daher grds. auch im Verhältnis zu Drittstaaten.¹⁹⁶ Weiter erfasst die reformierte Verordnung konsequenterweise nicht mehr nur die gemeinsamen Kinder der ein Scheidungsverfahren betreibenden Ehegatten.¹⁹⁷ Den Begriff „Kind“ klärt die Verordnung nicht, sondern setzt ihn im Katalog des Art. 2 Brüssel IIa-VO voraus. Der Begriff muss sich nach wie vor *lege causae* ergeben oder nach den Grundsätzen des Art. 2 KSÜ bestimmen werden.¹⁹⁸

II. Regelungsgegenstände im Bereich elterlicher Verantwortung

1. Grenzüberschreitende Sachentscheidung

Gegenüber ihrer Vorgängerin, der „Brüssel II-VO“ (EG) Nr. 1347/2000, zeichnet sich die Brüssel IIa-VO durch eine wesentliche Fortentwicklung der Vorschriften über das Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung aus. So ist die Entscheidungskompetenz für diese Verfahren nicht mehr allein an das eheliche Statusverfahren geknüpft, sondern ist losgelöst von diesem geregelt. Die internationale Zuständigkeit für ein Verfahren zur elterlichen Verantwortung kann sich nunmehr aus einer Mehrzahl voneinander unabhängiger Gründe ergeben, für die der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes gem. Art. 8 Brüssel IIa-VO der Grundsatz

¹⁹³ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 98.

¹⁹⁴ *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 28.

¹⁹⁵ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 98.

¹⁹⁶ *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO Rn. 28, zum Teil fordern einzelne Vorschriften einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat; *Magnus/Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski*, Brussels IIbis Regulation, Introduction, Rn. 31.

¹⁹⁷ Erwägungsgrund (5) zur Brüssel IIa-VO, Art. 8 ff. Brüssel IIa-VO im Gegensatz zu Art. 3 der Brüssel II-VO; *Siebr*, in: *MünchKomm/BGB*, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 66; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 11; *Solomon*, FamRZ 2004, 1409.

¹⁹⁸ Für die Bestimmung nach dem KSÜ *Pirring*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 19; *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art 1 Brüssel IIa-VO, Rn. 24; für eine Bestimmung *lege causae* *Siebr*, in: *MünchKomm/BGB*, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 28 und *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1411.

ist, der durch die Ausnahmen der Art. 9 ff., insbesondere der Art. 12-15 Brüssel IIa-VO, erweitert wird.¹⁹⁹

In ihrem Kapitel III regelt die Brüssel IIa-VO die Anerkennung und Vollstreckbarkeit. Die Anerkennung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung ist gem. Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO allgemeiner Grundsatz und die Versagung aus restriktiv gehaltenen Gründen gem. Art. 23 die Ausnahme.²⁰⁰ Die Vollstreckbarerklärung der Entscheidungen ergibt sich aus Kapitel III, Abschnitt 2.

Den Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere vom 15. und 16. Oktober 1999 und dem nachfolgenden Maßnahmenprogramm des Rats zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt²⁰¹ folgend gelten für die Herausgabe- und Umgangsrechtsentscheidungen gem. Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO Sonderregeln. Eine Anfechtung der sich *ex lege* ergebenden Anerkennung ist im Zweitstaat ausgeschlossen. Auch eine Vollstreckbarerklärung ist für diese Entscheidungen nicht mehr Voraussetzung, sie sind kraft der Verordnung in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar kraft der Verordnung vollstreckbar. Der Verzicht auf ein Exequaturverfahren ist eine Grundsatzentscheidung, die z.B. auch der EG Vollstreckungstitel-VO zugrunde liegt,²⁰² und auch der ab dem Jahr 2015 geltenden Neufassung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen²⁰³ (EuGVO oder Brüssel I).²⁰⁴

Das neu konzipierte Kapitel IV der Brüssel IIa-VO regelt die Schaffung zentraler Behörden in jedem Mitgliedstaat und ihre Zusammenarbeit im grenzüberschreitenden Kinderschutz.²⁰⁵

¹⁹⁹ Siehe Erwägungsgrund (12) zur Brüssel IIa-VO; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 64; *Schulz*, NJW Beilage zu Heft 18/2004, S. 2; Zuständigkeiten im Überblick bei *Solomon FamRZ*, 2004, 1409, 1411-1414 und *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 29; damit übernimmt die Verordnung das durch Art. 1 MSA und Art. 5 KSÜ bewährte Prinzip, *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 8 Brüssel IIa-VO, Rn. 6.

²⁰⁰ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO Rn. 12.

²⁰¹ Siehe Erwägungsgrund (23) zur Brüssel IIa-VO; Maßnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt, ABl. EG C 12 v. 15. 1. 2001, siehe *Kohler*, FamRZ 2002, 709, 711-712.

²⁰² Zum Vergleich mit der EuVTVO: *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO Rn. 2.

²⁰³ Vom 22.12.2000 (ABl. EG 2001 Nr. L 12, S.1); diese wird ab dem 10.01.2015 abgelöst durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung ABl. EU Nr. L 351 v. 20.12.2012, S. 3).

²⁰⁴ Zur Neufassung der EuGVO siehe *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, Vorbem. EuGVVO, Rn. 15; *Wagner*, NJW 2012, 1333, 1334; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Vor Art. 1 ff. EuGVO, Rn. 20.

²⁰⁵ Dazu *Schulz*, NJW Beilage zu Heft 18/2004, S. 2, *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 53 Brüssel IIa-VO, Rn. 1 und *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 187.

2. Die Kindesrückführung

Geht es um die tatsächliche Rückführung eines Kindes, ist die Notwendigkeit einer schnellen juristischen Reaktion evident.²⁰⁶ Die Brüssel IIa-VO sieht Vorschriften zur Rückführung widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder vor, welche das weiterhin anwendbare Übereinkommen HKÜ ergänzen.²⁰⁷ Rechtstechnisch schafft die Brüssel IIa-VO keine eigenen Rückführungsvorschriften, sondern modifiziert das Haager Kindesentführungsübereinkommen mit Wirkung für die EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks.²⁰⁸

In Korrespondenz mit dem HKÜ sieht die Brüssel IIa-VO durch eine *perpetuatio fori* gem. ihrem Art. 10 vor, dass im Kindesentführungsfall ihrer Zuständigkeitsordnung entsprechend eine Sachentscheidung über das Sorgerecht im Staat des gewöhnlichen Kindesaufenthalts getroffen werden kann und es nicht zu einander widersprechenden Entscheidungen in beiden beteiligten Staaten kommt.²⁰⁹ Dies wird durch die allgemeine Vermutung unterstützt, dass diese Gerichte wegen der Nähe zum Kind und dessen Lebenssphäre am besten in der Lage sind, eine kindeswohlgerichte Sorge- und Umgangsregelung zu treffen.²¹⁰

III. Das Verhältnis der Brüssel IIa-VO zu den Staatsverträgen

Aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten verdrängt die Brüssel IIa-VO die einfachgesetzlich umgesetzten Staatsverträge in den durch die Verordnung geregelten Bereichen.²¹¹ Dies ergibt sich im Grundsatz schon aus dem konkurrenzrechtlichen Anwendungsvorrang des EU-Rechts, der das Verhältnis zwischen EU-Sekundärrecht und nationalem Recht bestimmt.²¹² Jedoch wird das Verhältnis der Verordnung zu völkerrechtlichen Verträgen zwischen bestimmten Mitgliedstaaten in Art. 59 und für multilaterale Übereinkommen in Art. 60 Brüssel IIa-VO genau

²⁰⁶ Präambel zum HKÜ; *Astarg*, DEuFamR 2000, 263; *Schulz*, DEuFamR 1999, 224-225.

²⁰⁷ *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 90; *Solomon*, FamRZ, 2004, 1409, 1417; *Schulz*, in: Kropholler FS, S. 435, 440.

²⁰⁸ Erwägungsgrund (17) zur Brüssel IIa-VO; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 90; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 10 Brüssel IIa-VO, Rn. 1-4.

²⁰⁹ *Siehr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 87; *Patant*, in: Mag-nus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 10, Rn. 9-10; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 245.

²¹⁰ *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 341; *Dutta*, in: Kropholler-FS, S. 281, 294-295.

²¹¹ *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, EuEheVO Vorbem. Vor Art. 1, Rn. 6; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 121; siehe auch *Looschelders*, JR 2006, S. 45; *Siehr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 14.

²¹² Grundsatzurteile des EuGH zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts: EuGH, 5.2.1963, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*), Slg. 1963 und 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251, 1269-1270; *Oppermann/Claassen/Nettesheim*, EurR § 10 Rn. 9; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 16, 18.; siehe zum EGV *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2. Aufl. 2009), Art. 10 EGV, Rn. 21.

geregelt. Dies erklärt sich mit dem Gehalt des ehemals einschlägigen Art. 307 des EG-Vertrags,²¹³ der einen grundsätzlichen Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen vorsah, die vor Inkrafttreten der Gründungsverträge der EG geschlossen wurden, und der analog auch auf danach geschlossene Staatsverträge angewandt wurde, soweit eine EG-Kompetenz erst nach dem Vertragsschluss geschaffen wurde.²¹⁴ So liegt es auch im Falle der oben dargestellten völkerrechtlichen Verträge MSA, HKÜ und ESÜ, da die EG-Kompetenz in Art. 65 lit. a) 3. Spiegelstrich EG-Vertrag zur Harmonisierung des Internationalen Zivilverfahrensrechts erst mit dem Amsterdamer Vertrag²¹⁵ geschaffen wurde.²¹⁶

Uneingeschränkt wird dieser Schutz der früher abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge nur gegenüber Drittstaaten angenommen, da gerade deren Schutz in der zwischenstaatlichen Praxis bezweckt wird.²¹⁷ Diesem Gedanken folgt auch die Konzeption der Brüssel IIa-VO in ihrem Bestreben, im Verhältnis zwischen EU-Mitglied- und Drittstaaten keinen unbedingten Anwendungsvorrang zu beanspruchen und die zwischenstaatlichen völkerrechtlichen Beziehungen nicht zu stören.²¹⁸ Der Verordnung soll damit nur bzgl. der in Art. 60 genannten Übereinkommen und nur im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander ein Vorrang zukommen, sodass kein Konflikt zur äußeren Vertragstreue der Mitgliedstaaten entstehen kann.²¹⁹ Dies betrifft in Verfahren zur elterlichen Verantwortung gem. Art. 60 lit a) und d) das Haager MSA und das ESÜ, die im Falle der Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten unterei-

²¹³ Nunmehr Art. 351 AEUV.

²¹⁴ *Petersmann/Spennemann*, in: von der Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag (6. Aufl. 2003), Art. 307 EGV, Rn. 6; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV und EGV (3. Aufl. 2007) Art. 307 EGV, Rn. 4, 5; *Terbechte*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2. Aufl. 2009), Art. 307 EGV, Rn. 15; *Geiger*, EUV/EGV (4. Aufl. 2004), Art. 307 EGV, Rn. 7; *Kress*, S. 168.

²¹⁵ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, Konsolidierte Fassung vom 10.11.1997, ABI EG 1997 Nr. C 340, S. 1, unter <http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/index.htm>; deutsche Zustimmung durch Gesetz zum Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, vom 8. April 1998, BGBl. II S. 386; allg. zum Amsterdamer Vertrag siehe *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705-713.

²¹⁶ *Schmahl*, in: von der Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag (6. Aufl. 2003), Vorbemerkung zu den Art. 61-69 EGV, Rn. 1, zur Entwicklung und zum Umfang der Kompetenz siehe Art. 65 EGV Rn. 1 und *Graßhof*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2. Aufl. 2009), Art. 65 EGV, Rn. 9 ff; *Kress*, S. 168-169.

²¹⁷ *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 307 AEUV Rn. 6; *Terbechte*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2. Aufl. 2009), Art. 307 EGV, Rn. 3-5; *Streinz*, EurR, Rn. 1189-1190; *Geiger*, EUV/EGV (4. Aufl. 2004), Art. 307 EGV Rn. 7.

²¹⁸ Vgl. *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 17.

²¹⁹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 17.

inander zurücktreten.²²⁰ Das MSA blieb bis zum Inkrafttreten des KSÜ in Konkurrenz zur Brüssel IIa-VO im Bereich des Kollisionsrechts anwendbar, da es sich im Sinne des Art. 62 Abs. 1 Brüssel IIa-VO um einen nicht von der Verordnung geregelten Bereich handelte. Das ESÜ dagegen wird vollständig überlagert und hat somit seit Inkrafttreten der Verordnung im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander keine Bedeutung mehr, nur noch gegenüber Drittstaaten und Dänemark.²²¹

Art. 61 der Brüssel IIa-VO behandelt speziell das Verhältnis zum neuen Haager KSÜ von 1996.²²² Bei gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes in einem Mitgliedstaat sowie darüber hinaus in Fragen der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten wird das KSÜ von den Bestimmungen der Verordnung verdrängt, Art. 61 lit. a) und b) Brüssel IIa-VO.²²³ Die Ermittlung des anwendbaren Sachrechts kann sich jedoch weiterhin aus dem Übereinkommen ergeben, da es sich beim Kollisionsrecht nicht um eine von der Verordnung geregelte Materie handelt, Art. 62 Abs. 1 Brüssel IIa-VO. Auch das dem KSÜ zugrundeliegende Gleichlaufprinzip stünde diesem nicht entgegen. Das anwendbare Recht kann auch dann nach dem Übereinkommen bestimmt werden, wenn die internationale Zuständigkeit nicht ebenfalls nach diesem, sondern nach der Brüssel IIa-VO bestimmt wird.²²⁴

Im Verhältnis zum Haager Kindesentführungsübereinkommen kommt der Verordnung in gemeinschaftsinternen Sachverhalten ebenfalls ein Anwendungsvorrang zu, Art. 60 lit. e).²²⁵ Die Brüssel IIa-VO legt keine eigenständigen Regeln zur Kindesrückführung bei widerrechtlichem Verbringen fest. Diese erfolgt nach wie vor auf Grundlage des HKÜ, jedoch wird das Übereinkommen durch Art. 11 der Brüssel IIa-VO in seiner Anwendung modifiziert.²²⁶ Sind die beteiligten Staaten sowohl EU-Mitgliedstaaten als auch Vertragsstaaten des HKÜ, so findet das HKÜ in Verbindung mit der Brüssel IIa-VO Anwendung.²²⁷

²²⁰ Vgl. *Kress*, S. 173.

²²¹ Vgl. *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 7.

²²² *Kress*, S. 174-175.

²²³ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 18.

²²⁴ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art 19 EGBGB, Rn. C 216; *Kropholler*, in: Schlosser FS, S. 449, 452; differenzierend *Schulz*, FPR 2004, 299, 301; str. vgl. *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1416.

²²⁵ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 19.

²²⁶ BT-Drucks. 15/3981, S. 17 (Im Rahmen der Begründung des IntFamRVG); *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 62; *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1416.

²²⁷ *Dörner*, in: Hk/ZPO, Art. 11 EheGVVO, Rn. 1; zur Kompromisslösung *Schulz* FamRZ 2003, 1351, 1352.

IV. Die internationale Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO

Die erste verfahrensrechtliche Ausgangsfrage eines jeden Rechtsstreits betrifft die Klärung der gerichtlichen Zuständigkeit. Die folgende Darstellung widmet sich den Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel IIa-VO und der Frage, wie sich ihre Anwendung auf den klassischen grenzüberschreitenden Sorgerechtsfall auswirkt.

1. Die Art. 8-15 der Brüssel IIa-VO

Liegt ein grenzüberschreitender Bezug vor und konkurrieren somit Gerichte und Behörden zweier oder mehrerer souveräner Staaten, so ist es von entscheidender Bedeutung, dass die internationale Zuständigkeit eindeutig feststeht. Nur wenn diese exakt ermittelbar, für alle Gerichtsstaaten klar nachvollziehbar und verbindlich feststeht, kann der Rechtsstreit zu einem Ergebnis gebracht werden, das von allen Beteiligten akzeptiert wird und so dem Urteil oder der Anordnung zur Durchsetzung verholfen werden.

Die Brüssel IIa-VO normiert mehrere zuständigkeitsbegründende Tatbestände. Die Grundzuständigkeit liegt gem. Art. 8 Brüssel IIa-VO bei den Gerichten des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes.²²⁸ Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist autonom auszulegen und beschreibt den räumlichen tatsächlichen Lebensmittelpunkt des Kindes.²²⁹ Bei einem rechtmäßigen Umzug innerhalb des Gebiets der EU-Mitgliedstaaten verbleibt die Zuständigkeit für eine Änderung einer vor dem Umzug ergangenen Entscheidung zum Umgangsrecht während einer Dauer von drei Monaten bei den Gerichten des früheren gewöhnlichen Aufenthalts, wenn der umgangsberechtigte Elternteil weiterhin in diesem Staat lebt, Art. 9 Abs. 1 Brüssel IIa-VO.

Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes greift die Regelung des Art. 10 Brüssel IIa-VO. Nach dieser bleiben die Gerichte des Mitgliedstaats des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erlangt hat und jeder Träger elterlicher Verantwortung dem Verbringen zustimmt, Art. 10 lit. a) Brüssel IIa-VO. Nach Art. 10 lit. b) Brüssel IIa-VO verliert der Mitgliedstaat, in dem das Kind vor dem widerrechtlichen Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, seine Internationale Zuständigkeit, wenn sich das Kind in einem anderen Mitgliedstaat mindestens ein Jahr aufgehalten hat und eine der Voraussetzungen erfüllt ist, dass (i.) der Sorgeberechtigte innerhalb eines Jahres nach Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis vom Aufenthaltsort des verbrachten Kin-

²²⁸ Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 52.

²²⁹ EuGH, 2. 4. 2009, Rs. C-523/07 (*A/Perusturvalautakunta [Ausschuss zur Sicherung des Grundbedarfs – Sicherungsausschuss]*), Slg. 2009, I-2805, Rn. 34 ff., Leitsätze in NJW 2009, 1868; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art 19 EGBGB, Rn. C 54; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 36; Winkler v. Mohrenfels, FPR 2001, 189, 190; Rspr. zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im MSA siehe OLG Köln, FamRZ 1991, 363, 364; OLG Hamm, FamRZ 1991, 1346, 1347.

des keinen Rückführungsantrag bei den Behörden des Zufluchtsstaats gestellt hat, oder (ii.) der Sorgeberechtigte seinen Antrag auf Rückführung zurückzieht und innerhalb der Kenntnisfrist der Nr. (i.) keinen neuen Antrag gestellt hat, oder (iii.) im Mitgliedstaat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts ein Verfahren gem. Art. 11 Abs. 7 Brüssel IIa-VO abgeschlossen wurde, oder (iv.) von den Gerichten des Mitgliedsstaats des letzten gewöhnlichen Aufenthalts vor dem widerrechtlichen Verbringen eine Sorgerechtsentscheidung erlassen wurde, mit der die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet wurde. Die Tatbestände des Art. 10 lit. b) i)-iv) knüpfen somit an den Ablauf des HKÜ-Verfahrens an und stärken die Position des antragstellenden Elternteils, der es in der Hand hat, eine gerichtliche Entscheidung zum Sorgerecht im Gerichtsstaat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts zu erwirken.²³⁰

Im Verbund mit einem Ehestatusverfahren auf Grundlage des Art. 3 Brüssel IIa-VO ist eine Annex-Zuständigkeit zur Entscheidung über die elterliche Verantwortung per Antrag nach Art. 12 Brüssel IIa-VO begründbar, wenn zumindest einer der Ehegatten die elterliche Verantwortung für das Kind hat, die Zuständigkeit der betreffenden Gerichte von den Ehegatten oder Trägern elterlicher Verantwortung anerkannt wurde und dies im Einklang mit dem Kindeswohl steht. Gem. Art. 12 Abs. 3 Brüssel IIa-VO kann eine Zuständigkeit in anderen als Ehestatusverfahren per Antrag begründet werden, wenn eine wesentliche Bindung des Kindes zum betreffenden Gerichtsstaat besteht und eine Zuständigkeit im Einklang mit dem Kindeswohl steht. Eine solche wesentliche Bindung kann sich z.B. aus dem gewöhnlichen Aufenthalt eines Sorgeberechtigten oder auch der Staatsangehörigkeit des Kindes ergeben.²³¹ Hinzukommen muss gem. Art. 12 Abs. 3 lit. b) Brüssel IIa-VO a.E. jedoch immer die Feststellung des Einklangs mit dem Kindeswohl.

Die Brüssel IIa-Verordnung führt mit Art. 15 eine an die dem anglo-amerikanischen Rechtsraum entstammende *forum non conveniens*-Regel angelehnte Möglichkeit der Verweisung an ein sachnäheres Gericht ein.²³² Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass es Ausnahmefälle geben kann, in denen das grds. international zuständige Gericht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts den Fall nicht sachgerecht beurteilen kann.²³³ So kann nunmehr das an sich zuständige Gericht in Ausnahmefällen im Interesse des Kindeswohls das Verfahren aussetzen und die Parteien einladen, das Gericht eines anderen Mitgliedstaats anzurufen, das

²³⁰ *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 59.

²³¹ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 100; *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 81.

²³² *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 87; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO (Band 10, 3. Aufl. 2008), Art. 15 EheGVO, Rn. 1; *Schulz*, in: Kropholler FS, S. 435 ff.; vgl. auch *Dutta*, in: Kropholler FS, S. 281.

²³³ Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 24.

seiner Ansicht nach in der besseren Lage ist, die Situation zu beurteilen, Art. 15 Abs. 1 lit. a) Brüssel IIa-VO.²³⁴ Alternativ dazu kann das Gericht den anderen Mitgliedstaat auch selbst ersuchen, sich für zuständig zu erklären, Art. 15 Abs. 1 lit. b). In beiden Fällen ist Voraussetzung eine besondere Bindung des Kindes zu dem anderen Mitgliedstaat. Die Umstände, die eine solche besondere Bindung ausmachen, werden in Art. 15 Abs. 3 Brüssel IIa-VO aufgeführt, der Kriterien wie den gewöhnlichen Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit nennt. Voraussetzung der Verweisung an ein anderes Gericht nach der *forum non conveniens*-Regel ist in jedem Falle, dass diese dem Kindeswohl entspricht, Art. 15 Abs. 1 Brüssel IIa-VO.

Kann der gewöhnliche Aufenthalt nicht lokalisiert werden, so sind die Gerichte des schlichten tatsächlichen Aufenthalts des Kindes zuständig, Art. 13 Brüssel IIa-VO. Ist überhaupt keine Zuständigkeit nach einem der Tatbestände begründbar, so bestimmt sich nach Art. 14 die Zuständigkeit nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates, sog. Restzuständigkeit.

Die Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO wird gefestigt durch die Rechtshängigkeitssperre ihres Art. 19. Gemäß dessen Abs. 2 setzt ein später angerufenes Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist, wenn bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Verfahren bezüglich der elterlichen Verantwortung für ein Kind wegen desselben Anspruchs anhängig gemacht werden.²³⁵ Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, erklärt sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig, Art. 19 Abs. 3 Brüssel IIa-VO. Diese Regelung schließt positive Kompetenzkonflikte aus. Rechtlich können verschiedene EU-Mitgliedstaaten daher nicht mehr mit derselben Entscheidung in der Sache befasst sein.²³⁶

2. Anwendung auf den Beispielsfall

Im Fall Tiemann erachteten sich noch beide beteiligten Gerichtsstaaten, die Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, für zuständig. Durch das Fehlen einer verbindlichen Rechtshängigkeitssperre oder zeitlichen Prioritätsregelung kam es zu der Situation zweier Parallelverfahren mit demselben Verfahrensgegenstand.²³⁷ Da die Kinder des Ehepaares Tiemann/Lancelin Angehörige beider Staaten wa-

²³⁴ Siehe auch Erwägungsgrund (13) zur Brüssel IIa-VO.

²³⁵ Zum Begriff „desselben Anspruchs“ *Hilfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 19 EuEheVO, Rn. 4 und *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 111.

²³⁶ Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 29.

²³⁷ Wobei das MSA gerade Kompetenzkonflikte zu vermeiden suchte, vgl. *Kropfoller*, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art 19 EGBGB, Rn. 18.

ren, konnte die internationale Zuständigkeit nach dem für diesen Fall einschlägigen MSA (Art. 1 oder 4) noch in beiden Staaten begründet werden.²³⁸

Wendet man auf diesen Fall nun die Brüssel IIa-VO an, so ist die Grundregel der Zuständigkeitsbegründung die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, Art. 8 Brüssel IIa-VO. Dies gilt vorbehaltlich der Regelungen der Art. 9, 10 und 12, welche die Aufenthaltszuständigkeit im Falle des rechtmäßigen Einzugs (Art. 9) und der Kindesentführung (Art. 10) unterstützen und sonst die Vereinbarung über die Zuständigkeit im Verbund mit dem Ehestatusverfahren regeln. Eine Anknüpfung an die bloße Staatsangehörigkeit der Kinder entfällt gänzlich.²³⁹

Im Falle Tiemann wurde zunächst ein Verfahren vor deutschen Gerichten geführt, das zur Zeit der Abreise der Mutter mit den Kindern nach Frankreich noch nicht beendet war. Der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder befand sich zu diesem Zeitpunkt unstreitig in der Bundesrepublik. Nach heute aktueller Rechtslage wären gem. Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO allein die deutschen Gerichte zuständig. Selbst eine im Zusammenhang mit dem deutschen Scheidungsverfahren erklärte Vereinbarung des Ehepaars über ein Annexverfahren gem. Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO hätte die internationale Zuständigkeit deutschen Gerichten zugewiesen. Auch das Verlassen Deutschlands durch Frau Tiemann mit den Kindern hätte die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nicht mehr infrage gestellt. Da die Kinder gegen den Willen des (auch) sorgeberechtigten Vaters und damit widerrechtlich iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. a) HKÜ über die Landesgrenze verbracht wurden, würde nun gar die deutsche Zuständigkeit gem. Art. 10 Brüssel IIa-VO gegen die Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts im Zufluchtsstaat verfestigt werden.²⁴⁰

Der Wechsel der internationalen Zuständigkeit hätte nur bei Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder nach Frankreich und dem Hinzukommen weiterer qualifizierter Umstände begründet werden können, Art. 10 lit. a) oder b) Brüssel IIa-VO. Im Fall Tiemann fehlte es schon an der Zustimmung zum widerrechtlichen Verbringen durch den Elternteil, dessen Sorgerecht durch das Verbringen verletzt wurde. Die internationale Zuständigkeit hätte demnach eindeutig aufseiten nur eines Staats, der Bundesrepublik Deutschland, gelegen. Ein positiver Kompetenzkonflikt mehrerer Staaten wäre vermieden worden.

²³⁸ Das MSA sah im Gegensatz zur jetzt geltenden Brüssel IIa-VO mit Art. 4 eine Heimatzuständigkeit (Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit) vor, welche neben der Aufenthaltszuständigkeit begründet werden konnte und diese dann sogar ausschloss, Art. 4 Abs. 4 MSA, *Kropholler*, in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. 354 und 382 ff.; *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 338.

²³⁹ *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 27; *Rausch*, FuR 2005, 53, 56.

²⁴⁰ Siehe *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 10 Brüssel IIa-VO, Rn. 8; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 87 mit Erwähnung des Falls Tiemann, siehe auch Rn. 90.

In Fragen der Rechtshängigkeit übernimmt die Brüssel IIa-VO das kontinentaleuropäische Prioritätsprinzip.²⁴¹ Auch im Verfahren vor dem französischen Tribunal de Grande Instance Blois ging es um denselben verfahrensrechtlichen Gegenstand,²⁴² das Sorge- und Umgangsrecht für die beiden gemeinsamen Kinder nach der Trennung der Eheleute Tiemann/Lancelin. Würde sich der Fall bei heute geltender Rechtslage ereignen, so müsste sich das französische Gericht gem. Art. 19 Abs. 3 Brüssel IIa-VO für unzuständig erklären, sobald die deutsche Zuständigkeit festgestellt wäre. Insofern ist nach geltender Rechtslage ein Nebeneinander paralleler Verfahren um das Sorgerecht nicht mehr denkbar. Die Regelungen der Brüssel IIa-VO verhindern dies konsequent, und theoretisch gibt es auch hier keine Schlupflöcher mehr, die eine irgendwie geartete Parallelzuständigkeit begründen könnten. Im Fall Tiemann hätten somit unter Geltung der Brüssel IIa-VO allein deutsche Gerichte in Fragen der elterlichen Verantwortung entscheiden dürfen.

V. Die Anerkennung

Hat ein Gericht des international zuständigen Staats eine Entscheidung erlassen, so ist der nächste Schritt zur grenzüberschreitenden Durchsetzung die Anerkennung im Zweitstaat. Die Entscheidung wird im kindschaftsrechtlichen Verfahren in der Regel die Verteilung des Sorge- und des Umgangsrechts enthalten, kann aber auch wie im Fall Tiemann zunächst einmal vorläufige Regelungen wie z.B. zum Aufenthaltsbestimmungsrecht vorsehen. Der folgende Abschnitt beschreibt die Anerkennungsregeln der Brüssel IIa-VO und wendet diese auf den Beispielfall Tiemann./Lancelin an.

1. *Anerkennung ex lege als Grundsatz – Art. 21 Brüssel IIa-VO*

Die Brüssel IIa-Verordnung regelt die Anerkennung in ihrem Kapitel III, Art. 21-27. Das Anerkennungssystem der EuGVO (Brüssel I-VO) war dabei das Vorbild.²⁴³ Ebenso wie in dieser ist der Begriff der Anerkennung selbst nicht definiert. In beiden Verordnungen ist unter Anerkennung die Wirkungserstreckung zu verstehen. Dem ausländischen Akt werden im Inland die gleichen rechtlichen Wir-

²⁴¹ Borrás, Erläuternder Bericht, Nr. 53; Mankowski, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 19, Rn. 1; Rauscher, in: Rauscher EZPR, Art. 19 Brüssel IIa-VO, Rn. 3; Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 29.

²⁴² Zum Begriff „desselben Anspruchs“ Hüßtege, in: Thomas/Putzo, Art. 19 EuEheVO Rn. 4 und Pirrung, in: Staudinger, Vorbem zu Art 19 EGBGB, Rn. C 111; Dörner, in: Hk/ZPO, Art. 19 EheGVVO, Rn. 4.

²⁴³ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; insofern können bei der Auslegung der Brüssel IIa-VO die Grundsätze zur Auslegung der EuGVO hilfreich sein, soweit diese der Sache nach übertragbar sind.

kungen verliehen wie im Entscheidungsstaat.²⁴⁴ Nach dem Grundsatz des Art. 21 Abs. 1 der Brüssel IIa-VO erfolgt die Anerkennung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen²⁴⁵ bei Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf.²⁴⁶

2. *Anerkennungsversagung und Verbot der revision au fond*

a) Die Anerkennungsversagungsgründe – Art. 23 Brüssel IIa-VO

Gegenüber der grds. nach Art. 21 Brüssel IIa-VO eintretenden Anerkennung kraft Gesetzes soll die Versagung der Anerkennung aufgrund eines Anerkennungsverfahrens mit einer Anerkennungsentscheidung die Ausnahme bleiben.²⁴⁷ Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO verbietet daher die Durchführung eines zwingenden Verfahrens als Voraussetzung der Anerkennung, soweit ein solches in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehen ist.²⁴⁸ Das harmonisierte Anerkennungssystem beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, weshalb die in Art. 23 Brüssel IIa-VO genannten Gründe zur Versagung der Anerkennung einer Entscheidung über die elterliche Verantwortung auf ein „notwendiges Minimum beschränkt“ sind.²⁴⁹ Insbesondere die Prüfung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte des Ursprungsstaats ist kein Prüfungskriterium und kein Grund, der zur Versagung der Anerkennung berechtigt, wie Art. 24 der Verordnung ausdrücklich festlegt. Die Anerkennung setzt nicht voraus, dass die Entscheidung auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO ergangen ist, es muss sich nach Art. 21 der Brüssel IIa-VO lediglich um die Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaats im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO handeln.

Gem. Art. 23 lit. a) bis g) Brüssel IIa-VO kann die Anerkennung nur bei Vorliegen restriktiv formulierter Gründe versagt werden. Anerkennungsversagungsgründe sind unter den folgenden Voraussetzungen gegeben: einem offensichtlichen Verstoß gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaats, wobei das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist, Art. 23 lit.a) Brüssel IIa-VO; dem Ergehen der

²⁴⁴ Vgl. zur EuGVO *Kropholler/von Hein*, EZPR, vor Art. 33 EuGVO, Rn. 9 und *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A.1, Art. 33, Rn. 1; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 13.

²⁴⁵ Was unter den Begriff der Entscheidung fällt, definiert Art. 2 Nr. 4 der Verordnung.

²⁴⁶ *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A.2 Art. 21, Rn. 31; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 15; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 72.

²⁴⁷ Erwägungsgrund (21) zur Brüssel IIa-VO; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 12.

²⁴⁸ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 15; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A. 2 Art. 21, Rn. 31; *Hjiftstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 21 EuEheVO, Rn. 2.

²⁴⁹ Erwägungsgrund (21) zur Brüssel IIa-VO; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 21 Brüssel IIa-VO, Rn. 12.

anzuerkennenden Entscheidung ohne, dass das Kind -vorbehaltlich dringender Fälle - die Möglichkeit hatte, gehört zu werden und dabei wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze des Anerkennungsstaats verletzt wurden, (lit. b); wenn einem Beteiligten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht oder nicht so rechtzeitig zugestellt wurde, dass dieser sich verteidigen konnte, es sei denn, er ist mit der Entscheidung eindeutig einverstanden, (lit. c); wenn eine Person, die einen Eingriff der ergangenen Entscheidung in ihre elterliche Verantwortung geltend macht, nicht die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, (lit. d); wenn die anzuerkennende Entscheidung mit einer späteren, im Anerkennungsstaat ergangenen, vorrangig zu beachtenden Entscheidung über die elterliche Verantwortung im Anerkennungsstaat nicht vereinbar ist, (lit. e); oder die anzuerkennende Entscheidung mit einer in einem anderen Mitgliedstaaten oder in einem Drittstaat, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ergangenen Entscheidung nicht vereinbar ist, sofern die Entscheidung aus dem Drittstaat die Voraussetzungen für eine Anerkennung in dem Mitgliedstaat erfüllt, in dem die Anerkennung beantragt wird (lit. f).

Ein Verstoß gegen den *ordre public*, im Rahmen dessen das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist, ist bereits als erster Anerkennungsversagungsgrund in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO aufgeführt. Die Formulierung qualifiziert die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl als eine besondere Ausprägung des materiell- und verfahrensrechtlichen *ordre public*.²⁵⁰ Art. 23 lit a) Brüssel IIa-VO bietet damit eine Möglichkeit, kindeswohlbezogene sachliche Einwendungen im Anerkennungsstadium vor Gerichten des Zweitstaats zu erheben. Wird die Unvereinbarkeit einer ausländischen Entscheidung mit dem Kindeswohl als Ausprägung des innerstaatlichen *ordre public* geltend gemacht, so müssen die mit der Anerkennung befassten Gerichte im Wege der Auslegung in jedem Einzelfall entscheiden, ob der geltend gemachte Verstoß gegen das Kindeswohl anzunehmen ist und ob die Intensität des Verstoßes die Schwelle zur Qualität eines *ordre public*-Verstoßes überschreitet. Bei dieser Prüfung der Anerkennungsversagung kommt es darauf an, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die Grenzen der Prüfung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* in Abgrenzung zur eigenen Entscheidung in der Sache einhalten.²⁵¹

b) Das Verbot der revision au fond, Art. 26 Brüssel IIa-VO

Im engen Zusammenhang mit den Gründen der Anerkennungsversagung gem. Art. 23 Brüssel IIa-VO steht das in Art. 26 Brüssel IIa-VO normierte Verbot der

²⁵⁰ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 4; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 162.

²⁵¹ Zum Prüfungsmaßstab Andrae, § 6 Rn. 163-164; zu dieser Problematik siehe Kapitel 2., A und Kapitel 7, A., I.

revision au fond, dem Verbot der Nachprüfung der anzuerkennenden Entscheidung in der Sache. Das Verbot der *revision au fond* unterstützt die Beschränkung der Anerkennungsverzögerung auf restriktiv auszulegende Ausnahmefälle, allen voran den Verstoß gegen den *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.²⁵²

Systematisch ist der Grundsatz des Verbots der *revision au fond* dem Recht der Anerkennung zuzuordnen und findet sich bereits in vielen internationalen Abkommen und EG-Rechtsakten, die die Anerkennung zum Gegenstand haben.²⁵³ Der anerkennende Gerichtsstaat darf die Richtigkeit der ausländischen Entscheidung nicht nachprüfen, und zwar weder das dem ausländischen Urteil vorangegangene Verfahren noch die tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen im Urteil selbst.²⁵⁴ Dogmatisch ergeben sich bei Anwendung der Brüssel IIa-VO keine Unterschiede zu den gleichlautenden Grundsätzen der Art. 36 Brüssel I-VO (EuGVO) und 27 KSÜ.²⁵⁵

3. Unanfechtbare Anerkennung von Umgangs- und Rückgabeentscheidungen

Eine erhebliche Ausnahme vom Grundsatz der Art. 21 ff. macht die Brüssel IIa-VO in ihrem Kapitel III, Abschnitt 4. Die Art. 40 Abs. 1, 41 und 42 Brüssel IIa-VO ordnen an, dass Umgangs- und Rückgabeentscheidungen anerkannt werden, ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann. Es handelt sich ebenfalls um eine Anerkennung *ex lege*, mit dem entscheidenden Zusatz, dass im Zweitstaat gar keine Anerkennungsverzögerungsgründe geprüft werden, nicht einmal mehr der offensichtliche Verstoß gegen den *ordre public*, im Rahmen dessen das Kindeswohl zu berücksichtigen ist.²⁵⁶ Eine juristische Überprüfung der Ausgangsentscheidung kann nur noch im Entscheidungsstaat verfolgt werden.²⁵⁷

Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Regelungen der vor Geltung der Brüssel IIa-VO verhandelten und geschlossenen Übereinkommen. Die Ausnahmeregelungen gehen zurück auf den Vorschlag der französischen Ratspräsidentschaft des Jahres 2000, der sich auf die Abschaffung des Exequaturverfahrens bei grenzüberschreitenden Umgangs- und Kindesrückgabeentscheidungen unter

²⁵² Borrás, Erläuternder Bericht, Nr. 77; Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 1; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 164.

²⁵³ Art. 26 Brüssel IIa-VO; Art. 36 EuGVO (Brüssel I); Art. 29 EuGVÜ; Art. 27 KSÜ; § 723 Abs. 1 ZPO (als allgemein geltender Grundsatz des autonomen dt. Anerkennungsrechts).

²⁵⁴ Hess, EZPR, § 7 Rn. 74 mit dem Hinweis auf die Relativierung dieses Grundsatzes durch das Institut der Abänderung; allg. Geimer, IZPR, Rn. 2910; zu § 328 ZPO von Hoffmann/Thorn, IPR, § 3 Rn. 165.

²⁵⁵ Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C133.

²⁵⁶ Vgl. Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 164.

²⁵⁷ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 74; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-195/08 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 51 und 69; EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008, I-5271, Rn. 87, mit Anm. Schulz, FamRZ 2008, 1732-1735.

Ausschluss der Nachprüfbarkeit des Titels im Zweitstaat bezog, um die Schaffung eines gemeinschaftlichen Rechtsraums im Sinne der Beschlüsse der Sondertagung von Tampere einen entscheidenden Schritt voranzubringen.²⁵⁸ Im Rahmen der Beschlüsse von Tampere hatte der Europäische Rat zuvor auf die Notwendigkeit der Verbesserung der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidungen hingewiesen und die Kommission aufgefordert, einen Vorschlag zu unterbreiten, verfahrensrechtliche Zwischenmaßnahmen in den jeweiligen Mitgliedstaaten bei der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Entscheidungen zu beseitigen.²⁵⁹ Der darauf folgende Verordnungsvorschlag der französischen Ratspräsidentschaft vom 26.6.2000 über einen „Europäischen Besuchstitel“²⁶⁰ sah im Bereich des Umgangsrechts und der Kindesrückgabe den Wegfall des Exequaturverfahrens im Mitgliedstaat der Anerkennung/Vollstreckung vor.²⁶¹ Bei Umgangsrechtsentscheidungen sollte nur noch die Vollstreckung angreifbar sein, und dies auch nur vor Gerichten des Mitgliedstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁶² Im Bereich der Kindesrückgabe sah der Vorschlag für den Fall, dass ein Kind nach Beendigung einer Besuchszeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem des gewöhnlichen Aufenthalts nicht zurückgeschickt wurde, vor, dass der Elternteil, dessen Sorgerecht verletzt wurde, die sofortige Rückgabe des Kindes verlangen können sollte, ohne dass der andere Elternteil dagegen Einspruch erheben konnte.²⁶³ Der andere Elternteil sollte gemäß Art. 11 des Verordnungsentwurfs nicht geltend machen können, dass ein Anerkennungsversagungsgrund gegen die Entscheidung vorliegt,²⁶⁴ oder dass im Zufluchtstaat eine Sorgerechtsentscheidung zu seinen Gunsten besteht oder dort anerkannt werden könnte, auch sollte der Einwand des Art. 13 HKÜ ausgeschlossen sein.²⁶⁵ Der Verordnungsvorschlag der französischen Ratspräsidentschaft ebnete somit den Weg für die Gestalt der heute geltenden Regeln des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO.

²⁵⁸ Rat der EU, Brüssel 26.6.2000 (07.07.) (OR fr.) SN 3383/00, Limite: Vermerk der französischen Delegation für den Rat betreffend Initiative der Französischen Republik betreffend einen Entwurf einer Verordnung (EG) des Rates über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht, in IPRax 2000, 444-447; dazu Hess, IPRax 2000, 361-363; ders., EZPR, § 7 Rn. 87.

²⁵⁹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes Europäischer Rat (Tampere) 15./16.10.1999, NJW 2000, 1925.

²⁶⁰ Verordnungsentwurf der Französischen Republik, abgedruckt in IPRax 2000, 444.

²⁶¹ Kapitel II und III des Verordnungsentwurfs der Französischen Republik, IPRax 2000, 444, 445.

²⁶² Kapitel III des Verordnungsentwurfs der Französischen Republik, IPRax 2000, 444, 445 f.; siehe zu den Regelungen des Verordnungsentwurfs betreffend die Aussetzung der Vollstreckung Kapitel I, D., VI., 2.

²⁶³ Kapitel V des Verordnungsentwurfs der Französischen Republik, IPRax 2000, 444, 445 f.

²⁶⁴ Klage nach Art. 5 des Verordnungsentwurfs der Französischen Republik, IPRax 2000, 444, 446.

²⁶⁵ Verordnungsentwurf der Französischen Republik, IPRax 2000, 444, 446.

Die Geltendmachung der besonderen Vorschriften für Umgangs- und Kindesrückgabeentscheidungen gem. Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO ist jedoch nicht zwingend. Unabhängig von diesen kann der Antragsteller gem. Art. 40 Abs. 2 Brüssel IIa-VO zur Anerkennung (und Vollstreckung) auch ein Vorgehen nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 21 ff. und Art. 28 ff. (Kapitel III, Abschnitt 1 und 2) wählen.²⁶⁶

4. Kindesanhörung als zentrale Voraussetzung der Anerkennung

Innerhalb der Anerkennungsregeln der Brüssel IIa-VO ist die Anhörung des Kindes im Ausgangsverfahren eine wichtige verfahrensrechtliche Komponente der Beachtung des Kindeswohls. Als das „zentrale Gebot der Verwirklichung des Kindeswohls im Verfahren“ ist die Anhörung aus dem allgemeinen verfahrensrechtlichen *ordre public* ausgegliedert und wird damit besonders hervorgehoben.²⁶⁷ In Anlehnung an Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention²⁶⁸ geht die Verordnung von der Kindesanhörung als Regelfall aus.²⁶⁹

Ist die Anhörung des Kindes zu Unrecht unterblieben, so bildet dies nach den allgemeinen Vorschriften des Kapitel III, Abschnitt 1 Brüssel IIa-VO einen Anerkennungsversagungsgrund, Art. 23 lit. b). Ausweislich des Wortlauts des Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO ist dabei das Recht des Anerkennungsstaats der Maßstab der Prüfung in der Anerkennungsversagung, denn dieser setzt die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze des Anerkennungsstaats voraus.²⁷⁰ Dies bedeutet, dass die Anerkennung versagt werden kann, wenn nur gegen Grundsätze der Anhörung des Anerkennungsstaats, aber nicht des Ursprungsstaats verstoßen wurde.²⁷¹ Dieser Vorbehalt mit Verweis auf eigene verfahrensrechtliche Grundsätze bewirkt neben der Gewährleistung eines diesbezüglichen Schutzniveaus jedoch auch, dass der anerkennende Mitgliedstaat keine höheren Erwartungen an die anzuerkennende Entscheidung stellen kann, als es das eigene Verfahrensrecht

²⁶⁶ *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 40 EuEheVO, Rn. 3.

²⁶⁷ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 7; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 3.

²⁶⁸ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 Teil II, S. 122 ff.

²⁶⁹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 7; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 3.

²⁷⁰ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang bereits, dass Kapitel III, Abschnitt 4 für die Bescheinigung der Anhörung im Bereich Umgang und Kindesrückgabe auf das Verfahrensrecht des Entscheidungsstaats (Ursprungsstaats) abstellt, Art. 41 Abs. 2 lit. c) und 42 Abs. 2 lit. a) Brüssel IIa-VO. Die Auslegung des Wortlauts ist jedoch nicht ganz eindeutig, entspricht aber den Gesetzen der Logik, in diesem Sinne auch *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 41 Brüssel IIa-VO, Rn. 7.

²⁷¹ *Coester-Waljen*, FamRZ. 2005, 241, 248; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 8.

vorsieht.²⁷² Mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung gilt § 159 FamFG²⁷³ als Maßstab, der in seiner Gesamtheit einen solchen wesentlichen Verfahrensgrundsatz des deutschen Rechts darstellt.²⁷⁴

Im Bereich der gem. Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO gesondert behandelten Umgangs- und Rückgabeentscheidungen wird die Anhörung des Kindes gem. Art. 41 Abs. 2 lit. c) und 42 Abs. 2 lit. c) zur Voraussetzung der Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften. Die Entscheidungen sind erst dann von der Anerkennungsprüfung im Zweitstaat ausgenommen, wenn im Ursprungsstaat eine Bescheinigung gem. Art. 41 Abs. 2 und 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO ausgestellt wird, die dem Zweitstaat die Einhaltung der im Ursprungsstaat geltenden Anhörungserfordernisse bestätigt.

Zur Kindesanhörung formuliert der Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Brüssel IIa-VO auf S. 53, dass in der Verordnung mit Nachdruck darauf hingewiesen wird, dass Kindern in den sie betreffenden Verfahren die Gelegenheit gegeben werden muss, sich zu äußern. Die Festschreibung der Anhörung des Kindes sei eine wichtige Bedingung dafür, bei Umgangsrechts- und Kindesrückgabeentscheidungen auf das Exequaturverfahren (und zudem auf eine jegliche Anerkennungsprüfung) im Zweitstaat verzichten zu können.²⁷⁵ Die Verordnung verändere dadurch jedoch nicht die diesbezüglich geltenden nationalen Verfahren.²⁷⁶ Der Praxisleitfaden zur Verordnung rät den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten dazu, die Anhörung in einer Weise durchzuführen, die dem Alter und dem Reifegrad des Kindes entsprechen. All dies zeigt, welchen hohen Stellenwert die Kindesanhörung im Verfahrensrecht der Brüssel IIa-VO genießt.

5. Anwendung auf den Beispielfall

Im Fall Tiemann ging es dem Kindesvater um die schnelle Rückführung seiner Kinder nach Deutschland, weshalb sich das deutsche Gericht vorerst mit der Aufenthaltsbestimmung befasste. Im Grunde wäre diese vorläufige Übertragung nicht nötig gewesen, da der Anspruch auf Rückführung des Kindes schon aus dem gemeinsamen Sorgerecht folgte.²⁷⁷ Im Weiteren sollte sodann die Verteilung des Sorgerechts in einem umfassenden Verfahren am Ort des gewöhnlichen Aufent-

²⁷² Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 9.

²⁷³ Vor dem 1.9.2009 § 50b FGG.

²⁷⁴ Hüfstege, in: Thomas/Putzo, Art. 23 EuEheVO Rn. 2; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem zu Art 19 EGBGB, Rn. C 124; Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 9, noch zu § 50b: Helms, FamRZ 2001, 257, 263 und Gottwald, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 3.

²⁷⁵ Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 53.

²⁷⁶ Erwägungsgrund (19) zur Brüssel IIa-VO; Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 54.

²⁷⁷ Siehe Schulz, FamRZ 2003, 336, 340.

halts der Kinder, der Bundesrepublik Deutschland, geregelt werden. Die im Fall Tiemann als Konsequenz des vorläufigen alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vaters angeordnete Herausgabe der Kinder müsste bei hypothetischer Unterstellung der Geltung der Brüssel IIa-VO gem. ihrem Art. 21 Abs. 1 ohne „besonderes Verfahren“ anerkannt werden.

Nach der Systematik der Brüssel IIa-VO ist die Anerkennung der allgemeine Grundsatz, ihre Versagung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Die nicht notwendigerweise rechtskräftige Entscheidung entfaltet *ex lege* Wirkung im Anerkennungsstaat.²⁷⁸ Bei der Beurteilung der Anerkennung der Rückführungsentscheidung des deutschen Gerichts waren aus französischer Sicht zunächst die Sondervorschriften der Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO zu beachten. Bei der deutschen Rückführungsentscheidung handelte es sich um eine vollstreckbare Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaats, die nunmehr in den Anwendungsbereich der Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Abs. 1 Brüssel IIa-VO fiel. Bei Vorliegen der Voraussetzungen und der Ausstellung der entsprechenden Bescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO durch das deutsche Gericht hätte die kraft Gesetzes erfolgte Anerkennung der Rückführungsentscheidung gem. Art 42 Abs. 1 Brüssel IIa-VO in Frankreich nicht angefochten werden können.

Wenn sich Herr Tiemann gem. Art. 40 Abs. 2 Brüssel IIa-VO auf die allgemeinen Regeln berufen hätte, er also ungeachtet der Bestimmungen des Kapitels III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO die Vollstreckbarerklärung nach Maßgabe der Abschnitte 1 und 2 des Kapitels III beantragt hätte, so hätte die Anerkennung nur verweigert werden dürfen, wenn ein Anerkennungsversagungsgrund gem. Art.23 Brüssel IIa-VO vorgelegen hätte. Da das französische Gericht einen Verstoß gegen den französischen *ordre public* annahm, wäre die Versagung der Anerkennung an den Voraussetzungen des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO zu messen gewesen. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass der Mutter bei der Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Vater nicht einmal ein Besuchsrecht eingeräumt worden sei. Der Ausschluss eines jeden Umgangsrechts der Mutter würde zwar einen Verstoß gegen französische Grundrechte sowie gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen, jedoch hatte das deutsche Gericht dies auch nicht angeordnet. Der Annahme des französischen Gerichts lag ein Missverständnis in Bezug auf den Regelungsgehalt der deutschen Entscheidung zugrunde. Dass das deutsche Gericht die Frage des Umgangsrechts nicht ausdrücklich regelte, stellte das bestehende Umgangsrecht Frau Tiemanns nicht in Frage. Tatsächlich verletzte die anerkennende deutsche Entscheidung nicht den französischen *ordre public*.

Auch bei Geltung der Brüssel IIa-VO hätte der deutschen Entscheidung im Fall Tiemann die Anerkennung nicht abgesprochen werden dürfen. Die französische Entscheidung, welche einen Verstoß gegen französischen *ordre public* annahm,

²⁷⁸ Rieck, in: Schulz/Hauß, Art. 21 EheVO 2003, Rn. 2.

zeigte jedoch deutlich, welche hohe Relevanz der Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Kindeswohl“ und *ordre public* im Anerkennungsrecht zukommt.

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass die Brüssel IIa-VO die Anerkennung kindschaftsrechtlicher Entscheidungen in Art. 21 und 23 übersichtlich regelt und deren Versagung entsprechend Erwägungsgrund (21) auf ein Minimum an Vorbehalten beschränkt ist, bzw. im Anwendungsbereich der Art. 40 ff. im Anerkennungsstaat ganz ausgeschlossen ist. Ob ein „gegenseitiges Vertrauen“ innerhalb der Mitgliedstaaten tatsächlich besteht, ist dabei eine andere Frage, die jedoch nichts an der geltenden Regelung ändert. Das Anerkennungsrecht der Brüssel IIa-VO leistet in der Theorie aufgrund seiner deutlichen und überschaubaren Konzeption einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung der Idee der Verkehrsfähigkeit der Entscheidung zur elterlichen Verantwortung innerhalb des EU-Raums. Der wichtige Prüfungsschritt der Anerkennung in der Durchsetzung der Entscheidungen in anderen EU-Mitgliedstaaten ist durch die Regeln der Brüssel IIa-VO auf eine klare Grundlage gestellt worden.

VI. Die Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen

Der nächste und letzte Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Begehrens des antragstellenden Trägers elterlicher Verantwortung ist die Durchsetzung der Entscheidung im Wege der Zwangsvollstreckung, soweit eine solche nötig wird. Die Brüssel IIa-VO sieht Regeln zur Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung in ihrem Kapitel III in den Abschnitten 2, 3 und 4 vor. Trotz der Nennung des Begriffs „Vollstreckung“ im Titel des Kapitels III regelt die Brüssel IIa-VO nur die vorgelagerte Zulassung zur Zwangsvollstreckung abschließend, nicht aber auch deren Durchführung. Die Vollstreckungsmaßnahmen unterliegen dem innerstaatlichen Verfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedstaats, Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO.

1. Die Vollstreckbarerklärung gem. Kapitel III, Abschnitte 2 und 3

Das Verfahren der Vollstreckbarerklärung nach Kapitel III, Abschnitt 2 der Brüssel IIa-VO folgt im Wesentlichen dem System der EuGVO, wobei Besonderheiten bestehen, die sich aus der Eigenheit des Gegenstands der elterlichen Verantwortung ergeben.²⁷⁹ Die Vollstreckbarerklärung ist einseitig ausgestaltet und erfolgt auf Antrag eines berechtigten Beteiligten.²⁸⁰ Gem. Art. 31 Brüssel IIa-VO ergeht die Entscheidung i.d.R. ohne mündliche Verhandlung, und nur der antrag-

²⁷⁹ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 176; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 28 Brüssel IIa-VO, Rn. 1; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 85; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 8 Rn. 66a; *Gruber*, IPRax 2005, 293, 299.

²⁸⁰ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 28 Brüssel IIa-VO, Rn. 15.

stellende Verfahrensbeteiligte erhält die Gelegenheit, sich zu äußern.²⁸¹ Im Unterschied zu Art. 41 EuGVO (Brüssel I-VO) prüft das Gericht sodann amtswegig,²⁸² ob Anerkennungshindernisse nach Art. 23 Brüssel IIa-VO vorliegen, Art. 31 Abs. 2. Die Zurückweisung des Antrags würde erfordern, dass diese zur Überzeugung des Gerichts feststehen.²⁸³ Eine Überprüfung in der Sache (*revision au fond*) hat gem. Art. 31 Abs. 3 Brüssel IIa-VO aber auch hier zu unterbleiben. Nach Erlass der Vollstreckbarerklärung gewährt Art. 33 Brüssel IIa-VO jedem Beteiligten einen fristgebundenen Rechtsbehelf. Die Frist für den Antragsgegner beträgt hierbei einen Monat bzw. zwei Monate, wenn der Beteiligte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Entscheidungsstaats hat und eine Auslandszustellung vorzunehmen ist. Über diesen Rechtsbehelf ist nach dem innerstaatlichen Verfahrensrechts des Vollstreckungsstaats zu entscheiden, das für kontradiktorische Verfahren maßgebend ist, Art. 33 Abs. 3 Brüssel IIa-VO.²⁸⁴

2. Unmittelbare Vollstreckbarkeit gem. Kapitel III, Abschnitt 4

Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO sieht im Bereich der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen über das Umgangsrecht und die Kindesherausgabe im Vergleich zu den allgemeinen Vorschriften der Art. 28 ff. gravierende Besonderheiten vor. Art. 41 und 42 der Verordnung bestimmen, dass diese Entscheidungen in den anderen EU-Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden können, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass, wie bereits oben gesehen²⁸⁵, Einwendungen gegen die Anerkennung erhoben werden können.²⁸⁶ Bei Ausstellung einer Bescheinigung gem. Art. 41 Abs. 2 und 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO durch den Entscheidungsstaat durchlaufen Entscheidungen zum Umgangsrecht gem. Art. 40 Abs. 1 lit. a), 41 und zur Rückgabe eines Kindes gem. Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 infolge einer Rückführungsversagung i.S.d. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO im Zweitstaat nicht mehr das Verfahren der Vollstreckbarerklärung (Exequaturverfahren), welches die Art. 28 ff. Brüssel IIa-VO grds. vorsehen. Die so erreichte *ex lege* eintretende Vollstreckbarkeit der Umgangs- und Rückgabebeschneidungen ist die wohl bemerkenswerteste Reform, die die Brüssel IIa-VO mit sich brachte, legitimiert durch die Annahme eines ausreichenden gegenseitigen

²⁸¹ Siehe dazu *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 31 EuEheVO Rn. 1; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 178; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 31 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; die deutsche Umsetzungsvorschrift ist § 18 IntFamRVG.

²⁸² *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 144; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 85.

²⁸³ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 31 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

²⁸⁴ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 179.

²⁸⁵ Kapitel 1, D., V., 3.

²⁸⁶ *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1418.

Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten²⁸⁷ und begründet mit dem Ziel, den Kontakt zwischen dem zurückgelassenen Elternteil und dem Kind nach der Trennung nicht abbrechen zu lassen.²⁸⁸

Wird eine Bescheinigung durch den Ursprungsstaat nach Maßgabe des Anh. III bzw. IV der Brüssel IIa-VO gem. Art. 41 Abs. 1 oder 42 Abs. 1 ausgestellt und im Zweitstaat vorgelegt, so ist diese Entscheidung im Zweitstaat wie eine eigene zu behandeln.²⁸⁹ Voraussetzung der Bescheinigung ist die Einhaltung gewisser verfahrensrechtlicher Mindestanforderungen durch die Gerichte des Entscheidungsstaats, Art. 41 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO. Das Kind muss die Möglichkeit gehabt haben, gehört zu werden, sofern eine Anhörung nicht aufgrund des Alters oder des Reifegrads unangebracht erscheint, Art. 40 Abs. 2 lit. a) Brüssel IIa-VO. Zudem ist erforderlich, dass allen Beteiligten im Ursprungsstaat rechtliches Gehör gewährt wurde. Die Bescheinigung der Erfüllung der Voraussetzungen der Kindesanhörung durch den Entscheidungsstaat wird durch die Hervorhebung in Art. 41 Abs. 2 lit. c) und 42 Abs. 2 lit. a) Brüssel IIa-VO besonders betont. Zur Erfüllung des Anhörungserfordernisses ist im Gegensatz zu Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO vom Recht des Entscheidungsstaats auszugehen.²⁹⁰ So würde z.B. eine Bescheinigung ausgestellt werden, wenn eine Anhörung unangebracht war, weil das Recht des Entscheidungsstaats nur die Anhörung von Kindern ab dem 14. Lebensjahr vorsieht, das betroffene Kind aber jünger war, unabhängig davon, ob dies von verfahrensrechtlichen Grundsätzen des Vollstreckungsstaates fundamental abweicht oder nicht.²⁹¹

Gem. Art. 43 Abs. 2 Brüssel IIa-VO steht gegen die Bescheinigung kein Rechtsbehelf zur Verfügung. Dem ersuchten Gericht im Zweitstaat steht lediglich zu, die Vollstreckbarkeit der Entscheidung, für die eine Bescheinigung ausgestellt wurde, festzustellen.²⁹² Eine gerichtliche Überprüfung kann nur durch die Einlegung von Rechtsbehelfen im Entscheidungsstaat gegen den Titel selbst erreicht werden.²⁹³

²⁸⁷ Erwägungsgrund (21) zur Brüssel IIa-VO; *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 4.

²⁸⁸ *Magnus*, in: *Magnus/Mankowski*, Brussels IIbis Regulation, Section 4, Introductory remarks, Rn. 1 mit Bezug auf Art. 24 der EU-Grundrechtecharta.

²⁸⁹ *Schulz*, NJW 2004 Beilage zu Heft 18, 2, 4; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 87 mit der Bezeichnung, die Bescheinigung enthalte funktionell eine europäische Vollstreckungsklausel.

²⁹⁰ *Geimer*, in: *Geimer/Schütze*, EZVR, A.2, Art. 41 Rn. 20; *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 41 Brüssel IIa-VO, Rn. 28; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 248.

²⁹¹ Beispiel nach *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 248.

²⁹² EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008, I-5271, Rn. 88 = FamRZ 2008, 1729, 1732.

²⁹³ Vgl. *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO Rn. 3.

Auch der Vorschlag der französischen Ratspräsidentschaft über einen Europäischen Besuchstitel²⁹⁴ hatte die Möglichkeit der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen unmittelbar vollstreckbare Umgangs- und Rückgabeentscheidungen auf Verfahren vor den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaats beschränkt.²⁹⁵ Erwägungsgrund (11) des Verordnungsvorschlags erklärt dabei, dass als Ausgleich zur unmittelbaren Vollstreckbarkeit der Entscheidungen in allen Mitgliedstaaten Garantien vorzusehen sind, die die Interessen beider Elternteile und des Kindes schützen.²⁹⁶ Der französische Verordnungsvorschlag sah somit einen Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung im Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vor, über den in einem Eilverfahren entschieden werden sollte, die sog. Widerspruchsklage gem. Art. 4-6 des Verordnungsentwurfs. Die Widerspruchsklage sollte dabei nur auf folgende Gründe gestützt werden können: dass wegen neuer Umstände mit der Ausübung des Umgangs- und Aufnahmerechts die schwere und unmittelbare Gefahr einer körperlichen und seelischen Beeinträchtigung des Kindes verbunden ist, (Art. 4 des Verordnungsentwurfs, erster Spiegelstrich); dass eine im Hoheitsgebiet des Zweitstaats eine bereits vollstreckbare nicht zu vereinbarende Entscheidung vorliegt (Art. 4 des Verordnungsentwurfs, zweiter Spiegelstrich); und dass eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, mit der festgestellt wird, dass ein Grund für die Nichtanerkennung oder die Nichtvollstreckung einer der im Rahmen der in Art. 1 Abs. 1 der Verordnung EG Nr.1347/2000 genannten zivilrechtlichen Verfahren vorliegt, (Art. 5 Absatz 2 des Verordnungsentwurfs).²⁹⁷

Die klare Kompetenzverteilung zugunsten der Gerichte des Entscheidungsstaats durch die Brüssel IIa-VO hat der EuGH im Jahr 2010 in der Rechtssache *Aguirre Zarraga./Pelz* bestätigt.²⁹⁸ Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens waren Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer unmittelbar vollstreckbaren Rückgabeanordnung gem. Art. 42 der Brüssel IIa-VO nach einem widerrechtlichen Zurückhalten eines Kindes.²⁹⁹ Der Sachverhalt war ähnlich wie der Fall *Tiemann* davon geprägt, dass eine Rückführungsentscheidung im Zweitstaat Bedenken fundamentaler Natur begegnete. Nachdem die Rückführung des gemeinsamen Kindes aus Deutschland nach Spanien im HKÜ-Verfahren durch deutsche Gerichte auf Grundlage von Art. 13 Abs. 2 HKÜ versagt wurde, ordnete der spa-

²⁹⁴ Siehe hierzu schon oben Kapitel 1, D, V, 3.

²⁹⁵ Siehe den Entwurf der französischen Ratspräsidentschaft, abgedruckt in IPRax 2000, 444 und dazu Heß, IPRax 2000, S. 361 f.

²⁹⁶ Verordnungsentwurf der französischen Republik, IPRax 2000, 444, 445.

²⁹⁷ Siehe zum Vorschlag *Heß*, IPRax 2000, 361 f.; Verordnungsentwurf der französischen Republik, IPRax 2000, 444, 445.

²⁹⁸ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, insb. Rn. 51 und 69 = FamRZ 2011, 355, 357, 358.

²⁹⁹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 29 ff. = FamRZ, 2011, 355, 356-357.

nische Juzgado de Primera Instancia Bilbao die Rückgabe des Kindes nach Spanien an und stellte eine Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO aus.

Die Vollstreckung der Rückgabe wurde in zweiter Instanz durch das OLG Celle verweigert. Das OLG erkannte zwar, dass es als Gericht des Vollstreckungsstaats grds. keine eigene Prüfungsbefugnis nach Art. 21 der Brüssel IIa-VO besaß, nahm jedoch an, dass bei besonders gravierenden Grundrechtsverstößen etwas anderes zu gelten habe.³⁰⁰ Das spanische Gericht habe aufgrund der fehlenden Kindesanhörung die Berücksichtigung des aktuellen Willens des Kindes versäumt, was einen Verstoß gegen Art. 24 der Charta der Grundrechte dargestellt habe. Auch stellte das OLG Celle infrage, an die Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO gebunden gewesen zu sein, da diese die Anhörung gem. Abs. 2 lit. a) offensichtlich unzutreffend ausgewiesen habe.³⁰¹ Eine Anhörung des Kindes sei vor Erlass des Rückgabebetels gem. der Bescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO gar nicht durchgeführt worden. Hierzu führte der EuGH aus, dass aus den Art. 42 Abs. 1 und 43 Abs. 2 der Verordnung im Lichte einer Auslegung nach den Erwägungsgründen (17) und (24) hervorgehe, dass eine Entscheidung, mit der das zuständige Gericht die Rückgabe des Kindes anordnet und für sie eine Bescheinigung im Sinne von Art. 42 Abs. 1 ausgestellt hat, anerkannt werde und automatisch vollstreckbar sei, ohne dass im Zweitstaat die Möglichkeit bestehe, sich ihrer Anerkennung entgegenzustellen.³⁰² Ein Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats könne nur die Vollstreckbarkeit feststellen.³⁰³ Sämtliche Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung selbst sowie gegen die Bescheinigung müssten daher im Entscheidungsstaat geltend gemacht werden.³⁰⁴ Der EuGH führte prägnant aus:³⁰⁵

[51] Ferner geht aus der Rechtsprechung hervor, dass im Rahmen der durch die Verordnung Nr. 2201/2003 geschaffenen klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaats und des Vollstreckungsmitgliedstaats, die auf die rasche Rückgabe des Kindes abzielt, Fragen, die die Rechtmäßigkeit der die Rückgabe anordnenden Entscheidung als solche betreffen, und insbesondere die Frage, ob die Voraussetzungen vorliegen, die es dem zuständigen Staat ermöglichen, diese Entscheidung zu er-

³⁰⁰ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 34 = FamRZ 2011, 355, 356.

³⁰¹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 36 = FamRZ 2011, 355, 356.

³⁰² EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 48 = FamRZ 2011, 355, 357.

³⁰³ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 49 = FamRZ 2011, 355, 357.

³⁰⁴ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 50-51 = FamRZ 2011, 355, 357, siehe auch Erwägungsgrund (24) zur Brüssel IIa-VO.

³⁰⁵ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 51 = FamRZ 2011, 355, 357.

lassen, vor den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaats nach dessen Recht geltend zu machen sind (Urteil Povse, Rz. 74).

Für eine Erhebung des Einwands des Kindeswohls im Verfahren der Vollstreckbarerklärung im Zweitstaat kommt es damit entscheidend darauf an, ob das Exequaturverfahren gem. Art. 28 ff. Brüssel IIa-VO vorgesehen ist oder ob eine Umgangsrechts- oder Kindesrückgabeentscheidung vorliegt, für die das Verfahren der Art. 40 bis 42 der Verordnung gilt. Im ersten Fall kann der betroffene Elternteil im Zweitstaat gerichtlich geltend machen, dass die zu vollstreckende Entscheidung gem. Art. 31 Abs. 2 i.V.m. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO gegen den Anerkennungsversagungsgrund der Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* des Anerkennungsstaats verstößt, im Rahmen dessen das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, während im zweiten Fall die Entscheidung anerkannt wird und im Zweitstaat vollstreckt werden kann, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann, also keine Rechtsbehelfe gegen die Anerkennung und die Vollstreckbarkeit der Entscheidung geltend gemacht werden können und somit im Zweitstaat auch keine auf den *ordre public* reduzierte Überprüfung der Entscheidung im Hinblick auf das Kindeswohls erfolgen darf.

3. Das Vollstreckungsverfahren, Art. 47 und 48 Brüssel IIa-VO

Das von der Vollstreckbarerklärung (Exequatur) zu unterscheidende Vollstreckungsverfahren richtet sich gem. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Vollstreckung durchgeführt wird. Die für vollstreckbar erklärte oder unmittelbar vollstreckbare mitgliedstaatliche Entscheidung ist dadurch der inländischen nahezu gleichgestellt. Gem. Art. 47 Abs. 2 erfolgt die Vollstreckung im Zweitstaat unter denselben Bedingungen, die für in diesem Mitgliedstaat ergangene Entscheidungen gelten. Die Vollstreckbarkeit einer solchen Entscheidung entfällt gem. Art. 47 Abs. 2 S. 2 Brüssel IIa-VO nur dann, wenn sie mit einer später ergangenen vollstreckbaren Entscheidung unvereinbar ist.

Art. 48 der Brüssel IIa-VO sieht vor, dass die Gerichte des Vollstreckungsmitgliedstaats die praktischen Modalitäten der Ausübung des Umgangsrechts regeln können, wenn die notwendigen Vorkehrungen nicht oder nicht in ausreichendem Maße bereits in der Entscheidung der in der Hauptsache zuständigen Gerichte getroffen wurden und sofern der Wesensgehalt der Entscheidung unberührt bleibt. Die Regelung dient allein dazu, den Tenor der mitgliedstaatlichen Entscheidung im Zweitstaat, soweit nötig, in das geltende Vollstreckungsverfahrensrecht einzupassen und somit die Durchsetzung zu ermöglichen und nicht zu dem Ergebnis der Unmöglichkeit der Vollstreckung zu kommen.³⁰⁶ Art. 48 Abs. 1 der

³⁰⁶ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 48 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 181.

VO legitimiert die Gerichte des Zweitstaats jedoch nicht dazu, inhaltliche Veränderungen der Entscheidung in der Sache vorzunehmen.³⁰⁷ Der Kern der Entscheidung, also die Entscheidung über die beteiligten Personen, den Ort und die Dauer des Umgangs dürfen nicht angetastet werden.³⁰⁸ Hat das in der Hauptsache zuständige mitgliedstaatliche Gericht selbst entsprechende Anordnungen getroffen, so treten die nach Art. 48 Abs. 1 der Brüssel IIa-VO im Vollstreckungsstaat angeordneten Modalitäten der Vollstreckung außer Kraft, Art. 48 Abs. 2 Brüssel IIa-VO.

4. Anwendung auf den Beispielsfall

Die Lösung des Falls Tiemann würde sich bei unterstellter Geltung der Brüssel IIa-VO anders gestalten. Die Reformen der Verordnung im Bereich der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen würden sich wohl entscheidend auf das Ergebnis auswirken. Im Jahr 1998 galt für diesen internationalzivilverfahrensrechtlichen Aspekt noch das ESÜ. Jedoch kam es nie zur Vollstreckung der deutschen Herausgabeentscheidung, da es, wie oben gesehen, schon an der Anerkennung dieser durch die französischen Gerichte fehlte.

Die Vollstreckung einer mitgliedstaatlichen Rückgabeentscheidung bzgl. eines Kindes fällt nunmehr in den Anwendungsbereich von Kapitel III, Abschnitt 4 der Verordnung. Auf Grundlage der Brüssel IIa-VO hätte das deutsche Familiengericht sich nun nach der Rückführungsversagung durch die Entscheidung des TGI Blois vom 25.9.1997³⁰⁹ mit dieser auseinandersetzen und ggf. die Rückführung anordnen können. Hätte das deutsche Gericht seiner Rückgabeentscheidung eine Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 1 und 2 Brüssel IIa-VO beigefügt, so wäre diese Entscheidung *ex lege* in Frankreich anerkannt worden, die Anerkennung der Entscheidung wäre in Frankreich auch nicht anfechtbar gewesen und hätte dort vollstreckt werden können, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedurft hätte. Frau Tiemann hätte in Frankreich gegen die Entscheidung des Amtsgerichts Sulingen nicht mehr den Einwand des Kindeswohls geltend machen können. Das französische TGI Blois hätte sich nicht mehr mit der Frage des Kindeswohls und des *ordre public* auseinandersetzen dürfen, sondern hätte allein die kraft Gesetzes erfolgte Anerkennung und die unmittelbare Vollstreckbarkeit der deutschen Entscheidung feststellen dürfen.

Ein letzter denkbarer Ansatzpunkt für Einwände verbleibt bei Anwendung des Vollstreckungsverfahrensrechts, welches sich gem. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO unverändert nach dem Recht des Vollstreckungsstaats richtet. Dies wäre im Fall Tiemann auch heute noch das französische Familienverfahrens- und Vollstre-

³⁰⁷ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 48 Brüssel IIa-VO, Rn. 3; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 181.

³⁰⁸ Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 181.

³⁰⁹ 970 1671, Beschluss 370/97, DEuFamR 1999, 55, 64-65.

ckungsrecht. Dieses nationale Vollstreckungsverfahren unterliegt dabei den Grenzen der eigenen Rechtsordnung, insbesondere den Grundrechten des Vollstreckungsstaats. So kann z.B. das nationale Vollstreckungsrecht die Gewaltanwendung gegen das Kind ausschließen, wie z.B. § 90 Abs. 2 FamFG. Es können somit Einwände gegen die Vereinbarkeit der Vollstreckungsmaßnahme mit dem Kindeswohl erhoben werden. Die Regelung des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO steht diesem nicht entgegen.³¹⁰ Es handelt sich hierbei nicht um Einwände gegen die Entscheidung selbst, sondern nur gegen ihre Umsetzung im Wege der Vollstreckung. Ein Widerspruch gegen das Kindeswohl oder Verstöße gegen das Übermaßverbot richten sich in diesem Stadium nur noch gegen die klar vom Umgangstitel zu trennende Vollstreckungsmaßnahme selbst. Überprüfungsgegenstand ist allein die Gestalt der individuellen Zwangsvollstreckungsmaßnahme. Die Vollstreckbarkeit des mitgliedstaatlichen Titels bliebe dadurch unberührt, und Herr Tiemann hätte als Träger der elterlichen Verantwortung auf dieser Grundlage die Rückkehr seiner Kinder nach Deutschland erwirken können.

Eine andere Frage ist, ob eine trennscharfe Differenzierung zwischen Titel und dessen Umsetzung im Wege der Vollstreckung in der Praxis möglich ist, da es letztlich um die Umsetzung des Entscheidungsgehalts geht. Die gerichtliche Praxis muss hier genau beachten, dass sich die Einwände nur auf die Gestalt der individuellen Vollstreckungsmaßnahme beziehen darf.³¹¹

VII. Die Kindesrückführung

Die widerrechtliche eigenmächtige Entführung der Kinder durch beide Elternteile stellte im Fall Tiemann für die mit dem grenzüberschreitenden Konflikt befassten Gerichte die juristisch schwierigste Aufgabe dar.³¹² Die folgende Darstellung zeigt, welche inhaltlichen Veränderungen die neue Brüssel IIa-VO hier vorsieht und welche Auswirkungen ihre Anwendung auf den Fall hätte.

1. Die Integration des HKÜ-Verfahrens, Art. 11 Brüssel IIa-VO

In der Vorbereitung der Brüssel IIa-VO waren sich die EG-Mitgliedstaaten uneinig, ob eigene Regeln zur Kindesentführung Eingang in die neue Verordnung finden sollten oder nicht.³¹³ Für eine eigenständige Regelung sprach der Vorteil,

³¹⁰ Vgl. *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 47 Brüssel IIa-VO, Rn. 1; *Gottwald*, in: *München-Komm/ZPO*, Art. 47 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

³¹¹ Die Problematik wird aufgegriffen in Kapitel 7, A., II., Nr. 1.

³¹² Siehe die verfassungsgerichtliche Würdigung in BVerfGE 99, 145, 162 = NJW 1999, 631, 633.

³¹³ Vorschlag für die Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 im Bezug auf Unterhaltssachen, 26.11.2002, 14733/02, Vermerk des Vorsitzes, S. 8-9; *Schulz*, FamRZ 2003,1351, 1352; *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 90.

sämtliche international-zivilverfahrensrechtliche Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts in der Verordnung zu regeln.³¹⁴ Für die Ausklammerung der Kindesentführung aus dem Anwendungsbereich der Verordnung stritt die hohe, fast weltweite Akzeptanz des HKÜ in der Praxis der Vertragsstaaten sowie die überwiegend gute Erfahrung mit den etablierten Rückführungsmechanismen.³¹⁵ Letztlich fand man einen Kompromiss, der das HKÜ als Rechtsgrundlage der Kooperation auch innerhalb der europäischen Beziehungen beibehält. Erwägungsgrund (17) zur Brüssel IIa-VO spricht von einer Ergänzung des HKÜ durch die Verordnung. Um das Rückführungsverfahren in einen Einklang mit den erneuerten Bestimmungen der Brüssel IIa-VO zu bringen, wurden Normen geschaffen, die das HKÜ in gewissen Fragen vervollständigen, modifizieren, dabei Ermessensspielräume verengen oder ganz aufheben und damit das HKÜ-Verfahren in das Gesamtkonzept des reformierten europäischen IZVR in Kindersachssachen einfügen.

Die Abstimmung mit dem HKÜ beginnt mit der Begriffsbestimmung durch Art. 2 Nr. 11 Brüssel IIa-VO, welcher das widerrechtliche Verbringen für die Verordnung im Sinne der Bestimmung in Art. 3 HKÜ definiert. Die Modifikationen des HKÜ-Verfahrens werden getroffen durch die Art. 10 und 11 der Brüssel IIa-VO. Art. 10 Brüssel IIa-VO regelt die internationale Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführung und sieht vor, dass diese bei widerrechtlichem Verbringen grds. bei den Gerichten des Mitgliedstaats verbleibt, in dem das Kind vor dem Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.³¹⁶ Ein Wechsel der Zuständigkeit ergibt sich erst dann, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt und hinzukommt, dass jede sorgeberechtigte Person dem Verbringen zustimmt, Art. 10 lit. a) Brüssel IIa-VO, oder das Kind sich im Zufluchtstaat mindestens ein Jahr aufgehalten hat und einer der Tatbestände des Art. 10 lit b) i)-iv) Brüssel IIa-VO erfüllt ist, die jeweils auf Tatsachen abstellen, die dem Rückführungsverfahren die Grundlage entziehen. Art. 10 Brüssel IIa-VO schützt damit die Grundzuständigkeit des Art. 8 Brüssel IIa-VO und unterstützt die Wirkung des HKÜ darin, den Anreiz zu eigenmächtigem Entführen zu nehmen.³¹⁷

Zentrale Norm ist Art. 11 Brüssel IIa-VO, der gewährleisten soll, dass die Gerichte des ersuchten Mitgliedstaats die sofortige Rückgabe des Kindes bewirken, zeitlich dabei mit der gebotenen Eile handeln und der Verwirklichung der Durchführung des Sorgerechtsverfahrens im bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsstaat

³¹⁴ So der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 17.5.2002, COM (2002) 222/2, Art. 21 ff.

³¹⁵ *Schulz*, FamRZ 2003, 1351, 1352.

³¹⁶ „Zuständigkeitssperre in Sachen der elterlichen Verantwortung“ die der Regelung des Art. 16 HKÜ entspricht, *Rieck*, in: Schulz/Hauß, Art. 10 EheVO 2003, Rn. 2.

³¹⁷ Vgl. *Hess*, EZPR, § 7 Rn. 92.

diene.³¹⁸ Art. 11 Abs. 2 Brüssel IIa-VO betont die Notwendigkeit der Gewährleistung der durch die Verordnung für so wichtig erachteten Kindesanhörung bei der Entscheidung nach Art. 12 und 13 HKÜ. Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO verpflichtet das ersuchte Gericht im Zufluchtstaat zudem, innerhalb von sechs Wochen zu handeln und eine Anordnung zu treffen. Eine die Rückführung ablehnende Entscheidung muss dem ersuchenden Staat innerhalb eines Monats durch Abdruck der Entscheidung und der Protokolle begründet werden, Art. 11 Abs. 6 der Brüssel IIa-VO.

Eine wesentliche Neuerung im Vergleich zum bekannten HKÜ-Verfahren ist der Wegfall der Möglichkeit zur Versagung der Kindesrückführung gem. Art. 13 lit. b) HKÜ, soweit nachgewiesen ist, dass im Ursprungsstaat angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um die Sicherheit und den Schutz des Kindes zu gewährleisten, Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO. Dies entschärft die Brisanz der in der Praxis so entscheidungserheblichen Rückführungsversagung aus Gründen der Kindeswohlgefährdung und dient auf eine praktische Weise den Zielen des HKÜ, indem der Schutz des Kindes sichergestellt wird. Das Kind wird erst dann in den Herkunftsstaat zurückgeführt, wenn Schutzvorkehrungen gegen begründete Zweifel der Kindeswohlvereinbarkeit getroffen sind. Einem häufig vorgebrachten Argument der Trennung von einem Elternteil durch die Rückführung kann dann mit einer solchen Vorkehrung z.B. einer Kontaktregelung begegnet werden.³¹⁹ Solche verpflichtenden Vereinbarungen mit den Verfahrensbeteiligten sind dem anglo-amerikanischen Rechtsraum bekannt und werden dort als *undertakings* bezeichnet.³²⁰

Der Tatbestand des Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO ist jedoch nicht der einzige, bei dessen Vorliegen eine Rückführung nicht mehr versagt werden kann. Das zuständige Gericht des Zufluchtstaats kann die Rückgabe des Kindes gem. Art. 11 Abs. 5 Brüssel IIa-VO nicht verweigern, wenn der den Rückführungsantrag stellenden Person im Rückführungsverfahren nicht die Möglichkeit gegeben wurde, gehört zu werden.

Die in ihrer Wirkungsweise einschneidendste Norm ist Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO. Danach ist eine auf Rückgabe des Kindes lautende Sachentscheidung des zuständigen Mitgliedstaats, welche infolge einer Rückführungsversagung gem. Art. 13 HKÜ ergeht, nach den Vorschriften des Kapitels III Abschnitt IV der Brüssel IIa-VO vollstreckbar. Die Rückgabeentscheidung wird im Zweitstaat gem. Art. 42 Abs. 1 Brüssel IIa-VO *ex lege* anerkannt und kann dort vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung ange-

³¹⁸ *Schulz*, in: Kropholler FS, S. 435, 442; siehe auch den Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 37 ff.

³¹⁹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 23; Aufzählung weiterer Maßnahmen bei *Pirring*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 67.

³²⁰ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 24.

fochten werden kann. Auch hier kann im Zweitstaat nicht mehr der Einwand des *ordre public* i.S.d. Art. 23 lit a) Brüssel IIa-VO gegen die Entscheidung geltend gemacht werden, weshalb die Entscheidung nicht mehr am Maßstab des Kindeswohls geprüft werden kann.

Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO nennt als Ziel der Vorschrift, die Rückgabe des Kindes zu ermöglichen. Dies bedeutet, dass bei einer nach dem HKÜ abgelehnten Kindesrückführung eine spätere Herausgabeentscheidung des international zuständigen Gerichtsstaats den uneingeschränkten Vorzug genießt.³²¹ Die Privilegierung der Herausgabeentscheidung durch die reformierte EU-Verordnung verschiebt daher in grenzüberschreitenden Sorgerechtsfällen, in denen es zusätzlich zu einer Kindesentführung im Sinne des HKÜ kommt, das Kräfteverhältnis deutlich zugunsten des ursprünglichen Aufenthaltsstaats. Dem HKÜ-Verfahren verbleibt bei einem Vorgehen nach Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO lediglich ein gewisser vorläufiger Charakter erhalten. In Konkurrenz zu einer späteren Rückgabeentscheidung des international zuständigen Gerichts werden die Erwägungen, die aus Sicht des Zufluchtsstaats eine Versagung nach dem HKÜ begründet haben, durch Art. 11 Abs. 8, 42 Brüssel IIa-VO bedeutungslos.

2. Anwendung auf den Beispielsfall

Im Kindesrückführungsverfahren im Fall Tiemann./Lancelin gestand der Cour d'Appel Orléans in zweiter Instanz zu, dass das Verbringen der Kinder widerrechtlich war, lehnte gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ jedoch den Rückführungsantrag des Vaters ab. Die Rückkehr nach Deutschland hätte für beide Kinder die Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens bedeutet bzw. wäre unzumutbar gewesen. Diese Entscheidung war von Herrn Tiemann hinzunehmen und ließ sich auch nicht mehr mit juristischen Mitteln angreifen.

Bei Geltung der Brüssel IIa-VO wäre die Ablehnung der Rückführung der Kinder durch beide französischen Instanzen nicht das Ende aller Hoffnungen des Vaters gewesen, schnellstmöglich Kontakt zu seinen Kindern zu erhalten und diese an ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt, Deutschland, zurückführen zu lassen. So wäre der vor der Entführung bestehende Status quo der internationalen Zuständigkeit gem. Art. 10 Brüssel IIa-VO erhalten geblieben, um am Gerichtsstand des gewöhnlichen Aufenthalts eine Entscheidung zur Verteilung der elterlichen Verantwortung zu ermöglichen. Deutsche Gerichte hätten ihren französischen Kollegen nachweisen können, dass gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO Vorkehrungen getroffen wurden, um den Bedenken der französischen Richter zu begegnen und damit deren Ermessen gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO bei der Rückführungsentscheidung auf Null zu reduzieren.

Die Bedenken des französischen Rückführungsgerichts bezogen sich auf eine mögliche Trennung der Kinder von der sie zu diesem Zeitpunkt betreuenden

³²¹ Siehe dazu *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 56-58 und Art. 40, Rn. 8.

Mutter. Eine Vorkehrung i.S.d. Art. 11 Abs. 4 hätte in der Zusage bestehen können, dass die Kinder auch nach der Rückführung nach Deutschland zunächst in der Obhut der Mutter hätten verbleiben dürfen, bis das Familiengericht Sorge- und Umgangsrecht auf Grundlage einer sorgfältigen Würdigung der Geschehnisse hätte neu regeln können. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die französischen Gerichte diese Maßnahmen für nicht wirksam erachtet hätten und bei ihrer Ablehnung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ geblieben wären, so hätte auch trotz gescheiterter Vermittlung die Regelung des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO die Rückkehr der Kinder nach Deutschland ermöglichen können. Die Herausgabeordnung des international zuständigen deutschen Gerichts (AG Sulingen) wäre hier ungeachtet der Entscheidung nach Art. 13 lit. b) HKÜ nach Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO bei Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung *ex lege* anerkannt worden, ohne dass der Anerkennung oder der sich unmittelbar ergebenden Vollstreckbarkeit in Frankreich der Einwand des Kindeswohls hätte entgegenhalten werden können. Im Fall Tiemann hätte nach dieser Rechtslage eine Rückführung der Kinder nach Deutschland auf juristischem Wege erzwungen werden können.

VIII. Einstweilige Maßnahmen

1. Internationale Zuständigkeit und „Notzuständigkeit“

Die Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten zum Erlass einstweiliger Maßnahmen normiert die Brüssel IIa-VO nicht ausdrücklich, diese ist von der internationalen Zuständigkeit für die Hauptsache mitumfasst.³²² Erlässt dieser Staat eine einstweilige Maßnahme, so ist sie in den anderen Staaten gem. Art. 21. ff. Brüssel IIa-VO anzuerkennen.³²³ Zum schnellen gerichtlichen Handeln in jeglichen Eilfällen sieht die Brüssel IIa-VO mit ihrem Art. 20 zusätzlich vor, dass auch für die Entscheidung in der Hauptsache unzuständige Staaten in dringenden Fällen einstweilige Maßnahmen und Schutzmaßnahmen für die in diesem Staat befindlichen Personen und Vermögensgegenstände anordnen können. In ihrer Konzeption ist die Vorschrift angelehnt an Art. 31 EuGVO, aber auch an Art. 11, 12 und 13 KSÜ.³²⁴ Die erlassenen Maßnahmen müssen nicht zeitlich begrenzt sein, jedoch gibt Art. 20 Brüssel IIa-VO nur die Grundlage zum Erlass vorläufiger Maßnahmen, die vorbehaltlich einer später bestehenden Regelung in der Hauptsache ergehen.³²⁵

³²² *Pertegás Sender*, in: Magnus/Mankowski Brussels IIbis Regulation, Art. 20, Rn. 2, in diesem Sinne ist wohl auch Erwägungsgrund (16) zur Brüssel IIa-VO zu verstehen.

³²³ BGH, NJW 2011, 855, 857; OLG Bamberg, 17.3.2011, 2 UF 59/11, Rn. II.2.a) = FGPrax 2011, 181.

³²⁴ *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 20 Brüssel IIa-VO, Rn.1; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 245.

³²⁵ Vgl. *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 20 Brüssel IIa-VO, Rn.7; zum Begriff der einstweiligen Maßnahme *Kropboller/von Hein*, EZPR, Art. 31 EuGVO, Rn. 5.

Innerhalb des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts spielt der Erlass einstweiliger Maßnahmen eine wichtige Rolle. In der Hektik der Auseinandersetzungen nach einem Verbringen eines Kindes in einen anderen Staat sind die angerufenen Gerichte geneigt, dem Antragsteller vorläufig das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen.³²⁶ Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit zum Erlass kommt es, abgesehen von den regulären Tatbeständen der internationalen Zuständigkeit für die Hauptsache, nach der Sonderregel des Art. 20 Brüssel IIa-VO nur auf die tatsächliche Anwesenheit des Kindes im betreffenden Mitgliedstaat an. Diese Zuständigkeit nach Art. 20 der Brüssel IIa-VO ist besondere Aufmerksamkeit zu schenken, da sie eine Regelung aufgrund einer Kindeswohlbewertung rechtfertigen kann, die zusätzlich zu Anordnungen des international zuständigen Mitgliedstaats Wirkung entfaltet und es hier zu Konkurrenzproblemen kommen kann. Ob eine Zuständigkeit zum Erlass derartiger Maßnahmen im nationalen Recht hinzukommen muss oder die Norm eine unmittelbare Ermächtigung hierzu enthält, ist umstritten.³²⁷ In jedem Fall ergibt sich die jeweilige Maßnahme aus der *lex fori* des anordnenden Staates. Eigene verordnungsautonome Maßnahmen sieht Art. 20 Brüssel IIa-VO nicht vor.³²⁸ Inhalt und Regelungsumfang der einstweiligen und Schutzmaßnahmen ergeben sich damit jeweils aus dem nationalen Familienrecht und dem dazugehörenden Verfahrensrecht.

Der Staat des tatsächlichen Kindesaufenthalts kann vorläufige Maßnahmen etwa zur Verteilung des Sorgerechts treffen, in welchen er sein eigenes Kindeswohlverständnis zum Ausdruck bringt oder den Argumenten eines Beteiligten folgt. Art. 20 Abs. 2 Brüssel IIa-VO normiert jedoch, dass diese außer Kraft treten, sobald der international zuständige Mitgliedstaat von seiner Zuständigkeit durch den Erlass einer eigenen Maßnahme Gebrauch macht. Einen theoretischen Konflikt zur Kompetenz des Entscheidungsstaats begründet Art. 20 Brüssel IIa-VO damit nicht. Nicht ausdrücklich im Verordnungstext geregelt ist allerdings der Fall, dass die zeitliche Reihenfolge eine andere ist und die vorläufige Anordnung der Regelung des zuständigen Gerichts nachfolgt und diese quasi als Reaktion auf die vorhergehende Anordnung im Sinne einer Abänderung erlassen wird.³²⁹

Ein weiteres praktisches Problem ergibt sich, wenn konkurrierende Gerichte eine vorläufige Regelung erlassen, es sich aber nicht eindeutig ergibt, auf welcher rechtlichen Grundlage die Zuständigkeit in Anspruch genommen wurde. Art. 20 Abs. 2 Brüssel IIa-VO ist in seinem Regelungsgehalt klar. Aber wie ist zu entscheiden, wenn auch die Inanspruchnahme des Art. 8 Brüssel IIa-VO infrage

³²⁶ Z.B. Fall Tiemann, *Schulz*, FamRZ 2003, 336, 337; zum engl. Recht *Cretney*, Family Law, Rn. 20-009.

³²⁷ Für die unmittelbare Ermächtigung *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 113; *Andrae*, IPRax 2006, 82, 85-86; aA *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 20 Brüssel IIa-VO, Rn. 17.

³²⁸ *Borrás*, Erläuternder Bericht, Nr. 59; *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 20 Brüssel IIa-VO, Rn. 8.

³²⁹ Siehe hierzu den folgenden Abschnitt "Höchstrichterliche Klärung durch den EuGH".

kommt, in dessen Anwendungsbereich bei der Anerkennung der Anordnung gem. Art. 24 der Brüssel IIa-VO keine Prüfung erfolgen darf? Der EuGH hatte in den Vorabentscheidungsverfahren *Purrucker*³³⁰ und *Deticek*³³¹ zwei Gelegenheiten, diesen Konflikt von Hauptsachezuständigkeit und vorläufiger Regelung zu klären.

2. *Höchstrichterliche Klärung der Konkurrenzfragen durch den EuGH*

a) Rs. C- 256/09 und C-296/10 (*Purrucker I* und II)

In *Purrucker./Valles Perez* liefen in einem deutsch-spanischen Sorgerechtskonflikt drei sorgerechtliche Verfahren nebeneinander.³³² Der zurückgelassene Vater erwirkte vor einem spanischen Gericht die einstweilige Übertragung der Sorge und eine für vollstreckbar bescheinigte Anordnung der Kindesherausgabe und beantragte die Vollstreckung letzterer vor deutschen Gerichten, während die mit dem Kind nach Deutschland geflohene Mutter dort einen Sorgerechtsantrag stellte und sich gegen den Antrag auf Vollstreckbarerklärung verteidigte.³³³ Ähnlich wie im Fall *Tiemann* lag die klassisch komplexe Konstellation der Anträge in zwei Mitgliedstaaten vor. In zwei Vorabentscheidungsverfahren erklärte sich der EuGH in diesem Sorgerechtskonflikt zur Auslegung der Brüssel IIa-VO.³³⁴

Auf die erste Vorlage³³⁵ führte der EuGH aus, dass es nicht Art. 24 Brüssel IIa-VO widerspricht, im Zweitstaat zu prüfen, auf welcher zuständigkeitsrechtlichen Grundlage das Ursprungsgericht seine Entscheidung erlassen habe, wenn dies zweifelhaft ist.³³⁶ Eine Entscheidung, aus der sich nicht ergibt, dass sie von einem tatsächlichen oder vermeintlich in der Hauptsache zuständigen Gericht erlassen wurde, fällt nur dann unter Art. 20 Brüssel IIa-VO, wenn die Nachprüfung ergibt, dass auch die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm vorliegen.³³⁷ Allein der Erlass durch einen unzuständigen Gerichtsstaat reiche hierfür nicht.³³⁸ Die Aner-

³³⁰ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353 und 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, die Entscheidung *Purrucker II* folgte auf eine Vorlage des deutschen Bundesgerichtshofs. Dieser entschied im Anschluss an die Klärung mit Beschluss vom 9.2.2011-XII ZB 182/08=NJW 2011, 856.

³³¹ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193.

³³² EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 17, Sachverhalt und Verfahrensgeschichte in Rn. 13-42; siehe auch BGH, NJW 2011, 856.

³³³ BGH, NJW 2011, 855, 856; *Pirring*, IPRax 2011, 351 zu *Purrucker I*.

³³⁴ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353 und 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I 11163.

³³⁵ Siehe zur verfahrensrechtlichen Entstehung der Vorlagefrage *Pirring*, IPRax 2011, 351, 352.

³³⁶ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 75.

³³⁷ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 76-78; *Pirring* IPRax 2011, 351, 354: die Untersuchung der Frage, ob sich das Gericht auf die Hauptsachezuständigkeit oder der Art. 20 der VO gestützt hat, erlaubt der EuGH ausdrücklich.

³³⁸ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 78.

kennungs- und Vollstreckungsvorschriften der Art. 21 ff. fänden jedoch keine Anwendung auf Maßnahmen nach Art. 20 Brüssel IIa-VO.³³⁹ Die Bestimmung zielt nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers nur auf eine territoriale Wirkung im erlassenden Staat ab.³⁴⁰ Wären alle auf dieser Grundlage erlassenen Maßnahmen in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen, so könnte dies Anreiz zu einem unlauteren *forum shopping* geben, was im Widerspruch zu den Zielen der Verordnung, insbesondere dem Schutz des Kindeswohls, stünde.³⁴¹

In seiner zweiten Entscheidung zu *Purrucker* legte der EuGH die Brüssel IIa-VO dahingehend aus, dass eine Maßnahme, die aufgrund von Art. 20 der Verordnung ergangen ist, nicht die Rechtshängigkeitssperre des Art. 19 Abs. 2 Brüssel IIa-VO auslöst.³⁴² Schon wegen Art. 20 Abs. 2 stehe die einstweilige Anordnung der Anrufung eines Gerichts in der Hauptsache nicht entgegen.³⁴³ Die Unterscheidung ergebe sich aber nicht schon aus der Verschiedenheit von Hauptsacheverfahren und vorläufiger Anordnung, da dies je nach unterschiedlicher nationaler Ausgestaltung des Verfahrensrechts dennoch ein und denselben prozessualen Anspruch betreffen könne.³⁴⁴ Vielmehr komme es darauf an, ob der zeitlich erste Antragsteller sein Begehren auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit in der Hauptsache verfolgt.³⁴⁵ Ergibt sich offensichtlich aus dem zuerst gestellten Antrag und den damit zusammenhängenden Fakten nichts, was eine Hauptsachezuständigkeit begründen kann, so läge auch keine Rechtshängigkeitssperre vor.³⁴⁶ Das zweite angerufene Gericht müsse sich jedoch einen Überblick darüber verschaffen, ob nach dem Verfahrensrecht des zuerst angerufenen Staats das vorläufige Verfahren in ein Hauptsacheverfahren einmündet.³⁴⁷ Sei dies nicht ganz klar, so müsse sich das als Zweites angerufene Gericht mittels einer Anfrage beim anderen Gericht Klarheit verschaffen und könne beim Ausbleiben einer Antwort erst nach angemessener Frist unter Berücksichtigung des Kindeswohls sein Verfahren fortsetzen.³⁴⁸

In der Folge lehnte der BGH die Vollstreckbarerklärung der spanischen Anordnung ab.³⁴⁹ Auch im Falle der Nichtanwendbarkeit der Art. 21 ff. Brüssel IIa-VO könne sich eine Vollstreckbarkeit einer Maßnahme i.S.d. Art. 20 Brüssel IIa-

³³⁹ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 83.

³⁴⁰ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 84.

³⁴¹ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 91.

³⁴² EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 86.

³⁴³ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 71.

³⁴⁴ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 73, 74.

³⁴⁵ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 75.

³⁴⁶ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 77, 78.

³⁴⁷ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 80.

³⁴⁸ EuGH, 9.11.2010, Rs. C-296/10 (*Purrucker II*), Slg. 2010, I-11163, Rn. 82, 83 und Tenor Rn. 86.

³⁴⁹ BGH, NJW 2011, 855.

VO aus nachrangigen Übereinkommen ergeben.³⁵⁰ Es komme aber darauf an, dass die Voraussetzungen des Art. 20 Brüssel IIa-VO vorliegen.³⁵¹ Da dem BGH im konkreten Verfahren nicht ersichtlich war, dass das spanische Gericht auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit in der Hauptsache handelte und auch mangels eines tatsächlichen Aufenthalts des Kindes in Spanien Art. 20 der VO nicht einschlägig war, lehnte der BGH den Antrag auf Vollstreckung der vorläufigen spanischen Sorgerechtsregelung ab.³⁵²

b) Rs. C-403/09 PPU (Deticek)

In der Rechtssache Deticek/.Sguela³⁵³ ging es ebenfalls um den Konflikt von Anordnungen in zwei beteiligten Mitgliedstaaten.³⁵⁴ Auch dieser Fall verdeutlichte das Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht zur Durchsetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen im Zweitstaat und der Notwendigkeit der Beachtung des Kindeswohls.³⁵⁵ Nach dem widerrechtlichen Verbringen eines Kindes nach Slowenien aus dem Staat des ursprünglichen Aufenthalts Italien ordnete das zuständige italienische Gericht die Rückgabe des Kindes nach Italien an. Ein in Slowenien angerufenes Gericht regelte danach im Hinblick auf das Kindeswohl die elterliche Sorge vorläufig und sprach diese der Mutter zu. Es begründete seinen Beschluss damit, dass eine Rückkehr nach Italien und der Vollzug der dort angeordneten Sorgerechtsregelung ein irreversibles Trauma für das Kind bedeuten würde.³⁵⁶

In seiner Entscheidung erklärte der EuGH, dass Art. 20 der Brüssel IIa-VO es nicht erlaube, eine einstweilige Maßnahme zur Regelung der elterlichen Verantwortung zu treffen, welche darauf abzielt, das Sorgerecht für ein Kind, das sich in diesem Mitgliedstaat befindet, zu regeln, wenn ein anderer Mitgliedstaat international zuständig ist und in diesem bereits eine vorläufige Regelung zur Verteilung der elterlichen Sorge getroffen wurde und diese für vollstreckbar erklärt wurde.³⁵⁷ Der Erlass einer einstweiligen Maßnahme durch den Zweitstaat auf Grundlage des Art. 20 Brüssel IIa-VO, welche eine Maßnahme des Ursprungsstaats abändert, würde dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der mitgliedstaatlichen Entscheidungen zuwider laufen, der gem. Erwägungsgrund (21) der VO auf dem

³⁵⁰ BGH, NJW 2011, 855, 857.

³⁵¹ BGH, NJW 2011, 855, 857.

³⁵² BGH, NJW 2011, 855, 859.

³⁵³ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193; besprochen von *Martiny*, FPR 2010, 493-497, *Rieck*, FamFR 2010, 166- und *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158-166.

³⁵⁴ Sachverhalt in EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 18-27.

³⁵⁵ *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158, 159.

³⁵⁶ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 24, 25.

³⁵⁷ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 61.

Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beruht.³⁵⁸ Der EuGH führte aus, dies würde die tragenden Grundsätze der Verordnung erschüttern.³⁵⁹

3. *Anwendung auf den Beispielsfall*

Im Fall Tiemann sprach das deutsche Gericht dem Vater einstweilen das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu, eine einstweilige Maßnahme, die von der Grundzuständigkeit nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO gedeckt gewesen wäre. Diese wäre nach den Art. 21 ff. Brüssel IIa-VO in Frankreich anzuerkennen gewesen. Einstweilige Maßnahmen französischer Gerichte wären durch spätere kollidierende Anordnungen von deutscher Seite gem. Art. 20 Abs. 2 Brüssel IIa-VO außer Kraft getreten. Aber auch die Abänderung einer Entscheidung des deutschen Gerichts durch eine einstweilige Maßnahme durch französische Gerichte wäre nach der Auslegung des Art. 20 Brüssel IIa-VO durch den EuGH ausgeschlossen. Ein juristischer Konflikt um die Frage der Maßgeblichkeit nebeneinander bestehender Anordnungen wäre nicht entstanden.

IX. Fazit – Regelungen der Brüssel IIa-VO zum grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt

Die Subsumtion des Beispielsfalls Tiemann unter die Vorschriften der Brüssel IIa-VO zeigt, dass die Verordnung an den wirklich problematischen Stellen angesetzt hat und in theoretischer Hinsicht viele der klassischen Probleme grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte zu lösen vermag. So hätten sich im Beispielsfall Tiemann ./ . Lancelin bei Geltung der Brüssel IIa-VO nicht mehr sowohl deutsche als auch französische Gerichte für international zuständig erachten können. Eine zeitlich frühere Entscheidung des zuständigen Gerichts in Deutschland hätte in der Folge in Frankreich grds. anerkannt werden müssen und hätte dort Wirkung entfaltet.

Auch darf vorsichtig gemutmaßt werden, dass sich nicht beide Elternteile zu eigenmächtigem Handeln bei der Verbringung der Kinder hätten verleiten lassen, wenn diese nicht durch ihre Heimatgerichte in der Frage der Zuweisung des Sorgerechts noch jeweils zu ihren Gunsten bestätigt und in ihren Gerechtigkeitsvorstellungen bestärkt worden wären. Hätte der Kindesvater Herr Tiemann nicht den Eindruck haben müssen, dass sich hinsichtlich der Fragen der gerichtlichen Kompetenzen ein uneindeutiges Bild dargestellt hat, hätte er vielleicht auch nicht das Bedürfnis gehabt, sich in einer eigenmächtigen und gewalttätigen Aktion durchzusetzen.

Die nunmehr klar feststehende internationale gerichtliche Zuständigkeit, wie sie die Brüssel IIa-VO vorsieht, erweist sich somit als das unentbehrliche Funda-

³⁵⁸ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 45.

³⁵⁹ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 47.

ment der Konfliktlösung. Sie ist die Grundlage des gegenseitigen Vertrauens in die Anerkennung der Entscheidungen mit einer sich möglicherweise anschließenden Vollstreckung. Auch die dem HKÜ-Verfahren typischerweise immanenten Unsicherheiten im Zusammenhang mit Art.13 HKÜ werden durch die auf eine Rückführung zielende Regelung des Art. 11 Brüssel IIa-VO eingeschränkt.

Kapitel 2: Der Einwand des Kindeswohls im Zweitstaat

Die Harmonisierung des kindschaftsrechtlichen IZVR durch die Brüssel IIa-VO stärkt die grenzüberschreitende Durchsetzungsfähigkeit der Entscheidungen durch die klare Kompetenzverteilung, die Beschränkung der Anerkennungshindernisse und die besonderen Regeln für Umgangs- und Rückgabeentscheidungen signifikant. Aber auch auf Grundlage der Verordnung verbleiben bewusst zugelassene Einbruchstellen zur sachlichen Überprüfung der Entscheidungen im Zweitstaat am Maßstab des Kindeswohls.

Bei der juristischen Bewältigung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte verleihen der Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl gem. Art. 23 Abs. 1 lit. a) und Art. 31 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, der Vorbehalt des Art. 13 Abs. 2 HKÜ im Rückführungsverfahren, die Möglichkeit der Abänderung der Entscheidung in der Sache aus Gründen des Kindeswohls und die Möglichkeit zum Erlass einstweiliger Maßnahmen zum Kinderschutz den Gerichten des Anerkennungs- und Vollstreckungsstaats eigene Spielräume zur Prüfung des Kindeswohls im Zweitstaat. Dem Sinn rechtlicher Generalklauseln entsprechend geht es dort um eine Feinsteuerung im Einzelfall und eine konkrete Beurteilung der Situa-

tion am Maßstab nicht verallgemeinerbarer Kriterien.³⁶⁰ Eine nachhaltige Lösung der Sorge- und Umgangsrechtskonflikte im Wege einer richtigen Anwendung der Brüssel IIa-VO hängt zu einem wesentlichen Teil von der sachlich richtigen Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ in seinem jeweiligen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Kontext ab.

Das folgende Kapitel 2 soll zeigen, an welchen Stellen des durch die Brüssel IIa-VO geschaffenen Rechtsrahmens zur Behandlung europäischer grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte die Prüfung des Einwands des Kindeswohls vorgesehen ist, bzw. sich eine solche Möglichkeit ergeben kann und welche Prüfungsmaßstäbe bestehen. Darauf aufbauend, und nach der Analyse der betrachteten Gerichtsentscheidungen deutscher und britischer Gerichte, soll dann in Kapitel 7 gezeigt werden, welche Probleme bei der Behandlung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte im Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls hierbei offenbar wurden und entweder nach wie vor bestehen oder auch seit Einführung der Brüssel IIa-VO neu aufgetreten sind.

A. Kindeswohlprüfung in der Anerkennung nach der Brüssel IIa-VO

I. Die Kindeswohlprüfung gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO

Der offensichtliche Widerspruch zum *ordre public*, im Rahmen dessen das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, ist gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO ein Anerkennungsversagungsgrund. Die Überprüfung grenzüberschreitender Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung auf eine Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl ist eine spezielle Ausprägung der innerstaatlichen *ordre public*-Kontrolle.³⁶¹ Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO verdeutlicht dies in seinem Wortlaut. Im Verhältnis zum allgemeinen *ordre public* handelt es sich nicht um zwei unterschiedliche Maßstäbe, die abstrakt nebeneinander stehen. Vielmehr ist die Berücksichtigung des Kindeswohls ein durch die Brüssel IIa-VO besonders hervorgehobener Teilaspekt des *ordre public*.

Inhaltlich stellt der anerkennungsrechtliche *ordre public* des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO einen Filter zum Schutz gegenüber möglichen Nachteilen aus untragbaren Ergebnissen dar, die einem EU-Mitgliedstaat entstehen können, der nach Maßgabe der Brüssel-IIa-VO die Entscheidung eines anderen EU-Mitgliedstaats anzuer-

³⁶⁰ Allg. zu unbestimmten Rechtsbegriffen siehe *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662-688; *Aden*, ZRP 2012, 50, 52.

³⁶¹ *Rieck*, in: Schulz/Hauß, Art. 23 EheVO 2003, Rn. 2; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 4.

kennen hat.³⁶² Diese öffentliche Ordnung, deren Verletzung als nicht hinnehmbar erscheint, beschreibt den Rahmen aus grundlegenden Prinzipien einer Rechtsordnung, welche zumeist verfassungsrechtliche Qualität haben.³⁶³ Nur eng begrenzte Ausnahmefälle sollen von diesem Filter erfasst werden.³⁶⁴

Im Anwendungsbereich des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO kann eine Entscheidung zur elterlichen Verantwortung gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaats verstoßen, wenn die darin getroffene Anordnung oder das der Anordnung zugrunde liegende Verfahren der Entscheidungsfindung fundamentalen Rechtsgrundsätzen des Anerkennungsstaats widersprechen.³⁶⁵ Der anerkennungsrechtliche *ordre public* erfasst somit den materiellen und den verfahrensrechtlichen *ordre public*.³⁶⁶ Der materielle *ordre public* bezieht sich auf den Inhalt der Entscheidung, also das Rechtsverhältnis, dessen Durchsetzung im Anerkennungsstaat bewirkt werden soll.³⁶⁷ Maßgebliches Beurteilungskriterium ist die Frage, „ob das Ergebnis der ausländischen Rechtsanwendung im konkreten Fall zu den Grundgedanken der inländischen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach inländischer Vorstellung untragbar erscheint.“³⁶⁸ So ist in der deutschen Anerkennungspraxis z.B. der Entzug der elterlichen Sorge wegen fehlender Religionszugehörigkeit eines Elternteils als *ordre public*-widrig beurteilt wurden.³⁶⁹ Der verfahrensrechtliche *ordre public* dagegen bezieht sich auf die Einhaltung unentbehrlicher Mindeststandards im Verfahren, in dem die anzuerkennende Entscheidung zustandegekommen ist.³⁷⁰

Den rechtlichen Hintergrund zur Bestimmung des *ordre public*, im Rahmen dessen das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, bildet laut Verordnungstext des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO das Recht des Mitgliedstaats, in dem die Anerkennung beantragt wird. Es müsste bei der Bestimmung des Begriffs Kindeswohl i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO somit auf die Vorstellung eines jeden Anerkennungsstaats

³⁶² Sog. Negative Funktion des *ordre public*, Kropholler, IPR, § 36 I.

³⁶³ BGHZ 140, 395, 397; Schack, Rn. 861.

³⁶⁴ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123.

³⁶⁵ *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; vgl. auch Geimer, IZPR, Rn. 23.

³⁶⁶ Vgl. zur Brüssel I-VO (EuGVO) Kropholler, EuZPR, Art. 34, Rn. 13ff. Und 17 ff.; Andrae, § 6 Rn. 162; Kropholler, § 60 IV 2; Zöller-Geimer, § 328 ZPO Rn. 208; Schütze, IZPR der ZPO, § 328 Rn. 59; siehe auch den Formulierungsvorschlag des Max Planck Institutes für Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Hamburg, für ein deutsches Anerkennungsrecht in *RabelsZ* 47 (1983), 673.

³⁶⁷ Von Bar/Mankowski, IPR, Bd. I, § 7, Rn. 265; Rauscher, IPR, Rn. 2295.

³⁶⁸ BGHZ 138, 331 = NJW 1998, 2358; Geimer, IZPR, Rn. 29; Roth, Der Vorbehalt des *ordre public* gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, 1967; Schütze, *Das IZPR der ZPO*, § 328 Rn. 59.

³⁶⁹ OLG Koblenz OLGR 2005, 50.

³⁷⁰ BGH RIW 1984, 557, 558; IPRax 1992, 33, 35; BGH FamRZ 1986, 665, 667; Schack, IZPR, Rn. 863 ff.

ankommen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des *ordre public* gem. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ³⁷¹ in der Entscheidung *Krombach/Bamberskei*³⁷² wird vertreten, es gelte bei der Anwendung des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nicht der Kindeswohlbegriff eines jeden einzelnen Mitgliedstaats, sondern es sei auf einen aus europäischer Sicht definierten *ordre public* abzustellen, dessen Bezugsrahmen die europäischen Grundrechte, Marktfreiheiten, zwingenden Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts, aber auch die wesentlichen Grundprinzipien der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, insbesondere der innerstaatlichen Verfassungsgarantien sind.³⁷³ In seiner Rechtsprechung zum *ordre public* des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ und des inhaltsgleichen Art. 34 Nr. 1 EuGVO betont der EuGH, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich selbst festlegen können, welche Anforderungen sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung ergeben.³⁷⁴ Es sei nicht Sache des Gerichtshofs, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zu definieren, doch wache er über die Grenzen innerhalb derer sich das Gericht eines Mitgliedstaats auf diesen Begriff stützen darf, um der Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats die Anerkennung zu versagen.³⁷⁵ Eine Verletzung der Grundrechte und Grundsätze des Gemeinschaftsrechts führe nach der Judikatur des EuGH zum *ordre public* gem. Art. 34 Nr. 1 EuGVO auch noch nicht zwingend zur Feststellung eines Verstoßes gegen den *ordre public*, sondern erfolge eine solche Feststellung erst durch einen zweiten Schritt, der die Schwere des geltend gemachten Verstoßes gegen den Grundsatz der Urteilsfreizügigkeit abwägt.³⁷⁶ Eine Entscheidung, in der der EuGH diese Sichtweise auf den Kindeswohlbegriff in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO angewandt hat, ist jedoch noch nicht ergangen. Eine solche Abwägung des Kindesschutzes gegen die Verkehrsfähigkeit von Urteilen erscheint in Anbetracht eines wünschenswerten höchstmöglichen Schutzniveaus zugunsten des Kindeswohls in den Mitgliedstaaten zudem sehr problematisch.³⁷⁷ Ob die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ und zu Art. 34 Nr. 1 EuGVO auf die Auslegung des Kindeswohlbegriffs i.S.d. *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO zu übertragen ist, erscheint daher sehr fraglich.³⁷⁸ Wenn der EuGH be-

³⁷¹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 27. September 1968, (BGBl 1972 II S. 774).

³⁷² EuGH, Slg. I-2000, S. 1953 = NJW 2000, 1853.

³⁷³ Hess, EZPR, § 7 Rn. 78 und § 6 Rn. 200.

³⁷⁴ EuGH, (*Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*), EuZW 2012, 912, 914; EuGH, (*Krombacher/Bamberskei*), Slg. I-2000, S. 1953 = NJW 2000, 1853, 1854.

³⁷⁵ EuGH, (*Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*), EuZW 2012, 912, 914; EuGH, (*Krombacher/Bamberskei*), Slg. I-2000, S. 1953 = NJW 2000, 1853, 1854.

³⁷⁶ EuGH, (*Marco Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc. u.a.*), EuZW 2009, 422, 423; EuGH, (*Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*), EuZW 2012, 912, 914; Hess, EZPR, § 6 Rn. 200.

³⁷⁷ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

³⁷⁸ So Hess, EZPR, § 7 Rn. 78.

tont, es sei nicht Sache des EuGH, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zu definieren und dass es sich beim *ordre public*-Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Zweitstaats "als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts" handeln müsse,³⁷⁹ so kann dies im Kontext des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nur das Kindeswohlverständnis eines jeden Mitgliedstaats bezeichnen. Die mitgliedstaatlichen Gerichte legen also selbst fest, welche innerstaatlichen Anforderungen sich nach ihren Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung ergeben.³⁸⁰ Eine allgemeine europäische Definition des Kindeswohls im Sinne des *ordre public*, welche die Auslegung des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO auf eine einheitliche Grundlage stellen würde, ist bisher noch nicht entwickelt, dürfte zudem nur sehr schwer zu finden sein und würde auch nicht dem Zweck der Normen der Anerkennungsversagung gerecht, da es hier auf unabdingbare Kindeswohlstandards gerade der Rechtsordnung des Anerkennungsstaats ankommt.³⁸¹ Der Zweck ist die Wahrung des *ordre public* des Anerkennungsstaats. Schließlich geht es um die Grundprinzipien der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, welche durch die *ordre public*-Kontrolle geschützt werden. Die Prüfung im Zweitstaat gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO gilt somit allein der Frage, ob untragbar erscheinende Verstöße gegen elementare Grundsätze des inländischen Rechts zur Ablehnung der Anerkennung berechtigen.³⁸² Im Ergebnis kommt es also – wie der Wortlaut des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO deutlich besagt – auf die innerstaatliche öffentliche Ordnung inklusive des Kindeswohlverständnisses des jeweiligen Anerkennungsstaats an, zu der freilich auch die Inhalte der EU-Grundrechtecharta und der EMRK gehören.

Da es bei der Prüfung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO allein um die Vereinbarkeit mit wesentlichen konstitutiven Pfeilern der anerkennenden Rechtsordnung geht, ermächtigt die Prüfungsinstanz *ordre public* nicht zur Nachprüfung der ausländischen Entscheidung in der Sache am Maßstab der richtigen Anwendung einfachgesetzlicher Normen – es gilt das sog. Verbot der *revision au fond*.³⁸³ Der Maßstab der Beurteilung im Rahmen der *ordre*

³⁷⁹ EuGH, (*Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*), EuZW 2012, 912, 915; EuGH, (*Krombacher/Bamberski*), Slg. I-2000, S. 1953 = NJW 2000, 1853, 1854.

³⁸⁰ *Hijfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 34 EuGVVO, Rn. 2.

³⁸¹ *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 2; *Dörmer*, in: Hk/ZPO, Art. 23 EheGVVO, Rn. 2; *Hijfstege*, in: Thomas/Putzo, Art. 23 EuEheVO, Rn. 1; *Rauscher*, in: *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

³⁸² *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 193; *Holzmann*, FPR 2010, 497, 500; vgl. zum anerkennungsrechtlichen *ordre public* der EuGVO *Kropboller/von Hein*, EZPR, Art. 34 EuGVO, Rn. 7.

³⁸³ Siehe hierzu schon Kapitel 1, 1. und vertiefend zum Gebot der restriktiven Auslegung den folgenden Abschnitt A.II.; allgemein zum *ordre public*: *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 164; *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang I zu Art. 21 EGBGB, Rn. 192; *Kropboller*, IPR, § 60 IV 1 d).

public-Prüfung ist damit ein sehr viel restriktiver zu interpretierender, als derjenige der Sachentscheidung, auch wenn es in beiden Fällen um eine Beurteilung des Kindeswohls geht.³⁸⁴

Positiv von Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO erfasst werden Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung, also dem Sorge- und Umgangsrecht. In diesem Zusammenhang ist zu vergegenwärtigen, dass im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO die Anerkennung von Umgangsrechts- und Kindesrückgabeentscheidungen im Zweitstaat nicht mehr angefochten werden kann. Wie oben erläutert, statuieren die Art. 41 Abs. 1 und 42 Abs. 1 Brüssel IIa-VO den Grundsatz, dass bei Umgangs- und Kindesrückgabeentscheidungen die Anerkennung im Zweitstaat gar nicht mehr versagt werden kann.³⁸⁵ Die Kontrolle nach Art. 23 lit a) Brüssel IIa-VO gilt für diese Entscheidungen nicht, vorausgesetzt der Antragsteller beantragt nicht doch gem. Art. 40 Abs. 2 Brüssel IIa-VO eine Vollstreckbarerklärung nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der Abschnitte 1 und 2 des Kapitel III. Bei einem Vorgehen nach Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO können sachliche Einwände gegen die Vereinbarkeit der anzuerkennenden Entscheidungen mit dem Kindeswohl im Zweitstaat nicht geltend gemacht werden.

II. Die restriktive Auslegung des Kindeswohlbegriffs in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO

Das Gebot der restriktiven Auslegung des Kindeswohlbegriffes als einen auf *ordre public*-Maßstäbe reduzierten Anerkennungsversagungsgrund in Art. 23 lit.a) Brüssel IIa-VO wird gestützt durch das Verbot der *revision au fond* des Art. 26 Brüssel IIa-VO sowie durch das Tabestandsmerkmal der "Offensichtlichkeit" des Verstoßes gegen das Kindeswohl gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.

Das Verbot der Nachprüfung in der Sache gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO dient dem Zweck, die Ausschließlichkeit der restriktiv gehaltenen Anerkennungsversagungsgründe zu sichern.³⁸⁶ Im Bereich der elterlichen Verantwortung dürfte sich der gerichtlichen Praxis gerade diese Grenzziehung zwischen einer *ordre public*-Prüfung und einer Überprüfung in der Sache komplizierter darstellen, als es der Gesetzestext des Art. 26 Brüssel IIa-VO vermuten lässt. Die besondere Schwierigkeit der Auslegung des Kindeswohlbegriffs i.S.d. *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO ergibt sich daraus, dass der Rechtsbegriff auch in anderen Zusammenhängen des Sachrechts der elterlichen Verantwortung eine Rolle spielt und ggf. andere Auslegungsmaßstäbe gelten können. Das Kindeswohl ist nicht nur Maßstab des anerkennungsrechtlichen *ordre public*, sondern auch Maßstab der

³⁸⁴ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123; siehe vertiefend zum Gebot der restriktiven Auslegung den folgenden Abschnitt A.II.

³⁸⁵ Siehe oben Kapitel 1, D, V, 2.

³⁸⁶ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung in der Sache. In der deutschen Rechtsordnung z.B. ist die Sachentscheidung zur elterlichen Sorge auf das Wohl des Kindes ausgerichtet und muss dessen grundlegende Bedürfnisse als Hauptkriterien der Entscheidung berücksichtigen.³⁸⁷ Das Kindeswohl ist das elementare Prinzip und wesentlicher Maßstab des Rechts der elterlichen Verantwortung.³⁸⁸ Hier kann das Kindeswohl z.B. eine gerichtliche Regelung der elterlichen Sorge notwendig werden lassen, §§ 1671, 1687 Abs. 2 und 1677a BGB. Bestehen zwischen den Eltern persönliche Spannungen, oder sind die Eltern nach der Trennung/Scheidung zerstritten, so entscheidet das Gericht allein am Maßstab des Kindeswohls über die Verteilung der elterlichen Sorge.³⁸⁹

Aufgabe des Gerichts in der Sachentscheidung ist es, anders als bei der *ordre public*-Prüfung, die beste Lösung für das Kind zu finden.³⁹⁰ Es geht nicht nur um eine Vereinbarkeit einer Entscheidung mit dem Kindeswohl. Vielfältige sorgerechtliche Kriterien wie die Eignung zur Erziehung ("Förderungsprinzip"), die Aufrechterhaltung der für das Kind gewohnten Umstände ("Kontinuitätsgrundsatz"), die Bindungen des Kindes sowie die Berücksichtigung seines eigenen Willens sind zum Zweck der Gewährleistung des Kindeswohls durch das Gericht in der Sache zu beurteilen und abzuwägen.³⁹¹ Das erkennende Gericht muss im Sorgerechtsverfahren aktiv zum Wohl des Kindes tätig werden. Der Prüfungsumfang des Kindeswohls ist in der Sachentscheidung zum Sorgerecht damit ein umfangreicher als derjenige der *ordre public*-Prüfung, denn das erkennende Gericht muss – anders als bei der Beurteilung einer bestehenden Entscheidung – zur Gewährleistung des Kindeswohls aktiv Streitpotentiale abbauen und versuchen, unter Würdigung aller Umstände und unter Ausschöpfung aller Handlungsmöglichkeiten, die für das Kindeswohl tragfähigste Lösung zu finden.³⁹²

Da das Recht der elterlichen Verantwortung durch die Besonderheit einer erhöhten Grund- und Menschenrechtssensibilität gekennzeichnet ist,³⁹³ besteht eine gewisse Nähe der Sachentscheidung zu wesentlichen Grundprinzipien im Sinne des *ordre public*. Aus dem Verbot der *revision au fond* gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO folgt jedoch für die Auslegung des Kindeswohls in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, dass die Rechtsanwendung, die Tatsachenfeststellung sowie die richterliche Würdigung im Anerkennungsstaat keiner Überprüfung mehr zugänglich sind. Dies

³⁸⁷ BVerfGE 37, 217, 252; 55, 171, 179; 99, 145, 157.

³⁸⁸ Dethloff, FamR, § 13 Rn. 241.

³⁸⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 99; Hennemann, in: MünchKomm/BGB, § 1671 BGB, Rn. 11; Berger, in: Jauernig, § 1671 BGB, Rn. 6; Rauscher, FamR, § 33 Rn. 1000.

³⁹⁰ Oelkers, Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 282.

³⁹¹ BVerfG, FamRZ 1981, 124, 126 = NJW 1981, 217, 218; OLG Karlsruhe, FamRZ 1995, 562, 564; OLG Celle, FamRZ 1992, 465 f.; Oelkers, Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 284; ders., FamRZ 1995, 1097, 1099 ff.

³⁹² OLG Bamberg, FamRZ 1998, 752, 753; OLG Karlsruhe, DAVorm 1993, 950, 951.

³⁹³ BVerfGE 37, 217, 252; 55, 171, 179; 59, 360, 376; 60, 79, 88; 99, 145, 157.

bedeutet für die Prüfung des Kindeswohls gemessen am Zweck der Anerkennungsversagung, dass die Gerichte des Zweitstaats nicht eigene Vorstellungen zur Verteilung der elterlichen Sorge an die Stelle der Würdigung des Gerichts im Entscheidungsstaat setzen dürfen.³⁹⁴ Die Beurteilung der Eignung der Elternteile zur Pflege und Erziehung des Kindes, der Möglichkeiten zur Förderung des Kindes und auch die Frage, welcher Elternteil die stabilere Betreuungsperson ist und das überlegenere Erziehungskonzept anbieten kann, sind in der anerkennungsrechtlichen *ordre public*-Prüfung keiner erneuten Würdigung mehr zugänglich.³⁹⁵ Eine Entscheidung über die Anerkennungsfähigkeit wegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen das Kindeswohl als Teil des *ordre public* darf gerade nicht in der Sache hinterfragen, ob vor dem Hintergrund der eigenen Rechtsauffassung im Anerkennungsstaat eine für das Kindeswohl günstigere Entscheidung möglich gewesen wäre.³⁹⁶ Es geht allein um eine Unvereinbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung mit elementaren Grundsätzen des Anerkennungsstaats im Hinblick auf das Kindeswohl.

Zur Beschränkung auf eine *ordre public*-Kontrolle in Abgrenzung zu einer inhaltlichen Überprüfung in der Sache an der Grenze der *revision au fond* fügt der Normtext des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO zudem das Merkmal der "Offensichtlichkeit" des Widerspruchs zur öffentlichen Ordnung hinzu.³⁹⁷ Ein Kriterium der Abgrenzung zwischen einer auf den *ordre public*-Gehalt der Sorgerechtsentscheidung beschränkten Prüfung und einer Überprüfung, die das Verbot der *revision au fond* verletzt, könnte daher im Merkmal der „Offensichtlichkeit“ des Verstoßes iSd. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO gefunden werden.³⁹⁸ Im Gegensatz zur materiellrechtlichen Prüfung in der Sachentscheidung darf die anerkennungsrechtliche Kindeswohlprüfung nach *ordre public*-Maßstäben also nur diejenigen Entscheidungen die Anerkennungswirkung vorenthalten, die „offensichtlich“ nicht mit den Grundwerten der Rechtsordnung des Anerkennungsstaats vereinbar sind.³⁹⁹ Hier ergibt sich die Frage, ab wann ein solcher Verstoß gegen das Kindeswohl als ein offensichtlicher zu qualifizieren ist.⁴⁰⁰

³⁹⁴ Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123; vgl. zur EuGVO Kropholler/von Hein, EZPR, Art. 36 EuGVO, Rn. 1.

³⁹⁵ M.E. zu weitgehend Dornblüth, S. 120 mit Verweis auf BGH, FamRZ 1993, 316, die Frage, welcher Elternteil den Persönlichkeitsaufbau des Kindes besser fördert, kann keine Frage des *ordre public* sein.

³⁹⁶ Zu den praktischen Problemen im Hinblick auf die Bestimmung genauer Konturen der Auslegung siehe Kapitel 7, A, I. 2.

³⁹⁷ Vgl. Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

³⁹⁸ Rauscher, in: Rauscher, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

³⁹⁹ Siebr, in: Brussels IIbis Regulation, Art. 23, Rn. 11, in der englischen Übersetzung heißt es „manifestly“ contrary to the public policy of the Member State.

⁴⁰⁰ Siehe zum Versuch, greifbare Konturen zu entwickeln Kapitel 7, A, I, 2., b).

Das Kriterium der Offensichtlichkeit ist seinerseits auslegungsbedürftig, dabei aber von der Frage des *ordre public* und des Kindeswohls und allen damit eng verbundenen Beurteilungen schon semantisch nicht zu trennen. Die Offensichtlichkeit als Steigerung gegenüber dem einfachen Verstoß ist als Kriterium für sich allein noch nicht hilfreich, da die Abgrenzung einer Offensichtlichkeit ggü. einer geringeren Deutlichkeit in der Praxis kaum vornehmbar ist, da abstrakte Vergleichsgrößen kaum definiert werden können. Zudem wird man den Begriff als eine rein sprachliche Akzentuierung der Beschränkung auf die zuvor beschriebenen,⁴⁰¹ eng begrenzten Ausnahmefälle des *ordre public*-Verstoßes zu verstehen haben, welche jedoch keinen Unterschied zur allgemeinen Auslegungsdogmatik des anerkenntnisrechtlichen *ordre public* bewirkt. Auch sollte die Eröffnung weiterer Unsicherheiten in der Auslegung vermieden werden.

Begrifflich lässt sich aus der Offensichtlichkeit aber zumindest die deutliche Akzentuierung des Widerspruchs und damit der Abwehrfunktion des *ordre public* folgern. Die *ordre public*-Kontrolle dient allein dem Zweck, die Anerkennung von Entscheidungen zu vermeiden, die aufgrund der Wertungen der Rechtsordnungen des Anerkennungsstaats schlicht nicht hinnehmbar sind.⁴⁰² Dies bedeutet unter Berücksichtigung des Verbots der *revision au fond*, dass ein offensichtlicher Verstoß gegen das Kindeswohl als Teil der öffentlichen Ordnung nicht schon darin bestehen kann, dass Gerichte des Anerkennungsstaats eine realistische kindeswohl günstigere Entscheidungsalternative⁴⁰³ sehen, denn dies würde die durch den Entscheidungsstaat getroffenen Überlegungen zur sorgerechtlichen Situation wie z.B. die Einschätzung der Bindungen des Kindes, der Eignung der Elternteile und einer zu gewährleistenden Kontinuität ersetzen. Ein offensichtlicher Verstoß gegen das Kindeswohl als Teil des *ordre public* des Zweitstaats muss an einer Schwelle angesiedelt werden, die durch die Grenze der Hinnehmbarkeit einer sorgerechtlichen Anordnung definiert wird und diese zum Maßstab erhebt. Eine nur kindeswohlwidrige Entscheidung soll hierfür nicht ausreichen.⁴⁰⁴ Ein offensichtlicher Verstoß gegen das Kindeswohl i.S.d. *ordre public* erfordere einen Verstoß gegen elementare Grundsätze des Anerkennungsstaats, der z.B. in einem Verstoß gegen Art. 8 EMRK bestehen könnte.⁴⁰⁵ Der Regelungsgehalt der Entscheidung im Ursprungsstaat muss aus Sicht des Zweitstaats ein realistisches Gefährdungspotential für das Kindeswohl darstellen.

Mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung geben in erster Linie die Verfassungsgrundsätze, insbesondere die Grundrechte, die rechtsstaatlichen Mindestan-

⁴⁰¹ Kapitel 2, A, I.

⁴⁰² *Schack*, IZVR, Rn. 951; zum materiellrechtlichen *ordre public* von *Bar/Mankowski*, IPR (I), § 7 Rn. 258; *Kegel/Schurig*, IPR, § 16 I (S. 516).

⁴⁰³ Formulierung nach *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

⁴⁰⁴ *Hijßtege*, in: *Thomas/Putzo*, Art. 23 EuEheVO, Rn. 1.

⁴⁰⁵ *Holzmann*, FPR 2010, 497, 500.

forderungen der öffentlichen Ordnung vor.⁴⁰⁶ In der Rechtsprechung deutscher Gerichte zu § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG wird zur Bestimmung des international-zivilverfahrensrechtlichen *ordre public* darauf abgestellt, dass es sich um gewichtige Verstöße gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts handeln müsse, die aus Sicht des deutschen Rechts untragbar erscheinen und einen eklatanten Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und Gerechtigkeitsvorstellungen stehen.⁴⁰⁷ In der Literatur wird vertreten, dass ein offensichtlicher Verstoß gegen das Kindeswohl nur eng begrenzte Ausnahmefälle einbeziehe und als ein solcher Verstoß nur die Verletzung grundlegender Verfahrens- und materiellrechtlicher Vorschriften wie z.B. genannt in Art. 23 lit. b) und c) Brüssel IIa-VO in Betracht kämen.⁴⁰⁸ Dem Kindeswohl sei bei der Gewichtung von Verstößen eine zentrale Bedeutung beizumessen.⁴⁰⁹

Die Frage der inhaltlichen Tiefe der Überprüfung eines ausländischen Urteils und der Reichweite des *ordre public* in Sorgerechtsfragen ist im Bereich des kollisionsrechtlichen *ordre public* gem. Art. 6 Abs. 1 EGBGB Gegenstand einer vergleichbaren Diskussion.⁴¹⁰ Hier muss eine Verletzung des Kindeswohls als Teil des materiellrechtlichen *ordre public* immer dann angenommen werden, wenn bei Anwendung des fremden Rechts eine ernstliche Gefährdung des Kindes oder seines Vermögens eintreten würde.⁴¹¹ Für die Annahme eines *ordre public*-Verstoßes in jedem Falle eine ernstliche Gefährdung zu verlangen, würde nach der Rechtsprechung des BGH zu hohe Anforderungen an die *ordre public*-Kontrolle in Sorgerechtsfragen stellen, die den Aspekt der Förderung und der Entwicklung des Kindes außer Acht ließen.⁴¹² Auf der anderen Seite kann ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* nicht schon dann angenommen werden, wenn die Anwendung einer starren ausländischen Regel zu einer Sorgerechtsentscheidung geführt hat, die bei Anwendung des § 1671 BGB, der das Kindeswohl zum Kriterium einer Einzelfallentscheidung bestimmt, anders ausfallen würde.⁴¹³ Ein solcher Maßstab würde wiederum eine zu umfangreiche inhaltliche Kontrolle darstellen, da er einer *revision au fond* gleichkäme.⁴¹⁴ Die Erkenntnisse zum kollisionsrechtlichen *ordre public* können somit eine Hilfestellung bei der Bestimmung der inhaltli-

⁴⁰⁶ Vgl. zu Art. 6 EGBGB *Sonnenberger*, in: MünchKomm/BGB, Art. 6 EGBGB, Rn. 46.

⁴⁰⁷ OLG Köln, NJW-RR 2010, 1225, 1226; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 31.03.2011 – OVG 3 B 8.08; siehe auch *Rauscher*, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG, Rn. 37.

⁴⁰⁸ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123.

⁴⁰⁹ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 123; *Rauscher*, in: Rauscher, EuZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

⁴¹⁰ Siehe dazu *Andrae*, IntFamR [2006], § 6 Rn. 121 ff.

⁴¹¹ OLG Saarbrücken, IPRax 1993, 100, 101,

⁴¹² BGH, IPRax 1993, 102, 103, zur materiellrechtlichen *ordre public*-Prüfung im Rahmen einer kollisionsrechtlichen Verweisung.

⁴¹³ Im Ergebnis zu weit BGH, IPRax 1993, 102, 103, kritisch *Rauscher*, JR 1994, 184, 187-188.

⁴¹⁴ *Rauscher*, JR 1994, 184, 188.

chen Konturen des anerkennungsrechtlichen *ordre public* des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO geben. In Anlehnung daran könnte zur Bestimmung dessen, was als ein offensichtlicher Verstoß gegen das Kindeswohl i.S.d. *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO angenommen werden, dass die Grenze der *ordre public*-Vereinbarkeit überschritten ist, wenn der Inhalt der Entscheidung aus Sicht des Anerkennungsstaats eine Verletzung von Grund- und Menschenrechten des Kindes darstellt.

All dies zeigt, dass eine Verallgemeinerung der Definition eines "offensichtlichen" Verstoßes gegen das Kindeswohl i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nur schwer getroffen werden kann, und es auf jeden Einzelfall ankommt, dessen Beurteilung sich an der Grenze des Verbots der *revision au fond* orientiert. Im Ergebnis kann als Orientierungssatz festgestellt werden: Bei einem offensichtlichen Verstoß gegen den *ordre public* i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, der das Kindeswohl berücksichtigt, muss es sich um einen eklatanten Verstoß gegen das Kindeswohl im Sinne eines Verstoßes gegen Grund- und Menschenrechte des Kindes oder das verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Fundament des Kindeswohls handeln, der sich dem mit der Anerkennung befassten Gericht offenbart, ohne dass dieses die zur Anerkennung stehende ausländische Entscheidung in der Sache nachprüft.

B. Kindeswohlprüfung in der Vollstreckbarerklärung und der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen

I. Kindeswohlprüfung im Vollstreckbarerklärungsverfahren

1. Art. 31 Abs. 2 i.V.m. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO

Die Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten erfordert, soweit diese nicht in den Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO fallen, die Vollstreckbarerklärung durch den Zweitstaat gem. Art. 28 ff. der Brüssel IIa-VO. Nach der Verweisung in Art. 31 Abs. 2 Brüssel IIa-VO führt das Vorliegen von Anerkennungshindernissen gem. Art. 23 Brüssel IIa-VO zur Versagung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung. Sachliche Einwände gegen eine mitgliedstaatliche Entscheidung mit dem Kindeswohl richten sich im Stadium des Vollstreckbarerklärungsverfahrens nach den Maßstäben des anerkennungsrechtlichen *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, um den es in der Sache geht.

2. Keine Kindeswohlprüfung im Anwendungsbereich von Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO

Ein bedeutender Unterschied ergibt sich auch hier im Anwendungsbereich von Kapitel III, Abschnitt 4 der Verordnung im Hinblick auf Umgangsrechts- und Rückgabeentscheidungen. Gem. Art. 41 Abs. 1 und 42 Abs. 1 Brüssel IIa-VO werden diese, soweit eine Bescheinigung nach Art. 41 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO ausgestellt wurde, in den anderen Mitgliedstaaten *ex lege* anerkannt und können dort vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann. Der zu vollstreckende Umgangs- oder Kindesherausgabebetitel ist im Zweitstaat nicht an den Mindestanforderungen einer Kindeswohlvereinbarkeit nach *ordre public*-Grundsätzen gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO zu messen und ist zudem unmittelbar vollstreckbar. Bei entsprechenden Bedenken müssen Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung im Entscheidungsstaat eingelegt werden.⁴¹⁵

II. Kindeswohlprüfung im Vollstreckungsverfahren

Gem. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO wird für das Verfahren der Vollstreckung auf das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats verwiesen.⁴¹⁶ Die Anwendbarkeit des nationalen Vollstreckungsverfahrensrechts ergibt sich dabei unabhängig davon, ob die mitgliedstaatliche Entscheidung in den Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO fällt und damit ohne die Möglichkeit der Anfechtung der Anerkennung im Zweitstaat anerkannt wird und ohne Exequaturverfahren vollstreckbar ist, oder sich die Anerkennung und Vollstreckung nach den allgemeinen Vorschriften des Kapitel III, Abschnitt 1 und 2 richtet. Auch Umgangs- und Kindesrückgabebetitel i.S.d. Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO werden nach dem jeweils nationalen Vollstreckungsrecht der Mitgliedstaaten vollstreckt.

Die der Vollstreckung zugrundeliegende mitgliedstaatliche Entscheidung darf, wenn sie im Vollstreckungsstaat kraft Gesetzes anerkannt ist, dort nicht mehr infrage gestellt oder in der Sache nachgeprüft werden. Gerade das Vollstreckungsverfahren ist im Hinblick auf die Durchsetzung des Umgangsrechts oder die Kindesrückgabe jedoch sehr grundrechtssensibel und es können sich Ansatzpunkte für das Kindeswohl betreffende Einwände ergeben. So müssen in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs auch die Vollstreckungsmaßnahmen im Einklang mit dem Kindeswohl stehen, weshalb die Möglichkeit der Berücksichtigung diesbezüglicher Einwendungen besteht.⁴¹⁷ Das staatliche Vollstreckungsorgan ist an einfachgesetzliche und höherrangige Konkretisierungen des Kindeswohls gebunden.

⁴¹⁵ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 51 = FamRZ 2011, 355, 357.

⁴¹⁶ *Love*, IntFamLaw 2011, 21, 22.

⁴¹⁷ Siehe zur BRD: Kapitel 4, A., IV., 3., c). und zum Vereinigten Königreich: Kapitel 5, A., IV., 2.

In Deutschland z.B. richtet sich die Vollstreckung nach § 44 IntFamRVG und den §§ 88 ff. FamFG.⁴¹⁸ Eine hiernach zu beurteilende Vollstreckungshandlung könnte in der Erwirkung der Herausgabe eines Kindes an den Gerichtsvollzieher bestehen.⁴¹⁹ Die bei der Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme einzuhaltenen Maßstäbe richten sich nach der deutschen *lex fori*, insbesondere auch den deutschen Grundrechten.⁴²⁰ Die mitgliedstaatlichen Vollstreckungsorgane sind hierbei aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Funktion an die Grundrechte gebunden und berücksichtigen neben der Beachtung des Kindeswohls im Rahmen der Ausgestaltung des Verfahrensrechts auch die grundrechtliche Dimension des Kindeswohls. So muss in Deutschland eine Maßnahme zur Herausgabe eines Kindes oder zur Verwirklichung des Umgangsrechts in jedem Falle dem verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.⁴²¹ Eine Kindeswohlprüfung im Zweitstaat eröffnet sich somit zwar nicht im Hinblick auf eine Überprüfung der grenzüberschreitenden Entscheidung selbst, jedoch bei der Gewährleistung der Vereinbarkeit der konkreten Vollstreckungsmaßnahme, welche den mitgliedstaatlichen Titel im Vollstreckungsverfahren umsetzt.

Auch die Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckungsmaßnahme richten sich nach dem Recht des Vollstreckungsstaats.⁴²² Im Sinne der Vorgaben der Brüssel IIa-VO darf sich eine Kindeswohlbewertung auch im Rahmen der Beurteilung eines Rechtsbehelfs gegen die Vollstreckung nur auf die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme selbst und nicht auf den Inhalt der Entscheidung beziehen, was sich schon aus dem Verbot der *revision au fond* gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO ergibt. Die Unterscheidung dürfte aber nicht in jedem Fall einfach zu treffen sein. Zu bedenken sind Einzelfälle, in denen das Maß des angeordneten Umgangsrechts zu einem heftigen, situationsbezogenen Widerstand des Kindes führt. Weigert sich das Kind vehement gegen die Durchführung des Umgangsrechts und ist dies nicht mit verhältnismäßigen Mitteln im Sinne eines schonenden Ausgleichs zu vollstrecken, so ist Gegenstand der Prüfung des Kindeswohls nicht nur die verfahrensrechtliche Durchsetzung, sondern auch der Entscheidungsgehalt selbst.

Darüber hinaus kann sich im Vollstreckungsverfahren die Frage ergeben, ob neue Umstände vorliegen, die das Kindeswohl berühren, aber noch nicht in der Ausgangsentscheidung zum Umgangsrecht berücksichtigt wurden.⁴²³ Dogmatisch ist dies eine Frage der Notwendigkeit der Abänderung auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit, wobei im Vollstreckungsmitgliedstaat je nach nationalem

⁴¹⁸ Vgl. *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, § 44 IntFamRVG, Rn. 1 ff.

⁴¹⁹ Das deutsche Vollstreckungsverfahren bei der Durchsetzung von Entscheidungen in Kindersachssachen wird oben in Kapitel IV, A., V ausführlich dargestellt.

⁴²⁰ Vgl. *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 9.

⁴²¹ Vgl. im deutschen Recht § 90 FamFG; zur Frage der Gewalt gegenüber dem Kind siehe *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1419; *Helms*, FamRZ 2007, 1608, 1609.

⁴²² *Geimer*, in: Geimer/Schütze, A.2 Art. 47, Rn. 9; zur EuGVO *Netzer*, S. 225.

⁴²³ Siehe Kapitel 4., A., IV., 3. b) und c).

Verfahrensrecht möglicherweise Rechtsbehelfe zur Einstellung oder Aussetzung der Zwangsvollstreckung eingelegt werden können.⁴²⁴ Nach deutschem Recht könnte bei Stellung eines Antrags auf Abänderung im international zuständigen Staat gem. § 93 Abs. 1 Nr. 4 FamFG die Vollstreckung einstweilen eingestellt werden.⁴²⁵ Die Würdigung der hierfür in der Sache beachtlichen Umstände im Hinblick auf die Umgangsrechtsentscheidung obliegt dabei allein den Gerichten des nach der Brüssel IIa-VO international zuständigen Mitgliedstaats.⁴²⁶ Die Gerichte des Vollstreckungsstaates haben daher je nach Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrensrechts möglicherweise das Recht, die Vollstreckung bis zur Klärung der Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Kindeswohl in der Hauptsache auszusetzen, dürfen jedoch selbst keine Abänderung der Umgangsrechtsentscheidung vornehmen.⁴²⁷ Einheitliche Grundsätze der Behandlung dieser Konstellationen in den Vollstreckungsverfahren der einzelnen EU-Mitgliedstaaten existieren jedoch nicht.⁴²⁸ Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass diese Prüfungsvorbehalte in den Verfahrensrechten der Mitgliedstaaten eine zeitnahe Vollstreckung verzögern können,⁴²⁹ unabhängig davon, ob diese nach dem Vollstreckungsverfahrenrecht, das sich nach der *lex fori* des Vollstreckungsstaates richtet, in der Sache berechtigt sind, oder nicht.

⁴²⁴ Vgl. *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 41 Brüssel IIa-VO, Rn. 9; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A.2 Art. 41, Rn. 2.

⁴²⁵ Zur Anwendbarkeit der §§ 92 ff. FamFG neben § 44 FamFG siehe *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 41 Brüssel IIa-VO, Rn. 9; § 93 FamFG führt dann zu einer Ermessensentscheidung mit einer Wahrscheinlichkeitsprognose einer Abänderung der zur vollstreckenden Entscheidung, *Gomille*, in: Haußleiter, § 93 FamFG Rn. 4.

⁴²⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 81 ff.

⁴²⁷ Vgl. zum deutschen Recht Kapitel 4, A., IV., 3. c).

⁴²⁸ Zum Bedarf der Vereinheitlichung dieser Fragen im Bereich der allgemeinen zivilverfahrensrechtlichen Verordnungen, *Netzer*, S. 247.

⁴²⁹ Siehe allein den Tatbestand der Entscheidung EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./.* Österreich, Rn. 3-52, insbesondere Rn. 22 ff., 39, 46 und 49, siehe auch die Entscheidung des EuGH in diesem Fall, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

C. Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren

I. Konkrete Kindeswohlprüfung als Ausnahme

Die Brüssel IIa-VO integriert das Kindesrückführungsverfahren des Haager Kindesentführungsübereinkommen HKÜ durch ihre Art. 10 und 11. Bei der Auslegung der Tatbestände des HKÜ zur Prüfung der Vereinbarkeit der Rückführung mit dem Kindeswohl ist zu berücksichtigen, dass dieses ein Rechtshilfeübereinkommen eigener Art ist.⁴³⁰ Seine Mechanismen dienen allein der Reaktion auf ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes im Wege einer zügigen Rückführung des Kindes an den ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalt, Art. 1 HKÜ. Die Gewährleistung des Kindeswohls liegt abstrakt der Gesamtheit der Rückführungsregelungen zugrunde.⁴³¹ Mit der schnellen Herbeiführung des Status quo ante durch die Rückführung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes soll im Regelfall dem Wohl des entführten Kindes am besten entsprochen werden.⁴³² Eine obligatorische Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren ist bei Stellung des Rückführungsantrags daher nicht vorgesehen. Dem Antrag ist grundsätzlich zu entsprechen. Der Staatsvertrag normiert jedoch Gründe mit Ausnahmecharakter, aufgrund derer die Rückführung eines Kindes an den gewöhnlichen Aufenthalt versagt werden kann.

II. Versagungstatbestände mit Kindeswohlbezug, Art. 13 HKÜ

1. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ

Eine immens praxisrelevante Ausprägung einer konkreten Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren sieht Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ vor. Die Anordnung der Rückführung unterbleibt, wenn

die Rückgabe mit der schwerniegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt.

⁴³⁰ Das HKÜ dient der Wiederherstellung der verletzten Sorge- und Umgangsrechte sowie der Durchführung eines Sorgerechtsverfahrens am Ort des gewöhnlichen Kindesaufenthalts, Art. 1 HKÜ.

⁴³¹ Präambel zum HKÜ: „in der festen Überzeugung, dass das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist“; vgl. auch Perez-Vera, Erläuternder Bericht zum HKÜ, BT Drucks. 11/5314, S. 38, Nr. 23, 25.

⁴³² Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71; Klein, IPRax 1997, 106, 108.

Diese Ausnahmeklausel bietet die Möglichkeit, konkrete Erwägungen des Kindeswohls im Einzelfall anzustellen.⁴³³ Tatbestandlich setzt die Ablehnung voraus, dass die seelische und körperliche Integrität des Kindes durch die Anordnung der Rückführung betroffen würden, was zunächst einmal hohe Hürden aufstellt.⁴³⁴ Wie auch im Fall Tiemann kann die Vorschrift vor höchst komplexe Probleme und schwierige Fragen im Detail stellen.⁴³⁵ Die Überprüfung der Vereinbarkeit der Rückführung mit dem Kindeswohl findet anders als bei Art. 13 Abs. 2 HKÜ,⁴³⁶ der Ermittlung des Kindeswillens, nicht von Amts wegen statt, sondern nur auf Antrag einer Partei, zumeist des entführenden Elternteils. Die Voraussetzungen des Vorliegens des Tatbestandes des Art. 13 Abs. 1 HKÜ sind vom Antragsgegner schlüssig darzulegen und zu beweisen.⁴³⁷ Häufiger Einwand ist hier, dass durch die Rückführung eine Trennung von einer Hauptbezugsperson, in vielen Fällen der Mutter, stattfände.⁴³⁸ Die Rechtsprechung hat jedoch Antworten entwickelt, die auf diese und andere ähnliche stereotype Vorträge des Antragsgegners eingehen und diesen zumeist konstruktiv abhelfen sollen.⁴³⁹ Ist die widerrechtliche Lage vom entführenden Elternteil selbst vorsätzlich herbeigeführt, so soll diesem in den meisten Fällen auch zuzumuten sein, das Kind in das ursprüngliche Heimatland zurückzubegleiten.⁴⁴⁰

Ein wichtiger Grundsatz der allgemeinen Auslegung der Norm besteht darin, die Entscheidung über die Rückführung nicht als eine Entscheidung über die Verteilung des Sorgerechts misszuverstehen und umfassende Erwägungen des Kindeswohls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, die einem sorgerechtlichen Verfahren vorbehalten sind. Das HKÜ will mit seinem Art. 13 Abs. 1 lit. b) allein die Handhabung des Ausnahmefalls der Gefährdung durch die Rückführung selbst ermöglichen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, der bewusst nicht den Begriff „Kindeswohl“ verwendet, sondern auf eine Gefahr und eine unzumutbare Lage für das Kind abstellt.⁴⁴¹ Der enge Wort-

⁴³³ Klein, IPRax 1997, 106, 107-108; vgl. Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 247 ff.; Bach, FamRZ 1997, 1051, 1056.

⁴³⁴ Vomberg/Nehls, Rechtsfragen der Int. Kindesentführung, S. 58.

⁴³⁵ Astaro, DEuFamR 2000, 263, 264; siehe auch die Beispiele bei Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71.

⁴³⁶ Vomberg/Nehls, Rechtsfragen der Int. Kindesentführung, S. 31.

⁴³⁷ OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1994, 1339, 1340; Pirrung, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 68; Bach, FamRZ 1997, 1051, 1055.

⁴³⁸ So auch der der TGI Blois und der Cour d'Appel Orléans im Fall Tiemann./Lancelin, DEuFamR 2000, 55, 65 und 67; Andrae, IntFamR, § 6 Rn. 247.

⁴³⁹ OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1994, 1339, 1340; AG Darmstadt, FamRZ 1994, 184-185; OLG Hamm, RabelsZ 60 (1996), 475, 479; OLG München, FamRZ 1994, 1338, 1339; AG Weilburg, FamRZ 1995, 242, 243.

⁴⁴⁰ Siehe vorhergehende Fußnote.

⁴⁴¹ Vgl. Schoch, S. 152.

laut der Ausnahmevorschrift lässt eigentlich keinen Zweifel daran, dass es nicht um die Frage geht, welchem Elternteil die Sorge zuzusprechen ist und bei wem das Kind langfristig besser aufgehoben ist. Schon das Urteil des BVerfG im Fall Tiemann hat jedoch gezeigt, dass dieses Maß nicht immer eingehalten werden kann.⁴⁴² Mitunter sehen Gerichte die Notwendigkeit, der Sorgerechtsverteilung ähnliche, verwandte bzw. sich thematisch überschneidende Fragen in ihre Erwägungen einzubeziehen, wenn über den bloßen Rückführungsantrag zu entscheiden ist,⁴⁴³ z.B. die Beurteilung der Rückführungssituation anhand des Kriteriums, wessen Obhut für das Kind eine Gefahr darstellen könnte – hier lässt sich der Lebenssachverhalt nur theoretisch in eine Sorgerechts- und eine reine HKÜ-Bewertung aufspalten.⁴⁴⁴ Die von dem Rückführungsgericht erkannten möglichen Gefahren können für beide rechtlichen Beurteilungen relevant sein. Die Bestimmung, welche Kriterien in der Würdigung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ richtig und falsch sind, gestaltet sich damit komplizierter, als es in der Theorie klingen mag. Die Relevanz gewisser, die Kindessituation betreffender Kriterien in der Rückführungssituation hängt vom Einzelfall ab, und eine gerichtliche Betrachtung auch der für das Sorgerecht bestimmenden Faktoren führt nicht zwangsläufig zu einer falschen Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ.⁴⁴⁵

2. *Entgegenstehender Kindeswille, Art. 13 Abs. 2 HKÜ*

Die Berücksichtigung des Kindeswillens im Verfahren stellt ebenfalls einen wichtigen Bezug zum Kindeswohl her, indem es in angemessenen Fällen die Berücksichtigung der Selbstbestimmung des Kindes in das gerichtliche Ermessen einbezieht.⁴⁴⁶ Art. 13 Abs. 2 HKÜ bestimmt, dass die Rückführung durch den Zufluchtstaat abgelehnt werden kann, wenn sich das Kind dieser in aller Deutlichkeit widersetzt und es bereits ein Alter und einen Reifegrad erreicht hat, angesichts derer es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen. Dieser Einwand ist amtswegig zu beachten.⁴⁴⁷ Abstrakte Kriterien, ab wann eine Reife anzunehmen ist, lassen sich nicht bestimmen, da es immer auf eine Würdigung des

⁴⁴² Siehe auch Dt.-frz. Hintergrundgespräch, DEuFamR 2000, 263, 264; *Pape*, S. 79.

⁴⁴³ Z.B. die Beziehung des Kindes zu beiden Eltern, *Bucher*, in: Kropholler FS, S. 263, 266 und die Frage der Trennung vom entführenden Elternteil, die im Sorgerechtsverfahren einen entscheidenden Aspekt darstellt, siehe auch AG Saarbrücken, IPRax 1992, 387 und AG Weilburg FamRZ 1995, 242, 243.

⁴⁴⁴ AG Darmstadt, FamRZ 1994, 184 mit der Betrachtung der kindlichen Bindungen an die beteiligten Personen, welche eine Gefährdung bei Rückführung nicht erkennen ließen. Sehr klar dagegen OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 185, 186 und OLG Bamberg, FamRZ 1994, 182-183.

⁴⁴⁵ Z.B. OLG Bamberg, FamRZ 1994, 182, welches die vorgetragenen Kriterien zur Kindessituation als nicht erheblich für die Rückführungsentscheidung einstufte.

⁴⁴⁶ Vgl. *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht, BT-Drucks. 11/5314, S. 38, 42, Rn. 30.

⁴⁴⁷ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 248.

Einzelfalls ankommt, die im richterlichen Ermessen steht.⁴⁴⁸ Auch die Festlegung auf ein exakt bestimmtes Alter verbietet sich.⁴⁴⁹

Nach dem Wortlaut der Norm gilt, dass sich der Wille des Kindes gegen die Rückgabe selbst richten muss.⁴⁵⁰ Die Vorschrift betrifft ebenso wie Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ nur die Zumutbarkeit der Rückführung und dient nicht dazu, Fragen zur Verteilung der elterlichen Verantwortung zu klären.⁴⁵¹ Die Frage, wo und bei welchem Elternteil das Kind unmittelbar während und nach der Rückführung bleiben wird, werden für das Kind jedoch regelmäßig ohne Differenzierung die entscheidenden Aspekte sein, auf deren Grundlage es seinen Willen bildet. Hinzu kommt, dass sich die Bezugspunkte des Widersetzens, der Ort und die Nähe zum jeweiligen Elternteil, in der kindlichen Wahrnehmung nur theoretisch trennen lassen.⁴⁵² Dieser praktischen Schwierigkeiten bewusst, mussten zumindest allgemeine Auslegungsgrundsätze der Ermessensausübung gefunden werden. Als grundsätzliche Leitlinie ist formuliert worden, dass eine Meinung des Kindes dann beachtet werden darf, wenn sie verantwortungsbewusst getroffen ist und „wenn sich das Kind aus freien Stücken, also nicht erkennbar maßgeblich durch den Entführer beeinflusst und mit Nachdruck der Rückkehr in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts widersetzt (...)“.⁴⁵³ Die Beachtung des Kindeswillens bedeutet noch keine Vorentscheidung zugunsten des Willens. Hier ist es dann eine Frage der richterlichen Ermessensausübung, wie dieser zu beachtende Wille in der Abwägung gegenüber den zugunsten einer Rückführung sprechenden Argumenten zu gewichten ist. Hierbei müssen der Zweck und die restriktive Interpretation des HKÜ ebenso zwingend beachtet werden. Diese richterliche Wertung dürfte im Regelfall sehr kompliziert sein.⁴⁵⁴ Das Ergebnis der Abwägung hängt zudem von praktischen Erwägungen, z.B. der Gewährleistung wirksamer Schutzvorkehrungen im Heimatstaat ab. Richtet sich z.B. der erklärte Wille nur gegen eine Rückkehr zu dem zurückgelassenen Elternteil, so soll dies der Rückführung nicht entgegenstehen, wenn gewährleistet werden kann, dass der Entführer das Kind begleiten und in seiner Obhut bewahren kann, bis eine endgültige Entscheidung im Sorgerechtsverfahren ergangen ist.⁴⁵⁵

⁴⁴⁸ Perez-Vera, Erläuternder Bericht, BT-Drucks. 11/5314, S. 38, 42, Rn. 30; *Winkler von Mohrenfels*, in: Geimer FS, S. 1527, 1529 ff.; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 73.

⁴⁴⁹ Perez-Vera, Erläuternder Bericht, BT-Drucks. 11 5314, S. 38, 42 Nr. 30; *Looschelders*, IPR, Anhang zu Art. 24 EGBGB, Rn. 89.

⁴⁵⁰ Vgl. *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 233.

⁴⁵¹ *Siebr*, in MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 84.

⁴⁵² *Schoch*, S. 291 m.w.N.

⁴⁵³ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 73 mit den entspr. Nachweisen.

⁴⁵⁴ Vgl. *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 85.

⁴⁵⁵ *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 84.

III. Modifikation der Kindeswohlbeurteilung durch die Brüssel IIa-VO

Art. 11 Brüssel IIa-VO wirkt sich in wesentlichen Punkten auf die Beurteilung des Einwands des Kindeswohls im Rückführungsverfahren aus.

1. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO – Vorkehrungen zum Schutz des Kindes

Die Brüssel IIa-VO setzt durch ihren Art. 11 Abs. 4 am Versagungstatbestand des Art. 13 Abs. 1 lit b) HKÜ an. Die Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl ist an dieser Stelle nicht mehr nur auf die Frage beschränkt, ob es die Situation im Mitgliedstaat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts überhaupt erlaubt, die Rückführung anzuordnen, sondern wird dahingehend modifiziert, unter welchen Vorkehrungen i.S.d. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO eine Rückführung angeordnet werden kann. Dies erfordert mitunter ein kreatives richterliches Geschick bei der Gestaltung der Rückführung und der Kommunikation der Gerichte und Behörden der beteiligten Staaten im Rahmen der Konfliktlösung.⁴⁵⁶ Die Gerichte im ersuchenden Mitgliedstaat müssen ein hohes Maß an Sensibilität und Augenmaß beweisen, wenn sie bei all den möglichen Spannungen kindeswohlgerichte Bedingungen schaffen. Dass dabei die Wirksamkeit und allgemein die Zweckdienlichkeit der im ersuchenden Staat vorgenommenen Vorkehrungen von den Behörden des Zufluchtsstaats beurteilt wird, bietet Potential für Meinungsverschiedenheiten.⁴⁵⁷

2. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO

Die Regelung des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO kann mit dem Schlagwort des „letzten Wortes“⁴⁵⁸ der Gerichte des Staats des gewöhnlichen Aufenthalts bezeichnet werden. Die Entscheidung über die Kindesrückgabe, die gem. Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO ohne Prüfung unmittelbar vollstreckbar ist, überwindet jede Rückführungsversagung nach Art. 13 HKÜ und setzt sich gegenüber dieser durch.⁴⁵⁹ Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH selbst dann, wenn der Rückgabeanordnung keine von dem Gericht getroffene endgültige Sachentscheidung zum Sorgerecht vorausgegangen ist.⁴⁶⁰ Diese Auslegung durch den EuGH bewegt sich eng am Verordnungstext, birgt dabei aber die Gefahr, dass der international zuständige Mitgliedstaat eine zweite cursorische „HKÜ-Entscheidung“ erlässt, die vorab als schlagende Antwort auf die Rückführungs-

⁴⁵⁶ Vgl. Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 24; Carl, FPR 2001, 211, 212.

⁴⁵⁷ Vgl. Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 26; EGMR, 12.7.2011, Nr.

14737/09, *Sneersonne und Kampanella./Italien*, Rn. 96 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁴⁵⁸ Bezeichnung nach Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 26.

⁴⁵⁹ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

⁴⁶⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 51-52 = FamRZ 2010, 1229.

versagung im Zufluchtstaat ergeht.⁴⁶¹ Zur Verwirklichung des Kindeswohls muss das international zuständige Gericht bei einer Herausgabeanordnung daher zwingend beachten, dass ein im Zufluchtstaat mit dem Fall befasster Praktiker bereits von einer Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl ausgegangen ist.

D. Kindeswohlprüfung in der Abänderung der Sachentscheidung

I. Kindeswohlprüfung in der Sache durch Abänderung

Die Abänderung der Entscheidung zur elterlichen Verantwortung in der Sache aus Gründen des Kindeswohls steht nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit bei der Beschäftigung mit der Brüssel IIa-VO. Der Verordnungsgeber hat die Frage der Abänderung des Umgangsrechts nur im Zusammenhang mit einem rechtmäßigen Umzug in Art. 9 der Verordnung geregelt. Die Brüssel IIa-VO erwähnt die prozessuale Seite der Abänderung bis auf diese Spezialvorschrift nicht ausdrücklich, da sie sich wie selbstverständlich aus dem Grundsatz des Vorrangs der zeitlich späteren vor der früheren Entscheidung ergibt.⁴⁶² Die Durchführung eines Abänderungsverfahrens in einem EU-Mitgliedstaat aus Gründen des Kindeswohls wird von der Brüssel IIa-VO nur insoweit in ihren Regelungsbereich einbezogen, als sie die internationale Zuständigkeit betrifft. Die Durchführung eines Abänderungsverfahrens richtet sich wie jede mitgliedstaatliche Sorgerechtsentscheidung mit grenzüberschreitendem Bezug verfahrensrechtlich nach der Brüssel IIa-VO als auch dem nationalen Verfahrensrecht und ergibt sich in der Sache allein aus den auf das Kindeswohl abstellenden Abänderungsvorschriften der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁴⁶³ In der Sache hängt sie allein von der Auslegung des Rechtsbegriffs Kindeswohl der jeweiligen Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats ab. Somit handelt es sich um ein Institut von erheblicher Relevanz im Kontext des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts, welches in der rechtlichen Betrachtung nicht ausgeblendet werden kann.⁴⁶⁴

Die Abänderung nach deutschem Recht gem. § 1696 Abs.1 S. 1 BGB z.B. führt zu einer erneuten Prüfung der sorge- und umgangsrechtlichen Situation am Maßstab des Kindeswohls und stellt damit die umfassendste Form der Überprüfung einer Entscheidung am Maßstab des Kindeswohls dar. Gegenstand der

⁴⁶¹ Siehe *Schulz*, Anmerkung zu Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), FamRZ 2011, 1307, 1309.

⁴⁶² *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 192.

⁴⁶³ Siehe zu den Tatbeständen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen den folgenden Abschnitt D., II.

⁴⁶⁴ Zur möglichen Problematik der Abänderung zum Anerkennungskonzept der Brüssel IIa-VO in den einzelnen verfahrensrechtlichen Konstellationen siehe Kapitel 7, A., IV.

Überprüfung kann auch die Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats sein. Eine anerkannte ausländische Entscheidung zur elterlichen Verantwortung kann nicht eine stärkere Bestandskraft entfalten als eine inländische. Wo das Kindeswohl eine Abänderung der Umgangsrechtsregelung erfordert, ist diese zu ändern, unabhängig davon, ob sie im selben oder einem anderen Staat erlassen wurde.⁴⁶⁵ Die erste Voraussetzung ist jedoch die internationale Zuständigkeit für die Sachentscheidung. Im Anbetracht des grenzüberschreitenden Elements und der grundsätzlichen Anerkennungspflicht müssen die Gerichte in dem für die Abänderung zuständigen Staat jedoch besonders genau darauf achten, nicht eigene Erwägungen an Stelle derjenigen des Entscheidungstaats zu setzen und diese besserwisserisch zu korrigieren.⁴⁶⁶ Dies wäre dann der Fall, wenn derselbe Sachverhalt am Maßstab des eigenen Rechts noch einmal in der Sache überprüft würde. Die Gerichte im Anerkennungsstaat müssen im Fall einer eigenen Zuständigkeit zur Abänderung die Umgangsrechtsentscheidung respektieren und dürfen diese nur abändern, wenn tatsächliche Abänderungsgründe nach ihrem Familienrecht gegeben sind.

Generell zu bedenken ist: Je einfacher die Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats verfahrensrechtlich wie sachrechtlich abänderbar ist, umso stärker können die Mechanismen der Brüssel IIa-VO im Bereich der Anerkennung und Vollstreckbarkeit mit ihren restriktiven Versagungsgründen relativiert werden. Liegt die internationale Zuständigkeit für die Sachentscheidung nicht beim Zweitstaat, so gerät die Abänderung einer ausländischen Sachentscheidung zur elterlichen Verantwortung aus Gründen des Kindeswohls im Zweitstaat mit dem Verbot der *revision au fond* gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO in Konflikt. Rechtlich kann sich die Frage der Abänderbarkeit einer Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats daher nur stellen, wenn 1. aufseiten des Anerkennungsstaats die internationale Zuständigkeit begründet ist bzw. diese zu Unrecht angemaßt wird und 2. das Recht des Mitgliedstaats das Institut der Abänderung vorsieht und die materiellen Voraussetzungen vorliegen. Da das Recht des Anerkennungsstaats eine Abänderung klassischerweise aufgrund von Kindeswohlerwägungen ermöglicht, die nicht so restriktiv ausgelegt werden, wie es die *ordre public*-Prüfung des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO vorsieht, konkurriert das Institut gewissermaßen mit den Anerkennungsvoraussetzungen der Brüssel IIa-VO, da den Gerichten des Zweitstaats die Abänderung einer anerkannten ausländischen Entscheidung möglich ist, sobald diese von der eigenen internationalen Zuständigkeit hierzu ausgehen.⁴⁶⁷ Im Ergebnis würde es sich bei der Abänderung um eine Überprüfung der anerkannten ausländischen Entscheidung in der Sache handeln, was Art. 26 Brüssel IIa-VO auf Ebene der Anerkennung gerade untersagt. Die Untersuchung der gerichtlichen Entscheidungen in grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten zu der Frage des

⁴⁶⁵ Borràs, Erläuternder Bericht, Rn. 78; Dornblüth, S. 105-106.

⁴⁶⁶ Vgl. zum KSÜ Siebr, RabelsZ (62) 1998, 464, 494.

⁴⁶⁷ Siehe Länderberichte in Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner, Parental Responsibility, S. 733-740.

Umgangs mit dem Einwand des Kindeswohls bei der Durchsetzung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung aus anderen Mitgliedstaaten der EU muss diesen praxisrelevanten Teilaspekt berücksichtigen.⁴⁶⁸

II. Vergleichender Überblick über die europäischen Rechtsordnungen

Den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten ist die Abänderbarkeit von Sorgerechtsentscheidungen bekannt, welche unter variierenden Voraussetzungen vorgesehen wird.⁴⁶⁹ Wesentliche Gemeinsamkeit der europäischen Kindschaftsrechte im Punkt der Entscheidung zur elterlichen Verantwortlichkeit ist die Orientierung an der Gewährleistung des Kindeswohls.⁴⁷⁰

Einen sehr aufschlussreichen Überblick über die Abänderungsvoraussetzungen der Rechtsordnungen von 22 europäischen Staaten gibt die Umfrage der Commission on European Family Law zum Zwecke der Findung gemeinsamer europäischer Prinzipien im Recht der elterlichen Verantwortung.⁴⁷¹ Die Befragung zeigt, dass in allen der betrachteten europäischen Rechtsordnungen eine Entscheidung zur elterlichen Sorge- und zum Umgangsrecht zu einem späteren Zeitpunkt überprüft und ggf. revidiert werden kann.⁴⁷²

Auch die Frage der Abänderungsvoraussetzungen ist in den Rechtsordnungen der europäischen Staaten ähnlich ausgestaltet, da sie im Grundsatz auf denselben im Kontext der deutschen Rechtsordnung genannten Erwägungen beruhen.⁴⁷³ So fällt auf, dass in nahezu allen Rechtsordnungen das maßgebliche Kriterium für den Abänderungsantrag die veränderten Umstände sind.⁴⁷⁴ Eine Ausnahme macht

⁴⁶⁸ Siehe die Untersuchung der Entscheidungen in Kapitel 4, B.(BRD) und Kapitel 5. B. (Vereinigtes Königreich).

⁴⁶⁹ Rechtsvergleichender Überblick bei *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 733 ff.

⁴⁷⁰ *Dethloff*, FamR, § 13 Rn. 241.

⁴⁷¹ *Boele-Woelki/Bente-Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, 22 europäischen Staaten wurde u.a. die folgende Frage gestellt (Question 56): Under what conditions, if any, may a legally effective decision or agreement on parental responsibilities, the child's residence or contact be reviewed by a competent authority? Is it, e.g., required that the circumstances have changed after the decision or agreement was made and/or that a certain period of time has passed since the decision or agreement? Siehe zum Zweck der Befragung das Vorwort auf S. v und vi.

⁴⁷² *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 733 ff. Länderberichte, z.B. Österreich, § 107 Abs. 1 Nr. 3 Außerstreitgesetz, Belgien, Art. 387 b Belgisches Zivilgesetzbuch, Dänemark Art. 8 Dänisches Gesetz zur Elterlichen Verantwortung und zum Umgangsrecht, England/Wales, Sec. 4 (3) Children Act 1989.

⁴⁷³ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 733 ff.

⁴⁷⁴ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, Österreich auf S. 733, Belgien, Bulgarien, Tschechien S. 734, England/Wales, S. 735-736, Finnland, Frankreich S. 736, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Irland S. 737, Italien, Litauen, Niederlande, Norwegen S. 738, Russland, Spanien S. 739, Schweiz S. 740.

hier nur die polnische Rechtsordnung, die tatbestandlich allein darauf abstellt, dass das Wohl der betroffenen Person die Abänderung erforderlich macht.⁴⁷⁵ Letztlich kann sich diese Erforderlichkeit aber auch nur aus einer Betrachtung der Umstände ergeben. Die veränderten Umstände sind im Gesamtüberblick der betrachteten europäischen Rechtsordnungen das gemeinsame Merkmal, das ein Antragsteller darzulegen hat, das wie im Falle der Tschechischen Republik z.B. aber auch durch amtswegig eingeleitete Ermittlungen festgestellt werden kann.⁴⁷⁶

Bei den meisten der betrachteten Rechtsordnungen treten im Abänderungsstatbestand zu den geänderten Umständen weitere Voraussetzungen hinzu. Die Prüfung des Kindeswohls kommt in vielen Rechtsordnungen als Kriterium hinzu, wobei die Intensität, mit der dieses zu beachten ist, variiert. Das Prüfungsprogramm kann von der Erforderlichkeit des Wohls „einer Person“ (Polen), der Beachtung der Kindesinteressen (Italien), der Kindeswohldienlichkeit (Ungarn), der Erforderlichkeit zur Verwirklichung des Kindeswohls (Rep. Irland) bis zu den triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen (BRD) oder spezifischen Bedrohungen des Kindeswohls (Österreich) reichen.⁴⁷⁷ Qualitativ variiert die tatbestandlich geforderte Betroffenheit des Kindeswohls also in einer relativ weiten Spanne. Manche Rechtsordnungen lassen es ausreichen, dass bei geänderten Umständen das Kindeswohl beachtet wird,⁴⁷⁸ eine Voraussetzung, die keine hohen Hürden für die Einleitung eines neuen Verfahrens aufstellt, während nach anderen Rechtsordnungen eine Abänderung der bestehenden Regelung nur dann möglich ist, wenn gravierende Umstände das Wohl des Kindes nachhaltig berühren oder dieses gar gefährden.⁴⁷⁹

E. Einstweilige Maßnahmen zum Kindesschutz

Art. 20 der Brüssel IIa-VO normiert die internationale Zuständigkeit zum Erlass einstweiliger Maßnahmen zum Kindesschutz. Da sich die verfahrensrechtlichen und die sachlichen Voraussetzungen der einstweiligen Maßnahmen aus dem mitgliedstaatlichen Recht ergeben, handelt es sich um eine weitere Einbruchstelle des nationalen Rechts zur Geltendmachung des Einwands des Kindeswohls.⁴⁸⁰ Einstweilige Maßnahmen und Schutzmaßnahmen betreffen zwar nicht die direkte

⁴⁷⁵ Art. 277 der polnischen Zivilprozessordnung, *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 739.

⁴⁷⁶ Sek. 28 des Tschechischen Familienrechtsgesetzes.

⁴⁷⁷ Art. 577 Polnisches Zivilverfahrensgesetz; Art. 342 b und Codice Civile, Italienisches Zivilgesetzbuch; Sec. 12 Irischer Guardianship of Infants Act; § 1698 BGB; §§ 176 und 148 Abs. 2 Österreichisches ABGB.

⁴⁷⁸ Italien: Art. 342 b) und c) des italienischen Zivilgesetzbuches (*Ci*).

⁴⁷⁹ BRD: § 1696 BGB;/ Österreich: § 176, 148 Abs. 2 ABGB.

⁴⁸⁰ *Martiny*, FPR 2010, 493, 495.

Überprüfung einer Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats am Maßstab des Kindeswohls, sie können jedoch in Konkurrenz zu diesen treten. Nach der Brüssel IIa-VO können einstweilige Maßnahmen zum Kinderschutz auch bei fehlender internationaler Zuständigkeit auf Grundlage der Eilzuständigkeit nach Art. 20 Brüssel IIa-VO ergehen. Ein nach der Brüssel IIa-VO international unzuständiger Staat kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 20 Brüssel IIa-VO vorläufige Regelungen treffen, die denselben Sachverhalt betreffen wie Gerichte des international zuständigen Mitgliedstaats. Nicht anders als die Entscheidung in der Hauptsache, ergeben sich diese aus dem jeweiligen Recht des erlassenden Mitgliedstaats, welches auf europäischer Ebene nicht vereinheitlicht ist. Eilbedürftige Maßnahmen als gerichtliche Reaktion auf Kindeswohlgefährdungen sind allen europäischen Rechtsordnungen bekannt.⁴⁸¹

Das Konkurrenzverhältnis zwischen einer solchen einstweiligen Maßnahme nach Art. 20 Abs. 1 und einer späteren Entscheidung des international zuständigen Mitgliedstaats regelt Art. 20 Abs. 2 Brüssel IIa-VO, der ein Außerkräfttreten der Notmaßnahme bei Regelung durch den international zuständigen Staat anordnet. Überdies müssen zeitlich frühere Entscheidungen durch Gerichte des international zuständigen Mitgliedstaats aufgrund des Kompetenzgefüges der Brüssel IIa-VO dergestalt durch die anderen Mitgliedstaaten beachtet werden, dass der Erlass von Schutzmaßnahmen auf Grundlage von Art. 20 Abs.1 Brüssel IIa-VO im Hinblick auf denselben Verfahrensgegenstand nicht mehr möglich ist.⁴⁸²

Der Vorrang der Entscheidungszuständigkeit der Gerichte des international zuständigen Mitgliedstaats beschränkt sich also nicht nur auf Entscheidungen, die zeitlich nach der einstweiligen Maßnahme eines in der Hauptsache international unzuständigen Gerichts ergehen. Auch die Abänderung einer Entscheidung des in der Hauptsache international zuständigen Gerichts durch eine einstweilige Maßnahme eines international unzuständigen Gerichts aus Gründen des Kindeswohls auf Grundlage des Art. 20 Abs. 1 Brüssel IIa-VO wäre wegen der eindeutigen Zuständigkeitsverteilung ausgeschlossen, was der EuGH in seinem Urteil in der Rs. C-403/99 PPU (*Deticek*) klarstellte.⁴⁸³

⁴⁸¹ *Boele-Woelke/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 241 zum Vermögensschutz z.B. § 133 Abs. 3, 4 Außerstreitgesetz i.V.m. § 229 ABGB, Art. 378 Belgisches ZGB; Frage 51, S. 669-692, zum Entzug der elterlichen Sorge bei Kindeswohlgefährdung § 176 ABGB (Österreich), § 32 Belgisches ZGB, Art. 74 Bulgarisches Familiengesetz, Abschnitt 44 § 1 Tschechisches Familiengesetzbuch; Art. 378-1 Franz. Code Civil, 1:266 niederl. BW, Art. 330 Ital. Cc.

⁴⁸² Siehe hierzu schon oben Kapitel 1, D, VIII., 1.

⁴⁸³ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 47.

F. Ergebnis – Die Bedeutung der Kindeswohlprüfung im jeweiligen rechtlichen Kontext

Die Brüssel IIa-VO sieht die Möglichkeit zur Überprüfung der Entscheidung des international zuständigen Mitgliedstaats am Kriterium des Kindeswohls grds. in allen Verfahrensstadien der grenzüberschreitenden Durchsetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung vor. Innerhalb der Anerkennung der Entscheidung ist die Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl im Sinne des *ordre public* ein Anerkennungsversagungsgrund. Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO macht hier jedoch einen Unterschied. Die Anerkennung von Umgangs- und Rückgabeentscheidungen ist im Zweitstaat nicht mehr anfechtbar. Diese sind zudem ohne das Erfordernis der Vollstreckbarerklärung unmittelbar vollstreckbar. Eine Kindeswohlprüfung in Bezug auf die Entscheidung findet im Zweitstaat nicht mehr statt. Nur die Vollstreckungsmaßnahme selbst unterliegt nach innerstaatlichem Verfahrensrecht i.S.d. Art. 47 Brüssel IIa-VO der Bindung an Rechtsgrundsätze des jeweiligen Mitgliedstaats. Hierüber fließt das mit Verfassungsrang zu berücksichtigende Kindeswohl in den Prüfungsmaßstab ein. Die Abänderung der Entscheidung zur elterlichen Verantwortung gehört ebenfalls in diesen Zusammenhang. Diese ist dem Recht der Mitgliedstaaten entsprechend dann vorzunehmen, wenn Gründe des Kindeswohls die Abänderung erfordern. Gegenstand der Überprüfung kann auch die Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats sein.⁴⁸⁴ Eine Prüfung des Kindeswohls kann zudem im Rahmen einstweiliger Maßnahmen zum Kinderschutz erfolgen, die unter gewissen Voraussetzungen auch in einem Mitgliedstaat erlassen werden können, der nicht die internationale Zuständigkeit für eine Entscheidung in der Sache besitzt.

⁴⁸⁴ Dornblüth, S. 105.

Kapitel 3: Das Spannungsfeld zwischen materiellen Kindeswohlerfordernissen und dem Abbau von Prüfungsvorbehalten

A. Herausforderungen der Harmonisierung des Internationalen Familienverfahrensrechts

Die supranationale EU ist im Kern eine Wirtschaftsgemeinschaft.⁴⁸⁵ Die Harmonisierung des Internationalen Zivilverfahrensrechts ist ihrer Entstehung nach eine begleitende Maßnahme zur Einführung der Freizügigkeit des Unionsbürgers im Hoheitsgebiet der EU, hat sich in der Zeit zwischen 1999 und 2009 jedoch zu einem der dynamischsten Rechtssetzungsbereiche der EG/EU entwickelt.⁴⁸⁶ Ihrer Grundkonzeption nach folgt die Brüssel IIa-VO dem Modell der ersten Verordnung im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts, der Brüssel I (EuGVO) EG 44/2001, die die Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen regelt.⁴⁸⁷ Die unmittelbare Voll-

⁴⁸⁵ *Oppermann/Claassen/Nettesheim*, EurR, § 1 Rn. 1, § 4 Rn. 10.

⁴⁸⁶ *Hess*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der EU, Art. 81 AEUV, Rn. 6.

⁴⁸⁷ Die EuGVO EG 44/2001 ist wiederum dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II S. 774 (EuGVÜ) nachgebildet.

streckbarkeit von Rückgabe- und Umgangsrechtsentscheidungen gleicht der Durchsetzbarkeit des Europäischen Vollstreckungstitels der EuVTVO, der auch eine Vollstreckbarkeit zivil- und handelsrechtlicher Titel aus international zuständigen EU-Mitgliedstaaten ex lege, d.h. ohne das Erfordernis eines Exequaturverfahrens vorsieht.⁴⁸⁸

Vor der Analyse der praktischen Umsetzung der Brüssel IIa-Verordnung durch die EU-Mitgliedstaaten stellt sich eine grundsätzliche Frage: Welche Vorgaben stellen das nationale Verfassungsrecht, die EU-Grundrechtecharta und insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention an die Behandlung von Konflikten der elterlichen Verantwortung? Wird die Brüssel IIa-VO diesen Voraussetzungen gerecht? Der folgende Teil beleuchtet die grund- und menschenrechtliche Dimension der Sorgerechtskonflikte, welche die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Anwendung der Brüssel IIa-VO zu beachten haben.

B. Der grund- und menschenrechtliche Rahmen in Sorgerechtskonflikten

Die Brüssel IIa-VO normiert, in welchen rechtlichen Zusammenhängen die Prüfung des Kindeswohls geboten ist. Unabhängig davon obliegt es jedem Richter, höherrangige grund- und menschenrechtliche Vorgaben einzuhalten.⁴⁸⁹ Die Konzeption des Verfahrensrechts in den internationalen Regelwerken muss diesem Erfordernis Rechnung tragen. Würde höherrangiges Recht in gewissen Sachverhaltskonstellationen verlangen, die Grenzen eines einfachgesetzlich vorgegebenen Prüfungsrahmens zur Verwirklichung des Kindeswohls zu überschreiten, so wäre eine vermeintlich fehlerhafte Anwendung einer Rechtsvorschrift in der Sache dennoch die richtige.

Bei der Anwendung der Brüssel IIa-VO durch die mitgliedstaatlichen Gerichte sind die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben der nationalen Verfassungen, der EU-Grundrechtecharta und der EMRK bei der Behandlung grenzüberschreitender Kindschaftssachen von zentraler Bedeutung. Diese Vorgaben werden im Folgenden vorgestellt. Im Hinblick auf die Vorgaben auf Ebene der nationalen Verfassungen werden aufgrund der deutschen Perspektive der Untersuchung die Anforderungen des Grundgesetzes der BRD dargestellt.

⁴⁸⁸ Rauscher/Pabst, in: Rauscher, EZPR, Einl. EG-VollstrTitelVO, Rn. 12; zu den entsprechenden

Problemkreisen wie der Beseitigung der *ordre public*-Kontrolle und der Beschränkung des Beklagten schutzes, Rauscher, Europäischer Vollstreckungstitel, Rn. 16.

⁴⁸⁹ Siehe hierzu die folgende Darstellung zu den Vorgaben des Grundgesetzes, der EU-Grundrechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention in diesem Kapitel unter I., II. und III.

I. Nationales Verfassungsrecht – das Grundgesetz

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die deutsche Gerichte bei Entscheidungen in Kindschaftssachen beachten müssen, stellt zunächst das Grundgesetz auf, insbesondere durch seine Art. 6 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG.⁴⁹⁰ Ein veränderter Prüfungsmaßstab ergibt sich bei der Behandlung europäischer grenzüberschreitender Entscheidungen bei Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO. Hinsichtlich des Prüfungsumfanges ist zwischen zwei unterschiedlichen Konstellationen zu unterscheiden, der direkten Überprüfung des EG- bzw. EU-Sekundärrechtsakts auf der einen Seite sowie der Überprüfung des Vollzugs durch eine mitgliedstaatliche Maßnahme andererseits. Bei Letzterer ist wiederum zwischen der Überprüfung einer ausländischen Entscheidung nach *ordre public*-Maßstäben in der Anerkennung und der Durchsetzung einer unmittelbar vollstreckbaren Entscheidung, deren Anerkennung im Zweitstaat nicht mehr anfechtbar ist, zu differenzieren.

1. Maßgeblichkeit des GG für die Beurteilung der Brüssel IIa-VO

Eine direkte Überprüfung der Brüssel IIa-VO als EG-Sekundärrechtsakt am Maßstab des deutschen Grundgesetzes scheidet nach der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH aus.⁴⁹¹ Während der EuGH im Hinblick auf den *effet utile* von einem allgemeinen Vorrang des EU-Rechts vor jeder mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift ausgeht,⁴⁹² behandelte das BVerfG in seinen Urteilen Solange II⁴⁹³ und Maastricht⁴⁹⁴ die Frage der Anwendbarkeit des Grundgesetzes auf EG-Rechtsakte als ein Problem der Reichweite seiner Gerichtsbarkeit und grenzte seine Zuständigkeit zu der des EuGH ab.⁴⁹⁵ Die Kompetenz zur Überprüfung am Maßstab des deutschen Grundgesetzes übt das BVerfG demnach solange nicht aus, wie ein dem Grundrechtsschutz des Grundgesetzes im wesentlichen gleicher Schutz, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH, auf europäischer Ebene gewährleistet wird.⁴⁹⁶ Sowohl die Verfassungsbeschwerde als auch die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle gegen die Brüssel IIa-VO würde das Bundesverfassungsgericht als unzulässig abweisen.⁴⁹⁷ Auch wenn die Konstruktion der einstweilen nicht ausgeübten Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts dogmatisch

⁴⁹⁰ BVerfGE 24, 119, 143-144; 37, 217, 252; 55, 171, 179; 99, 145, 157; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 94.

⁴⁹¹ BVerfGE 73, 339-388 = NJW 1987, 577-582 (Solange II); *Schlaich/Koriotb*, Das BVerfG, Rn. 359; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 GG, Rn. 155.

⁴⁹² Leitsätze der Entscheidungen EuGH, 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251 und 9.3.1978, Rs. C-101/77 (Simenthal).

⁴⁹³ BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577.

⁴⁹⁴ BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047.

⁴⁹⁵ *Becker*, S. 69.

⁴⁹⁶ BVerfGE 73, 339, 387 = NJW 1987, 577, 582; *Oppermann/Claasen/Nettesheim*, EurR, § 10 Rn. 21.

⁴⁹⁷ BVerfGE 73, 339, 387 = BVerfG NJW 1987, 577, 582; *Schlaich/Koriotb*, Das BVerfG, Rn. 359.

nicht die Unanwendbarkeit des Grundgesetzes bedeutet, ergibt sich dennoch faktisch, dass die Verordnung als Sekundärrechtsakt der EU nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen wird.

2. *Maßgeblichkeit des GG für den mitgliedstaatlichen Vollzug*

Differenzierter ist die Frage zu beantworten, inwiefern der mitgliedstaatliche Vollzug der Brüssel IIa-VO einer Prüfung durch das Grundgesetz unterliegt, wenn deutsche Hoheitsträger daran beteiligt sind. Die für die Beurteilung maßgebliche Grundrechtsordnung sowie der Prüfungsmaßstab müssen hier der Tatsache Rechnung tragen, dass mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte beim Vollzug der Brüssel IIa-VO auf Grundlage von EU-Sekundärrecht handeln.

a) Verfassungsrecht in der Anerkennung

In der Anerkennungsversagung gem. Art. 23 Brüssel IIa-VO finden deutsche verfassungsrechtliche Grundsätze über den *ordre public* mittelbaren Eingang in die Beurteilung. Eine direkte Prüfung der Vereinbarkeit der ausländischen Entscheidung am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts erfolgt nicht, jedoch repräsentiert das Verfassungsrecht die grundlegenden Wertentscheidungen des Staates, welche den *ordre public* ausmachen. Im Rahmen der Durchsetzung einer ausländischen Entscheidung steht dem Anerkennungs- und Vollstreckungsstaat somit ein rechtliches Instrument zur Verfügung, um diese anhand seiner eigenen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen, der öffentlichen Ordnung, zu beurteilen.

b) Verfassungsrechtliche Prüfung unmittelbar vollstreckbarer Entscheidungen

Rechtlich noch komplexer liegt die verfassungsrechtliche Beurteilung der mitgliedstaatlichen Umsetzung unmittelbar vollstreckbarer Entscheidungen gem. Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO. Durch die Regelung, dass die in diesen Anwendungsbereich fallenden Entscheidungen anerkannt und vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann und deren Durchsetzung damit nicht wegen eines *ordre public*-Verstoßes versagt werden kann, schließt die Brüssel IIa-VO eine jegliche Überprüfung der Entscheidung durch den Zweitstaat aus. Somit kann auch das Verfassungsrecht des Zweitstaats nicht mehr im Rahmen einer *ordre public*-Kontrolle herangezogen werden. Dies klärt jedoch noch nicht, ob aus Perspektive des jeweils nationalen Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten eine Überprüfung der Entscheidung notwendig ist. Mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung stellt sich die Frage, ob ein deutscher Hoheitsträger eine mitgliedstaatliche Entscheidung durchsetzen darf, wenn er diese als verfassungswidrig beurteilt. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in den Grundsatzentscheidungen Eurocontrol⁴⁹⁸ und

⁴⁹⁸ BVerfGE 58, 1 (Eurocontrol I) = NJW 1982, 507 und BVerfGE 59, 63 (Eurocontrol II) = NJW 1982, 512; siehe hierzu *Becker*, S. 75-77.

Deutsch-Österreichisches Rechtshilfeabkommen⁴⁹⁹ zur Frage der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Vollstreckung ausländischer Titel geäußert.⁵⁰⁰ Zu berücksichtigen ist, dass die Entscheidungen völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik betrafen und nicht EU-Sekundärrechtsakte.

Die erste grundlegende Erkenntnis der Eurocontrol-Entscheidungen ist, dass verfassungsrechtlicher Schutz in grenzüberschreitenden Sachverhalten mit deutscher Beteiligung nicht zwingend vor einem deutschen Gericht gewährleistet werden muss.⁵⁰¹ Art. 19 IV GG gewährleistet nicht eine subsidiäre Gerichtsbarkeit deutscher Gerichte für den Fall, dass die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung nach innerstaatlichem Recht materiell oder formell fehlerhaft sein sollte,⁵⁰² und auch seien Bestimmungen, die den Rechtsschutz in Bezug auf Akte zwischenstaatlicher Einrichtungen regeln, nicht unmittelbar an Art. 19 IV GG zu messen, sondern an Art. 24 I GG, da sie keine Akte der deutschen öffentlichen Gewalt betreffen.⁵⁰³ Jedoch müsse im Ursprungsstaat der Entscheidung ein Rechtsschutzsystem zur Verfügung stehen, das in Umfang und Wirksamkeit im Wesentlichen dem deutschen Standard entspricht, wobei es diesem nicht unbedingt gleichkommen muss.⁵⁰⁴ Das Bundesverfassungsgericht betonte die durch Art. 24 GG eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung zur Schaffung eines Systems der internationalen Kooperation, indem es ausführte:

Eine derart weitgehende Ausrichtung der rechtlichen Ausgestaltung einer zwischenstaatlichen Einrichtung an den innerstaatlichen Bestimmungen eines beteiligten Staates ließe letztlich der in Art. 24 I GG zum Ausdruck kommenden „Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit“ zuwider; sie wäre gegenüber den anderen beteiligten Staaten schwerlich durchzusetzen und würde die Bundesrepublik Deutschland im Bereich der Einrichtung im Sinne des Art. 24 GG nicht selten faktisch „vertragsunfähig“ machen.⁵⁰⁵

Die zitierte Stelle erinnert im Punkte des allgemein gewährleisteten Grundrechtsstandards durch andere Völkerrechtssubjekte an die Solange-Rspr. des BVerfG⁵⁰⁶ und im Punkte der Beschränkung der Geltendmachung von Rechtsbehelfen auf den Entscheidungsstaat an das grundlegende Prinzip der Verkehrsfähigkeit mitgliedstaatlicher Entscheidungen im EU-Zivilverfahrensrecht.⁵⁰⁷

⁴⁹⁹ BVerfGE 63, 343 (Deutsch-Österreichischer Rechtshilfevertrag) = NJW 1983, 2757; Becker, S. 77-80.

⁵⁰⁰ Pfeiffer, in: Jayme FS, S. 675, 680.

⁵⁰¹ BVerfGE 58, 1, 42 = NJW 1982, 507, 511; Becker, S. 76.

⁵⁰² BVerfGE 59, 63, 86 = NJW 1982, 512, 513.

⁵⁰³ BVerfGE 59, 63, 86 = NJW 1982, 512, 513.

⁵⁰⁴ BVerfGE 58, 1 40-41 = NJW 1982, 507, 511.

⁵⁰⁵ BVerfGE 58, 1, 41 = NJW 1982, 507, 511.

⁵⁰⁶ BVerfGE 73, 339, 387 (Solange II) = NJW 1987, 577, 582.

⁵⁰⁷ Vgl. ErwGr. (10) zur EuVTVO; Kropholler/von Hein, EZPR, Art. 5 EuVTVO, Rn. 10.

In der Entscheidung zum Deutsch-Österreichischen Rechtshilfevertrag⁵⁰⁸ festigte das BVerfG diese Grundsätze, indem es erkannte, dass die deutsche verfassungsrechtliche Grenze zur Hinnahme einer unmittelbar vollstreckbaren ausländischen Entscheidung das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes sei, welches erfordere, dass das ausländische Verfahrensrecht des Entscheidungsstaats nicht dem deutschen *ordre public* zuwiderläuft und rechtsstaatlichen Mindeststandards genügt.⁵⁰⁹

Aus der Zusammenschau der Entscheidungen lässt sich folgern, dass das BVerfG es auch unter Beachtung des deutschen Rechtsstaatsprinzips nicht für unausweichlich geboten hält, eine ausländische unmittelbar vollstreckbare Entscheidung zusätzlich am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts zu prüfen, wenn im Entscheidungsstaat ebenso ein rechtsstaatliches Verfahren beachtet wird und die Geltendmachung von Rechtsbehelfen im betreffenden Staat dem Beschwerdeführer zumutbar ist.⁵¹⁰ Auch wenn die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts völkerrechtliche Verpflichtungen betrafen, so dürften die Grundsätze *argumentum a maiore ad minus* umso mehr für die mitgliedstaatlichen Verpflichtungen aus der Abtretung von Souveränität an die supranationale EU und der damit einhergehenden Schaffung eines europäischen Vollstreckungstitels gelten.⁵¹¹ Mit der Ratifizierung des Amsterdamer Vertrages hat der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht und zur Verwirklichung eines einheitlichen Europas Hoheitsrechte unter anderem in Form der Kompetenz gem. Art. 61 lit. c) EG, nunmehr Art 81 AEUV, auf die EU übertragen.⁵¹² An den Konsequenzen muss sich das deutsche Rechtssystem festhalten lassen. Unmittelbar vollstreckbare Titel nach Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO aus anderen EU-Mitgliedstaaten sind aus diesen Gründen nicht zwingend zusätzlich am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens im Entscheidungsstaat bildet eine aus reichende Basis für die nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG verbürgten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen.

⁵⁰⁸ BVerfGE 63, 343 = NJW 1983, 2757.

⁵⁰⁹ BVerfGE 63, 343, 366 = NJW 1983, 2757, 2760; *Becker*, S. 78.

⁵¹⁰ BVerfGE 58, 1, 42 (Eurocontrol I) = NJW 1982, 507, 511; 59, 63, 86 (Eurocontrol II) = NJW 1982, 512, 513; 63, 343, 366 (Deutsch-Österreichisches Rechtshilfeabkommen) = NJW 1983, 2757, 2760.

⁵¹¹ *Becker*, S. 80.

⁵¹² Vgl. *Wagner*, IPRax 2002, 75, 87.

3. Materielle Vorgaben des Grundgesetzes

a) Verfassungsrechtliche Vorgaben bei Sorge- und Umgangsrechtskonflikten

Das Kind ist als Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG unter den besonderen Schutz des Staates gestellt.⁵¹³ Der Grundsatz der Beachtung des Kindeswohls bei der Behandlung von Sorge- und Umgangsrechtskonflikten hat im deutschen Recht verfassungsrechtliche Qualität.⁵¹⁴ Die für die Bestimmungen der Anforderungen des Kindeswohls maßgeblichen verfassungsrechtlichen Normen sind insbesondere die Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG.⁵¹⁵ Die Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG garantieren die Menschenwürde des Kindes und schützen dessen Persönlichkeitsrecht, sowie dessen körperliche und seelische Unversehrtheit. Art. 6 Abs. 2 GG besagt, dass die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht ist, über deren Betätigung der Staat wacht.⁵¹⁶ Das Elternrecht dient somit dem Wohle des Kindes, welches bei der juristischen Behandlung von Sorge- und Umgangsrechtskonflikten als oberster Grundsatz zu berücksichtigen ist.⁵¹⁷ Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie das eigene Persönlichkeitsrecht des Kindes vermitteln dem Kind ein Recht auf staatlichen Schutz bei einer verantwortungslosen Ausübung der elterlichen Sorge.⁵¹⁸

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Sorgerechtsverfahren dadurch geprägt, dass das Tätigwerden des Staates maßgebend durch das Interesse des Kindes veranlaßt ist.⁵¹⁹ Das Wohl des Kindes i. S. der allgemeinen Grundsätze, die in der Rechtsprechung des BVerfG zum „Wächteramt“ gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG entwickelt worden sind, hat den Richtpunkt der Entscheidungen der Gerichte zu bilden.⁵²⁰ So müssen sich die Gerichte bei der Lösung eines Sorgerechtskonflikts und der Verteilung der elterlichen Sorge allein am Wohl des Kindes orientieren.⁵²¹ Im Falle einer Kollision mit den Elternrechten geht das Kindeswohl vor.⁵²² Die Pflicht der Eltern, das Wohl des Kindes bei der Erziehung ihres Kindes zu beachten, beschränkt dabei deren eigenes Recht aus Art. 6 Abs. 1 GG, die Erziehung in

⁵¹³ BVerfGE 24, 119, 144; BVerfGE 55, 171, 179; BVerfG, NJW 1981, 217, 218; NJW 1968, 2233, 2235.

⁵¹⁴ BVerfG, FamRZ 2008, 1737, 1738.

⁵¹⁵ Siehe z.B. BVerfG, NJW 2010, 2336, 2337.

⁵¹⁶ Siehe hierzu BVerfG, NJW 1968, 2233, 2235.

⁵¹⁷ BVerfG, NJW 1993, 2671; NJW 2010, 2336, 2337; NJW 1982, 1379.

⁵¹⁸ *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 115.

⁵¹⁹ BVerfG, NJW 1986, 3129.

⁵²⁰ BVerfG, NJW 1986, 3129.

⁵²¹ *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 109.

⁵²² BVerfG, 1986, 3129, 3130; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 115.

eigener Verantwortung auszuüben.⁵²³ Nur das Kindeswohl kann die Einschränkung des Sorgerechts der Elternteile rechtfertigen, und dies aber auch nur soweit eine solche Einschränkung erforderlich und nötig ist.⁵²⁴ Können sich getrennt lebende Eltern nicht über die Wahrnehmung der ihnen auch nach der Trennung/Scheidung den gemeinsamen Kindern gegenüber obliegende Elternverantwortung einigen, ist der Staat berufen, durch die Gerichte über die widerstreitenden Interessen der Eltern zu entscheiden.⁵²⁵

Im Bereich der Sorgerechtsentscheidungen folgt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, dass es dem Kindeswohl entspricht, wenn nach dem Förderungsprinzip derjenige Elternteil die elterliche Sorge erhält, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau der Persönlichkeit erwarten kann.⁵²⁶ Nicht mit dem staatlichen, in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Wächteramt ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG vereinbar, wenn Gerichte einem erziehungsunfähigen Elternteil das Sorgerecht für ein Kind übertragen.⁵²⁷

Eine Beschränkung oder gar einen Entzug elterlicher Rechte erlaubt das staatliche Wächteramt nur zur Abwendung einer körperlichen, geistigen oder seelischen Gefahr für das Kindeswohl oder das Vermögen des Kindes.⁵²⁸ Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der sich in einer strikten Anwendung daran orientieren muss, welche Regelung im Interesse des Kindes erforderlich und geboten ist.⁵²⁹

Auch in Umgangsrechtskonflikten bildet das Kindeswohl den Richtpunkt der Entscheidung.⁵³⁰ Aus Sicht der Elternrechte ist Art. 6 Abs. 2 S.1 GG zu berücksichtigen, der neben dem Recht auf elterliche Sorge auch das Recht auf Umgang des nicht sorgeberechtigten Elternteils schützt, welches der sorgeberechtigte Elternteil dem anderen Elternteil ermöglichen muss.⁵³¹ Nur wenn sich beide Eltern nicht selbst über den Umgang mit dem Kind einigen können, muss ein Gericht eine Entscheidung treffen, welche die Elternrechte und das vorrangig zu beachtende Kindeswohl miteinander abwägt und in eine Konkordanz bringt.⁵³² Diese verfassungsrechtliche Abwägung muss die Elternrechte in einen Einklang bringen, soweit es das Kindeswohl erlaubt.⁵³³ Dass das Elternrecht auf Umgang für sich

⁵²³ BVerfG, 1986, 3129, 3130; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 115.

⁵²⁴ *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 109.

⁵²⁵ BVerfGE 55, 171.

⁵²⁶ BVerfGE 55, 171, 179.

⁵²⁷ BVerfGE 55, 171, 179.

⁵²⁸ BVerfGE 60, 79, 89; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 110.

⁵²⁹ BVerfGE 60, 79, 89; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 110.

⁵³⁰ BVerfG, NJW 1993, 2671 f.

⁵³¹ BVerfG, FamRZ 2010, 109, 110; NJW 1993, 2671; NJW 1971, 1447, 1448.

⁵³² Vgl. BVerfG, Beschluss v. 09.07.2007 – 1 BvR 125/07; BVerfG, NJW 1981, 217, 218; NJW 1971, 1447, 1448; BVerfGE 31, 194, 205; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 56.

⁵³³ BVerfG, NJW 1993, 2671, 2672; NJW 1983, 2491.

genommen eine hohe Bedeutung hat, zeigte eine Entscheidung des BVerfG in einem grenzüberschreitenden Umgangsrechtskonflikt aus dem Jahr 2009: Hier urteilte das BVerfG, dass allein die abstrakte Möglichkeit, dass ein Kindesvater das Kind nach seiner Umgangsrechtsausübung in seinem Heimatstaat nicht an die Kindesmutter im Aufenthaltsstaat der Mutter und des Kindes zurückgibt, keinen so weitgehenden Eingriff in das Elternrecht auf Umgang mit dem Kind erlaubt, dass der Umgang des Vaters räumlich auf den Aufenthaltsstaat des Kindes und der sorgeberechtigten Mutter beschränkt wird.⁵³⁴ In der Entscheidung des BVerfG stellte dieses fest, dass das OLG mit einer solchen beschränkenden Umgangsregelung die Tragweite des Rechts auf elterlichen Umgang verkannt hatte.⁵³⁵

Um verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden, muss das gerichtliche Verfahren im Umgangsrechtskonflikt so ausgestaltet sein, den materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll dienen zu können.⁵³⁶ "Diesen Anforderungen werden die Gerichte nur gerecht, wenn sie sich mit den Besonderheiten des Einzelfalls auseinandersetzen, die Interessen der Eltern sowie deren Einstellung und Persönlichkeit würdigen und auf die Belange des Kindes eingehen."⁵³⁷ Die Gerichte können somit über die Dauer und die Häufigkeit von Besuchen nur nach der jeweiligen Lage des Einzelfalls, unter Berücksichtigung des Kindeswohls und unter Beachtung der berechtigten Wünsche der Eltern und des Kindes sachgerecht entscheiden.⁵³⁸ Hierbei muss auch der Wille des Kindes Eingang in die Entscheidung finden und im Ergebnis berücksichtigt werden, soweit er mit dem Kindeswohl im Einklang steht.⁵³⁹ Im Ergebnis fordert das deutsche Verfassungsrecht, dass die Familiengerichte Umgangsregelungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unter dem Aspekt der Gewährleistung des Kindeswohls treffen.

b) Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Kindesrückführung

In grenzüberschreitenden Kindesrückführungskonflikten hat das Kind Anspruch auf den Schutz seiner Grundrechte, insbesondere der aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG, und ebenso wie beim Sorge- und Umgangsrechtskonflikt bildet das Kindeswohl den Richtpunkt für den staatlichen Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.⁵⁴⁰ Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung gerichtlicher Entscheidungen in grenzüberschreitenden Kindesentführungsfällen auf Grundlage des HKÜ betont das BVerfG, dass es nicht die Anwendung des einfachen Rechts überprüfe,

⁵³⁴ BVerfG, FamRZ 2010, 109, 110; zu dieser Entscheidung siehe *Erdrich*, FamFR 2010, 5 ff.

⁵³⁵ BVerfG, FamRZ 2010, 109, 110; vgl. auch BVerfG, EuGRZ 2007, 235, 237.

⁵³⁶ BVerfG, FamRZ 2010, 109, 110.

⁵³⁷ BVerfG, FamRZ 2010, 109, 110.

⁵³⁸ BVerfG, NJW 1993, 2671, 2672.

⁵³⁹ BVerfG, NJW 1993, 2671.

⁵⁴⁰ BVerfG, NJW 1999, 631.

was gleichermaßen für das Völkervertragsrecht gelte, dessen Anwendung ebenfalls nur auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts hin überprüft werde.⁵⁴¹ Abzuwägen sind in der verfassungsrechtlichen Prüfung der Entscheidungen in Kindesrückführungsverfahren damit nur die elementaren Elternrechte mit dem Kindeswohl, wobei die Verwirklichung der Elternrechte unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem im Ergebnis maßgeblichen Kindeswohl steht. Bei Interessenskollisionen zwischen den Elternrechten und dem Kindeswohl ist das Kindeswohl wie auch in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten der bestimmende Maßstab.⁵⁴²

Das HKÜ ist dem Kindeswohl in gleicher Weise verpflichtet wie das deutsche Verfassungsrecht.⁵⁴³ Zur verfassungsrechtlichen Dimension der Anwendung des HKÜ äußerte das BVerfG, dass das Regel/Ausnahmeverhältnis der Art. 13 und 20 HKÜ im Einklang mit dem Erfordernis der Beachtung des Kindeswohls stehe.⁵⁴⁴ Eine restriktive Auslegung des HKÜ durch deutsche Gerichte ist damit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.⁵⁴⁵ Die Zumutbarkeit der Rückführung für das Kind rechtfertigt sich durch den Zweck, die Lebensbedingungen für das Kind zu verstetigen, eine sachnahe Sorgerechtsentscheidung am ursprünglichen Aufenthaltsort sicherzustellen und Kindesentführungen allgemein entgegenzuwirken.⁵⁴⁶ Nicht jede Härte kann die Versagung der Rückführung begründen, sondern nur eine ungewöhnlich schwerwiegende, erhebliche, konkrete und aktuelle Beeinträchtigung des Kindeswohls.⁵⁴⁷ Auch Härten für die Elternteile können nicht eine solche Ausnahmesituation begründen, wenn die Möglichkeit besteht, mit dem Kind an den Ort des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts zu zurückkehren und die Beeinträchtigung einer Trennung von Elternteil und Kind zu vermeiden.⁵⁴⁸

Lediglich in den Fällen gegenläufiger Rückführungsanträge ist, wie bei der Einführung in den Fall Tiemann dargestellt,⁵⁴⁹ eine intensivere Auseinandersetzung mit Fragen des Kindeswohls geboten.⁵⁵⁰

⁵⁴¹ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174; siehe zum Rang des Völkerrechts in der verfassungsrechtlichen Beurteilung BVerfG, NJW 1996, 2717, 2719.

⁵⁴² BVerfG, NJW 1999, 631.

⁵⁴³ BVerfG, NJW 1999, 631; siehe oben die Darstellung der Entscheidung des BVerfG im Fall Tiemann, Kapitel 1, C., I.

⁵⁴⁴ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174; NJW 1999, 631.

⁵⁴⁵ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174.

⁵⁴⁶ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174.

⁵⁴⁷ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174.

⁵⁴⁸ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174; NJW 1999, 631.

⁵⁴⁹ Siehe oben Kapitel 1, C., I.

⁵⁵⁰ BVerfG, NJW 1999, 2173, 2174; NJW 1999, 631.

II. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union

1. Unionsrechtlicher Grundrechtsschutz

Die im Jahr 1999 erarbeitete und 2000 feierlich proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁵⁵¹ hat durch den Vertrag von Lissabon⁵⁵² Eigenständigkeit und rechtliche Verbindlichkeit erlangt. Sie tritt gem. Art. 6 Abs. 1 EUV gleichrangig neben die Verträge zur EU.⁵⁵³ Die Union erhält dadurch erstmals einen ausformulierten Grundrechtskatalog, der als Primärrecht für die EU verbindlich ist.⁵⁵⁴ Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta gilt sie für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU sowie für die Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht durchführen. In einer Entscheidung des EuGH zu Ermessensspielräumen im Bereich des Asylrechts hat der EuGH klargestellt, dass die Grundrechtsgeltung auch ein den Mitgliedstaaten eingeräumtes Ermessen erfasst, also auch im Hinblick auf Auslegungsspielräume kein Freiraum von der Bindung entsteht.⁵⁵⁵

2. Die EMRK als Rechtserkenntnisquelle des Unionsrechts, Art. 6 Abs. 3 EUV

Der materielle Gehalt der EU-Grundrechte lehnt sich eng an die EMRK an.⁵⁵⁶ Art. 6 Abs. 3 EUV erhebt die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts. Rechtlich bedeutet dies, dass die EMRK nicht selbst Rechtsquelle des Unionsrechts ist, sondern Rechtserkenntnisquelle des EuGH bei der Entwicklung und Ausprägung der Unionsgrundrechte.⁵⁵⁷ Insbesondere der für den grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt maßgebliche Art. 7 der EU-Grundrechtecharta zur Achtung des Privat- und Familienlebens ist Art. 8 EMRK nachgebildet.⁵⁵⁸ Auch trotz der ausdrücklichen Hervorhebung des Kindeswohls in Art. 24 EU-Grundrechtecharta ergeben sich im Bereich des Kinderschutzes im Sorgerechtskonflikt keine abweichenden Besonderheiten im Vergleich der EMRK zu den EU-Grundrechten. Der

⁵⁵¹ Vom 7.12.2000, ABl. Nr. C 364, S. 1.

⁵⁵² Vom 13.12.2007, ABl. Nr. C 306 S. 200, ber. ABl. 2008 Nr. C 111 S. 56, ABl. 2009 Nr. C 290 S. 1.

⁵⁵³ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 12.

⁵⁵⁴ *Folz*, in: Vedder/von Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 6 EUV, Rn. 3.

⁵⁵⁵ EuGH, 21.12.2011, Rs. C-411/10 u. 493/10 (*N.S./Secretary of State for the Home Department und M.E. u.a./Refugee Applications Commissioner u.a.*), Rn. 64-68 = EuZW 2012, 231 L = NVwZ 2012, 417, 418, siehe auch *Weiß*, EuZW 2012, 201, 202.

⁵⁵⁶ Siehe die Erklärungen zu Bestimmungen der Verfassung, ABl. 2004-C 310/456; *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 6 EUV Rn. 21.

⁵⁵⁷ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 6-7.

⁵⁵⁸ *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der GRe der EU, Art. 7 Rn. 1.

Schutzbereich ist durch die dynamische Adaption der Ausprägungen des Art. 8 EMRK durch Art. 7 EU-Grundrechtecharta kongruent.

Für die Entwicklung der EU-Grundrechte durch die Rechtsprechung des EuGH ist die Europäische Menschenrechtskonvention und die dazu ergehende Rechtsprechung des EGMR neben den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten damit nicht nur eine, sondern die wesentliche Erkenntnisquelle.⁵⁵⁹ Der Gerichtshof hat in seiner grundrechtlichen Judikatur einen solchen Bezug auf die EMRK genommen.⁵⁶⁰ Die Menschenrechte sind aus diesem Grund im Gehalt der EU-Grundrechte eingeschlossen. Wegen dieses hohen Maßes an Einfluss verdient die EMRK die Bezeichnung als „europäisches Verfassungsinstrument“.⁵⁶¹

3. Materielle Vorgaben der EU-Grundrechtecharta

Art. 24 der EU-Grundrechtecharta hebt den Kinderschutz besonders hervor. Art. 24 der EU-Grundrechtecharta, der sich am Gehalt der Art. 3, 9, 12 und 13 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 orientiert,⁵⁶² besagt, dass Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge haben, die für ihr Wohlergehen notwendig sind und dass ihre Meinung in den sie betreffenden Angelegenheiten entsprechend ihrem Alter und Reifegrad zu berücksichtigen ist, Abs. 1 S. 2. Art. 24 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta vermittelt somit ein Grundrecht des Kindes auf den Schutz und die Fürsorge, die für die Gewährleistung des Kindeswohls notwendig sind.⁵⁶³ Die EU und die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, durch ihre Institutionen die gebotenen und geeigneten Maßnahmen zum Schutze des Kindes zu treffen.

Art. 24 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta normiert den wichtigen Grundsatz, dass bei allen die Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein muss. Sowohl die Union selbst als auch die Mitgliedstaaten sind als Normadressaten verpflichtet, bei all ihren Maßnahmen das Kindeswohl vorrangig zu achten und auch aktiv für

⁵⁵⁹ EuGH, 21.9.1989, Rs. 46/87 und 227/88 (*Hoechst./Kommission*), Slg. 1989, 2859, Rn. 13 = NJW 1989, 3080, 3081, „Der EMRK kommt besondere Bedeutung für den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz zu.“

⁵⁶⁰ Z.B. EuGH, 14.5.1974, Rs. 4/73 (*Nold*), Slg. 1974, 491, 507, Rn. 13 = NJW 1975, 518, 520.

⁵⁶¹ *Giegerich*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 2 Rn. 22.

⁵⁶² *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 24 GRCh, Rn. 2; *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 24 GR-Charta, Rn. 2.

⁵⁶³ *Hölscheidt*, in: Meyer, GRCh, Art. 24, Rn. 18; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 24 GR-Charta, Rn. 5; *Ross*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 24 GRC, Rn. 1.

seinen Schutz einzutreten.⁵⁶⁴ Art. 24 Abs. 1 S. 2, 3 und Abs. 2 sehen ein Kindesrecht auf kommunikative und politische Teilhabe vor.⁵⁶⁵

Art. 24 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta erhebt das Recht auf persönlichen Umgang mit den Eltern zum Kindesrecht, soweit dies nicht seinem Wohl entgegensteht. Das Kind hat einen ausdrücklichen Anspruch auf den Umgang mit seinen Eltern, der aber selbst unter der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl steht.⁵⁶⁶ Das Recht auf familiäre Teilhabe beschränkt sich nicht nur auf die leiblichen Eltern, sondern bezieht alle Bezugspersonen des Kindes ein, die eine Elternrolle für das Kind übernehmen.⁵⁶⁷ Im grenzüberschreitenden Konflikt der elterlichen Verantwortung sind insbesondere dieses Recht auf Umgang, aber auch das in Art. 24 Abs. 2 normierte Vorrangprinzip des Kindeswohls von besonderer Relevanz.

III. Die EMRK

1. Art. 6 Abs. 2 EUV – Beitrittsverpflichtung der EU zur EMRK

a) Noch ausstehender Beitritt

Das Völkerrechtssubjekt EU ist noch nicht der EMRK beigetreten.⁵⁶⁸ Die EMRK ist somit für die EU-Organe nicht unmittelbar bindend i.S.d. Art. 216 Abs. 2 AEUV.⁵⁶⁹ Mangels dieses Beitritts unterliegt das Handeln der Organe der EG *ratione personae* nicht der Gerichtsbarkeit des EGMR. Klagen vor dem EGMR können daher nicht gegen die EU selbst erhoben werden. Der EGMR lehnt aus diesen Gründen die direkte Überprüfung der Rechtsakte der EU am Maßstab der EMRK ab.⁵⁷⁰ Das gegenwärtige Fehlen eines Beitritts der EU zur EMRK gestaltet das rechtliche Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsmaterien daher komplex.⁵⁷¹

⁵⁶⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 24 GRCh, Rn. 3; Jarass, GrCharta, Art. 24, Rn. 15 f.; Ross, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 24 GRCh, Rn. 9.

⁵⁶⁵ Siehe dazu Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 24 GRCh, Rn. 4-9.

⁵⁶⁶ Hölscheidt, in: Meyer, GRCh, Art. 24, Rn. 22.

⁵⁶⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 24 GRCh, Rn. 10.

⁵⁶⁸ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 12; zur früheren Kompetenzdebatte um einen Beitritt der EU zur EMRK siehe: EuGH, Gutachten 2/94 vom 28.3.1996, Slg. 1996, I-1759, Rn. 34 ff. = EuGRZ 1996, 197-207; mittlerweile nimmt Art. 6 Abs. 2 EUV die Absicht des Beitritts auf, im 14. Zusatzprotokoll zur EMRK wurde die Voraussetzung der Mitgliedschaft im Europarat für die EMRK-Mitgliedschaft aufgegeben, und es liegt der Entwurf eines Beitrittsabkommens vor: Dokument des Europarates CDDH-UE (2011)16 vom 19.7.2011.

⁵⁶⁹ Vgl. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 6 EUV Rn. 8 und Hummer, Art. 216 Rn. 21-24 zum Rang der Veträge im Unionsrecht.

⁵⁷⁰ EGMR, 18.2.1999, Nr. 24833/94, Matthews./Vereinigtes Königreich, Slg. 1999-I S. 251, Rn. 32 = EuGRZ 1999, S. 200, 201.

⁵⁷¹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 4 Rn. 1: „in einem vielfältigen Verhältnis der Wechselwirkung.“

Art. 6 Abs. 2 EUV sieht allerdings vor, dass die Union der EMRK beitrifft. Die Norm begründet die Verpflichtung der Union zum Beitritt und schafft gleichsam die nötige Kompetenzgrundlage.⁵⁷² Ein solcher Beitritt würde rechtlich über den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags gem. Art. 218 AEUV gestaltet werden, sodass eine Bindung der EU-Organe dann gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV bestünde.⁵⁷³ Die Individualbeschwerde vor dem EGMR könnte dann direkt gegen Maßnahmen der EU erhoben werden.⁵⁷⁴

b) Konsequenzen für den Rechtsschutz vor dem EGMR

Erst ab dem Beitritt der EU zur EMRK wird der EGMR die direkte Kompetenz zur Überprüfung von EU-Recht besitzen.⁵⁷⁵ Bis dahin gestaltet sich die Überprüfung von Unionsrecht durch den EGMR rechtlich differenziert. Zu unterscheiden ist zwischen der Geltung des materiellen Gehalts der EMRK und der Wahrnehmung der Jurisdiktionsgewalt des EGMR. Hinsichtlich des Überprüfungsgegenstandes ist zu unterscheiden zwischen der direkten Überprüfung von EU-Recht und der indirekten Überprüfung vermittelt durch den Vollzug des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten.

Adressat der Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte gem. Art. 1 EMRK sind aktuell allein die Vertragsstaaten und nicht die EU. Eine indirekte Geltung der Grundsätze der EMRK für EU-Rechtsakte kann jedoch durch den Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten in ihrer vertragsstaatlichen Bindung an die EMRK vermittelt werden.⁵⁷⁶ Die vertragsstaatliche Verpflichtung aus der Konvention besteht unabhängig vom rechtlichen Hintergrund ihres hoheitlichen Handelns, ihrer Geltung sind keine Teilbereiche entzogen.⁵⁷⁷ Die mitgliedstaatliche Ausführung des EU-Rechts durch Hoheitsakte der EU-Mitgliedstaaten rechnet die Rechtsprechung des EGMR den Mitgliedstaaten als eigenes Handeln zu.⁵⁷⁸ Dies liegt insbesondere im Bereich von Ermessens- und Auslegungsspielräumen nahe, die das EU-Recht den staatlichen Behörden bei der

⁵⁷² EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, Slg. 1996, I-1759 Rn. 35 zur Notwendigkeit einer Kompetenz; *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 6 EUV, Rn. 5; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 25; instruktiver Überblick über die damit zusammenhängenden Rechtsfragen bei *Obwexer*, EuR 2012, 115-149.

⁵⁷³ *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 6 EUV Rn. 7.

⁵⁷⁴ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 6 AEUV Rn. 35.

⁵⁷⁵ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 694.

⁵⁷⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 691.

⁵⁷⁷ EGMR, 18.2.1999, Nr. 24833/94, *Matthews./Vereinigtes Königreich*, Slg. 1999-I, S. 251, Rn. 29 = NJW 1999, 3107, 3108; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Rn. 12; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 692 und 694.

⁵⁷⁸ EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi./Irland*, Slg. 2005-VI S. 107, Rn. 133 und 153 = NJW 2006, 197, 199-200, 202; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 1 Rn. 12.

Ausführung des EU-Rechts lässt. Nach der Rechtsprechung des EGMR besteht kein Zweifel daran, dass die EMRK-Menschenrechte auch in der innerstaatlichen Umsetzung von EU-Recht Geltung entfalten und sich die EU-Mitgliedstaaten nicht ihrer Verantwortung aus der EMRK entziehen können, indem sie Hoheitsrechte auf eine supranationale Institution übertragen.⁵⁷⁹

Trotz der grundsätzlichen Geltung des Gehalts der EMRK für jegliches hoheitliches Handeln der Vertragsstaaten ist nicht jeder mitgliedstaatliche Vollzug von EU-Recht vor dem EGMR justitiabel. Auch hier ist zu differenzieren. Die Rspr. des EGMR stellt die gerichtliche Überprüfung vertragsstaatlichen Handelns unter einen Vorbehalt, der im engen Zusammenhang zur fehlenden Kompetenz zur direkten Überprüfung von Gemeinschafts-Rechtsakten steht.⁵⁸⁰ Die Überprüfung der direkten Ausführung des EU-Rechts ohne Ermessensspielraum steht nach dieser Rspr. des EGMR solange nicht zur Überprüfung, solange ein gewisser, den EMRK-Vorgaben entsprechender Grundrechtsstandard durch die EU gewährleistet wird.⁵⁸¹ Durch dieses „Kooperationsverhältnis“ nimmt der EGMR die schwierige Kompetenzabgrenzung zur Rechtsprechungsgewalt des EuGH vor. Seine an sich bestehende Kompetenz zur Überprüfung vertragsstaatlichen Handelns mit EU-rechtlichem Hintergrund ohne nationalen Umsetzungsspielraum schränkt der EGMR mit der Begründung ein, dass eine Vermutung bestehe, dass Grundrechtseingriffe der Mitgliedstaaten gerechtfertigt seien, solange die Europäische Gemeinschaft über einen Grundrechtsschutz verfügt, der im Hinblick auf seine verfahrensmäßige Ausgestaltung und das materielle Schutzniveau dem durch die EMRK gewährleisteten Grundrechtsschutz zumindest gleichwertig ist.⁵⁸²

Die Anwendung des EU-Primär- und Sekundärrechts durch die mitgliedstaatliche Praxis unterliegt damit im Ergebnis der Bindung an die EMRK sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung. Die Kompetenz zur gerichtlichen Überprüfung der Vereinbarkeit vertragsstaatlichen Handelns bei Ausführung von EU-Recht ohne eigenen mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum besteht derzeit allein aufseiten des EuGH. Für die Anwendung der Brüssel IIa-VO bedeutet dies, dass die abstrakten Normen der Verordnung nicht der menschenrechtlichen Kontrolle durch den EGMR unterliegen, ihre praktische Anwendung durch Hoheitsträger der Mitglied- und Vertragsstaaten im konkreten Fall dagegen schon.⁵⁸³

⁵⁷⁹ EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus./Irland*, Slg. 2005-VI S. 107, Rn. 154 = NJW 2006, 197, 202; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 1 Rn. 12; *Grabemwarter/Pabel*, EMRK, § 4 Rn. 6; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 692; vgl. auch *Pernice*, RIW 1986, 353, 356-357.

⁵⁸⁰ Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 694.

⁵⁸¹ EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus./Irland*, Slg. 2005-VI S. 107, Rn. 154-156 = NJW 2006, 197, 202; *Craig/De Burca*, EU Law, (4. Aufl. 2008), S. 424.

⁵⁸² EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus./Irland*, Slg. 2005-VI S. 107, Rn. 154 = NJW 2006, 197, 202; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 694.

⁵⁸³ Vgl. EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone u. Campanella./Italien*, Rn. 92 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

2. *Unmittelbare Geltung für das Handeln der Vertragsstaaten*

Der materielle Gehalt der EMRK gilt für die Mitgliedstaaten nicht nur mittelbar als Teil der EU-Grundrechte i.S.d. Art. 6 Abs. 3 EUV, sondern auch infolge ihrer Eigenschaft als Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁵⁸⁴

Aus deutscher Sicht steht die EMRK als staatsvertragliches Recht durch den Anwendungsbefehl der innerstaatlichen Umsetzung hierarchisch auf der Ebene des nationalen Rechts mit völkerrechtlichem Charakter.⁵⁸⁵ Innerhalb des deutschen Rechts genießt die EMRK demnach trotz ihres fundamentalen Charakters keinen Verfassungsrang, sondern ihr kommt als völkerrechtlicher Vertrag der Rang eines einfachen Gesetzes zu.⁵⁸⁶ Anders liegt dies in Österreich, wo der EMRK kraft Bundesverfassungsgesetzes von 1964 ein verfassungsrechtlicher Status verliehen wurde.⁵⁸⁷ In den meisten Rechtsordnungen der Vertragsstaaten steht die Konvention zwischen dem Verfassungsrecht und dem einfachen Gesetz.⁵⁸⁸ Die Bezeichnung mit dieser Zwischenposition beschreibt am ehesten auch den Stellenwert der Konvention in der deutschen Rechtsordnung. Deutsche Gerichte gewährleisten den Einklang des deutschen Rechts mit den Grundsätzen der EMRK durch die sog. völkerrechtsfreundliche Auslegung des deutschen Rechts, durch welche die Vorgaben der EMRK schonend in die deutsche Rechtsordnung eingefügt werden, indem das deutsche Recht im Lichte der Konvention ausgelegt wird.⁵⁸⁹

3. *Allgemeine Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zur Beeinträchtigung des Familienlebens, Art. 8 EMRK*

Unabhängig davon, ob ein grenzüberschreitendes Element vorliegt oder nicht, sind Konflikte der elterlichen Verantwortung immer durch die Notwendigkeit der Abwägung einer Vielzahl von Rechtspositionen gekennzeichnet.⁵⁹⁰ Im Kern geht

⁵⁸⁴ Alle EU-Mitgliedstaaten sind Vertragsstaaten der EMRK, siehe die nichtamtliche Anlage zum Geltungsbereich der EMRK, Stand 31.10.2010; *Obwexer*, EuR 2012, 115.

⁵⁸⁵ BVerfGE 111, 307, 316-317=NJW 2004, 3407, 3408; *Giegerich*, in: Grote/Marauhn, Kap. 2 Rn. 2.

⁵⁸⁶ BVerfGE 128, 326, 367=NJW 2011, 1931, 1935; vgl. auch BVerfGE 10, 271, 274 = NJW 1960, 1243, 1244; BVerfGE 111, 307, 316-317 = NJW 2004, 3407,3408; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einl. Rn. 33; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn.5, 6, so auch Italien, San Marino, Dänemark, Schweden, Norwegen, Finnland, Großbritannien.

⁵⁸⁷ BGBl. 1964/59; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn. 2.

⁵⁸⁸ Siehe Überblick bei *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn. 3 m.w.N. zu den Ländern Schweiz, Liechtenstein, Belgien und Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Malta, Portugal, Spanien, Zypern sowie einigen Staaten Osteuropas.

⁵⁸⁹ BVerfGE 128, 326, 369 = NJW 2011, 1931, 1936; BVerfGE 111, 307, 317= NJW 2004, 3407, 3408.

⁵⁹⁰ Siehe z.B. EGMR, 13.7.2000, Nr. 25735/94, *Elsbolz/.Deutschland*, Slg. 2000-VIII, S. 345, Rn. 50; EGMR, 19.9.2000, Nr. 40031/98, *Gnaboré./.Frankreich*, Slg. 2000-IX, S. 441, Rn. 59; EGMR,

es in nationalen wie internationalen Fällen um die gleichen Interessen.⁵⁹¹ Die konfligierenden Rechte der Beteiligten sind hier vornehmlich die Rechte der Träger der elterlichen Verantwortung, zumeist der leiblichen Eltern, sowie des Kindes. Die Rechtsprechung des EGMR hat in einer Vielzahl familienrechtlicher Fälle kohärente Maßstäbe der menschenrechtlichen Anforderungen abgebildet.⁵⁹²

Die Zentralnorm der Verfahren mit familienrechtlichem Einschlag vor dem EGMR ist Art. 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der Begriff der Familie wird dabei umfassend und in einem weiten Sinn verstanden.⁵⁹³ Er ist nicht abhängig von formalen Kriterien wie einer Eheschließung oder traditionellen Formen des Zusammenlebens, sondern umfasst jegliche Form der Gemeinsamkeit von Eltern und Kind.⁵⁹⁴ Auch das tatsächliche Zusammenleben ist keine notwendige Voraussetzung.⁵⁹⁵ Das Familienleben endet auch nicht mit einer Trennung oder Scheidung der Eltern/Partner. Gerade in dieser oft sehr konfliktgeladenen Situation ist die Beachtung des menschenrechtlichen Gehalts familienrechtlicher Normen praktisch besonders wichtig.⁵⁹⁶ Ein grundlegendes Recht aus Art. 8 EMRK ist das Recht auf ein Zusammenleben und einen persönlichen Kontakt mit dem eigenen Kind.⁵⁹⁷ Bei einer Trennung der Eltern kann dieses Recht auf Zusammenleben mit dem Kind zumeist jedoch nicht mehr beiden Seiten gewährt werden. Die gerichtliche Verteilung des Sorge- und Umgangsrechts ist daher schon als ein Eingriff in den von Art. 8 EMRK geschützten Bereich zu verstehen. Generell sind Eingriffe in den Schutzbereich des

26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 45; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 64; *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 33; *Jacobs/White/Ovey*, ECHR, S. 338.

⁵⁹¹ Vgl. Inlandsfälle vor dem EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 45 und 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 64 und im grenzüberschreitenden Rückführungskonflikt EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanela./Italien*, Rn. 90.

⁵⁹² Überblicke bei *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 48 ff., insbesondere 53; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22, Rn. 16-21.

⁵⁹³ *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 49; *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 17; *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 16 Rn. 38.

⁵⁹⁴ EGMR, 8.7.1987, Nr. 9840/82, B./*Vereinigtes Königreich*, (1988) 10 EHRR 87, Rn. 60; EGMR, 12.7.2001, Nr. 25702/94, *K und T./Finnland*, Slg. 2001-VII S. 191, Rn. 151; *Jacobs/White/Ovey*, ECHR, S. 335.

⁵⁹⁵ *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 16, Rn. 41.

⁵⁹⁶ EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 12 und 62; *Jacobs/Ovey/White*, ECHR, S. 35.

⁵⁹⁷ EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 63; EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 45; EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./Finnland*, Slg. 2000-VIII, S. 49, Rn. 128; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 53.

Art. 8 Abs. 1 EMRK unter den Voraussetzungen des Abs. 2 gerechtfertigt, der besagt, dass eine Behörde in den Schutzbereich nur eingreifen kann,

soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist (...) zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

So knüpft in nahezu allen Fällen der entscheidende Teil der juristischen Würdigung am Merkmal der Notwendigkeit des Art. 8 Abs. 2 an.⁵⁹⁸ Der EGMR gestattet den innerstaatlichen Behörden bei der Beantwortung dieser Frage der „Notwendigkeit“ ein weites Ermessen.⁵⁹⁹ Dieses weite Ermessen besteht im Rahmen des sog. Beurteilungsspielraums (*margin of appreciation*), einem Rechtsinstitut in der Judikatur des EGMR, welches das erste Mal im Zusammenhang zur Meinungs- und Kunstfreiheit Eingang in dessen Rechtsprechung gefunden hat.⁶⁰⁰ Dieser je nach Sachfrage in unterschiedlichem Umfang gewährte Beurteilungsspielraum der staatlichen Institutionen ergibt sich aus der Funktion des Gerichtshofs, der genau wie das deutsche Bundesverfassungsgericht nicht als Revisionsinstanz Recht spricht, sondern sich auf die Kontrolle der Einhaltung spezifisch menschenrechtlicher Grenzen beschränkt.⁶⁰¹ Die Vorgaben der EMRK ziehen dem vertragsstaatlichen Ermessen menschenrechtliche Grenzen und geben Konturen vor, welchen Anforderungen die Feststellung und Abwägung der Interessen im Einzelfall genügen muss.⁶⁰²

Die klassische Funktion der EMRK liegt in der negativen Abwehrfunktion gegen hoheitliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten.⁶⁰³ Jedoch kennen die Menschenrechte auch positive Obligationen der Staaten im Umgang mit Situationen geprägt von staatlichem Handlungsbedarf.⁶⁰⁴ In der Darstellung der Kriterien der Recht-

⁵⁹⁸ EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 62; EGMR, 23.9.1994, Nr. 19823/92, *Hokkanen./.Finnland*, Serie A 299 S. 3, Rn. 64; EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./.Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41; EGMR, 12.7.2001, Nr. 25702/94, *K und T./.Finnland*, Slg. 2001-VII, S. 191, Rn. 154 ff.

⁵⁹⁹ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./.Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41-42; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./.Rumänien*, Slg. 2000-I S. 241, Rn. 94; EGMR, 12.7.2001, Nr. 25702/94, *K und T./.Finnland*, Slg. 2001-VII, S. 191, Rn. 154-155; *Smith*, in: Eekelaar/Sarcevic, S. 449; siehe auch *Yourov*, *The Margin of Appreciation Doctrine*, S. 13 ff.; *Jacobs/White/Ovey*, ECHR, S. 339.

⁶⁰⁰ *Smith*, in: Eekelaar/Sarcevic, S. 449; *Grabenvarter/Pabel*, EMRK, § 18 Rn. 20-21.

⁶⁰¹ EGMR, 26. 2. 2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./.Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41; *Meyer-Ladenvig*, EMRK, Einleitung, Rn. 45.

⁶⁰² Beispielhaft EGMR, 8. 7. 2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 65 ff.

⁶⁰³ *Krieger*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 6 Rn. 11 ff., insb. 12.

⁶⁰⁴ EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./.Finnland*, Slg. 2000-VIII, S. S. 49, Rn. 127, 128; EGMR, 19.9.2000, Nr. 32346/96; *Glaser./.Vereinigtes Königreich*, 2001, FLR 103, Rn. 65; EGMR,

sprechung des EGMR zum Sorge- und Umgangsrechtskonflikt ist diese Unterscheidung ein wichtiges Merkmal zur Einordnung der menschenrechtlichen Voraussetzungen, die an die Behandlung der facettenreichen Konflikte zu stellen sind. Darüber hinaus hat das Recht aus Art. 8 EMRK eine eigene verfahrensrechtliche Komponente.⁶⁰⁵ Diese flankiert das substantielle Recht auf Achtung und Wahrung des Familienlebens und berechtigt im Kern zu einem fairen Verfahren, in dem alle Beteiligten die Gelegenheit haben, ihre Interessen zu Gehör zu bringen.⁶⁰⁶

4. Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrechtskonflikt

Der EGMR hat eine Vielzahl von Entscheidungen zu Sorgerechtskonflikten getroffen, im Rahmen derer sich verallgemeinerbare Prinzipien entwickelt haben.⁶⁰⁷ Von zentraler Bedeutung ist der Beurteilungsspielraum, den die Rechtsprechung des EGMR den lokalen Behörden bei der Verteilung der elterlichen Verantwortung belässt.

a) Der Beurteilungsspielraum nationaler Behörden und Gerichte

Art. 8 EMRK schützt das Sorge- und Umgangsrecht der Eltern im Bezug auf ihr Kind.⁶⁰⁸ Ihr gemeinsames Zusammenleben ist essentieller Bestandteil des Familienlebens gem. Art. 8 EMRK.⁶⁰⁹ Die gerichtliche Verteilung der elterlichen Verantwortung (Sorge- und Umgangsrecht) nach einer Trennung der Eltern benachteiligt jedoch zumeist einen Elternteil. Aufgrund der räumlichen Trennung der Eltern kann selbst bei weiterem Bestehen einer gemeinsamen elterlichen Sorge nur einem der beiden das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugesprochen werden, was mit einem faktischen Verlust des Einflusses auf das Kind für den anderen Elternteil einhergeht. Bei der Verteilung der elterlichen Sorge kommt es vor den ver-

24.4.2003, Nr. 36812/97 und 40104/98, *Sylbester./Österreich*, Rn. 58; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, S. 241, Rn. 95.

⁶⁰⁵ EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 68 ff.; EGMR, 27.6.1996, Nr. 24/1995/539/616, *Johansen./Norwegen*, Slg. 1996-III S. 979, Rn. 85.

⁶⁰⁶ EGMR, 8.7.1987, Nr. 9749/82, *W./Vereinigtes Königreich*, NJW 1991, 2199, Rn. 64; EGMR, 8.7.2003, Nr. 30943/96, *Sabin./Deutschland*, Slg. 2003-VIII S. 63, Rn. 54; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 66.

⁶⁰⁷ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137; EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98, *Süss./Deutschland*, NJW 2006, 2241; EGMR, 19.9.2000, Nr. 32346/96; *Glaser./Vereinigtes Königreich*, [2001] FLR 103; EGMR, 10.5.2001, Nr. 28945/95, *T.P. und K.M./Vereinigtes Königreich*, Slg. 2001-V S. 119; sowie viele weitere; Überblick über die wesentlichen Grundsätze bei *Grabenwarter/Pabel*, § 22 Rn. 41.

⁶⁰⁸ *Marauhn/Meljnjk*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 16 Rn. 42.

⁶⁰⁹ *Marauhn/Meljnjk*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 16 Rn. 42.

tragsstaatlichen Gerichten darauf an, wem das Familiengericht am ehesten zutraut, die kindliche Entwicklung in Anbetracht der zunehmenden und sich verändernden Bedürfnisse des heranwachsenden Kindes zu fördern.⁶¹⁰ Zugleich ist es wichtig, das Recht des nicht sorgeberechtigten Elternteils auf persönlichen Kontakt zum Kind zu wahren, das in einem je nach der Situation ausgestalteten Umgangsrecht realisiert wird.⁶¹¹ Das Recht auf persönlichen Umgang ist von Art. 8 EMRK umfasst und genießt menschenrechtlichen Rang.⁶¹² Die richterliche Strukturierung der Familienbeziehungen muss all diesen Ansprüchen gerecht werden und erweist sich somit als eine höchst verantwortungsvolle Aufgabe. Die Verteilung der elterlichen Verantwortung erfordert es, sich aller Nuancen der familiären Beziehungen bewusst zu werden und umfasst neben der juristischen auch eine wertende psychologische und emotionale Erfassung der Situation durch die erkennenden Gerichte. So ist bereits die Entscheidungsfindung aufgrund der Vielfalt der Komponenten komplex und damit erst recht die gerichtliche Überprüfung dieser wertenden Entscheidung durch höhere Fachgerichte und insbesondere den EGMR, der sich auf die Grenzen der Einhaltung des menschenrechtlichen Rahmens beschränken muss.⁶¹³ Die Entscheidungsfindung kann dabei detailliert nachgezeichnet, nicht jedoch ersetzt werden.

Mit der Gewährung eines Beurteilungsspielraums (*margin of appreciation*) würdigt das Gericht die Nähe der lokalen Behörden und Gerichte zu den Sachverhalten, die in vielen Fällen für eine exakte rechtliche Beurteilung der Situation unverzichtbar ist.⁶¹⁴ Wichtige Verfahrensschritte wie die Anhörung des Kindes können durch den EGMR ebenfalls nicht ersetzt, sondern nur nachvollzogen werden. Bei der Gewährung des Beurteilungsspielraums im Rahmen des Art. 8 EMRK ist es stete EGMR-Rechtsprechung, dass bei der Verteilung der elterlichen Sorge ein höherer Ermessensspielraum gilt, während jede Beschränkung des Rechts auf persönlichen Kontakt zu dem Kind nur unter engen Voraussetzungen zu rechtfertigen

⁶¹⁰ Vgl. im dt. Recht § 1671 BGB, bei Antrag auf Alleinsorge; *Finger*, in: MünchKomm/BGB, § 1671 Rn. 75; OLG München, NJW 2000, 368, 369; entscheidendes Kriterium ist auch hier das Kindeswohl.

⁶¹¹ Allgemeiner Grundsatz im dt. Kindschaftsrecht, § 1626 Abs. 3 S. 1: „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“; siehe dazu auch *Huber*, in: MünchKomm/BGB, § 1626 BGB, Rn. 67.

⁶¹² EGMR, 8.7.1987, Nr. 9749/82, *W./V. Vereinigtes Königreich*, Serie A Nr. 121, Rn. 59 = NJW 1991, 2199; EGMR, 9.5.2006, Nr. 18249/02, *C./Finland*, (2008) 46 EHRR 87, Rn. 60; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137.

⁶¹³ Deutlich in EGMR, 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 62.

⁶¹⁴ EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98, *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 86; EGMR, 9.5.2006, Nr. 18249/02, *C./Finland*, (2008) 46 EHRR 87, Rn. 52; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 62; siehe auch die englische Entscheidung *Payne v Payne* [2001] EWCA Civ 166, Rn. 57.

tigen ist.⁶¹⁵ Die wesentlich strengere Überprüfung der gerichtlichen Regelung des Umgangsrechts ergibt sich aus der Gefahr einer zu weit gehenden Einschränkung der familiären Beziehungen zwischen Elternteil und Kind.⁶¹⁶ Die Betrachtung erfolgt auch hier vom Standpunkt der Kindesinteressen aus, denn dieses benötigt den persönlichen Kontakt zu beiden Elternteilen für seine Entwicklung.

b) Kindesschutz in der Interessenabwägung

In seiner Rechtsprechung fordert der EGMR von den Gerichten der EMRK-Vertragsstaaten, eine gerechte Balance (*fair balance*) zwischen den konfligierenden Rechten und Interessen der Beteiligten zu finden.⁶¹⁷ Die vorgelagerte Grundvoraussetzung einer jeden gerechten Gewichtung ist zunächst die Einhaltung der formal unabdingbar wichtigen verfahrensrechtlichen Garantien. Alle beteiligten Personen sind im Verfahren mit all ihren Erklärungen zur Sache zu hören.⁶¹⁸ Nur Interessen, die zur Geltung gebracht werden konnten, können auch in einen gerechten Einklang gebracht worden sein. Die Gewährleistung des Kindeswohls ist dabei für den EGMR von übergeordneter Bedeutung.⁶¹⁹ In dem dafür beispielhaften Fall *Süss./.Deutschland*⁶²⁰ wurde im Ergebnis dem tief verwurzelten Wunsch des Kindes, den Vater nicht mehr sehen zu müssen, durch Fachgerichte und den EGMR entsprochen, obwohl die abwehrende Haltung auf der negativen Einflussnahme der Mutter basierte und nicht etwa mit einem Fehlverhalten des Vaters zu

⁶¹⁵ EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98; *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 87; EGMR, 8.4.2004, Nr. 11057/02, *Haase./.Deutschland*, Slg. 2004-III, S. 119, Rn. 90; EGMR, 26.2.2002, Nr. 46544/99, *Kutzner./.Deutschland*, Slg. 2002-I S. 207, Rn. 67.

⁶¹⁶ EGMR, 10.11.2005, Nr. 32346/96; *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 87; EGMR, 8.4.2004, Nr. 11057/02, *Haase./.Deutschland*, Slg. 2004-III, S. 119, Rn. 92; EGMR, 13.7.2000, Nr. 25735/94, *Elsbolz./.Deutschland*, Slg. 2000-VIII S. 345, Rn. 49; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 63.

⁶¹⁷ EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./.Finnland*, Slg. 2000-VIII, S. 49, Rn. 129; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 64; EGMR, 13.7.2000, Nr. 25735, *Elsbolz./.Deutschland*, Slg. 2000-VIII, S. 345, Rn. 50; *Meyer-Ladenig*, EMRK, Art. 8 Rn. 58.

⁶¹⁸ EGMR, 8.7.1987, Nr. 9749/82, *W./.Vereinigtes Königreich*, NJW 1991, 2199, Rn. 63; EGMR, 8.7.2003, Nr. 30943/96; *Sabin./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 63, Rn. 68; vgl. EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 68 ff.; EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98, *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 92.

⁶¹⁹ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./.Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41, 43: „(...) Wohl des Kindes, das je nach seiner Art und Bedeutung den Interessen der Eltern vorgeben kann“ (...); EGMR, 8.7.2003, Nr. 30943/96; *Sabin./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, Rn. 66; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22 Rn. 41.

⁶²⁰ EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98; *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241.

erklären war.⁶²¹ Auf diese Ursachen oder Fragen des Verschuldens der Situation kam es dem Gericht aber nicht an.

Abstrakt gesehen ist es nicht verwunderlich, dass das Kindeswohl in der Abwägung eine starke Position einnimmt, selbst wenn dies wie im Fall Süss in einer Begleiterscheinung den Elternteil begünstigen kann, dessen Handeln moralisch zu verurteilen war. Bei der Bewältigung eines Konflikts zur Verteilung der elterlichen Verantwortung steht das Kind im Zentrum der gerichtlichen Aufmerksamkeit, denn substantiell ist es das Wohl des Kindes, um das es in der gerichtlichen Erörterungen von Kindschaftssachen geht.⁶²² Die in den materiellen Kindschaftsrechten der EU-Mitgliedstaaten wurzelnde und sich in der EGMR-Rechtsprechung widerspiegelnde exponierte Stellung ist dabei jedoch nicht eine schlichte Präferenz oder Abbild einer gesetzgeberischen Entscheidung der Vertragsstaaten, sondern ergibt sich bei unvoreingenommener Betrachtung im Vergleich zu den Elternrechten bereits aus dem Gewicht und der Wertigkeit der betroffenen Rechte und Interessen.⁶²³ Die hohe Schutzbedürftigkeit des Kindes im Vergleich zur derjenigen der Eltern gibt der richterlichen Abwägung einen richtungsweisenden Impuls. Die Trennung einer Familie ist für alle Beteiligten eine schmerzliche Erfahrung, dennoch sind es die psychische und physische Gesundheit des Kindes, welche die gerichtlichen Anordnungen auf lange Sicht schützen müssen. Im gravierenden Unterschied zu den Eltern kann das Kind für existentielle Interessen nicht selbständig Sorge tragen. In der Kindesentwicklung bewegen sich Gefährdungspotentiale in anderen Dimensionen, weshalb noch nicht einmal von einer Bevorzugung der Kindesrechte gegenüber den Rechten der anderen Beteiligten in der menschenrechtlichen Abwägung gesprochen werden kann. Bei objektiver Betrachtung ist das Kindeswohl in fast allen Konfliktfällen das gravierendste Argument.

c) Schutz der Elternrechte

Im Regelfall konkurrieren die Elternrechte nicht mit Kindesinteressen. Vielmehr gilt dies für die Elternrechte untereinander in Fragen der Ausübung der elterlichen Verantwortung. Dies betrifft in hoher Zahl umgangsrechtliche Entscheidungen, in denen elterlichen Rechten in der Abwägung ein zu geringes Gewicht beigemessen wurde.⁶²⁴

⁶²¹ EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98; *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 91; es lag ein sog. *parental alienation syndrome* vor.

⁶²² EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98; *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 91; EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./.Finnland*, Slg. 2000-VIII, S. 49, Rn. 136.

⁶²³ Vgl. EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98, *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241, Rn. 90; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII, S. 137, Rn. 64: Gesundheit und Entwicklung.

⁶²⁴ ZB: EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./.Deutschland*, NJW 2004, 3397; EGMR, 10.11.2005, Nr. 40324/98, *Süss./.Deutschland*, NJW 2006, 2241.

aa) Recht auf persönlichen Kontakt – die Entscheidung Görgülü

Die Entscheidung des EGMR im Fall Görgülü⁶²⁵ hebt die Wichtigkeit des Elternrechts auf Kontakt zum eigenen Kind besonders deutlich hervor.⁶²⁶ In dieser ging es um ein Elternpaar, das bei Geburt des Kindes bereits getrennt lebte. Die Mutter, die das Sorgerecht nicht ausüben wollte, gab das Kind zur Adoption frei. Der leibliche Vater erhielt weder das Sorgerecht noch die Möglichkeit der Adoption, stattdessen wurde das Kind Pflegeeltern anvertraut. Hiergegen wehrte sich der Vater vor dem Familiengericht. Das ihm daraufhin gem. § 1672 Abs. 1 BGB zugesprochene Sorgerecht wurde ihm jedoch auf die Beschwerde des Jugendamts vom OLG Naumburg wieder entzogen. Nach Ansicht des OLG erforderte das Kindeswohl, die familiären Beziehungen zu der bisherigen Pflegefamilie des Kindes nicht wieder aufzuheben und zu zerstören.⁶²⁷ Die Gesamtsituation sollte zur Ruhe kommen, da die Auseinandersetzung der Pflegefamilie mit dem Vater eine als eine erhebliche Belastung für das Kind angesehen wurde. Die Verfassungsbeschwerde hiergegen wurde vom deutschen BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.⁶²⁸

Der EGMR dagegen stellte fest, dass die Entscheidung des OLG Naumburg den Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art. 8 EMRK verletzte.⁶²⁹ Das OLG habe nicht alle Argumente in die Abwägung einbezogen, die für ein Sorge- und Umgangsrecht des Vaters gesprochen haben. Das Gericht habe sich mit den unmittelbaren Folgen einer Trennung von den Pflegeeltern befasst, jedoch nicht mit den langfristigen Aspekten einer Trennung von seinem leiblichen Vater. Die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Umgangsregelung mit minimalem Umfang habe die Herstellung eines jeden weiteren Familienlebens zwischen Vater und Kind unmöglich gemacht. Es diene dem Wohl des Kindes, seine Familienbindungen aufrechtzuerhalten. Das Kind von seinen Wurzeln abzuschneiden könne nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sein, für die es im Fall keine Anhaltspunkte gab.⁶³⁰ Die derartige Beschränkung der väterlichen Umgangsrechte durch das OLG Naumburg verletzte den Beschwerdeführer daher in seinen Rechten aus Art. 8 EMRK.

⁶²⁵ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397.

⁶²⁶ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 48-51.

⁶²⁷ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, Rn. 27, dieser Argumentation schloss sich die Bundesregierung an, Rn. 40.

⁶²⁸ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, Rn. 28.

⁶²⁹ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 44-47, 48-51.

⁶³⁰ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 48 mit Verweis auf EGMR, 19.9.2000, Nr. 40031/98, *Gnabore./Frankreich*, Slg. 2000-IX S. 441, Rn. 59; Slg. 1996-III, S. 1008-1009, Rn. 78, *Jobansen./Norwegen*; Slg. 2002-VI Rn. 118 – P, *C.u.S./Vereinigtes Königreich*.

bb) Ausübung der Elternrechte bedingt durch Kindeswohl

Die Entscheidung Görgülü zeigt, dass Elternrechte aus Art. 8 EMRK ein hohes Schutzniveau genießen. Nicht selten wird dies bei der Betonung des Kindeswohls nicht in der Deutlichkeit offenkundig. Dennoch werden Elternrechte nicht isoliert ausgeübt, sondern durch das Kindeswohl bedingt und im Einklang mit diesem wahrgenommen.⁶³¹ In seiner Beurteilung der Versagung des väterlichen Umgangsrechts geht der Gerichtshof im Ausgangspunkt ebenfalls von der Frage aus, welche Anordnung das Kindeswohl erforderte:⁶³² Rn. 41 der Görgülü-Entscheidung zeigt anschaulich, dass bei der Entscheidung darüber, ob die Verweigerung des Sorge- und Umgangsrechts „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK ist, der Gerichtshof im Lichte aller Umstände des Falls prüft, ob die zur Rechtfertigung angeführten Gründe stichhaltig und ausreichend sind. Zweifellos stünde bei jedem Fall dieser Art die Überlegung, was dem Kindeswohl am besten dient, stets im Mittelpunkt. Bei der Würdigung des Falls sei das Ermessen der örtlichen Behörden zu berücksichtigen, welches bei der Berührung gewichtiger Fragen auch einer dichteren gerichtlichen Kontrolle zugänglich sei.⁶³³ Daraus folge, dass es keineswegs Aufgabe des Gerichtshofs sei, sich an die Stelle der Behörden zu setzen und ihre Verantwortung bei der Regelung des Sorge- und Umgangsrechts zu übernehmen. Vielmehr müsse er im Lichte der Konvention die Entscheidung überprüfen, die sie in Ausübung ihres Beurteilungsspielraums getroffen haben.⁶³⁴

5. Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zur Kindesrückführung

Ein beachtlicher Teil der EGMR-Rechtsprechung zum Thema Sorgerechtskonflikt widmet sich den Problemen der grenzüberschreitenden Kindesentführung unter Verletzung der Rechte eines Trägers elterlicher Verantwortung.⁶³⁵ In dieser Konstellation steht nicht primär die Gewichtung der widerstreitenden Interessen der Beteiligten zur Überprüfung, sondern die staatliche Verpflichtung zur Wieder-

⁶³¹ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41.

⁶³² EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 48.

⁶³³ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 42.

⁶³⁴ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74696/01, *Görgülü./Deutschland*, NJW 2004, 3397, Rn. 41-43; EGMR, 10.11.2005, Nr. 30943/96, *Sabin./Deutschland*, Slg. 2003-VIII, Rn. 64; EGMR, 8.7.2003, Nr. 31871/96, *Sommerfeld/Deutschland*, Slg. 2003-VIII, Rn. 62 = FPR 2004, 344, 345; EGMR, 10.5.2001, Nr. 28945/95, *T.P. und K.M./Vereinigtes Königreich*, Slg. 2001-V, Rn. 70.

⁶³⁵ EGMR, 29.4.2003, Nr. 56673/00, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V, S. 275; EGMR, 5.4.2005, Nr. 71099/01, *Monory./Rumänien und Ungarn*, (2005) 41 EHRR 37; EGMR, 26.6.2003, Nr. 48206/99, *Maire./Portugal*, 2003-VII S. 333; EGMR, 24.4.2003, Nr. 36812/97 und 40104/98, *Sylvester./Österreich*, ÖstJZ 2004, 113; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I.

herstellung der Ausgangssituation.⁶³⁶ Die Verletzung ihres Sorge- und Umgangsrechts berechtigt einen Träger elterlicher Verantwortung, ein bestimmtes Handeln der Gerichte und Behörden des Aufenthalts- und des Zufluchtstaats zu erwarten. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei, dass die Kindesentführung im Ausgangspunkt nicht dem verpflichteten Staat zuzurechnen ist, sondern dem entführenden Elternteil, einer Privatperson. Gegenstand der Prüfung durch den EGMR ist daher die mitgliedstaatliche Antwort und der Umgang mit diesem Verhalten. Eine Nichteinhaltung der EMRK-Standards in der Rückführungssituation wird in der Individualbeschwerde oft mit dem Vorwurf begründet, der beklagte Staat habe im Kindesrückführungsverfahren nicht alle erforderlichen Schritte unternommen.⁶³⁷

a) Vertragsstaatliche Pflichten im Rückführungsverfahren

Der EGMR hat wiederholt festgestellt, dass sich aus Art. 8 EMRK das Recht eines jeden Elternteils auf vertragsstaatliche Maßnahmen ergibt, die geeignet sind, ihm einen Umgang mit seinem Kind zu ermöglichen und dass die Gerichte und Behörden verpflichtet sind, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.⁶³⁸ Bei der rechtlichen Beurteilung vertragsstaatlicher Handlungspflichten zur Rückführung widerrechtlich verbrachter Kinder gewährt der EGMR den staatlichen Behörden ebenfalls einen Beurteilungsspielraum.⁶³⁹ Im Rahmen dessen müssen die nationalen Gerichte und Behörden alle notwendigen Schritte unternehmen, die vernünftigerweise in Anbetracht der speziellen Umstände der Situation erwartet werden dürfen⁶⁴⁰ und alle relevanten Interessen in einen gerechten Ausgleich bringen.⁶⁴¹ Der EGMR beurteilt auf dieser Grundlage, ob die Behörden und Gerichte der Vertragsstaaten alle Maßnahmen ergriffen haben, die man vernünftigerweise von

⁶³⁶ EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, Rn. 96, 101, 108; EGMR, 26.6.2003, Nr. 36812/97, *Maire./Portugal*, 2003-VII, Rn. 73.

⁶³⁷ EGMR 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, Rn. 89; vgl. auch *Schulz*, FamRZ 2001, 1420, 1426.

⁶³⁸ EGMR, 29.4.2003, Nr. 56673/00, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V, Rn. 49; EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 78; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, Rn. 102; EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./Finnland*, Slg. 2000-VIII Rn. 127 ff.; EGMR, 5.4.2005, Nr. 71099/01, *Mono-ry./Rumänien und Ungarn*, (2005) 41 EHRR 37, Rn. 73.

⁶³⁹ EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 76; EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./Finnland*, Slg. 2000-VIII S. 49, Rn. 127; EGMR, 19.9.2000, Nr. 32346/96, *Glaser./Vereinigtes Königreich*, [2001] FLR 103, Rn. 63, 64.

⁶⁴⁰ EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 78; EGMR, 27.6.2000, Nr. 32842/96, *Nuutinen./Finnland*, Slg. 2000-VIII, S. 49, Rn. 128; EGMR, 19.9.2000, Nr. 32346/96; *Glaser./Vereinigtes Königreich*, [2001] FLR 103, Rn. 66.

⁶⁴¹ EGMR, 6.12.2007, Nr. 39388/05, *Maumousseau und Washington./Frankreich*, (2010) 51 EHRR 35, Rn. 62; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I S. 241, Rn. Nr. 94; EGMR, 29.4.2003, Nr. 56673/00, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V S. 275, Rn. 50.

ihnen erwarten konnte, das widerrechtlich verbrachte Kind zurückzuführen.⁶⁴² Einen Maßstab gab der EGMR, indem er formulierte, dass diese Verpflichtungen der Vertragsstaaten unter Berücksichtigung der Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 und insbesondere des HKÜ auszulegen seien.⁶⁴³ Der EGMR misst damit dem HKÜ, das mit seinem Maßnahmenkatalog speziell für die Konfliktfälle der internationalen Kindesentführung geschaffen wurde, eine prägende Funktion bei der Entwicklung der menschenrechtlichen Anforderungen an die Behandlung dieser Fälle bei.⁶⁴⁴ Die rechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten zu einem schnellen Handeln werden so im Wesentlichen durch die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten nach dem HKÜ bestimmt.⁶⁴⁵

Die Angemessenheit der Maßnahmen, die Schnelligkeit ihrer Umsetzung und die bis zur Rückführung verstrichene Zeit sind Kriterien, die konkret darüber entscheiden, ob der beklagte Staat im Einklang mit menschenrechtlichen Grundanforderungen gehandelt hat.⁶⁴⁶ Die in der Präambel des HKÜ zum Ausdruck gebrachte vorrangige Gewährleistung des Kindeswohls, grundsätzlich durch eine zügige Rückführung, entspricht dabei auch menschenrechtlichen Grundsätzen.⁶⁴⁷ Die wirksame Achtung des Familienlebens verlangt nach der Rspr. des EGMR eine Entscheidung über die künftigen Beziehungen zwischen Eltern und Kind auf Grundlage einer fachgerichtlichen Würdigung aller wesentlichen Umstände und nicht durch einen bloßen Zeitablauf.⁶⁴⁸

Insofern ist die Rückführung als grundsätzliches Ziel des Haager Kindesentführungsübereinkommen generell auch im Sinne der EMRK-Verhältnismäßigkeitsprüfung angemessen. In der Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat besteht auch nach der EMRK ein im Regelfall gerechter Ausgleich

⁶⁴² EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 79.

⁶⁴³ EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, Rn. Nr. 95, Anm. *Schulz*, FamRZ 2001, 1420, 1422; EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 82; EGMR, 26.6.2003, Nr. 48206/99, *Maire v. Portugal*, Slg. 2003-VII, S. 333, Rn. 72; EGMR, 29.4.2003, Nr. 56673/00, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V, S. 275, Rn. 51; EGMR, 5.4.2005, Nr. 71099/01, *Monory./Rumänien und Ungarn*, (2005) 41 EHRR 37, Rn. 73; EGMR, 4.9.2007, Nr. 4065/04, *S.P. u.a./Deutschland*, FamRZ 2008, 1317, 1318.

⁶⁴⁴ EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, S. 241, Rn. 95; EGMR, 26.6.2003, Nr. 48206/99, *Maire./Portugal*, 2003-VII, S. 333, Rn. 72.

⁶⁴⁵ Vgl. EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 82; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignacolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I, S. 241, Rn. Nr. 95.

⁶⁴⁶ EGMR, 23.9.2003, Nr. 36141/97, *Sophia Gudrun Hansen./Türkei*, Rn. 100; EGMR, 5.4.2005, Nr. 71099/01, *Monory./România*, 41 (2005) EHRR 37, Rn. 82; EGMR, 26. 6. 2003, Nr. 48206/99, *Maire./ Portugal*, Slg. 2003-VII, S. 333, Rn. 74.

⁶⁴⁷ Vgl. EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 83.

⁶⁴⁸ EGMR, 22.6.2006, Nr. 7548/04, *Bianchi./Schweiz*, NJW-RR 2007, 1225, Rn. 84; vergleichbare Anforderungen an eine effiziente behördliche Entscheidung bei Unterbringung und Adoption, EGMR, 8.7.1987, Nr. 9749/82, *W./Vereinigtes Königreich*, NJW 1991, 2199, Rn. 65.

der Interessen in der konfliktbeladenen Situation, da im Herkunftsstaat ein Sorgerechtsverfahren unter sorgfältiger Einbeziehung aller Interessen durchgeführt werden kann. Die Gefährdung des Kindeswohls durch die Rückführung stellt die Ausnahme zu dieser Regel dar, die der EGMR in seiner Judikatur zu Rückführungsmaßnahmen des Zufluchtstaates im Punkt der Verhältnismäßigkeit lokalisiert.⁶⁴⁹ Nur soweit die Kindeswohlbedenken gegen eine Rückführung überwiegen, ist die Versagung auch unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten angezeigt.⁶⁵⁰

b) Neuere Judikatur des EGMR zum Kinderschutz im Rückführungskonflikt – Neulinger und Shuruk./Schweiz

In der Rechtsprechung des EGMR standen in jüngster Zeit Fälle zur Entscheidung, die sich intensiv mit dem Schutz des Art. 8 EMRK im Kontext der Kindeswohlwände im Rückführungsverfahren nach dem HKÜ allein und in Verbindung mit Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO auseinandergesetzt haben.⁶⁵¹ Die Entscheidung der Großen Kammer des EGMR in Neulinger und Shuruk./Schweiz⁶⁵² hat keine Berührungspunkte zur Brüssel IIa-VO, verdient aber dennoch besondere Erwähnung, da sie die Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zu Kinderückführungskonflikten klar herausstellt und diese fortentwickelt.

aa) Sachverhalt und Entscheidung

Der Entscheidung lag ein Rückführungsverfahren mit Beteiligung der Staaten Israel und der Schweiz zugrunde.⁶⁵³ Ein seit 2001 verheiratetes Paar, aus deren Beziehung im Jahr 2003 ein Kind hervorgegangen war, war während ihrer gemeinsamen Zeit in Israel durch die religiöse Radikalisierung des Vaters immer größeren Meinungsverschiedenheiten über das Miteinander und die Erziehung ihres Kindes ausgesetzt. Aufgrund sich zuspitzender Konflikte wandte sich die Mutter an ein Familiengericht, das ihr vorübergehend das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertrug, während der Vater bei gemeinsamer bestehender elterlicher Sorge ein Um-

⁶⁴⁹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Kampamella./Italien*, Rn. 85, 91; vgl. EGMR, 27.4.2000, 47457/99 und 47458/99, *Tiemann./Deutschland und Frankreich*, NJW-FER 2001, 202, 203.

⁶⁵⁰ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Kampamella./Italien*, Rn. 92, 93.

⁶⁵¹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz* und 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Kampamella./Italien*.

⁶⁵² EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*.

⁶⁵³ Sachverhalt und Verfahrensgeschichte EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 15-47.

gangsrecht erhielt.⁶⁵⁴ Kurze Zeit darauf sah sich die israelische Jugendschutzbehörde zum Einschreiten verpflichtet und schrieb an die Eltern, dass es für das Kind das Beste sei, wenn sich die Eltern trennen würden und sprachen an den Vater konkrete Verbote aus, welche missionierende religiöse Aktivitäten ggü. dem Kind betrafen.⁶⁵⁵ Nachdem es zur Scheidung und zu weiteren erheblichen Auseinandersetzungen gekommen war, unter anderem weil der Vater Aggressionen zeigte und auch keine Unterhaltszahlungen leistete, reiste die Mutter im Juni 2005 unangekündigt mit dem Kind in die Schweiz aus.⁶⁵⁶ Auf Grundlage der immer noch bestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge beantragte der Vater vor dem zuständigen Familiengericht des Aufenthaltsortes Lausanne unter Berufung auf das HKÜ die Rückführung nach Israel. Der Antrag wurde jedoch mit der Begründung des entgegenstehenden Kindeswohls gem. Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ zurückgewiesen.⁶⁵⁷ Die Zentrale Behörde Israels kritisierte die Entscheidung, da das Kind zu diesem Zeitpunkt seinen Vater angesichts der Langwierigkeit des Verfahrens schon seit zwei Jahren nicht mehr gesehen hatte und ergänzte, dass für den Fall der Rückkehr sämtliche Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls bereitgehalten würden. Ein Strafverfahren gegen die Mutter würde nach den Richtlinien der Staatsanwaltschaft in Fällen dieser Art nur in sehr gravierenden Ausnahmen geführt werden. Die Gerichte Israels würden die Verteilung der Sorge- und des Umgangsrechts nur am Wohle des Kindes orientieren.⁶⁵⁸

In der Berufungsinstanz kam das Kantonsgericht in Vaud nach der Einholung psychologischer Gutachten und Expertenauskünften zu der Überzeugung, dass dem Kind bei der Rückkehr und der Trennung von der Mutter eine nachhaltige psychische Schädigung gedroht hätte.⁶⁵⁹ Das Gericht wies die Berufung des Vaters mit Urteil vom 22.5.2007 aus Gründen der Gefährdung nach Art. 13 Abs. lit.b) HKÜ zurück. Jeder Besuch des Kindes in Israel sei für dieses mit der Gefahr schwerer Depressionen verbunden und hochgradig traumatisch, was sich in der damaligen Trennungssituation begründe. Dies wurde auch durch die psychologischen Gutachten zur Kindersituation belegt.⁶⁶⁰ Ein entscheidender Umstand lag in der Weigerung der Mutter, selbst zurück nach Israel zu gehen, was die Situation für das Kind so aussichtslos erscheinen ließ.⁶⁶¹ Hiergegen wandte sich der Vater mit einem weiteren Rechtsmittel zum Bundesgericht und vertrat die Auffassung,

⁶⁵⁴ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 19-21, siehe zur Ausgestaltung der elterlichen Verantwortung in der israelischen Rechtsordnung die Darstellung im Urteil in den Rn. 77-86.

⁶⁵⁵ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 22.

⁶⁵⁶ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 23-28.

⁶⁵⁷ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 36.

⁶⁵⁸ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 40.

⁶⁵⁹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 37, 41.

⁶⁶⁰ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 37, 41.

⁶⁶¹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 41.

dass die Instanzgerichte den Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ falsch ausgelegt hätten.⁶⁶² Das Bundesgericht gab dem Rechtsmittel statt und dem Vater im Punkte der Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ recht.⁶⁶³ Das Obergericht hielt die Abweisung seines Antrags auf Rückführung für nicht gerechtfertigt. Die zum Schutze der Rückkehr möglichen Maßnahmen seien nicht ernsthaft in Erwägung gezogen worden, und auch sei gerade in Anbetracht der restriktiven Interpretation der Klausel Art. 13 Abs.1 lit.b) HKÜ das Argument der Weigerung der Mutter nicht im Einklang mit den Auslegungsgrundsätzen des HKÜ gewertet worden.⁶⁶⁴ Eine schwere Gefährdung des Kindes durch die Rückkehr habe das Kantonsgericht vermutet, aber nicht überzeugend belegt.

Im Vollstreckungsverfahren, welches der Vater im Anschluss daran bei dem Bezirksgericht Lausanne beantragte, wehrte sich die Mutter gegen die Vollstreckung und brachte ein ärztlich-psychologisches Gutachten bei, welches eine sehr feste Bindung des Kindes zu ihr bescheinigte sowie dass jede Rückführung nach Israel die Gefahr einer schweren Traumatisierung mit sich gebracht hätte.⁶⁶⁵ Mit ihrer darauf folgenden Menschenrechtsbeschwerde griffen die Mutter und das Kind als Beschwerdeführer die bevorstehende Vollstreckung der Rückführungsanordnung an, die ihrer Ansicht nach gegen Art. 8 EMRK verstoßen hätte.⁶⁶⁶

Der EGMR gab der Beschwerde statt und stellte die Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung zu den Anforderungen des Art. 8 im Kindesrückführungsverfahren besonders deutlich heraus. Die Große Kammer legte dar, dass die EMRK nicht in einem Vakuum interpretiert werden dürfe, sondern im Kontext der einschlägigen Staatsverträge auszulegen sei.⁶⁶⁷ Richtig sei, dass bei der Beurteilung eines Rückführungsfalls am Maßstab des Art. 8 EMRK insbesondere das HKÜ sowie die UN-Konvention zum Kinderschutz einbezogen werden müssen.⁶⁶⁸ Der Gerichtshof habe in seiner Judikatur die Vorschriften des HKÜ gestützt, wenn es um die Durchführung einer zügigen Rückführung gegangen sei.⁶⁶⁹ Dennoch sei das HKÜ als ein Instrument zu begreifen, welches im höherrangigen Zusammenhang einer europäischen öffentlichen Ordnung stehe und dem Schutz von Individuen diene.⁶⁷⁰ Bei der Anwendung des HKÜ stehe den Vertragsstaaten ein gewis-

⁶⁶² EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 42.

⁶⁶³ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 44.

⁶⁶⁴ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 44.

⁶⁶⁵ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 46.

⁶⁶⁶ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 93 ff.

⁶⁶⁷ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 131 mit Verweis auf EGMR, 21.2.1975, *Golder./..Vereinigtes Königreich*, Serie A No. 18, Rn. 29.

⁶⁶⁸ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 132 mit Verweis auf EGMR, 56637/00, *Iglesias Gil und A.U.I./..Spanien*, Slg. 2003-V S.275, Rn. 51 und 31679/96, *Ignaccolo-Zenide./..Rumänien*, Slg. 2000-I S. 241, Rn. 95.

⁶⁶⁹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 132.

⁶⁷⁰ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./..Schweiz*, Rn. 133.

ser Spielraum bei der Gewichtung der Interessen zu, wobei – wie es auch die Präambel des HKÜ vorsehe – das Kindeswohl einen vorrangigen Schutz genieße.⁶⁷¹ Der Schutz des Kindeswohls durch Art. 8 EMRK werde durch zwei Komponenten gestützt, zum einen das Streben nach familiärer Gemeinsamkeit, andererseits aber auch den wichtigen Aspekt des Aufwachsens und der Entwicklung in einem gesunden und stabilen Umfeld, weshalb ein Elternteil keinen Anspruch auf Maßnahmen haben könne, die diesem in irgendeiner Form schaden könnten.⁶⁷² Aber auch bei diesen gefestigten Auslegungsgrundsätzen dürfe es keine schematische Anwendung geben, das von einer Vielzahl facettenreicher Umstände abhängende Kindeswohl müsse in jedem Einzelfall geprüft werden.⁶⁷³ Die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK hänge von einer Vielzahl individueller Faktoren ab, wie z.B. dem Alter des Kindes, seinem Reifegrad, seiner Umwelt und seinen Erfahrungen. Der EGMR habe zu überprüfen, ob die örtlichen Behörden und Gerichte eine profunde Beurteilung der gesamten familiären Situation vorgenommen haben, insbesondere die tatsächlichen psychologischen, materiellen und medizinischen Umstände erfasst und alle betroffenen Interessen in eine vernünftige Gewichtung gebracht und dabei die für das Kindeswohl beste Lösung gefunden haben.⁶⁷⁴ Dabei überprüfe der EGMR nicht die Anwendung des HKÜ, sehr wohl aber die Einhaltung der aus Art. 8 EMRK resultierenden Erfordernisse, allen voran die Gewährleistung des Kindeswohls.⁶⁷⁵

Die in Neulinger und Shuruk./Schweiz entscheidende Frage der Zumutbarkeit der Rückkehr des Kindes war von den ersten beiden Instanzen in der Schweiz aus dem Grund verneint worden, dass eine Trennung von der Mutter das Risiko eines schwerwiegenden Traumas für das Kind bedeutet hätte. Demgegenüber war das Bundesgericht davon ausgegangen, dass die Rückführung Kind und Mutter zumutbar war. Aus diesem Grund war im Verfahren vor dem EGMR entscheidend, ob eine Rückführungsanordnung nicht nur aus Sicht des Kindes, sondern auch aus Sicht der Mutter einen gerechtfertigten Eingriff in Art. 8 EMRK darstellte.⁶⁷⁶ Zur Beurteilung stellte der EGMR auf den aktuellen Zeitpunkt der Entscheidung ab, da auch die Entwicklung der Situation in der Zeitspanne zwischen der ersten Ablehnung des Rückführungsantrages und der zum Beurteilungszeitpunkt bevorstehenden Vollstreckung der Anordnung zu berücksichtigen sei.⁶⁷⁷ Dass die Rückführung zeitlich weit nach dem Rückführungsantrag vollstreckt werden sollte, war ein wesentlicher Faktor in der Beurteilung des Gerichtshofs,

⁶⁷¹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 134.

⁶⁷² EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 136.

⁶⁷³ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 138.

⁶⁷⁴ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 139.

⁶⁷⁵ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 141.

⁶⁷⁶ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 144.

⁶⁷⁷ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 145.

der herausstellte, dass das HKÜ selbst in seinem Art. 12 davon ausgeht, dass das Kind sich ungefähr nach einem Jahr fest in seiner neuen Umwelt eingelebt habe.⁶⁷⁸ Interessanterweise nahm der EGMR zur näheren Begründung dann Anleihe bei den Grundsätzen der EGMR-Judikatur zur Ausweisung von Ausländern, im Rahmen derer sowohl das Herausreißen aus den sozialen Strukturen vor Ort und auch die zukünftigen Probleme nach der Überstellung an einen anderen Staat wesentliche Elemente der Entscheidungsfindung sind:⁶⁷⁹

146. The Court takes the view that guidance on this point may be found, mutatis mutandis, in its case law on the expulsion of aliens (see Maslov, cited above, § 71 and Emre v. Switzerland, no. 42034/04, § 68 22 May 2008) according to which, in order to assess the proportionality of an expulsion measure concerning a child who has settled in the host country, it is necessary to take into account the child's best interest and well-being, and in particular the seriousness of the difficulties which he or she is likely to encounter in the country of destination and the solidity of social, cultural and family ties with both the host country and with the country of destination. The seriousness of any difficulties which may be encountered in the destination country by the family members who would be accompanying the deportee must also be taken into account (see Üner v. the Netherlands (GC), no. 46410/99, § 57, ECHR 2006 XII).

In Neulinger und Shuruk./Schweiz wertete die Große Kammer des EGMR die Umstände, dass das Kind bereits im Alter von zwei Jahren in die Schweiz kam, die schweizerische Nationalität hatte und dort seitdem durchgängig gelebt hatte, Französisch sprach, an einem gut funktionierenden Tagesbetreuungsprogramm teilnahm und zum Zeitpunkt des Urteils bereits zur Schule ging, als Umstände, die dagegen sprachen, dass ein neues Herausreißen aus dem gewohnten Umfeld zumutbar für das Kind waren.⁶⁸⁰ Das Gericht bezog sich zudem auf das Ergebnis der medizinischen Gutachten, die ausgewiesen hatten, dass eine Rückführung nach Israel ohne Begleitung schwerwiegende schädliche Konsequenzen hätte haben können. Die Gefahren einer solchen Störung des Kindes durch die Rückführung mussten nach Auffassung des Gerichts gegen die objektiven Vorteile abgewogen werden, die eine Durchsetzung der Rückführung gehabt hätte.⁶⁸¹ Hierbei verschloss sich der Gerichtshof auch nicht einer Einschätzung des Charakters des Vaters, welcher bereits vor der Ausreise seines Kindes aus Israel nur ein von den israelischen Behörden angeordnetes eng begrenztes begleitetes Umgangsrecht genossen hatte und dessen weitere Entwicklung darin bestanden hatte, erneut zu heiraten und sich nur kurze Zeit später von dieser Frau zu trennen und dabei

⁶⁷⁸ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 145.

⁶⁷⁹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 146.

⁶⁸⁰ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 147.

⁶⁸¹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 148.

Unterhalt schuldig zu bleiben.⁶⁸² Bei der Frage der Begleitung des Kindes durch seine Mutter als alleinige Bezugsperson wertete das Gericht den Umstand, dass entsprechend der Auskunft der Zentralen Behörde ihre strafrechtliche Verfolgung nicht auszuschließen war, ebenfalls als klares Argument für die Ansicht, dass eine Rückführung nicht dem Kindeswohl entsprochen hätte.⁶⁸³ Die Weigerung der Mutter erschien in Anbetracht dessen auch nicht ungerechtfertigt, da noch völlig unklar war, wie im Falle einer möglichen Festnahme eine Kindesbetreuung zu regeln gewesen wäre, und die Fähigkeiten des Vaters, der nie mit dem Kind allein gelebt hatte, erheblich in Zweifel gezogen wurden.⁶⁸⁴

Im Ergebnis wertete der EGMR die geplante Durchsetzung der Rückführung als eine Verletzung des Art. 8 EMRK und zwar sowohl aufseiten des Kindes als auch der Mutter, der eine Rückkehr ebenfalls nicht zugemutet werden konnte.⁶⁸⁵

bb) Bewertung

Das Urteil des EGMR in *Neulinger Shuruk./Schweiz* stellte erneut klar, dass jedes vertragsstaatliche Handeln der Bindung an die EMRK unterliegt. Unter dogmatischen Gesichtspunkten kann dies nicht verwundern, sondern ist logische Konsequenz der völkerrechtlichen Verpflichtung aus der EMRK, in der es keine Freiräume gibt.⁶⁸⁶ Das Urteil ist dennoch ein besonderes innerhalb der vielen EGMR-Entscheidungen zu Rückführungskonflikten, da es nicht nur von einer grundsätzlichen Vereinbarkeit des HKÜ-Verfahrens mit menschenrechtlichen Anforderungen ausgeht,⁶⁸⁷ sondern Umstände in seine Würdigung am Maßstab des Art. 8 EMRK miteinbezieht, die in Anbetracht gefestigter staatsvertragsautonomer Auslegungsgrundsätze zu Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ als etwas zu weitgehend erscheinen.⁶⁸⁸ Der EGMR betrachtete nicht nur die Frage, unter welchen Umständen eine Rückführung ermöglicht werden konnte und welche Gefahren allein die Rückführung für das Kind bedeutet hätte, sondern rekurrierte auf die

⁶⁸² EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 148.

⁶⁸³ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 149.

⁶⁸⁴ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 150.

⁶⁸⁵ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 151.

⁶⁸⁶ Siehe schon EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus./Türkei*, Slg. 2005-VI S. 107, Rn. 153-154.

⁶⁸⁷ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 132-137; so auch, EGMR, 29.4.2003, Nr. 45036/98, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V S. 275 Rn. 51 und EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I S. 241 Rn. 95.

⁶⁸⁸ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 144; zur kritischen Aufnahme des Urteils in der englischen Rspr. siehe Lord Justice Thorpe in *KA, TB v. SE*, (2011) FLR 725, Rn. 9.

Gesamtsituation⁶⁸⁹ und bezog hierbei auch entscheidend die Interessen der Mutter mit ein, welche im Zusammenhang zur Zumutbarkeit für das Kind, aber auch eigenständig betrachtet wurden.⁶⁹⁰ Die Zumutbarkeit der Rückkehr des entführenden Elternteils mit dem Kind ist eigentlich kein entscheidendes Kriterium in der Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ, da nicht nur betont wird, dass gerade der „Entführer“ nicht eigenmächtig vollendete Zustände schaffen darf, sondern auch ein Kindesschutz durch weitere flankierende Maßnahmen garantiert werden kann, sodass die Begeleitung durch den entführenden Elternteil nicht zur *conditio sine qua non* werden kann.⁶⁹¹ Dennoch würdigt der EGMR diesen Sorgerechtskonflikt in seiner Gesamtheit und entschied diesen durch die Verhinderung der Vollstreckung endgültig.

Der Entscheidung in *Neulinger und Shuruk./Schweiz* ist für die Frage des Einwands des Kindeswohls in Rückführungskonflikten von besonderer Bedeutung. Sie verdeutlicht, dass die EMRK den menschenrechtlichen Rahmen verleiht und die Konturen ihrer Anforderungen auch bei einer HKÜ-nahen Auslegung selbständig bestimmt werden. Dennoch bricht die Entscheidung nicht aus der Linie der EGMR-Judikatur zu Rückführungskonflikten aus, welche durch das Kriterium eines gerechten Ausgleichs aller Interessen geprägt ist.⁶⁹² Der EGMR hat in *Neulinger und Shuruk./Schweiz* nicht neue Vorgaben zur Auslegung des Art. 13 HKÜ geschaffen, sondern vergegenwärtigt, dass es eine oberflächliche Anwendung des HKÜ bei Geltung des Art. 8 EMRK nicht geben kann.⁶⁹³ Das Urteil widerspricht auch nicht der Philosophie des HKÜ, dass die zügige Rückführung in einer Vielzahl der Fälle dem Kindeswohl am meisten dienen wird.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ Z.B. EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 148, der EGMR äußert hier Zweifel, ob der generelle Lebenswandel des Vaters dem Kindeswohl überhaupt zuträglich sein kann.

⁶⁹⁰ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 149, 150.

⁶⁹¹ BVerfG, NJW 1997, 3301, 3302; OLG Dresden, FamRZ 2002, 1136, 1138; OLG Rostock, FamRZ 2003, 959; vgl. aber auch OLG Rostock, FamRZ 2002, 46, 49; *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71, der hier die Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts vom 11.4.2002 im Sorgerechtskonflikt *Neulinger und Shuruk* erwähnt; *ders.* in: Staudinger (13. Bearb. 1994), Rn. 684; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 247; *Looscheders*, IPR-Kommentar, Anh. zu Art. 24 EGBGB, Rn. 87; diese Auslegung wird praktisch gestützt durch Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO.

⁶⁹² EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 134 sowie 6.12.2007, Nr. 39388/05, *Maumousseau und Washington./Frankreich*, (2010) 51 EHRR 35, Rn. 62; EGMR, 25.1.2000, Nr. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide./Rumänien*, Slg. 2000-I S. 241, Rn. Nr. 94; EGMR, 29.4.2003, Nr. 56673/00, *Iglesias Gil und A.U.I./Spanien*, Slg. 2003-V S. 275, Rn. 50.

⁶⁹³ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 138: „*a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable.*“

⁶⁹⁴ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 137; vgl. *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71.

Bei Neulinger und Shuruk./Schweiz handelt es sich um einen ungewöhnlich gelagerten Fall, in dem das Kind seit Jahren im Zufluchtsort integriert war und in dem auch alle anderen Umstände nicht zugunsten einer Rückführung sprachen. Dass der EGMR in seiner Entscheidung die Gesamtsituation des Kindes und der Eltern in seine Würdigung des gerechten Interessenausgleichs miteinbezog, kann auch im Kontext des Rückführungsverfahrens nicht als sachfremd beurteilt werden. Nicht in jedem Fall ist die Rückführung mit dem Kindeswohl vereinbar, weshalb der EGMR mit seiner Entscheidung hier letztlich nur den ureigensten Sinn des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ zum Tragen brachte, den Schutz des Kindeswohls im Rückführungsverfahren. Das Gebot der restriktiven Interpretation des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ steht nicht im Widerspruch zu dieser menschenrechtlichen Dimension, da die Auslegungsgrundsätze ebenso dem Zweck dienen, einen höchstmöglichen Kinderschutz zu verwirklichen.

C. Judikatur des EuGH und des EGMR zur Anwendung der Brüssel IIa-VO

Seit Erlass der Brüssel IIa-VO sind Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts für Menschenrechte ergangen, die von unmittelbarer Bedeutung für die menschenrechtliche Dimension der Anwendung der Brüssel IIa-VO bei der gerichtlichen Behandlung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte waren, da sie entweder die Auslegung der Verordnung im Zusammenhang mit grundrechtsrelevanten Fragen⁶⁹⁵ oder die Vorgaben des Art. 8 EMRK bei Anwendung der Brüssel IIa-VO⁶⁹⁶ durch mitgliedstaatliche Gerichte betrafen.

⁶⁹⁵ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271 = FamRZ 2008, 1729, 1730 mit Besprechung *Schulz*; EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247; EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

⁶⁹⁶ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich; EGMR, 14737/09, *Sneersone und Campanella* ./ Italien.

I. Chronologie der Entscheidungen

1. EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*)

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-195/08 (*Rinau*)⁶⁹⁷ lag ein deutsch-litauischer Sorgerechtskonflikt zugrunde, bei dem es in rechtlicher Hinsicht um Fragen der Kindesrückführung und Anerkennung grenzüberschreitender Sorgerechtsentscheidungen bei Geltendmachung von Verstößen gegen das Kindeswohl handelte.⁶⁹⁸ Ein deutsch-litauisches Ehepaar, das gemeinsam in Deutschland lebte, bekam im Jahr 2005 eine Tochter. Nach der Trennung des Paares verließ die litauische Mutter (M) im Jahr 2006 mit der gemeinsamen Tochter Deutschland, zunächst auf Grundlage eines vereinbarten zweiwöchigen Urlaubs, aus dem sie jedoch nicht zurückkehrte und stattdessen dauerhaft mit ihrem Kind in ihrem Heimatland Litauen verblieb. Auf Antrag des deutschen Vaters (V) übertrug das Amtsgericht Oranienburg dem V vorläufig das Sorgerecht, die Beschwerde hiergegen durch die M wies das OLG Brandenburg zurück. Sodann stellte der V einen Antrag auf Rückführung des Kindes auf Grundlage des HKÜ, welchen das Bezirksgericht in Litauen (*Klaipėdos apygardos teismas*) zurückwies. Diese Entscheidung hob das litauische Berufungsgericht (*Lietuvos apeliacinis teismas*) auf und ordnete die Rückgabe des Kindes nach Deutschland an.

Die Vollstreckung der Rückgabeentscheidung wurde durch das litauische Bezirksgericht ausgesetzt. Diese Aussetzung wurde jedoch wiederum durch das litauische Berufungsgericht aufgehoben.⁶⁹⁹ Gegen die Rückführung wandte sich die M mit der Begründung, es hätten sich neue Tatsachen in Bezug auf das Kindeswohl i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ ergeben.⁷⁰⁰ Zur Beurteilung dieses Einwands erachteten sich das litauische Bezirksgericht und das Berufungsgericht als nicht international zuständig, was jedoch durch den Obersten Gerichtshof von Litauen (*Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*) unter Zurückweisung der Entscheidung an das Bezirksgericht zur Entscheidung in der Sache aufgehoben wurde.⁷⁰¹ Zwischenzeitlich übertrug das AG Oranienburg, bestätigt durch das OLG Brandenburg, endgültig dem V das Sorgerecht und fügte seinem Urteil eine Bescheinigung nach Art. 42 Brüssel IIa-VO bei. Aufgrund des Antrags der M vor litauischen Gerichten, dieses deutsche Sorgerechtsurteil nicht anzuerkennen, stellten sich dem litauischen

⁶⁹⁷ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271; Besprechung durch *Rieck*, NJW 2008, 2958.

⁶⁹⁸ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271.

⁶⁹⁹ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 34.

⁷⁰⁰ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 35.

⁷⁰¹ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 35, 36.

Obersten Gerichtshof sechs Fragen der Auslegung der Brüssel IIa-VO, die dieser dem EuGH vorlegte.⁷⁰²

Die für die Gewährleistung des Kindeswohls im grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt und der Wahrung der Grundrechte des Kindes durch die Gerichte der beteiligten Mitgliedstaaten bedeutendste Auslegungsfrage war diejenige, ob eine Entscheidung auch dann in den Anwendungsbereich der Art. 40, 42 Brüssel IIa-VO fällt, wenn zuvor das Gericht des Zufluchtsstaats eine Entscheidung erlassen hat, mit der die Rückgabe angeordnet wird und ob das Gericht, bei dem der Antrag auf Versagung der Anerkennung gestellt wurde, die Entscheidung anerkennen muss, auch wenn es annimmt, dass das die Bescheinigung ausstellende Gericht die Voraussetzungen des Verfahrens nach der Brüssel IIa-VO nicht eingehalten hat.⁷⁰³

Vorbemerkend führte der EuGH in seinem Vorabentscheidungsurteil aus, dass das HKÜ geschaffen worden sei, um das Kindeswohl im grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt zu schützen, und die Brüssel IIa-VO darauf abziele, die Grundrechte des Kindes, garantiert durch Art. 24 der Grundrechtecharta der EU, zu gewährleisten.⁷⁰⁴ Insbesondere solle die Verordnung darauf hinwirken, dass von Kindesentführungen zwischen Mitgliedstaaten Abstand genommen wird und dass, wenn es zu einer Entführung kommt, die Rückgabe des Kindes unverzüglich erwirkt wird.⁷⁰⁵ Um dies zu gewährleisten, müsse die Vollstreckung der Kindesrückgabe unverzüglich betrieben werden können.⁷⁰⁶ Hierzu genieße die Entscheidung gem. Art. 40, 42 der Brüssel IIa-VO eine verfahrensrechtliche Selbstständigkeit, weshalb diese im Vollstreckungsstaat auch nicht angefochten werden könne, sondern nur bei Ausstellung der entsprechenden Bescheinigung dort die Vollstreckbarkeit festgestellt werden könne. Zu den Gründen führte der EuGH aus:⁷⁰⁷

(81) Wäre es anders, bestünde die Gefahr, dass der Verordnung die praktische Wirksamkeit genommen würde, da das Ziel der sofortigen Rückgabe des Kindes der Bedingung untergeordnet bliebe, dass der Rechtsweg erschöpft ist, den das nationale Recht des Mitgliedstaats, in dem das Kind widerrechtlich zurückgehalten wird, eröffnet. Diese Gefahr wiegt umso schwerer, als die biologische Zeit bei jungen Kindern wegen ihrer geistigen und psychologischen Struktur und der Schnelligkeit, mit der sich diese Struktur entwickelt, nicht nach allgemeinen Kriterien gemessen werden kann.

⁷⁰² EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 42, *Schulz*, FamRZ 2008, 1732, 1733.

⁷⁰³ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 48, 51.

⁷⁰⁴ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 51.

⁷⁰⁵ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 52; vgl. *Schulz*, FamRZ 2008, 1732, 1733.

⁷⁰⁶ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 78, 81.

⁷⁰⁷ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 81.

Im Anwendungsbereich des Kapitels III, Abschnitt 4 der Verordnung könne die Anerkennung daher nicht im Zweitstaat mit der Begründung verweigert werden, dass das Verfahren der Brüssel IIa-VO nicht eingehalten wurde.⁷⁰⁸ Im Ergebnis stellte der EuGH zur Frage der Anfechtung der Anerkennung einer Entscheidung, die in den Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO fällt, fest:⁷⁰⁹

(88) Klarzustellen bleibt, dass ein Rechtsbehelf gegen die Ausstellung der Bescheinigung des Amtsgerichts Oranienburg oder eine Anfechtung ihrer Anerkennung im Hinblick darauf, dass kein Zweifel an ihrer Echtheit geäußert wurde und sie alle nach Art. 42 der Verordnung erforderlichen Bestandteile enthält, gemäß Art. 43 Abs. 2 der Verordnung nur zurückgewiesen werden konnte, da das ersuchte Gericht lediglich die Vollstreckbarkeit der Entscheidung feststellen kann, für die eine Bescheinigung ausgestellt wurde.

Zur Frage, ob der Bescheinigung nach Art. 11 Abs. 8, 40 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO eine ablehnende Entscheidung nach Art. 13 des HKÜ vorausgegangen sein müsse, verwies der EuGH auf die durch den Verordnungstext selbst vorgegebene Chronologie der verfahrensrechtlichen Abläufe.⁷¹⁰

b) Bewertung

Im Kern seiner Entscheidung in der Rechtssache *Rinau* legte der EuGH die Brüssel IIa-VO dahingehend aus, dass Rechtsbehelfe gegen die Ursprungsentscheidung, soweit eine Bescheinigung nach Art. 40, 41 oder 42 Brüssel IIa-VO ausgestellt wurde, nur im Ursprungsstaat der Entscheidung eingelegt werden können.⁷¹¹ Für die hier wichtige Frage des Schutzes der Grund- und Menschenrechte des Kindes im Sinne der Gewährleistung des Kindeswohls bedeutet dies, dass bei grenzüberschreitenden Sorgerechtsentscheidungen im Anwendungsbereich des Kapitels III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO auch Fragen des Kindeswohls und der Vereinbarkeit mit Grundrechten allein im Forum des Ursprungsstaats vorgebracht werden können. Der EuGH ist dahingehend zu verstehen, dass dies kein Manko im Grundrechtsschutz im Hinblick auf das betreffende Kind darstellt, sondern vielmehr dieser verfahrensrechtliche Mechanismus gerade der Verwirklichung und der Gewährleistung des Kindesschutzes in Fällen der widerrechtlichen Kindesentführung dient.⁷¹²

⁷⁰⁸ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 68; *Schulz*, FamRZ 2008, 1732, 1734.

⁷⁰⁹ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 88.

⁷¹⁰ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271. Rn. 69 ff.

⁷¹¹ *Schulz*, FamRZ 2008, 1732, 1734.

⁷¹² Vgl. auch *Schulz*, FamRZ 2008, 1732, 1734.

2. *EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (Deticek)*

a) Sachverhalt und Entscheidung

Eine weitere Entscheidung des EuGH mit Relevanz für die Frage der Anwendung der Brüssel IIa-VO unter Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte des Kindes stellte die Rechtssache C-403/09 PPU (*Deticek*) dar.⁷¹³

Das in Trennung in Italien lebende slowenisch-italienische Ehepaar *Deticek/Sguglia* hatte eine 1997 geborene Tochter.⁷¹⁴ Mit Entscheidung vom 25. Juli 2007 übertrug das zuständige Gericht in Italien dem Vater (V) vorläufig das alleinige Sorgerecht und ordnete aber die Unterbringung des Kindes in einem Kinderheim in Rom an, woraufhin die Mutter (M) gemeinsam mit dem Kind Italien verließ und in ihr ursprüngliches Heimatland Slowenien ging.

Mit Entscheidung des Kreisgerichts Maribor (*Okrožno sodišče v Mariboru*), die der Oberste Gerichtshof Sloweniens (*Vrhovno sodišče*) bestätigte, wurde der Beschluss des italienischen Gerichts für das Hoheitsgebiet der Republik Slowenien vollstreckbar erklärt.⁷¹⁵ Das von V auf Grundlage der italienischen vorläufigen Sorgerechtsentscheidung eingeleitete Verfahren der Vollstreckung der Herausgabe des Kindes nach Italien vor slowenischen Gerichten wurde durch das slowenische Bezirksgericht Maribor ausgesetzt bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Ausgangsverfahren.⁷¹⁶ Währenddessen übertrug das slowenische Kreisgericht auf Antrag der M das Sorgerecht nun vorläufig auf die M, was das Gericht mit einer Zuständigkeit nach Art. 20 der Brüssel IIa-VO und in der Sache mit Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ wegen veränderter Umstände begründete. Das Kind habe sich in seiner Umwelt integriert und ein Herausreißen aus dieser hätte die Gefahr irreversibler psychischer Schäden bedeutet. Hiergegen wandte sich der V im Wege der Beschwerde zum Obergericht in Maribor (*Višje Sodišče v Mariboru*). Das Obergericht legte im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens sodann dem EuGH zwei Fragen zur Entscheidung vor: 1. ob der Zweitstaat Maßnahmen auf Art. 20 Brüssel IIa-VO stützen könne, wenn bereits der international zuständige Entscheidungsstaat eine Schutzmaßnahme erlassen hat und diese im Zweitstaat vollstreckbar ist und 2. ob der Zweitstaat durch den Erlass einer Schutzmaßnahme nach Art. 20 der Brüssel IIa-VO aus Gründen des Kindeswohls eine rechtskräftige und vollstreckbare Schutzmaßnahme ändern oder aufheben kann, die von einem Ge-

⁷¹³ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, siehe hierzu schon Kapitel 1, VIII, 2, b); Sachverhaltszusammenfassung und Auszüge der Entscheidung in FamRZ 2010, 525; siehe auch *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158, 159.

⁷¹⁴ Zum Sachverhalt siehe EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 18 ff.

⁷¹⁵ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 21.

⁷¹⁶ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 22.

richt in einem anderen Mitgliedstaat getroffen wurde, das nach der Brüssel IIa-VO für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist.⁷¹⁷

Bei der Beantwortung der Fragen leitete der EuGH seine Auslegung im Wesentlichen aus dem Gedanken des Grundrechtsschutzes des Kindes i.S.d. Art. 24 Grundrechtecharta der EU ab.⁷¹⁸ Die Zuständigkeitsnorm für den Erlass einstweiliger Maßnahmen durch den an sich international unzuständigen Mitgliedstaat müsse im Lichte des Art. 24 Grundrechtecharta der EU ausgelegt werden.⁷¹⁹ Nach einem widerrechtlichen Verbringen sei der persönliche Kontakt des Kindes zu dem zurückgelassenen Elternteil aufrechtzuerhalten, weshalb Art. 20 Brüssel IIa-VO nicht dazu dienen dürfe, den rechtswidrigen Zustand nach dem Verbringen zu perpetuieren.⁷²⁰ Zwar erlaube Art. 24 Abs. 3 Grundrechtecharta der EU Ausnahmen und Einschränkungen, wenn dies aus Gründen des Kindeswohls erforderlich ist, jedoch könne eine Maßnahme, die den Kontakt zu beiden Elternteilen ausschließt, nur durch ein anderes gewichtiges Interesse des Kindes gerechtfertigt sein.⁷²¹ Der EuGH führte aus:

(60) Eine ausgewogene und vernünftige Beurteilung aller auf dem Spiel stehenden Interessen, die auf objektiven Erwägungen hinsichtlich der Person des Kindes selbst und seiner sozialen Umgebung beruhen muss, ist jedoch grundsätzlich im Rahmen eines Verfahrens vor dem Gericht vorzunehmen, das nach der Brüssel IIa-VO für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist.

Auf die Vorlagefrage antwortete der EuGH somit, dass ein nicht international zuständiger Mitgliedstaat nicht die Entscheidungskompetenz nach Art. 20 der Brüssel IIa-VO in Anspruch nehmen könne, wenn und soweit der international zuständige Mitgliedstaat bereits tätig geworden ist und selbst eine vollstreckbare Entscheidung erlassen hat.⁷²²

b) Bewertung

In der Entscheidung *Deticek* klärte der EuGH das Verhältnis der internationalen Hauptsachezuständigkeit zur sog. Notzuständigkeit zum Erlaß einstweiliger Schutzmaßnahmen aus Gründen des Kindeswohls nach Art. 20 Brüssel IIa-VO. Die grund- und menschenrechtliche Relevanz der Entscheidung ergibt sich aus der Begründung der Auslegung durch den EuGH, die sich an dem Grundrecht des durch die erlassenen Maßnahmen betroffenen Kindes orientiert und somit

⁷¹⁷ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 28.

⁷¹⁸ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 53 ff.; *Henrich*, FamRZ 2010, 526, 527; *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158, 160.

⁷¹⁹ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 54.

⁷²⁰ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 55-57.

⁷²¹ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 59.

⁷²² EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 61.

bestimmender Maßstab der Auslegung der Brüssel IIa-VO ist. In dieser Auslegung knüpft der EuGH an seine Rechtsprechung in der Rs. C-195/08 (*Rinan*) an, im Rahmen derer ebenfalls abstrakte sowie konkrete Erwägungen des Kindeswohls und des Grundrechtsschutzes zugunsten des vom Verfahren betroffenen Kindes die oberste Auslegungsmaxime der Brüssel IIa-VO darstellten.⁷²³ Letzlich ist es auch hier allein die auf Rückführung des verbrachten Kindes ausgelegte Systematik der Verordnung, die hier den Ausschlag gab. Fragen des Kindeswohls sollen allein durch Gerichte des nach der Brüssel IIa-VO international zuständigen Mitgliedstaats entschieden werden, weshalb auch sämtliche, das Kindeswohl betreffende Einwände, wie z.B. veränderte Umstände, vor diesen Gerichten geltend gemacht werden müssen.⁷²⁴

3. EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 (*Aguirre Zarraga*)

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die Vorabentscheidung des EuGH vom 22.12.2010 in der Rechtssache Aguirre Zarraga thematisierte ebenso wie die Entscheidung Deticek die grundrechtliche Dimension der Auslegung der Brüssel IIa-VO.

Beteiligte des Verfahrens waren das deutsch-spanische Paar Aguirre Zarraga und Pelz, welche mit einer gemeinsamen Tochter in Spanien lebten.⁷²⁵ Nach ihrer Trennung beantragten sowohl Frau Pelz (M) als auch Herr Aguirre Zarraga (V) die gerichtliche Übertragung des Sorgerechts für die gemeinsame Tochter. Das Gericht erster Instanz in Bilbao (*Juzgado de primera Instancia*) übertrug das Sorgerecht vorläufig auf den V und gewährte der M ein Umgangsrecht. Der Beschluss des Gerichts beruhte auf den Erkenntnissen eines Gutachtens des psychosozialen Dienstes und der Erwägung, dass es für das Kindeswohl nicht förderlich sei, wenn die M, wie beabsichtigt, mit dem Kind nach Deutschland zurückgehen würde. Die M verlegte danach ihren Aufenthalt nach Deutschland. Nach einem Sommerurlaub dort kehrte die Tochter, anders als mit dem V abgesprochen, nicht mehr nach Spanien zurück. In der Folge erließ das Gericht erster Instanz in Bilbao (*Juzgado de primera Instancia*) zunächst eine einstweilige Maßnahme, die es der M untersagte, mit dem Kind die Grenzen Spaniens zu verlassen, und zudem ihr vorläufiges Umgangsrecht aussetzte, und setzte dann das Hauptsacheverfahren zur Verteilung des Sorgerechts fort. Im Rahmen dessen erachtete das spanische Gericht es für notwendig, das Kind anzuhören, allerdings blieb die M mit dem Kind dem Verfahren fern. Sodann übertrug das spanische Gericht erster Instanz dem V das

⁷²³ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinan*), Slg. 2008 I-5271, Rn. 51.

⁷²⁴ Kritisch Janzen/Gärtner, IPRax 2011, 158, 162.

⁷²⁵ Zum Ausgangssachverhalt und den Vorlagefragen siehe EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 15 ff.

alleinige Sorgerecht, wogegen die M in der Sache ohne Erfolg das Rechtsmittel der Berufung bei der *Audiencia Provincial de Bizkaya* einlegte.⁷²⁶

Dem Antrag auf Rückführung des Kindes nach dem HKÜ wurde zunächst durch das Amtsgericht Celle stattgegeben.⁷²⁷ Der Antrag wurde jedoch auf die Beschwerde der M gegen den Beschluss des Amtsgerichts in der zweiten Instanz durch das OLG Celle auf Grundlage des Art. 13 Abs. 2 HKÜ zurückgewiesen.⁷²⁸ Das Kind hatte seiner Rückführung nachhaltig widersprochen.

In einem zweiten Verfahren übermittelte das spanische Gericht dann eine Ausfertigung seines Scheidungsurteils, in dem auch eine Regelung zur elterlichen Sorge in bezug auf die Tochter getroffen war und versah diese mit einer Bescheinigung nach Art. 42 Brüssel IIa-VO.⁷²⁹ Das OLG Celle stellte jedoch fest, dass das betreffende spanische Urteil weder anzuerkennen, noch zu vollstrecken war, da das spanische Gericht das Kind vor Erlass der Entscheidung nicht angehört hatte.⁷³⁰

Das OLG Celle führte aus, dass Gerichten des Zweitstaats im Falle einer nach Art. 42 Brüssel IIa-VO ausgestellten Bescheinigung keine eigene Prüfungsbefugnis im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen der Ausstellung einer Bescheinigung oder die Richtigkeit der Sachentscheidung zustünde, bei gravierenden Grundrechtsverstößen jedoch etwas anderes zu gelten habe.⁷³¹ Im vorliegenden Falle habe das spanische Gericht nicht den wirklichen Kindeswillen ermittelt, was Art. 24 der Grundrechtecharta der EU verletzt habe. Zudem sei die Bescheinigung offensichtlich inhaltlich falsch gewesen, denn das spanische Gericht konnte das Kind aufgrund dessen fortwährenden Aufenthalts in Deutschland gar nicht angehört haben, was tatsächlich auch nicht geschehen war.⁷³² Um die Auswirkung dieser Feststellungen in Bezug auf die Anwendung der Brüssel IIa-VO in diesen Fragen zu klären, legte das OLG Celle dem EuGH zwei Fragen vor: So fragte das OLG Celle, 1. ob in Fällen gravierender Grundrechtsverstöße bei grundrechtskonformer Auslegung des Art. 42 Brüssel IIa-VO im Lichte der Grundrechtecharta ausnahmsweise doch eine Prüfungsbefugnis der Gerichte des Zweitstaats besteht und 2. ob auch dann eine Verpflichtung der Gerichte des Zweitstaats auf Grundlage der Bescheinigung nach Art. 42 Brüssel IIa-VO besteht, wenn die Bescheinigung nach Aktenlage offensichtlich falsch ist.⁷³³

In der Stellungnahme zu den Fragen des Vorabentscheidungsverfahrens führte der EuGH zunächst aus, dass die Brüssel IIa-VO von dem Prinzip ausgeht, dass

⁷²⁶ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn.23.

⁷²⁷ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 26.

⁷²⁸ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 2.

⁷²⁹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn.29.

⁷³⁰ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn.32.

⁷³¹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn.35.

⁷³² EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 36.

⁷³³ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn.37.

das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten entgegen einer geltenden Sorgerechtsentscheidung eine schwere Gefahr für das Kindeswohl begründet.⁷³⁴ Hierzu habe die Brüssel IIa-VO ein System geschaffen, das von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte des international zuständigen Mitgliedsstaats hinsichtlich der Frage der Kindesrückgabe ausgeht.⁷³⁵ Diesem System liege ein verfahrensrechtliches Beschleunigungsgebot zugrunde und es beruhe auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander, weshalb eine Entscheidung über die Kindesrückgabe kraft der Brüssel IIa-VO in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt wird, ohne dass diese Anerkennung dort anfechtbar ist und die Entscheidung zudem unmittelbar vollstreckbar ist.⁷³⁶ Das Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats könne nur die Vollstreckbarkeit der mit einer Bescheinigung nach Art. 42 Brüssel IIa-VO versehenen Entscheidung feststellen. Jegliche Rechtsbehelfe gegen die Bescheinigung selbst im Zweitstaat seien ausgeschlossen, um die zügige Vollstreckung der Herausgabe zu gewährleisten.⁷³⁷ Die Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidung selbst könne nur im Ursprungsstaat der Entscheidung zur gerichtlichen Überprüfung stehen, was auch für die Frage der Voraussetzung der Anhörung des Kindes im Sinne des Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO gelte. Die Systematik der Brüssel IIa-VO gehe durch den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens davon aus, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Charta der Grundrechte der EU einhalten.⁷³⁸ Die Brüssel IIa-VO sei im Lichte des Art. 24 der Grundrechtecharta, in diesem Fall dem Grundrecht des Kindes auf Anhörung, auszulegen.⁷³⁹ Zunächst sei aber festzustellen, dass sich Art. 24 der Grundrechtecharta und Art. 42 der Brüssel IIa-VO nicht auf ein zwingendes Erfordernis der Anhörung des Kindes beziehe, sondern nur auf die verfahrensrechtliche Möglichkeit, angehört zu werden.⁷⁴⁰ Art. 24 der Grundrechtecharta der EU verlange, dass die Kinder ihre Meinung frei äußern können und ihre Meinung in allen sie betreffenden Angelegenheiten entsprechend ihrem Alter und ihrem Reifegrad berücksichtigt wird. Nach Art. 24 Abs. 2 der Grundrechtecharta der EU müssen alle das Kind betreffende Maßnahmen dabei im Einklang mit dem Kindeswohl stehen.⁷⁴¹ Das Kindeswohl könne es daher aber auch verlangen, von einer Anhörung abzusehen.⁷⁴²

⁷³⁴ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 44.

⁷³⁵ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 44.

⁷³⁶ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 48.

⁷³⁷ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 50.

⁷³⁸ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 59.

⁷³⁹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 60,61; siehe hierzu *Schulz*, FamRZ 2011, 359.

⁷⁴⁰ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 62, *Schulz*, FamRZ 2011, 359.

⁷⁴¹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 63.

⁷⁴² EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 63.

Auch Art. 42 der Brüssel IIa-VO mache die Notwendigkeit der Anhörung von der Angebrachtheit im Einzelfall abhängig.⁷⁴³ Die Gerichte des Entscheidungsstaates haben dies je nach Fall zu entscheiden, die Anhörung sei aber deshalb nicht zwingend.⁷⁴⁴ Geboten sei es, dem Kind die verfahrensrechtliche Möglichkeit und die Voraussetzungen zu schaffen, seine Meinung in das Verfahren einbringen zu können.⁷⁴⁵ Entscheide sich das Gericht im Rahmen seines Ermessens dazu, das Kind anzuhören, so müsse dies nach Maßgabe der Gewährleistung des Kindeswohls und unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des Einzelfalls geschehen, damit dem Kind eine effektive Möglichkeit zur Äußerung geboten wird.⁷⁴⁶ So habe das eine Bescheinigung gem. Art. 42 Brüssel IIa-VO ausstellende Gericht zu prüfen, ob es diese Anforderungen im Rahmen der Möglichkeiten des eigenen zur Anwendung stehenden Verfahrensrechts eingehalten habe und dabei dem Kind eine echte und wirksame Möglichkeit zur Äußerung geboten hat.⁷⁴⁷ Dabei sei es allerdings alleinige Sache der Gerichte des Entscheidungsstaats, die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung anhand der Maßstäbe des Art. 24 Grundrechtecharta der EU zu überprüfen.⁷⁴⁸ Dies folge aus dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in die Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bei dem Schutz der auf Unionsebene anerkannten Grundrechte.⁷⁴⁹ Daher müssen die Verfahrensbeteiligten bei einer fraglichen Rechtmäßigkeit der mit einer nach Art. 42 Brüssel IIa-VO versehenen Entscheidung die vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten nutzen.⁷⁵⁰

Für den Ausgangsrechtsstreit bedeutete dies, dass es Sache der spanischen Gerichte war, die Rechtmäßigkeit der Rückgabeentscheidung zu überprüfen.⁷⁵¹ Auf die vorgelegten Fragen antwortete der EuGH daher, dass sich Gerichte des Zweitstaats der Vollstreckung nicht mit der Begründung entgegenstellen können, dass die Entscheidung gegen Art. 42 der Brüssel IIa-VO im Sinne einer nach Art. 24 Grundrechtecharta folgenden grundrechtskonformen Auslegung verstoße, da für die Beurteilung, ob ein solcher Verstoß vorliegt, ausschließlich die Gerichte des Ursprungsstaates Spanien zuständig sind.⁷⁵²

⁷⁴³ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 63.

⁷⁴⁴ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 64, 65.

⁷⁴⁵ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 65.

⁷⁴⁶ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 66.

⁷⁴⁷ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 68.

⁷⁴⁸ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 69.

⁷⁴⁹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 70.

⁷⁵⁰ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 71.

⁷⁵¹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 72, 73, 74.

⁷⁵² EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 75.

b) Bewertung

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Aguirre Zarraga* betrifft unmittelbar nur die Auslegung des Art. 42 Brüssel IIa-VO mit der Frage, ob es Ausnahmen von der Unanfechtbarkeit der Anerkennung der grenzüberschreitenden Herausgabeentscheidung des international zuständigen Mitgliedstaats gem. Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO gibt. Dennoch ist die Entscheidung von großer Relevanz für die Frage der Grundrechte des Kindes und des Kindeswohls im Kontext der Brüssel IIa-VO,⁷⁵³ da es gerade die Grundrechte des Kindes waren, die nach Auffassung des OLG Celle eine Ausnahme von der Systematik der Brüssel IIa-VO in Kindesrückführungsfällen begründen konnten.

Der EuGH bestätigt mit der Entscheidung in *Aguirre Zarraga* seine Rechtsprechung zur Brüssel IIa-VO, basierend auf den Wertungen des gebotenen Kindeschutzes, des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in einen gleichwertigen Grundrechtsschutz durch alle Mitgliedstaaten und des aus dem Prinzip der Gewährleistung des Kindeswohls folgenden Gebots des schnellen gerichtlichen Handelns aufgrund einer klaren Kompetenzverteilung in Rückführungsfällen, die schon den Entscheidungen *Rinau* oder *Deticek* zugrundelagen.⁷⁵⁴ Die Geltendmachung etwaiger Verstöße gegen Grundrechte des Kindes und gegen das Kindeswohl muss sich im Rahmen der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe des Ursprungsstaates vollziehen. Auch die erhöhte Dimension der betroffenen Interessen im Falle etwaiger Grundrechtsverstöße rechtfertigt keine Ausnahme von der Systematik der Brüssel IIa-VO in grenzüberschreitenden Sorgerechts- und Rückführungsfällen.

4. EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*

Die Entscheidung *Sneersone und Kampanella./Italien*⁷⁵⁵ des EGMR greift die Weiterentwicklung der Rechtsprechung in *Neulinger und Shuruk./Schweiz* zum Einklang prozessualer Rückführungsmechanismen mit menschenrechtlichen Anforderungen auf und ist wegen der Beteiligung von EU-Staaten und der Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO für die Frage des Grund- und Menschenrechtsschutzes bei Anwendung der Brüssel IIa-VO besonders bedeutend.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Aus der Beziehung der lettischen Beschwerdeführerin (M) mit einem italienischen Mann (V) ging ein Kind hervor, das in Italien geboren wurde.⁷⁵⁶ Das Kind lebte

⁷⁵³ Zur Frage der Grundrechtsverletzung im Verfahren siehe *Schulz*, FamRZ 2011, 1359.

⁷⁵⁴ *Schulz*, FamRZ 2011, 359, 360.

⁷⁵⁵ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*, FamRZ 2011, 1482-1484, mit Anmerkung *Henrich*; siehe auch *Kunkel*, FPR 2012, 358, 359.

⁷⁵⁶ Zum Sachverhalt siehe EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*, Rn. 6-45, Kurzzusammenfassung in FamRZ 2011, 1482.

von Geburt an bei der M, die bei bestehender gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt von V lebte, der auch keinen Unterhalt für das Kind zahlte. Unter anderem aufgrund des Ausbleibens der Unterhaltsleistungen durch den V ging die M mit dem Kind in ihr Heimatland Lettland zurück, um den Lebensmittelpunkt dorthin zu verlagern, wodurch sie aufgrund fehlender Zustimmung des V die gemeinsame elterliche Sorge verletzte. Mit Unterstützung der italienischen Zentralen Behörde ersuchte das Jugendgericht in Italien lettische Gerichte um die Rückführung des Kindes nach Italien. Das zuständige Gericht in Riga stellte jedoch fest, dass die Umstände gegen eine Rückführung nach Italien sprachen und verweigerte diese gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ. Es begründete die Entscheidung mit dem Einleben des Kindes am Wohnort, der starken Bindung an die M und einem psychologischen Gutachten. Dieses griff insbesondere die Tatsachen auf, dass der V niemals mit der M zusammengelebt hatte, das Kind und der V nicht dieselbe Sprache sprachen und der V seinen Sohn seit drei Jahren nicht mehr gesehen hatte und damit die Rückführung eine erhöhte Gefahr der Entwicklung von neurotischen Problemen und Krankheiten beim Kind befürchten ließ. Eine, wenn auch vorübergehende, Trennung von der M wäre unumgänglich gewesen, da diese wegen mangelnder Sprachkenntnisse und fehlender Erwerbschancen keine Aussicht auf die Festigung einer Existenz in Italien hatte.

Um den Bedenken des lettischen Gerichts bzgl. der fehlenden Kindeswohlvereinbarkeit zu begegnen, bot das italienische Gericht die Gewährleistung von Maßnahmen zum Schutze des Kindes bei und nach der Rückführung i.S.d. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO an. Das Gericht in Riga war jedoch von der Gewährleistung des Kindeswohls durch die angebotenen Maßnahmen nicht überzeugt und hielt an der Ablehnung der Rückführung fest. Sodann erließ das italienische Jugendgericht eine in zweiter Instanz bestätigte Rückführungsanordnung gem. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO. Gegenstand der Entscheidung waren neben der Anordnung der Rückführung auch begleitende Maßnahmen wie der Besuch einer russischen Schule und eine psychologische Betreuung vor Ort in Italien. Nach den Vorschriften der Brüssel IIa-VO gab es für die lettische Seite nun keine Möglichkeit mehr, Einwände gegen die Vereinbarkeit der Rückführung mit dem Kindeswohl zu erheben.

Die Republik Lettland leitete am 15.10.2008 vor der Europäischen Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien ein im Rahmen dessen die Vertretung der Republik Lettland rügte, dass Italien die Brüssel IIa-VO nicht richtig angewendet hätte.⁷⁵⁷ In seiner Stellungnahme dazu befand die Kommission, dass der Beurteilungsspielraum zur Überprüfung des gerichtlichen Handelns der italienischen Gerichte sehr begrenzt sei und das Ermessen der italienischen Gerichte zu berücksichtigen war. Zudem stellte die Kommission fest, dass die Anhörung des Kindes zwar ein Grundrecht des Kindes darstelle, das auch durch die EU-

⁷⁵⁷ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Kampanella./ Italien*, Rn. 39.

Grundrechtecharta geschützt werde. Jedoch sei die Anhörung nicht zwingend und ihre Notwendigkeit hänge von einer Ermessensentscheidung der Gerichte Einzelfall ab.⁷⁵⁸ Die Rolle der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren bestünde aber nicht in der Würdigung eines jeden Einzelfalls, sondern in der Untersuchung, ob gegen die grundsätzlichen Mechanismen der Verordnung verstoßen wurde.⁷⁵⁹ Und die Verordnung sehe „das letzte Wort“ im Sorgerechtsverfahren aufseiten des international zuständigen Gerichts.⁷⁶⁰ Auch auf die weitere Rüge, das italienische Gericht habe die Argumente der M nicht im ausreichenden Maße gewürdigt, befand die Kommission in ihrer Stellungnahme, dass eine solche detaillierte Analyse nach der Verordnung auch nicht erforderlich sei.⁷⁶¹ Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Argumenten der Kindeseltern betreffend die Situation des Kindes im Rahmen des Verfahrens des Erlasses einer mit einer Bescheinigung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO versehenen Entscheidung nicht vorgesehen sei und Italien somit weder die Verordnung noch allgemeine Grundsätze des EU-Rechts verletzt hätte.⁷⁶²

So erhoben die M und das Kind Beschwerde gegen Italien mit dem Beschwerdegegenstand der mit der Bescheinigung versehenen Kindesrückgabanordnung des italienischen Gerichts vor dem EGMR.⁷⁶³ In seinem Urteil legte der EGMR dar, welchen Voraussetzungen der EMRK eine jede Entscheidung zur Kindesrückführung, auch innerhalb des Regimes der Brüssel IIa-VO, genügen muss. Zunächst bezog sich der EGMR auf die Entscheidung Neulinger und Shuruk./Schweiz⁷⁶⁴ und wiederholte, dass die EMRK nicht in einem Vakuum interpretiert werden könne.⁷⁶⁵ Der Gerichtshof stellte klar, dass er das von den nationalen Gerichten praktizierte Verfahren insbesondere daraufhin überprüfe, ob die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung der Rückführungsvorschriften die Garantien vor allem des Art. 8 EMRK entsprechend gewürdigt und insbesondere dem Wohl des Kindes hinreichend Rechnung getragen haben.⁷⁶⁶ Die Rückführung des Kindes könne nicht im Sinne einer automatischen Folge der Anwendbarkeit des HKÜ angeordnet werden, wie es sich insbesondere aus den Aus-

⁷⁵⁸ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 42.

⁷⁵⁹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 44.

⁷⁶⁰ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 44.

⁷⁶¹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 42.

⁷⁶² EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 40 ff.

⁷⁶³ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*.

⁷⁶⁴ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 85 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁶⁵ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 85 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁶⁶ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella./ Italien*, Rn. 85 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

nahmetatbeständen Art. 12, 13 und 20 des HKÜ ergebe, welche konkrete Erwägungen zur Kindessituation im Einzelfall enthalten.⁷⁶⁷ Den anzulegenden Prüfungsmaßstab legte der Gerichtshof beispielhaft dar:

*(85) Der Gerichtshof hat sicherzustellen, dass das Verfahren vor den nationalen Gerichten fair durchgeführt wird und den Betroffenen ermöglicht wird, ihren Fall vollständig zu präsentieren. Zu diesem Zweck hat der Gerichtshof zu prüfen, ob die nationalen Gerichte die familiäre Situation eingehend untersucht und dabei alle Umstände, insbesondere tatsächlicher, emotionaler, psychologischer, materieller und medizinischer Natur, berücksichtigt und nach dieser Prüfung eine ausgewogene und vernünftige Interessenabwägung vorgenommen haben, stets unter dem Blickwinkel, dass zu entscheiden ist, welche Lösung für das entführte Kind im Kontext eines Antrags auf Rückführung in sein Ursprungsland die beste ist.*⁷⁶⁸

Eine jede Anordnung der Rückführung stelle einen staatlichen Eingriff in Art. 8 EMRK dar und vorliegend sei die Trennung des Kindes von der Mutter nach den Ergebnissen des psychologischen Gutachtens sogar als sehr problematisch zu bewerten gewesen.⁷⁶⁹ Ein solcher Eingriff diene jedoch grundsätzlich einem legitimen Ziel und sei nach Art. 8 Absatz 2 EMRK gerechtfertigt, wenn dadurch ein gerechter Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen erzielt wird.⁷⁷⁰ Hierbei sei es nicht Aufgabe des Gerichtshofs, seine eigene Entscheidung an die Stelle des damit befassten Gerichts zu setzen, sondern zu überprüfen, ob die Entscheidung die Garantien des Art. 8 EMRK gewährleistet, insbesondere dem Kindeswohl hinreichend Rechnung trägt.⁷⁷¹ Im Rahmen dessen müsse berücksichtigt werden, dass das HKÜ ein verfahrensrechtliches Übereinkommen ist und nicht ein Menschenrechtsvertrag mit individueller Schutzrichtung.⁷⁷²

Der EGMR rügte dann, dass sich die italienischen Gerichte⁷⁷³ nicht ausreichend mit den durch das lettische Gericht erhobenen Bedenken auseinanderge-

⁷⁶⁷ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 85 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁶⁸ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 85 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁶⁹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 88 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷⁰ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 91 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷¹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 92 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷² EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./ .Italien*, Rn. 92 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷³ Das Jugendgericht Rom und der Römische Appellationshof.

setzt hätten.⁷⁷⁴ Die italienischen Gerichte hätten sich z.B. nicht veranlasst gesehen, die vom V vorgeschlagene Unterkunft für das Kind für die Zeit nach der Rückgabe zu überprüfen und diese unbesehen für geeignet erklärt.⁷⁷⁵ Die fehlende Klärung dieses für die Rückführung wichtigen Gesichtspunkts ließ den EGMR erheblich daran zweifeln, dass die italienischen Gerichte die Ernsthaftigkeit der Schwierigkeiten hinreichend erwogen hatten, auf die das Kind in Italien getroffen wäre.⁷⁷⁶ Der EGMR stellte fest, dass die italienischen Gerichte auch auf die Frage der Angemessenheit der Kindesschutzvorkehrungen gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO nicht ausreichend eingegangen waren.⁷⁷⁷ Zu den Bedenken des lettischen Gerichts hätten sie gar nicht Stellung bezogen. Auch den Vorschlag des italienischen Gerichts zum Umgang der Mutter mit dem Kind nach der Rückführung nach Italien (im ersten Jahr 15 bis 30 Tage) kritisierte der EGMR als eine unangemessene Antwort auf die Besorgnis wegen eines möglicherweise irreversiblen psychologischen Traumas des Kindes nach der Trennung von der Mutter.⁷⁷⁸ Die zur Abfederung der Schwierigkeiten des Eintauchens des Kindes in eine sprachlich und kulturell fremde Umgebung vorgeschlagenen Maßnahmen des Gerichts und des Vaters seien lobenswert, stellten aber nach Auffassung des EGMR keine gleichwertige Alternative zu der psychologischen Stütze dar, die das Kind aufgrund seiner starken, stabilen und ungestörten Bindung an seine Mutter erfuhr.⁷⁷⁹ Aus diesen Gründen und aufgrund der fehlenden Erwägung alternativer Kontaktmöglichkeiten des Vaters zu seinem Kind⁷⁸⁰ kam der EGMR in diesem Fall zur Unvereinbarkeit der italienischen Rückführungsanordnung mit Art. 8 EMRK. Diese stellte nicht den nötigen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen her.

b) Bewertung

Die Entscheidung des EGMR ergänzt dessen Rechtsprechung zu den menschenrechtlichen Anforderungen an das Kindesrückführungsverfahren um den weiteren

⁷⁷⁴ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 93 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷⁵ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 95 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷⁶ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 95 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷⁷ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 93 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁷⁸ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 96 = FamRZ 2011, 1482, 1483-1484.

⁷⁷⁹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 96 = FamRZ 2011, 1482, 1483-1484.

⁷⁸⁰ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 97 = FamRZ 2011, 1482, 1484.

Aspekt der Bindung der unmittelbar vollstreckbaren Rückgabeeordnung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO an die EMRK. Die gerichtliche Kompetenz des EGMR zur Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung ergibt sich daraus, dass hier mit der italienischen Rückgabeeordnung eine konkrete Anwendung der Brüssel IIa-VO im Sinne eines Ermessensgebrauchs den Beschwerdegegenstand ausmachte und nicht etwa der EU-Sekundärrechtsakt selbst.⁷⁸¹ Die wichtigste Erkenntnis der Entscheidung liegt darin, dass die Grundsätze der Entscheidung *Neulinger und Shuruk./Schweiz* ohne Unterschied auch für Verfahren nach der Brüssel IIa-VO gelten, welche das Rückführungsverfahren in ihre Systematik integriert.⁷⁸² Dies ist für die Frage des Einwands des Kindeswohls im Entscheidungs- und Zweitstaat wichtig, denn die EU-Mitgliedstaaten müssen die Beachtung des Kindeswohls gewährleisten. Für diese Grundsatzfrage ist die Ausgestaltung des sekundärrechtlichen Verfahrensrechts nicht entscheidend.

Die Entscheidung ist ebenso bemerkenswert wie *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, da die eindeutige Ausrichtung der Brüssel IIa-VO auf eine alleinige Entscheidungskompetenz des international zuständigen Gerichtsstaats auf den ersten Blick relativiert erscheint.⁷⁸³ Der EGMR rügte deutlich, dass die Rückführungsanordnung des international zuständigen italienischen Gerichts zu cursorisch ausgefallen sei und eine in der notwendigen Tiefe erforderliche Kindeswohlprüfung habe vermissen lassen, da eine Auseinandersetzung mit den Argumenten des Gerichts im Zufluchtsstaat nicht stattgefunden habe.

Das Urteil des EGMR könnte auf den ersten Blick dahingehend missverstanden werden, dass den Gerichten und Behörden des Zufluchtsstaats nach Ansicht des Gerichtshofs doch ein gewichtigeres Mitspracherecht in Rückführungsfragen zusteht, als es das Verfahrensrecht der Brüssel IIa-VO vorsieht. Auf den zweiten Blick wird jedoch deutlich, dass das lettische Gericht hier keine Entscheidungskompetenz zugesprochen bekam, sondern es lediglich die Argumente ausgesprochen hat, mit denen sich die Entscheidung des italienischen Gerichts auseinandersetzen gehabt hätte. Die in Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO zugebilligte Entscheidungskompetenz des Erststaats ist kein Instrument, um die Rückführung des Kindes um jeden Preis durchzusetzen, sondern erklärt sich allein vor dem Hintergrund, dass im Staat der internationalen Zuständigkeit eine umfas-

⁷⁸¹ Siehe zur Differenzierung in dieser Frage oben S. 104 ff.

⁷⁸² EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella./Italien*, Rn. 92 = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁷⁸³ Siehe *Henrich*, FamRZ 2011, 1484, der anmerkt, dass nach bisheriger Rspr. und Lehre die Rückführung nicht mit dem bloßen Hinweis auf das Kindeswohl verweigert werden konnte, die Kompetenz zur Findung einer kindeswohlverträglichen Lösung allein beim Ursprungsmitgliedstaat liegen sollte und die *Neulinger*-Entscheidung in der englischen Rspr. mit Hinweis auf Re E [2011] EWCA Civ 36 = [2011] FamLaw 674 und *Re E (Children)* [2011 UKSC 27] als nicht mit den Vorgaben der Brüssel IIa-VO/HKÜ vereinbar beurteilt wurde.

sende Prüfung des Sorge- und Umgangsrechts erfolgt und an diesem Ort auch die abschließende Klärung des Aufenthaltsorts des Kindes vorgenommen wird.⁷⁸⁴ In diesem Sinne sichert die Brüssel IIa-VO die umfassende Verantwortlichkeit des Hauptsachegerichts zur Wahrung des Kindeswohls. Vereinfacht formuliert, hat der EGMR den lettischen Gerichten also keine Kompetenzen zugebilligt, die ihnen nach der Brüssel IIa-VO nicht zugestanden haben, sondern allein die international zuständigen italienischen Gerichte an ihre eigenen Verpflichtungen zur Gewährleistung des Kindeswohls in der Sache erinnert.

Die Bindung an die EMRK auch im Punkt der unmittelbar vollstreckbaren Rückgabeanordnung erscheint daher nicht *contra legem* oder widersprüchlich, sondern nur konsequent.⁷⁸⁵ Die Entscheidung fügt sich damit in die Reihe der früheren EGMR-Entscheidungen, weiterentwickelt durch Neulinger und Shuruk./Schweiz, ein.

5. Der europäische Sorgerechtskonflikt Povse./Alpago

Der grenzüberschreitende europäische Sorgerechtsstreit Povse./Alpago zeichnete sich dadurch aus, dass neben den mitgliedstaatlichen Gerichten sowohl der EuGH als auch der EGMR mit dem Konflikt befasst waren und beide Gelegenheit bekamen, direkt, bzw. im Falles des EuGH indirekt im Rahmen der Vorabentscheidung, zu grund- und menschenrechtlichen Fragen des durch die Brüssel IIa-VO geschaffenen verfahrensrechtlichen Rahmens Stellung zu beziehen. Die Entscheidungen des EuGH in der Rs. C-211/10 (*Povse*)⁷⁸⁶ und des EGMR in Povse./Österreich⁷⁸⁷ mit Beteiligung der EU-Mitgliedstaaten Österreich und Italien behandelten ebenso wie die Entscheidung des EGMR in Sneerson und Kampanela./Italien die grund- und menschenrechtliche Dimension der Regelungen zur Anordnung der Kindesrückführung nach den Art. 11, 40 und 42 Brüssel IIa-VO.

a) EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 (*Povse*)

Der Vorabentscheidung des EuGH aus dem Jahr 2010 und der Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 2013 über die menschenrechtliche Vereinbarkeit einer unmittelbar vollstreckbaren und ohne die Möglichkeit der Anfechtung anzuerkennenden Kindesrückgabeanordnung ging ein langwieriger grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikt zwischen einer österreichischen Mutter (M) und einem italie-

⁷⁸⁴ Vgl. zur Problematik Henrich, Anm. zu EGMR, 14737/09, *Sneerson und Kampanela./Italien*, FamRZ 2002, 1484.

⁷⁸⁵ Andere Einschätzung durch Henrich, Anm. zu EGMR, 14737/09, *Sneerson und Kampanela./Italien*, FamRZ 2002, 1484: „deutliche Kehrtwende“, mit Verweis aus LJ Thorpe in Re E [2011] FamLaw 674.

⁷⁸⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

⁷⁸⁷ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./Österreich*.

nischen Vater (V) im Hinblick auf deren gemeinsames Kind voraus, der im Jahr 2007 begonnen hatte.⁷⁸⁸

Das Elternpaar, das seit dem Jahr 2005 in Italien gelebt hatte, und dort ein Kind bei gemeinsamer elterlicher Sorge bekam, trennte sich im Jahr 2008 endgültig, nachdem es zu erheblichen Problemen in der Beziehung gekommen war.⁷⁸⁹ Im Februar 2008 verließ die M mit dem Kind Italien und ging in ihr Heimatland Österreich zurück. Ein Sorgerechtsverfahren wurde vor dem italienischen Jugendgericht in Venedig (*Tribunale per i Minorenni di Venezia*) eingeleitet, im Rahmen dessen das Gericht vorläufig die gemeinsame elterliche Sorge bestätigte und unter vorläufiger Genehmigung des Kindesaufenthalts in Österreich dem V ein Umgangsrecht zusprach.⁷⁹⁰ Ein Rückführungsbegehren des V in einem Verfahren nach dem HKÜ wurde in beiden Instanzen von den zuständigen österreichischen Gerichten auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ mit der Begründung einer schweren Gefahr für das Kindeswohl bei Rückführung zurückgewiesen.⁷⁹¹ Im Anschluss daran nahm das österreichische Bezirksgericht Judenburg die eigene internationale Zuständigkeit für das Sorgerechtsverfahren auf Grundlage von Art. 15 Abs. 5 Brüssel IIa-VO an und sprach der M vorläufig die alleinige Sorge für die gemeinsame Tochter zu.⁷⁹² Die Entscheidung wurde dem V ohne Übersetzung und ohne Hinweis auf Rechtsbehelfsmöglichkeiten in Italien zugestellt.⁷⁹³

Der V hatte zeitlich kurz vor der Entscheidung des österreichischen Gerichts vor dem Jugendgericht in Venedig einen Antrag auf Erlaß einer Rückgabeanordnung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b) und 42 Brüssel IIa-VO gestellt. Diesem Antrag entsprach das italienische Gericht und stellte neben der Sachentscheidung eine Bescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO aus.⁷⁹⁴ Das österreichische Bezirksgericht Leoben weigerte sich jedoch mit Verweis auf die Gründe für die Rückführungsversagung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, die Vollstreckung der Rückgabe des Kindes nach Italien anzuordnen, und lehnte den Antrag des Vaters

⁷⁸⁸ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 21 ff. und EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 3 ff.

⁷⁸⁹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 21; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 5.

⁷⁹⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 23; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 8.

⁷⁹¹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 25-27; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 10 ff.

⁷⁹² EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 28, 32; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 17 f.

⁷⁹³ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 32.

⁷⁹⁴ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 29, 31; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 20 ff.

ab.⁷⁹⁵ Hiergegen wandte sich der V mit einem Rechtsmittel zum Landgericht Leoben, der die Entscheidung des Bezirksgerichts Leoben aufhob und die Rückführung des Kindes anordnete.⁷⁹⁶ Gegen die Entscheidung des Landgerichts Leoben legte nun die M Rechtsmittel zum Österreichischen Obersten Gerichtshof (OGH) ein.⁷⁹⁷

Der OGH legte dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren die Fragen vor, ob 1. unter einer Sorgerechtsentscheidung i.S.d. Art. 10 Abs. 1 lit. b) Ziff. iv Brüssel IIa-VO auch ein vorläufige Entscheidung zu verstehen ist und 2., ob eine Rückgabeanordnung nur dann in den Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO fällt, wenn das Gericht die Rückgabe aufgrund einer Sorgerechtsentscheidung anordnet. Sollte eine der beiden Möglichkeiten bejaht werden, so stellte das Gericht die Frage, ob 3.a) die Unzuständigkeit des Ursprungsgerichts oder die Unanwendbarkeit des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO im Zweitstaat gegen die Entscheidung eingewandt werden kann, oder ob 3.b) der Antragsgegner die Aufhebung der betreffenden Entscheidung nur im Ursprungsstaat betreiben kann. Weiter fragte das Gericht, ob in dem Fall, dass die Fragen 1,2 oder 3.a) mit Nein zu beantworten sind, eine Entscheidung des Zweitstaats, welche die elterliche Sorge vorläufig übertragen hat, der Vollstreckung einer zuvor nach Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO erlassenen Entscheidung gem. Art. 47 Abs. 2 Brüssel IIa-VO entgegenstehen würde, wenn sie die Vollstreckung einer nach dem HKÜ ergangenen Entscheidung nicht hinderte. Für den Fall, dass auch Frage 4 verneint würde, fragte das Gericht 5., ob a) die Vollstreckung einer mit einer Bescheinigung nach Art. 42 Brüssel IIa-VO versehenen Entscheidung im Vollstreckungsstaat verweigert werden kann mit der Begründung, dass sich die Umstände seit ihrer Erlassung in einer Weise geändert haben, die das Wohl des Kindes im Falle der Vollstreckung bedrohen, oder b) ob der Antragsgegner diese Umstände im Ursprungsstaat geltend machen muss, wobei die Vollstreckung im Zweitstaat ausgesetzt werden kann.⁷⁹⁸

Der EuGH entschied über die vorgelegten Fragen:⁷⁹⁹ 1. dass Art. 10 lit. b) iv Brüssel IIa-VO dahingehend auszulegen sei, dass eine vorläufige Regelung keine „Sorgerechtsentscheidung (...), in der die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet wird“ im Sinne dieser Bestimmung darstelle und nicht zu einer Übertragung der Zuständigkeit auf die Gerichte des Mitgliedstaats führen könne, in den das Kind

⁷⁹⁵ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 33; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn.26.

⁷⁹⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 33; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn.27.

⁷⁹⁷ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 34; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn.27-29.

⁷⁹⁸ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 34.

⁷⁹⁹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), NJW 2010, 2863 (Leitsätze).

widerrechtlich verbracht wurde.⁸⁰⁰ Dies ergebe sich aus der Systematik der Brüssel IIa-VO mit der zentralen Rolle des international zuständigen Gerichts, dessen Zuständigkeit nicht bereits mit einer vorläufigen Entscheidung enden solle und auch dem Gedanken des Kindeswohls, denn das international zuständige Gericht würde bei einem drohenden Verlust der Zuständigkeit ggf. eine Entscheidung unterlassen, die nach dem Kindeswohl geboten wäre.⁸⁰¹

Weiter entschied der EuGH, dass Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO dahin auszu-legen sei, dass eine Entscheidung, mit der das zuständige Gericht die Rückgabe des Kindes anordnet, auch dann in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt, wenn ihr keine von diesem Gericht getroffene endgültige Entscheidung über das Sorgerecht für das Kind vorausgegangen ist.⁸⁰² Zur Begründung führte der EuGH die verfahrensrechtliche Selbständigkeit der Rückgabeentscheidung auf Grundlage des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten und in der Sache die Gewährleistung des Kindeswohls in erhöhtem Maße an, da ein Gericht, das eine in den Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO fallende Entscheidung erlässt, sich zunächst mit der ablehnenden Rückführungsentscheidung der Gerichte des Zweitstaats und damit mit Fragen des Kindeswohls auseinandersetzen müsse.⁸⁰³ Eine wichtige Erwägung sei hier der zudem Schutzgehalt des Art. 24 der Grundrechtecharta der EU. Danach erfordere das Kindeswohl eine Beziehung des Kindes mit regelmäßigem persönlichen Kontakt zu beiden Eltern, was durch ein widerrechtliches Verbringen oft verhindert werde und dem die Verordnung entgegenwirke.⁸⁰⁴

Weiter legte der EuGH Art. 47 Abs. 2 der Brüssel IIa-VO dahingehend aus, dass eine später ergangene Entscheidung eines Gerichts des Vollstreckungsmitgliedstaats (Zweitstaats), mit der ein vorläufiges Sorgerecht gewährt wird und die nach dem Recht dieses Staates als vollstreckbar anzusehen ist, der Vollstreckung einer zuvor ergangenen und mit einer Bescheinigung versehenen Entscheidung mit der das zuständige Gericht des Ursprungsmitgliedstaats die Rückgabe des Kindes anordnet, nicht entgegengehalten werden kann.⁸⁰⁵ Würde man dem Zweitstaat einen solchen Einwand zubilligen, so würde dem nach Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO zuständigen Gericht die Letztentscheidungsbefugnis genommen und dem Zweitstaat eine Sachentscheidungsbefugnis eingeräumt, die ihm nach der Systematik

⁸⁰⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 50; *Schulz*, FamRZ 2010, 1307, 1309.

⁸⁰¹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 47.

⁸⁰² EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 67; *Schulz*, FamRZ 2010, 1307, 1309.

⁸⁰³ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn.56-60.

⁸⁰⁴ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn.n 64.

⁸⁰⁵ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 79; *Schulz*, FamRZ 2010, 1307, 1308; anders *Pirring*, in:Staudinger, Vorbem zu Art 19 EGBGB, Rn. C-180.

tik der Brüssel IIa-VO nicht zusteht.⁸⁰⁶ Die Prüfung gem. Art. 47 Abs. 2 Brüssel IIa-VO beziehe sich nur auf spätere Entscheidungen der Gerichte des international zuständigen Mitgliedstaats.⁸⁰⁷

Auf die fünfte Frage antwortete der EuGH, dass die Vollstreckung einer mit einer Bescheinigung versehenen Entscheidung im Vollstreckungsmitgliedstaat nicht deshalb verweigert werden könne, weil sie auf Grund einer seit Erlassung der Entscheidung eingetretenen Änderung der Umstände das Wohl des Kindes schwerwiegend gefährden könnte.⁸⁰⁸ Der EuGH führte aus, dass die Änderung der für das Kindeswohl bedeutenden Umstände eine Sachfrage darstellt, die ggf. zur Änderung der Rückführungsentscheidung führen kann.⁸⁰⁹ Die Regelung des Art. 47 Abs. 2 Brüssel IIa-VO sei dabei als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen und betreffe nur die Modalitäten der Vollstreckung der Rückführung, biete aber keinen Grund, die Vollstreckung zu verweigern.⁸¹⁰ Eine solche Änderung muss nach dem EuGH vor dem zuständigen Gericht des Ursprungsmitgliedstaats geltend gemacht werden, bei dem auch ein etwaiger Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung seiner Entscheidung zu stellen ist.⁸¹¹

b) EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Povse./Österreich*

In Anwendung der durch den EuGH aufgestellten Grundsätze zur Auslegung der Brüssel IIa-VO wies der österreichische OGH das Rechtsmittel der M gegen die Anordnung der Vollstreckung der Rückgabe zurück.⁸¹² Die Rückgabe wurde jedoch noch nicht vollzogen oder vollstreckt, da das zur Vollstreckung berufene Bezirksgericht Leoben Probleme bei der Bereitstellung einer angemessenen Unterkunft für das Kind in Italien sah.⁸¹³ Mit Urteil vom 23.11.2011 sprach das Jugendgericht Venedig dem V unter Würdigung der Fragen des Kindeswohls das alleinige Sorgerecht zu, ordnete erneut die Rückgabe des Kindes nach Italien an und stellte eine Bescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO aus.⁸¹⁴ Auch gegen diese Vollstreckung in Österreich wehrte sich die M mit Rechtsmitteln bis zum OGH, der das Rechtsmittel zurückwies und erneut auf die Rechtsprechung des EuGH verwies, nach der jegliche Einwände des Kindeswohls gegen die Entscheidung vor italienischen Gerichten geltend zu machen waren.⁸¹⁵

⁸⁰⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 78.

⁸⁰⁷ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 76.

⁸⁰⁸ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83.

⁸⁰⁹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 81.

⁸¹⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 82.

⁸¹¹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83.

⁸¹² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 32.

⁸¹³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 39.

⁸¹⁴ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 35.

⁸¹⁵ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn.38-44.

Nachdem das zur Vollstreckung berufene Bezirksgericht Leoben aus Gründen der Zuständigkeit den Fall auf ein anderes Bezirksgericht (Wiener Neustadt) übertragen hatte, trug die M in diesem Verfahren vor, dass berücksichtigt werden musste, dass sich das Vollstreckungsverfahren gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO nach österreichischem Recht richtete und nach österreichischem Recht die Vollstreckung gehindert sei, wenn eine ernsthafte Gefahr für das Kindeswohl bestand.⁸¹⁶ Sie trug vor, das Kind sei erst 6 Jahre alt und habe den Vater kaum gesehen, würde nicht dessen Sprache sprechen und es würde die Gefahr einer Traumatisierung im Falle der Rückführung bestehen. Das Bezirksgericht ordnete dennoch die Herausgabe des Kindes zur Rückgabe nach Italien an.⁸¹⁷ Hiergegen wandte sich die M mit der Beschwerde zum EGMR.⁸¹⁸

Vor dem EGMR machte die M u.a. geltend, dass die österreichischen Gerichte durch die Durchsetzung der Rückgabeanordnung gegen Art. 8 EMRK verstoßen hätten. Dadurch, dass die österreichischen Gerichte nur die Vollstreckung der Rückgabe ohne eigene Prüfung der zum Kindeswohl vorgetragenen Argumente betrieben hatten, und dies eine ernsthafte Gefahr für das Kindeswohl bedeutete, da auch eine dauerhafte Trennung von der M zu befürchten war, hätten die österreichischen Gerichte nach Auffassung der M gegen Art. 8 EMRK verstoßen.⁸¹⁹

Der EGMR stellte jedoch keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest. Die Anordnung der Vollstreckung der Rückgabe durch das österreichische Gericht stellte einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK dar, der jedoch gerechtfertigt war.⁸²⁰ Der Eingriff verfolgte ein legitimes Ziel, welches in der ebenso durch Art. 8 EMRK geschützten Zusammenführung des Kindes mit seinem Vater bestanden hatte.⁸²¹ Auch die Umsetzung des EU-Rechts durch die österreichischen Gerichte würdigte der EGMR als die Verfolgung eines solchen Ziels.⁸²²

Da es sich bei der Durchsetzung der Entscheidung um die Anwendung von supranationalem EU-Recht handelte, stellte der EGMR auf die Grundsätze der Entscheidungen *Bosphorus Hava Yollari Turizm./.Irland*⁸²³ und *Michaud./.Frankreich*⁸²⁴ ab.⁸²⁵ In diesen hatte der EGMR befunden, dass die EMRK-Vertragsstaaten den Verpflichtungen der EMRK auch dann unterliegen,

⁸¹⁶ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn. 49.

⁸¹⁷ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn. 50.

⁸¹⁸ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn.57 und 64 ff.

⁸¹⁹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn.57 und 64 ff.

⁸²⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn.70 ff.

⁸²¹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn.73.

⁸²² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn.73.

⁸²³ EGMR, 30.6.2005, Nr. 45036/98, *Bosphorus hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi./.* Irland.

⁸²⁴ EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud./.* Frankreich.

⁸²⁵ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./.* Österreich, Rn. 74 ff.

wenn sie Völkerrecht oder supranationales Recht anwenden.⁸²⁶ Hierbei gebe es die Vermutung der Einhaltung menschenrechtlicher Standards, wenn die internationale oder supranationale Organisation einen grund- und menschenrechtlichen Schutzstandard gewährleiste, der demjenigen der EMRK vergleichbar ist.⁸²⁷ Die Verpflichtung aus der EMRK gelte dann uneingeschränkt, wenn die Vertragsstaaten Gebrauch von Ermessensspielräumen außerhalb der unmittelbaren Anwendung des in der Rechtsfolge bindenden Rechts einer internationalen Organisation machen.⁸²⁸ Im Falle der unmittelbaren Anwendung des bindenden Völkerrechts, bzw. supranationalen Rechts könne die Vermutung des vertragsstaatlichen Handelns im Einklang mit den Vorgaben der EMRK auch immer noch dadurch widerlegt werden, dass im Einzelfall dargelegt wird, dass der Menschenrechtsschutz unzureichend gewährleistet wird.⁸²⁹ In diesem Falle überwiegen die Verpflichtungen aus der EMRK diejenigen aus der Mitgliedschaft in der inter- oder supranationalen Organisation.⁸³⁰

In Anwendung dieser Grundsätze stellte der EGMR fest, dass der durch die EU gewährleistete Grundrechtsschutz im Prinzip dem Schutzstandard der EMRK gleiche.⁸³¹ Die Vermutung, dass das Handeln der österreichischen Gerichte im Einklang mit der EMRK steht, fand damit Anwendung.⁸³² Auf Grundlage des Art. 42 Brüssel IIa-VO sind Kindesrückgabeanordnungen unmittelbar vollstreckbar und müssen anerkannt werden, ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann. Dies lasse dem Zweitstaat kein eigenes Ermessen bei der Durchsetzung der Entscheidung.⁸³³ Zu klären war nur noch, ob Umstände des Einzelfalls diese Vermutung widerlegten.⁸³⁴ Was die Abwägung der gegen die Rückführung sprechenden Argumente anging, so hatte das Gericht des Entscheidungsstaats durch die Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO bestätigt, dass es die Frage, ob die Rückführung eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls darstellte, gewürdigt hat.⁸³⁵ Auch durfte der Zweitstaat Österreich die Vollstreckung nicht mit

⁸²⁶ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 76 mit Verweis auf EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud ./. Frankreich*, Rn. 102-104.

⁸²⁷ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 76 mit Zitat EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud ./. Frankreich*, Rn. 103.

⁸²⁸ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 76 mit Zitat EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud ./. Frankreich*, Rn. 103.

⁸²⁹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 76 mit Zitat EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud ./. Frankreich*, Rn. 103.

⁸³⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 76 mit Zitat EGMR, 6.3.2013, 12323/11, *Michaud ./. Frankreich*, Rn. 103.

⁸³¹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 77.

⁸³² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 78.

⁸³³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 79.

⁸³⁴ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 78.

⁸³⁵ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 80.

dem Argument verweigern, eine mittlerweile eingetretene Veränderung der Umstände habe eine Unvereinbarkeit der Entscheidung mit dem Kindeswohl bewirkt.⁸³⁶ Die Rechtsprechung des EuGH hatte nach Vorlage des Obersten Gerichtshofs geklärt, dass im Zweitstaat keine Überprüfung der durchzusetzenden Entscheidung in der Sache erfolgen darf.⁸³⁷

Auf dieser Grundlage akzeptierte der EGMR, dass die österreichischen Gerichte kein eigenes Ermessen bei der Anordnung der Vollstreckung der Rückführung ausgeübt hatten, da sie hierbei ihre unionsrechtlichen Verpflichtungen umsetzten.⁸³⁸ Dass der EuGH in seiner Vorabentscheidung⁸³⁹ nicht auf eine etwaige Verletzung von Grundrechten eingegangen war, offenbarte aus Sicht des EGMR entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden M keine Defizite im Grundrechtsschutz der EU, da es in der Vorlageentscheidung über die durch den österreichischen Obersten Gerichtshof gestellten Fragen um Fragen der Auslegung und der Zuständigkeit und nicht um eine Vereinbarkeit mit Grundrechten gegangen sei.⁸⁴⁰ Der EuGH hatte allerdings auch klargestellt, dass es die Aufgabe der italienischen Gerichte war, die Grundrechte der Beteiligten zu schützen.⁸⁴¹ Solche Einwände können nur vor den Gerichten der nach der Brüssel IIa-VO international zuständigen Mitgliedstaaten vorgetragen werden.

Der EGMR kam damit zu der Überzeugung, dass die von der Brüssel IIa-VO vorgegebene Durchsetzung der Kinderrückgabeentscheidung ohne eigene Befugnis der Überprüfung in der Sache durch Gerichte des Zweitstaats keinen Verstoß gegen die EMRK darstelle.⁸⁴² Die M hätte diese Argumente vor den italienischen Gerichten vortragen müssen, was sie im vorliegenden Fall nicht getan habe.⁸⁴³ Das italienische Recht habe die Möglichkeit geboten, gegen die Entscheidungen im Rechtsweg vorzugehen und auch Anträge zur Einstellung der Vollstreckung wegen veränderter Umstände zu stellen.⁸⁴⁴ Nur wenn die Gerichte des Entscheidungsstaats diese Möglichkeiten nicht in der von der EMRK geforderten Art und Weise anbieten, komme eine Beschwerde zum EGMR wie im Falle Sneersonne und Campanella./Italien in Betracht.⁸⁴⁵ Im vorliegenden Fall könne der EGMR damit nicht erkennen, dass es zu einem Fehler der europarechtlichen Kontrollmechanismen bei der Einhaltung der EMRK-Verpflichtungen gekommen sei. In der

⁸³⁶ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 81.

⁸³⁷ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 81.

⁸³⁸ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 82.

⁸³⁹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

⁸⁴⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 84 f.

⁸⁴¹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 85.

⁸⁴² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 86.

⁸⁴³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 86.

⁸⁴⁴ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 86.

⁸⁴⁵ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./ Österreich, Rn. 86.

Folge sei nicht festzustellen, dass die österreichischen Gerichte in ihrer Bindung an das EU-Recht ihre Verpflichtungen aus der EMRK verletzt haben.⁸⁴⁶

c) Bewertung

Die Entscheidung des EuGH in *Povse* erging zu Auslegungsfragen der Brüssel IIa-VO, die grds. einfachgesetzlicher Natur waren. Die grundrechtliche Dimension ergibt sich daraus, dass Maßstab dieser Auslegung zu einem gewichtigen Teil auch die Grundrechte der Beteiligten aus der EU-Grundrechtecharta sind, so wie sie sich aus den verfassungsrechtlichen Überlieferungen der EU-Mitgliedstaaten ergeben und in der Charta niedergelegt sind. Im grundrechtssensiblen Bereich des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts spielen daher Fragen des Kindeswohls und des Kindesschutzes eine entscheidende Rolle, da die Brüssel IIa-VO in ihrer gesamten Systematik im Bereich der Regelungen zur elterlichen Verantwortung gerade auf einen solchen Schutz abzielt.⁸⁴⁷ So war für die Auslegung der Brüssel IIa-VO entscheidend, dass die auf eine schnelle Rückführung widerrechtlich verbrachter Kinder zielenden Regelungen der Verordnung durch den Gedanken des effizienten Kindesschutzes gerechtfertigt sind und dass die Frage der Gewährleistung eines ausreichenden Grundrechtsschutzes dieser Zuständigkeits-, Anerkennung- und Vollstreckungsordnung nicht entgegensteht.⁸⁴⁸ Aus dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens folgt, dass alle Mitgliedstaaten der EU gemeinsame unabdingbare Standards des Grundrechtsschutzes gewährleisten, so dass im Falle des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts bei Involvierung mehrerer Mitgliedstaaten nicht damit argumentiert werden kann, die Grundrechte des Kindes seien zwingend durch einen bestimmten Mitgliedstaat, zumeist den Heimatstaat des antragstellenden Elternteil, zu gewährleisten.⁸⁴⁹

Diesen Grundsatz des gemeinsamen Grundrechtstandards der Mitgliedstaaten der EU hat der EGMR bestätigt.⁸⁵⁰ Die Entscheidung des EGMR in *Povse*./Österreich knüpft an die Entscheidung in *Sneersono und Kampanella*./Italien an. Beide Entscheidungen des EMR bestätigen im Ergebnis die Vereinbarkeit des Regelungskonzepts der Art. 11 und 40 ff. Brüssel IIa-VO, namentlich der im Zweitstaat unanfechtbar anzuerkennenden und unmittelbar vollstreckbaren Rückgabeentscheidungen erlassen von Gerichten der international zuständigen Mitgliedstaaten, mit den Vorgaben der EMRK. Während der EGMR in *Sneersono und Kampanella* klarstellte, dass die Rückgabeentscheidung des international zuständigen Mitgliedstaats der Bindung an die EMRK unterliegt, hielt das Gericht in *Povse*./Österreich fest, dass – aufgrund der EMRK-Bindung der Hoheitsträger

⁸⁴⁶ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./Österreich, Rn. 87.

⁸⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund (12) zur Brüssel IIa-VO.

⁸⁴⁸ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 43 ff.

⁸⁴⁹ Vgl. EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 40.

⁸⁵⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse* ./Österreich, Rn. 77 und 85.

des Entscheidungsstaats – dieses Regelungskonzept der Brüssel IIa-VO im Hinblick auf die Rückgabeentscheidung im Einklang mit den Vorgaben der EMRK steht.⁸⁵¹ Unabdingbare Voraussetzung des Verzichts auf eine weitere Kindeswohlprüfung im Zweitstaat in den Stadien der Anerkennung und der Vollstreckbarerklärung ist der Menschenrechtsschutz durch den Entscheidungsstaat. Bedenken und Einwände gegen die Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Kindeswohl und den Vorgaben der EMRK sind vor Gerichten des Entscheidungsstaats geltend zu machen.⁸⁵² Treten im Stadium der Vollstreckung Änderungen der für das Kindeswohl relevanten Umstände auf, und stellen diese geänderten Tatsachen die Vereinbarkeit der durchzusetzenden Entscheidung mit dem Kindeswohl infrage, so müssen diese Einwände vor den Gerichten des Entscheidungsstaats geltend gemacht werden.⁸⁵³ Dem Zweitstaat verbleibt lediglich, die Vollstreckung der Entscheidung auszusetzen, bis eine Entscheidung über eine etwaige Abänderung im international zuständigen Mitgliedstaat ergangen ist.

II. Zusammenfassung

Die Betrachtung der Judikatur des EuGH und des EGMR zu Grund- und Menschenrechtsfragen in der Anwendung der Brüssel IIa-VO zeigt, dass eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung deutlich erkennbar ist, welche die Vereinbarkeit der strikten Kompetenzordnung der Brüssel IIa-VO mit grund- und menschenrechtlichen Vorgaben bestätigt.

Der EuGH verfolgt eine einheitliche Rechtsprechung, indem er in der Auslegung der Verordnung immer wieder die alleinige Sachentscheidungskompetenz des nach der Brüssel IIa-VO zuständigen Mitgliedstaats bestätigt, die sich auch auf die Überprüfung des Einklangs der Maßnahmen mit der EU-Grundrechtecharta erstreckt.⁸⁵⁴ Die Aufgabe des Schutzes der Grundrechte des Kindes und des Kindeswohls obliegt allein den Gerichten des international zuständigen Mitgliedstaats.⁸⁵⁵ Der Einwand der Unvereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Kindeswohl kann nur dort geltend gemacht werden. Mit der Wahrnehmung des Kindesschutzes sind die international zuständigen Gerichte betraut. Eine Korrektur von ggf. unrichtigen Entscheidungen muss sich innerhalb des dortigen Instanzenzuges vollziehen. Der EuGH erkennt auch keine Ausnahme von dieser klaren Kompe-

⁸⁵¹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./. Österreich*, Rn. 86; EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersono und Campanella ./. Italien*, Rn. 93 ff. = FamRZ 2011, 1482, 1483.

⁸⁵² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./. Österreich*, Rn. 86.

⁸⁵³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Porse und Doris Porse ./. Österreich*, Rn. 86.

⁸⁵⁴ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271, Rn. 51; EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 53 ff.

⁸⁵⁵ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271, Rn. 88; EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 60.

tenzordnung an. Der Zweitstaat kann selbst dann nicht ausnahmsweise eine eigene Prüfungscompetenz für sich in Anspruch nehmen, wenn eine gravierende Grundrechtsverletzung durch eine angeordnete Maßnahme⁸⁵⁶ oder eine Veränderung kindeswohlrelevanter Umstände vor den Gerichten des Zweitstaats⁸⁵⁷ geltend gemacht wird. Für den Grundrechtsschutz ist der international zuständige Mitgliedstaat verantwortlich. Zwischen den Mitgliedstaaten gilt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.⁸⁵⁸

Die Regeln der Brüssel IIa-VO und die Rechtsprechung des EuGH hierzu werden durch die Urteile des EGMR in menschenrechtlicher Hinsicht bestätigt.⁸⁵⁹ Danach stehen die Regelungen zum grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt der Brüssel IIa-VO im Einklang mit den Vorgaben der EMRK, da die EU einen der EMRK gleichenden Grundrechtsschutz gewährleistet.⁸⁶⁰ So geht der EGMR grundsätzlich davon aus, dass ein vertragsstaatliches Handeln auf Grundlage des EU-Rechts im Einklang mit den Vorgaben der EMRK steht.⁸⁶¹

Dass die Gewährleistung des grund- und menschenrechtlichen Schutzes bei Anwendung der Brüssel IIa-VO nur von einem Mitgliedstaat überprüft wird, ist mit den Vorgaben der EMRK vereinbar.⁸⁶² Jedoch müssen die konkreten Maßnahmen der nach der Brüssel IIa-VO international zuständigen Gerichte zwingend mit den Vorgaben der EMRK vereinbar sein.⁸⁶³ Der EGMR identifiziert die Regeln des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO als dem Kindesschutz effizient dienende Vorschriften, weshalb hier insbesondere die Maßstäbe der EMRK einzuhalten sind.⁸⁶⁴ Die Gerichte des international zuständigen Mitgliedstaats müssen hier zunächst Sorge tragen für ein faires Verfahren, im Rahmen dessen alle Beteiligten die Möglichkeit haben, ihre Interessen zur Geltung zu bringen.⁸⁶⁵ Um Art. 8 EMRK zu genügen, müssen die Gerichte weiter die familiären Verhältnisse eingehend untersuchen, die Umstände materieller, emotionaler, tatsächlicher und medizinischer Natur berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Bei Maßnahmen nach widerrechtlichem Verbringen müssen die zuständigen Gerichte klären, welche Lösung im Kontext der Rückführung für das Kind die Beste ist und eine am Kindeswohl orientierte Lösung treffen. Hierbei

⁸⁵⁶ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 83.

⁸⁵⁷ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673. Rn. 83.

⁸⁵⁸ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247, Rn. 70.

⁸⁵⁹ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*.

⁸⁶⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 77 ff.

⁸⁶¹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 78.

⁸⁶² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 86.

⁸⁶³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./ Österreich*, Rn. 86 mit Verweis auf EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*.

⁸⁶⁴ Vgl. EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn.93.

⁸⁶⁵ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 85.

müssen die zuständigen Gerichte auch die Argumente der Gerichte des Zweitstaats berücksichtigen, die für diese Fragen von Relevanz sind. Halten die international zuständigen Gerichte diese Vorgaben ein, so stehen die auf die zügige Rückführung zielenden Regeln der Brüssel IIa-VO mit den Grundrechten der EU-Grundrechtecharta und den Menschenrechten der EMRK im Einklang.

Kapitel 4: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland

Die bisherige Darstellung zeigte, welche juristischen Probleme bei grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten auftreten können, in welchen Zusammenhängen eine Prüfung des Kindeswohls in den beteiligten Mitgliedstaaten auf Grundlage der Brüssel IIa-VO vorgesehen ist und welche Verpflichtungen kraft der nationalen Verfassungen, des EU-Grundrechtsschutzes und der EMRK bei der Gewährleistung des Kindeswohls bestehen. In einem nächsten Schritt ist nun zu untersuchen, ob der durch die Brüssel IIa-VO vorgegebene Rahmen und die Beschränkung der Prüfung sachlicher Einwände des Kindeswohls im Zweitstaat in der gerichtlichen Praxis eingehalten werden.

Der Analyse der Anwendung der Verordnung durch deutsche Gerichte geht eine Darstellung des autonomen deutschen Kindschafts- und Familienverfahrensrechts im Umgang mit ausländischen Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung voraus. Die Darstellung beginnt mit der Abänderung der Sachentscheidung zur elterlichen Verantwortung unter Beachtung des Kindeswohlprinzips. Darauf folgen die autonomen Vorschriften zum Umgang mit ausländischen Entscheidungen in Kindschaftssachen sowie das Recht der einstweiligen Maßnahmen zum Kinderschutz.

A. Das deutsche Kindschafts- und Familienverfahrensrecht

Der Schutz des Kindeswohls im gerichtlichen Umgang mit bestehenden Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung wird in der deutschen Rechtsordnung sowohl im Sach- als auch im Verfahrensrecht verwirklicht. Der folgende Überblick über die diesbezügliche Ausgestaltung des deutschen Rechts stellt einen wichtigen Hintergrund zum Verständnis der Auslegung des Rechtsbegriffs "Kindeswohl" bei der Anwendung der Brüssel IIa-VO durch deutsche Gerichte dar.

I. Die Abänderung der Entscheidung

Für die Analyse der Gerichtspraxis bei grenzüberschreitenden Bezügen unter Anwendung der Brüssel IIa-VO sind die Voraussetzungen der Abänderung einer Entscheidung zur elterlichen Verantwortung nach deutschem Recht von Bedeutung. Die folgende Betrachtung gibt einen Einblick in die Ausprägung dieses kindschaftsrechtlichen Instituts.

1. Abänderung aus Gründen des Kindeswohls

§ 1696 BGB regelt die Voraussetzungen der Abänderung einer Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung. § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB besagt, dass eine Entscheidung zum Sorge- oder Umgangsrecht oder ein gerichtlich gebilligter Vergleich zu ändern sind, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist. Die Gerichte werden hierbei amtswegig oder auf Anregung eines Beteiligten oder des Jugendamts tätig.⁸⁶⁶ Der Gesetzestext des § 1696 BGB übernahm mit dem KindRG 1998 die durch die Rechtsprechung geprägten tatbestandlichen Anforderungen an die Abänderung einer Sorgerechtsregelung, welche die Balance zwischen der Beachtung neuer Umstände, der Kontinuität bestehender Verhältnisse und einem angemessenen Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wahren müssen.⁸⁶⁷ Die Vorschrift gilt bei gegebener internationaler Zuständigkeit auch für ausländische Entscheidungen.⁸⁶⁸

§ 1696 BGB stellt auf das Kindeswohl als richterlichen Entscheidungsmaßstab ab. Das Kindeswohl ist rechtstechnisch als unbestimmter Rechtsbegriff ausgestaltet,⁸⁶⁹ der nicht nur in § 1696 BGB, sondern in verschiedenen unterschiedlichen

⁸⁶⁶ *Rauscher*, FamR, Rn. 1084.

⁸⁶⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 109; BGH, FamRZ 1993, 314, 315; *Olzen*, in: MünchKomm, § 1696 BGB Rn. 19.

⁸⁶⁸ BGHZ 64, 19, 29; *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1996 BGB, Rn. 15 u. 55; *Biite*, in: Johannsen/Henrich, FamR, § 1696 BGB, Rn. 8.

⁸⁶⁹ BVerfG, FamRZ 2008, 1737, 1738; BT-Drucks. 13/4899, S. 110; *Coester*, Kindeswohl, S. 143 ff.; *Gernhuber/Coester-Waljen*, FamR, § 57 Rn. 28-29; *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1666 BGB, Rn. 6; *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1697 a BGB, Rn. 1-2; *Dethloff*, FamR, § 13 Rn. 241; *Kropholler*,

Zusammenhängen des deutschen Familienrechts mit Kindesbezug vorgesehen ist.⁸⁷⁰ Eine ausdrückliche Erwähnung findet das Kindeswohlprinzip des deutschen Rechts in § 1697a BGB, der die Pflicht der Gerichte statuiert, diejenige Entscheidung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁸⁷¹ Dies gilt auch im Kontext der Abänderungsentscheidungen. Tragender Gedanke des § 1696 BGB ist der Grundsatz, dass gerichtliche Anordnungen zum Sorge- und Umgangsrecht bei sich weiterentwickelnden äußeren Umständen, Bedürfnissen und Vorstellungen des Kindes ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl verlieren können.⁸⁷² Daher erwachsen diese Entscheidungen nicht in materielle Rechtskraft und können jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen abgeändert werden, sofern die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 1696 BGB vorliegen.⁸⁷³

Die Gründe für eine Abänderung nach § 1696 BGB müssen „triftig“ sein und dürfen der zu ändernden Entscheidung nicht bereits zugrunde liegen. Das Institut der Abänderung dient nicht dazu, dem unterlegenen Elternteil einen weiteren Rechtsweg zu schaffen.⁸⁷⁴ Maßgebliches Kriterium ist allein das Kindeswohl, es kommt nicht auf die Interessen der Eltern an einem Bestand oder einer Aufhebung der Sorgerechtsregelung an.⁸⁷⁵ Die Kindzentriertheit der Vorschrift zeigt sich deutlich unter anderem darin, dass selbst im Falle eines Boykotts der Umgangsregelungen durch den sorgeberechtigten Elternteil keine Änderung der Sorgerechtsentscheidung erfolgt, wenn das Kindeswohl dies nicht erfordert.⁸⁷⁶ In keinem Falle hat § 1696 BGB Sanktionscharakter oder dient der Durchsetzung von Elterninteressen.

JZ 1984, 164, 165; *Schmid*, in: Schulz/Hauß, § 1697a BGB, Rn. 1; siehe auch Art. 24 Abs. 2 EU Grundrechtecharta; zum Ermessen bei der Konkretisierung des Begriffs *Macoby/Mnookin* FamRZ 1995, 1, 9-10.

⁸⁷⁰ Ausdrückliche Nennung des Begriffs „Kindeswohl“ in §§ 1631b, 1632, 1666, 1671, 1672, 1678, 1680, 1681, 1682, 1684, 1685, 1686, 1687, 1687a, 1688, 1693, 1696 BGB; Beispiele der verschiedenen Zusammenhänge bei *Dethloff*, FamR, § 13 Rn. 2.

⁸⁷¹ Siehe hierzu schon die Darstellung des deutschen Kindeswohlprinzips bei der Abänderung im Rahmen des Überblicks über die Abänderungstatbestände verschiedener europäischer Rechtsordnungen in Kapitel 2, D., II.

⁸⁷² *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 Rn. 1; *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1696 BGB, Rn. 1.

⁸⁷³ BVerfG, FamRZ 2005, 783, 784; *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB Rn. 1.

⁸⁷⁴ *Kemper*, in: Hk/BGB, § 1696 BGB Rn. 3.

⁸⁷⁵ *Büte*, in: Johannsen/Henrich, § 1696 Rn. 21; *Finger*, in: MünchKomm/BGB, (5. Aufl. 2008), § 1696 BGB, Rn. 6; *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1696 BGB, Rn. 5.

⁸⁷⁶ *Finger*, in: MünchKomm/BGB (5. Aufl. 2008), § 1696 BGB, Rn. 24.

2. Restriktive Auslegung

§ 1696 Abs. 1 BGB benennt restriktiv auszulegende tatbestandliche Voraussetzungen.⁸⁷⁷ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert es, dass vor der Abänderung einer Sorge- oder Umgangsrechtsregelung zulasten eines oder beider Elternteile andere Möglichkeiten zur Lösung der Konfliktlage zu bedenken sind.⁸⁷⁸ Beispielsweise kann bei einer Kindeswohlgefährdung eine Anordnung nach § 1666 BGB als ein milderer, angemesseneres Mittel in Erwägung zu ziehen sein. Gründe für eine Abänderung gem. § 1696 Abs. 1 BGB können z.B. die Wiederheirat des Sorgeberechtigten mit einem vorbestraften Dritten,⁸⁷⁹ eine schwere ansteckende Erkrankung, die die Ausübung des Sorgerechts unmöglich macht,⁸⁸⁰ die erhebliche Störung des Umgangsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils, wenn daraus Nachteile für das Kind erwachsen⁸⁸¹ oder eine Interessenlosig- bzw. Uneinsichtigkeit des Sorgeberechtigten sein, die z.B. in der fehlenden Befolgung einer ärztlich angeordneten Behandlung ihren Ausdruck finden kann.⁸⁸²

Die erforderlichen „triftigen das Kindeswohl berührenden Gründe“ müssen so schwer sein, dass sie die mit der Veränderung der Lebensumstände verbundenen Nachteile für das Kind und die damit im Kindschaftsrecht ebenfalls sehr wichtigen Kontinuitätsgesichtspunkte überwiegen.⁸⁸³ Hier geht es um mehr als eine bloße Kindeswohl dienlichkeit.⁸⁸⁴ Erfordert das Kindeswohl die Abänderung der Entscheidung, so gilt für die Entscheidung in der Sache grds. der gleiche Prüfungsmaßstab, der für eine Erstregelung der elterlichen Sorge gem. § 1671 BGB maßgeblich ist.⁸⁸⁵ In der Abänderungsentscheidung sind dann naturgemäß all die Umstände von Gewicht, welche die für die Erstregelung unverzichtbaren Erwägungen infrage stellen.⁸⁸⁶

3. Bedeutung im grenzüberschreitenden Zusammenhang

Im grenzüberschreitenden Zusammenhang könnte sich im Anwendungsbereich des § 1696 BGB ein Spannungsfeld zwischen der Abänderung der Entscheidung

⁸⁷⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 109.

⁸⁷⁸ BVerfG, FamRZ 2009, 1472, 1474; zum Verhältnis zu Maßnahmen nach § 1666 BGB siehe *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1696 BGB, Rn. 14.

⁸⁷⁹ BayObLG, FamRZ 1964, 640, 641.

⁸⁸⁰ *Diederichsen*, in: Palandt, § 1696 BGB, Rn. 20; *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 26.

⁸⁸¹ BGH, NJW-RR 1986, 1264, 1265.

⁸⁸² KG, NJW-RR 1990, 716.

⁸⁸³ BT-Drucks. 13/4899, S. 109; OLG Thüringen, FamRZ 2005, 52, 53; OLG Köln, FamRZ 2005, 1276; OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135, 1136; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 65 Rn. 63; *Rauscher*, FamR, Rn. 1083; *Berger*, in: Jauernig, § 1696 BGB, Rn. 3.

⁸⁸⁴ *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 20; *Rauscher*, FamR, Rn. 1084.

⁸⁸⁵ *Rauscher*, FamR, Rn. 1084.

⁸⁸⁶ BGH, FamRZ 1993, 314, 315; *Oelkers*, Sorge- und Umgangsrecht, § 3 Rn. 39.

und den Vorgaben der Brüssel IIa-VO ergeben. Klammert man zunächst die Mechanismen eines ggf. betriebenen HKÜ-Verfahrens aus, so ist z.B. der Fall denkbar, dass nach einem widerrechtlichen Verbringen eines Kindes nach Deutschland die vorrangige Beachtung des Kindeswohls gem. § 1696 BGB in der Sachentscheidung zum Sorgerecht zu dem Ergebnis kommen müsste, dass neue geknüpfte Bindungen eine derartige Gewichtigkeit erreicht haben, dass ein Herausreißen des Kindes aus diesen eine Kindeswohlgefährdung darstellen würde und daher eine geltende ausländische Sorgeregelung abzuändern ist. Dass dabei ein im Ausgangspunkt rechtswidriger Zustand geschaffen würde und die Kindesentführung sich für den entführenden Elternteil unter dem Aspekt der Verteilung des Sorgerechts „gelohnt“ hätte, würde bei Anwendung des § 1696 BGB hinter die Kindeswohlerwägungen zurücktreten.⁸⁸⁷ Wie zuvor festgestellt, fließen Gedanken der Sanktion oder einer primären Berücksichtigung der Elterninteressen nicht in die Abwägung gem. § 1696 BGB mit ein.

An dem grundsätzlich bestehenden Anspruch des zurückgelassenen Elternteils auf Rückführung nach dem HKÜ würde dies nichts ändern, die Neuregelung des Sorgerechts erfasst das Rückführungsverfahren nicht und auch bezieht sich § 1696 BGB seinem Wortlaut nach nur auf die Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung und somit nicht auf das Rückführungsverfahren. Die gerichtliche Würdigung in der Abänderungsentscheidung könnte sich mittelbar jedoch auf den Rückführungsanspruch auswirken, wenn das Gericht im Zufluchtstaat zusätzlich zu dem Ergebnis kommt, dass zudem der Rückführungsversagungsgrund des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ gegeben ist.

Die deutschen Gerichte müssen in grenzüberschreitenden Kindschaftssachen die vorrangige Brüssel IIa-VO samt der Zuweisung der internationalen Zuständigkeit und der Rückführungsvorschriften beachten. Werden z.B. im Vollstreckungsverfahren, welches sich gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO nach deutschem Recht richtet, Umstände offenbar, die aus Sicht der deutschen Gerichte eine Abänderung der mitgliedstaatlichen Entscheidung wegen veränderter Umstände notwendig werden lassen, so können die deutschen Gerichte die Abänderung nicht selbst vornehmen, sondern können allenfalls die Vollstreckung aussetzen und müssen eine mögliche Abänderung den in der Sache international zuständigen mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen.⁸⁸⁸ Ein rechtlicher Widerspruch zu der von der Brüssel IIa-VO vorgesehenen Zuständigkeit zur Kindeswohlprüfung bei der grenzüberschreitenden Durchsetzung von mitgliedstaatlichen Entscheidungen sollte daher nicht entstehen. Die zuvor genannten Konstellationen zeigen jedoch, dass die Abänderungsvorschriften des deutschen Sachrechts für sich genommen

⁸⁸⁷ Vgl. OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135, 1136; *Olsen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 30.

⁸⁸⁸ Siehe zur Aussetzung der Vollstreckung zur Abänderung gem. § 1696 BGB wegen veränderter Umstände im deutschen Recht weiter unten im Kapitel 4, A., IV., 3., c).

eine gerichtliche Handlungsmöglichkeit eröffnen können, die bei unbesehener Anwendung in Konkurrenz zu den Anerkennungs- und Rückführungsvorschriften der Brüssel IIa-VO treten kann.

II. Verfahrensrechtlicher Schutz des Kindeswohls: die Anhörung des Kindes und der Eltern

Der Grundstein zur Gewährleistung des Kindeswohls in der Sachentscheidung wird bereits in den Verfahrensvorschriften gelegt. Die Anhörung des Kindes sowie der Eltern in Kindschaftssachen ist ein Verfahrensgrundsatz mit Verfassungs- und Menschenrechtsrang.⁸⁸⁹ Das deutsche Familienverfahrensrecht schützt die Möglichkeit zur Erlangung rechtlichen Gehörs und statuiert die gerichtliche Pflicht zur Ermittlung der Kindesbelange im Wege eines unmittelbaren Eindrucks durch sorgfältig ausgestaltete Verfahrensvorschriften. So statuiert § 159 Abs. 1 FamFG die Pflicht, das Kind persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat. Nur im Falle der Vermögensangelegenheiten kann davon abgesehen werden, wenn dies dem Gericht angezeigt erscheint, § 159 Abs. 1 S. 2 FamFG. Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist es persönlich anzuhören, wenn die Neigung, die Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder die Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist, § 159 Abs. 2 FamFG. In grenzüberschreitenden Konflikten der elterlichen Verantwortung sowie in Rückführungsverfahren dürfte dies nahezu ohne Ausnahme der Fall sein.

Die Eltern sollen in Kindschaftssachen ebenfalls persönlich angehört werden, in Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB ist dies sogar zwingend, § 160 Abs. 1 FamFG. Der Gesetzeswortlaut des § 160 Abs. 1 S. 1 FamFG und sein Charakter als Soll-Vorschrift bedeuten, dass das Gericht nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen von der Anhörung absehen darf.⁸⁹⁰ In Sorge- und Rückführungskonflikten hat schon der EGMR regelmäßig die hohe Bedeutung der Möglichkeit zur Geltendmachung der Interessen betont, welche bereits die Grundbedingung einer gerechten Gewichtung aller Rechte der Beteiligten ist.⁸⁹¹ Ein Absehen von einer persönlichen Anhörung ist in diesen Fällen daher wohl nur noch denkbar, wenn der betreffende Beteiligte von der gegebenen Möglichkeit zur Anhörung aus freien Stücken keinen Gebrauch machen will. Eine gesetzliche Ausnahme hiervon machen die Art. 31 Abs. 1 Brüssel IIa-VO, § 18 Abs. 1 IntFamRVG beim Antrag auf Vollstreckbarerklärung, welcher ein rechtliches Gehör des Antragsgegners und des Kindes nicht vorsieht.

⁸⁸⁹ EGMR, 8.7.2003, Nr. 30943/96, *Sabin./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII S. 63, Rn. 54 und 73; BVerfGE 55, 171, 179-180 = NJW 1981, 217, 218; *Fest*, in: Haußleiter, FamFG, § 159 FamFG, Rn. 1.

⁸⁹⁰ BT-Drucks. 16/6308, S. 240; *Schumann*, in: MünchKomm/FamFG, § 160 FamFG, Rn. 5.

⁸⁹¹ EGMR, 8.7.2003, Nr. 30943/96, *Sabin./.Deutschland*, Slg. 2003-VIII S. 63, Rn. 54 und 73.

Eine weitere verfahrensrechtliche Institution zur Gewährleistung des Kindeswohls in der Sachentscheidung ist die nach §162 FamFG vorgesehene Mitwirkung des Jugendamts. In Verfahren, welche die Person des Kindes betreffen, hat das Gericht das Jugendamt anzuhören, § 162 Abs. 1 FamFG. So gewährleistet das Familienverfahrensrecht die Einschaltung einer sach- und ortsnahen sozialpädagogischen Fachbehörde.⁸⁹²

III. Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen

1. Von §§ 328 ZPO und 16a FGG zu § 109 FamFG

Grundnorm des deutschen Anerkennungsrechts ist § 328 ZPO. Diese regelt die wesentlichen Erfordernisse des deutschen autonomen Rechts, die an die Anerkennung ausländischer Urteile zu stellen sind. In dem für Kindschaftssachen geltenden Familienverfahrensrecht, das sich ehemals nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)⁸⁹³ bestimmte, existierte jedoch eine spezielle Regelung, die im Rahmen der grundlegenden Neuregelung des Internationalen Privatrechts 1986⁸⁹⁴ geschaffen wurde. § 16a FGG regelte die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, die nach deutscher Definition der Freiwilligen Gerichtsbarkeit unterfielen. Vorgesehener Regelfall war wie auch nach der Konzeption des § 328 ZPO die Anerkennung, womit eine ausländische Entscheidung Wirkung auch im Inland entfaltete, es sei denn, einer der in § 16a Nr. 1 bis 4 normierten Anerkennungsversagungsgründe lag vor.⁸⁹⁵

Die Anerkennung war ausgeschlossen, wenn die Gerichte des anderen Staats nach deutschem Recht nicht zuständig waren, § 16a Nr. 1 FGG. Bei dieser Prüfung wurde die Zuständigkeit danach bemessen, ob die Zuständigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung vorläge, gäbe es in der Rechtsordnung des Landes der anzuerkennenden Entscheidung dem deutschen Recht identische Vorschriften zur internationalen Zuständigkeit, sog. Spiegelbildprinzip.⁸⁹⁶

Weitere Anerkennungsversagungsgründe waren die fehlende Einlassungsmöglichkeit für einen Beteiligten (§ 16a Nr. 2), die Kollision mehrerer Entscheidungen (§ 16a Nr. 3), und der für diese Untersuchung besonders wichtige *ordre public*.

⁸⁹² Schumann, in: MünchKomm/FamFG, § 162 FamFG, Rn. 1; Fest, in: Haußleiter, FamFG, § 162 FamFG, Rn. 1.

⁸⁹³ Das FGG wurde mit Wirkung zum 1.9.2009 durch das FamFG v. 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586, ersetzt.

⁸⁹⁴ Reform des EGBGB vom 25.7.1986 (BGBl. I S. 1142); siehe Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, S. 1 ff.

⁸⁹⁵ Vgl. BGH, NJW 1989, 2198; Bumiller/Winkler, FGG (8. Aufl. 2006), § 16a FGG Rn. 3 ff.

⁸⁹⁶ Noch zu § 606a ZPO Nr.1 siehe OLG Celle, FamRZ 2008, 430, 431; Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG, Rn. 11; Zimmermann, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG (15. Aufl. 2003), § 16a FGG, Rn. 5.

Vorbehalt (Nr. 4). § 16a Nr. 4 FGG entsprach § 328 Nr. 1 ZPO und sah die Versagung der Anerkennung vor, wenn diese zu einem Ergebnis führte, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar war, insbesondere mit den Grundrechten. Neben den deutschen Verfassungsgrundsätzen waren ebenfalls die Prinzipien des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu solchen wesentlichen Grundsätzen zu zählen.⁸⁹⁷ Das Verbot der *revision au fond* normiert das deutsche Anerkennungsrecht ausdrücklich in § 723 Abs. 1 ZPO, ein allgemeiner Grundsatz, der dem gesamten Anerkennungsrecht des deutschen autonomen IZVR zugrunde liegt.⁸⁹⁸

Zum 1.9.2009 wurde das FGG durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit⁸⁹⁹ (FamFG) ersetzt, und die Regelung des § 16a FGG findet sich nunmehr in den §§ 108, 109 des FamFG. Inhaltlich hat sich jedoch keine Änderung ergeben, insbesondere der Wortlaut der *ordre public*-Klausel des § 109 Nr. 4 FamFG (Anerkennungshindernisse) ist identisch mit dem des § 16a Nr. 4 FGG. In § 109 FamFG ist aus diesem Grund wiederum sowohl der materiellrechtliche als auch der prozessrechtliche *ordre public* erfasst.⁹⁰⁰ Die Beschränkung auf Verstöße gegen die Grundwerte der deutschen Rechtsordnung und das damit verbundene Gebot der restriktiven Auslegung der Generalklausel kommen ebenso wie in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO oder § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO durch das Merkmal der „Offensichtlichkeit“ des Verstoßes in § 109 Nr. 4 FamFG zum Ausdruck.⁹⁰¹ Die Anerkennung ist nicht schon dann zu versagen, wenn der Fall nach deutschen Normen anders zu entscheiden wäre. Die Anerkennung nach § 109 Nr. 4 FamFG ist vielmehr nur dann abzulehnen, wenn sie inhaltlich eine Rechtsfolge tenoriert, die zu den Grundgedanken der deutschen Rechtsordnung in einem so gewichtigen Widerspruch steht, dass das Ergebnis als nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint.⁹⁰²

Liegt kein Anerkennungsversagungsgrund vor, so ergibt sich die Anerkennung gem. § 108 Abs. 1 FamFG *ex lege*.⁹⁰³ Ein gesondertes Anerkennungsverfahren muss prinzipiell nicht durchlaufen werden, es sei denn, die Anerkennungsfähigkeit wird bestritten, § 108 Abs. 1 S. 1 FamFG.

⁸⁹⁷ Geimer, in: Zöller, § 328 ZPO, Rn. 264 ff.

⁸⁹⁸ Vgl. Junker, IZPR, § 32 Rn. 18.

⁸⁹⁹ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses: BT-Drucks. 16/9733.

⁹⁰⁰ Andrae, IntFamR [2006], § 6 Rn. 165 zu § 16a Nr. 4 FGG.

⁹⁰¹ Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG, Rn. 37; Gomille, in: Haußleiter, § 109 FamFG, Rn. 20; Andrae, IntFamR [2006], § 6 Rn. 166.

⁹⁰² Vgl. zum inhaltsgleichen § 16a Nr. 4 FGG KG Berlin, FamRZ 2006, 1405, 1407; OLG Karlsruhe, StAZ 2004, 111, 112; Musielak/Borth, § 109 FamFG, Rn. 7.

⁹⁰³ Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 108 FamFG, Rn. 21, eine Ausnahme gilt nur für Ehesachen gem. § 107 Abs. 1 FamFG, für die ein förmliches Feststellungsverfahren vor der Landesjustizverwaltung vorgesehen ist.

2. *Kindeswohl als Teil des autonomen ordre public*

Als tragender Grundsatz des deutschen Familienrechts ist das Kindeswohl Teil des deutschen *ordre public*.⁹⁰⁴ Der Kindesschutz durch das autonome deutsche Anerkennungsrecht ergibt sich aus der Maßgeblichkeit der Verfassungsgrundsätze für die Prüfung der *ordre public*-Vereinbarkeit, wobei der Normtext des § 109 Nr. 4 FamFG die Grundrechte besonders erwähnt. Das rechtliche Fundament des Kindeswohlprinzips entstammt einer Vielzahl von Grundrechten des Grundgesetzes, allen voran der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 1 des GG.⁹⁰⁵ Es folgt aber auch aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S.1 GG), dem Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie dem Schutz des Eigentums und des Vermögens (Art. 14 Abs. 1 GG), die zentrale Elemente des Kindeswohlprinzips sind.⁹⁰⁶

Die Regelung des § 109 Nr.4 FamFG ist somit eine gesetzliche Konkretisierung des staatlichen Schutzauftrags gem. Art. 6 Abs. 2 und auch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG zur Abwendung von Kindeswohlgefährdungen im Umgang mit ausländischen Entscheidungen.⁹⁰⁷ Eine ausländische Entscheidung, die das seelische oder das körperliche Wohl des Kindes gefährdet, ist demnach mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts nicht vereinbar. Beispiele hierfür sind die Anordnung der Herausgabe eines Kindes unter Anwendung von Gewalt, wenn diese die Grundrechte des Kindes aus Art. 1 Abs. 1, 2 GG verletzt und unverhältnismäßig ist,⁹⁰⁸ aber auch eine Ferienumgangsregelung unter Nichtbeachtung der deutschen Schulferienzeit.⁹⁰⁹ Keine Verletzung des deutschen *ordre public* sahen deutsche Gerichte bei einer vorläufigen Regelung der elterlichen Sorge vor Anhörung eines Elternteils und des Kindes⁹¹⁰ oder der Anordnung der Herausgabe eines Kindes ohne persönliche, sondern nur mit schriftlicher Anhörung des zur Herausgabe verpflichteten Elternteils.⁹¹¹

⁹⁰⁴ *Oelkers*, Sorge- und Umgangsrecht, § 11 Rn. 37; *Rauscher*, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG, Rn. 41; vgl. zur verfassungsrechtlichen Dimension des Kindeswohls auch BVerfG, NJW 2010, 2336, 2337 besprochen von *Hufen*, JuS 2011, 375-377.

⁹⁰⁵ BVerfGE 75, 201, 218; BVerfGE 79, 51, 63 ff.; BVerfGE 83, 130, 140; BVerfGE 60, 79, 88.

⁹⁰⁶ *Kindler/Lillig/Blüml/Meysen/Werner*, Handbuch Kindeswohlgefährdung, 2-2.

⁹⁰⁷ Vgl. *Rauscher*, in: MünchKomm/FamFG, § 109 FamFG Rn. 43.

⁹⁰⁸ BayObLG, FamRZ 1984, 1259, 1262; OLG Karlsruhe, OLGR 2000, 241; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 1536, BGH, FamRZ 1979, 577, 580.

⁹⁰⁹ *Dörner*, IPRax 1987, 155, 156.

⁹¹⁰ BGH, FamRZ 1977, 126, 127.

⁹¹¹ BGH, FamRZ 1979, 577, 579.

IV. Autonomes Vollstreckungsrecht

Das deutsche autonome Vollstreckungsrecht für Entscheidungen in Kindschaftsachen entstammt ebenfalls dem Familienverfahrensrecht des FamFG, ehemals Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

1. *Vollstreckbarkeit und Vollstreckung nach dem FamFG*

Die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Kindschaftssachen nach dem autonomen Familienverfahrensrecht unterfällt in zwei Teilabschnitte, die Vollstreckbarerklärung (das Exequaturverfahren) und die eigentliche Vollstreckung. Während § 110 FamFG die Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen regelt, werden auf die Vollstreckung die §§ 87 III, 89, 90, 92 Abs. 2, 94, 95, FamFG (ehemals § 33 FGG) angewandt.⁹¹² Die Normen regeln nach ihrem Wortlaut die Vollstreckung innerstaatlicher Entscheidungen, jedoch handelt es sich bei der Vollstreckung anerkannter ausländischer Urteile um den gleichen Vorgang, weshalb sich bei der Anwendung auf innerstaatlich wirksame ausländische Urteile über § 110 FamFG hinaus keine Besonderheiten ergeben. Somit verhält es sich wie bei der Brüssel IIa-VO. Ist die ausländische Entscheidung vollstreckbar, so richtet sich das weitere Vorgehen nach allgemeinem innerstaatlichen Verfahrensrecht, vgl. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO.

2. *Die Vollstreckbarerklärung als Zwischenentscheidung*

Die Zulassung einer ausländischen Entscheidung zur elterlichen Verantwortung zur Vollstreckung nach autonomem deutschen Recht erfordert zunächst die Vollstreckbarerklärung, soweit die Entscheidung einen vollstreckbaren Inhalt enthält, zumeist eine Herausgabe des Kindes aufgrund einer Umgangsregelung,⁹¹³ und nicht nur den Status oder die Verteilung des Sorgerechts betrifft. Trotz fehlender diesbezüglicher Regelung im ehemals geltenden FGG war bestehender Grundsatz, dass dem ausländischen Urteil keine Vollstreckungswirkung zukommt, sondern die Vollstreckbarkeit mit Inlandswirkung erst durch ein Vollstreckbarerklärung originär verliehen werden musste.⁹¹⁴ Es handelte sich jedoch nicht um ein eigenes, den §§ 722, 723 ZPO vergleichbares Verfahren, sondern wurde inzident im Vollstreckungsverfahren nach § 33 FGG mitentschieden.⁹¹⁵ Auch die Anerkennung war dabei verfahrensrechtlich als eine Vorfrage der Vollstreckung zu behandeln.⁹¹⁶

⁹¹² Siehe synoptische Gegenüberstellung bei *Kemper*, Kommentierte Synopse FamFG, FGG, ZPO, S. 59 und 106 ff.; zur Anwendung auf ausländische Urteile: *Geimer*, in: FS Ferid, S. 89, 112.

⁹¹³ FamFG Buch 1, Unterabschnitt 2, Vollstreckung von Entscheidungen über die Herausgabe von Personen und die Regelung des Umgangs, §§ 88-94; vgl. *Dörner*, IPRax 1987, 155, 156.

⁹¹⁴ *Roth*, IPRax 1988, 75, 76.

⁹¹⁵ *Dörner*, IPRax 1987, 155.

⁹¹⁶ Bassenge/Roth, FGG (11. Aufl. 2007), § 33 FGG, Rn. 36.

Auch nach der Einführung des FamFG erlangt eine ausländische Entscheidung erst dann die Vollstreckbarkeit, wenn sie für vollstreckbar erklärt worden ist.⁹¹⁷ Die Vollstreckbarerklärung kann durch einen eigenen Beschluss ergehen oder inzident als Zwischenentscheidung getroffen werden. § 110 Abs. 2 FamFG sieht in den in § 95 Abs. 1 FamFG genannten Fällen den Ausspruch der Vollstreckbarkeit durch Beschluss vor. In den nicht von § 95 Abs. 1 FamFG erfassten Fällen, zu denen auch die Anordnung der Herausgabe eines Kindes gehört, ist ebenfalls die Vollstreckbarerklärung erforderlich, jedoch ergeht diese nicht im Wege eines förmlichen Beschlusses gem. § 110 Abs. 2 S. 1 FamFG, sondern ist die Vollstreckbarkeit im Wege einer Zwischenentscheidung im Vollstreckungsverfahren festzustellen.⁹¹⁸ Auch wenn beide Entscheidungen in einer Verfügung getroffen werden, ist rechtlich zwischen der Vollstreckbarerklärung und der zu vollziehenden Verfügung zu unterscheiden.⁹¹⁹

Aufgrund des Vorrangs der Brüssel IIa-VO und der Staatsverträge bleibt aktuell für § 110 FamFG allerdings nur noch ein geringer Anwendungsbereich.⁹²⁰

3. Das Vollstreckungsverfahren

Ist die Entscheidung anerkannt, so wird sie auf Grundlage der §§ 87 III, 89, 90, 92 Abs. 2, 94, 95, FamFG (früher § 33 FGG) vollzogen. Bei der Vollstreckung familiengerichtlicher Entscheidungen im Bereich Kindschaftssachen gilt der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 26 FamFG, ehemals § 12 FGG. Dabei sind das Jugendamt gem. § 162 FamFG (§ 49 FGG), die Eltern gem. 160 FamFG (§ 50a FGG) und das Kind gem. § 159 FamFG (§ 50 b FGG) durch das Gericht anzuhören.

a) Die Anwendung unmittelbaren Zwangs

Bei einer Kindesherausgabe wird im Falle einer Weigerung des Elternteils, bei dem sich das Kind aufhält, das Vollstreckungsmittel des unmittelbaren Zwangs gem. § 90 FamFG angewandt, um die Herausgabe durchzusetzen.⁹²¹ Nach § 90 FamFG kann das Gericht die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Beschluss anordnen, wenn die Festsetzung von Ordnungsmitteln erfolglos geblieben ist, keinen Erfolg verspricht oder eine alsbaldige Vollstreckung der Entscheidung unbedingt geboten ist. Als staatlicher Hoheitsakt unterliegt die Vollstreckung der Bindung an verfassungsrechtliche Grundsätze, insbesondere an den Grundsatz der Verhält-

⁹¹⁷ Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 110 FamFG, Rn. 8.

⁹¹⁸ Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 110 FamFG, Rn. 8; Zimmermann, in: Keidel, FamFG, § 110 FamFG, Rn. 20 und 22: Anerkennungsfähigkeit weiterhin als Vorfrage zu prüfen.

⁹¹⁹ Rauscher, in: MünchKomm/FamFG, § 110 FamFG, Rn. 8.

⁹²⁰ Zimmermann, in: Keidel, FamFG, § 110 FamFG, Rn. 5.

⁹²¹ BGH, NJW 1963, 2219; BGH RpfL 1977, 55.

nismäßigkeit und die Grundrechte.⁹²² Auch ausländische Kinder aus Nicht-EU-Staaten können sich dabei auf die „Jedermanns-Grundrechte“ insbesondere Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG berufen, die in vollem Umfang das Kindeswohl schützen.⁹²³

Als Ausprägung des Übermaßverbots normiert § 90 Abs. 2 S. 1 FamFG (33 Ab. 2 S. 2 FGG) das generelle Verbot der Gewaltanwendung gegen ein Kind, wenn eine Herausgabe zum Zwecke der Durchsetzung eines Umgangsrechts erwirkt werden soll.⁹²⁴ Allerdings ist Gewalt gegen den herausgabepflichtigen Elternteil zulässig, so dass Umgang und Herausgabe auf diesem Wege erzwungen werden können.⁹²⁵ Diese Grundsätze würden auch bei der Durchsetzung einer ausländischen Entscheidung aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zu beachten sein, da sich das Vollstreckungsverfahren gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO nur nach der *lex fori* richtet. Diese Grundsätze sind auch bei der Durchsetzung einer ausländischen Entscheidung aus einem anderen Mitgliedstaat zu beachten, da sich das Vollstreckungsverfahren gem. Art. 47 Brüssel IIa-VO nach der *lex fori* richtet.

Die staatliche Verpflichtung ggü. dem Kindeswohl gebietet es, die Herausgabe des Kindes nur als *ultima ratio* zwangsweise durchzusetzen.⁹²⁶ Die erzwungene Durchführung des Umgangsrechts hat rechtspolitisch schon immer für Diskussionen gesorgt.⁹²⁷ In diesen Fällen ist es mitunter sehr kompliziert, die rechte Balance zu bestimmen zwischen den Nachteilen eines fehlenden Umgangs mit beiden Elternteilen gegenüber den negativen Einflüssen eines durch Zwang ermöglichten Umgangsrechts.⁹²⁸

b) Differenzierung zwischen Titel und Vollstreckungsmaßnahme

Bei der Prüfung des Kindeswohls innerhalb der Vollstreckung einer Umgangsregelung oder einer Kindesherausgabe ist strikt zwischen der Entscheidung und der Vollstreckungsmaßnahme zu differenzieren.⁹²⁹ Dies betrifft innerstaatliche wie ausländische Urteile, ist jedoch bei Letzteren besonders wichtig, da im international-zivilverfahrensrechtlichen Kontext das Verbot der *revision au fond* besteht bzw. die Brüssel IIa-VO mit ihrem Kapitel III, Abschnitt 4 sämtliche Einwände des Kindeswohls im Zweitstaat gegen die Entscheidung ausschließt. Es ist jedoch anzunehmen, dass die in der Theorie bestehende klare Trennung in der prakti-

⁹²² Schulte-Bunert, FPR 2008, 397, 400; Zimmermann, in: MünchKomm/FamFG, § 90 FamFG, Rn. 7.

⁹²³ Herdegen, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 48 und Di Fabio, Art. 2 GG, Rn. 10 in: Maunz/Dürig.

⁹²⁴ Zu § 33 FGG siehe BT-Drucks. 13/4899, S. 128; Zimmermann, in: MünchKomm/FamFG, § 90 FamFG, Rn. 21; siehe auch OLG Frankfurt, NJW 2002, 3785.

⁹²⁵ Zimmermann, in: MünchKomm/FamFG, § 90 FamFG, Rn. 22.

⁹²⁶ Bumiller/Harders, FamFG, § 90 FamFG, Rn. 4.

⁹²⁷ Salgo, FPR 2008, 401.

⁹²⁸ Vgl. Salgo, FPR 2008, 401, 406.

⁹²⁹ Gottschalk, FPR 2008, 417.

schen Anwendung nicht in jedem Fall exakt eingehalten werden kann, da die Durchsetzung letztlich wiederum den Entscheidungsinhalt realisiert.

In der Literatur zum autonomen deutschen Recht der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen wurde vertreten, dass im Vollstreckungsverfahren keine Einwände gegen die Grundentscheidung geltend gemacht werden könnten.⁹³⁰ Die Rechtsprechung deutscher Gerichte beschreitet in dieser Frage einen unter dogmatischen und praktischen Gesichtspunkten gut nachvollziehbaren Mittelweg. Danach scheiden alle im Ausgangsverfahren vorgetragene Gründe gegen die Grundanordnung im Vollstreckungsverfahren aus.⁹³¹ Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren sind genau zu unterscheiden. Hier ist sorgfältig zwischen der Funktion eines Vollstreckungsgerichts und der einer Rechtsmittelinstanz zu differenzieren. Im Stadium der Vollstreckung können nur noch diejenigen Erwägungen des Kindeswohls beachtlich sein, die eine Vollstreckung schlichtweg unmöglich machen.⁹³² Kein solches Hindernis stellt die Weigerung des Kindes bei der Durchführung einer Besuchsregel dar.⁹³³ Hier ist nach dem OLG Zweibrücken das Umgangsrecht mit verhältnismäßigen und schonenden erzieherischen Mitteln zu verwirklichen, was bei sachgerechtem Einsatz der erzieherischen Fähigkeiten auch gelänge.⁹³⁴ So könne es nicht gebilligt werden, dass durch Einwendungen, welche sich gegen die Umgangsregelung als solche richten, aber im Verfahren über die Vollstreckung vorgebracht oder wiederholt würden, diese Regelung unterlaufen und ihre Vollstreckung letztlich unmöglich gemacht wird.⁹³⁵

c) Die Beachtlichkeit nachträglicher Einwendungen

Gründe, die sich gegen den Fortbestand der Entscheidung, z.B. einer Umgangsregelung, richten, sind im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich unbeachtlich.⁹³⁶ Die grundsätzlich gebotene Differenzierung zwischen Titel und Vollstreckungsmaßnahme verhindert unter Umständen jedoch nicht die Beachtlichkeit nachträglicher Einwände des Kindeswohls gegen die Ausgangsentscheidung im Vollstreckungsverfahren. Den deutschen Vollstreckungsgerichten obliegt es jedoch, bei der Vollstreckung den Einwand zu berücksichtigen, ob die Regelung der Ausgangsentscheidung noch gerechtfertigt ist oder wegen veränderter Umstände im

⁹³⁰ *Bumiller/Winkler*, FGG (8. Aufl. 2006), § 33 FGG Rn. 6.

⁹³¹ OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 203 mit dem Leitsatz: „Gründe, die sich gegen den Fortbestand der getroffenen Regelung des Umgangsrechts eines Elternteiles mit dem Kind selbst richten, sind im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich unbeachtlich.“

⁹³² Siehe dazu den unmittelbar folgenden Abschnitt zur Beachtlichkeit nachträglicher Einwendungen.

⁹³³ OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91.

⁹³⁴ OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91.

⁹³⁵ OLG Karlsruhe, OLGZ 1981, 133 = FamRZ 1981, 203.

⁹³⁶ OLG Hamburg, FamRZ 1996, 1093; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 203.

Widerspruch zum Kindeswohl steht und deswegen von Amts wegen durch das für das Sorgerecht in der Sache zuständige Gericht geändert werden muss.⁹³⁷ Für die Vollstreckung ist dann kein Raum, wenn das für das Änderungsverfahren nach § 1696 BGB zuständige Familiengericht zu erkennen gibt, dass es Änderungen der zu vollstreckenden Regelung im Interesse des Kindes für angezeigt hält.⁹³⁸ Eine nachträgliche Änderung der Umstände, die die Ausgangsregelung in einen grundlegenden Widerspruch mit dem Kindeswohl bringt, führt zur Notwendigkeit einer Abänderung.⁹³⁹ Es handelt sich bei der Veränderung der Umstände, die einen Widerspruch der Ausgangsentscheidung zum Kindeswohl herbeiführen, daher um eine im Vollstreckungsverfahren zu beachtende Einwendung.⁹⁴⁰ Stellt sich somit während des Vollstreckungsverfahrens heraus, dass die Vollstreckung des Entscheidungsinhalts dem Kindeswohl widerspricht, so darf das Vollstreckungsgericht diese nicht vollziehen, sondern muss vorläufig anordnen, dass die ursprüngliche Regelung nicht zu vollstrecken ist und das Änderungsverfahren abwarten.⁹⁴¹

Im Rahmen der Vollstreckung bleibt demnach im Hinblick auf die Ausgangsregelung zu prüfen, ob diese wegen triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Umständen, die nach der Sachentscheidung eingetreten oder danach bekannt geworden sind, in einem Verfahren, materiell auf der Grundlage von § 1696 BGB, abgeändert werden müsste.⁹⁴² In Anbetracht der staatlichen Schutzpflicht gegenüber Kindern muss die Möglichkeit bestehen, Umstände zu berücksichtigen, die nicht bereits durch das Familiengericht in der Sache gewürdigt wurden. Eine Präklusion hinsichtlich solcher Einwendungen kann es vor dem Hintergrund des Kindesschutzes in Kindschaftssachen nicht geben. Die Gerichte sind nicht an Anträge der Beteiligten gebunden (Amtsermittlungsgrundsatz)⁹⁴³ und würden nicht sehenden Auges eine Entscheidung vollstrecken lassen, die in irgendeiner Form kindeswohlwidrig ist.

Die Vollstreckungsgerichte handhaben die Annahme dieser Ausnahmeumstände, die eine Verhinderung der Vollstreckung bedingen, entsprechend restriktiv und lehnen eine solche insbesondere dann ab, wenn keine Änderung der das Kin-

⁹³⁷ OLG Hamburg, FamRZ 1996, 1093, noch auf Grundlage des § 18 FGG; OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91; ohne Angabe der Rechtsgrundlage OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 203, 204.

⁹³⁸ OLG Hamburg, FamRZ 1996, 1093, 1094.

⁹³⁹ OLG Hamburg, FamRZ 1996, 1093; OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91.

⁹⁴⁰ OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91.

⁹⁴¹ OLG Hamburg, FamRZ 1994, 1128.

⁹⁴² OLG Hamburg, FamRZ 1996, 1093 f. und FamRZ 1994, 1128 (hier geht es um das materielle Vorliegen der Notwendigkeit einer Abänderung nach deutschem Rechtsverständnis. Im internationalen Kontext bedeutet dies nicht, dass eine Zuständigkeit deutscher Gerichte sowie die Möglichkeit der Anwendung des § 1696 BGB gegeben sein muss.); OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 203; OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91.

⁹⁴³ *Olsen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 51.

deswohl betreffenden Umstände festzustellen ist und es einem Elternteil nur darum geht, die Rechte des anderen Elternteils aus der Ausgangsentscheidung zu erschweren oder gar zu vereiteln.⁹⁴⁴

V. Die innerstaatlichen Ausführungsvorschriften zur Brüssel IIa-VO – das IntFamRVG

Als EG-Sekundärrechtsakt ist die Brüssel IIa-Verordnung seit dem Tage ihres Inkrafttretens, dem 1.3.2005, unmittelbar anwendbar. Im deutschen Recht sind zusätzliche Durch- und Ausführungsvorschriften in Gestalt des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes (IntFamRVG)⁹⁴⁵ erlassen worden, welche die Verordnung durch eine einfachgesetzliche Regelung umsetzen, indem sie ihren Regelungsgehalt durch verfahrensrechtliche Bestimmungen ergänzen.⁹⁴⁶

1. Besondere Ausführungsvorschriften zur Brüssel IIa-VO

Der Erlass von Ausführungsvorschriften liegt in der Tradition der deutschen Umsetzung von EG-Rechtsakten. Bereits anlässlich der Brüssel I-VO (EG 44/2001) wurde das deutsche AVAG⁹⁴⁷ geschaffen, das die zuvor zu Staatsverträgen erlassenen separaten Umsetzungsgesetze bündelt und neben der Verordnung auf eine Vielzahl weiterer Staatsverträge anwendbar ist. Durch eine inhaltliche Erweiterung war das AVAG zunächst auch auf die Brüssel II-VO (EG1347/2000) anwendbar, jedoch wurde aufgrund der komplexen Materie des Internationalen Familienrechts zum Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO das neue IntFamRVG geschaffen.⁹⁴⁸ Die Vorschriften des IntFamRVG sind also nur im Zusammenhang mit der Brüssel IIa-VO zu verstehen.⁹⁴⁹ Dort wo die Verordnung Konkretisierungsspielräume lässt, kann das deutsche Ausführungsgesetz die unmittelbar anwendbaren Vorschriften der Verordnung in das deutsche Verfahrensrecht integrieren.⁹⁵⁰ Das IntFamRVG bezieht sich aber nicht nur auf die Brüssel IIa-VO, sondern ergänzt auch bereits bestehende Vorschriften des deutschen Internationalen Familienrechts und erfasst zudem die Ausführung des HKÜ und des ESÜ.

⁹⁴⁴ OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 90, 91; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 324, 325.

⁹⁴⁵ Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des Internationalen Familienrechts vom 26. Januar 2005, BGBl. I, S. 162.

⁹⁴⁶ § 1 Nr. 1 IntFamRVG; *Ramser*, in: Boele-Woelki/González-Beilfuss, Brussels IIbis – Impact and Application, S. 123; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 15.

⁹⁴⁷ Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz, i.d.F. vom 3. Dezember 2009 (BGBl. I, S. 3881).

⁹⁴⁸ BT-Drucks. 15/3981, S. 17; vgl. *Schlauff*, IntFamRVG, S. 20.

⁹⁴⁹ *Gruber*, FamRZ 2005, 1603, 1604.

⁹⁵⁰ *Gruber*, FamRZ 2005, 1603, 1604; BT-Drs. 15/3981, S. 17; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 19.

Das IntFamRVG regelt die verfahrensrechtlichen Ergänzungen zu den Materien der gerichtlichen Zuständigkeit, der Zulassung zur Zwangsvollstreckung, der Anerkennungsfeststellung, der Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, des HKÜ-Verfahrens und hat die Einführung neuer Vollstreckungsregeln und die Einrichtung der Zentralen Behörde zum Gegenstand. Die Regelungen über die Zulassung der Vollstreckung (5. Abschnitt) mit samt ihren Neuerungen durch die Brüssel IIa-VO sind ein Kernstück des Gesetzes.⁹⁵¹ Die gesetzliche Regelung musste insbesondere die einschneidende Abschaffung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO beachten, welche so im autonomen deutschen IZVR noch nicht bestanden hatte.

2. *Gesonderte Regelung des Vollstreckungsverfahrens*

Das IntFamRVG regelt auch das Vollstreckungsverfahren, das gem. § 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO der Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Für das Vollstreckungsverfahren hat der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht auf die sonst für die Vollstreckung geltenden Regelung des § 33 FGG, bzw. seit 2009 der §§ 86, 89, 94, 95 FamFG verwiesen. Die Erfahrung mit § 33 FGG hatte gezeigt, dass die Vollstreckung oftmals an der fehlenden freiwilligen Mitwirkung der verpflichteten Person scheiterte.⁹⁵² Zu lange Verzögerungen durch eine einseitige Nichtbefolgung durch einen Elternteil oder die Ausschöpfung von Rechtsmittelfristen konnten dazu führen, dass Entscheidungen langfristig nicht durchgesetzt wurden.⁹⁵³ Das IntFamRVG beschreitet daher eine Hinwendung zu repressiven Zwangsvollstreckungsmechanismen (Festsetzung von Ordnungsgeldern), die eine Zuwiderhandlung des verpflichteten Elternteiles sanktionieren und nicht mehr auf den reinen Beugecharakter der Zwangsvollstreckungsmittel setzen, § 44 IntFamRVG.⁹⁵⁴ § 44 IntFamRVG erfasst ausländische Entscheidungen zur Kindesherausgabe und zum Umgang im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO und ist hier den entsprechenden Regelungen des FamFG gegenüber vorrangig.⁹⁵⁵

Die Vollstreckung ausländischer Titel in Deutschland richtet sich allein nach § 44 IntFamRVG.⁹⁵⁶ Die Festsetzung von Ordnungsmitteln setzt eine schuldhaftes Zuwiderhandlung voraus, die amtswegig zu prüfen ist.⁹⁵⁷ Insbesondere die oftmals

⁹⁵¹ *Schlauff*, IntFamRVG, S. 23; *Gruber*, FamRZ 2005, 1603, 1607.

⁹⁵² BT-Drucks. 15/3981, S. 18; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 26.

⁹⁵³ Erledigung durch Zeitablauf bei Umgangstiteln bei rein präventiven Vollstreckungsmaßnahmen zB. OLG Karlsruhe, FamRZ 1998, 1131; OLG Hamm FamRZ 1995, 427; *Ramser*, in: Boele-Woelki/González-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 129.

⁹⁵⁴ BT-Drucks. 15/3981 S. 29; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 85.

⁹⁵⁵ *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO (3. Aufl. 2008), § 44 IntFamRVG, Rn. 1 und (4. Aufl. 2013), § 44 IntFamRVG, Rn. 1f.

⁹⁵⁶ BT-Drucks. 15/3981, S. 29; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 85.

⁹⁵⁷ BT-Drucks. 15/3981, S. 29; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 85.

vorgetragenen Gründe wie eine Weigerung des Kindes oder eine plötzliche Erkrankung sollen nach der Norm nur bei hinreichend substantiierter Darlegung durch den verpflichteten Elternteil tragfähig sein.⁹⁵⁸ Zumeist waren es solche, aus der Sphäre des verpflichteten Elternteiles stammenden Gründe, die die Umgangsregelung kurzfristig vereitelten, später aber kaum noch nachvollziehbar waren. Die Regelungen des 5. Abschnittes des IntFamRVG verfolgen in diesem Sinne das Ziel, die Effektivität der Vollstreckung umgangsrechtlicher Entscheidungen zu steigern.

So hat der Gesetzgeber mit § 44 IntFamRVG eine gegenüber dem damals einschlägigen § 33 FGG (nunmehr §§ 89 und 90 FamFG) abweichende Regelung getroffen, die die Anordnung von Ordnungsmitteln, Ordnungsgeld, Ordnungshaft und unmittelbarem Zwang vorsieht.⁹⁵⁹ Die Anwendung von Gewalt gegen ein Kind kommt bei der Durchsetzung grds. in Betracht. Eine Ausnahme besteht, wenn die Herausgabe des Kindes zum Zwecke des Umgangsrechts erwirkt werden soll, § 44 Abs. 3 S. 2 IntFamRVG. Diese deutsche Lösung lässt im Hinblick auf 26 unterschiedliche Verfahrensrechte der an die Brüssel IIa-VO gebundenen EU-Mitgliedstaaten vermuten, dass die Anwendbarkeit der jeweiligen vollstreckungsrechtlichen *lex fori* gem. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO die Durchsetzbarkeit einer mitgliedstaatlichen Entscheidung im jeweiligen Vollstreckungsstaat nur bedingt einschätzbar macht.

3. Vorrangige Bearbeitung der Rückführungsverfahren

Die Brüssel IIa-VO brachte auch für die innerstaatliche Umsetzung des Kindesrückführungsverfahrens Veränderungen. Die Ausführung des HKÜ wurde vor dem Inkrafttreten des IntFamRVG durch das Gesetz (SorgeÜbkAG)⁹⁶⁰ geregelt. Diese Vorschriften werden nun zum größten Teil durch das IntFamRVG ersetzt, das im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO das Rückführungsverfahren beschleunigen soll.⁹⁶¹ Als Ausfluss des Eilgebots des Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO normiert § 38 Abs. 1 IntFamRVG die Vorrangigkeit der Erledigung der Rückführungsgesuche in allen Rechtszügen, und Abs. 3 sieht eine Mitwirkungspflicht aller Beteiligten vor. Der Vorrang gem. Abs. 1 gilt dabei gegenüber allen „sonstigen

⁹⁵⁸ BT-Drucks. 15/3981 S. 29; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 86.

⁹⁵⁹ Rauscher, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 47 Brüssel IIa-VO, Rn. 2.

⁹⁶⁰ Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und des Europäischen Übereinkommens vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, vom 5.4.1990, BGBl. I, S. 701.

⁹⁶¹ BT-Drucks. 15/3981 S. 27; *Schlauff*, IntFamRVG, S. 76; *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 38 IntFamRVG, Rn. 1, es handelt sich nicht um einen absoluten Vorrang, sondern ein Vorzugsgebot.

durchschnittlichen“ Verfahren des Geschäftsverteilungsplans.⁹⁶² Die Bewertung der jeweiligen Schwere und Eilbedürftigkeit eines Falls steht dabei im richterlichen Ermessen.⁹⁶³ Dass die Rückführungsverfahren als Eilsachen zu behandeln sind, ist ein wichtiger Gesichtspunkt in der Bearbeitung der Rückführungsfälle. Wie oben bereits dargestellt, ist gerade der Zeitfaktor sehr entscheidend, wenn es um die Beziehungen des Kindes zu dem zurückgelassenen Elternteil geht.

4. Zentralisierung der Zuständigkeiten

Eine weitere Neuerung durch das IntFamRVG ist die Kompetenz zur Anordnung der sofortigen Vollziehung der Rückführung des Oberlandesgerichts als Beschwerdegericht, die gem. § 40 Abs. 3 IntFamRVG sofort erfolgen soll, wenn die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist oder die Rückgabe des Kindes vor der Entscheidung über die Beschwerde unter der Berücksichtigung der berechtigten Interessen mit dem Wohl des Kindes zu vereinbaren ist. Diese Kompetenz liegt allein beim Beschwerdegericht und nicht wie noch unter dem SorgeRÜbkAG bei den Familiengerichten und den Oberlandesgerichten. Laut Gesetzesbegründung zum IntFamRVG war die Erfolgsquote der Beschwerden in der Vergangenheit allzu gering, und oftmals lag diesen der Versuch zugrunde, die Rückführung lediglich zu verzögern, sodass im Falle der Beschwerde nunmehr eine sofortige Vollziehung vor der Rechtskraft des Rückführungsverfahrens angeordnet werden kann.⁹⁶⁴ Diese Frage wird von den Oberlandesgerichten schon mit Eingang „unverzüglich geprüft“, § 40 Abs. 3 IntFamRVG, eine Maßnahme, mit der eine schnellere und effektivere Prüfung der in vielen Fällen eingelegten Beschwerde inklusive einer Berücksichtigung des Kindeswohls erreicht werden soll.⁹⁶⁵

Das IntFamRVG setzt zudem die mitgliedstaatliche Pflicht zur Errichtung einer Zentralen Behörde gem. Art. 53 Brüssel IIa-VO um, welche mit der Aufgabe betraut ist, Informationen auszutauschen und begleitende Maßnahmen zur Durchführung der Brüssel IIa zu ergreifen.⁹⁶⁶ In Deutschland ist Zentrale Behörde für die drei Rechtsinstrumente Brüssel IIa-VO, HKÜ und ESÜ das Bundesamt für Justiz in Bonn, § 3 IntFamRVG.⁹⁶⁷

VI. Einstweilige Maßnahmen

Neben den Entscheidungen in der Hauptsache sind auch einstweilige Maßnahmen zum Kinderschutz im grenzüberschreitenden Zusammenhang von Bedeutung, da sie eine schnelle Reaktion auf die Kindersituation ermöglichen und Fragen der

⁹⁶² BT-Drucks. 15/3981 S. 36; *Schlauß*, IntFamRVG, § 38, S. 78.

⁹⁶³ BT-Drucks. 15/3981 S. 36; *Schlauß*, IntFamRVG, §38, S. 78.

⁹⁶⁴ BT-Drucks. 15/3981 S. 28; *Schlauß*, IntFamRVG, S. 80; *Gruber*, FamRZ 2005, 1603, 1606.

⁹⁶⁵ BT-Drucks. 15/3981 S. 28; *Schlauß*, § 40 IntFamRVG, S. 80, 81.

⁹⁶⁶ Siehe Kapitel IV Brüssel IIa-VO, Art. 53 ff.

⁹⁶⁷ Siehe die Homepage <http://www.bundesjustizamt.de>.

Zuständigkeit, der Anerkennung und Vollstreckung aufwerfen. Das deutsche Familienverfahrensrecht des FamFG sieht bei Kindschaftssachen (§§ 111 Nr. 2, 151 FamFG) einen vorläufigen Rechtsschutz durch den Erlass einstweiliger Anordnungen nach den §§ 49 bis 57 FamFG vor.⁹⁶⁸ Zweck des Rechtsinstituts ist die zeitnahe Regelung von Rechtsverhältnissen im Sinne des Kindeswohls in dringenden Fällen.⁹⁶⁹ Nach der ausdrücklichen Erwähnung in § 156 Abs. 3 FamFG liegt der Erlass einer einstweiligen Anordnung in Kindschaftssachen insbesondere in Verfahren nahe, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen. Gleiches gilt nach § 157 Abs. 3 FamFG bei einer möglichen Kindeswohlgefährdung im Verfahren nach § 1666 BGB und § 1666a BGB. Zentralnorm des vorläufigen Rechtsschutzes in Kindschaftssachen ist § 49 FamFG, welcher in Abs. 1 das Gericht ermächtigt, durch einstweilige Anordnungen eine vorläufige Maßnahme zu treffen, soweit dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht.

Die einstweilige Anordnung ergeht, wenn Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bestehen und grds. die Hauptsache nicht vorweggenommen wird.⁹⁷⁰ Der Anordnungsanspruch ergibt sich aus dem materiellen Recht, den jeweiligen Voraussetzungen einer Regelung in der Hauptsache wie z.B. der Kindesherausgabe nach § 1632 BGB, der Umgangsregelung nach § 1684 BGB oder einer Maßnahme bei einer Gefährdung des Kindeswohls gem. § 1666 BGB, der amtswegig zu beachtenden generalklauselartigen Rechtsgrundlage für Eingriffe in Elternrechte.⁹⁷¹ Die materiellrechtlich je nach Bezugsrahmen gestaltete Prüfung des Kindeswohls leitet somit die Gerichte bei dem Erlass einstweiliger Anordnungen. Bei internationalen Bezügen ergibt sich an dieser Stelle ein vor dem Hintergrund der deutschen Rechtsordnung geprägter Einschlag, da die deutschen Gerichte hier wie auch in der Hauptsacheentscheidung das ihnen vertraute Familienrecht in der Sache anwenden.⁹⁷² In der Ausgestaltung ihrer Regelung entspricht die einstweilige Anordnung den Möglichkeiten in der Hauptsache.⁹⁷³

⁹⁶⁸ Siehe *Haußleiter*, in: *Haußleiter*, FamFG, § 49 FamFG, Rn. 1.

⁹⁶⁹ BT-Drucks. 16/6308, S. 199, zu § 49 FamFG.

⁹⁷⁰ BT-Drucks. 16/6308 S. 199, zu § 49 FamFG; *Bruns*, FamFR 2009, 8, 9.

⁹⁷¹ OLG Hamm, NJW-RR 2009, 6; *Haußleiter*, in: *Haußleiter*, FamFG, § 49 FamFG, Rn. 7; *Gießler/Soyka*, Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen, Rn. 825; *Stockmann*, in: *Kemper/Schreiber*, FamVerfR, § 49 FamFG Rn. 4.

⁹⁷² Vgl. *Pirrung*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 113.

⁹⁷³ Allgemein zum Inhalt der Anordnungen sieh *Giers*, in: *Keidel*, FamFG, § 49 FamFG, Rn. 16.

B. Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO

Der folgende Teil B des Kapitels 4 untersucht die Praxis deutscher Gerichte im Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls gegen Entscheidungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Seit Inkrafttreten der Verordnung sind bereits einige interessante Entscheidungen zur Anwendung der Verordnung, insbesondere im Zusammenspiel mit dem Haager Kindesentführungsübereinkommen, erlassen worden.

I. Entscheidungen deutscher Gerichte

1. *OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05*

a) Sachverhalt und Entscheidung

In einem kurz nach dem Inkrafttreten der Verordnung im Jahre 2005 entschiedenen Fall behandelte das OLG Hamm eine Beschwerde gegen die erstinstanzliche Anordnung einer Kindesrückführung.⁹⁷⁴ Beide Eltern⁹⁷⁵ sind italienische Staatsangehörige, und aus ihrer Ehe gingen zwei Kinder hervor. Nachdem die Ehe laut Aussage der Ehefrau unglücklich verlief und es zu Misshandlungen der M und der Kinder durch den V gekommen war, floh die M im Jahre 2004 ein erstes Mal mit den Kindern nach Deutschland. Im Rahmen eines durch den V in Italien eingeleiteten Verfahrens vor dem Jugendgericht einigten sich die Eltern, dass die Kinder zunächst in Deutschland verbleiben sollten, bis die Frage des Sorgerechts endgültig geregelt und die Situation durch das Gericht geklärt sein würde. Anlässlich der Ausübung eines vereinbarten Besuchsrechts brachte der V die Kinder gegen ihren Willen jedoch umgehend wieder eigenmächtig nach Italien zurück und behielt sie bei sich. Nach Anhörung der Kinder und der Beteiligten sprach das Jugendgericht die elterliche Sorge der M zu, allerdings mit der Maßgabe, die Kinder nicht außerhalb des Landes zu bringen, um dem V so ein Umgangsrecht zu ermöglichen.⁹⁷⁶ Dennoch brachte sie die Kinder eigenmächtig und gegen den Willen des Vaters von Italien nach Deutschland zurück. Dort besuchten die Kinder dann eine deutsche Schule und lebten sich am Aufenthaltsort ihrer Mutter ein.

Im Juni 2005 stellte der V Rückführungsanträge nach dem HKÜ. Zur Begründung führte er aus, dass die M durch ihre eigenmächtige Aktion sein Mitsorge-recht verletzt hätte und die Kinder an ihren letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort, Italien, zurückzuführen seien.⁹⁷⁷ Gegen den Antrag auf Rückführung trug die M das Vorliegen einer Gefahr für das Wohl beider Kinder i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b)

⁹⁷⁴ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Wiedergabe des Sachverhalts in Rn. 1-15, zit. nach juris.

⁹⁷⁵ Mutter und Vater werden im Folgenden M und V genannt.

⁹⁷⁶ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 3, zit. nach juris.

⁹⁷⁷ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 5, zit. nach juris.

HKÜ vor.⁹⁷⁸ Beiden Kindern hätte die Gefahr einer schweren physischen und psychischen Beeinträchtigung gedroht. Nicht nur die durch den V erlebten Gewalttätigkeiten, sondern auch die kriminellen Tendenzen der Familie des V und auch die Sorge um die eigene Mutter hätten einer Rückführung entgegengestanden. Der Bruder des Antragstellers hätte die M zum Teil mit ernst zu nehmenden Bedrohungen konfrontiert, und erst in Deutschland hätten die Kinder zum ersten Mal ein unbekümmertes Leben geführt.

Diese Ausführungen hielt das in erster Instanz zuständige Amtsgericht jedoch für nicht substantiiert genug, um die Rückführung nach dem Ausnahmetatbestand des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ zu versagen. Der Vortrag der Antragsgegnerin sei zu pauschal gewesen, und das Amtsgericht ging davon aus, dass der Antragsteller die Versorgung der Kinder ebenso hätte sicherstellen können. Das Amtsgericht ordnete die Rückführung nach Italien an. Hiergegen wandte sich die M mit der Beschwerde zum OLG Hamm. In dieser Instanz wies sie noch einmal deutlich auf die strafrechtliche Verurteilung des Bruders des V hin.⁹⁷⁹ Bei einer Rückkehr nach Italien sei ihr Leben gefährdet gewesen, da sie durch die Trennung die Familienehre verletzt habe, eine Situation, die auch die Kinder nach einer Rückführung erheblich beeinträchtigt hätte. Das Diakonische Werk, das vom Jugendamt mit der Aufgabe der Begutachtung der Kinder betraut wurde, schloss sich diesen Ausführungen im Verfahren an.⁹⁸⁰ Es kam zu dem Ergebnis, dass sich der Zustand der Kinder wegen ihrer Sorge um eine Rückführung nach Italien verschlechtert habe. Zusätzlich holte der erkennende Senat ein psychologisches Gutachten ein.⁹⁸¹

Der Senat erachtete die Beschwerde der M als zulässig und begründet.⁹⁸² Er kam in seiner Würdigung zu dem Ergebnis, dass die allgemeinen tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rückführung nach dem HKÜ gegeben waren. Somit kam es auf die Bewertung der Umstände am Maßstab des Ausnahmetatbestands des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ an.⁹⁸³ Angemessene Schutzvorkehrungen gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO vonseiten der italienischen Gerichte und Behörden waren nach Erkenntnis des Senats nicht getroffen worden, weshalb die Würdigung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ für den Verbleib der Kinder entscheidend war. Das für sorgfältig erstattet befundene psychologische Sachverständigengutachten hatte ergeben, dass eine schwerwiegende physische und seelische Gefahr für das Kind im Falle der Anordnung der Rückführung zu befürchten gewesen wäre.⁹⁸⁴ Das Gutachten ergab zwar nicht das Vorliegen einer akuten Depressivität,

⁹⁷⁸ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 7, zit. nach juris.

⁹⁷⁹ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 11, zit. nach juris.

⁹⁸⁰ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 13, zit. nach juris.

⁹⁸¹ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 15, zit. nach juris.

⁹⁸² OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 16 ff., zit. nach juris.

⁹⁸³ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 20, zit. nach juris.

⁹⁸⁴ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 20, 22-26, zit. nach juris.

Suizidgefährdung oder posttraumatischer Belastungsstörungen, jedoch eine hohe psychische Belastung, die sich in gravierenden Ängsten der Kinder geäußert habe.⁹⁸⁵ Das Kind D habe in der Anhörung geschildert, selbst Zeuge der Gewaltausbrüche des V geworden zu sein, was es aufgrund der kindlichen Wahrnehmung als sehr gravierend und belastend wahrgenommen habe.⁹⁸⁶

Der Senat führte aus, nicht zu verkennen, dass typische Belastungen der Rückführung nicht die Versagung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ rechtfertigten.⁹⁸⁷ Solche typischen Belastungen entstünden daraus, dass sich entführte Kinder in der Regel mit dem entführenden Elternteil identifizierten und alle Kräfte daran setzten, sich in die neue Situation einzufinden, Fuß zu fassen und soziale Kontakte zu knüpfen. Würden sie dann dem verlassenen Elternteil zum Zwecke der Rückführung übergeben, bräche ihre Welt erneut zusammen, was zwangsläufig mit psychischen und gegebenenfalls auch körperlichen Belastungen verbunden sei. Zumutbar und verkraftbar sei dies für die Kinder dann, wenn der Elternteil, in dessen Obhut sie für die Rückführung gegeben werden, ihnen auf der Grundlage einer liebevollen emotionalen Beziehung verständlich machen kann, warum die Rückführung erforderlich ist.⁹⁸⁸ Diese Voraussetzungen für eine dem Kindeswohl unschädliche Rückführung seien im vorliegenden Fall aber nicht gegeben, auch wenn die Kinder die im Dezember 2004 erfolgte Rückentführung durch den V unbeschadet überstanden hätten und das Jugendgericht im Januar 2005 noch festgestellt hatte, dass es sich sowohl bei der M als auch dem V um liebevolle Eltern gehandelt habe, die eine Bindung zu ihren Kindern gehabt hätten.⁹⁸⁹ Die schon vom Jugendgericht scharf gerügte Einmischung der Familie des V habe aber inzwischen zu einer Veränderung der Umstände geführt. Nach den Feststellungen der Sachverständigen habe das Kind D zum V keine positiven Bindungen mehr unterhalten, weil er die M als bedroht und hilflos erlebt habe und sich ohne ihre gezielte oder bewusste Einflussnahme ausschließlich mit ihr identifiziert habe.⁹⁹⁰ Da die M die negativen Gefühle der Kinder zur Zeit des gemeinsamen Lebens in Deutschland noch kompensiert habe, war im Falle einer Rückführung und einer Überantwortung an den V mit erheblicheren psychischen Folgen zu rechnen.

Eine Schaffung angemessener Vorkehrungen i.S.d. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO, mit denen der Ablehnung der Rückführung wirksam begegnet hätte werden können und die diese entkräftet hätten, waren nicht erkennbar. Diese Vorkehrungen zum Schutze der Kinder nach der Rückführung hätten jedoch nach Auffassung des Senats auch nur schwer getroffen werden können, da die hohe psychi-

⁹⁸⁵ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 22-26, zit. nach juris.

⁹⁸⁶ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 23, zit. nach juris.

⁹⁸⁷ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 27, zit. nach juris.

⁹⁸⁸ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 28, zit. nach juris.

⁹⁸⁹ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 29, zit. nach juris.

⁹⁹⁰ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 29, zit. nach juris.

sche Belastung der Kinder in dem Maße nicht vorhersehbar gewesen sei. Bei dem zum Entscheidungszeitpunkt diagnostizierten Zustand der Kinder sei eine Übergabe an den V jedenfalls nahezu ausgeschlossen. Eine Rückkehr nach Italien wäre nur durch eine langwierige psychologische Betreuung der Kinder mit einer gezielten Vorbereitung denkbar gewesen. Die Anordnung der Rückführung durch das Amtsgericht sei dem Kindeswohl schädlich gewesen, weshalb das OLG Hamm der Beschwerde der Mutter gegen den Rückführungsantrag stattgab.

Gem. Art. 11 Abs. 6 Brüssel IIa-VO leitete das Gericht eine Abschrift der ablehnenden Entscheidung an das international zuständige italienische Jugendgericht. Der Beschluss endet mit dem Hinweis des Senats, dass eine im Hauptsacheverfahren vor dem italienischen Gericht angeordnete Kindesherausgabe gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO Vorrang gegenüber dem Beschluss des OLG Hamm hätte.⁹⁹¹

b) Bewertung

Das OLG Hamm nahm in seinem Beschluss das Vorliegen der Voraussetzungen der Rückführungsversagung gem. Art. 13 Abs. 1 lit a) HKÜ an, während das Familiengericht in erster Instanz noch mangels eines substantiierten Vortrags zur Gefährdung der Kinder die Rückführung angeordnet hatte. Als Beschwerdeinstanz setzte sich das OLG umfassend mit den vorgetragenen Argumenten zur psychischen Verfassung beider Kinder auseinander und legte dabei ein psychologisches Gutachten zugrunde. Die Ausführungen des OLG Hamm erscheinen, als habe der Senat das Rückführungsverfahren nicht in seiner Eigenschaft als Mittel zum Zweck der Realisierung eines Sorgerechtsverfahrens am ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltsort angewandt, sondern innerhalb des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ eine zu umfassende Betrachtung angestellt. Die Anwendung der Kindeswohlklausel Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ im Beschluss des OLG Hamm würdigte die kindlichen Bindungen zu beiden Elternteilen und trennte nicht nach der Relevanz für die Bereiche „Kindeswohlgefährdung durch die Rückführung“ und „Betreuung und Kontakt mit den Kindern.“⁹⁹² Ob das Kind wirklich nicht in Obhut des zurückgelassenen Elternteils belassen werden kann sowie andere in dessen Person liegende Gründe sind Fragen des Sorgerechtsverfahrens.⁹⁹³

Die Kritik an der Einbeziehung zu allgemeiner Fragen der Kindesbindungen darf es sich jedoch auch nicht zu leicht machen. Bei der Auswertung der veröffentlichten Entscheidungsgründe fehlt der persönliche Eindruck von den beteiligten Personen, und die richterliche Ermessensausübung kann nur nachvollzogen, aber nicht selbst angestellt werden. Die Entscheidung des OLG Hamm ist auf dieser Grundlage als vertretbar zu bewerten, da sich die Umstände der Rückfüh-

⁹⁹¹ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 35, zit. nach juris.

⁹⁹² OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 29, zit. nach juris.

⁹⁹³ *Siehr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 74.

rung letztlich nicht vom Zusammenhang der familiären Gesamtumstände trennen ließen. Wenn eine sich derartig körperlich und psychisch manifestierende pathologische Abneigung des Kindes gegen ein Verbringen in den ursprünglichen Aufenthaltsstaat und insbesondere die Obhut des Vaters und dessen Lebensumfeld besteht, so berührt dies die Frage des körperlichen und seelischen Wohls des Kindes i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ und nicht nur der Sorgerechtsentscheidung. Der Senat ist nicht zuletzt auch durch das psychologische Gutachten zu der Einschätzung gekommen, dass die Anordnung der Rückführung in dieser Situation Kindeswohlgefährlich gewesen wäre und verkennt dabei nicht, dass das HKÜ hierfür hohe Voraussetzungen statuiert, die deutlich über die gewöhnlichen Belastungen einer Rückführung hinausgehen.⁹⁹⁴

Fraglich bleibt allein, ob das OLG sich stärker mit den italienischen Behörden hätte abstimmen können. So schätzte der Senat auf Grundlage des psychologischen Gutachtens und der Berichte über den V und dessen Familie die Rückführung nach Italien als zu gefährlich für das Kindeswohl ein, ohne dabei eventuelle begleitende Maßnahmen mit den italienischen Behörden erörtert zu haben. Eine flankierende Maßnahme zur Rückführungsanordnung hätte möglicherweise darin bestehen können, die Kinder in der Obhut der Mutter zu belassen. Der Senat schließt die Möglichkeit der Schaffung angemessener Vorkehrungen in Italien zum Entscheidungszeitpunkt jedoch recht deutlich aus.⁹⁹⁵ Ob dies nicht doch möglich gewesen wäre, bleibt Tatfrage.

Ähnlich wie im Fall Tiemann ist den Kindern auch hier eine mehrfache Hin- und Rückreise widerfahren. Im Zusammenhang mit dem Streit der Eltern dürfte dies dem Kindeswohl ebenfalls geschadet haben und in die Gesamteinschätzung durch den Senat eingeflossen sein.

⁹⁹⁴ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 27, 28, zit. nach juris.

⁹⁹⁵ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF/219/05, Rn. 32-33, zit. nach juris.

2. OLG Stuttgart, 7.12.2008, 17 UF 318/05

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Beschluss des OLG Stuttgart (17 UF 318/05) aus dem Jahr 2006⁹⁹⁶ hatte die Vereinbarkeit der Vollstreckung einer Rückgabeverpflichtung mit dem Kindeswohl zum Gegenstand.⁹⁹⁷ Betroffene Vollstreckungsschuldnerin war die Mutter M, die ihr mit dem antragstellenden Vater V gemeinsames Kind widerrechtlich von Italien nach Deutschland verbracht hatte. Die Frage der Rückführung in der Sache war in der Beschwerdeinstanz bereits abschließend behandelt worden. Die dort bestätigte Rückführungsentscheidung sollte nunmehr vor dem OLG Stuttgart als Vollstreckungsgericht durchgesetzt werden.

Das vom V betriebene Verfahren auf Vollstreckung der Rückführung zielte auf die Anordnung eines Ordnungsmittels nach § 44 IntFamRVG durch das Gericht. Neben der Rüge der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme trug die M mehrere Argumente gegen die Rückführung vor, unter anderem eine psychische Erkrankung des V, die sie mit Auszügen aus Telefonaten begründete.⁹⁹⁸ Weiter hätte ihrer Auffassung nach ein Überlassen des Kindes in der Obhut des V eine ernst zu nehmende Gefahr begründet. Sie kritisierte die Art und Weise des Umgangs des V mit dem Kind, die eine Gefahr begründet hätte und dies in Zukunft tun würde. Diese Ausführungen blieben dem Gericht jedoch zu spekulativ. Hypothetische oder zukünftige Gefährdungslagen schieden nach Auffassung des OLG aus.⁹⁹⁹ Der Senat betonte, dass die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ bereits im Rückführungsverfahren geklärt wurden und im Vollstreckungsverfahren keine weniger strenge Auslegung gelten könne.¹⁰⁰⁰

So prüfte das Gericht, ob eine schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen die zu vollstreckende Rückgabeentscheidung i.S.d. Art. 44 Abs.1 IntFamRVG vorlag.¹⁰⁰¹ Insgesamt stellte sich die M dem Vollstreckungsgericht als „unnachgiebig“ dar, weshalb gegenüber dieser aufgrund der Vermögenslosigkeit die Ordnungshaft angeordnet wurde. Zudem ermächtigte das Gericht den Gerichtsvollzieher, die Herausgabe des Kindes gem. § 44 Abs. 3 S. 2 IntFamRVG notfalls mit Gewalt zu vollziehen.¹⁰⁰²

⁹⁹⁶ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05.

⁹⁹⁷ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 1-2, zit. nach juris.

⁹⁹⁸ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris.

⁹⁹⁹ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris.

¹⁰⁰⁰ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris.

¹⁰⁰¹ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 3, zit. nach juris.

¹⁰⁰² OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 10, zit. nach juris.

b) Bewertung

Die von der M vorgetragene Argumente waren für sich genommen in ihrer Schwere nicht unerheblich. Jedoch begründeten sich die Argumente gegen die Rückführung anders als im zuvor beschriebenen Fall des OLG Hamm nicht mit Kriterien, die in erster Linie die aktuelle Situation des Kindes betrafen. Nach ihrer Argumentation sollte das Kind durch einen zukünftigen Einfluss des V betroffen sein. Diese Einwände waren weder „neue“ Erkenntnisse, die die Fortführung des Vollstreckungsverfahrens gehindert hätten, noch konnten sie die Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung in Frage stellen. Schon im Rückführungsverfahren, welches eine Prüfung der Rückführungsversagung nach Art. 13 Abs. 1 lit b) HKÜ in Verbindung mit der Brüssel IIa-VO zum Gegenstand hatte, griffen die Argumente nicht durch, was der Senat in seinem Beschluss noch einmal erwähnte.¹⁰⁰³

Im Vollstreckungsverfahren war nur noch über die Vereinbarkeit der Vollstreckungsmaßnahme mit dem Kindeswohl und nicht über Einwendungen in der Sache zu befinden.¹⁰⁰⁴ Prüfungsmaßstab war daher nicht mehr Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, sondern der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hoheitlichen Handelns. Das Gericht stellte allerdings einen Bezug zu Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ her, der nach Auffassung des Gerichts auf die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung ausstrahlte, die in den Anforderungen nicht milder sein durften.¹⁰⁰⁵

Die im Vollstreckungsverfahren vorgetragene sachliche Einwände zur Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl richteten sich ihrem Inhalt nach somit nicht gegen die festgelegte Vollstreckungsmaßnahme, sondern argumentierten gegen die Anordnung der Rückführung in der Sache. Das Vollstreckungsgericht ging daher zutreffend nicht mehr erneut auf die Bedenken der M gegen eine Rückführung ein. Die Bewertung der Eignung des V zum Umgang mit den Kindern betraf zudem funktional eine Frage des Sorge- und Umgangsrechtsverfahrens. Insofern liegt der Beschluss des OLG Stuttgart in der Sache richtig. Die Prüfung des Kindeswohls im Vollstreckungsverfahren erfolgte anhand der in diesem Verfahrensabschnitt relevanten Kriterien.

¹⁰⁰³ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 7, zit. nach juris.

¹⁰⁰⁴ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 7, zit. nach juris; siehe dazu EuGH, 1.7.2010, C-211/10 PPU, (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 81-82 und auch *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 9.

¹⁰⁰⁵ OLG Stuttgart, 6. 4. 2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris.

3. OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06

a) Sachverhalt und Entscheidung

In einem Beschluss des OLG Naumburg¹⁰⁰⁶ (8 WF 153/06) aus dem Jahr 2006 kam es ebenfalls auf die Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ an. Ein in den Niederlanden lebendes Paar ließ sich im Jahr 2004 scheiden. Aus dieser nichtehelichen Lebensgemeinschaft waren zwei Kinder hervorgegangen, für die die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern bestand.¹⁰⁰⁷ Im Dezember 2005 verzog die M dann ohne jede Rücksprache mit den Kindern nach Deutschland. Im September 2006 stellte der V Rückführungsanträge beim Amtsgericht/Familiengericht Naumburg.¹⁰⁰⁸ Dieses ordnete nach Anhörung der Kinder die Rückführung in die Niederlande an. Gegen die Rückführung wandte sich die M im Wege der sofortigen Beschwerde zum OLG Naumburg nach den §§ 40 Abs. 2 IntFamRVG, 22 FGG.

Das OLG Naumburg hielt die Beschwerde für unbegründet.¹⁰⁰⁹ Das Mitsorge-recht des V wurde durch das eigenmächtige Verbringen in widerrechtlicher Weise verletzt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rückführung waren gegeben. Wie in der Vielzahl der Rückführungsfälle kam es auf die Beurteilung der Frage der Gefährdung der Kinder gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ an. Die Vorwürfe der M gegen den V, zu denen auch eine strafrechtliche Anzeige wegen sexueller Belästigung zählte, wurden dem Gericht nicht zur Überzeugung dargetan. Die M hatte vorgetragen, dass der V zu bestimmend gewesen sei und keinen Blick für die Sicherheit der Kinder gehabt habe.¹⁰¹⁰ Die den Vorwürfen der M nachgehenden Ermittlungen des niederländischen Gerichts im Rahmen ihres Antrags auf Zuweisung der alleinigen Sorge konnten die Vorbehalte der M gegenüber dem V nicht bestätigen.¹⁰¹¹ Eine Kindeswohlgefährdung war für den OLG-Senat nicht erkennbar, weshalb die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen wurde.

b) Bewertung

In der Sache war der Fall eindeutig gelagert und der Konflikt auch nicht brisant. Der interessante Aspekt, der den Beschluss des OLG Naumburg für die vorliegende Untersuchung interessant macht, sind die zusätzlichen Ausführungen zur Rückführung nach dem Verfahren des HKÜ und der Brüssel IIa-VO. Der Senat machte deutlich, dass das HKÜ nur Mittel zum Zweck der Realisierung des Sorgerechtsverfahrens am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder ist und unterstrich

¹⁰⁰⁶ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, Rn. 1, zit. nach juris.

¹⁰⁰⁷ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, Rn.1, zit. nach juris.

¹⁰⁰⁸ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, Rn. 2, zit. nach juris.

¹⁰⁰⁹ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹⁰ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹¹ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

die Funktion der Rückführung im Gesamtsystem des Internationalen Verfahrensrechts in Kindschaftssachen. Darüber hinaus traf der Senat die Aussage, dass in Zweifelsfällen, in denen die Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehe, eine Rückgabe anzuordnen sei.¹⁰¹² Die Beeinträchtigung der Kindesinteressen durch eine Rückführungsanordnung sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁰¹³ Der Senat formulierte:

Auch in Zweifelsfällen ist eine Rückgabe von Kindern anzuordnen. Eine darin liegende Beeinträchtigung der Interessen von Kindern ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (AnwK-BGB/Benicke, Art. 13 HKÜ Rn. 3 m.w. Nachw.). Die Brüssel-IIa-VO und das HKÜ wollen nämlich die Voraussetzungen dafür schaffen, dass international zuständige Gerichte sich mit dem Sorge- und Umgangsrecht befassen und ihre Entscheidungen in anderen Vertragsstaaten beachtet werden (vgl. BVerfG, FamRZ 1997, 1269 f.).¹⁰¹⁴

Dies verdeutlicht das Bestehen eines speziellen Prüfungsmaßstabs im Umgang mit Kindeswohleinwänden im Rückführungsverfahren im Vergleich zum Sorge- und Umgangsrechtsverfahren. Die Prüfung des Kindeswohls als Grund der Rückführungsversagung im HKÜ-Verfahren ist auf den Ausschluss gravierender Gefährdungspotentiale beschränkt und dient der Durchführung des Hauptsacheverfahrens am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Das Gericht weist darüber hinaus auf den Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO hin, nach dem die Rückführung nicht verweigert werden kann, wenn angemessene Vorkehrungen zum Schutz des Kindes geschaffen wurden. Dies sei hier durch die Aufsicht der Familienvormundschaftsbehörde gewährleistet gewesen.¹⁰¹⁵

Die Würdigung des 8. Senats des OLG Naumburg liegt genau im Rahmen der Vorgaben der Brüssel IIa-Verordnung im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab des Kindeswohls im Zweitstaat.

4. OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die Entscheidung des OLG Brandenburg¹⁰¹⁶ vom 22.9.2006 betraf ebenfalls die Auslegung des Art. 13 Abs.1 lit. b) HKÜ im Zusammenhang mit Art. 11 Abs. 4 der Brüssel IIa-VO, der die bereits restriktiven Voraussetzungen der Rückführungsversagung nach dem HKÜ noch weiter verengt und bei Vorliegen angemess-

¹⁰¹² OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹³ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹⁴ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹⁵ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰¹⁶ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, besprochen von *Völker*, in *jurisPR-FamR* 6/2007 Anm. 6.

sener Schutzvorkehrungen das gerichtliche Ermessen bei Rückführungsentscheidungen auf Null reduziert.

Aus der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einer deutschen Frau mit einem französischen Mann, die gemeinsam in Frankreich lebten, gingen zwei Kinder hervor. Ohne den V darüber zu informieren, zog die M im Jahr 2006 nach Deutschland.¹⁰¹⁷ Vor dem Amtsgericht leitete sie ein Sorgerechtsverfahren ein, in dem ihr vorläufig das Aufenthaltsbestimmungsrecht für beide Kinder übertragen wurde. Das Sorgerechtsverfahren wurde dann an ein anderes Amtsgericht verwiesen, welches die vorläufige Übertragung wieder aufhob.¹⁰¹⁸ Auf Antrag des V ordnete das zuständige Amtsgericht die Rückführung nach dem HKÜ an, nachdem für beide Kinder ein Verfahrenspfleger bestellt worden war und diese neben beiden Eltern und beiden Kindern durch das Gericht angehört wurden.¹⁰¹⁹

Gegen diesen Beschluss wandte sich die Antragsgegnerin M mit der Beschwerde gem. Art. 40 Abs. 2 IntFamRVG i.V.m. § 22 Abs. 1 des damals geltenden FGG zum Oberlandesgericht, mit der sie die Zurückweisung des Antrags und hilfsweise unter Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts die Verweisung des Verfahrens an ein anderes Familiengericht beantragte.¹⁰²⁰ Sie meinte, eine Rückführung hätte dem Wohl der Kinder widersprochen. Die Kinder seien in Frankreich durch die im gleichen Haus lebenden Eltern des Vaters mit übermäßiger Strenge erzogen worden, während der Kindesvater wegen dessen vollschichtiger Erwerbstätigkeit kaum in der Lage gewesen sei, sich um die Kinder zu kümmern.¹⁰²¹ Des Weiteren hätten die Großeltern die Entfaltung von Aktivitäten der Antragsgegnerin mit den Kindern unterbunden. Darüber hinaus rügte sie, dass dem Amtsgericht „Schnelligkeit vor Gründlichkeit“ gegangen sei.¹⁰²² Die Rückkehr nach Frankreich hätte die Gefahr körperlichen und seelischen Schadens für die Kinder begründet. Diese hätten sich 6 Monate lang in Deutschland eingelebt, wo sie soziale Bindungen aufgebaut hätten und integriert worden seien.¹⁰²³ Sie führte aus, dass sie ihre Berufstätigkeit aufgegeben habe, um sich besser um die Kinder kümmern zu können und dass sie eine Rückkehr nach Frankreich für sich ausschloss, weshalb die Kinder von ihrer Hauptbezugsperson getrennt worden wären. Weiter rügte die M die Sicherungs- und Vollstreckungsanordnungen, die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers zur gewaltsamen Wegnahme der Kinder habe gegen das Übermaßverbot verstoßen.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁷ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 1-2, zit. nach juris.

¹⁰¹⁸ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 2, zit. nach juris.

¹⁰¹⁹ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 9, zit. nach juris.

¹⁰²⁰ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 12, zit. nach juris.

¹⁰²¹ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 8, zit. nach juris.

¹⁰²² OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 12, zit. nach juris.

¹⁰²³ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 12, zit. nach juris.

¹⁰²⁴ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06. Rn. 13, zit. nach juris.

Der 3. Senat für Familiensachen des OLG Brandenburg wies die Beschwerde der M zurück und bestätigte die Rückführungsanordnung der Kinder nach Frankreich.¹⁰²⁵ Das Gericht führte aus, dass die „Härtefallregelung“ des Art. 13 lit. b) HKÜ der Rückführung nicht entgegengestanden habe. Dabei nahm der Senat Bezug auf die allgemeine Judikatur zum HKÜ, dass die Trennung von der Hauptbezugsperson für sich genommen nicht den Einwand der Gefahr i.S.d. Art. 13 lit. b) HKÜ begründen könne. Sodann vergegenwärtigte das Gericht die Regelung des Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO, welche in Rückführungsverfahren zu beachten war.¹⁰²⁶ Da sowohl Frankreich als auch Deutschland Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft/Union sind, habe im gegebenen Fall Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-Verordnung eine materiellrechtliche Einschränkung der Härtefallregelung des Art. 13 Abs. 1 b) HKÜ begründet. Nachdem die Antragsgegnerin sich weigerte, die Kinder im Falle der Rückführung nach Frankreich dort in Obhut zu nehmen, sei ein angemessener Schutz der Kinder auch durch die Herausgabe an den Antragsteller und die Unterbringung in seinem Haushalt gewährleistet. Dieser habe bislang die Kinder unstrittig ordnungsgemäß versorgt.¹⁰²⁷ Die von der M erhobenen Vorwürfe, der Vater würde die Kinder nicht ordnungsgemäß versorgen und diese dem zu strengen Erziehungsstil seiner Eltern aussetzen, erschienen dem Gericht nicht begründet.

Der Senat betonte, dass durch das HKÜ-Verfahren nicht die Sachfragen des Sorgerechtsverfahrens am Gerichtsstand des Aufenthaltsorts vorwegzunehmen seien.¹⁰²⁸ Weiter formulierte er, dass soweit die Antragstellerin dem Antragsgegner vorgeworfen habe, die Versorgung der Kinder teilweise seinen Eltern überlassen zu haben, dies der Anordnung ebenso wenig entgegengestanden habe wie ihre Behauptung, der Antragsteller dulde zu strenge Erziehungsmethoden seiner Eltern.¹⁰²⁹ Die Frage, welcher Elternteil besser in der Lage ist, die Kinder nach ihren individuellen Bedürfnissen zu fördern, sei Gegenstand der Sorgerechtsentscheidung des Gerichts am ursprünglichen Aufenthaltsort der Kinder. Dies hätte auch die Verfahrenspflegerin verkannt, soweit sie die Ansicht vertreten hatte, im Rahmen des Rückführungsverfahrens komme es darauf an, denjenigen Elternteil zu ermitteln, zu dem stärkere Bindungen der Kinder bestehen.¹⁰³⁰

Zur Rüge der Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung der Rückführung durch die Androhung von Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft und die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers zur Gewaltanwendung erklärte der Senat, dass diese von der Ermächtigung in § 11 HKÜ i.V.m. § 14 Ziffer 2 IntFamRVG und den

¹⁰²⁵ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 17 ff., zit. nach juris.

¹⁰²⁶ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁰²⁷ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁰²⁸ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁰²⁹ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁰³⁰ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

deutschen familienrechtlichen Verfahrensvorschriften gedeckt sei.¹⁰³¹ Durch die gerichtliche Setzung einer angemessenen Frist zur freiwilligen Rückführung der Kinder stelle sich die Ermächtigung zur Gewaltanwendung auch nicht als unverhältnismäßig dar.

b) Bewertung

Das OLG Brandenburg nahm in seinem Beschluss vom 22.9.2006 eine eingehende inhaltliche Überprüfung der von der Mutter vorgetragenen Einwände gegen eine Vereinbarkeit der Rückführung mit dem Kindeswohl vor und betonte den funktionalen Charakter des HKÜ-Verfahrens im Rahmen der durch die Brüssel IIa-VO angelegten Zuständigkeitsordnung. Die gerichtliche Würdigung beschränkt sich aber auf die Kernfrage einer möglichen Kindeswohlgefährdung allein durch die Rückführung. Im Beschluss wurde deutlich, dass die ohnehin schon restriktiven Voraussetzungen einer Rückführungsversagung durch die Brüssel IIa-VO noch einmal verengt wurden.¹⁰³² Insbesondere die rechtliche Wirkung des Vorliegens angemessener Vorkehrungen im Aufenthaltsstaat gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO, die ähnlich wie Art. 11 Abs. 8 die Erwägungen zum Ausnahmetatbestand des Art. 13 Abs. 1 lit b) HKÜ entkräften können, bildete einen Hintergrund der gerichtlichen Würdigung. Die Betrachtung der Umstände des Falls legte aus Sicht des OLG Brandenburg keine ernsthafte Kindeswohlgefährdung nahe.

Anders als im Beschluss des OLG Hamm vom 7.12.2005 waren die Bedenken der Antragsgegnerin wie auch im Beschluss des OLG Stuttgart (17 UF 318/05) nicht an mögliche Gefahren für die Kinder durch die Rückführung selbst geknüpft, sondern stellte die M nur die Erziehungsfähigkeit des V in Abrede, welche jedoch nicht Gegenstand des Rückführungsverfahrens waren, da in diesem nicht über die elterliche Sorge entschieden wird.

Fraglich bleibt, welchen Einfluss die Modifikationen des Art. 11 Brüssel IIa-VO generell auf die Erörterung einer Kindeswohlgefährdung durch Gerichte im Zufluchtstaat haben. Würde diese die inhaltliche Tiefe der Auseinandersetzung mit dem Kindeswohl im Zufluchtstaat beeinträchtigen, so wäre dies kein zu begrabender Effekt. Dem OLG Brandenburg ist ein solcher Vorwurf jedoch nicht zu machen.

5. *OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08*

Generelle Aussagen zu Einwänden des Kindeswohls im Rückführungsverfahren vergleichbar zu denen im Beschluss des OLG Brandenburg¹⁰³³ traf auch das OLG Düsseldorf in einer ähnlich gelagerten Entscheidung aus dem Jahr 2008.¹⁰³⁴

¹⁰³¹ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 22, zit. nach juris.

¹⁰³² *Völker*, jurisPR-FamR 6/2007 Anm. 6.

¹⁰³³ Vom 22.9.2006, 15 UF 189/06 (Entscheidung Nr. 4).

a) Sachverhalt und Entscheidung

Nach einem Aufenthalt in Deutschland brachte die Mutter M ihre Kinder nicht mehr zurück nach Finnland, wo der ursprüngliche Lebensmittelpunkt der Familie bestanden hatte. So stellte der mitsorgeberechtigte Vater V einen Antrag auf Rückführung, welchem durch eine Anordnung des AG Düsseldorf entsprochen wurde.¹⁰³⁵ In der Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf wandte sich die M gegen diese Entscheidung, indem sie mit einer Gefahr für das Kindeswohl im Falle der Rückführung argumentierte.¹⁰³⁶

Das OLG Düsseldorf bestätigte die Rückführungsanordnung der Vorinstanz. Das Gericht legte dar, dass wegen der Zwecke des HKÜ die Beteiligten vom widerrechtlichen Verbringen von Kindern ins Ausland abzuhalten seien. Daher sei die Sorgerechtsentscheidung am Ort des früheren Aufenthalts der Kinder sicherzustellen, um nicht von vornherein zunächst widerrechtlich geschaffenen vollendeten Tatsachen ein Übergewicht zu verleihen.¹⁰³⁷ Die mit einer Rückführung typischerweise verbundenen Beeinträchtigungen des Kindeswohls müssten dabei außer Betracht bleiben.¹⁰³⁸ Vielmehr könnten sich nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohls, die über mit einer Rückführung gewöhnlich einhergehende Schwierigkeiten hinausgehen, ausnahmsweise durchsetzen.¹⁰³⁹

Die Frage, ob die Kinder sich mittlerweile in Deutschland eingelebt hätten und bei welchem Elternteil und an welchem Ort diese am besten aufgehoben seien, sei Frage des vor finnischen Gerichten zu führenden Hauptsacheverfahrens. Der Anordnung der Rückführung konnten die durch die Mutter vorgebrachten Argumente nicht ein solches Gewicht entgegenzusetzen, dass von dieser abzusehen war.¹⁰⁴⁰ Das Gericht verwies auf die Eigenmächtigkeit des Handelns der M und ihre Möglichkeit, einen Aufenthaltswechsel zum V immer noch durch eine Begleitung der Kinder abwenden zu können.¹⁰⁴¹ Aus diesem Grund sowie wegen der Notwendigkeit einer Sorgerechtsregelung durch das international zuständige Gericht in Finnland stünde auch der Wille der Kinder, mit der M zukünftig weiter in

¹⁰³⁴ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775-1776.

¹⁰³⁵ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775.

¹⁰³⁶ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰³⁷ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776 mit Verweis auf BVerfG NJW 1996, 1402, 1403.

¹⁰³⁸ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰³⁹ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰⁴⁰ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰⁴¹ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776, mit Verweis auf BVerfG FamRZ 1999, 641, 642.

Deutschland leben zu wollen, einer Rückführung nach dem HKÜ nicht entgegen.¹⁰⁴²

b) Bewertung

Das Argument der Trennung von der M erachtete der Senat als nicht tragfähig, da diese nicht notwendige Folge der Rückführungsanordnung war. Da der Antrag auf Rückführung innerhalb einer Jahresfrist gestellt wurde, sprach auch die abstrakte Vermutung des HKÜ dafür, dass soziale Bindungen noch nicht in dem vertieften Maße geknüpft wurden und schulische Nachteile zu befürchten waren, die eine Rückführung an den ursprünglichen Aufenthaltsort ernsthaft in Frage stellen konnten.¹⁰⁴³ Eine „ausgeprägte Konfliktsituation“ lag nach Auffassung des Gerichts nicht vor, da es sich nicht um einen Fall gegenläufiger Rückführungsanträge handelte.¹⁰⁴⁴ Ein Verfahrenspfleger wurde daher auch nicht bestellt. Insofern erfolgte auch hier die Rückführung im Sinne des Gesamtkonzepts des geltenden europäischen IZVR in Kindschaftssachen. Das Gericht subsumierte den Tatsachenvortrag ohne Fehler in der Rechtsanwendung unter die Rückführungsvorschriften.

6. OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07

Ein bemerkenswerter Beschluss des OLG Schleswig aus dem Jahr 2008 befasst sich mit der Versagung der Anerkennung einer italienischen Entscheidung zum Sorge- und Umgangsrecht.¹⁰⁴⁵

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die nicht verheirateten Eltern lebten neun Jahre lang mit ihren zwei gemeinsamen Kindern in Italien, wo sie auch nach der Trennung verblieben.¹⁰⁴⁶ Dort regelten die beiden ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Privatschriftlich wurde zwischen beiden Eltern vereinbart, dass die Mutter M das alleinige Sorgerecht erhalten sollte, während dem Vater V ein umfassendes Umgangsrecht eingeräumt wurde.¹⁰⁴⁷ Nach einer Gesetzesänderung beantragte die M auch die gerichtliche Übertragung der alleinigen Sorge und die Einschränkung des Umgangsrechts des V vor dem zuständigen italienischen Gericht. Noch bevor das Verfahren abgeschlossen wurde, verließ sie Italien mit den Kindern über Nacht und ging nach

¹⁰⁴² OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰⁴³ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰⁴⁴ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, FamRZ 2008, 1775, 1776.

¹⁰⁴⁵ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761-1762, besprochen von *Völker*, jurisPR-FamR 25/2008 Anm. 3.

¹⁰⁴⁶ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁴⁷ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

Deutschland.¹⁰⁴⁸ Daraufhin übertrug das Jugendgericht Mailand durch vorläufige Verfügung mit sofortiger Wirkung die Ausübung der elterlichen Sorge auf den V und gab der M auf, die Kinder nach Italien zurückzuführen.¹⁰⁴⁹ Zusätzlich beantragte der V die Rückführung auf Grundlage des Art. 12 HKÜ beim Amtsgericht Celle. Nachdem das Amtsgericht dem Rückführungsantrag entsprochen hatte, hob das OLG Celle diesen Beschluss in der Beschwerdeinstanz wieder auf. Das Gericht wertete das Verbringen aufgrund der Vereinbarung zwischen den Eltern als nicht widerrechtlich i.S.d. Art. 12 HKÜ.¹⁰⁵⁰ Auf Antrag der M stellte das AG Meppen ihr alleiniges Sorgerecht fest, das Verfahren wurde jedoch nach Beschwerde zum OLG Oldenburg an das für zuständig erachtete AG Schleswig abgegeben.¹⁰⁵¹

Zum Verhandlungstermin im Sorgerechtsverfahren vor dem Jugendgericht Mailand erschienen sodann nur der V und die Rechtsanwälte beider Eltern. Das Jugendgericht bestätigte seinen früheren Beschluss der Übertragung der Ausübung des Sorgerechts auf den V und die Herausgabeordnung bzgl. der Kinder nach Italien. Das für die Anerkennung zuständige AG Schleswig lehnte den Antrag des Vaters auf Anerkennung und Vollstreckung der Hauptsacheentscheidung des Jugendgerichts Mailand jedoch ab und berief sich auf den Versagungsgrund Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO.¹⁰⁵² Der Entscheidung sei nicht zu entnehmen gewesen, dass die Kinder die Möglichkeit gehabt hätten, angehört zu werden. Gegen diesen Beschluss wandte sich der V mit der Beschwerde zum OLG Schleswig. Er machte geltend, dass es im Verantwortungsbereich der M gelegen habe, dass diese nicht mehr am Verfahren vor dem Mailänder Jugendgericht teilgenommen habe.¹⁰⁵³ So habe ihre Weigerung, mit den Kindern nach Italien zu reisen, dazu geführt, dass die Möglichkeit der Anhörung ausgeblieben war. Zudem hätten dem Gericht in Mailand die Unterlagen zur Anhörung der Kinder in Deutschland vorgelegen, weshalb es möglich gewesen wäre, von der Anhörung Abstand zu nehmen.¹⁰⁵⁴

Die Beschwerde des Antragstellers wurde durch das OLG Schleswig als unbegründet zurückgewiesen.¹⁰⁵⁵ Mit Recht habe das Amtsgericht die Anerkennung und Vollstreckung mit Verweis auf Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO abgelehnt. Nach Art. 23 lit. b) wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn diese – mit Ausnahme dringender Fälle – ergangen ist, ohne dass das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, und damit wesentliche Verfahrensgrundsätze des Mitgliedstaats,

¹⁰⁴⁸ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁴⁹ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁵⁰ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁵¹ OLG Schleswig, 19.5.2008, 12 UF 203/07, Rn. 9, zit. nach juris.

¹⁰⁵² OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁵³ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

¹⁰⁵⁴ OLG Schleswig, 19.5.2008, 12 UF 203/07, Rn. 14, zit. nach juris.

¹⁰⁵⁵ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

in dem die Anerkennung beantragt wird, verletzt werden. So habe das Jugendgericht Mailand zwar die Kinder geladen, jedoch hätten sie nicht die geforderte Anhörungsmöglichkeit i.S.d. Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO erhalten.¹⁰⁵⁶ Die „Möglichkeit“ bedeute nicht, dass die Anhörung erzwungen werden könne, jedoch sei diese auch nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt.¹⁰⁵⁷ Schon der Leitfaden zur Brüssel IIa-VO gebe wieder, dass die Verordnung unumstößlich festlege, dass ein Kind in es betreffenden Verfahren gehört werden müsse.¹⁰⁵⁸ Eine solche Möglichkeit sei allein durch die gerichtliche Ladung vor das Jugendgericht Mailand nicht gegeben gewesen. Vergewärtigte man sich, dass die Kinder zum Zeitpunkt der gerichtlichen Ladung 6 und 10 Jahre alt gewesen sind, so sei gerade nach der ausdrücklichen Weigerung der Mutter, zurück nach Italien zu gehen, fraglich, wie es den Kindern möglich gewesen sein sollte, die Anhörung wahrzunehmen,¹⁰⁵⁹ dies auch unter dem Aspekt, dass eine Rückkehr nach Deutschland aufgrund der in Italien geltenden sorgerechtlichen Verfügungen ebenfalls nicht gewährleistet war. Um den Kindern tatsächlich eine Anhörung zu ermöglichen, sei es nötig gewesen, den Kindern ein „sicheres Geleit“ einzuräumen, so hätte bei Unwilligkeit der Mutter ein Verfahrenspfleger eine Betreuung dieser Sache vornehmen können.¹⁰⁶⁰ Wesentlich einfacher hätte aber auch die Anhörung im Wege der Rechtshilfe durch ein deutsches Gericht vorgenommen werden können. Dahinstehen könne, ob Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO entsprechend anzuwenden sei, da nicht ersichtlich sei, dass die Anhörung der Kinder aufgrund ihres Alters oder Reifegrads unangebracht gewesen ist.¹⁰⁶¹ Auch die bereits erfolgte Anhörung im HKÜ-Verfahren lasse den Versagungsgrund des Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO nicht entfallen, da sie bereits 1½ Jahre zurückgelegen und einen anderen Verfahrensgegenstand betroffen habe.¹⁰⁶²

Weiter betonte das OLG, dass die Kindesanhörung ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz des deutschen Rechts ist, der Verfassungsrang genießt.¹⁰⁶³ Das deutsche Recht habe mit § 50b Abs. 1 FGG¹⁰⁶⁴ die Kindesanhörung in Verfahren betreffend die Personensorge zwingend vorgeschrieben. Diese sei nur bei Vorliegen schwerwiegender Gründe entbehrlich.

¹⁰⁵⁶ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁵⁷ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁵⁸ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762 mit Verweis auf den Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, S. 53.

¹⁰⁵⁹ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶⁰ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶¹ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶² OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶³ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762 mit Verweis auf BVerfGE 55, 171.

¹⁰⁶⁴ Seit dem 1.9.2009 in leicht verändertem Wortlaut in § 159 FamFG geregelt.

Der Antrag auf Vollstreckung sei ebenfalls unbegründet, da es an der Anerkennung der Entscheidung als Voraussetzung der Vollstreckbarerklärung gefehlt habe (Art. 28 Brüssel IIa). Zudem habe der Antragsteller eine für die unmittelbare Vollstreckbarkeit erforderliche Bescheinigung des Jugendgerichts Mailand gem. Art. 41 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Brüssel IIa-VO nicht vorgelegt.¹⁰⁶⁵

b) Bewertung

Die M konnte sich mit Erfolg gegen die Anerkennung der italienischen Entscheidung in Deutschland wehren, da sie gem. Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO einwenden konnte, dass die Kinder in der betreffenden Sachentscheidung nicht angehört wurden. Das OLG Schleswig betonte in seiner Entscheidung die hohe Bedeutung der Kindesanhörung in der deutschen Verfahrenspraxis in Kindschaftssachen. An dieser Stelle zeigte sich das Spannungsfeld, das sich aus der Reduzierung der Kindeswohlprüfung auf Grundlage des gegenseitigen Vertrauens i.S.d. Erwägungsgrundes 21 zur Brüssel IIa-VO einerseits und den zu gewährleistenden grundrechtlichen Mindeststandards im Entscheidungsstaat andererseits ergibt.

Den für die grenzüberschreitende Praxis besonders wichtigen Gesichtspunkt der Sonderregeln der Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO sprach das OLG am Rande an, da es schon an der Ausstellung einer Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO gefehlt habe.¹⁰⁶⁶ Eine unmittelbare Vollstreckbarkeit gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO schied zudem auch aus tatbestandlichen Gründen aus. Die Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42, 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO stellen nur auf die Versagung gem. Art. 13 HKÜ ab. Die unmittelbare Vollstreckbarkeit einer Herausgabeentscheidung kann nur angeordnet werden, wenn sie infolge einer Versagung nach Art. 13 HKÜ ergeht.¹⁰⁶⁷ So lag der Sachverhalt im besprochenen Fall jedoch nicht, da das OLG Celle den Rückführungsantrag mit der Begründung abgelehnt hatte, dass das Verbringen wegen der alleinigen elterlichen Sorge der M schon nicht widerrechtlich gem. Art. 3 HKÜ gewesen sei.¹⁰⁶⁸ Das italienische Gericht konnte daher keine Bescheinigung gem. Art. 42 Abs. 2 Brüssel IIa-VO ausstellen, weshalb eine Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Anerkennung gem. Art. 21 ff. Brüssel IIa-VO richtig war. Juristisch kompliziert wäre es allerdings geworden, wenn das italienische Jugendgericht eine Bescheinigung ausgestellt hätte. Die Unrichtigkeit der Ausstellung der Bescheinigung mangels einer Entscheidung gem. Art. 11 Abs. 8, 30 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO hätte das OLG Schleswig nicht feststellen dürfen. Die Anfechtung der Entscheidung sowie

¹⁰⁶⁵ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶⁶ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761, 1762.

¹⁰⁶⁷ Vgl. EuGH, 11.7.2008, Rs. 11. 7. 2010 (*Rinan*), Slg. 2008, I 5271, Rn. 69-71.

¹⁰⁶⁸ OLG Schleswig, 19.5.2005, 12 UF 203/07, FamRZ 2008, 1761.

der Bescheinigung ist dann allein dem Rechtsweg im Entscheidungsstaat vorbehalten.¹⁰⁶⁹

Bei Vorliegen einer Entscheidung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO hätte sich zudem ein gravierender Unterschied im Hinblick auf die fallentscheidende Prüfung der Anhörungserfordernisse ergeben. Während Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO auf das Recht des Anerkennungstaats abstellt, wird gem. Art. 42 Abs. 2 die Beachtung der im Entscheidungsstaat geltenden Anhörungsregeln bescheinigt. Die Verweigerung der Anerkennung durch das OLG Schleswig wäre dann nicht mehr möglich gewesen, wenn eine Bescheinigung des italienischen Gerichts ausgewiesen hätte, dass die Anhörung der Kinder wegen des Reifegrads für unangebracht befunden wurde. Der Fall hätte bei Anwendbarkeit von Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO daher einen deutlich anderen Lauf nehmen können.

7. *AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10*

a) Sachverhalt und Entscheidung

In dem deutsch-polnischen Rückführungsfall des AG Hamm vom 8.11.2010 ging es um Einwände gegen die Kindeswohlvereinbarkeit einer Rückführung zweier Kinder sowie ein Widersetzen des Kindes D gegen die Rückführung.¹⁰⁷⁰ Den Rückführungsantrag des in Polen zurückgelassenen Vaters V sah das Gericht als im Grundsatz begründet an.¹⁰⁷¹ Durch das eigenmächtige Verbringen des Kindes nach Deutschland hatte die M das gemeinsame Sorgerecht verletzt. Als Antragsgegnerin vertrat die M den Standpunkt, dass die Rückführung dennoch zu versagen war und trug Gründe nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ vor. Sie legte dar, dass das Familienleben sehr durch den Alkoholmissbrauch, Gewaltanwendungen, Drohungen und Beleidigungen des V ihr und den Kindern gegenüber geprägt gewesen sei.¹⁰⁷² Das mit ihr in Deutschland lebende Kind D hätte mittlerweile eine gefestigte Verbindung zu ihr. Aufgrund der Gewaltanwendungen des V hätte sie das Kind aber nicht nach Polen begleiten können.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁹ EuGH, 11.7.2008, C-195/08 (*Rinan*), Slg. 2008, I-5271, Rn. 88; vgl. auch EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Porse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83, ein Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung muss im Entscheidungsstaat gestellt werden; *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 162.

¹⁰⁷⁰ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Sachstand und Verfahrensgeschichte Rn. 1-27; siehe auch die Zusammenfassung in IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 265 und die Anmerkung von *Rauscher*, FamFR 2011, 94.

¹⁰⁷¹ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 265.

¹⁰⁷² AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Rn. 18, zit. nach juris.

¹⁰⁷³ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Rn. 24, zit. nach juris.

Das AG Hamm ging dennoch nicht von einer Kindeswohlgefährdung durch eine mögliche Rückführung aus. Zunächst stellte es klar, nach welchen Grundsätzen sich eine Annahme der Kindeswohlgefährdung nach Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ modifiziert durch Art. 11 der Brüssel IIa-VO richten musste und betonte den Auslegungsgrundsatz, dass die typischen Strapazen der Rückreise allein noch nicht der Rückführung entgegenstehen können.¹⁰⁷⁴ Durch die Entführung dürften keine vollendeten Tatsachen zugunsten des Elternteils geschaffen werden, welcher das Sorgerecht verletzt habe.¹⁰⁷⁵ Nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohls dürften Berücksichtigung finden, welche in diesem Fall weder vorgetragen noch ersichtlich gewesen seien.¹⁰⁷⁶ Der mit der Rückführung verbundene Wegfall der Umgebung und der Mutter als Hauptbezugsperson hätten eine seelische Belastung bedeutet, jedoch sei die Unterbrechung der gegenwärtigen Lebenssituation eine typische Folge der von dem entführenden Elternteil einseitig herbeigeführten Lage und damit grundsätzlich hinzunehmen.¹⁰⁷⁷ Es stünde der Antragsgegnerin auch frei, für die Dauer des Sorgerechtsverfahrens nach Polen zurückzukehren, was dem Gericht nicht unzumutbar erschien. Aggressionen des Vaters, die die M ebenfalls zur Begründung des Antrags auf Versagung der Rückführung geltend machte, waren nach dem Eindruck des Gerichts nicht nur ein vorgeschobener Einwand, sondern von diesen war tatsächlich auszugehen. Die Gefahr stellte für das AG Hamm jedoch keinen Grund nach Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ dar. Der Mutter stünde es frei, ihr Kind nach Polen zu begleiten, und sie würde dort Schutz vor Gewalt erhalten.¹⁰⁷⁸ Das Gericht sei zwar nach der Anhörung des Kindes davon überzeugt, dass der Vater auch gegenüber diesem gewalttätig geworden sei, was eine Belastung des Kindeswohls dargestellt habe, jedoch könnten die Gefahren dadurch abgewendet werden, dass die M ihr Kind für die Dauer des Sorgerechtsverfahrens nach Polen begleitet.¹⁰⁷⁹

Dennoch lehnte das AG Hamm die Anordnung der Rückführung ab. Das Gericht sah nach der Anhörung des Kindes den Ausnahmetatbestand des Art. 13 Abs. 2 HKÜ als gegeben an.¹⁰⁸⁰ In der Anhörung hatte das fast 12-jährige Kind deutlich gemacht, dass es sich gegen eine Rückkehr nach Polen sträubte und dabei nicht den Eindruck vermittelt, von der M beeinflusst worden zu sein. Das Gericht stellte keine Belastungstendenzen gegen den V fest, sondern ging davon aus, den wirklichen Willen des Kindes ermittelt zu haben.¹⁰⁸¹ Das

¹⁰⁷⁴ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 267.

¹⁰⁷⁵ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 267.

¹⁰⁷⁶ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 267-268.

¹⁰⁷⁷ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 268 mit Verweis auf BVerfG FamRZ 1996, 405.

¹⁰⁷⁸ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 268.

¹⁰⁷⁹ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 268.

¹⁰⁸⁰ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 268.

¹⁰⁸¹ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, IPRspr. 2010, Nr. 122, S. 269.

Kind konnte erkennen, dass es „unfair“ gewesen sei, den V einfach zurückzulassen, dennoch sprach nach einer erfolgreichen Integration in Deutschland aus Sicht des Kindes nichts mehr für eine Rückkehr nach Polen. Das Gericht sah sich so von der Reife des Kindes überzeugt und ging von der Nachhaltigkeit des Widerstehens gegen die Rückführung aus, weshalb es diese dann im Ergebnis auch ablehnte.

b) Bewertung

Die Entscheidung des AG Hamm erscheint bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ besonders streng verfahren zu sein. Das Gericht ging zunächst von dem richtigen Grundsatz aus, dass die Strapazen der Rückführung an sich nicht die Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl begründen können. Das Herausgerissenwerden aus dem Lebenskreis des Kindes ist zum Zwecke der Rückführung in Kauf zu nehmen.

Die zur Überzeugung des Gerichts feststehende Gewalttätigkeit des Antragstellers bietet jedoch Anlass zur Diskussion. Das Gericht sah dieses Risiko zwar als ein Problem an, welches jedoch nicht der Rückführung entgegengestanden habe, sondern als Aufgabe der Gerichte und Behörden vor Ort im international zuständigen Polen betrachtet wurde. Dies ist auch nach der Dogmatik des HKÜ i.V.m. der Brüssel IIa-VO zumindest fragwürdig, da es sich hierbei nicht allein um ein Problem des Umgangs des Kindes mit dem V handelte, sondern auch einen für die Rückführung des Kindes riskanten Faktor darstellte. Hier zeigt sich, dass die Auslegung der Kindeswohlklausel in der Gerichtspraxis nicht schematisch erfolgt und es kein mathematisches richtig oder falsch gibt. Die vorliegende Situation des Risikos durch mögliche Gewalttätigkeiten kann m.E. unter den Begriff der „schwerwiegenden Gefahr“ eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind gem. Art. 13 lit.b) HKÜ subsumiert werden und liegt nach der Wortlaut-Auslegung innerhalb des Anwendungsbereichs der Norm. Die Rückführung gestaltete sich somit problematisch. An dieser Stelle kommt dann Art. 11 Abs. 4 der Brüssel IIa-VO zum Tragen, der vorsieht, dass die Rückgabe aufgrund von Art. 13 HKÜ dann nicht verweigert werden kann, wenn angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten. So wäre auch im vorliegenden Fall zu verfahren gewesen. Das AG Hamm hätte trotz der Bedenken i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ eine Rückführung nur dann anordnen können, wenn es überzeugt gewesen wäre, dass der Gerichtsstaat Polen sichere Maßnahmen zum Kinderschutz geboten hätte.¹⁰⁸² Nach

¹⁰⁸² Anmerkung: Aufgrund der entscheidungstragenden Argumentation in den Gründen, die sich hier im Ergebnis auf Art. 13 Abs. 2 HKÜ stützt, geht das Gericht nicht weiter auf die Klärung einzelner Schutzmaßnahmen mit den polnischen Behörden und Gerichten ein. Dass das Gericht diese Notwendigkeit im Falle einer Rückführung übersehen hätte, soll hier nicht unterstellt werden. In der Entscheidung des AG Hamm kam es im Ergebnis nicht darauf an.

der Brüssel IIa-VO und dem HKÜ stellt eine mögliche Kindeswohlgefährdung nicht deshalb keine Kindeswohlgefährdung dar, weil ein anderer Staat für flankierende Schutzmaßnahmen zuständig ist, sondern nur die Gewährleistung von Schutzmaßnahmen macht eine Rückführung auch im Falle der Gefährdung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit.b) HKÜ möglich. Der Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO schließt nicht die Annahme der Kindeswohlgefährdung aus, sondern ermöglicht die Rückführung trotz der Bedenken und schafft die verfahrensrechtliche Grundlage, diese auszuräumen. Entgegen der ggf. missverständlichen Ausführungen im Beschluss des AG Hamm stellt m.E. die Gefahr der Gewalttätigkeiten auch bei einer gebotenen eingeschränkten Auslegung eine „ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohls“ dar, die über die mit einer Rückführung gewöhnlich verbundenen Schwierigkeiten hinausgeht.

Dass das Gericht die Ablehnung der Rückführung auf den erklärten Willen des Kindes nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ stützt, ist in Anbetracht des wiedergegebenen Anhörungskonsequents und ebnet den Weg zu der hier in der Sache wohl einzig richtigen Entscheidung, der Versagung der Rückführung.

II. Zusammenfassung der deutschen Entscheidungen

Die Betrachtung der deutschen Entscheidungen ergab ein aufschlussreiches Bild im Hinblick auf den Umgang der deutschen Gerichte mit dem Einwand des Kindeswohls bei Anwendung der Brüssel IIa-VO. Die Entscheidung der Anerkennungsversagung durch den Beschluss des OLG Schleswig¹⁰⁸³ behandelte den Einklang der ausländischen Entscheidung mit deutschen Kindesanhörungserfordernissen. Hier zeigte sich das Spannungsfeld zwischen der Harmonisierung des internationalen Zivilverfahrensrechts in Kindschaftssachen und den Verfahrensgrundrechten des Kindes. So verweigerte das OLG die Anerkennung und Vollstreckung einer italienischen Entscheidung zur Kindesherausgabe nach den allgemeinen Anerkennungs Vorschriften gem. Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO. In der Entscheidung konnten sich nach Ausführung des Gerichts deutsche innerstaatliche Vorstellungen zu notwendigen Erfordernissen allerdings nur deshalb durchsetzen, weil zur Unanfechtbarkeit der Anerkennung der Rückgabeentscheidung und ihrer unmittelbaren Vollstreckbarkeit i.S.d. Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO die Ausstellung einer Bescheinigung durch das in der Sache und international zuständige italienische Gericht gefehlt hatte. Die Anwendung des Rechts durch das OLG war in der Sache ohne Fehler.

In den Rückführungsfällen kam es auf die Auslegung des Begriffs „Kindeswohl“ an. In diesen Entscheidungen wurde der maßgebliche Prüfungsrahmen immer deutlich benannt und bis auf den Grenzfall des OLG Hamm, 11 UF

¹⁰⁸³ OLG Schleswig, 19.5.2008, 12 UF 203/07.

219/05, auch eingehalten.¹⁰⁸⁴ Der bei der Frage der Beurteilung des Kindeswohls angelegte Prüfungsmaßstab des Art. 13 HKÜ i.V.m Art. 11 Brüssel IIa-VO wurde durch die Gerichte klar umrissen, variierte aber im Umfang der Betrachtung der familiären Situationen im Hinblick auf Umstände, die nicht unmittelbar mit der Rückreise des Kindes zusammenhingen. In Abweichung zu den anderen Entscheidungen bezog das OLG Hamm Umstände der familiären Beziehungen ein, die nach Erkenntnis des Gerichts aber auch die Rückführung unmittelbar betrafen.¹⁰⁸⁵

Im Fall des OLG Stuttgart, 17 UF 318/05, gestaltete sich die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung dagegen nicht kompliziert.¹⁰⁸⁶ Auch in der Entscheidung des OLG Brandenburg, 15 UF 189/06, konnten die Ausführungen zur Gefährdung des Kindes knapp gehalten werden, da sich die Argumente der M gegen die Rückführung von vornherein als nicht substantiiert darstellten.¹⁰⁸⁷ Entsprechend stärker wurde der funktionale Charakter des Art. 11 Brüssel IIa-VO und des HKÜ im Rahmen der juristischen Lösung des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts betont, aus dem sich dann schon die Lösung des Falls ergab.¹⁰⁸⁸

Dort, wo sich die Situation kompliziert gestaltete und sich eine Gefährdung des Kindeswohls als realistisch und weniger sicher einschätzbar darstellte, ging die gerichtliche Erforschung des Sachverhalts in die Tiefe, und pauschale Ausführungen zu Zweck und *ratio* der Verordnung und des Kindesentführungsübereinkommens traten gegenüber der Beleuchtung der Umstände des Falls in den Hintergrund.¹⁰⁸⁹ Dies mag zum einen in der Natur der Sache liegen, da diese weniger eindeutigen Sachverhalte nicht bereits mit generellen Aussagen zufriedenstellend gelöst werden können. Diese Auffälligkeit könnte aber auch ein Indiz dafür sein, dass die Gerichte in Sachverhalten mit erhöhtem Gefährdungspotential teilweise nicht umhin kommen, eine eingehendere und umfassendere Betrachtung der Kindessituation vorzunehmen, die über die bloße Zumutbarkeit der Rückführung hinausgeht.¹⁰⁹⁰ Gerade die Entscheidung des OLG Hamm zeigte, dass es Erwägungen gibt, die zwar primär für die Fragen des Sorge- und Umgangsrechts ent-

¹⁰⁸⁴ AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Rn. 49-50, zit. nach juris; OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 27-31, zit. nach juris; OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris; OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638; OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris; OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, Rn. 14-15, zit. nach juris.

¹⁰⁸⁵ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 23, zit. nach juris.

¹⁰⁸⁶ OLG Stuttgart, 6.4.2006, 17 UF 318/05, Rn.8, zit. nach juris.

¹⁰⁸⁷ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁰⁸⁸ OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris; so auch OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638.

¹⁰⁸⁹ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 20-33, zit. nach juris; AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Rn. 47-53, zit. nach juris.

¹⁰⁹⁰ Vgl. OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 23, zit. nach juris.

scheidend sind, ebenso aber auch in der Rückführung von Relevanz sein können bzw. dass eine Trennung kaum vornehmbar ist.¹⁰⁹¹ Ob sich das Verhalten des Antragstellers des Rückführungsverfahrens schädlich auf das Kindeswohl auswirken kann, bestimmt nicht nur, ob ihm eventuell sein Sorge- und Umgangsrecht zu beschränken sind, sondern auch ob schon die Rückführung an den Ort des ursprünglichen Aufenthalts eine Gefahr für das körperliche und seelische Wohl des Kindes nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ darstellen kann.

Die Entscheidung des AG Hamm zeigte wiederum, dass auch bei der Feststellung einer erheblichen Belastung des Kindes nicht notwendigerweise auf eine Gefährdung und damit eine Versagung der Rückführung zu erkennen ist.¹⁰⁹² Die Kindeswohlklausel des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ wird hier m.E. im Ergebnis sogar etwas zu streng ausgelegt. Der Fall ist ein Beispiel dafür, dass auch mit guten Argumenten eine Versagung hätte begründet werden können. Eine deutliche Stütze in der Auslegung brachte hier allerdings die Brüssel IIa-VO. Art. 11 der Verordnung konturiert diese Grauzone der Auslegung des Kindeswohlbegriffs in Art. 13 HKÜ.

Welche Kriterien in der Rückführungsentscheidung maßgeblich sind, ist nun greifbarer als in der Zeit vor Geltung der Verordnung. Können nach Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO weitere Bedenken durch begleitende Maßnahmen behoben und die konkrete Kindeswohlgefährdung durch angemessene Schutzvorkehrungen ausgeschlossen werden, so bleibt nur das Gefährdungspotential der Rückführungsstrapazen selbst, welche, wie die deutschen Gerichte in all den untersuchten Entscheidungen richtig ausgeführt haben, keinen Versagungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ darstellen. Die Auslegung des AG Hamm stand aus diesem Grunde ganz im Einklang mit der Tendenz, welche Art. 11 Brüssel IIa-VO dem Rückführungsverfahren gibt.

Die untersuchten Entscheidungen deutscher Gerichte bestätigten in unterschiedlicher Gestalt, dass der Einwand des Kindeswohls in den Verfahrensstadien der Anerkennung, Vollstreckung- und Rückführung eine praktisch entscheidende Rolle bei der gerichtlichen Behandlung der grenzüberschreitenden Kindschaftsverfahren spielen kann. Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass vor dem Hintergrund der autonomen Auslegungsgrundsätze die untersuchten Entscheidungen der deutschen Gerichte keine Fehler in der Anwendung des internationalen Verfahrensrechts zeigten.

¹⁰⁹¹ Z.B. OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 23, zit. nach juris.

¹⁰⁹² AG Hamm, 8.11.2010, 3 F 512/10, Rn. 49-50, zit. nach juris.

Kapitel 5: Die mitgliedstaatliche Praxis am Beispiel des Vereinigten Königreichs

A. Das britische Kindschafts- und Familienverfahrensrecht (England/Wales und Schottland)

Das Vereinigte Königreich ist ein Staat mit mehreren Teilrechtsordnungen.¹⁰⁹³ Die historisch gewachsenen Regionen England, Wales, Schottland und Nordirland haben zum Teil eigenes Recht in Bereichen gesetzt, in denen keine einheitliche „Gesetzgebung“ vorgesehen ist. Vor der Betrachtung der Anwendung der Brüssel IIa-VO durch Gerichte des Vereinigten Königreichs, beschränkt auf die Rechtsordnungen England/Wales und Schottlands, wird die Gewährleistung des Prinzips *child welfare* (Kindeswohl) bei der Beurteilung bestehender Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung im britischen Familien- und Familienverfahrensrecht dargestellt. Die Darstellung beginnt mit der Abänderung von Entscheidungen aus Gründen des Kindeswohls. Darauf folgt das autonome IZVR mit Geltung für interlokale und ausländische Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung und der britische Ansatz im Umgang mit diesbezüglichen Kindeswohleinswänden. Die

¹⁰⁹³ Sog. Mehrrechtsstaat, *Henrich*, in: Johannsen/Henrich, Art. 17 EGBGB, Rn. 18; *Sonnenberger*, in: MünchKomm/BGB, Art. 4 EGBGB Rn. 81.

Darstellung orientiert sich an der englischen Teilrechtsordnung und bezieht die schottischen Ausprägungen mit ein, soweit eine Kongruenz oder eine Ähnlichkeit besteht. Schottische Besonderheiten werden im Anschluss daran gesondert dargestellt.

I. Die Abänderung der Entscheidung

Die Abänderung der Sorgerechtsentscheidung nach britischem Recht steht im Zusammenhang mit den auf dem Grundsatz des *Child Welfare* beruhenden gerichtlichen Anordnungen, den sog. *orders*. Die Gewährleistung des Kindeswohls (*Child Welfare*) ist ein zentrales Prinzip des Kindschaftsrechts der britischen Teilrechtsordnung Englands. Das statutorisch geregelte englische Kindschaftsrecht benennt das Kindeswohl bereits in der ersten Norm als vorrangig zu beachtende Erwägung. Sec. 1 (1) des Children Act 1989 sieht vor:

When a court determines any question with respect to (a) the upbringing of a child, or (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration.

Bei allen Fragen, die das Gericht im Zusammenhang mit dem Aufwachsen des Kindes, der Verwaltung seines Vermögens oder der Verwendung seines Einkommens zu regeln hat, ist das Kindeswohl von oberster Bedeutung (*paramountcy principle*).¹⁰⁹⁴ Dieses Vorrangprinzip ergibt sich dabei dem britischen Rechtssystem entsprechend nicht primär aus der statutorischen Normierung des *paramountcy principle*, sondern aus seiner Verfestigung in der englischen Judikatur.¹⁰⁹⁵

Das englische Recht stellt dem Familienrichter gem. Sec. 8 (1) des Children Act 1989 vier grundlegende Anordnungen (*orders*) zur Verfügung, die auch bei der Abänderung eine Rolle spielen. Diese sind die umgangsrechtliche Anordnung (*contact order*), die Bestimmung einer Abhängigkeit bestimmter elterlicher Entscheidungen von der gerichtlichen Zustimmung (*prohibited steps order*), die Verteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (*residence order*) sowie eine generelle Anordnungsbeugnis im Hinblick auf Streitigkeiten, die die Belange des Kindes betreffen (*specific issue order*).¹⁰⁹⁶ Aus der Veränderbarkeit der hierfür relevanten Umstände und dem System der gerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, die nicht auf einen konkreten Zeitpunkt abstellen, folgt, dass jede gerichtliche Anordnung, die die elterliche Verantwortung betrifft, zu einem späteren Zeitpunkt auf ihre Gültigkeit hin überprüft, ggf. ausgesetzt oder mit neuem Regelungsgehalt erlassen werden kann, Sec. 8 (2) Children Act 1989:

¹⁰⁹⁴ J v. C., [1970] AC 668, 710-711 (Leitentscheidung zum Vorrangprinzip); *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.3.

¹⁰⁹⁵ J v. C., [1970] AC 668, 675/710-711.

¹⁰⁹⁶ Siehe die Erklärung der *orders* im Text der Sec. 8 (1) Children Act 1989; *In the matter of A (Children)* (AP), [2013] UKSC 60, Rn. 26.

(...) „a section 8 order“ means any of the orders mentioned in subsection (1) and any order varying or discharging such an order.

Sec. 1 (3) Children Act 1989 gibt dem Gericht die sog. *welfare checklist* mit den wichtigsten ermessensleitenden Kriterien zur Verwirklichung des Kindeswohls bei Erlaß der Anordnungen vor.¹⁰⁹⁷ Danach muss das Gericht in seine Entscheidungsfindung folgende Gesichtspunkte einbeziehen, die allesamt einer dynamischen Entwicklung unterliegen: die im Lichte seines Alters und seiner Reife orientierte Verwirklichung der Wünsche und Gefühle des betroffenen Kindes, seine körperlichen, emotionalen und erzieherischen Bedürfnisse, die wahrscheinliche Auswirkung der Veränderung von Umständen, das Alter, das Geschlecht und die relevanten sozialen Hintergründe, jeglichen Schaden, den das Kind erlitten hat oder diesbezügliche zukünftige Risiken, die Geeignetheit der in Frage kommenden Träger elterlicher Verantwortung für die Erfüllung der Bedürfnisse des Kindes und das Repertoire der gerichtlichen Möglichkeiten unter dem Children Act, das in der Sache dienlich sein könnte. Sec. 1 (3) lautet im Originalwortlaut:

(...) a court shall have regard in particular to:

(a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);

(b) his physical, emotional and educational needs;

(c) the likely effect on him of any change in his circumstances;

(d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e) any harm which he has suffered or is at risk suffering;

(e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;

(f) how capable each of his parents and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant is of meeting his needs;

(g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.

Die Sec. 8 *orders* können amtswegig ergehen, Sec. 10 (1) (b) Children Act 1989 oder gem. Sec. 10 (1) (a) auf Antrag, wozu die Eltern unabhängig vom Vorliegen der elterlichen Verantwortung, der Vormund oder die durch einen *residence order* berechnigte Person die Antragsbefugnis besitzen, Sec. 10 (4) Children Act 1989. Auch das Kind selbst kann eine Anordnung nach Sec. 8 beantragen,¹⁰⁹⁸ was z.B. der Fall sein kann, wenn sich das Kind seinem Elternhaus entziehen möchte. Was die Zeitdauer der Anordnung angeht, so bestimmt der Children Act 1989 in Sec.

¹⁰⁹⁷ *Walsb/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.2.

¹⁰⁹⁸ Re AD (A Minor) (Child's Wishes), [1993] Fam Law 405.

91 (10), dass die Wirkung der Anordnung vorbehaltlich inhaltlicher Änderungen erst mit Erreichen des 16. Lebensjahrs erlischt, spätestens jedoch mit dem 18. Lebensjahr, Sec. 91 (10) und (11).¹⁰⁹⁹

Zur Geltendmachung der Erforderlichkeit einer Abänderung eines *order* verlangen die englischen Gerichte vom Antragsteller eine deutliche Darlegung der Gründe, warum eine solche begehrt wird.¹¹⁰⁰ Die Erforderlichkeit kann sich nur aus einer Veränderung der Umstände ergeben, die seit der geltenden (gesetzlichen/gerichtlichen) Regelung eingetreten ist.¹¹⁰¹ Befindet das Gericht in der Sache dann, dass eine Neuregelung der sorgerechtlichen Situation aus Gründen des Kindeswohls geboten ist, wird die alte Regelung abgeändert, indem ein neuer Sec. 8 *order* erlassen wird.

Bei einem sich zuspitzenden Sorgerechtskonflikt könnte der Erlaß einer neuen Anordnung den geltenden sorgerechtlichen Regelungsgehalt dahingehend ergänzen oder abändern, dass das Kind nicht außer Landes gebracht werden darf, wenn nicht alle Träger der elterlichen Verantwortung zustimmen. Diese Rechtsfolge ließe sich im Wege eines *residence order* erzielen, Sec. 13 (1) (b) Children Act 1989.¹¹⁰² In diesem Falle wäre dann auch eine Rechtswidrigkeit i.S.d. HKÜ begründet.¹¹⁰³ Der *prohibited steps order* kann darüber hinaus ein gerichtliches Einwilligungserfordernis vorsehen, das sich auf die Verbringung des Kindes in das Ausland bezieht.¹¹⁰⁴

Durch die Sec. 8 *orders* sieht das englische Recht effiziente Handlungsmöglichkeiten vor, die es dem Gericht ermöglichen, zügig zu handeln und durch den Erlaß einer neuen Anordnung auf kurzfristig eingetretene Wechsel der das Kindeswohl beeinträchtigenden Umstände zu reagieren.

II. Verfahrensrechtlicher Schutz des Kindeswohls

Das Kindeswohlprinzip des englischen Rechts steht im engen Zusammenhang mit den verfahrensrechtlichen Prinzipien der *no order-* und *no delay principles* sowie der Erstattung eines *welfare reports*.

¹⁰⁹⁹ *Duffield/Theobald*, Family Law and Practice, Nr. 12.8.12.

¹¹⁰⁰ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner*, Parental Responsibility, S. 735-736.

¹¹⁰¹ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner*, Parental Responsibility, S. 735-736.

¹¹⁰² *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 5.15; zu den in der Sache gleichen *orders* im schottischen Familienrecht siehe *Thomson*, Family Law in Scotland, Nr. 12.4.

¹¹⁰³ Sec.13 (2) bestimmt jedoch, dass die durch die *residence order* berechtigte Person einen Monat ohne diese Zustimmung ins Ausland reisen darf.

¹¹⁰⁴ *Henrich* in: Schwab/Henrich, S. 41.

1. Das *no order-Prinzip*, Sec. 1 (5) Children Act 1989

Sec. 1 (5) Children Act 1989 besagt:

Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.

Wenn ein Gericht in Erwägung zieht, eine Anordnung zum Wohle des Kindes zu treffen, sollte es dies unterlassen, solange es nicht sicher ist, dass eine Anordnung das Beste für das Kind ist, Sec. 1 (5) Children Act.¹¹⁰⁵ Dieser Grundsatz, der es erfordert, dass die Notwendigkeit eines gerichtlichen Einschreitens positiv nachgewiesen wird, soll einer zu schnellen Anordnung vorbeugen, die gerade im Bereich der Scheidung allzu routinemäßig vorgenommen wurde.¹¹⁰⁶ Grundsätzlich bleibt es auch nach der Trennung der Eltern und in dem Fall, dass das Kind zwangsläufig bei nur einem Elternteil wohnen bleiben kann, bei der gemeinsamen elterlichen Verantwortung.¹¹⁰⁷ Können Eltern sich selbst einigen, so besteht keine Notwendigkeit einer gerichtlichen Anordnung.¹¹⁰⁸ Auch hier offenbart sich wieder der neue Ansatz, der von der elterlichen „Verantwortung“ ausgeht und die Regelung der ihr Kind betreffenden Fragen auch in ihrer Verantwortung belässt.¹¹⁰⁹ Wo den Eltern eine einvernehmliche Vereinbarung über Sorge- und Umgangsrecht möglich ist, sollte ein zu schnelles gerichtliches Eingreifen diese aus Sicht des Kindeswohls wünschenswerte Option nicht verhindern.¹¹¹⁰

2. Das *no delay-Prinzip*

Das *no delay-Prinzip* ist in Sec. 1 (2) des Children Act gefasst und besagt, dass jede unnötige Verzögerung des gerichtlichen Handelns im Sinne des Kindeswohls zu vermeiden ist.¹¹¹¹ Zu groß kann der Schaden für das Kind sein, wenn sich Zustände verfestigen, die zeitlich früher hätten behoben werden können.¹¹¹² Dies gilt insbesondere im Feld des persönlichen Kontakts von Eltern zu ihrem Kind.¹¹¹³ Das Prinzip steht jedoch nicht der Tatsache entgegen, dass die englischen Gerichte in schwierigen Fällen auch die nötige Zeit in Anspruch nehmen, um eine sorg-

¹¹⁰⁵ *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.5; *Burrows*, English Private Law, Rn. 2.198.

¹¹⁰⁶ Law Com Report No 172 Review of Child Law: Guardianship and Custody (1988), Nr. 3.2.; *Bainham*, Children, S. 46.

¹¹⁰⁷ *Henrich*, in: Schwab/Henrich, S. 38, 40-41.

¹¹⁰⁸ *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.5.

¹¹⁰⁹ *Henrich* in: Schwab/Henrich, S. 37-38.

¹¹¹⁰ *Bainham*, Children, S. 46.

¹¹¹¹ *Duffield/Theobald*, Family Law and Practice, Nr. 11.7; *Henrich*, in: Schwab/Henrich, S. 39.

¹¹¹² *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.4; *Burrows*, English Private Law, Rn. 2197.

¹¹¹³ *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 4.4.

fältig abgewogene Anordnung zu treffen.¹¹¹⁴ Das Prinzip mahnt die englischen Richter, Kindschaftssachen mit der Zügigkeit zu behandeln, die ihnen die Umstände des jeweiligen Einzelfalls erlauben.

3. *Der welfare report*

Englische Gerichte sehen bei der Umsetzung des Kindeswohls eine besondere Verpflichtung, den Wünschen des Kindes zu entsprechen, soweit dies dem Reife-grad und der Vernunft des Kindes zufolge im objektiven Interesse des Kindes liegt.¹¹¹⁵ Dies hebt auch die *welfare checklist* als ein zu beachtendes Kriterium hervor, Sec. 1 (3) (a) Children Act 1989. Eine hervorgehobene und besonders wichtige Funktion hat hier der *welfare report* des *welfare officers*, der sich sehr genau mit den Wünschen des Kindes und sämtlichen sozialen Hintergrundinformationen befasst, die für das Gericht bei der umfassenden Erfassung der Situation notwendig sind.¹¹¹⁶ Dieser liegt dem Gericht spätestens zwei Wochen vor der Anhörung (*hearing*) vor und wird auch den Verfahrensbeteiligten zugänglich gemacht.¹¹¹⁷ Bei der notwendigen Neuordnung der Lebensverhältnisse einer Familie nach der Trennung achtet der Familienrichter darauf, bereits etablierte Umstände, die sich als dem Kindeswohl zuträglich erwiesen haben, beizubehalten. Dieser Ansatz wird bezeichnet als die Aufrechterhaltung des Status quo (*maintaining the status quo*).¹¹¹⁸

III. Das autonome Anerkennungsrecht

1. *Interlokale Anerkennung*

Das materielle Familien- und Kindschaftsrecht z.B. ist ein solcher Teil, für den keine vollständige einheitliche Regelung mit Geltung für das gesamte Vereinigte Königreich besteht. So bestehen Kindschaftsrechtsgesetze in England/Wales (Children Act 1989) und Schottland (Children (Scotland) Act 1995). Aufgrund der prinzipiellen Aufspaltung in Teilrechtsordnungen ist eine Regelung der Entscheidungsanerkennung bereits im „interlokalen Zivilverfahrensrecht“ Großbritanniens notwendig geworden.¹¹¹⁹ Der Family Law Act 1986 trifft eine Gesamtregelung für das Vereinigte Königreich, wobei die verfahrensrechtliche Ausführung in den Teilrechtsordnungen in Zusätzen geregelt wurde.¹¹²⁰ Sec. 25 (1) des Family Law

¹¹¹⁴ *Burrows*, English Private Law, Rn. 2.197.

¹¹¹⁵ *M v. M (Minor: Custody Appeal)* [1987] 1 WLR, 401, 411; *B v. B (Minors)* [1994] 2 FCR 667, hier ging das Gericht von einer Untergrenze von 8 Jahren aus.

¹¹¹⁶ *Duffield/Theobald*, Family Law and Practice, Nr. 12.5.1; *Cretney*, Family Law, Rn. 18-009.

¹¹¹⁷ *Duffield/Theobald*, Family Law and Practice, Nr. 12.8.9.

¹¹¹⁸ *Allington v. Allington* [1985] FLR 586, 590.

¹¹¹⁹ Vgl. *Wilkinson/McK Norrie*, Parent and Child (1999), Rn. 11.04.

¹¹²⁰ Family Law Act 1986, Part I, Chapter V, Recognition and Enforcement mit der Ausführung im Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen in England durch Chapter IV, Rules 32.23

Act 1986 sieht mit Geltung für das gesamte Vereinigte Königreich vor, dass eine familiengerichtliche Anordnung, die in einem Teil des Vereinigten Königreiches in Kraft getreten ist, in allen anderen Teilen mit der Wirkung anerkannt wird, als wäre diese vom zuständigen Gericht der anerkennenden Teilrechtsordnung erlassen worden, Sec. 25 (1) Family Law Act 1986:

Where a Part I order¹¹²¹ made by a court in any part of the UK is in force with respect to a child (...) the order shall be recognised in any other part of the UK as having the same effect in that other part as if it had been made by the appropriate court in that other part and as if that court had had jurisdiction to make it.

Die Regelung bewirkt eine Anerkennung der Entscheidung *ex lege*.¹¹²² Eine Nachprüfung der Entscheidung selbst kann auch danach nur in der Ursprungsteilrechtsordnung verfolgt werden, in der Anerkennungs- und Vollstreckungsrechtsordnung kommt allenfalls die Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens für die Zeit der Anfechtung der Entscheidung vor den Gerichten der Ursprungsteilrechtsordnung in Betracht.¹¹²³ Die Differenzierung zwischen Ursprungs- und Anerkennungsrechtsordnung im interlokalen Zusammenhang erinnert an die klare Zuständigkeitsverteilung der Brüssel IIa-VO.¹¹²⁴ Die Anerkennung sorgerechter Entscheidungen und die Beimessung einer an der eigenen Rechtsordnung orientierten Wirkung ohne Nachprüfung der Zuständigkeit des erlassenden Gerichts und ohne Überprüfung der Entscheidung in der Sache ist den britischen Gerichten aus ihrer interlokalen Anerkennungspraxis daher bestens bekannt.

2. Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Kindschaftssachen

Unabhängig davon, dass sich die Anerkennung mittlerweile zum größten Teil aus Staatsverträgen und EU-Gemeinschaftsrecht ergibt,¹¹²⁵ sieht auch das Common Law der Teilrechtsordnungen Großbritanniens eigene autonome Regelungen zur

ff. der Family Procedure Rules (Registration and Enforcement of Custody Orders under The 1986 Act), zu finden unter www.legislation.gov.uk und in Schottland durch die Rules of the Court of Session, Chapter 71, Registration and Enforcement of Part 1 orders under the Family Law Act 1986, zu finden unter www.scotcourts.gov.uk.

¹¹²¹ Part I bezieht sich auf den Teil I des Family Law Act und bezeichnet den Bereich Child Custody, Katalog der betreffenden orders in Sec. 1 Family Law Act 1986.

¹¹²² North, Private International Law, (1993), S. 91.

¹¹²³ North, Private International Law (1993), S. 91.

¹¹²⁴ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 59; vgl. zum Family Law Act 1986 North, Private International Law (1993), S. 91: “*Any challenge on the merits (...) must be made in the original court; that is where the interests of the child are essentially to be safeguarded (...).*”

¹¹²⁵ Rieck, Ausl. Familienrecht, England und Wales, Rn. 75.

Anerkennung ausländischer Entscheidungen vor.¹¹²⁶ Frühere Common Law-Grundsätze, die vor der Inkorporation des ESÜ und des HKÜ in den Child Abduction and Custody Act 1985¹¹²⁷ und der Geltung der Brüssel IIa-VO bestanden, zeigen bemerkenswerte Unterschiede zur heutigen europäisch vereinheitlichten Rechtslage.

In der früheren autonomen Anerkennungspraxis sahen sich englische Gerichte nicht an ausländische Sorgerechtsentscheidungen gebunden, und eine Pflicht zur Anerkennung wurde aus zwei wesentlichen Gründen nicht angenommen.¹¹²⁸ Die erste Erwägung des englischen Common Law fußte auf der Tatsache, dass Sorgerechtsurteile nie in materielle Rechtskraft im Sinne einer Unanfechtbarkeit erwachsen und ständig überprüfbar sein mussten.¹¹²⁹ Bestand auf englischer Seite ebenfalls eine internationale Zuständigkeit, so wäre im Falle der Erforderlichkeit eine neue Entscheidung zum Sorgerecht vor englischen Gerichten in Betracht gekommen, womit die anzuerkennende Entscheidung überholt gewesen wäre und aus englischer Sicht aufgrund sachlicher Erfordernisse keine Relevanz mehr gehabt hätte.¹¹³⁰ Die zweite wichtige Erwägung galt der allem übergeordneten Beachtung des Kindeswohls (*paramount consideration of child welfare*) in allen Verfahrensabschnitten und Sachentscheidungen, die sich auch auf anzuerkennende ausländische Entscheidungen erstreckte.¹¹³¹ Das Gebot der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl wurde dem Grundsatz der Anerkennung übergeordnet und war damit ein Überprüfungskriterium, anhand dessen die Anerkennung der ausländischen Entscheidung abgelehnt bzw. ein neuer *order* durch ein englisches Gericht erlassen werden konnte.¹¹³² So wurde in Zusammenfassung der dazu ergangenen Judikatur die autonome Regel formuliert, dass die englische Rechtsprechung durch die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht ihr Recht verloren habe, die Entscheidung anhand des Kindeswohls zu überprüfen:

¹¹²⁶ *Burrows*, English Private Law, Rn. 20.128; *Fawcett/Carruthers*, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, S. 516.

¹¹²⁷ Unter www.legislation.gov.uk, hier insbesondere Part II Recognition and Enforcement of Custody Decisions.

¹¹²⁸ *Fawcett/Carruthers*, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, S. 1097; *North*, Private International Law (1993), S. 87.

¹¹²⁹ *McKee v. McKee* [1951] A.C. 352, 364; *Dicey, Morris & Collins*, Conflic of Laws, Rn. 19-076; *Fawcett/Carruthers*, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, S. 1097.

¹¹³⁰ *J v. C* [1970] A.C. 668, 700; *McKee v. Mc Kee* [1951] A.C. 352, 364, 365.

¹¹³¹ *J v. C* [1970] A.C. 668, 700.

¹¹³² *McKee v. McKee* [1951] AC 352, 365.

*(...) a custody order made by a foreign court does not prevent an english court from making such orders in England in respect of the child as, having regard to its welfare, it thinks fit.*¹¹³³

Child welfare wurde in diesem Kontext damit nicht als Teil der englischen öffentlichen Ordnung (*public policy*) verstanden, sondern als ein Grundsatz des materiellen Kindschaftsrechts angewandt. Diese Praxis wurde unter anderem mit dem Argument kritisiert, dass dies mit einer gegenwärtigen Regelung des Sorgerechts unzufriedene Elternteile zur Einleitung eines Sorgerechtsverfahrens in England verleiten konnte.¹¹³⁴

Erst der Child Abduction and Custody Act 1985 stellte die britische Anerkennungspraxis im Bereich der elterlichen Verantwortung erstmals auf eine europäische vereinheitlichte Grundlage. Der Act setzt das ESÜ und das HKÜ um, indem er die beiden Konventionen in die britische Rechtsordnung integriert. In seinem Part II regelt der Act die Anerkennung und die Vollstreckung (Recognition and Enforcement of Custody Orders). Der Inhalt der Sec. 12-24 setzt damit die inhaltlichen Vorgaben des ESÜ um.

Für die Behandlung von Fällen, in denen die Anwendbarkeit des ESÜ nicht gegeben war und somit noch autonomes Common Law galt, wurde vertreten, dass die Anerkennung nur noch aus ähnlichen Gründen verweigert werden durfte, die sich nach der Wichtigkeit des Falls bestimmten – einer aktuellen Anordnung eines ausländischen Gerichts sollte bei im wesentlichen unveränderten Umständen nicht mehr die Anerkennung verweigert werden dürfen.¹¹³⁵ Andererseits wurde gemutmaßt, dass der autonome Ansatz der britischen Gerichte, sich die Abänderung aus Kindeswohlgründen vorzubehalten, im Umgang mit Fällen außerhalb des Anwendungsbereichs des ESÜ erhalten bleiben würde.¹¹³⁶

IV. Vollstreckung

Nach der Grundregel des autonomen englischen IZVR sind anerkannte Entscheidungen nach ihrer Registrierung und soweit ihr Inhalt vollstreckungsfähig ist aufgrund der Gleichstellungswirkung nach innerstaatlichem Vollstreckungsverfahren durchzusetzen.¹¹³⁷ Spezielle Vorschriften zur Vollstreckung ausländischer Entscheidungen existieren im Bereich der Vollstreckbarerklärung, jedoch nicht der Vollstreckung selbst. Im Bereich der elterlichen Verantwortung betrifft

¹¹³³ *Dicey & Morris*, Conflict of Laws (13. Aufl. 2000), Rn. 19R-058; so auch beibehalten für Fälle, in denen die Brüssel IIa-VO nicht anwendbar ist: *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws, Rn. 19R-074.

¹¹³⁴ *Mc Clean*, Conflict of Laws (4. Aufl. 1993), S. 224.

¹¹³⁵ *Mc Clean*, Conflict of Laws (4. Aufl. 1993), S. 224.

¹¹³⁶ *Dicey & Morris*, Conflict of Laws (13. Aufl. 2000), Rn. 19-060: “*The Rule will however continue to describe the approach of English courts to most custody orders made by courts outside the United Kingdom.*“

¹¹³⁷ *Burrows*, English Private Law, Rn. 20.142.

die Vollstreckung klassischerweise Umgangs- (*contact orders*) und Herausgaberegungen (*residence orders*).

1. Registrierung als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit

Im Vereinigten Königreich erfolgt die Vollstreckung nicht aufgrund einer Klauselerteilung, sondern aufgrund einer Registrierung.¹¹³⁸ Die Registrierung, die durch gerichtlichen Beschluss zugelassen wird, bewirkt die Vollstreckbarkeit.

a) Die Registrierung interlokaler Entscheidungen

Die Registrierung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung mit interlokalem Bezug innerhalb des Vereinigten Königreichs ist im fünften Kapitel des Family Law Act 1986 geregelt. Chapter V – Recognition and Enforcement sieht vor, dass Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen einer anderen britischen Teilrechtsordnung vor ihrer Vollstreckung zunächst nach Sec. 27 des Family Law Act 1986 zu registrieren sind. Sec. 25 (2) und (3) des Family Law Act 1986 bestimmt hierbei, dass Entscheidungen mit vollstreckbarem Inhalt nicht nur gem. Abs. (1) anerkannt werden, sondern zusätzlich der Registrierung bedürfen. Diese erfolgt auf Antrag bei einem zentralen Gericht der jeweiligen Teilrechtsordnung (in England der High Court of Justice, in Schottland der Court of Session) und ist vorzunehmen, soweit die in der Entscheidung vorgesehene Regelung zeitliche Gültigkeit besitzt, Sec. 27 Family Law Act 1986. Die detaillierten verfahrensrechtlichen Ausführungsvorschriften zu Fragen der Zuständigkeit, den Antragsvoraussetzungen und den notwendigen Dokumenten regeln in England/Wales die Family Procedure Rules, Chapter IV, Registration and Enforcement of Custody Orders under the 1986 Act und in Schottland die Rules of the Court of Session, Chapter 71.

Die Registrierung ist als ein formaler Akt mit Ähnlichkeit zum Exequatur und zur Klauselerteilung im deutschen Verfahrensrecht zu verstehen; eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung sieht Sec. 27 des Family Law Act nicht vor. Die Prüfung einer Anerkennungsfähigkeit eröffnet sich im Rahmen der interlokalen Registrierung damit nicht. Allerdings genießt das Vollstreckungsgericht gem. Sec. 29 (2) des Family Law Act 1986 die Kompetenz und die Verpflichtung zur Überprüfung, ob die zu vollstreckende Anordnung mit der psychischen und physischen Integrität des Kindes vereinbar ist.¹¹³⁹ Die Vorschrift normiert die Kompetenz der Gerichte der vollstreckenden Teilrechtsordnung zum Erlass vorläufiger Anordnungen, um das Kindeswohl zu gewährleisten.

¹¹³⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 2 Brüssel IIa; zu Art. 38 EuGVO, der den Besonderheiten des Zivilverfahrensrechts des Vereinigten Königreichs Rechnung trägt, siehe *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 38 EuGVO, Rn. 18-20; *Bunge*, ZPR in England und Schottland, S. 43 (§ 8 III); allg. *Burrows*, English Private Law, Rn. 20.146.

¹¹³⁹ Vgl. *Woodcock v. Woodcock*, 1990 S.L.T. 848, 852.

b) Die Registrierung ausländischer Entscheidungen

Die Registrierung ausländischer Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung richtet sich seit dem Inkrafttreten des Child Abduction and Custody Act 1985 nach dessen Part II, Sec. 16.¹¹⁴⁰ Ebenso wie interlokale Entscheidungen bedürfen ausländische Entscheidungen der Verleihung der Vollstreckbarkeit in Gestalt der Registrierung gem. Sec. 16 Child Abduction and Custody Act 1985. Dessen Abs. (4) (a) sieht die Versagung der Registrierung im Falle des Vorliegens der Anerkennungsversagungsgründe der Art. 9 und 10 ESÜ vor. In der englischen Praxis der Versagung der Registrierung auf Grundlage dieser Regelung ist insbesondere die Vereinbarkeit der Entscheidungen mit dem Kindeswohl ein wichtiges Prüfungskriterium gewesen.¹¹⁴¹ Ist die ausländische Entscheidung registriert, so ist sie einer Entscheidung der Vollstreckungsrechtsordnung gleichgestellt, und die betreffende Anordnung ist nach innerstaatlichem Verfahren vollstreckbar, Sec. 18 des Child Abduction and Custody Act 1985:

Where a decision relating to custody has been registered under section 16 above, the court in which it is registered shall have the same powers for the purpose of enforcing the decision as if it had been made by that court; and proceedings for or with respect to enforcement may be taken accordingly.

2. Das Vollstreckungsverfahren

Die Durchsetzung von Entscheidungen der elterlichen Verantwortung der Rechtsordnungen England/Wales und Schottland ist nicht einheitlich statutorisch niedergelegt im Sinne des deutschen Zwangsvollstreckungsrechts, sondern ergibt sich aus den Regelungen im Zusammenhang mit den materiellrechtlichen Anordnungen (*orders*) des Children Act 1989, des Children (Scotland) Act 1995, des Family Law Act 1986, den Family Procedure Rules und den Civil Procedure Rules (England)¹¹⁴², den Rules of the Court of Session (Schottland)¹¹⁴³, aber auch den im Common Law überragend wichtigen Ausprägungen in der Rechtsprechung.¹¹⁴⁴

¹¹⁴⁰ Vgl. *Bunge*, ZPR in England und Schottland, S. 207; in Zivilverfahren richtet sich die Registrierung nach dem Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 sowie den Civil Procedure Rules 1998 Part 74, *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 38 EuGVO, Rn. 20.

¹¹⁴¹ Z.B. H (A Minor) [1994] Fam. 105, 110; F v. F [1989] Fam. 1, 14; Campins-Coll, Petitioner, 1988 S.C. 305, 308.

¹¹⁴² Unter www.justice.gov.uk; Rule 33.7 der Family Procedure Rules verweist für die Vollstreckung der Sec. 8 *orders* des Children Act 1989 auf die Civil Procedure Rules und deren CCR Order 29, Committal for Breach of Order or Undertaking, Rule 1, Enforcement of Judgment to do or obstruct from doing any act.

¹¹⁴³ Unter www.scotcourts.gov.uk.

¹¹⁴⁴ Siehe Children Act 1989, sec. 11 J-N, 14; Magistrates Courts' Act 1980, Sec. 63 (3); Contempt of Court Act 1981, Sec. 17 (2); Re H (contact: enforcement) [1996] 1 FLR, 614, 615; Family Law Act 1986, Sec. 34 (2).

Das englische Recht kennt ebenso wie das deutsche formelle Voraussetzungen wie die Erforderlichkeit eines Antrags auf Vollstreckung, Rule 33.1 der Family Procedure Rules, Part 33 (Enforcement), die Zustellung des Gerichtsbeschlusses und die genaue Bezeichnung der umgangsrechtlichen Regelung im Beschluss.¹¹⁴⁵ Zur Durchsetzung des Umgangsrechts stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Die vollstreckbare Anordnung kann im Wege des Zwangsgelds oder einer der Sache dienlichen Inhaftierung vollzogen werden.¹¹⁴⁶ Ein weiteres Druckmittel bei der Durchsetzung ist die Strafbarkeit der Widersetzung gegen gerichtliche Anordnungen.¹¹⁴⁷ Die Nichtbefolgung der richterlichen Anordnung gilt als Missachtung des Gerichts (*contempt of court*), Rule 33.7 (1) (a) Family Procedure Rules mit CCR Order 29 Rule 1 Abs. 4. Die tatsächliche Durchsetzung im Wege des Zwangs wird ebenso wie im deutschen Recht von einem staatlichen Organ, dem *enforcement officer* oder *constable* vorgenommen, der gerichtlich autorisiert wird, Grundstücke zu betreten, das Kind an sich zu nehmen und es an die umgangsrechtlich berechtigte Person zu übergeben, Sec. 34 (1) und (2) Family Law Act 1986. Unterstützt wird dieser ggf. durch die Polizei.¹¹⁴⁸ Die vollstreckungsrechtliche Maßnahme muss in jedem Falle mit dem britischen Verständnis des Kindeswohls im Einklang stehen, da auch hier die Bindung des gerichtlichen *orders* an Sec. (1) des Children Act 1989 besteht.

Auch im englischen Recht gilt der dem deutschen Recht bekannte Grundsatz, dass die zwangsweise Durchsetzung einer Entscheidung als absolute *ultima ratio* verstanden und nach Möglichkeit vermieden wird.¹¹⁴⁹ Diese kommt nur in Betracht, wenn auf dem Wege der Einigung zwischen Trägern elterlicher Verantwortung keine Lösung erzielbar ist. Die Durchsetzung solcher Regelungen im Streit und unter der Anwendung von Zwang wird als Steigerung der Feindseligkeit zwischen beiden Elternteilen und als Verschärfung des Streits gesehen, die für die auf lange Sicht zu beurteilende Lösung des Konflikts als schädlich betrachtet wird.¹¹⁵⁰ Dies basiert letztlich wiederum auf der kindzentrierten Erwägung, dass es für das Kind mehr als wünschenswert ist, dass auch die Beziehung beider Eltern untereinander nicht zerrüttet ist und das Kind den Kontakt zu beiden Elternteilen aufrechterhalten kann.¹¹⁵¹ Daher wirkt der Richter zunächst mit Nachdruck auf eine friedliche Einigung hin. Zur Vollstreckung eines umgangsrechtlichen Titels

¹¹⁴⁵ Im Falle des Committal bei der Durchsetzung eines Sec. 8 *order* gem. Rule 33.7 (1) (a) Family Procedure Rules mit CCR Order 29 Rule 1 Abs. 2 a).

¹¹⁴⁶ *Cretney*, Family Law, Rn. 18-056; 'Committal' gem. Rule 33.7 (1) (a) Family Procedure Rules mit CCR Order 29 Rule 1.

¹¹⁴⁷ Contempt of Court Act 1981, Sec. 14-17; Re R (A Minor) (Contempt: Sentence) [1994] 1 WLR 487, 490; *Cretney*, Family Law, Rn. 18-056.

¹¹⁴⁸ *Bunge*, ZPR in England und Schottland, S. 203.

¹¹⁴⁹ P v. W (Access order: breach) [1994] 1 WLR 487, 490.

¹¹⁵⁰ P v. W (Access order: breach) [1994] 1 WLR 487, 490.

¹¹⁵¹ Vgl. *Cretney*, Family Law, Rn. 18-019 und 18-057.

kommt es nach britischem Verständnis daher nur, wenn sämtliche milderen Möglichkeiten der Einigung keinen Erfolg versprochen haben.

Bei der Konfliktbewältigung gibt es zudem außergerichtliche Unterstützung durch den sog. *officer to the service* (früher *welfare officer*), der jugendamtliche Aufgaben wahrnimmt und eine neutrale Stellung innehat.¹¹⁵² Dieser wird vom öffentlich-rechtlichen *Children and Family Court Advisory and Support Service (CAFCASS)* gestellt, der durch den Criminal Justice and Courts Services Act 2000 etabliert wurde.¹¹⁵³ Die Organisation bündelt Funktionen, die ehemals auf drei Aufgabenbereiche verteilt waren: die Berichterstattung für das gerichtliche Verfahren (*child and family reporters*), den Rechtsbeistand für das Kind in öffentlich-rechtlichen Verfahren (*panel guardians*) und einer verfahrensrechtlichen Beteiligung in komplexen kindschaftsrechtlichen Fällen (CAFCASS Legal Services).¹¹⁵⁴

V. Das Kindesrückführungsrecht (child abduction)

Eine interessante Vorfrage für das Verständnis der britischen Praxis im Umgang mit Fällen auf Grundlage der Brüssel IIa-VO ist die Behandlung von Kindesentführungen in innerstaatlichen Fällen und solchen, bei denen allein das HKÜ zur Anwendung kommt. Das Vereinigte Königreich ist im völkerrechtlichen Sinne ein Staat, jedoch haben die Regionen eine ausgeprägte Identität mit teilweiser juristischer Autonomie.¹¹⁵⁵ Dies zeigt sich schon daran, dass im interlokalen Bereich Anerkennungsregeln existieren, nach denen die Wirkungerstreckung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen einer anderen Teilrechtsordnung anders als im Verhältnis der deutschen Bundesländer untereinander keine Selbstverständlichkeit ist.¹¹⁵⁶ Insofern hat der britische Praktiker bereits mit dieser innerstaatlichen Ebene ein gewisses Maß an Erfahrung, auch wenn man hier nur bedingt von „grenzüberschreitenden“ Fällen sprechen kann. Das internationale Übereinkommen HKÜ ist im Zusammenhang mit den Regelungen des ESÜ mit Geltung für das gesamte Vereinigte Königreich im Child Abduction and Custody Act 1985 umgesetzt worden.

1. Interlokale Rückführung

In innerstaatlichen Fällen, in denen Kinder innerhalb einer oder zwischen den Teilrechtsordnungen des Vereinigten Königreichs ohne die Zustimmung der sorgeberechtigten Personen „entführt“ werden, ist bei einem Antrag auf Rückfüh-

¹¹⁵² *Bainham*, Children, S. 586.

¹¹⁵³ *Bainham*, Children, S. 586.

¹¹⁵⁴ Siehe www.cafcass.gov.uk; *Bainham*, S. 586.

¹¹⁵⁵ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 14 VI.

¹¹⁵⁶ Siehe Law Com No. 138/Scot. Law Com. No. 191, Family Law, Custody of Children – Jurisdiction And Enforcement Within The United Kingdom, Nr. 5.1 und ff.

zung die erste Handlung des Gerichts der Erlass eines *residence order*¹¹⁵⁷ *ex parte*¹¹⁵⁸ oder *on short notice*,¹¹⁵⁹ soweit ein solcher zugunsten des antragstellenden Elternteils nicht schon besteht.¹¹⁶⁰ Die Befugnis, die Rückführung eines Kindes an den gewöhnlichen Aufenthaltsort anzuordnen, ist ein besonderes Beispiel für eine am Kindeswohl orientierte Anordnung (*order*).¹¹⁶¹ In Fällen, die die Entführungen zwischen den Teilrechtsordnungen betreffen, ist der Family Law Act 1986 anwendbar.¹¹⁶² Er legt interlokal verfahrensrechtlich fest, inwiefern die Zuständigkeit für sorgerechtliche Anordnungen durch Gerichte einer Teilrechtsordnung Großbritanniens ausgeübt werden kann sowie dass die *residence orders* im gesamten Gebiet des Vereinigten Königreichs anerkannt werden und vollstreckbar sind, Sec. 1, 29 Family Law Act.¹¹⁶³ Ebenso sollen Zuständigkeitskonflikte der innerstaatlichen Jurisdiktionen vermieden werden.¹¹⁶⁴ Das zuständige Gericht übersendet die Anordnung samt Unterlagen an das gem. Secs. 27 (3) und 32 (1) Family Law Act 1986 bestimmte Gericht der Zufluchtsregion (High Court in England/Wales und der Court of Session in Schottland) und diese ist dort zu registrieren und vollstrecken zu lassen, Sec. 27 Family Law Act 1986. Jedoch kann auch hier wiederum eine Person, die ein Interesse an der Sache geltend machen kann, die Anerkennung und Durchsetzung der Anordnung aus dem Grund anfechten, dass diese ihre Wirkung, z.B. mangels Aktualität, verloren haben, Secs. 30, 31.

Des Weiteren verleiht der Family Law Act 1986 die Befugnis zu sog. *ancillary orders* (begleitenden Verfügungen), welche verschiedenen Gegenstand sein können – z.B. die Anordnung ggü. dem entführenden Elternteil, den Aufenthalt des Kindes preiszugeben, das Verbot, das Kind an einen anderen Ort zu verbringen oder die Beschlagnahme der Reisepässe, Secs. 33 – 37 Family Law Act 1986. Speziell im Verfahren der Rückführung vertraten die englischen Gerichte auch in Fällen, in denen sie die Beurteilung nur anhand des eigenen Kindeswohlverständnisses außerhalb des Anwendungsbereichs des HKÜ vornahmen, die Ansicht, dass es grds. das Beste für das Kind sei, so schnell wie möglich an seinen ursprünglichen Auf-

¹¹⁵⁷ Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 5.15.

¹¹⁵⁸ *Ex parte* = einseitiges (zumeist vorläufiges) Verfahren auf Antrag einer Partei ohne Anhörung der anderen Beteiligten, *Diell/Lorenz*, S. 296.

¹¹⁵⁹ *Short notice*: im Eilverfahren mit verkürzter Zustellungsfrist, vgl. *Diell/Lorenz*, S. 769.

¹¹⁶⁰ *Cretney*, Family Law, Rn. 20-009.

¹¹⁶¹ *Burrows*, English Private Law, Rn. 20.234.

¹¹⁶² *Cretney*, Family Law, Rn. 20-010.

¹¹⁶³ Sec.1 verweist u.a. auf die *orders* gem. Children Act 1989; *Duffield/Theobald*, Family Law and Practice, Nr. 11.9.1; die nähere verfahrensrechtliche Ausführung richtet sich auch hier nach Chapter IV der Family Procedure Rules, Rule Nr. 32.23 ff (England) und Chapter 71 der Rules of the Court of Session (Schottland).

¹¹⁶⁴ *Bainham*, Children, S. 764.

enthaltort zurückgeführt zu werden.¹¹⁶⁵ So wurde von englischen Gerichten, wenn nicht gewichtige Gründe des Kindeswohls entgegenstanden, recht zügig eine Rückführung angeordnet.¹¹⁶⁶

2. *Exkurs: Inkorporation und Anwendung des HKÜ*

a) Der Child Abduction and Custody Act 1985

Das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) wurde im Vereinigten Königreich durch Teil I des Child Abduction and Custody Act 1985 im Jahr 1986 in geltendes Recht umgesetzt. Sec.1 (2) ordnet die innerstaatliche Geltung des HKÜ an, während die weiteren Normen des Teil I die innerstaatlichen Kompetenzen und den verfahrensrechtlichen Rahmen schaffen. Die Rolle der Zentralen Behörde (*Central Authority*) i.S.d. HKÜ wird wahrgenommen vom Lord Chancellor's Department in England und dem Secretary of State in Schottland. Die für die Bearbeitung eingehender Gesuche zuständigen Gerichte sind in England der High Court und in Schottland der Court of Session, Sec. 4 Child Abduction and Custody Act. Besonders hervorzuheben ist die Ermächtigung britischer Gerichte zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen zum Kinderschutz in der Zeit bis zur Erledigung des Rückführungsverfahrens gem. Sec. 5. Diese Kompetenz integriert die allgemeine Kindeswohlverpflichtung der britischen Familiengerichte kraft ihres materiellen Rechts in das Verfahren nach der Haager Konvention.

b) Staatsvertragsautonome Auslegung

Bei eingehenden Gesuchen und der Anwendung der allgemeinen Rückführungsregeln der Art. 12 und 13 HKÜ wird darauf geachtet, dass die Rückführungsentscheidung keine Erwägungen zur Verteilung der Sorge und des Umgangsrechts einbezieht, sondern eine Kooperation mit dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts stattfindet, die sich auf die Wiederherstellung des faktischen Status quo ante beschränkt.¹¹⁶⁷ Bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ betonen die Gerichte des Vereinigten Königreiches deutlich, dass nicht irgendeine Gefahr für das Wohl des Kindes die Versagung der Rückführung rechtfertige und dass bei der Auslegung des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ nicht der gleiche Prüfungsmaßstab gelte wie in den rein innerstaatlichen Fällen.¹¹⁶⁸ Der materielle Gehalt des innerstaatlichen *child welfare*-Prinzips wird nicht auf die Konventionsebene über-

¹¹⁶⁵ Re L (Minors) (Wardship: Jurisdiction) [1974] 1 WLR 250, 264; Re P (A Minor) (Child Abduction: Non-Convention Country) [1997] Fam. 45, 51.

¹¹⁶⁶ Z.B. Re H (Infants) [1966] 1 WLR 381, 402.

¹¹⁶⁷ Re A (A Minor) (Abduction) [1988] 1 FLR 365, 368; *Burrows*, English Private Law, Rn. 20.234; *Bainham*, Children, S. 751.

¹¹⁶⁸ C v. C (Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654, 661; Re A (A Minor) (Abduction) [1988] 1 FLR 365, 372, 373.

tragen, sondern es werden konsequent die Fragen der Rückführung als Teil der „Rechtshilfe“ auf Grundlage des HKÜ und die der Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung auseinandergelassen. So wird in Anbetracht der Funktion des Begriffs für die Versagung der Rückführung gefordert, dass ein überzeugender Beweis für eine schwere Gefährdung oder eine andere nicht hinzunehmende Situation besteht, deren Ernsthaftigkeit deutlich über die unvermeidbaren Unannehmlichkeiten, Unsicherheiten und Ängste, die mit einer Rückführung in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts verbunden sind, hinausgehen.¹¹⁶⁹ Dabei lassen die britischen Gerichte auch nicht den Einwand gelten, es werde eine erhebliche Gefahr dadurch geschaffen, dass das Kind ohne den entführenden Elternteil zurückgeführt werden soll.¹¹⁷⁰ In keinem Falle soll der entführende Elternteil von seinem unrechten Handeln profitieren.¹¹⁷¹ Britische Gerichte respektieren nicht nur in eindeutiger Weise die Zuständigkeit des Aufenthaltsstaats für die Entscheidung der sorgerechtlichen Angelegenheiten, sondern suchen im Falle von Unklarheiten den Kontakt zu Behörden des ursprünglichen Aufenthaltsstaats, um Risiken bei der Rückführung durch diesen beheben zu lassen (sog. *undertakings*).¹¹⁷² Einwände, bei denen die britischen Gerichte der beantragten Rückführungsversagung stattgegeben haben, sind die des begründeten Verdachts der Misshandlung und des Missbrauchs des Kindes im Staat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts.¹¹⁷³ Widerspricht das Kind der Rückführung und hat es ein Alter und einen Reifegrad erreicht, der dies als angemessen erscheinen lässt, so sind die britischen Gerichte geneigt, den Standpunkt der Kinder zur Rückführung zu respektieren.¹¹⁷⁴ Jedoch müssen erhebliche Gründe vorliegen, die Rückführung zu versagen – grds. scheitert eine Rückführung nicht am geäußerten gegenteiligen Willen des Kindes.¹¹⁷⁵ Die Ergründung der Vorstellungen des Kindes zu seiner Gesamtsituation behalten britische Gerichte dem Hauptsacheverfahren im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts vor.¹¹⁷⁶

¹¹⁶⁹ Re C (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, 1154; C v. B (Abduction: Grave Risk) [2005] EWHC 2988 (Fam), Rn. 58.

¹¹⁷⁰ C v. C (Abduction: Right of Custody) [1989] 1 WLR 654, 661; Whitley, *Petitioner* 1998 Fam LR 7, Rn. 2-28.

¹¹⁷¹ C v. C (Abduction: Right of Custody) [1989] 1 WLR 654, 661.

¹¹⁷² Re H (Children) (Abduction: Grave Risk) [2003] EWCA Civ 355, Rn. 37; *Carl*, FPR 2001, S. 211, 213.

¹¹⁷³ Re F (Child Abduction: Risk if Returned) [1995] 2 FLR 31, 38-39; Re G (Abduction: psychological Harm) [1995] 1 FLR 64, 68-69.

¹¹⁷⁴ Re M (A Child) (Abduction: Child's Objections), [2007] EWCA Civ 260, Rn. 83.

¹¹⁷⁵ JPC v. SLW, SMW [2007] 2 FLR 900, Rn. 48-49; Z v. Z (Abduction: Children's Views) [2005] EWCA Civ 1012, Rn. 55; *Cretney*, *Family Law*, Rn. 20-021.

¹¹⁷⁶ P v. P (Minors) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 155, 161.

c) Engagement der NGO reunite

Einen mittlerweile mehr als erwähnenswerten Beitrag zur Bewältigung der Kindesentführungsfälle durch die britische Praxis leistet die Arbeit der britischen NGO¹¹⁷⁷ *reunite*.¹¹⁷⁸ Die Organisation, die 1990 als gemeinnütziger Verein (*charitable body*) anerkannt wurde, nahm ihre Arbeit im Jahre 1986 als *reunite National Council for Abducted Children* auf, ein von Eltern gegründetes Netzwerk mit dem Ziel, betroffenen Eltern Hilfestellung bei der Bewältigung des Entführungsproblems und Beratung in Fragen der internationalen Rechtshilfe zu geben.¹¹⁷⁹ Der Verein sammelte zunehmend Erfahrung und konnte mit der Zeit immer beträchtlichere Ressourcen und Expertise im Bereich internationaler Kindesentführung bereitstellen. Im Jahre 1999 erfolgte dann die Umbenennung in *reunite International Child Abduction Centre*, den die NGO seitdem trägt.

Inhaltlich bietet *reunite* jede mögliche praktische, aber unparteiliche Hilfestellung im Falle der Kindesentführung an, z.B. eine schnell zu erreichende telefonische Beratung. Die NGO bietet im Vorfeld Rat, Unterstützung und Informationen insbesondere im Hinblick auf die Erwirkung umgangsrechtlicher Anordnungen an. Eltern, die fürchten, dass der andere Elternteil eine Kindesentführung begehen könnte, können umfassende Beratung und Hilfe bei präventiven Vorkehrungen in Anspruch nehmen. Ein weiterer wichtiger und innovativer Aspekt der NGO-Arbeit ist das von *reunite* angebotene Mediationsverfahren, das auf dem langjährigen Erfahrungsschatz der Organisation im Umgang mit Sorgerechtskonflikten aufbaut.

VI. Ausführung der Brüssel IIa-VO

Ein nächster wichtiger Punkt vor der Betrachtung der gerichtlichen Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung ist die innerstaatliche Umsetzung durch Ausführungsvorschriften.

1. Ausführungsregelungen zur grenzüberschreitenden Entscheidung

a) Ausführungsvorschriften für das gesamte Vereinigte Königreich

Im Vereinigten Königreich ist eine Ausführung der Brüssel IIa-VO zunächst durch eine marginale Erweiterung des Family Law Act 1986 vorgenommen worden.¹¹⁸⁰ Dessen Sec. 2 normiert die internationale Zuständigkeit der britischen Gerichte zum Erlass einer Entscheidung zur elterlichen Verantwortung im Falle des Verbunds mit einem ehelichen Statusverfahren. Für das kindschaftsrechtliche

¹¹⁷⁷ Non-governmental Organisation = Nichtregierungsorganisation.

¹¹⁷⁸ Homepage: www.reunite.org/.

¹¹⁷⁹ Siehe Hilfestellung durch die NGO auf der homepage: www.reunite.org.

¹¹⁸⁰ *McEleany* in: Boele-Woelki/Gonzalez-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 315.

Verfahren ohne Verbund stellte Sec. 3 bereits zuvor auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes als Voraussetzung der Zuständigkeit ab. Die Geringfügigkeit der Ergänzungen im Family Law Act 1986 lassen sich somit dadurch erklären, dass das kindschaftsrechtliche Verfahrensrecht der britischen Teilrechtsordnungen im Punkte der internationalen Zuständigkeit den Regeln der Brüssel IIa-VO schon in weiten Teilen entsprochen hat und die britische Legislative eine Anpassung durch die Schaffung gesonderter Ausführungsvorschriften für nicht erforderlich befunden hat.¹¹⁸¹

b) Ausführungsvorschriften England/Wales

Ausführungsvorschriften für die Anwendung der Brüssel IIa-VO durch die englische Praxis ergeben sich aus den Family Procedure Rules 2010,¹¹⁸² hier Part 31, Registration of Orders under the Council Regulation, the Civil Partnership (Jurisdiction and Recognition of Judgments) Regulations 2005 and under The Hague Convention 1996.¹¹⁸³ Die Registrierung zur Vollstreckung sowie die Anerkennungsversagung regelt Rule 31.8 (Registration for enforcement or order for non-recognition of a judgment). Die Verfahren der Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung (Rule 31.8 (2)) sowie der Anerkennungsversagung (Rule 31.8 (3)) sind dabei jeweils an Anträge geknüpft. Die weiteren Regeln sehen die Möglichkeiten der Aussetzung des Anerkennungsverfahrens und Rechtsbehelfe gegen gerichtliche Entscheidungen und deren prozessuale Wirksamkeit vor. Die gerichtliche Kompetenz zur Ausstellung der Bescheinigung der unmittelbaren Vollstreckbarkeit gem. Art. 41 und 42 der Brüssel IIa-VO, deren Übermittlung durch den *court officer* sowie die Möglichkeit ihrer Berichtigung ergibt sich aus Rule 31.18 bis 31.20. Bzgl. der Anträge auf vorläufige Schutzmaßnahmen i.S.d. Art. 20 Brüssel IIa-VO ergänzt Rule 31.22, dass diese ungeachtet des Laufs der Beschwerdefrist gegen einen Anerkennungsentscheidung und während eines schwebenden Verfahrens der Vollstreckung gestellt werden können.

Eine praktische Richtlinie zur Anwendung der Ausführungsvorschriften zur Brüssel IIa-VO gewährt die Practice Direction 31 A, welche detailliert die Fragen des Beweises und des Nachweises der erforderlichen Dokumente regelt. Das Verfahren der Vollstreckung selbst regelt Rule 31 der Family Procedure Rules nicht, diese richtet sich für inländische wie ausländische Entscheidungen nach den allgemeinen Vorschriften des Part 33 (Enforcement).

¹¹⁸¹ *McEleary* in: Boele-Woelki/Gonzalez-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 315.

¹¹⁸² Unter www.justice.gov.uk.

¹¹⁸³ Der Anwendungsbereich erfasst Kindschaftssachen gem. Rule 31.1 lit. a) der Brüssel IIa-VO und lit. b) des Haager KSÜ von 1996.

2. *Veränderungen im Kindesrückführungsverfahren*

Im Bereich der Kindesentführung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten hat sich die gerichtliche Praxis Englands und Schottlands auf die neuen Vorgaben der Brüssel IIa-VO eingestellt.¹¹⁸⁴ Die Verfahrensregeln der Family Procedure Rules, Part 31, Rule 31.7 (England) wurden an die nun geltenden Modifikationen des HKÜ durch Art.11 Brüssel IIa-VO angepasst.

Eine praktische Umstellung musste aus der Regel folgen, dass das Kind ab einem gewissen Alter und Reife angehört werden muss und die Anhörung nicht dem richterlichen Ermessen überlassen ist, Art. 11 Abs. 2 Brüssel IIa-VO.¹¹⁸⁵ Vor allem die englische Praxis war im Bereich der Kindesanhörung im international-verfahrensrechtlichen Kontext zurückhaltend und ging hiermit korrespondierend von sehr hohen und selten erreichten Anforderungen an die Verweigerung der Rückführung des Kindes aufgrund eines ausdrücklich dagegen geäußerten Kindeswillens aus, während die Beachtung des Kindeswillens, ermittelt durch die Anhörung des Kindes, in den schottischen Verfahren generell bereits einen höheren Einfluss hatte.¹¹⁸⁶

In der Umsetzung der Anhörung unterscheiden das englische und schottische Verfahren voneinander. Während in England die notwendige Kindesbeteiligung auf Grundlage richterlichen Ermessens durchgeführt wird, gibt es in Schottland die durch ein Formular standardisierte Beteiligung des Kindes am Verfahren, der sich aus der statutorischen Erweiterung des Children (Scotland) Act 1995 ergibt.¹¹⁸⁷ Dort ist die Anhörung des Kindes genau geregelt und erfolgt in einem formalisierten Verfahren.¹¹⁸⁸ Die Gerichte sind dabei sogar gehalten, keine Anordnung zu treffen, bevor der Kindeswille ermittelt worden ist, R. 70.17 der Court of Session Rules. Unabhängig davon, ob sich die nach der Brüssel IIa-VO nötige Kindesanhörung aus geschriebenem oder ungeschriebenem Recht ergibt, ist eine eingehende Kindesanhörung nach neuem englischen und schottischen Recht sichergestellt.

VII. Einstweilige Maßnahmen

Das englische Recht der einstweiligen Maßnahmen korrespondiert mit den oben beschriebenen *orders*, mit denen das Gericht auf die Verteilung der elterlichen Sorge und den Umgang einwirken kann. Der Children Act 1989 regelt zunächst allgemein die prozessuale Befugnis, die sog. *care orders*, auch als vorläufige Maßnahmen auszugestalten, Sec. 38, und normiert speziell den vorübergehenden Ausschluss einer Person aus der gemeinsamen Wohnung mit dem Verbot der Nähe-

¹¹⁸⁴ *McEleany* in: Boele-Woelki/Gonzalez-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 319.

¹¹⁸⁵ *McEleany* in: Boele-Woelki/Gonzalez-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 319.

¹¹⁸⁶ *McEleany* in: Boele-Woelki/Gonzalez-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 319.

¹¹⁸⁷ *McEleany*, in: Boele-Woelki/Gonzales-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 319.

¹¹⁸⁸ *McEleany*, in: Boele-Woelki/Gonzales-Beilfuss, Brussels II bis – Impact and Application, S. 319.

zung, Sec. 38 A, sowie weitere, bei erheblicher Kindeswohlbedrohung dienende Anordnungen in Sec. 44 des Children Act 1989.

1. *Sec. 38 Children Act 1989*

Zentrale Vorschrift ist Sec. 38 des Children Act 1989, welcher bestimmt, dass die sorgerechtlichen Anordnungen (*orders*) auch als einstweilige Maßnahmen (*interim order*) ausgestaltet werden können, soweit eine endgültige Anordnung mangels Entscheidungsreife noch aufgeschoben wird oder bei gewissem Verdachtsgrad zunächst die Jugendschutzbehörden um weitere Aufklärung ersucht worden sind, die Anordnung einer Maßnahme jedoch unter Abwägung der Tatsachen bis zur vorläufigen Klärung angezeigt erscheint.¹¹⁸⁹

2. *Sec. 44 Children Act 1989*

Im Grundsatz keine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes sind Schutzanordnungen nach Sec. 44 des Children Act, *orders for emergency protection of the child*. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, mit denen besonders schnell auf besondere Kindeswohlgefährdungen reagiert werden kann. Anordnungen dieser Art antizipieren in ihrem Regelungsgehalt nicht ein späteres Hauptsacheverfahren, die Schutzanordnung ist als Reaktion auf eine temporäre akute Bedrohung eigenständig. Sec. 45 (1) Children Act 1989 bestimmt dabei allerdings, dass solche Maßnahmen in ihrer Dauer nicht die Zeit von acht Tagen überschreiten sollen, insofern steht die Maßnahme wiederum doch im Kontext und unter dem Vorbehalt einer umfassenderen Klärung der Kindersituation in einem Hauptsacheverfahren.

VIII. Besondere Ausprägungen des schottischen Rechts

1. *Das child welfare*

Im Punkte der Abänderung der Entscheidungen und Anordnungen verhält sich das schottische Recht wie das englische. Ist die geltende Regelung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar, so ergeht eine neue Anordnung in Gestalt eines *order* gem. Sec. 11 Children (Scotland) Act 1995. Hierbei ist Sec. 11 (1) die rechtliche Grundlage richterlicher Anordnungen im Zusammenhang mit der Sicherung des *child welfare*. Das schottische Kindschaftsrecht basiert ebenso wie das englische Recht auf dem *welfare principle*.¹¹⁹⁰ Das *welfare principle* findet ausdrücklichen statutorischen Niederschlag in Sec. 1 (1) (a) und 11 (7) des Children (Scotland) Act 1995. Auch im schottischen Recht ist das Kindeswohl unter den vielen in Betracht

¹¹⁸⁹ *Walsh/Geddes*, Family Justice, Nr. 3.36.

¹¹⁹⁰ *Thomson*, Family Law in Scotland, Nr. 12.5.

kommenden Interessen und Aspekten, die in einer Entscheidung zu berücksichtigen sind, das allein maßgebliche, Sec. 11 (7) Children (Scotland) Act 1995.¹¹⁹¹

Der Inhalt der Anordnungen ergibt sich in jedem Einzelfall aus dem jeweiligen sachverhältnlichen Kontext. Gebieten veränderte Umstände den Erlass einer neuen Anordnung, so wird diese bei Vorliegen der Voraussetzungen zum Erlass eines neuen *order* getroffen. Das aus dem englischen Recht bekannte *no order*-Prinzip, der Hinweis auf die zurückhaltende und verhältnismäßige Gebrauchmachung von der Ermächtigung ist in Sec. 1 (7) normiert und dem schottischen Recht damit ebenfalls bekannt.

2. *Autonome Anerkennung fremder Entscheidungen*

Im Vergleich zu den früheren autonomen Regelungen der englischen Rechtsordnung war das schottische autonome Anerkennungsrecht im Grundsatz anerkennungsfreundlicher. Dem Gedanken folgend, dass es sich bei der Sorgerechtsverteilung um eine Statusfrage handelt, die der damaligen Auffassung zufolge im Staat des *domicile*¹¹⁹² des Kindes zu treffen war, wurde betont, dass diese grds. in allen anderen Teilen der Welt anzuerkennen seien.¹¹⁹³

Bei der Behandlung von Kindschaftssachen wurde im schottischen autonomen Anerkennungsrecht jedoch kein Grundsatz einer automatischen Anerkennung angenommen. Das 1925 mit dem Guardian of Infants Act (Sec. 1) eingeführte Prinzip der vorrangigen Beachtung des Kindeswohls in allen das Kind betreffenden Verfahren war den Gerichten auch in Schottland von höherer Bedeutung als das Vertrauen in die Richtigkeit des ausländischen Urteils bei der Anerkennung:

However, foreign judgments relating to the upbringing of children, even from courts of competent jurisdiction, will not be recognised or enforced automatically, for the question of enforcement is secondary to the question of the welfare of the child.¹¹⁹⁴

So wurde eine allgemeine Anerkennungsregel mit dem Satz formuliert, dass gerade keine allgemeine Regel, jedoch gewichtige Gründe für die Anerkennung einer Anordnung eines zuständigen Gerichts einer fremden Rechtsordnung bestünden (*entitled to grave consideration*), eine automatische Anerkennung und Vollstreckung jedoch nicht stattfände, da eine ausländische Anordnung schottische Gerichte nicht davon abhalten könne, eine unabhängige Betrachtung der Sache vor-

¹¹⁹¹ Thomson, Family Law in Scotland, Nr. 12.5.

¹¹⁹² Zum Begriff des *domicile* siehe Kropboller, IPR, § 37 I 2a).

¹¹⁹³ Mc Lean v. Mc Lean, 1947 S.L.T. 36, Nr. 9; Radoyevitch v. Radoyevitch, 1930 SC 619, 624-625; zum ehelichen Status Re Luck [1940] Ch. 864, 891; *Wilkinson/McK Norrie*, Parent and Child (1999), Rn. 11.16.

¹¹⁹⁴ *Wilkinson/McK Norrie*, Parent and Child (1999), Rn. 11.17.

zunehmen, wenn das Kindeswohl dies erfordert.¹¹⁹⁵ Im deutsch-schottischen Fall *Sinclair v. Sinclair*¹¹⁹⁶ des Jahres 1988 weigerte sich Lord Prosser nach der Entführung der gemeinsamen Kinder nach Schottland durch den Vater, eine Rückführung nach Deutschland anzuordnen. Die Gründe bestanden darin, dass es nach seiner Auffassung das Beste für das Kind war, die Frage des Sorgerechts vor Gerichten in Schottland zu klären.¹¹⁹⁷ So erkannte Lord Prosser:

*Even if the child's domicile is Germany, it appears to me that I must exercise my discretion in relation to custody upon the basis of what I see best in the interests of the children.*¹¹⁹⁸

und zitierte aus der Entscheidung *Campins v. Campins*:¹¹⁹⁹

*(...) I ought to give due weight to any views formed by the courts of the country whereof the infant is national. But I desire to say quite plainly that in my view this Court is bound in every case, without exception, to treat the welfare of its ward as being the first and paramount consideration, whatever orders may have been made by the courts of any other country.*¹²⁰⁰

Mit anderen Worten, schottische Gerichte verleihen nach autonomen Grundsätzen einer anzuerkennenden Entscheidung dann Wirkung, wenn nachgewiesen wird, dass dessen sorgerechtlichen Bestimmungen das Kindeswohl (*best interest of the child*) nicht verletzen und die in der Entscheidung mit dem Sorge- und/oder Umgangsrecht betraute Person in der Lage ist, das Wohl des Kindes zu garantieren. Diese autonomen Grundsätze wären mit dem unter der Brüssel IIa-VO geltenden Verbot der *revision au fond* nicht mehr vereinbar.

3. Einstweilige Maßnahmen

Die Ausgestaltung des schottischen Rechts der einstweiligen Maßnahmen ist dem englischen Recht sehr ähnlich. Auch hier können die *orders* nach der Rechtsgrundlage Sec. 11 (Court orders relating to parental responsibilities) durch die Verweisung in Sec. 11 (13) auch als einstweilige Anordnungen erlassen werden:

Any reference in this section to an order includes a reference to an interim order or to an order varying or discharging an order.

Dementsprechend kennt das schottische Recht auch Schutzanordnungen in besonders eiligen Situationen der Bedrohung des Kindeswohls, sog. *measures for the*

¹¹⁹⁵ *Sinclair v. Sinclair*, 1988 S.L.T. 87, 89; *Campbell v. Campbell*, 1977 SC 103, 105.

¹¹⁹⁶ [1988] S.L.T. 87.

¹¹⁹⁷ *Sinclair v. Sinclair*, [1988] S.L.T. 87, 89.

¹¹⁹⁸ *Sinclair v. Sinclair*, 1988 S.L.T. 87, 89.

¹¹⁹⁹ *Campins v. Campins*, Court of Session (Inner House, First Division), vom 27. Dezember 1978.

¹²⁰⁰ *Sinclair v. Sinclair*, 1988 S.L.T. 87, 89.

emergency protection of children, Sec. 57-62 Children (Scotland) Act 1995. Hier ist es möglich, nach Sec. 57 sog. *child protection orders* zu erlassen, falls diese aufgrund der Dringlichkeit nicht einzuholen sind, steht die Möglichkeit zum Erlass eines *emergency protection order* gem. Sec. 61 Children (Scotland) Act 1995 offen.

4. Ausführung der Brüssel IIa-VO

Mit Geltung für die Rechtsordnung Schottlands sehen die Rules of Court of Session, Chapter 62, Part XI, Registration and Enforcement of Judgments under Council Regulation (E.C.) No. 2201/2003 of 27th November 2003 den englischen Ausführungsvorschriften ähnliche Bestimmungen zu Fragen der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen in Schottland (Rule 62.69 ff.) und den begleitenden formellen Voraussetzungen zur Ermöglichung der Vollstreckung einer schottischen Entscheidung im EU-Ausland vor, Rule 62.78. Es handelt sich auch hierbei allein um die Bestimmung innerstaatlicher Kompetenzen und die Integration der Förmlichkeiten der Brüssel IIa-VO in die verfahrensrechtliche Struktur der schottischen Praxis.

B. Die praktische Anwendung der Brüssel IIa-VO

Seit dem Inkrafttreten der Brüssel IIa-Verordnung im Jahre 2005 haben englische und schottische Gerichte bereits einige erwähnenswerte Entscheidungen erlassen, die eine Kindeswohlprüfung im Zweitstaat bei Anwendung der Brüssel IIa-VO¹²⁰¹ zum Gegenstand hatten.

I. Entscheidungen englischer und schottischer Gerichte

1. *Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of the Child)*, 3.9.2003 / 8.12.2003

a) Sachverhalt und Entscheidungen

In dem Sachverhalt *Re S* ergingen noch unter Geltung der Brüssel II (EG 1347/2000) zwei Entscheidungen des High Court, *Re S* (no. 1)¹²⁰² vom 3.9.2003 und (no. 2) vom 8.12.2003,¹²⁰³ welche die Anerkennung einer belgischen Entscheidung zur elterlichen Verantwortung zum Gegenstand hatten. Der Vater V ist

¹²⁰¹ Anmerkung: die betrachteten Entscheidungen 1 und 2, *Re S* und *W v. W* ergingen nicht unter Anwendung der Brüssel IIa-VO, sondern gleichlautender Vorgängervorschriften, weshalb sie für die Untersuchung ebenso interessant waren.

¹²⁰² *Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child)* (no. 1), 3.9.2003, [2003] EWHC 2115 (Fam); [2004] 1 FLR 571.

¹²⁰³ *Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child)* (no. 2), 8.12.2003, [2003] EWHC 2974 (Fam); [2004] 1 FLR 582; siehe auch *Love*, IntFamLaw 2011, 21, 23.

belgischer Staatsangehöriger und die Mutter M sowohl britische als auch italienische Staatsbürgerin.¹²⁰⁴ Das Paar lebte in Belgien und bekam dort ein Kind. Nach der Trennung zog die M nach Großbritannien. Im Zusammenhang zum Scheidungsverfahren vor einem belgischen Gericht wurde beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zugesprochen, wobei die M das Aufenthaltsbestimmungsrecht erhielt und dem V ein periodisches Umgangsrecht im Turnus von 14 Tagen sowie längeren Zeiträumen der Kindesobhut in den Ferienzeiten gewährt wurde. Gegen die Anerkennung der Entscheidung wandte sich die M vor englischen Gerichten mit dem Argument, die Anordnung habe offensichtlich dem *ordre public* gem. Art. 15 Abs. 2 Brüssel II-VO widersprochen.¹²⁰⁵ Dies begründete sie mit dem noch sehr jungen Alter des Kindes, welches durch die ungewohnt langen Phasen des Umgangs mit dem Vater überfordert gewesen wäre.¹²⁰⁶ In der ersten Entscheidung zu Re S kam der High Court zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen den *ordre public* nicht vorlag. Das Gericht habe nicht die ausländische Anordnung in der Sache überprüfen können und ein *ordre public*-Verstoß sei bei keiner Betrachtungsweise gegeben gewesen:

*Merely to reconsider the best interests of the child would be to review the Belgian Judgment (which is clearly welfare based) as to its substance, which is forbidden by Art. 19.*¹²⁰⁷

Zwar sah der High Court die Lösung des belgischen Gerichts als nicht ideal an, was allerdings im Rahmen der Anerkennung nicht zur Überprüfung gestanden habe.¹²⁰⁸ In einem *obiter dictum* konnte Holman J allerdings dahingehend missverstanden werden, dass englische Gerichte im Rahmen der Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung über eine Abänderungsbefugnis verfügen würden, welche sich im Vollstreckungsstadium aus der Behandlung der Entscheidung wie eine inländische ergebe.¹²⁰⁹ Hiervon nahm er in der zweiten Entscheidung Re S (No. 2) jedoch wieder Abstand bzw. stellte diese Fehleinschätzung klar.¹²¹⁰

¹²⁰⁴ Zusammenfassung des Sachverhalts (Case Analysis) 2003 WL (westlaw) 23014887.

¹²⁰⁵ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 23 und 28.

¹²⁰⁶ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 28.

¹²⁰⁷ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 32, zu Art. 19 Brüssel II-VO.

¹²⁰⁸ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 33.

¹²⁰⁹ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 36.

¹²¹⁰ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 13; *Love*, IntFamLaw 2011, 21, 23.

In der zweiten Entscheidung des High Court in *Re S* setzte sich das Gericht erneut mit der Umgangsrechtsregelung auseinander.¹²¹¹ Das Gericht führte nun aus, dass es unter Geltung der Brüssel II-VO keine Kompetenz englischer Gerichte sah, die Entscheidung abzuändern, diese sei anzuerkennen.¹²¹² Die Pflicht des High Court sei die Anerkennung der ausländischen Entscheidung, und es gebe keine Möglichkeit der Überprüfung in der Sache:

*There can be no review as to substance (...) There is no variation power. The duty is to make the foreign judgment happen and there is only such discretion as fulfilment of that duty requires.*¹²¹³

Im Rahmen dessen erschien dem High Court die ausländische Entscheidung im Hinblick auf den angeordneten Umgang allerdings als zu wenig maßvoll.¹²¹⁴ Die Überzeugung bildete sich vor dem Hintergrund, dass das Kind seinen Vater vorher nur sehr selten gesehen habe und die Anordnung des ständigen Besuchsrechts und der festgelegten Zeiträume der Umgangsübung in den Ferien nach Auffassung des Gerichts sehr weit ging.¹²¹⁵ Das Kind sei erst drei Jahre alt gewesen und schon immer von seiner Mutter betreut worden. Seine Hauptanbindung musste nach Auffassung des Gerichts bei der Mutter bleiben.¹²¹⁶ Unter Beachtung des Kindeswohlprinzips sei eine schrittweise Annäherung an die Regelungen in der belgischen Entscheidung geboten.¹²¹⁷ Die Grenze zum *ordre public*-Verstoß sah der High Court aber als nicht überschritten an.¹²¹⁸ Der High Court ging demnach von einer Kompetenz aus, das Urteil stufenweise umzusetzen (*phase in*) und ordnete so einen reduzierten Umgang nach seinen eigenen Vorstellungen an, welche sich

¹²¹¹ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 2.

¹²¹² *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 13.

¹²¹³ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 14.

¹²¹⁴ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15-16.

¹²¹⁵ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15.

¹²¹⁶ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15.

¹²¹⁷ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15.

¹²¹⁸ *Re S* (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 18.

dann bei entsprechender Gewöhnung des Kindes auf die Verwirklichung des Inhalts der belgischen Entscheidung zubewegen sollte.¹²¹⁹

b) Bewertung

In den Entscheidungen in Re S ging es um die Frage der Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Entscheidung zum Umgangsrecht nach *ordre public*-Grundsätzen gem. Art. 15 Brüssel II-VO. Die Kindeswohleinwände der Mutter gegen die belgische Umgangsrechtsregelung teilte das Gericht nicht in dem Maß, welches die Versagung der Anerkennung gerechtfertigt hätte. Dennoch ordnete der mit der Sache befasste Richter Holman J an, dass die Entscheidung nicht sofort nach Maßgabe ihrer Regelungen vollstreckt werden sollte, sondern die Umsetzung erst einmal über einen Zeitraum von 8 Monaten schrittweise erfolgen sollte. Die sofortige Verwirklichung der belgischen Anordnung verstieß gegen das Kindeswohlverständnis des Gerichts. Dass das Gericht betonte, nicht die Kompetenz zur Abänderung zu besitzen, jedoch die begrenzte Ermächtigung, eine ausländische Entscheidung stufenweise in die eigene Rechtsordnung einzuführen,¹²²⁰ ändert nichts daran, dass es sich um eine inhaltliche Modifikation der ausländischen Entscheidung handelte, die auch schon nach der Brüssel II-VO nicht zulässig war. Das Gericht setzte seine eigenen Kindeswohlvorstellungen durch, die nach eigenen Ausführungen unterhalb der Schwelle des *ordre public*-Verstoßes lagen.

Auch nach der mittlerweile geltenden Regelung des Art. 48 Brüssel IIa-VO wäre eine solche Umsetzung in die eigene Rechtsordnung nicht zulässig gewesen, da es sich nicht um Modalitäten der Vollstreckung handelte, sondern um eine Veränderung wesentlicher inhaltlicher Elemente der ausländischen Entscheidung.¹²²¹ Auch war die Regelung der Teilvollstreckung gem. Art. 29 Brüssel II-VO (nunmehr Art. 36 Brüssel IIa-VO) nicht anwendbar. Bei dieser geht es um eine Teilbarkeit einer mitgliedstaatlichen Entscheidung in vollstreckbare und nicht vollstreckbare Ansprüche. Eine Teilvollstreckung ist jedoch dann nicht möglich, wenn innerhalb einer Anordnung mehrere Bestimmungen wie die zeitliche Ausgestaltung des Umgangsrechts getroffen wurden.¹²²² Insofern gab es in Re S (no.2) auf Grundlage der Brüssel IIa-VO keine Berechtigung zur Modifikation der mit-

¹²¹⁹ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 16.

¹²²⁰ Re S (Brussels II: Recognition: Best Interests of Child) (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15: “*a gradual and progressive build-up of contact*”; Lowe, IntFamLaw 2011, 21, 23.

¹²²¹ Vgl. dazu *Mc Elenny*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 48 Rn. 7; *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 48 Brüssel IIa-VO, Rn. 3; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 181.

¹²²² *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 36 Brüssel IIa-VO, Rn. 6; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 155.

gliedstaatlichen Umgangsrechtsentscheidung. Die Entscheidung des High Court wurde entsprechend kritisiert.¹²²³

2. *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die Entscheidung *W v. W (Foreign Custody: Enforcement)*¹²²⁴ vom 5.8.2005 beschäftigte den High Court of Justice mit der Anerkennung und Vollstreckung einer irischen Sorgerechts- und Kindesherausgabeentscheidung.¹²²⁵ Die fallentscheidende Wertung in der Frage eines *ordre public*-Verstoßes ergab sich nach Ansicht des Gerichts in diesem Fall aus dem ESÜ, jedoch sind die entscheidenden Gedanken keine anderen als innerhalb der wortgleichen Klausel der Brüssel IIa-VO, die das Gericht auch anspricht.¹²²⁶

Die in Irland lebende Antragstellerin M und hatte drei gemeinsame Kinder mit dem Antragsgegner V, der mit diesen in England lebte.¹²²⁷ Das an das Scheidungsverfahren in Irland gekoppelte Verfahren zur elterlichen Verantwortung beließ die elterliche Sorge bei beiden Elternteilen gemeinsam, wobei das Aufenthaltsbestimmungsrecht der M zugesprochen wurde.¹²²⁸ Entsprechend stellte sie den Antrag auf Herausgabe der Kinder an sie in Irland. Das irische Gericht ordnete dies an, die Anerkennung und Umsetzung dieser Entscheidung waren Gegenstand des Verfahrens vor dem High Court.¹²²⁹ Der V wandte sich gegen den Antrag auf Anerkennung und verteidigte sich damit, dass die irische Anordnung in einem offensichtlichen Widerspruch zum englischen Kindeswohlverständnis gestanden habe.¹²³⁰ Die Anordnung der Herausgabe und der Übersiedlung der Kinder nach Irland habe den *ordre public* im Sinne einer gravierenden Kindeswohlgefährdung verletzt.¹²³¹ Die Kinder wären bei Befolgung der Anordnung aus ihrem Umfeld herausgerissen worden, in dem sie längere Zeit gelebt hatten.¹²³² Hiergegen argumentierte die M mit dem Urteilen in *Re S* (no. 1) und (no. 2), in welchen

¹²²³ *Lowe*, IntFamLaw 2011, 21, 23.

¹²²⁴ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, EWHC 1811 (Fam).

¹²²⁵ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 1-6.

¹²²⁶ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 112.

¹²²⁷ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 5, 16 ff.

¹²²⁸ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 2 und 29, Sachverhalt und Verfahrensgeschichte in den Rn. 16-29.

¹²²⁹ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 1-2, 30.

¹²³⁰ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 33.

¹²³¹ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 33.

¹²³² *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 71, Auseinandersetzung des High Court mit den Argumenten des V (F).

festgestellt wurde, dass die Anerkennung auf Grundlage der EG-Verordnung Brüssel II-VO keine inhaltliche Überprüfung am Maßstab des Kindeswohls erlaube, sondern die Pflicht statuierte, ausländische Entscheidungen anzuerkennen und zu vollstrecken.¹²³³

Der High Court ließ in seinem Urteil zunächst offen, nach welchem Recht die Frage der Anerkennung zu beurteilen war.¹²³⁴ Aufgrund der zeitlichen Lagerung des Falls kamen für den High Court die Anwendbarkeit der Brüssel II- und der Brüssel IIa-VO sowie des ESÜ und des autonomen Rechts in Betracht.¹²³⁵ Grundsätzlich lag nach Auffassung des Gerichts aber allen Regelwerken derselbe Gedanke der Anerkennung zugrunde, welche nur ausnahmsweise aufgrund einer offensichtlichen Verletzung des *ordre public* versagt werden konnte.¹²³⁶

Der High Court stellte eingangs klar, dass die Versagung der Anerkennung wegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen den *ordre public* sehr hohe Hürden setzt.¹²³⁷ Unter keinen Umständen sei die Entscheidung in der Sache zu überprüfen.¹²³⁸ Der Cafcass-Bericht zeigte, dass die Kinder sich gegen einen Umzug nach Irland sträubten und ihre Vorbehalte ernst zu nehmen waren.¹²³⁹ Dennoch lag die irische Entscheidung nach Auffassung des Gerichts aus englischer Perspektive noch deutlich innerhalb des Rahmens einer vertretbaren Entscheidung und stellte damit keinen Verstoß gegen den *ordre public* dar.¹²⁴⁰ Die Entscheidung sei aber auch bei Anwendung der Verordnungen Brüssel II- oder IIa-VO die gleiche.¹²⁴¹ Der High Court kam zu dem Ergebnis, dass die irische Entscheidung anzuerkennen, zu registrieren und zu vollstrecken war.¹²⁴²

¹²³³ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 36, 37.

¹²³⁴ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 30 (zur Brüssel II), 41 (zum ESÜ), siehe auch Rn. 111 und 112.

¹²³⁵ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 113, zum autonomen Recht; das Gericht würde in diesem Fall nicht die Herausgabe nach Irland anordnen, da es bei Anwendung der autonomen englischen Grundsätze nicht dem Kindeswohl entsprechen würde.

¹²³⁶ Siehe W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 30 und 42.

¹²³⁷ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 50, zu Art. 10 Abs. 1 a) ESÜ.

¹²³⁸ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 50.

¹²³⁹ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 56 und 63.

¹²⁴⁰ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 68, 69.

¹²⁴¹ W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 112.

¹²⁴² W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 111.

b) Bewertung

Die Entscheidung des High Court in *W v. W* ist ungewöhnlich, da das Gericht nicht klar voranstellte, unter welche Norm die Erwägungen zum *ordre public* zu subsumieren waren. Das Gericht umgeht zunächst die klare Festlegung der anwendbaren Vorschriften und stellt allgemein fest, dass die Sachfragen die gleichen seien. Das Gericht machte seine Erwägungen letztlich an Art. 10 Abs. 1 des ESÜ fest, bezog sich aber auch die parallelen Vorschriften der EG-Verordnungen.¹²⁴³ In der Sache entsprachen die gerichtlichen Ausführungen zur Anerkennung genau den Vorgaben der Regelwerke. Der High Court betonte das Verbot der *revision au fond* und dass der offensichtliche *ordre public*-Verstoß hohe Anforderungen stellt. Der High Court verhalf der irischen Entscheidung somit zur Durchsetzung in England und verwirklicht damit die den Verordnungen und dem ESÜ zugrunde liegenden Wertungen. Die Entscheidung zeigt damit zugleich die Tradition der Anwendung des *ordre public*, welche auch bei Geltung der Brüssel IIa-VO anwendbar ist. In einem Nebensatz erwähnte der High Court den autonomen Ansatz der englischen Anerkennungspraxis in Kindschaftssachen, der auf eine Kindeswohlprüfung in der Sache abstellt, hier jedoch nicht zur Anwendung kam.¹²⁴⁴

3. *JPC v. SLW and SMW (Abduction)*, 8.6.2007

Die Entscheidung des High Court in *JPC v. SLW and SMW (Abduction)* setzte sich mit einem Antrag auf Kindesrückführung auseinander.¹²⁴⁵ Obwohl die Entscheidungen der englischen Gerichte in Kindschaftssachen in anonymisierter Form publiziert werden, deutet alles darauf hin, dass es sich bei *JPC v. SLW and SMW* um die Fortsetzung des Sorgerechtskonflikts der zuvor vorgestellten Entscheidung *W v. W* handelt.¹²⁴⁶ Der Fall *W v. W* ist damit als Teil der Vorgeschichte der Entscheidung in *JPC v. SLW and SMW* zu sehen, welche jedoch noch einmal eigenständig aufbereitet wird, da es sich um ein vom Sorgerechtsverfahren unabhängiges Rückführungsverfahren handelt und eine direkte offizielle Bezugnahme auf die Entscheidung in *W v. W* nicht erfolgte.

¹²⁴³ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 68, 112.

¹²⁴⁴ *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 68, 113; zu den autonomen Grundsätzen siehe *Divey & Morris*, Conflict of Laws (13. Aufl. 2000), Rn. 19R-058.

¹²⁴⁵ *JPC v. SLW and SMW (Abduction)*, 8.6.2007, [2007] EWHC 1349 (Fam); [2007] 2 FLR 900.

¹²⁴⁶ Vgl. *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 1 und 2 mit *JPC v. SLW and SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Kurzzusammenfassung auf S. 900 sowie Rn. 1 und 2 sowie Bezugnahme auf die Entscheidung *W v. W* vom 5.8.2005 in *JPC v. SLW and SMW* in Rn. 10 und insbesondere Rn. 12 auf *W v. W* Rn. 112 und 113.

a) Sachverhalt und Entscheidung¹²⁴⁷

Die miteinander verheirateten M und V lebten gemeinsam mit ihren Kindern berufsbedingt an verschiedenen Orten der Welt. Nach der Trennung ging die M mit den Kindern nach Absprache mit V nach Irland. Eine schwere psychische Erkrankung der M (manische Depression), welche stationär behandelt werden musste, hatte zur Absprache geführt, dass die Kinder für eine Zeit bei dem V in London leben sollten. Diese Zeit dauerte mehrere Jahre, in denen sich der V um die Kinder kümmerte und einen großzügigen Kontakt zur M unterstützte.¹²⁴⁸

Nach ihrer Genesung leitete die M ein gerichtliches Sorgerechtsverfahren in Dublin ein, welches die gemeinsame Sorge festlegte.¹²⁴⁹ Während der Schulzeiten sollten die Kinder bei der M in Irland bleiben, während der V ein weitläufiges Kontaktrecht erhielt. In seinem Urteil ging das irische Gericht davon aus, dass sich die Kinder auch nach einer langen Zeit in England schnell wieder in Irland einleben würden. Der hierin angeordneten Herausgabe der Kinder leistete der Vater jedoch nicht Folge, woraufhin die M ein Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung der Herausgabeentscheidung einleitete.¹²⁵⁰ Der in England mit der Anerkennung und Vollstreckung der Herausgabeordnung befasste Richter Singer J hatte in diesem Verfahren geäußert, dass er sich der Verfahrensabläufe nach der Brüssel IIa-VO bewusst war und diesen auch entsprechen wollte. Er hatte aber auch angemerkt, dass er auf Grundlage autonomen englischen Anerkennungsrechts zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre, da er bzgl. einer Rückgabe nach Irland ohne eingehende Kindeswohlprüfung Zweifel gehabt hätte.¹²⁵¹ Der *appeal* des V gegen die Anerkennung und Vollstreckung der irischen Entscheidung wurde zurückgewiesen und die Kinder nach Irland zurückgeführt. Dennoch floh die älteste Tochter S (14 Jahre alt) ohne Zustimmung der Mutter wieder zu ihrem Vater zurück nach England.

Im Kindesrückführungsverfahren vor dem englischen High Court wandten der V und die S nun mehrere Argumente gegen den Antrag auf Rückführung ein. Sie trugen vor, die M habe dem V den Kontakt zu seinen Kindern erschwert bis unmöglich gemacht.¹²⁵² Die S gab an, sie sei mit der Situation bei der Mutter unglücklich gewesen, auch aus dem Grunde, dass sie ihren Vater zu selten gesehen habe.¹²⁵³ Auch seien die Depressionen der M wieder akut gewesen, was das Zu-

¹²⁴⁷ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 4-18.

¹²⁴⁸ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 5.

¹²⁴⁹ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 6-8.

¹²⁵⁰ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 9.

¹²⁵¹ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 12 wohl mit Bezug auf W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement), 5.8.2005, [2005] EWHC 1811 (Fam), Rn. 113.

¹²⁵² JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn.19-21, 'The Father's Case'.

¹²⁵³ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 22-37.

sammenleben sehr erschwert habe.¹²⁵⁴ So behauptete sie, die Mutter habe sie aufgefordert, sie möge doch zu ihrem Vater zurückgehen, wenn sie wollte. Die Situation des familiären Zusammenlebens auch mit dem Familienteil des neuen Partners der Mutter habe sie so beeinträchtigt, dass sie auf eigenen Wunsch zum Vater zurückgegangen sei.¹²⁵⁵

In der rechtlichen Würdigung High Court kam es somit entscheidend auf die Fragen der Zustimmung i.S.d. Art. 13 I lit. a) HKÜ, der entgegenstehenden Kindeswohlgefährdung gem. Abs. 1 lit. b) HKÜ und des entgegenstehenden Kindeswillens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ an.¹²⁵⁶ Eine Zustimmung der M konnte das Gericht nicht feststellen. Zwar habe es Andeutungen in diese Richtung gegeben, jedoch seien diese im Kontext erhitzter Auseinandersetzungen erfolgt. Eine ernsthafte Zustimmung war darin nicht zu sehen. Auch der Einwand der Gefährdung des Kindeswohls bei Rückführung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ war weit davon entfernt, begründet zu sein. Die hohen Voraussetzungen der Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl wurden nicht erreicht,¹²⁵⁷ weshalb für das Gericht nur noch die Frage relevant war, wie mit der Weigerung des Kindes gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ umzugehen war.¹²⁵⁸ Hier bezog sich der englische High Court wiederum auf Prinzipien früherer Entscheidungen und stellte fest, dass die Weigerung des Kindes dann zu einer Rückführungsversagung führe, wenn die Kriterien einer dreistufigen Prüfung erfüllt sind: 1. wenn eine ernsthafte Weigerung des Kindes festzustellen ist, 2. das Alter und die Reife des Kindes für eine entscheidende Berücksichtigung sprechen und 3. die gerichtliche Abwägung zugunsten einer Rückführungsversagung ausfällt.¹²⁵⁹ Die Weigerung der S erfolgte für das Gericht auf nachvollziehbarer Grundlage. Es konnten ernstzunehmende Argumente der S identifiziert werden, und sie war in ihrer Reife auch weit genug, um sich eine qualifizierte Meinung zu bilden.¹²⁶⁰ Auch gab es allgemeine Erwägungen des Kindeswohls, die für ein Verbleiben der S in England sprachen. Letztlich überwogen in der Abwägung des High Court jedoch die Vorzüge einer Rückführung.¹²⁶¹ Das überzeugende Argument war, dass die gerichtliche Anordnung der Rückführung die umfassende Klärung aller Fragen des Kindeswohls im Sorgerechtsverfahren

¹²⁵⁴ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 28.

¹²⁵⁵ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 35.

¹²⁵⁶ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 46 ff.

¹²⁵⁷ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 50-55.

¹²⁵⁸ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 47-49, 51 ff.

¹²⁵⁹ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 48 mit Verweis auf S v. S (Child Abduction) (Child's views) [1992] 2 FLR 492; Zaffino v. Zaffino (Abduction: Children's Views) [2006] 1 FLR 410; Vigreux v. Michel [2006] EWCA Civ 630, [2006] 2 FLR 1180.

¹²⁶⁰ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 48.

¹²⁶¹ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 49.

vor den international zuständigen Gerichten Irlands würde ermöglichen können.¹²⁶²

Die Entscheidung für die Rückführung erging jedoch nicht ohne Vorbehalt. Neben der gebotenen Achtung der internationalen Zuständigkeit Irlands zur Konfliktlösung in der Hauptsache blieben dem High Court auf Grundlage der vorgelegten Tatsachen Zweifel an der Gewährleistung des Kindeswohls in der zeitlichen Phase bis zu einem nächsten Termin vor dem High Court in Dublin zur Erörterung der familiären Probleme in einem *hearing*.¹²⁶³ Daher suspendierte er die Vollstreckbarkeit der Rückführungsentscheidung bis zu diesem Termin, in dem es zu einer gemeinsamen Erörterung der Probleme mit der Möglichkeit der Einigung über einen Umgang zwischen Mutter und Tochter in Irland kommen konnte.¹²⁶⁴ Für die Übergangszeit bis zum Verfahren vor dem international zuständigen irischen Gericht nahm der englische High Court im Wege der *undertakings* drei begleitende Verpflichtungen der Mutter in die Entscheidung auf: die Versicherung der M, dass das Haus der Familie alsbald in einem bewohnbaren Zustand sein würde, dass die Gebühr für den Schulbesuch der S gezahlt würde sowie ihre Bereitschaft, an einer Beratung mit der Tochter teilzunehmen, um dort die problematischsten Fragen des Zusammenlebens zu besprechen und so eine Konfliktlösung im Sinne des Kindeswohls zu erzielen.¹²⁶⁵ Alle weiteren Fragen einer Rückkehr der S nach Dublin seien dann unter Berücksichtigung der Argumente der S und des V vor dem Gericht in Dublin zu erörtern.¹²⁶⁶

*In those circumstances, and upon the giving of such undertaking by the mother, I propose to make an order for the immediate return of S to Ireland, but to impose a stay upon the enforcement of that order prior to the first Directions Hearing in the Dublin High Court, at which stage no doubt that court will consider the appropriateness of any further postponement of S's return which may be sought by S or her father.*¹²⁶⁷

b) Bewertung

Die Entscheidung über die Rückführung in JPC v. SLW and SMW hing entscheidend von der Frage ab, ob diese gegen den erklärten Willen der Tochter angeordnet werden konnte. Das Alter des Kindes (14) und seine überlegten Äußerungen zur Einschätzung seiner eigenen Situation trugen zur Beachtlichkeit der Weige-

¹²⁶² JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 49.

¹²⁶³ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 53.

¹²⁶⁴ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 55, 56 mit Verweis auf die richterliche Vereinbarung mit dem irischen Kollegen in Rn. 51.

¹²⁶⁵ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 54-55.

¹²⁶⁶ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 56.

¹²⁶⁷ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 56.

nung nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ bei.¹²⁶⁸ Das 14-jährige Mädchen war intelligent genug, um in den Dialog mit dem vorsitzenden Richter zu treten, die Hintergründe des Rückführungsverfahrens und die völker- und europarechtliche Verpflichtung zu verstehen und ihre eigenen Einwände mit Nachdruck zu artikulieren. Das Kindeswohl war über die Äußerung des Kindeswillens in den Mittelpunkt der Entscheidung gerückt. Der High Court erkannte, dass eine Rückkehr nach Irland sich zwar problematisch gestalten würde, aber dennoch praktisch gangbar war, und wahrscheinlich der einzige Weg, um die Probleme auch zu lösen. Für das Gericht war daher bei seiner objektiven Bewertung des geäußerten Kindeswillens bedeutend, unter welchen Umständen das Kind bei einer Rückkehr nach Irland leben, seine Schulausbildung fortsetzen und sich mit der Mutter arrangieren konnte. Das Gericht bewies Feingefühl und das Bestreben der Vermittlung in der Lösung des Konflikts, indem es in seiner Anordnung sicherstellte, dass den Belangen des Mädchens durch ein in Dublin durchzuführendes *welfare hearing* Rechnung getragen werden sollte. Für die Phase vor Beginn des *welfare hearing* in Dublin setzte der High Court die Vollstreckbarkeit der Anordnung der Rückführung aus, was die freiwillige Rückkehr der S einhergehend mit einer konfliktlösenden Aussprache mit der M unterstützt durch örtliche Gerichte und Jugendbehörden begünstigen sollte.

Der Beschluss in JPC v. SLW and SMW stellt in besonders exemplarischer Weise eine sorgfältige wie praktisch geschickte Herangehensweise an den grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt dar. Die Situation der 14-jährigen Tochter wurde genau ergründet und ist Kern der richterlichen Erörterung. Der High Court erkannte die Beachtlichkeit des Kindeswillens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ, richtete sich in seiner Abwägung aber ebenso nach den allgemeinen Prinzipien des Rückführungsverfahrens und ließ keinen Zweifel an der Auffassung, dass der Rückführungsmechanismus des HKÜ und der Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO nur im wirklichen Ausnahmefall durch eine Versagung unterbrochen werden dürfen.¹²⁶⁹ Die identifizierten Probleme bargen Konfliktstoff, waren aber nicht als Gefährdung des Kindeswohls zu qualifizieren. Dennoch berührten sie Fragen des Kindeswohls nachhaltig, welchen sich das Gericht nicht verschloss, ohne dabei die internationale Zuständigkeit der irischen Gerichte in der Sache infrage zu stellen.

Der Fall zeigt deutlich, dass die Rückführung im grenzüberschreitenden Sachverhalt die im Regelfall erste Weiche in der Beurteilung der umfassenden Sorge- und Umgangsrechtssituation in ihrer Gesamtheit darstellt und auch ein Rückführungsgericht die Gesamtsituation bereits würdigen kann, ohne sich die Kompetenz des in der Sache zuständigen Gerichts anzumaßen. Das englische Gericht hat

¹²⁶⁸ Siehe hierzu noch einmal die Auslegungsgrundsätze zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ bei *Siehr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 83-85.

¹²⁶⁹ JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 51.

einen umsichtigen Mittelweg beschritten, indem es im Einklang mit den Grundprinzipien der internationalen Regelwerke die Rückführung angeordnet und sich dabei in praktisch wirksamer Weise um die Gewährleistung des Kindeswohls im Entscheidungsstaat bis zu dessen Übernahme des Falls gekümmert hat. Die gerichtliche Abwägung der im Verfahren geäußerten Kindeswohlbedenken liegt exakt im Rahmen der Vorgaben und des Zwecke der Haager Konvention in Verbindung mit der Brüssel IIa-VO.

4. *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006

Die Entscheidung *Vigreux v. Michel*¹²⁷⁰ des englischen Court of Appeal vom 18.5.2006 war der erste Anwendungsfall der Brüssel IIa-VO in der Revisionsinstanz.¹²⁷¹ So erhielten Lord Justice Thorpe und Lord Justice Wall die Gelegenheit, die im Fall aufgeworfenen Rechtsfragen zum Umgang mit der Brüssel IIa-VO und ihrem Zusammenspiel mit dem HKÜ mit Allgemeingültigkeit für die britische Praxis zu klären.¹²⁷² Die Auslegung durch den Court of Appeal ist im Hinblick auf nationale Auslegungsspielräume nach der *stare decisis*-Doktrin der englischen Rechtsordnung für den High Court bindend.¹²⁷³ So lohnt es sich, den Fall *Vigreux* genauer zu betrachten.

a) Sachverhalt und Entscheidung

aa) Familiäre Situation und Gang des Verfahrens

Die Eltern M und V sowie ihr Kind S sind französische Staatsangehörige mit damaligem gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich.¹²⁷⁴ M und V waren nicht verheiratet, führten jedoch eine langjährige Beziehung in Frankreich, bevor sie sich trennten.¹²⁷⁵ Das Tribunal de Grande Instance legte die gemeinsame elterliche Sorge fest, wies das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter M zu, während der nach England umgezogene Vater V ein Umgangs- und Besuchsrecht erhielt. Beiden Eltern war es nach der Rechtslage nicht gestattet, Frankreich mit dem Kind ohne die Zustimmung des anderen Elternteils zu verlassen. Dennoch reiste V entgegen der gerichtlichen Anordnung und ohne Absprache mit dem Kind in das Vereinigte Königreich (England).¹²⁷⁶ Das von der M angestrebte Verfahren auf

¹²⁷⁰ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] EWCA Civ 630; [2006] 2 FLR 1180.

¹²⁷¹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 1.

¹²⁷² *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 49, LJ Wall: „*This appeal raises important issues of principle and practice in relation to cases under the (...) Hague Convention to which Council Regulation EC No 2201/2003 (...) applies.*“

¹²⁷³ *Von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, S. 10.

¹²⁷⁴ Zum Sachverhalt siehe *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 2-21.

¹²⁷⁵ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 2.

¹²⁷⁶ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 7.

Rückführung in England nahm den Zeitraum von fünf Monaten in Anspruch.¹²⁷⁷ In der Zwischenzeit wies das französische Gericht der M im Sorgerechtsverfahren das alleinige Sorgerecht zu, ohne dass der V persönlich am Verfahren teilgenommen hatte.¹²⁷⁸ Während dieser Zeit hatte die M nur sehr geringen Kontakt zu ihrem Kind.

Den Rückführungsantrag lehnte der englische High Court in erster Instanz mit der Begründung ab, dass die Anhörung des Kindes dessen Weigerung ergeben habe und die Abwägung im Rahmen des richterlichen Ermessens zum Ergebnis der Rückführungsversagung geführt habe.¹²⁷⁹ Gegen diese Entscheidung wandte sich die M mit der Revision zum Londoner Court of Appeal. Der Rechtsbehelf richtete sich gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Rückführung ihres 14-jährigen Sohns S nach dem HKÜ in Verbindung mit der Brüssel IIa-VO und der britischen Umsetzung durch den Child Abduction and Custody Act 1985. Ihr Rechtsbeistand trug vor, der die Rückführung versagende Richter habe verkannt, dass umfassend über die Frage des Kindeswohls erst im Rahmen des Hauptsacheverfahrens vor französischen Gerichten zu befinden war.¹²⁸⁰ Die Zuständigkeit für das eigentliche Sorgerechtsverfahren hätte aufseiten der französischen Gerichte gelegen, und nur dort sei am Maßstab des Kindeswohls über die Zukunft des Sohnes zu entscheiden gewesen.¹²⁸¹ Auch habe die neue Brüssel IIa-Verordnung die Hürde für eine Rückführungsversagung noch einmal erheblich angehoben, Art 11 und 42 der Brüssel IIa-VO sprächen im Zusammenhang mit der Überlagerung des HKÜ durch die Verordnung gem. deren Art. 60 dafür.¹²⁸² Die vor dem High Court geäußerte Haltung des Kindes habe auch darauf beruht, dass es sich durch den Vater habe einreden lassen, dass es in der französischen Justiz nicht gerecht zugehe.

Hiergegen argumentierten die Rechtsbeistände des V und des Kindes entschieden. Diese bezweifelten nicht den Geltungsvorrang der Verordnung vor dem HKÜ und den Fakt, dass Art. 11 Brüssel IIa-VO das System des HKÜ modifizierte. Jedoch sei bei der Beurteilung der Situation im ursprünglichen Heimatstaat zu bedenken, dass sich der Mechanismus der Schutzvorkehrungen unter Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO nur auf Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ beziehe und die Gerichte am Heimatstaat einer Versagung aufgrund der ausdrücklichen Berücksichtigung des Kindeswillens i.S.d. Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht durch den Nachweis angemessener Vorkehrungen begegnen könnten.¹²⁸³ So habe der die Rückführung ablehnende

¹²⁷⁷ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 14: (23.09.2005-15.02.2006).

¹²⁷⁸ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 15.

¹²⁷⁹ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 18.

¹²⁸⁰ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 20.

¹²⁸¹ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 20.

¹²⁸² Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180 Rn. 20, „*the regulation had raised the bar against the abductor*:“

¹²⁸³ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 21.

Richter in der ersten Instanz eine richtige Entscheidung im Rahmen seines Ermessens getroffen. Diese Punkte standen nun in der nächsten Instanz vor dem Court of Appeal noch einmal zur Überprüfung.

bb) Richterliche Würdigung des Lord Justice Thorpe

Eingangs betonte Lord Justice Thorpe die besondere Komplexität des Falls und die Schwierigkeit der Ermessensausübung.¹²⁸⁴ In seiner Revisionsentscheidung gelangte er jedoch zu dem Ergebnis, dass das vorinstanzliche Gericht sein Ermessen bei der Rückführungsentscheidung falsch ausgeübt hatte. LJ Thorpe ging zunächst auf die Würdigung des Falls durch den High Court ein. Das Kind habe im dortigen Verfahren ausdrücklich geäußert, sehr traurig zu sein, wenn es den V am Zufluchtsort verlassen müsse.¹²⁸⁵ Es würde, sobald es 16 Jahre alt sei, zu diesem zurückkehren wollen.¹²⁸⁶ Im französischen Verfahren habe das Kind das Gefühl gehabt, nicht in ausreichendem Maße Gehör gefunden zu haben, um seinen Vorstellungen Ausdruck verleihen zu können, und habe deshalb Skepsis gegenüber einem zukünftigen Verfahren gehabt.¹²⁸⁷ Des Weiteren habe das Kind Angst gehabt, ohne den Vater an den Gerichtsort Frankreich zurückzukehren, da diesem evtl. dort juristische Konsequenzen gedroht hätten.¹²⁸⁸ Der High Court habe diesen Bedenken, die die Durchführung des Verfahrens betrafen, Beachtung geschenkt, da sie unmittelbar die Sorgen des Kindes begründeten, dass vor französischen Gerichten keine gerechte Entscheidung zustande käme.¹²⁸⁹ Ein wesentlicher Faktor in der Entscheidungsfindung des High Court sei die Tatsache gewesen, dass das Kind bereits viermal die Schule gewechselt hatte. Im Zeitpunkt der Entscheidung habe es sich gerade an der englischen Schule eingelebt, und eine Rückführung nach Frankreich würde ihn nun unweigerlich erneut aus dieser Sozialisierung herausreißen – sowohl mit physischen als auch noch schwerer wiegenden emotionalen Konsequenzen.¹²⁹⁰ Letztlich sei die Ablehnung des Rückführungsantrags auf Grundlage der richterlichen Überzeugung ergangen, dass sich die Wünsche des Kindes durchsetzen sollten. Das Kind sei reif genug innerhalb des Verfahrens aufgetreten und seine Vorstellungen hätten die allgemeinen Prinzipien der Rückführungsvorschriften überwogen.¹²⁹¹ Was das Kind bzgl. seiner eigenen Vorstellungen formuliert habe, habe Respekt und die entsprechende Wertschätzung bei der Gewichtung innerhalb des richterlichen Ermessens verdient. Im Zusam-

¹²⁸⁴ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 26.

¹²⁸⁵ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 27.

¹²⁸⁶ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 27.

¹²⁸⁷ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 28.

¹²⁸⁸ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 28.

¹²⁸⁹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 30.

¹²⁹⁰ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 31.

¹²⁹¹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 32.

menhang mit der Gefahr des erneuten Zerbrechens der nun gefestigten Bindungen in England sei der allgemeine Grundsatz der Rückführung in der Gewichtung zugunsten der Versagung der Rückführung zurückzustellen gewesen.¹²⁹²

LJ Thorpe folgte dieser Argumentation des High Court nicht. Die umfassend in die Entscheidungsfindung eingestellten Kindeswohlerwägungen seien genau diejenigen, die Art. 11 Abs. 3 der Verordnung aus dem Entscheidungsprozess des Rückführungsverfahrens auszuschließen intendiere.¹²⁹³ Der englische Rückführungsrichter habe den Fehler gemacht, das Kind nicht schnell zurückführen zu lassen, obwohl eine entsprechende Anordnung des französischen Gerichts vorgelegen habe, was einen Verstoß gegen die Verordnung dargestellt habe.¹²⁹⁴ Es habe sich aber nicht um einen Fall gehandelt, in dem periphere Wertungen zum Kindeswohl angestellt werden mussten, sondern allein die Weigerung des Kindes gegenüber den Zwecken der Verordnung habe abgewogen werden müssen, während alle andere Fragen des Kindeswohls systematisch in das Hauptsacheverfahren vor französischen Gerichten gehörten.¹²⁹⁵ Die Praxis des HKÜ allein habe Lücken gezeigt, die nun durch die kontrovers verhandelte Brüssel IIa-VO geschlossen werden sollten, insbesondere die Möglichkeit, durch Schutzmaßnahmen Bedenken gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ auszuräumen sowie die Möglichkeit, die Sachentscheidung am Standort des gewöhnlichen Aufenthalts durch unmittelbar vollstreckbare Entscheidungen zu erzwingen.¹²⁹⁶ Der Verordnung liege eine klare Wertung (*policy*) zugrunde, und es sei für die internationale Umsetzung wichtig, dass die Mitgliedstaaten diese, insbesondere in Art. 11 Brüssel IIa-VO zum Ausdruck kommenden Zwecke nicht untergraben.¹²⁹⁷

Im Weiteren bezog sich LJ Thorpe auf den Praxisleitfaden der Kommission¹²⁹⁸, der zwar nicht bindend sei, jedoch sehr hilfreich für die Umsetzung. Im vorliegenden Fall sei jedoch evident gewesen, dass der Einfluss der Brüssel IIa-VO verkannt wurde, obwohl diese zitiert worden war.¹²⁹⁹ Der Richter am High Court, McFarlane J, habe zudem schon das Gebot der zügigen Behandlung der Rückführung gem. Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO nicht beachtet.¹³⁰⁰

¹²⁹² Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 32.

¹²⁹³ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 33.

¹²⁹⁴ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 32.

¹²⁹⁵ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 35.

¹²⁹⁶ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 37.

¹²⁹⁷ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 37.

¹²⁹⁸ Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005, siehe Fn. 14 in Kapitel 1.

¹²⁹⁹ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 39.

¹³⁰⁰ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 40.

cc) Richterliche Würdigung des Lord Justice Wall

Der zweite mit der Berufung betraute Richter Wall LJ stimmte Thorpe LJ in der Sache zu, fügte jedoch in seiner eigenen Passage zum Urteil noch einige Anmerkungen hinzu.¹³⁰¹ Er betonte insbesondere, dass hier ein Fall vorgelegen habe, indem die Grundkonzeption des HKÜ, gestützt durch die Brüssel IIa-VO, den geäußerten Kindeswillen in aller Deutlichkeit überwogen habe.¹³⁰² Die Entscheidung des Rückführungsrichters sei eine Ermessensentscheidung und bezog sich dabei auf die Grundsätze des Urteils in *G v. G*,¹³⁰³ in dem das House of Lords befunden hatte, dass die Auswertung und die Gewichtung aller entscheidungserheblicher Tatsachen in die Kompetenz des Richters falle und eine Entscheidung nur dann und aus dem Grunde aufzuheben sei, dass sie gänzlich verfehlt sei, da der Richter offensichtlich einem Faktor zu viel Gewicht beigemessen hat.¹³⁰⁴ Wall LJ bezog sich weiter auf die von ihm und Thorpe LJ in einer früheren Entscheidung, *Zaffino*,¹³⁰⁵ geäußerten Grundsätze zum Umgang mit dem HKÜ. Hier sei es notwendig, den Prinzipien der Konvention eine vorrangige Geltung zu gewähren.¹³⁰⁶ Wirklich nur in Ausnahmefällen sei von der sofortigen Rückführung des Kindes abzusehen.¹³⁰⁷ Im vorliegenden Fall *Vigreux* sei zuzugestehen gewesen, dass der vom Kind geäußerte gefestigte Wunsch, die Rückführung zu vermeiden, eine ernstzunehmende und erhebliche Verteidigung nach Art. 13 HKÜ darstellte.¹³⁰⁸ Dennoch sei fraglich gewesen, ob dies bereits ausgereicht hat, um die allgemeinen Ziele der Haager Konvention zu überwiegen, was nach Wall LJ's begründeter Meinung nicht der Fall war.¹³⁰⁹ So sei die Verbringung des Kindes aus Frankreich eindeutig widerrechtlich gewesen. Der Fall sei eigentlich ein durch und durch französischer, da sich die Berührungspunkte mit dem Vereinigten Königreich nur aufgrund der Zuflucht und dem Versuch des Vaters ergeben hätten, sich der französischen Justiz zu entziehen.¹³¹⁰ Wall LJ stellt damit auf die Verwurzelung der Familie in Frankreich ab, die ein starkes Gewicht für ein Sorgerechtsverfahren am Gerichtsstandort Frankreich dargestellt habe.¹³¹¹ Dass der High Court jedoch den unbegründeten Ängsten des Kindes vor der französischen Justiz, dem Scheinargument der fehlenden Möglichkeiten für das Kind in Frankreich beson-

¹³⁰¹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, ab Rn. 48.

¹³⁰² *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 49, „*powerfully outweighs*“.

¹³⁰³ *G v. G*, 1.1.1985, [1985] 1 WLR 647.

¹³⁰⁴ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 51.

¹³⁰⁵ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 1 FLR 410.

¹³⁰⁶ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 60, 61.

¹³⁰⁷ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 60.

¹³⁰⁸ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 67.

¹³⁰⁹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 67.

¹³¹⁰ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 68.

¹³¹¹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 68.

deres Gewicht verliehen hat, sei schlicht falsch gewesen.¹³¹² Auch das Plädoyer des Rechtsbeistands des V habe den Einfluss des Europarechts verkannt:

*(...) that the judge failed to give sufficient weight to what he described as 'the European factors deriving from the application of Brussels II Revised.'*¹³¹³

Zwar sei zuzugestehen, dass es dem Fall nach nicht um eine Anwendung des Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO gegangen ist, da gar keine Ablehnung der Rückführung aufgrund Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, sondern in Anwendung Art. 13 Abs. 2 HKÜ ergangen war.¹³¹⁴ Dennoch müsse sich laut Wall LJ die Wertung des Art. 11 Brüssel IIa-VO, insbesondere seines Absatzes 8 auf die Anwendung des HKÜ im Zusammenhang mit der EG-Verordnung auswirken.

*Nonetheless, when the court is considering the policy of the Hague Convention, I do not think it can shut its eyes to the fact that pursuant to Article 11 (8) the French Court, in the event of an order for the non-return of Pierre-Mathieu, can subsequently require his return; and if it does so, the English authorities have no alternative but to comply.*¹³¹⁵

Der grundlegenden Wertung des reformierten Rückführungsrechts, dass sich auch bei einer Rückführungsversagung eine im international zuständigen Mitgliedstaat angeordnete Herausgabeentscheidung i.S.d. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO durchsetzt, könne die britische Praxis sich nicht entziehen. Im Falle der Entscheidung der Kindesherausgabe im Ursprungsstaat hätten die englischen Behörden keine andere Wahl, als dieser Folge zu leisten.¹³¹⁶

So betrachtete Wall LJ das Rückführungsverfahren im Gesamtzusammenhang in Verbindung mit der übergeordneten Brüssel IIa-VO. Eine Interpretation der stringenten Rückführungsmechanismen des HKÜ habe bei Anwendbarkeit der EG-Verordnung somit im Lichte der Verordnung zu erfolgen, und zwar in einer Gesamtbetrachtung der modifizierten Rückführungsregeln, nicht nur der Anwendung partieller Normen. Dies sei nicht dahingehend misszuverstehen, dass eine Versagung unter Art. 13 HKÜ nicht mehr denkbar sei.¹³¹⁷ Dies zeige der Text des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO selbst, der von der Existenz ablehnender Entscheidungen ausgeht. Jedoch fördere in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem bereits ein anhängiges Verfahren vor dem international zuständigen EU-Mitgliedstaat am Ort des gewöhnlichen Kindesaufenthaltes geführt werde und dort legitimerweise alle Aspekte, die das Kindeswohl betreffen, beurteilt würden, der Gehalt des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO nur den allgemeinen Zweck des

¹³¹² Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 72, 73: "plainly wrong".

¹³¹³ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 78.

¹³¹⁴ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 78.

¹³¹⁵ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 79.

¹³¹⁶ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 79.

¹³¹⁷ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 80.

HKÜ.¹³¹⁸ Der die Rückführung ablehnende Richter McFarlane J hätte seine Entscheidung mit anderen Erwägungen begründen müssen: 1. dem Einklang mit der „Philosophie“ der Haager Konvention und 2. der Vereinbarkeit mit der Struktur und der „Philosophie“ der Brüssel IIa-VO.¹³¹⁹ Es dürfe in der internationalen Kooperation keinen Rückzug in nationale Denkstrukturen geben, der zu einer einseitigen Interessenbewertung und auch dazu führen könne, dass die Rückführung in Fällen versagt würde, in denen die Kinder eigentlich zurückgeführt werden sollten.

(...) In sensitive international cases relating to children, where the foreign court is plainly the right forum in which to decide the children's future, it is, in my judgment, incumbent on English judges, if they are not going to return the child or children in question, not only to ensure that they are not trespassing on the foreign court's jurisdiction, but also to explain clearly both why they have decided on that course of action, and why they take the view that it is not inconsistent with comity and international judicial co-operation. Thus, in a Hague Convention case to which the provisions of Brussels II Revised applies, McFarlane J needed, in my view, to explain clearly to the French court why he took the view that the course which he was taking was; (a) consistent with the philosophy of the Convention; and (b) that it was not inconsistent with the structure and philosophy of Brussels II Revised.¹³²⁰

Aus all diesen Gründen stimmte Wall LJ der Entscheidung von Thorpe LJ zu und unterstützte die Aufhebung der Rückführungsversagung.¹³²¹ LJ Wall schloß seine Ausführungen mit der Erklärung, dass er aufgrund seiner elfjährigen Praxis in der Family Division verstehe, welcher Druck auf der Justiz bei der Bewältigung der Kindschaftssachen lastet, dennoch sei Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO anzuwenden, ohne darüber zu debattieren.¹³²²

b) Bewertung

Diese Ausführungen in der Entscheidung Vigreux spiegeln das Bestreben der englischen Praxis wider, die Brüssel IIa-Verordnung exakt nach ihren Vorgaben umzusetzen und innerhalb des unbestimmten Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ nur die Erwägungen einzustellen, die dort der Funktion nach vorgesehen sind. Beide Richter des Court of Appeal erachten es bei der Gelegenheit des ersten Revisionsurteils zu Fragen der Brüssel IIa-VO für wichtig, grundsätzliche Punkte anzusprechen. Beiden Richtern ist es ein Anliegen, klarzustellen, dass die britische Praxis die Zwecke der Brüssel IIa-VO genau erfasst und konsequent umsetzt. In aller

¹³¹⁸ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 80.

¹³¹⁹ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 82.

¹³²⁰ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 82.

¹³²¹ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 84.

¹³²² Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 89.

Deutlichkeit zeigt das Urteil in *Vigreux*, dass eine nationale Voreingenommenheit oder eine einseitige Beurteilung der widerstreitenden Interessen in der englischen Praxis nicht besteht. Vielmehr sehen die hohen Richter (Lord Justices) die Regelungen in ihrem autonomen internationalen Kontext und lassen keinen Zweifel daran, dass die Brüssel IIa-VO dem Ermessen bei der Entscheidung noch einen deutlicheren Impuls in Richtung Rückführung und Stärkung des international zuständigen EU-Mitgliedstaats gegeben hat. Grundsätzliche Punkte wie die Schulbildung oder das soziale Umfeld des Kindes seien so fälschlicherweise über den artikulierten Kindeswillen in die Entscheidung über die Rückführung eingeflossen, hätten aber nach Auffassung des Court of Appeal nicht den entscheidenden Ausschlag geben dürfen.

Der Respekt vor der internationalen Zuständigkeit Frankreichs bestimmt sehr klar die diplomatisch, aber prägnant formulierten Ausführungen zur Behandlung der Rückführungsentscheidung unter dem Regime der EG-Verordnung. Vor dem autonomen international-zivilverfahrensrechtlichen Hintergrund sind diese dogmatischen Ausführungen als geradezu vorbildlich zu beurteilen.

5. *HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application, 24.8.2007*

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die Entscheidung *HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application)*¹³²³ hatte Anträge auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Kindesherausgabe in einem Sorgerechtsverfahren zum Gegenstand, das sich unmittelbar an die Ablehnung der Kindesrückführung in einem HKÜ-Verfahren nach widerrechtlichem Verbringen anschloss.

Die Verfahrensbeteiligten waren die miteinander verheirateten M (Französin) und V (Palästinenser), die gemeinsam in England lebten und einen gemeinsamen Sohn bekamen.¹³²⁴ Aus der Ehe leitete der V sein Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich ab. Bereits kurz nach der Geburt des Sohns ging die M mit dem Kind gegen den Willen des V nach Frankreich. Aus Sicht der Mutter sei die Ehe mit dem V sehr kompliziert gewesen, was u.a. auf seiner unterdrückenden Art basiert habe. Während sie bereits in Frankreich war, veranlasste er ausufernde Telefonate, im Rahmen derer er der M drohte, am eindrucksvollsten damit, das Kind mit nach Gaza zu nehmen.¹³²⁵ Die von V in Frankreich gestellten Rückführungsanträge beschied das französische Rückführungsgericht auf Grundlage von Art. 13 lit. b) HKÜ ablehnend. Eine Gefährdung für das Kindeswohl wurde darin gesehen, dass

¹³²³ *HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application)*, 24.8.2007, [2007] EWHC 2016 Fam; [2008] 1 FLR 289.

¹³²⁴ Zusammenfassung des Sachverhalts *HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application)*, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289 und Rn. 10 ff.

¹³²⁵ *HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application)*, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 13.

nach der Trennung von seiner französischen Ehefrau ein Aufenthalts- und Bleibe-recht des palästinensischen Vaters im Vereinigten Königreich nur noch auf unsicherer Grundlage bestanden hatte.¹³²⁶

Die Rückführungsversagung des französischen Gerichts löste die Mechanismen des Art. 11 Brüssel IIa-VO aus. Das französische Gericht hatte nun den zuständigen Behörden in England eine Abschrift der negativen Entscheidung zukommen zu lassen. Innerhalb von drei Monaten musste, soweit dies nicht schon geschehen war, das international zuständige Gericht am Ort des ursprünglichen Aufenthaltes sodann die Verfahrensbeteiligten von der Möglichkeit unterrichten, vor diesem Gericht Anträge auf die Verteilung des Sorgerechts zu stellen. So stellte der V vor dem zuständigen englischen Gericht Anträge auf die Übertragung des Sorge-, insbesondere des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Anordnung der Rückgabe gem. Sec. 8 Children Act 1989.¹³²⁷ Eine Rückgabeanordnung wäre bei Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO unmittelbar vollstreckbar gewesen.¹³²⁸ Das englische Gericht sprach dem V jedoch weder das Sorgerecht zu, noch traf es eine Anordnung mit der Bestimmung, dass das Kind nach England zurückzuführen sei, sondern regelte in der Sache nur ein Umgangsrecht des V.¹³²⁹ Nach Auffassung des Gerichts sollte der Aufenthalt des Kindes bei der M im Zufluchtsstaat Frankreich verbleiben. Aufgrund der gespannten Situation zwischen beiden Eltern, der Unsicherheit über den Verbleib des V im Vereinigten Königreich und den Ängsten der M, dass der V das Kind eventuell entführen könnte, gestaltet das englische Gericht das Umgangsrecht detailliert und gewissenhaft aus und begründet seine Anordnungen fundiert mit den Überlegungen zu den praktischen Möglichkeiten der Verwirklichung des Umgangsrechts und einer Ausgestaltung im Sinne des Kindeswohls.¹³³⁰ Eine unmittelbar vollstreckbare Umgangsrechtsentscheidung lag darin nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht.¹³³¹ Eine Rückgabeanordnung nach England traf das Gericht nicht.¹³³²

¹³²⁶ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 19-23.

¹³²⁷ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 32.

¹³²⁸ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 70.

¹³²⁹ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 107.

¹³³⁰ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 103 ff.

¹³³¹ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 95.

¹³³² HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 95.

b) Bewertung

Die Entscheidung HA v. MB erfolgte aus der Perspektive des nach der Brüssel IIa-VO international zuständigen Gerichtsstaats, welcher die Kompetenz zur Sachentscheidung und zum Erlass einer unmittelbar vollstreckbaren Rückgabeanordnung auf seiner Seite hatte. Der englische High Court lehnte die Anordnung einer Rückgabe des Kindes nach England jedoch ab. Bei Betrachtung der Umstände der Ausreise der M nach Frankreich traf das Gericht mit der Entscheidung, dass das Kind in Frankreich verbleiben sollte, eine weitsichtige Regelung. Dass der High Court trotz der Möglichkeit eines Vorgehens nach Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO zu einer Ablehnung des Rückgabeantrags kam, ist ein Beispiel für eine genaue Würdigung des Kindeswohls und zeigt, dass die reformierten Vorschriften nicht unbesehen und schematisch angewandt wurden. Dabei war dem englischen Gericht bewusst, dass mit seiner Entscheidung gem. Art. 10 lit. b) iv) Brüssel IIa-VO eine Verlagerung der internationalen Zuständigkeit auf den EU-Mitgliedstaat Frankreich erfolgen würde. Die Umgangsregelung in der Sache ist von einer sorgfältigen Erwägung der Kindesinteressen geprägt. Der Ablauf des Verfahrens steht damit ganz im Einklang der Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO, da eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Rückführungsgerichts i.S.d. Art. 11 Abs. 6 der Verordnung stattgefunden hat und diese dann auch Eingang in die Sachentscheidung gefunden haben. Der Zusammenarbeit der EG-Mitgliedstaaten aufgeschlossen gegenüberstehend, betont der englische High Court in HA v. MB den Aspekt der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der Lösung des Sorge- und umgangsrechtlichen Konflikts.¹³³³

6. *Re F, 22.2.2008*

Einen ähnlich wie in JPC v. SLW/SMW gelagerten Fall hatte die Family Division des High Court im Jahre 2008 zu entscheiden. In *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*¹³³⁴ ging es um die Frage der Anordnung einer Rückführung trotz eines entgegenstehenden Kindeswillens.

a) Sachverhalt und Entscheidung

aa) Einwände gegen die Rückführung

Die Eltern zweier Kinder im Alter von 12 und 13 Jahren lebten in Trennung in Polen. Neben der Scheidung wurden in Polen mehrere Verfahren geführt, in denen es um die Verteilung der elterlichen Sorge ging. Diese wurde der Mutter M zugesprochen, während der Vater V ein Umgangsrecht und ein Mitbestimmungs-

¹³³³ HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application), 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 136.

¹³³⁴ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] EWHC 272; [2008] 2 FLR, 1239.

recht in gewichtigen Angelegenheiten erhielt („*to co-decide in vital problems*“).¹³³⁵ Bei der Ausführung der umgangsrechtlichen Bestimmungen gab es jedoch immer wieder Konflikte, da die M dem V vorwarf, unvernünftig zu handeln. Demgegenüber beschwerte sich der V, die M würde einen negativen Einfluss auf die Kinder nehmen, indem sie eine ablehnende Einstellung ihm gegenüber erzeugte.¹³³⁶ Diesen Eindruck stützten zwei psychologische Gutachten, die vom polnischen Gericht in Auftrag gegeben wurden. Eventuell um ihr Sorgerecht fürchtend, verbrachte die M beide Kinder danach nach England ohne den V darüber zu informieren. Beinahe ein Jahr später nach der Abreise der M nach England stellte der V Anträge auf Rückführung in England. Im Rahmen dieses Verfahrens vor englischen Gerichten wurde ein umfassendes Gutachten des CAF/CASS erstellt, aus dem hervorging, dass die Kinder gravierende Bedenken gegen eine Rückführung nach Polen geäußert hatten. Die M stützte ihren Antrag auf eine Versagung der Rückführung auf drei Punkte: 1. dass nach polnischer Rechtslage allein sie über den Aufenthalt der Kinder habe bestimmen dürfen, 2. dass in dem elfmonatigen Abwarten des Vaters vor der Antragstellung eine Zustimmung i.S.d. HKÜ gelegen habe und 3. sich die Kinder der Rückführung ernsthaft widersetzen.¹³³⁷

Der High Court stellte fest, dass das Verbringen als widerrechtlich zu bewerten war und die Rechte des Vaters verletzt hatte. Das Sorgerecht war nicht allein und exklusiv der Mutter zugesprochen worden. Ein auf lange Sicht angelegter Wechsel des Aufenthaltsorts war in jedem Falle eine Frage, die der Zustimmung des Vaters i.S.d. Anordnungen des polnischen Gerichts bedurfte.¹³³⁸ Auch dem zweiten Einwand der Mutter folgte das Gericht nicht. Die Voraussetzungen für eine Zustimmung des V i.S.d. HKÜ sah das Gericht nicht als erfüllt an.¹³³⁹ Eine solche sei nur unter sehr qualifizierten Umständen anzunehmen, die eine genaue Kenntnis der Widerrechtlichkeit der Verbringung und der eigenen Rechte voraussetzten.¹³⁴⁰ Die Untätigkeit hinsichtlich des Rückführungsantrags begründete für sich keine Zustimmung.¹³⁴¹ Somit kam es auf die Frage an, ob und mit welchem Gewicht der geäußerte Kindeswille in die Entscheidung einzufließen hatte und in einer Abwägung mit den allgemeinen Zielen und Vorgaben der Verordnung in Verbindung mit dem HKÜ zu bewerten war.¹³⁴²

¹³³⁵ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 1-3.

¹³³⁶ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 11.

¹³³⁷ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 13, 26, 32.

¹³³⁸ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 19-24 mit Bezug auf Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51, Rn. 26.

¹³³⁹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 30, 31.

¹³⁴⁰ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn.30.

¹³⁴¹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 28 mit Bezug auf Re H (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72.

¹³⁴² Siehe hierzu vorab die Darstellung der allg. Auslegungsgrundsätze zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ bei *Siehr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 83-85.

Im vorliegenden Fall erhoben die Kinder schwerwiegende Einwände gegen die Rückführung nach Polen.¹³⁴³ Es handelte sich nicht um die bloße Bevorzugung der Obhut der Mutter. Der CAF/CASS-Bericht stellte dar, dass beide Kinder ein Alter und eine Reife erreicht hatten, die es als angemessen erscheinen ließ, ihre Wünsche und Vorstellungen zu berücksichtigen.¹³⁴⁴ Sie warfen dem Vater mangelndes Interesse an ihnen vor. Auch habe er im Vorfeld der Abreise nach England nicht ablehnend auf diese Pläne reagiert. Sie gaben an, sich nun in England sehr gut eingelebt zu haben. Eine Rückkehr nach Polen schätzten sie als sehr schwierig ein, selbst im Falle einer Begleitung durch die Mutter. Sie hätten niemals mit dem Vater gelebt, kaum Kontakt zu ihm gehabt und fühlten sich zusätzlich dadurch entfremdet, dass er ihnen das Gerichtsverfahren zumutete. Auch sei der Vater launisch gewesen und habe schnell ärgerlich werden können. Das Verhältnis sei belastet gewesen, und auf Annäherungen von Seiten der Kinder habe er nicht reagiert.

bb) Grundsätze der Ermessensausübung bei beachtlichem Kindeswillen

Der High Court legte dann die zu prüfenden Grundsätze dar und zitierte die Entscheidung *Re M*.¹³⁴⁵ So kam es dem Gericht darauf an, ob 1. ein der Rückführung entgegenstehender Wille auszumachen war, 2. die Kinder ein Alter und eine Reife erreicht hatten, die die Beachtung ihres Willens als angemessen erscheinen ließen, 3. ob die Meinung ohne unlauteren Einfluss des entführenden Elternteils gebildet wurde und 4. ob dem Willen in der Abwägung mit den allgemeinen Zwecken des auf Rückführung zielenden internationalen Verfahrensrechts der Vorrang einzuräumen war.¹³⁴⁶ Die Punkte 1 bis 3 sah der High Court als erfüllt an. Die Berücksichtigung des Willens erschien aufgrund der Reife und des Alters angemessen,¹³⁴⁷ und auch ging das Gericht entsprechend dem CAF/CASS-Bericht davon aus, dass die Kinder nicht von ihrer Mutter beeinflusst waren, sondern ihre eigene verwurzelte Ablehnung ausdrückten, die auf ihrer eigenen Empfindung beruhte.¹³⁴⁸ So lag es am High Court, sein Ermessen auszuüben und zu entscheiden, in welches Verhältnis die Weigerung der Kinder mit den für eine Rückführung sprechenden

¹³⁴³ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 36 ff.

¹³⁴⁴ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 35, 46, inhaltliche Wiedergabe der Ermittlung der Äußerungen der Kinder in Rn. 36-42.

¹³⁴⁵ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 44 mit Verweis auf *Re M (A Child)* [2007] EWCA Civ 260.

¹³⁴⁶ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 44.

¹³⁴⁷ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 46.

¹³⁴⁸ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 51.

Faktoren zu bringen waren, wozu insbesondere die Leitprinzipien der Haager Konvention zählten.¹³⁴⁹

Im Hauptteil der Entscheidungsgründe, der dem gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen gewidmet war, ging das Gericht auf die Rechtsprechung englischer Obergerichte ein, die die Frage der Gewichtung eines zu beachtenden Kindeswillens betrafen.¹³⁵⁰ So nahm das Gericht direkten Bezug auf prinzipielle Aussagen der Lord Richterin Baroness Hale in dem Rückführungsfall Re M [2007]¹³⁵¹ zum Aspekt der Erforderlichkeit der individuellen Kindeswohlprüfung im Rückführungsverfahren.¹³⁵² Die zitierten Ausführungen berührten die Leitsätze der zeitlich früheren englischen Entscheidungen Zaffino,¹³⁵³ Vigreux¹³⁵⁴ und Klentzeris.¹³⁵⁵ In diesen wurde festgestellt, dass es sich bei Beachtung der allgemeinen Konventions- und Verordnungssystematik bei der Rückführungsversagung um einen Ausnahmefall (*the requirement of „exceptionality“*) handeln müsse, wenn die Weigerung des Kindes und konkrete Kindeswohlerwägungen im Einzelfall die Grundsatzausrichtung des HKÜ und der Brüssel IIa-VO in der Ermessensausübung überwiegen sollten.¹³⁵⁶

In Re M [2007]¹³⁵⁷ hatte das House of Lords festgestellt, dass sich in der englischen Rechtsprechung die Sichtweise eingeschlichen habe, den Begriff „Ausnahme“ nicht als eine Beschreibung der seltenen Situation zu verstehen, in der die Rückführung wirklich zu versagen ist, sondern es sich hierbei um eine echte zusätzlich zu prüfende Voraussetzung innerhalb der Ermessensentscheidung handeln solle (*„an additional test to be applied“*), wenn es darum geht, Einwände gegen die Rückführung zu beurteilen.¹³⁵⁸ Es sei jedoch falsch, eine weitere Ausnahmeprüfung in die Ermessensausübung zu integrieren, da die Versagung der Rückführung für sich genommen bereits Ausnahmen zum Grundsatz darstellten und der Haager Konvention prinzipiell eine allgemeine Wertung zugrunde liege, welche in jedem Einzelfall gegen die Kindesinteressen abgewogen würde.¹³⁵⁹ Solche allgemeinen Wertungen seien nicht nur die schnelle Rückführung des Kindes, sondern

¹³⁴⁹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 51, mit der Prüfung ab Rn. 52 ff.

¹³⁵⁰ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 52 ff.

¹³⁵¹ Re M and Another, (Children), 5.12.2007, [2007] UKHL 55.

¹³⁵² Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn.52.

¹³⁵³ Zaffino v. Zaffino (Abduction: Children's views) 23.6.2005, [2006] 1 FLR 410.

¹³⁵⁴ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180.

¹³⁵⁵ Klentzeris v. Klentzeris, 10.5.2007, [2007] 2 FLR 996.

¹³⁵⁶ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 52.

¹³⁵⁷ Re M (Children) (Abduction: Rights of Custody), 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975.

¹³⁵⁸ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 54 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 37.

¹³⁵⁹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 55 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 40.

auch die völkerrechtliche Vertragstreue der Staaten und der Respekt vor dem im anderen Vertragsstaat geltende Rechtswesen.¹³⁶⁰ Hierzu zähle auch die Generalprävention gegen Kindesentführungen.

*In Convention cases there are general policy considerations which may be weighed against the interest of the child in the individual case. These policy considerations include, not only the swift return of abducted children, but also comity between the contracting states and respect for one another's judicial processes. Furthermore, the Convention is there, not only to secure the prompt return of abducted children, but also to deter abduction in the first place. The message should go out to potential abductors that there are no safe havens among the contracting states.*¹³⁶¹

Der Ermessensspielraum der Haager Konvention sei weit gefasst, dabei sei den Konventionszielen im Allgemeinen, jedoch nicht in jedem Fall der Vorrang einzuräumen.¹³⁶² Das HKÜ sei das Ergebnis langwieriger Verhandlungen, in der vorsichtige Abwägungen getroffen und feine Unterscheidungen entworfen wurden.¹³⁶³ Der zugrundeliegende Zweck sei der Schutz des Kindes, und nur die Konvention selbst definiere, wann ein Kind zurückgeführt werden müsse und wann nicht. Das Gewicht, welches den jeweiligen Faktoren im Einzelfall zukomme, könne erheblich variieren. Es gehe hierbei eben um eine der Tragweite der Einwände angemessene Berücksichtigung des Kindeswillens. In der Frage der Berücksichtigung des Kindeswillens (Art. 13 Abs. 2 HKÜ) sei das Ermessen zudem größer als in der Beurteilung der anderen Ausnahmen des HKÜ, da die Menge der einzubeziehenden Erwägungen größer sei.¹³⁶⁴ Auch im Lichte des Art. 12 der UN-Kindesschutzkonvention sei eine Berücksichtigung des Kindeswillens geboten, soweit eine Berücksichtigung angemessen erscheint.¹³⁶⁵ Dies bedeute nicht, dass sich der Kindeswille immer durchsetzt, und auch bestehe keine dahingehende Vermutung. Ist aber bei Vorliegen der Voraussetzungen der Beachtlichkeit des Kindeswillens das gerichtliche Ermessen zur Abwägung eröffnet, so müsse die Nachhaltigkeit des Kindeswillens sowie seine Authentizität geprüft werden und in dem Maße ihrer Bedeutung für das objektive Kindeswohl gegen die

¹³⁶⁰ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 55 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 42.

¹³⁶¹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 55 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 42.

¹³⁶² Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 55 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 43.

¹³⁶³ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 57 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 44.

¹³⁶⁴ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 58 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 45.

¹³⁶⁵ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 58 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 46.

Grundsätze des allgemeinen Verfahrensrechts abgewogen werden. Dies bedeute aber nicht, dass sich die Meinung des Kindes nur in den entferntesten Ausnahmefällen durchsetzen würde.¹³⁶⁶

Nachdem der High Court auch auf die Entscheidung *Vigreux* eingegangen war,¹³⁶⁷ musste er in dem zu entscheidenden Fall *Re F* nun aus den Grundaussagen der zitierten Präzedenzfälle einen Maßstab für die eigene Entscheidung extrahieren.¹³⁶⁸ Das Gericht stellte zunächst deutlich fest, dass es sich an die Auffassungen Baroness Hales gebunden sah, die bei all den anderen Richtern der Kammer (Lordships) Zustimmung gefunden hatte.¹³⁶⁹ Auf die Aussagen LJ Thorpes in *Vigreux* rekurrierend führt der High Court weiter aus, dass nach seinem Dafürhalten die durch Baroness Hale in *Re M* statuierten Grundsätze auch dann Anwendung fänden, wenn der Rückführungsfall in den Anwendungsbereich der Brüssel IIa-Verordnung fällt.¹³⁷⁰ Dies gelte trotz der Modifikationen, durch welche die Brüssel IIa-VO die Rückführungsmechanismen in gewissen Punkten verstärkte, insbesondere der Regelung, dass die Rückführungsentscheidung durch die Anordnung der Kindesrückgabe nunmehr durch eine unmittelbar vollstreckbare Rückgabeentscheidung von Gerichten des international zuständigen Mitgliedstaats gem. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO überholt werden kann.¹³⁷¹ Keine der Vorschriften reduziere aber das gerichtliche Ermessen bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 2 HKÜ.¹³⁷² Allerdings habe das Rückführungsgericht zu berücksichtigen, dass eine Rückführungsversagung, die sich auf unmittelbar augenblickliche Kindeswohlerwägungen stützt, die Gefahr der Nachteile für die langfristige Kindesentwicklung bergen könne:

*There remains the point that, to the extent of the fortifications mentioned, the policy of the Hague Convention has been „buttressed“ by Article 11 and thus in reaching its discretionary decision in child’s objection cases, the court will and should bear in mind that, to the extent that the court of the Requesting state may reverse its decision if it sees fit, a decision for non-return made in the immediate welfare interest of the child, unless solidly based, may well prove counter-productive so far as the child’s overall, i.e. longer term, welfare interests are concerned. (...)*¹³⁷³

Dennoch bliebe die Aufgabe des Gerichts bei der Abwägung zwischen dem Kindeswohl und den abstrakten Konventionszwecken unabhängig davon, ob der

¹³⁶⁶ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 58 mit Bezug auf Baroness Hale in *Re M*, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 46.

¹³⁶⁷ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 59 ff.

¹³⁶⁸ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 64 ff.

¹³⁶⁹ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 64.

¹³⁷⁰ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 64.

¹³⁷¹ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 64, 65.

¹³⁷² *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 64.

¹³⁷³ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 65.

Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO eröffnet ist oder nicht, in der Sache die gleiche.¹³⁷⁴ Für die Ermessensentscheidung und die Abwägung zwischen Konventionszielen und dem konkreten Kindeswohl würde dies keinen Unterschied machen.

cc) Die Entscheidung des High Court

In Anwendung dieser Grundsätze widmete sich der High Court den vorgetragenen Einwänden, die das Kindeswohl und den Kindeswillen betrafen.¹³⁷⁵ Einen aussagekräftigen Anlass bot dafür die Vergleichsmöglichkeit der psychologischen Gutachten zur Zeit des Lebens in Polen und dem neueren CAFCASS-Bericht über das Wohlbefinden des Geschwisterpaares im Zufluchtsort England.¹³⁷⁶ Während bei beiden Kindern durch die polnischen Gutachter ein insgesamt unglücklicher Zustand befunden wurde (emotional verstört, erhebliche Schwierigkeiten in der Schule, Schwierigkeiten beim Aufbau sozialer Kontakte, Hyperaktivität), attestierte der CAFCASS-Bericht beiden Kindern eine deutlich positivere Verfassung.¹³⁷⁷ Das Gericht stieg dann substantiell in individuelle Fragen des Kindeswohls ein und legte eine konkrete Betrachtungsweise an. Beide Brüder seien enthusiastische, fleißige und beliebte Schüler, die sich in ihrer Klasse und ihrem Umfeld gut integriert hätten. Die Prognose für die zukünftige Entwicklung beider Kinder fiel damit mehr als positiv aus.¹³⁷⁸ Die Kinder wurden für alt und reif genug befunden, ihre eigenen Vorstellungen geltend zu machen, und dies unabhängig vom Einfluss der Mutter. Ihre Probleme, die während des gewöhnlichen Aufenthalts in Polen Schwierigkeiten bereitet hatten, waren nach der Phase der Eingewöhnung in England abgeklungen. Zu berücksichtigen sei auch gewesen, dass 14 Monate seit der Verbringung nach England verstrichen waren, eine Phase, die in jeder Hinsicht eine kritische für beide Kinder gewesen sei. Hierzu habe der V zusätzlich beigetragen, indem er fast ein Jahr verstreichen ließ, bevor er überhaupt ein Rückführungsverfahren anstrebte.¹³⁷⁹ Das gewichtigste Argument lag für den High Court in der Tatsache, dass die Kinder diese kritische Phase nun überwunden hätten und ihre Entwicklung in eine sehr positive Phase eingemündet sei.¹³⁸⁰ Das Gericht stellte fest, dass der praktische Effekt der im Grundsatz angestrebten Rückführung ein Herausreißen der Kinder aus ihren neu aufgebauten sozialen

¹³⁷⁴ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 65.

¹³⁷⁵ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 66 ff.

¹³⁷⁶ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 68.

¹³⁷⁷ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 68, 69-72 (Vergleich beider Gutachten).

¹³⁷⁸ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 70, 74.

¹³⁷⁹ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 73.

¹³⁸⁰ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 76.

Bindungen gewesen wäre.¹³⁸¹ Somit gab es für den High Court nur eine richtige Entscheidung. Er kam zu dem Entschluss, dass der Antrag auf Rückführung der Kinder abzulehnen war.¹³⁸²

Im letzten Absatz der Entscheidung ging der High Court erneut auf die Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO ein.¹³⁸³ Zur Einschlägigkeit der Verordnung, insbesondere ihres Art. 11 äußerte der High Court, dass, wenn nicht diese ernstzunehmenden Gründe gegen die Rückführung gesprochen hätten, kein Zweifel daran bestanden hätte, dass die polnischen Gerichte das richtige Forum zur Beurteilung der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts des Vaters gewesen wären. Jedoch seien die Gründe des Kindeswohls, die gegen die Rückführung sprachen, zu gewichtig gewesen, um eine solche anzuordnen. Das Gericht führte aus:

*To make such an order would be to uproot them, contrary to their wishes and objections, from a situation of happiness, security and educational progress over the last 14 months and to return them to a place and general situation where it is clear that they felt unhappy, emotionally disturbed and unable properly to relate to their peers. That being so, I propose to order dismissal of the father's originating summons.*¹³⁸⁴

b) Bewertung

Die Entscheidung des High Court unterscheidet sich von der zeitlich früheren Entscheidung im Fall *Vigreux*, in der es ebenfalls auf die Bewertung einer Weigerung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 HKÜ ankam. Löst man sich von den unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen und betrachtet die grundsätzlichen Aussagen beider Entscheidungen, so fällt ein gewichtiger Unterschied auf: Während im Fall *Vigreux* die autonome Anwendung des HKÜ im Kontext ihrer Einbindung in das System der neuen Brüssel IIa-VO betont wurde, stellt der High Court in *Re F* vor dem Hintergrund der Ausführungen von Baroness Hale in der Entscheidung *Re M*¹³⁸⁵ sehr viel individualisierter auf die Situation der beiden Kinder ab. Die Entscheidung *Vigreux* hatte noch betont, dass das HKÜ im Sinne der Gesamtkonzeption des internationalen Verfahrensrechts in Kindschaftssachen anzuwenden sei und die Existenz der neuen Verordnung die restriktive Auslegung des Kindeswohlbegriffs noch einmal unterstrichen habe. Dies habe auch der Abwägung des Kindeswillens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ eine richtungweisende Tendenz gegeben. Aber auch Baroness Hale in *Re M* hatte den Zweck des Kindesentführungsübereinkommens und die der Konvention zugrundeliegenden Prinzipien betont. Die Erwägungen innerhalb der Generalklauseln des HKÜ seien andere als bei einer Anwendung des Kindeswohlprinzips in innerstaatlichen Sachverhalten.

¹³⁸¹ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 77.

¹³⁸² *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 77.

¹³⁸³ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR, 1239, Rn. 77.

¹³⁸⁴ *Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 77.

¹³⁸⁵ *Re M*, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975.

Gerade in Fällen der Kindesweigerung sei die Versagung aufgrund des entgegenstehenden Willens aber bei Weitem nicht nur auf äußerste Fälle beschränkt.¹³⁸⁶

Der High Court nahm die zitierten Ausführungen in seiner eigenen Entscheidung zum Anlass, die Kindessituation aufgrund des ausdrücklich geäußerten entgegenstehenden Willens der Kinder eingehend zu betrachten. Ob dies tatsächlich dem Zweck der Art. 13 HKÜ i.V.m. den Wertungen des Art. 11 Brüssel IIa-VO entsprochen hat, ist sehr fraglich. Grds. gilt nach dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 HKÜ, dass sich der Widerstand des Kindes gegen die Rückführung richten muss. Ein nach den Umständen beachtlicher Wille, zum anderen Elternteil zurückzugehen, kann sich in der Abwägung dann nicht durchsetzen, wenn dem Entführer die Begleitung des Kindes möglich und zumutbar ist.¹³⁸⁷ Die Klärung der Fragen, bei welchem Elternteil am welchen Ort die Kinder leben wollen, ist in einem Sorgerechtsverfahren im Herkunftsstaat zu berücksichtigen.¹³⁸⁸ Bei der Betrachtung der Erwägungen, die der High Court hier in seine Entscheidungsfindung einbezieht, fällt auf, dass diese Tatsachen eigentlich klassische Kriterien zur Verteilung des Sorgerechts darstellen, welche durch die Willensäußerung der Kinder in das Rückführungsverfahren eingeführt wurden. So stützte sich das Gericht unter anderem auf ein psychologisches Gutachten des CAF/CASS, welches die allgemeinen Lebensumstände, die Integration in das Umfeld, den schulischen Erfolg und die Eignung der beiden Elternteile als Bezugspersonen für die Kinder beurteilte.¹³⁸⁹ Die eingestellten Erwägungen sind für die Beurteilung des Sorgerechtskonflikts in seiner Gesamtheit ohne Zweifel von höchster Relevanz, jedoch weist die Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO die Kompetenz zur Klärung dieser Fragen den Gerichten des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats des Kindes zu. Auch das international zuständige Gericht Polens wäre wohl kaum zu einer anderen Entscheidung als einem Verbleib der Kinder in der Obhut der Mutter in England gekommen. Die Entscheidung des High Court hat diese letztlich jedoch ersetzt. Der rechtlich bessere Weg hätte hier darin gelegen, die Rückführung unter Absprache effektiver *undertakings* zum Kinderschutz anzuordnen. Die Entscheidung JPC v. SLW/SMW des High Court hatte bereits einen solchen „salomonischen“ Mittelweg gezeigt.

7. *D v. N and D*, 8.3.2011

Die Entscheidung *D v. N and D*¹³⁹⁰ beschäftigte den High Court of Justice mit einem Antrag auf Kindesrückgabe gem. Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO nach

¹³⁸⁶ Re F (Children) (Abduction: Rights of Custody), 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 58 mit Bezug auf Baroness Hale in Re M, 5.12.2007, [2007] 3 WLR 975, Rn. 46.

¹³⁸⁷ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 233.

¹³⁸⁸ *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 233.

¹³⁸⁹ Vgl. hierzu *Siebr*, in: MünchKomm/BGB, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 85.

¹³⁹⁰ *D v. N and D*, 8.3.2011, [2011] EWHC 471 (Fam); [2011] 2 FLR 464.

Großbritannien, nachdem die Rückführung im Zufluchtstaat auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ versagt worden war.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Vater V (britischer Staatsangehöriger) und die Mutter M (polnische Staatsangehörige) lebten gemeinsam mit ihrem Sohn in England. Nach einem Urlaub in Polen weigerte sich die M, mit dem damals 4½-jährigen Sohn nach Großbritannien zurückzukehren.¹³⁹¹ Nachdem der V dies realisierte, stellte er einen Rückführungsantrag nach dem HKÜ, dessen Anordnung allerdings vom polnischen Gericht aus Gründen der Kindeswohlgefährdung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ zurückgewiesen wurde.¹³⁹² Die M stellte zur gleichen Zeit vor polnischen Gerichten einen Antrag, die elterliche Verantwortung des Vaters zu beschränken.¹³⁹³ Daraufhin ersuchte der V englische Gerichte um Rechtsschutz und leitete ebenfalls ein Gerichtsverfahren ein, in dem er die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungs- oder eines Umgangsrechts auf sich nach dem Children Act 1989 beantragte.¹³⁹⁴ Der Fall gab dem Gericht Anlass, grundsätzliche rechtliche Fragen des rechtlichen Zusammenwirkens des Art. 13 HKÜ mit Art. 11 Brüssel IIa-VO zu klären. Ein wichtiger Aspekt war hierbei die Tiefe der materiellen Kindeswohlprüfung in der Sache.¹³⁹⁵ Es konnte nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass nach Auffassung des polnischen Gerichts die Rückführung eine Gefährdung für das Kindeswohl bedeutet hätte.

Der High Court of Justice legte zunächst dar, dass entsprechend der rechtlichen Würdigung in *HA v. MB*¹³⁹⁶ den Gerichten des international zuständigen Gerichts eine volle Kompetenz in der Sache zustand und so die englischen Gerichte Anordnungen nach dem Children Act 1989 erlassen konnten, nicht anders als in den innerstaatlichen Fällen ohne grenzüberschreitenden Bezug auch.¹³⁹⁷ Die Prüfung der Rückgabeanordnung stelle inhaltlich weder eine Anwendung des Art. 13 HKÜ dar noch gehe es darum, eine ausländische Entscheidung in der Sache nachzuprüfen.¹³⁹⁸ Vielmehr gehe es um eine Kindeswohlprüfung in der Sache auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit.¹³⁹⁹ Auch eine summarische Rück-

¹³⁹¹ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 7.

¹³⁹² D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 8.

¹³⁹³ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 9.

¹³⁹⁴ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 18.

¹³⁹⁵ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 27 ff.

¹³⁹⁶ *HA v. MB*, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289.

¹³⁹⁷ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 29.

¹³⁹⁸ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 30-31 mit Bezugnahme auf *M v. T* (Abduction: Brussels II Revised, Art. 11 (7), [2010] EWHC 1479 (Fam), Rn. 17, 18 und 20.

¹³⁹⁹ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 31; *M v. T* (Abduction: Brussels II Revised, Art. 11 (7), [2010] EWHC 1479 (Fam), Rn. 17.

gabeanordnung liege innerhalb dieser Kompetenz und Zuständigkeit in der Sache.¹⁴⁰⁰ Auch reduziere Art. 11 Abs. 8 der Brüssel IIa-VO den Spielraum nach innerstaatlichem Recht nicht.¹⁴⁰¹ Der EuGH habe in seiner Entscheidung *Povse/.Alpago* zudem im Wege der Vorabentscheidung geklärt, dass auch eine summarische Rückführungsanordnung noch vor der endgültigen Entscheidung in der Hauptsache erlassen werden könne.¹⁴⁰² Einer solchen Entscheidung müssten sich die anderen Mitgliedstaaten aufgrund der unmittelbaren Vollstreckbarkeit beugen, ohne dass es noch irgendwelche Möglichkeiten sachlicher Einwände im Zweitstaat gäbe.¹⁴⁰³

Der High Court führte aus, dass Art. 11 Brüssel IIa-VO den Gerichten des ursprünglichen Aufenthaltsstaats erlaube, eine Sachentscheidung zur elterlichen Sorge zu treffen und es ermögliche, trotz der Verbringung des Kindes in ein anderes Land dieses in das eigene Verfahren einzubinden und sich ein Bild von ihm und seiner Situation zu machen.¹⁴⁰⁴ Das darauf zielende Verfahren sollte so schnell wie möglich durchgeführt werden. Sodann könne das zuständige Gericht eine Prüfung des Kindeswohls wie in einem innerstaatlichen Gerichtsverfahren vornehmen, und zu diesem Zwecke sei die Entscheidung unmittelbar vollstreckbar.¹⁴⁰⁵

In seiner materiellen Kindeswohlprüfung setzt sich das Gericht mit den drei wesentlichen, gegen die Rückführung vorgebrachten Argument auseinander, die dem polnischen Gericht Anlass zur Rückführungsveragung gegeben hatten: 1. der Frage der Alkoholprobleme des Vaters, 2. dem Fehlen einer Versorgung mit allen Notwendigkeiten in England und 3. der Widerspruch der Rückführung zu den Wünschen und Vorstellungen des Kindes.¹⁴⁰⁶ Zunächst stellt der High Court of Justice fest, dass sich das polnische Gericht nicht mit der Vorschrift des Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO auseinandergesetzt hatte, nach der die Rückführung nicht verweigert werden kann, wenn angemessene Vorkehrungen getroffen wurden.¹⁴⁰⁷ Erst im Verfahren vor dem High Court sei der V angewiesen worden, Vorschläge zu unterbreiten, mit denen er den Gründen für die Rückführungsveragung begegnen wollte, während die M im Verfahren ihre Anschuldigungen und Vorwürfe aufrechterhielt.¹⁴⁰⁸ Der V vertrat die Auffassung, dass die gerichtliche Würdigung

¹⁴⁰⁰ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 31.

¹⁴⁰¹ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 33.

¹⁴⁰² D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 33-34 mit Bezugnahme auf EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

¹⁴⁰³ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 36.

¹⁴⁰⁴ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 39.

¹⁴⁰⁵ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 39.

¹⁴⁰⁶ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 42.

¹⁴⁰⁷ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 43.

¹⁴⁰⁸ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 44 sowie der weitere Austausch der für die Rückführung relevanten Argumente in Rn. 44-48.

der Tatsachen durch das Gericht in Polen die notwendige Sorgfalt habe vermissen lassen und auch eine wirkliche Auseinandersetzung mit den von ihm angebotenen Schutzmaßnahmen nicht erfolgt sei. Vorwürfe des Alkoholmissbrauchs seien überzogen gewesen und Anhaltspunkte dafür, wenn überhaupt, zeitlich weit zurückliegend, was er durch einen medizinischen Test habe belegen können. Auch habe er vor der Abreise des Kindes eine wichtige Rolle im Leben des Kindes gespielt, da er arbeitsunfähig war, eine Rente erhielt und sich während der Arbeitszeiten der Mutter immer um das Kind gekümmert habe. Die anderen Beschwerden der Mutter seien im Übrigen vorgeschoben, er könne zur Gewährleistung des Kindeswohls beitragen, indem der M und dem Kind während des Gerichtsverfahrens eine Unterkunft zur Verfügung gestellt würde. Die ablehnende Haltung des Kindes in der Anhörung sei unter dem Gesichtspunkt seines Alters von 3½ Jahren zu bewerten gewesen.¹⁴⁰⁹ Sollte das Kind in Polen bleiben, würden die Rechte des V und des Kindes aus Art. 8 EMRK ungerechtfertigt beschränkt werden, da dann ein regelmäßiger Umgang unmöglich gemacht würde. Er könne in einem Sorgerechtsverfahren vor einem polnischen Gericht nicht seine Fähigkeiten zur Erziehung etc. so darstellen, wie es ihm möglich sein müsste. Die Zustände des widerrechtlichen Zurückhaltens würden zudem dazu führen, dass die widerrechtlich handelnde M als alleinige Bezugsperson auf lange Sicht einen Vorteil aus diesem Handeln ziehen würde. Zudem habe sie den Kontakt des V zum Kind nicht begünstigt, sondern gehindert.¹⁴¹⁰

Der High Court kam zu der Einschätzung, dass eine kindeswohlorientierte Untersuchung im Sorgerechtskonflikt (*welfare enquiry*) nur durchgeführt werden könne, wenn auch der Vater Kontakt zu seinem Kind haben würde und dieser Umgang durch das Gericht beobachtet werden könne und ordnete so die Rückgabe an.¹⁴¹¹ Alle tragenden Erwägungen fasste das Gericht in Rn. 53 der Entscheidung zusammen. Das Gericht entschied sich, die Rückführung mit etwas zeitlichem Nachlass anzuordnen, damit auch die M in Polen ausreichende Vorkehrungen für die Übergangszeit treffen und mit ihrem Arbeitgeber abstimmen konnte, denn es war sehr wahrscheinlich, dass diese das Kind würde begleiten wollen. Anderenfalls müsse dem V genügend Zeit gegeben werden, seinerseits Vorkehrungen zu treffen, um die Rückführung zu betreuen. Den Bedenken der Mutter gegenüber dem Verhalten des Vaters habe mit Maßnahmen begegnet werden können (*undertakings*), z.B. der Zurverfügungstellung einer rechtlichen Vertretung in Großbritannien, der eigenständigen Vertretung des Kindes und einer gerichtlichen begleitenden Überwachung der Rückführung. Die Durchführung der Anhö-

¹⁴⁰⁹ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 47.

¹⁴¹⁰ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 48.

¹⁴¹¹ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 53.

rung im Hauptsacheverfahren in England würde dann am ehesten die Verwirklichung des Kindeswohls ermöglichen.¹⁴¹²

Sodann kam das Gericht zu der Frage, ob die unmittelbare Vollstreckbarkeit anzuordnen war.¹⁴¹³ Dem Erfordernis der Anhörung gem. Art. 42 Abs. 2 lit. a) Brüssel IIa-VO begegnete das Gericht mit der Überlegung, dass das Kind ausreichend in Polen angehört wurde und das noch recht junge Kind im Rahmen seiner Möglichkeiten ausreichend Stellung bezogen hatte.¹⁴¹⁴ Auch hatte sich der High Court gem. Art. 42 Abs. 2 lit. c) Brüssel IIa-VO mit den Gründen der Rückführungsversagung auseinandergesetzt und war zu dem Ergebnis gekommen, dass der Schutz durch Gerichte, Sozialbehörden und Polizei einen angemessenen Schutz ermöglichen konnte.¹⁴¹⁵ Im Ergebnis ordnete der High Court of Justice die Rückgabe des Kindes gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO nach England an.

b) Bewertung

Gegenstand der Entscheidung in D v. N and D war nicht die klassische Konstellation des Einwands des Kindeswohls gegen eine mitgliedstaatliche Entscheidung im Zweitstaat. Dennoch liegt der Fall im Prinzip gleich, nur mit umgekehrten Vorzeichen, da es um die Beurteilung einer Anordnung auf Kindesrückgabe i.S.d. Kapitel III, Abschnitt IV der VO nach einer vorhergehenden Rückführungsversagung eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts gem. Art. 13 HKÜ ging. Der High Court hatte hier die internationale Zuständigkeit auf seiner Seite und musste aus dieser Perspektive mit den im gesamten Sorgerechtskonflikt vorgetragenen Einwänden am Maßstab des Kindeswohls umgehen. Die Auslegung der Rechtsnormen in der Sache ist ohne Fehler, da Art 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 der Brüssel IIa-VO die Durchsetzung einer summarischen Rückführungsanordnung ohne vorherigen Abschluss eines Hauptsacheverfahrens ermöglichen und diese Auslegung durch das Urteil des EuGH in *Povse./Alpago*¹⁴¹⁶ bestätigt wurde. Die Bindung der Entscheidung nach Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO an Art. 8 EMRK wird vom Gericht nicht angesprochen, jedoch liegt der Fall auch so, dass die Rückführung nicht gegen die EMRK verstoßen würde. Eine Sondersituation wie zB. in *Neulinger und Shuruk./Schweiz* oder *Sneersone Kampanella./Italien* lag dem High Court nicht vor.¹⁴¹⁷ Die Rückführung selbst unterbreitete nicht die Gefahr einer schweren Schädigung des Kindes, da diese zeitnah erfolgen sollte

¹⁴¹² D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 53.

¹⁴¹³ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 54.

¹⁴¹⁴ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 54.

¹⁴¹⁵ D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 54.

¹⁴¹⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 52.

¹⁴¹⁷ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, und 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*.

und das Kind auch eine tatsächliche Bindung zu beiden Elternteilen sowie zum ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltsort England hatte.

Der High Court of Justice kommt zu diesem Ergebnis auf Grundlage einer Auseinandersetzung mit den Argumenten des polnischen Gerichts nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, welche sich nach eingehender Analyse nicht als unüberwindbar, sondern zum Teil als nicht so drastisch wie behauptet und in jedem Falle durch begleitende Maßnahmen (*undertakings*) in den Griff zu bekommen darstellten. Die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Rückführungssituation erreicht trotz des summarischen Charakters eine inhaltliche Tiefe, die einer Auseinandersetzung mit all den Bedenken des polnischen Gerichts nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ gerecht wurde.

8. *Re LSdC (a Child)*, 24.4.2012

Der Fall *Re LSdC (a Child)*¹⁴¹⁸ beschäftigte den High Court of Justice mit einem Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung einer portugiesischen sorgerechtlchen Vereinbarung in England.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der portugiesische V und die englische M bekamen im Jahr 2011 in England ein gemeinsames Kind.¹⁴¹⁹ Das Paar hatte sich kennengelernt, als der V einer Arbeit in Oxfordshire nachging. Trotz vieler Turbulenzen innerhalb der Beziehung entschieden sich beide, für eine gemeinsame Zukunft nach Portugal zu gehen. Dort lebten die beiden mit der Familie des V und ihrem gemeinsamen Kind L. Da gravierende Probleme in der Beziehung anhielten, fasste die M den Plan, mit dem Kind nach England zurückzugehen. Erst am Flughafen wurde sie durch den V in Begleitung der Polizei aufgehalten. Sodann schaltete die Familie die örtliche Jugendschutzbehörde ein.¹⁴²⁰ Im Rahmen einer von der Behörde geleiteten Besprechung einigten sich beide Eltern auf eine sorgerechtlche Regelung. Nach der Vereinbarung teilten sich beide Eltern die elterliche Sorge zu genau gleichen Anteilen, und in einem zweimonatigen Turnus sollte das Kind bis zu seinem dritten Lebensjahr jeweils bei dem V in Portugal und dann bei der M in England leben.¹⁴²¹ Die Vereinbarung wurde durch das örtliche portugiesische Familiengericht bestätigt und zum gleichlautenden Gegenstand einer Anordnung gemacht.¹⁴²²

¹⁴¹⁸ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam); Official Transcript unter 2012 WL 1357935 (Datenbank westlaw).

¹⁴¹⁹ Der Sachverhalt ergibt sich aus *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 12-27.

¹⁴²⁰ Im engl. Urteil genannt: Commission for the Protection of Children and Juveniles (CPCJ).

¹⁴²¹ Zum Inhalt der Vereinbarung *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 5, 18.

¹⁴²² *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 3, 20.

Nach einer Phase des Aufenthalts mit dem Kind in England hielt sich die M jedoch nicht mehr an die Vereinbarung.¹⁴²³ Weil sie nun dauerhaft in England mit dem Kind bleiben wollte, wandte sie sich an den Oxford County Court, der einen vorläufigen *prohibited steps order* gegenüber dem V erließ, eine Verfügung, die es ihm verbot, das Kind außerhalb des Landes zu verbringen.¹⁴²⁴ Der Oxford County Court verwies die Sache dann an den High Court.¹⁴²⁵

Vor dem High Court machte der V seine Rechte aus der gerichtlich bestätigten Sorgerechtsvereinbarung geltend und wollte die unmittelbare Vollstreckung der darin getroffenen Regelungen gem. Art. 41 Brüssel IIa-VO erwirken.¹⁴²⁶ Eine entsprechende Bescheinigung hatte das portugiesische Gericht gem. Art. 41 Abs. 2 und Anhang III der VO ausgestellt. Die M wehrte sich gegen den Antrag und entgegnete die Auffassung, dass eine unmittelbare Vollstreckbarkeit im Sinne des Kapitel III, Abschnitt IV der Brüssel IIa-VO nicht anzunehmen war, sondern zunächst die Anerkennung gem. Art. 21 ff. Brüssel IIa-VO festgestellt werden musste, wobei die Anerkennung zu versagen gewesen sei.¹⁴²⁷ Der High Court lehnte die Feststellung der unmittelbaren Vollstreckbarkeit der väterlichen Rechte aus der Vereinbarung ab.¹⁴²⁸ Justice Macur qualifizierte die in der Vereinbarung ausgestalteten Rechte nicht als Umgangsrecht i.S.d. Definition in Art. 2 Nr. 10 Brüssel IIa-VO, welches überhaupt der unmittelbaren Vollstreckung zugänglich war, sondern als Sorgerecht gem. Art. 2 Nr. 9.¹⁴²⁹ Dem Argument des V, dass Vereinbarungen über die gemeinsame Sorge unweigerlich Rechte auf Umgang enthielten, folgte das Gericht nicht und begründet dies mit der Differenzierung zwischen Sorge- und Umgangsrecht, wie auch in Art. 2 Nr. 9 und 10 Brüssel IIa-VO definiert. Danach umfasst die elterliche Sorge auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, was aber etwas anderes sei als ein Umgangsrecht. Dass die Eltern in ihrer Vereinbarung zusätzlich Regelungen zum Umgang getroffen hätten, erkannte das Gericht nicht.¹⁴³⁰ Der V könne nicht aus einer jeweils vorteilhaften Auslegung seiner Vereinbarung ein Wahlrecht zwischen einem gewünschten Vorgehen nach Kapitel III, Abschnitt 4 und Abschnitt 1 folgern. Der V habe jedenfalls eine Vereinbarung zur elterlichen Sorge getroffen, was sich dem High Court offenkundig erschloss, ohne dass es nach eigenem Bekunden die Anordnung inhaltlich

¹⁴²³ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 25-26.

¹⁴²⁴ Ergibt sich deutlich erst aus dem Tatbestand der Revisionsentscheidung [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 9.

¹⁴²⁵ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 9.

¹⁴²⁶ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 1.

¹⁴²⁷ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 2, 28 ff.

¹⁴²⁸ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 7.

¹⁴²⁹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 7.

¹⁴³⁰ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 7.

überprüft hatte.¹⁴³¹ Aus diesen Gründen sei der Antrag auf Vollstreckung zurückzuweisen gewesen.¹⁴³²

Die Würdigung der Frage der Anerkennung und des gegenläufigen Antrags auf deren Versagung durch die M erfordert nach dem High Court eine tiefere Beleuchtung der Hintergründe des Zustandekommens der Sorgerechtsvereinbarung.¹⁴³³ Zu diesem Zweck ging das Gericht zunächst genau auf die familiäre Situation zum Zeitpunkt der Sorgerechtsvereinbarung ein.¹⁴³⁴ Hierbei stellte es neben der Entwicklung der schwierigen Beziehung beider Eltern besonders die Depressionen der M während der Zeit in Portugal dar. Die Erkrankung sei medikamentös behandelt worden und sei von gravierender Auswirkung auf ihre gesamtheitliche Verfassung gewesen.¹⁴³⁵ Nach dieser längeren sehr instabilen Phase verblieb die M dann dauerhaft mit dem Kind in England, was der Grund für die Einleitung des Verfahrens durch den V war.

Die M stützt ihren Antrag auf Anerkennungsversagung auf Art. 23 lit. a) d) und e) Brüssel IIa-VO.¹⁴³⁶ Zunächst führt ihr Rechtsbeistand aus, dass die zur Überprüfung stehende Anordnung klar dem Kindeswohl widersprochen habe.¹⁴³⁷ Mit Blick auf die hohen Anforderungen der Brüssel IIa-VO bemerkte der High Court jedoch, dass sich eine *ordre public*-Widrigkeit aus der Verletzung fundamentaler Rechte wie der Grund- und Menschenrechte ergeben müsse und Fälle dieser Art sehr selten seien.¹⁴³⁸

*(...) That is the case where welfare considerations may be legitimately entertained without undermining the principle of Article 26 and so manifestly offend public policy will be extremely rare.*¹⁴³⁹

Das Gericht legte dar, dass es selbst nicht die Vereinbarung der beiden Eltern ratifiziert hätte, da es dem Kindeswohl nicht förderlich gewesen sei, wenn das Kind in den jüngsten Jahren seiner Entwicklung ständig zwischen zwei Ländern hin und hergeschoben würde.¹⁴⁴⁰ Dennoch sei die Situation nicht so offensichtlich missbräuchlich gewesen, dass man sie als den Ausnahmefall habe qualifizieren könne. Die Anordnung habe mit Gewissheit nicht der englischen öffentlichen

¹⁴³¹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 8: "I do not „review“ the Judgment of the Portuguese court to „substance“.

¹⁴³² Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 8, 9.

¹⁴³³ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 10.

¹⁴³⁴ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 17-19.

¹⁴³⁵ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 23, 24.

¹⁴³⁶ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 28.

¹⁴³⁷ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 29.

¹⁴³⁸ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 29, 30.

¹⁴³⁹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 29.

¹⁴⁴⁰ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 31: "to become a shuttlecock (Federball) during his early and crucial age of emotional development."

Ordnung widersprochen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Gericht davon ausgehen könne, dass eine zwischen erwachsenen Eltern im Wege der Einigung erzielte Lösung regelmäßig die beste für das Kind sei.¹⁴⁴¹ Ein Grund der Anerkennungsverzögerung ergab sich für den High Court auch nicht aus Art. 23 lit. d) Brüssel IIa-VO, da die Bescheinigung des portugiesischen Gerichts gem. Anhang III der Brüssel IIa-VO bescheinigte, dass die M die Möglichkeit hatte, im Verfahren gehört zu werden und das Gericht davon überzeugt war, dass sie anwendend war und es keine Schwierigkeiten in der Verständigung gegeben habe.¹⁴⁴²

Jedoch gab es einen anderen wesentlichen Punkt, der dem High Court Bedenken gab, und zwar die mentale und emotionale Gesundheit der M zum Zeitpunkt der Vereinbarung.¹⁴⁴³ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass mit Hilfe der Jugendschutzbehörde gerade ein Konsens beider Eltern als Schlüssel zur Konfliktlösung erreicht werden sollte, erschien die scheinbare Zustimmung der M in Anbetracht ihrer offensichtlichen Unfähigkeit, einen Widerspruch geltend zu machen, dem Gericht sehr fraglich. Aus diesem Grunde habe sich der High Court sehr vorsichtig, aber letztlich mit Gewissheit zur Verzögerung der Anerkennung gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO entschlossen, ohne dabei die Anordnung ihrem Inhalt nach zu überprüfen.¹⁴⁴⁴

Einen weiteren wesentlichen Grund, die Anerkennung zu verweigern, erkannte der High Court in der Kompetenz englischer Gerichte, die portugiesische Anordnung in der Sache abzuändern bzw. eine neue Anordnung zu treffen.¹⁴⁴⁵ Ohne Frage würde ein neuer *order* (*prohibited steps*, *residence* oder *ward of court*) der portugiesischen Vereinbarung gem. Art. 23 lit. e) Brüssel IIa-VO die Anerkennungsfähigkeit nehmen.¹⁴⁴⁶ Die internationale Zuständigkeit zur eigenen Sachentscheidung sah der High Court auf englischer Seite.¹⁴⁴⁷ Allerdings verspürte der High Court ein ungutes Gefühl gegenüber dem Erlass einer neuen Anordnung, was sich aus der zeitlichen Nähe der portugiesischen Entscheidung und der damit untrennbar einhergehenden inhaltlichen Überprüfung der portugiesischen Anordnung in England ergeben habe. Macur J führte aus, es selbst kaum begreifen zu können, dass aufgrund dieser speziellen Umstände die Ziele der Brüssel IIa-VO so schnell durchkreuzt würden.¹⁴⁴⁸ Sie könne daher die Auffassung des Rechtsbestands des

¹⁴⁴¹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 3; zur Problematik von Elternvereinbarungen siehe *Coester*, Kindeswohl, S. 287.

¹⁴⁴² Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 20, 21, 33.

¹⁴⁴³ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

¹⁴⁴⁴ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

¹⁴⁴⁵ Das Gericht spricht von einem *prohibited steps order*, einem *residence order* oder der Möglichkeit, das Kind zu einem *ward of court* zu machen.

¹⁴⁴⁶ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36.

¹⁴⁴⁷ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36 und 41 ff.

¹⁴⁴⁸ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36.

V verstehen, der diese Praxis als nachweislich unverlässlich kritisierte.¹⁴⁴⁹ Tatsächlich erneuerte der High Court den *prohibited steps order* des Oxford County Court, indem er nunmehr beiden Elternteilen verbot, das Kind außerhalb des Landes zu verbringen und zudem eine vorläufige Umgangsregelung im Verhältnis des V zu seinem Kind festlegte.¹⁴⁵⁰ Die Notwendigkeit dazu sah der High Court in der Einschätzung, dass die portugiesische Jugendschutzbehörde bei der Begleitung der Vereinbarung einen zu starken Akzent auf das Erzielen eines äußeren Konsenses gesetzt hatte und dabei inhaltlich aus den Augen verlor, was dem Wohl des Kindes entsprochen hätte.¹⁴⁵¹ Dass dem Bericht der Behörde zufolge die Mutter als eine nachlässige Person charakterisiert wurde, machte es dem High Court umso unverständlicher, dass die hälftige Aufteilung der elterlichen Sorge im besten Interesse des Kindes L habe liegen sollen.

Zur Frage der Abänderungszuständigkeit führt der High Court aus, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes weder in Portugal noch in England zu sehen war und auch nicht in beiden Staaten gemeinsam.¹⁴⁵² Dies habe sich schon daraus ergeben, dass die Vereinbarung einen ständigen Wechsel des Kindesaufenthalts festlegt habe. Es habe keine Anhaltspunkte für die Vereinbarung eines grundsätzlichen Aufenthalts in Portugal gegeben. Auch gem. Art. 9 Brüssel IIa-VO sei eine Zuständigkeit nicht in Portugal verblieben, da es sich erstens nicht um eine Umgangsrechtsentscheidung gehandelt habe und zweitens auch der Zeitraum von drei Monaten abgelaufen war.¹⁴⁵³ Etwas anderes habe sich auch nicht aus Art. 10 und auch nicht aus Art. 13 Brüssel IIa-VO ergeben, nach dem es auf den tatsächlichen Kindesaufenthalt ankommt, wenn ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht festzustellen ist.¹⁴⁵⁴

Der High Court gestand zu, dass es sich bei diesem Fall um eine für alle Beteiligten unglückliche Angelegenheit gehandelt habe. Es habe die Notwendigkeit bestanden, auf Grundlage der internationalen Zuständigkeit englischer Gerichte gem. Art. 13 Brüssel IIa-VO die familiären Beziehungen neu zu verhandeln.¹⁴⁵⁵ Im Falle des Erfolgs einer Revision des V gegen die Entscheidung des High Court wäre es aber wohl das sinnvollste, alle Fragen dann durch ein portugiesisches Gericht entscheiden zu lassen.¹⁴⁵⁶ Für die Zwischenzeit bis zu einer neuen Sachentscheidung ordnete der High Court auf Grundlage von Art. 20 Brüssel IIa-VO die Aussetzung der Verfolgung der portugiesischen Anordnung in England an sowie

¹⁴⁴⁹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36: “*demonstrably unreliable*”.

¹⁴⁵⁰ Ergibt sich aus dem Tatbestand der Revisionsentscheidung v. 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 9 -10.

¹⁴⁵¹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 37.

¹⁴⁵² Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 41, 42.

¹⁴⁵³ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 43.

¹⁴⁵⁴ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 44, 45.

¹⁴⁵⁵ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 48.

¹⁴⁵⁶ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 49.

gem. Children Act 1989 das Verbot, das Kind L außerhalb der Grenzen des Vereinigten Königreichs zu verbringen.¹⁴⁵⁷

b) Revisionsentscheidung des Court of Appeal

Gegen die Entscheidung des High Court legte der V Revision zum Court of Appeal ein, der dieser im Ergebnis stattgab. Die Revision des V stützte sich auf drei wesentliche Gründe. Der V vertrat die Ansicht, die Entscheidung sei ohne inhaltliche Prüfung unmittelbar zu vollstrecken gewesen, da eine Bescheinigung ausgestellt worden war.¹⁴⁵⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH in *Rinau*,¹⁴⁵⁹ *Povse./Alpago*¹⁴⁶⁰ und *Aguirre Zarraga./Pelz*¹⁴⁶¹ sei dem Vollstreckungsstaat jede inhaltliche Nachprüfung verwehrt, selbst im Falle der Vermutung einer schweren Grundrechtsverletzung.¹⁴⁶² Der Court of Appeal folgte der Argumentation des V in diesem Punkt nicht. Er führte aus, dass, ohne die Rechtsprechung des EuGH infrage zu stellen, der von dem V durchzusetzende Teil der Sorgerechtsvereinbarung nicht als Umgangsrecht qualifiziert werden konnte.¹⁴⁶³ In dieser Frage habe Macur J am High Court richtig gelegen. Die Rechtsprechung des EuGH verbiete nicht, die mit der Bescheinigung versehene Entscheidung daraufhin zu untersuchen, den vollstreckbaren Teil zu identifizieren.¹⁴⁶⁴ Im Übrigen habe auch nur der V die Ansicht vertreten, dass der gewisse Teil der Sorgerechtsvereinbarung ein Umgangsrecht darstellte, während die Bescheinigung des portugiesischen Gerichts gerade nicht darauf Bezug genommen habe.¹⁴⁶⁵

Sodann widmete sich der Court of Appeal der Würdigung des High Court in der Frage der Verletzung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* gem. Art. 21 Brüssel IIa-VO. Dabei benannte das Gericht die klare Prämisse, dass unter keinen Umständen eine andere mitgliedstaatliche Entscheidung in der Sache überprüft werden dürfe.¹⁴⁶⁶ Vor diesem Hintergrund sei der High Court auch im vorliegenden Fall zutreffend davon ausgegangen, dass die Kindeswohlbedenken der M bzgl. der portugiesischen Sorgerechtsvereinbarung nicht reichten, um die hohe Hürde der *ordre public*-Unvereinbarkeit zu erreichen.¹⁴⁶⁷ Gleiches galt nach Auffas-

¹⁴⁵⁷ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 50.

¹⁴⁵⁸ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 41.

¹⁴⁵⁹ EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008 I-5271.

¹⁴⁶⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

¹⁴⁶¹ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010 I-14247.

¹⁴⁶² Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 41.

¹⁴⁶³ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 43.

¹⁴⁶⁴ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 44.

¹⁴⁶⁵ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 44.

¹⁴⁶⁶ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 45 und Bezugnahme auf die Rspr. des EuGH in *Bamberski./Krombach*, Rs. C-7/98 in Rn. 47-48 und des High Court in Re S (no. 1) [2003] EWHC 2115 (Fam) in Rn. 49.

¹⁴⁶⁷ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 53-54.

sung des Court of Appeal aber auch für die Bedenken bzgl. des psychischen Zustands der M bei Abschluss der Vereinbarung. Selbst wenn man ein gewisses Maß an verfahrensrechtlicher Fairness im *ordre public* gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO verorten könne, seien die Tatsachen im vorliegenden Fall nicht gravierend genug gewesen, um eine Verletzung des *ordre public* zu begründen.¹⁴⁶⁸ Somit drang der V mit seiner Revision durch.¹⁴⁶⁹

Auch in der Annahme der Zuständigkeit englischer Gerichte zum Erlass einer eigenen abändernden Entscheidung hatte der High Court nach Auffassung des Court of Appeal falsch gelegen.¹⁴⁷⁰ Eine Zuständigkeit englischer Gerichte nach Art. 8 und 13 Brüssel IIa-VO konnte nicht angenommen werden, da das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Portugal hatte.¹⁴⁷¹ Auch das kurzfristige Verbringen des Kindes für 2 Monate nach England hätten daran nichts ändern können.¹⁴⁷² Gerade in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH zur autonomen Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ habe es aufgrund der sorgerechtlichen Vereinbarung neben der rein physischen Präsenz des Kindes an einer Absicht gefehlt, dort einen auf Dauer angelegten Aufenthalt zu nehmen.¹⁴⁷³

Im Ergebnis war die Revision begründet, da die Sorgerechtsvereinbarung in England anzuerkennen war und weil die internationale Zuständigkeit bei der Brüssel IIa-VO bei den portugiesischen Gerichten lag.¹⁴⁷⁴ Dieser Würdigung des LJ Munby schlossen sich LJ Sedley und LJ Thorpe an.¹⁴⁷⁵ LJ Thorpe betonte dabei noch einmal die besondere Verpflichtung mitgliedstaatlicher Gerichte durch die Brüssel IIa-VO. Die Richterin am High Court habe Verständnis für die Sorgen der M gehabt und sei der Auffassung gewesen, es sei das Beste für das Kind gewesen, über die elterliche Sorge in England zu entscheiden, doch sei dies mit den Grundsätzen der Brüssel IIa-VO nicht vereinbar gewesen.¹⁴⁷⁶

c) Bewertung

Die Entscheidungen des High Court und des Court of Appeal in Re LSdC sind in mehrfacher Hinsicht interessant, da sie grundlegende Fragen der internationalen Zuständigkeit und den Umgang mit Kindeswohleinwänden im Zweitstaat bei Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO zum Gegenstand haben. Die englischen Gerichte wurden in diesem Verfahren mit einem Antrag auf Vollstreckung einer

¹⁴⁶⁸ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 56.

¹⁴⁶⁹ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 57.

¹⁴⁷⁰ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 64 und ff.

¹⁴⁷¹ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 77.

¹⁴⁷² Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 78.

¹⁴⁷³ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 79.

¹⁴⁷⁴ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 82.

¹⁴⁷⁵ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 83 und 84 ff.

¹⁴⁷⁶ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 90.

Umgangsregelung beschäftigt und klärten in dem Zusammenhang die Vereinbarkeit der ausländischen Entscheidung am Maßstab der Anerkennungsversagungsgründe sowie die prozessuale Frage der Kompetenz zur Abänderung der Entscheidung durch einen neuen *order* des englischen High Court in der Sache.

aa) Die Zurückweisung des Antrags auf Vollstreckung

Die Qualifizierung der Vereinbarung beider Eltern als allein sorgerechtlich trifft in der Sache zu. Soweit das Gericht den Regelungsinhalt wiedergibt, handelt es sich nur um die Ausgestaltung der gemeinschaftlichen Wahrnehmung der elterlichen Sorge. Im portugiesischen Familienrecht erfolgt nach einer Trennung die Ausübung der elterlichen Sorge (*responsabilidades parentais*) im Grundsatz weiterhin gemeinschaftlich.¹⁴⁷⁷ In dringenden und alltäglichen Angelegenheiten wird sie von demjenigen ausgeübt, bei dem sich das Kind aufhält, Art. 1906 Portugiesischer CC.¹⁴⁷⁸ Ein Umgangsrecht erhält derjenige Elternteil, der nicht die elterliche Sorge trägt, Art. 1906 Abs. 5 Portugiesischer CC. Im Fall *Re LSdC* lag es genauso, dass beide Eltern das gemeinschaftliche Sorgerecht innehatten und sich die Betreuung des Kindes teilten.

Eine andere Frage ist jedoch die der inhaltlichen Wertung des Gehalts der Entscheidung und der Bescheinigung in England. Durch das Vorliegen einer entsprechenden Bescheinigung gem. Art. 41 Abs. 2 Brüssel IIa-VO über das Bestehen eines vollstreckbaren Umgangsrechts ist jegliche Prüfung im Zweitstaat ausgeschlossen, die über die Feststellung der Anerkennung und der unmittelbaren Vollstreckbarkeit kraft Gesetzes hinausgeht.¹⁴⁷⁹ Eine inhaltliche Qualifikation des Entscheidungsinhalts anhand der Frage, ob tatsächlich ein Umgangsrecht vorliegt, ist rechtlich nicht zulässig, soweit für das Gericht des Zweitstaats erkennbar sein muss, dass es sich um die Bescheinigung einer mitgliedstaatlichen Entscheidung über die Herausgabe des Kindes zur Verwirklichung des Umgangs handelt. Der High Court und der Court of Appeal konnten der portugiesischen Entscheidung einen solchen vollstreckbaren Inhalt allerdings nicht entnehmen, sondern nur die Aufteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Sinne einer zeitlich aufgespaltenen Wahrnehmung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Zwar habe die portugiesische Vereinbarung auch einen umgangsrechtlichen Teil beinhaltet, auf die sich die Bescheinigung des portugiesischen Gerichts gem. Anhang III der Brüssel IIa-VO aber nicht bezogen habe.¹⁴⁸⁰ Auf dieser Grundlage erscheint die Würdigung der beiden englischen Gerichte in dieser komplizierten Frage zutreffend. Die gebotene Feststellung der unmittelbaren Vollstreckbarkeit einer Verpflichtung ohne weitere inhaltliche Überprüfung setzt die Identifizierbarkeit einer vollstreckbaren

¹⁴⁷⁷ *Rieck*, Ausl. Familienrecht, Portugal, Rn. 27.

¹⁴⁷⁸ *Rieck*, Ausl. Familienrecht, Portugal, Rn. 27.

¹⁴⁷⁹ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 162.

¹⁴⁸⁰ *Re LSdC (a child)*, 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 44.

Verpflichtung voraus. Im vorliegenden Fall hatte es sich nur um die Gestaltung des Sorgerechts gehandelt.

bb) Die Versagung der Anerkennung

Die Darstellung der Voraussetzungen der Anerkennungsversagung aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl und dem *ordre public* durch den High Court betonten das Prinzip der restriktiven Auslegung und das Verbot der *revision au fond*.¹⁴⁸¹ Richtig führte der High Court aus, dass die Versagung aufgrund einer Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl die Ausnahme bleiben muss. Die hier vereinbarte Regelung erschien dem Gericht unglücklich, verstieß aber nicht offensichtlich gegen das Kindeswohl i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, worin ihn der Court of Appeal bestätigte.¹⁴⁸² Dass der High Court im Ergebnis doch zur Versagung der Anerkennung kam, ist dann überraschend, da es die Würdigung an der fehlenden Fähigkeit der zum Zeitpunkt der Abmachung stark psychisch erkrankten M festmachte. Dabei zeigt die gerichtliche Argumentation des High Court nicht, an welchen Grundsätzen die Annahme des *ordre public*-Verstoßes gemessen wurde und anhand welcher Voraussetzungen eine Beteiligung der M an der Sorgerechtsvereinbarung geprüft wurde. Das Gericht knüpfte die fundamentale Kritik der Vereinbarung an den Zustand der M.¹⁴⁸³ Zu vermuten ist jedoch, dass es die Regelung der geteilten Sorge für kaum tragbar hielt. Somit würdigte der High Court letztlich doch die Entscheidung in der Sache, woran auch die mehrmalige Erwähnung des Verbots der *revision au fond* nichts änderte.

*(...) have tentatively but no less certainly decided that, without any review of the substance of the judgment, it would be manifestly contrary to public policy to recognise this judgment pursuant to Art. 23 (a) of the Regulation.*¹⁴⁸⁴

Bei genauer Betrachtung zielte die richterliche Argumentation auf die Darstellung des Bedürfnisses einer neuen Sorgerechtsregelung. Zu Recht wurde die Entscheidung in diesem Punkt durch den Court of Appeal korrigiert.¹⁴⁸⁵

cc) Das Argument der Abänderungszuständigkeit

Der High Court erklärte sein Ergebnis der Anerkennungsversagung mit der zusätzlichen Erwägung, dass eine neue Sorgerechtsregelung durch englische Gerichte ebenfalls gem. Art. 23 lit. e) Brüssel IIa-VO zur Versagung führen würde.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸¹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 29.

¹⁴⁸² Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 53.

¹⁴⁸³ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

¹⁴⁸⁴ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

¹⁴⁸⁵ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 54-57.

¹⁴⁸⁶ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36; sog. Posterioritätsprinzip, *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO Rn. 22.

Versteht man die gerichtliche Intention, die Voraussetzungen für eine Neuregelung der Sorge zu schaffen, so wird die Anerkennungsversagung unter praktischen Gesichtspunkten erklärlich. Der High Court ging von einer internationalen Zuständigkeit englischer Gerichte in der Sache auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Brüssel IIa-VO aus. Das Kind hat zunächst in Portugal gelebt, dann aber aufgrund der Vereinbarung den Aufenthaltsort turnusmäßig zwischen Portugal und England gewechselt und dort mit dem jeweiligen Elternteil und dessen Familie gelebt. Rechtlich stellte sich die Frage, ob ein gewöhnlicher Aufenthalt ermittelt werden konnte, oder ob es zwei gewöhnliche Aufenthaltsorte geben kann, was der High Court verneinte.¹⁴⁸⁷ Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-523/07 (Vorabentscheidung), auf die auch der Court of Appeal im Wesentlichen abstellte,¹⁴⁸⁸ definiert den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts i.S.d. Brüssel IIa-VO.¹⁴⁸⁹ Danach sei dieser nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.¹⁴⁹⁰ Neben der körperlichen Anwesenheit des Kindes in einem Mitgliedstaat seien andere Faktoren heranzuziehen, die belegen können, dass es sich nicht nur um eine vorübergehende oder gelegentliche Anwesenheit handelt und dass der Aufenthalt Ausdruck einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld ist.¹⁴⁹¹ Zu berücksichtigen seien insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat.¹⁴⁹² Die Rechtsfrage, ob es auch einen mehrfachen gewöhnlichen Aufenthalt geben kann, beantwortete der EuGH mangels konkreter Vorlage der Frage nicht.¹⁴⁹³ Der EuGH scheint jedoch davon ausgegangen zu sein, dass ein Kind nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann, da die Entscheidung von der Notwendigkeit der Abgrenzung der infrage kommenden Orte ausgeht.¹⁴⁹⁴ Der EuGH merkte des Weiteren an, dass es Konstellationen gibt, in denen ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht feststellbar ist, woraufhin die nationalen Gerichte des Mitgliedstaats, in dem

¹⁴⁸⁷ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 41.

¹⁴⁸⁸ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 68.

¹⁴⁸⁹ EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805=FamRZ 2009, 843-847, Rn. 37-39; siehe auch *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 54.

¹⁴⁹⁰ EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, Rn. 37, 44.

¹⁴⁹¹ EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, Rn. 38, 44.

¹⁴⁹² EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, Rn. 39, 44.

¹⁴⁹³ Für die Möglichkeit *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 40.

¹⁴⁹⁴ EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, Rn. 40, 41; so wohl auch *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 54; hinzu kommt, dass die Auslegung die Formulierung des Begriffs im Singular beachten muss.

sich das Kind tatsächlich befindet, nach Art. 13 Brüssel IIa-VO zuständig würden.¹⁴⁹⁵

Der Court of Appeal korrigierte den High Court auch in diesem Punkt.¹⁴⁹⁶ Durch das Verbringen des Kindes nach England hatte dieses seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Portugal nicht verloren, weshalb es weder einen solchen in England begründet hatte noch auf Art. 13 Brüssel IIa-VO abgestellt werden konnte. Die internationale Zuständigkeit lag nicht bei englischen Gerichten, weshalb die Anordnungen sowohl des High Court als auch des Oxford County Court mangels internationaler Zuständigkeit nicht hätten ergehen dürfen.

dd) Einschätzung

Die Entscheidung des High Court lag in den wesentlichen Punkten der Wertung eines *ordre public*-Verstoßes sowie der Annahme einer eigenen internationalen Zuständigkeit in der Sache falsch. Sie bestätigte erneut, dass gerade diese verfahrensrechtlichen Wertungen entscheidenden Einfluss auf Erfolg und Misserfolg der Durchsetzung mitgliedstaatlicher Sorgerechtsentscheidungen haben. Die Entscheidung des High Court zeigt, wie schnell diese wesentlichen Wertungsfragen in die Schieflage geraten können, möglicherweise schon allein aus dem gut nachvollziehbaren Grund, dass der mit der ausländischen Entscheidung befasste Familienrichter ein Bedürfnis verspürt, selbst helfend in den Konflikt einzugreifen. Die Entscheidung zeigt aber nicht nur, dass Fehler auftreten können, sondern auch, dass diese im Instanzenzug korrigiert werden können, wenn die Beteiligten selbst hierfür Sorge tragen und entsprechende Anträge stellen.

9. *A, Petitioner, 23.12.2011*

Die Entscheidung in *A, Petitioner* vom 23.12.2011¹⁴⁹⁷ befasste den schottischen Court of Session mit einem Antrag auf Rückführung.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Antragsteller V war spanischer Staatsangehöriger und Vater zweier Kinder, die 11 und 5 Jahre alt waren. Diese wurden ohne Absprache mit ihm von der Mutter der Kinder nach Schottland verbracht.¹⁴⁹⁸ Zuvor hatte die Familie gemeinsam in Spanien gelebt. Nach spanischem Recht übten beide Eltern die gemeinsame elterliche Sorge aus. Auch nach der Trennung verblieben die Eltern noch im gemeinsamen Appartement in Spanien, wobei die M sich über Aggressionen des V beklagte.¹⁴⁹⁹ Die Korrespondenz zwischen den Eltern mit und über die beteiligten

¹⁴⁹⁵ EuGH, 2.4.2009, Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, Rn. 43.

¹⁴⁹⁶ Re LSdC (a child), 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 77-81.

¹⁴⁹⁷ *A, Petitioner*, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370.

¹⁴⁹⁸ *A, Petitioner*, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Darstellung des Sachverhalts Rn. 3-12.

¹⁴⁹⁹ *A, Petitioner*, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 6.

Rechtsanwälte zeigte, dass sie über die Möglichkeit eines Umzugs der M mit den Kindern nach Schottland gesprochen und versucht hatten, eine Lösung für den Umgang des V und die Berücksichtigung späterer Wünsche der Kinder im Hinblick auf das Zusammenleben mit dem jeweiligen Elternteil zu finden.¹⁵⁰⁰ Eine Einigung wurde in den meisten Punkten erzielt, auch ein Umzug der M mit den Kindern nach Schottland wurde von dem V akzeptiert. Streitpunkte blieben jedoch das Umgangsrecht des V während der gesamten Ferien der Kinder und seine finanzielle Unterstützung gegenüber der M und den Kindern.¹⁵⁰¹ Nachdem der V laut Aussage der M in einer Aussprache über den Unterhalt aggressiv wurde, verließ die M daraufhin Spanien mit den Kindern. Von ihrem Anwalt wurde sie darin bekräftigt, der von einem Einverständnis in dieser Frage ausgegangen war.¹⁵⁰² Seit dem Umzug nach Schottland, wo die Kinder zur Schule gingen, blieb der Kontakt des V zu den Kindern minimal.¹⁵⁰³ Sofort nach der Abreise der M zeigte V das Verbringen der Kinder durch M bei der Polizei an und erklärte, dass er nie mit einem Verbringen der Kinder außerhalb Spaniens einverstanden gewesen sei.¹⁵⁰⁴ In dem bereits anhängigen Sorgerechtsverfahren übertrug das spanische Gericht dann auf vorläufiger Basis die elterliche Sorge dem V und ordnete die Rückgabe der Kinder nach Spanien zur Ermöglichung der Ausübung des Sorgerechts an.¹⁵⁰⁵ Der Court of Session war mit dem Antrag auf Rückführung nach der Brüssel IIa-VO i.V.m. dem HKÜ befasst.

In seiner Entscheidung führte der Court of Session zunächst das anwendbare Recht auf und zitierte Passagen aus Präzedenzfällen, welche die Zwecke und Ziele des Rückführungsverfahrens auf den Punkt brachten.¹⁵⁰⁶ Die Vereinbarung eines Umzugs der M nach Schottland, welche eine Zustimmung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. a) HKÜ dargestellt hätte, sah der Court of Session als noch nicht endgültig abgeschlossen an, das Verbringen war widerrechtlich.¹⁵⁰⁷ Daher kam es entscheidend auf die im Verfahren erhobenen Einwände der M an, dass die Rückführung eine Gefährdung des Kindeswohls dargestellt hätte und dass sich die Kinder der Rückführung widersetzt hätten.¹⁵⁰⁸ Zur Prüfung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, der Kindeswohlgefährdung, führte der Court of Session aus, dass es hierbei nicht um eine allgemeine Erörterung des Kindeswohls, sondern um Tatsachen gehe, die das

¹⁵⁰⁰ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 7.

¹⁵⁰¹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 7-8.

¹⁵⁰² A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 10.

¹⁵⁰³ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 11.

¹⁵⁰⁴ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 12.

¹⁵⁰⁵ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 16, (13-16).

¹⁵⁰⁶ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 21 mit Bezugnahme auf Richterin Baroness Hale und Lord Wilson des Supreme Court in *Re R (Children) (Abduction:Custody Appeal)* [2011] 2 WLR 1326, Rn. 8; Rn. 23 zur Brüssel IIa-VO.

¹⁵⁰⁷ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 30.

¹⁵⁰⁸ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 32 ff.

Kindeswohl ernsthaft gefährdeten.¹⁵⁰⁹ Auch hier bezog sich der Court of Session auf die Ausführungen der Baroness Hale und Lord Wilson in *Re E (Abduction: Custody Appeal)*,¹⁵¹⁰ welche deutlich machten, dass die Gefahr i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ gravierend sein muss:¹⁵¹¹

*(34) (...) Every child has to put up with a certain amount of rough and tumble, discomfort and distress. It is part of growing up. But there are some things which it is not reasonable to expect a child to tolerate. Among these, of course, are physical or psychological abuse or neglect of the child herself. Among these also, we now understand, can be exposure to the harmful effects of seeing and hearing the physical or psychological abuse of her own parent. (...)*¹⁵¹²

Die von der M vorgetragene Bedenken gegen das Verhalten des Vaters beschrieben dessen zum Teil aggressives Auftreten. Der Court of Session erkannte darin aber nicht die Qualität eines Missbrauchs der Kinder.¹⁵¹³ Eine andere Frage war aber die emotionale Abhängigkeit der Kinder von der M. In einer möglichen Trennung von dieser lag für das Gericht dagegen durchaus erhebliches Gefährdungspotential.¹⁵¹⁴ Angemessene Schutzmaßnahmen i.S.d. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO erkannte der Court of Session auf spanischer Seite nicht.¹⁵¹⁵ Allerdings läge die Verantwortung dafür auch aufseiten des international zuständigen Gerichtsstaats, was die Brüssel IIa-VO noch einmal verstärkt habe.¹⁵¹⁶ Der Court of Session zitierte hier die Entscheidung *C v. C (Abduction: Rights of Custody)*¹⁵¹⁷ welche im letzten Absatz ausführte:

*It will be the concern of the courts of the state to which the child is to be returned to minimize or eliminate this harm and, in the absence of compelling evidence to the contrary or evidence that is beyond the powers of those courts in the circumstances of the case, the courts of this country should be limited to giving the child the maximum possible protection until the courts of the other country – Australia in this case – can resume their normal role in relation to the child.*¹⁵¹⁸

Eine Diskussion über mögliche Schutzmaßnahmen (*undertakings*) durch das spanische Gericht oder Behörden sei jedoch noch nicht zu einem Ergebnis gelangt, die

¹⁵⁰⁹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 33.

¹⁵¹⁰ *Re E (Abduction: Custody Appeal)*, 10.6.2011. [2011] WLR 1326.

¹⁵¹¹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 35.

¹⁵¹² A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 35.

¹⁵¹³ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 36.

¹⁵¹⁴ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 37.

¹⁵¹⁵ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 39.

¹⁵¹⁶ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 39.

¹⁵¹⁷ *C v. C (Abduction: Rights of Custody)*, 14.12.1988, [1989] 1 WLR 654.

¹⁵¹⁸ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 38.

dem Court of Session aktuell erlaubte, die Rückführung anzuordnen.¹⁵¹⁹ Zum Zeitpunkt der Entscheidung habe er die Rückführung ablehnen müssen.

Zur Frage des entgegenstehenden Kindeswillens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ hatte der High Court ein psychologisches Gutachten erstellen lassen.¹⁵²⁰ Das jüngere Kind hatte mit 5 Jahren offensichtlich noch nicht ein Alter und eine Reife erreicht, die die Berücksichtigung des Willens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ rechtfertigten. Da die Kinder nach Auffassung aller Beteiligten nicht getrennt werden sollten, kam es auf den Willen des älteren Kindes an.¹⁵²¹ Das Gespräch mit ihm hatte ergeben, dass es die Rückführung aus beachtlichen Gründen nicht wüschte. Dabei sei die Schilderung seiner Meinung als eigene und nicht beeinflusst wahrgenommen worden.¹⁵²² So sah das Gericht sein Ermessen eröffnet, die Rückführung auf Grundlage des Kindeswillens zu versagen.¹⁵²³ Auch an dieser Stelle zitierte der Court of Session Baroness Hale in *Re M and another (Children) (Abduction: Rights of Custody)*.¹⁵²⁴ Das gerichtliche Ermessen sei weit und es gebe auch keinen automatischen Vorrang der Konventionsziele, vielmehr müssten die Interessen in einen gerechten Ausgleich gebracht werden.¹⁵²⁵ In Kindschaftssachen sei der Kindeswille nicht immer und auch nicht mutmaßlich entscheidend, das Kindeswohl erfordere es aber, den ureigenen Willen des Kindes zu erforschen und gegen die Konventionsziele abzuwägen.¹⁵²⁶ In diesem Fall war der Court of Session überzeugt, dass das Kind ein Alter und einen Reifegrad erreicht hatte, welche die Berücksichtigung des Willens erforderten.¹⁵²⁷ Die genannten Gründe erschienen dem Gericht auch gewichtig, wobei es ihren Inhalt nicht erwähnte.¹⁵²⁸

*(47) In this case I am satisfied that the elder child has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of his views; and that his views are strongly held, are supported by legitimate concerns, and are authentically his own. I consider that his objections are entitled to carry great weight.*¹⁵²⁹

Zudem legte der Court of Session seine Überzeugung dar, dass der Umzug der M mit den Kindern nach Schottland bereits vereinbart war und der formelle Abschluss der Sorgerechtsvereinbarung nur noch an anderen Punkten gehangen

¹⁵¹⁹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 40-41.

¹⁵²⁰ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 43.

¹⁵²¹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 42.

¹⁵²² A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 44.

¹⁵²³ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 45 und 46 ff.

¹⁵²⁴ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 46 mit Bezug auf [2008] 1 AC 1288, Rn. 32-48.

¹⁵²⁵ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 46.

¹⁵²⁶ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 46, zitiert *Re M and another (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2008] 1 AC 1288, Rn. 46.

¹⁵²⁷ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 47.

¹⁵²⁸ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 47.

¹⁵²⁹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 47.

hatte.¹⁵³⁰ Aus diesen Gründen kam der Court of Session zu dem Ergebnis, sein gerichtliches Ermessen zugunsten des geäußerten Kindeswillens auszuüben und die Rückführung zu versagen.¹⁵³¹

b) Bewertung

Die Entscheidung des schottischen Court of Session ist der Entscheidung des High Court in Re F¹⁵³² sehr ähnlich, da sie die Grundsätze des House of Lords in Re M anwandte. Auch in der Entscheidung des Court of Session ging es um einen Antrag auf Versagung der Rückführung. Das Gericht machte deutlich, dass es die hergebrachten Auslegungsgrundsätze der internationalen Regelwerke zum Rückführungsverfahren mit Bedacht anwendet. Im Punkte der Versagung der Rückführung wegen einer Kindeswohlgefährdung fügt sich die Entscheidung des Court of Session durchgängig in die Linie der betrachteten englischen Entscheidungen ein. Hier legte das Gericht strenge Maßstäbe an, die auch für die Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ verbindlich sind. Etwas anderes gilt aber für die Berücksichtigung des Kindeswillens. Hier ist der Court of Session großzügig. Die zitierten Passagen der Lord-Richterin Hale aus Re M sind auch für den Court of Session nach der *stare decisis*-Doktrin bindend. Nach den im Präzedenzfall Re M dargelegten Grundsätzen wird dem Kindeswillen im Rückführungsverfahren im Falle der Beachtlichkeit aufgrund des Alters und der Reife des Kindes ein hohes Gewicht in der Abwägung der Rückführungserwägungen beigemessen. Die einzelnen in die Ermessenentscheidung eingestellten Kriterien zeigt der Court of Session dabei nicht auf, sondern stellt fest, dass diese in seiner Abwägung überwogen haben. Nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ ist dies ein legitimes Ergebnis. Ist der Wille beachtlich, so kann ihm der Vorrang eingeräumt werden. Die Sorgerechtsentscheidung sollte nicht ersetzt werden, wofür es in der Entscheidung zumindest keine Anhaltspunkte gibt.

II. Zusammenfassung der britischen Entscheidungen

Alle Sachverhalte der untersuchten britischen Entscheidungen berührten und behandelten mit unterschiedlicher Prüfungsdichte Fragen des Kindeswohls. In der Gesamtbetrachtung stellte sich die Praxis der britischen Gerichte bei der Anwendung der Brüssel IIa-VO in Verbindung mit dem HKÜ als sehr sorgfältig dar. Es fiel auf, dass die Gerichte ihre Entscheidungen immer auf der Grundlage einer sehr umfangreichen Würdigung der Sach- und Rechtslage trafen.

Bei der Untersuchung der Entscheidungen gestaltete sich das Bild des gerichtlichen Umgangs mit den vorgetragenen Einwänden des Kindeswohls uneinheitlich. Die meisten der in der Vorauswahl zur Untersuchung betrachteten Entschei-

¹⁵³⁰ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 48.

¹⁵³¹ A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 49-50.

¹⁵³² Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239.

dungen legten den jeweils anzuwendenden Kindeswohlbegriff sehr exakt innerhalb des dafür vorgesehenen Rahmens aus und stellten nur die relevanten Kriterien ein.¹⁵³³ So traf z.B. der High Court in *D v. N and D* eine am Kindeswohl orientierte summarische Rückgabeanordnung gem. Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO, welche sich in hinreichendem Maße mit den zuvor im Rückführungsverfahren geäußerten Einwänden auseinandersetzte.¹⁵³⁴ Im Ergebnis kam das Gericht zur Überzeugung, dass das Kindeswohl dennoch eine Rückgabeanordnung erforderte.¹⁵³⁵ In *HA v. MB* kam der High Court zu dem Ergebnis, den Antrag auf Rückgabeanordnung nach Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO bei gegebener Zuständigkeit in der Sache abzulehnen.¹⁵³⁶ Dass der High Court trotz der Möglichkeit zum Erlass einer vorrangigen Rückgabeanordnung zu diesem Ergebnis kam, spricht bereits für eine eingehende Würdigung des Kindeswohls, welche aufgrund der Zuständigkeit in der Sache ebenfalls genau im Rahmen des Auslegungsspielraums lag.

Besonders positiv hervorzuheben ist die Entscheidung des High Court in *JPC v. SLW and SMW*, welche zeigte, dass dort, wo eine problematische Situation für das Kindeswohl erkannt wurde, mit begleitenden konfliktlösenden Maßnahmen gearbeitet werden konnte, die eine kindeswohlgerechte Entscheidung ermöglichten.¹⁵³⁷ Das Gericht schenkte dem Willen eines widerrechtlich verbrachten Kindes hier in einem sehr umfassenden Maße Gehör. Dennoch wurden die restriktiven Voraussetzungen der Rückführungsversagung nicht relativiert, was durch die Anwendung einer begleitenden konfliktlösenden Maßnahme erreicht wurde. Insofern ist die Rückführungsentscheidung in *JPC v. SLW and SMW* exemplarisch sowohl für die auch in den anderen britischen Entscheidungen angeklungene gewissenhafte Beurteilung der Kindessituation bei der Umsetzung der internationalen Regelwerke, einer an ihrem Zweck orientierten Auslegung der Kindeswohlbegriffe und auch der Einbeziehung praktischer konfliktlösender Begleitmaßnahmen (*undertakings*).

Neben den Entscheidungen, welche den Einwand des Kindeswohls genau im Einklang mit den geltenden Auslegungsgrundsätzen einordneten,¹⁵³⁸ gab es auch solche, in denen der Umfang der in die Entscheidung eingestellten Kriterien zu weit erschien¹⁵³⁹ oder auch das Verbot der *revision au fond* berührt wurde.¹⁵⁴⁰ In den

¹⁵³³ *D v. N and D*, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 41 ff.; *JPC v. SLW/SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 51, 52; *W v. W*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811, Rn. 72; *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR, Rn. 35.

¹⁵³⁴ *D v. N and D*, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 42ff.

¹⁵³⁵ *D v. N and D*, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 53.

¹⁵³⁶ *HA v. MB*, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 90.

¹⁵³⁷ *JPC v. SLW/SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 53-54.

¹⁵³⁸ *W v. W*, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811, (Fam); *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180; *JPC v. SLW and SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900; A, *Petitioner*, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370.

¹⁵³⁹ *Re F*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 66 ff.

Entscheidungen Re S sowie Re LSdC behielt sich der englische High Court in der Ausführung der grds. anzuerkennenden ausländischen Entscheidung das Recht zur Änderung der Entscheidung nach eigenen Kindeswohlvorstellungen vor.¹⁵⁴¹ Dies erinnerte an die zuvor dargestellten Grundsätze des autonomen englischen Rechts zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Kindschaftssachen.¹⁵⁴² Nach der Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO ist dies jedoch zwingend zu vermeiden.¹⁵⁴³

¹⁵⁴⁰ Re S (no.1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571 und (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582; Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239; Re LSdC, 24.4.2012, [2012] EWHC 983(Fam).

¹⁵⁴¹ Re LSdC, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36; Re S (no.1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 36; Re S (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15.

¹⁵⁴² Vgl. hierzu noch einmal *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws, Rn. 19R-074.

¹⁵⁴³ *Borràs*, Erläuternder Bericht, Rn. 77; *Siebr*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 23 Rn. 20.

Kapitel 6: Vergleich der deutschen und britischen Behandlung von Sorgerechtskonflikten sowie der gerichtlichen Anwendung der Brüssel IIa-VO

A. Gemeinsamkeiten in der rechtlichen Behandlung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung

Bei der Betrachtung der rechtlichen Behandlung existierender Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung gibt es auf britischer und auf deutscher Seite mehr Gemeinsamkeiten als signifikante Unterschiede.

Sowohl der deutschen als auch den britischen Teilrechtsordnungen ist das Institut der Abänderung der Entscheidung zur elterlichen Verantwortung bekannt und unter der Voraussetzung, dass das Kindeswohl eine Abänderung erfordert, möglich.¹⁵⁴⁴ In beiden Rechtsordnungen (fasst man die Rechtsordnungen England/Wales und Schottland für diese Zwecke unter dem Oberbegriff „britische Rechtsordnung“ zusammen) ist das Kindeswohl, als das maßgebliche und vorrangig zu beachtende Kriterium des Kindschaftsrechts auch der Maßstab für die Be-

¹⁵⁴⁴ Deutschland: § 1696 BGB; England: Sec. 8 (2) Children Act 1989; *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 735-736, 737.

urteilung bestehender Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung.¹⁵⁴⁵ Das englische und das schottische Recht unterstreichen die Vorrangstellung des Kindeswohls als maßgebliches Kriterium mit der Hervorhebung gegenüber allen anderen Interessen, dem sog. *paramountcy principle*. Eine vergleichbare Regelung kennt das deutsche Recht. Der Wortlaut des § 1697a BGB besagt, dass, soweit nichts anderes bestimmt ist, das Gericht in Verfahren über die in dem Titel elterliche Sorge geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung trifft, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.¹⁵⁴⁶ Somit wird in der Sache das gleiche Ergebnis der bestmöglichen Gewährleistung des Kindeswohls erstrebt, welches sich auch in der Möglichkeit der Abänderung der sorgerechtlichen Regelung aus Gründen des Kindeswohls fortsetzt.¹⁵⁴⁷

Bei den autonomen Grundsätzen der Anerkennung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen waren Unterschiede erkennbar. Das deutsche Recht geht bei der Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit ausländischer Sorgerechtsentscheidungen bei Anwendung des § 109 Nr. 4 FamFG, zuvor § 16a FGG, von einer auf den *ordre public*-Kontrolle beschränkten Prüfung des Kindeswohls aus.¹⁵⁴⁸ Der Ansatz des autonomen deutschen IZVR ähnelt damit schon sehr dem Gehalt der Regelung des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO. Dass das autonome deutsche Recht nicht ausdrücklich das Kindeswohl als Teilaspekt des *ordre public* aufführt, ändert in der Sache nichts am Prüfungsmaßstab.

Demgegenüber behielt sich das frühe autonome britische Anerkennungsrecht eine weitergehende Prüfung ausländischer Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung vor.¹⁵⁴⁹ Hier ging das autonome britische Anerkennungsrecht von dem Grundsatz aus, dass die Gewährleistung des Kindeswohls viel zu gewichtig erschien, um ausländische Entscheidungen ohne eigene Möglichkeit zur Überprüfung am Maßstab einer Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl anzunehmen.¹⁵⁵⁰ Erst die Inkorporierung des ESÜ in das britische Recht durch den Child Abduction and Custody Act 1985 sah in seinem Teil zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen mit Sec. 15 einen Verweis auf die entsprechenden Vorschriften des ESÜ und damit eine Reduzierung der Überprüfung ausländischer Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung auf die *ordre public*-Prüfung vor.

¹⁵⁴⁵ Deutschland: Kapitel 4, A., I.; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, A., I.

¹⁵⁴⁶ Siehe hierzu Kapitel 4, A., I., 1.

¹⁵⁴⁷ Siehe Kapitel 4, A., I. 1. und Kapitel 5, A., I.

¹⁵⁴⁸ Kapitel 4, A., III., 1.

¹⁵⁴⁹ Kapitel 5, A., III., 2.

¹⁵⁵⁰ Kapitel 5, A., III., 2.

Im Bereich der Vollstreckung der Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung ähnelten sich die deutsche und die britischen innerstaatlichen Grundsätze ebenfalls. In beiden Rechtsordnungen können Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung mit vollstreckbarem Inhalt mit Zwang durchgesetzt werden. In beiden Rechtsordnungen müssen die Maßnahmen zur Durchsetzung mit dem Kindeswohl in Einklang stehen und auch in beiden Rechtsordnungen ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang nur unter dem Gesichtspunkt der ultima ratio zulässig.¹⁵⁵¹

Im Bereich der Kindesentführung besteht aufseiten der britischen Rechtsordnung die Besonderheit, dass auch im interlokalen Zusammenhang, im Verhältnis zwischen den Teilrechtsordnungen des Vereinigten Königreichs Rückführungsvorschriften existieren.¹⁵⁵² Diese knüpfen jedoch in der Sache anders als das HKÜ nicht primär an eine Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhalten durch Verletzung des Sorgerechts an, sondern resultieren aus einer am Kindeswohl orientierten Anordnung, die im Grundsatz davon ausgeht, dass es dem Kindeswohl entspricht, so schnell wie möglich an den ursprünglichen Aufenthaltsort zurückgebracht zu werden.

Beide Rechtsordnungen kennen einstweilige Maßnahmen zum Kinderschutz, die von eilbedürftigen Situationen ausgehen und in denen es den Gerichten unabhängig von einem möglicherweise anhängigen Hauptsacheverfahren möglich sein muss, vorläufige Regelungen zum Schutz des Kindeswohls zu treffen.¹⁵⁵³

B. Vergleich der Entscheidungen

I. Betonung der autonomen Auslegungsgrundsätze

Die betrachteten Entscheidungen britischer und deutscher Gerichte wurden anhand des Kriteriums ausgewählt, dass Gegenstand der Entscheidung das Kindeswohl betreffende Einwände gegen grenzüberschreitende mitgliedstaatliche Entscheidungen unter Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung sein sollte. Die meisten Entscheidungen betreffen Rückführungsverfahren, welche sich nach Art. 11 der Brüssel IIa-VO in Verbindung mit dem HKÜ richteten. Eine erste auffallende Gemeinsamkeit britischer und deutscher Entscheidungen besteht darin, dass unabhängig vom Ergebnis in der Sache die klassischen verordnungs- und staatsvertragsautonomen Auslegungsgrundsätze zur Anwendung der Verordnung und des HKÜ die richterliche Entscheidungsfindung in allen betrachteten Entscheidungen leiteten.¹⁵⁵⁴

¹⁵⁵¹ Deutschland: Kapitel 4, A., IV., 3. a; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, A., IV., 2.

¹⁵⁵² Kapitel 5, V., 1.

¹⁵⁵³ Deutschland: Kapitel 4, VI.; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, VII.

¹⁵⁵⁴ AG Hamm, 8.11.2010, UF 512/10, Rn. 41, 47-48, zit. nach juris; OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 27, zit. nach juris; OLG Stuttgart, 6. 4. 2006, 17 UF 318/05, Rn. 8, zit. nach juris;

Die britischen Entscheidungen betonen die von der eigenen Rechtsordnung losgelöste autonome Anwendung der internationalen Regeln in besonderem Maße.¹⁵⁵⁵ Ein sehr gutes Beispiel ist die richterliche Äußerung in Re S (no. 2) zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung, die noch unter Geltung der in diesem Punkte inhaltsgleichen Verordnung EG 1347/2000 (Brüssel II-VO) ergangen ist:

*The duty of the court is to make the foreign order happen and there is only such discretion as fulfilment of that duty requires.*¹⁵⁵⁶

Auch wird die hohe Hürde betont, welche die Versagung der Anerkennung aufstellt:

*To say something is contrary to public policy is a high hurdle, to which the article adds the word "manifestly".*¹⁵⁵⁷

Das Tatbestandsmerkmal der „Offensichtlichkeit“ des *ordre public*-Verstoßes gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a) ESÜ, der dem Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO im Wortlaut gleicht, steht nach dem High Court in W v. W¹⁵⁵⁸ für ein hohes Maß des Widerspruchs zwischen dem Inhalt der Entscheidung und dem Kindeswohl. Ob dieser offensichtliche Verstoß bestehe, sei ohne zeitlichen Aufschub und ohne inhaltliche Überprüfung oder Abänderung zu prüfen:

*The use of the word "manifestly" connotes a very high degree of disparity between the orders effects if now enforced and the child's current welfare interests, and that disparity must be wrought by the changed circumstances. Whether or not such manifest disparity exists, is to be tested against the immediate enforcement of the order, without delay, review or alteration.*¹⁵⁵⁹

Die britischen Gerichte berufen sich in jeder der betrachteten Entscheidung auf die grundsätzliche Ausrichtung (*general policy*) des europäischen IZVR in Kind-

OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638; OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris; OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, Rn. 14, zit. nach juris; Re S (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 32; Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 22, 33; JPC v. SLW and SMW, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 50-51; D v. N and D, 8.3.2011, [2011] 2 FLR 464, Rn. 30-31; W v. W, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811, Rn. 32; HA v. MB, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 66 ff.; A, Petitioner, 23.12.2011, 2012 S.L.T. 370, Rn. 21, 33.

¹⁵⁵⁵ Vigreux v. Michel, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 32 und 33; Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR, Rn. 44; vgl. auch LJ Thorpe in Cannon v. Cannon, 19.10.2004, [2005] 1 FLR 169, Rn. 38.

¹⁵⁵⁶ Re S (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 14; *Love*, IntFamLaw 2011, 21.

¹⁵⁵⁷ Re S (no. 1), 3.9.2003, [2004] 1 FLR 571, Rn. 32; dazu *Love*, IntFamLaw, 2011, 21, 22.

¹⁵⁵⁸ W v. W, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811.

¹⁵⁵⁹ W v. W, 5.8.2005, [2005] EWHC 1811, Rn. 50 (zum gleichlautenden Art. 10 Abs. 1 a) ESÜ); *Love*, IntFamLaw 2011, 21, 22.

schaftssachen, das auf die Sachentscheidung am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts zielt. Über die Frage, ob diese Grundsätze in jeder Entscheidung auch richtig angewandt wurden, ist trifft diese Feststellung keine Aussage.

In den Rückführungsfällen betonen britische und deutsche Gerichte den funktionalen Charakter des HKÜ im Gefüge der Bewältigung des Sorgerechtskonflikts in seiner Gesamtheit.¹⁵⁶⁰ Die für die Rückführung fremden und theoretisch irrelevanten Erwägungen, allen voran diejenigen, die thematisch die Verteilung des Sorgerechts betreffen, werden in den meisten Entscheidungen von vornherein mit Blick auf den Zweck des Rückführungsverfahrens ausgeschlossen.¹⁵⁶¹ Insbesondere die Ausführungen des LJ Thorpe in der englischen Revisionsentscheidung *Vigreux* sind dafür exemplarisch.¹⁵⁶²

Den englischen Revisionsentscheidungen sind theoretische Ausführungen zu teleologischen Hintergründen der Auslegung der Verordnung und ihrer Ausprägung in der Judikatur der Obergerichte besonders wichtig.¹⁵⁶³ Der mitunter weit ausholende Diskurs ist allerdings eine rein stilistische Frage.

In den deutschen Entscheidungen fallen die Ausführungen zu Verordnungs- und Staatsvertragszwecken vergleichsweise knapper aus, da sich die deutschen Gerichte nur auf die entscheidungstragenden Erwägungen beschränken.¹⁵⁶⁴ Auf die zu beobachtende Qualität der Rechtsanwendung in der Sache hat dies jedoch keinen Einfluss. Im Hinblick auf die Beantwortung der im jeweiligen Fall für das Kindeswohl relevanten Rechts- und Tatsachenfragen lassen die deutschen Entscheidungen keine Erwägungen vermissen. Zu einer schematischen oder unbesehenen Anwendung der Verordnungs- und Konventionsregeln auf den Sachverhalt, ohne eingehende Würdigung der individuellen, der für die Beurteilung des Kindeswohls relevanten Umstände kam es in keiner der betrachteten Entscheidungen beider Rechtsordnungen.

¹⁵⁶⁰ OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, Rn. 14, zit. nach juris; AG Hamm, 8.11.2010, 3F 512/10, Rn. 47, zit. nach juris; OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris; JPC v. SLW and SMW, 8.6.2007, [2007] 2 FLR, Rn. 51; *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 35.

¹⁵⁶¹ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 33.

¹⁵⁶² *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 33 ff.; OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris.

¹⁵⁶³ Re LSdC, 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 45 ff.; Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 52-64; so auch die nicht in den Entscheidungsvergleich einbezogene Entscheidung KA, TB v SE, 1.4.2011, [2011] EWCA Civ 361, [2011] 2 FLR 725, welche sich intensiv mit der Auswirkung der EGMR-Entscheidung Nr. 41615/07, (Neulinger und Shuruk./Schweiz) auf die Auslegung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ auseinandersetzt.

¹⁵⁶⁴ OLG Naumburg, 28.11.2006, 8 WF 153/06, OLGR Naumburg 2007, 637, 638; OLG Brandenburg, 22.9.2006, 15 UF 189/06, Rn. 21, zit. nach juris; OLG Düsseldorf, 4.3.2008, II-1 UF 18/08, 1 UF 18/08, Rn. 14, zit. nach juris.

II. Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls

Die betrachteten Entscheidungen zeigen einen im Wesentlichen klar strukturierten und sachlich richtigen Umgang mit den erhobenen Einwänden des Kindeswohls am Maßstab der jeweils einschlägigen Norm. Dennoch gibt es auf deutscher wie auf englischer Seite Entscheidungen, die von den geltenden Auslegungsprinzipien abweichen. Im Bereich der Anerkennung mitgliedstaatlicher Entscheidungen betrifft dies die englischen Entscheidungen in *Re S* und *Re LSdC*, in denen der High Court jeweils eine Tendenz zur Nachprüfung und Abänderung der ausländischen Entscheidung in der Sache andeutet.

Bei den Rückführungsentscheidungen gibt es auf britischer und auf deutscher Seite solche, in denen sich die Gerichte in der Bewertung des Kindeswohls nicht auf die reinen Rückführungserwägungen beschränken. In den Entscheidungen des OLG Hamm vom 7.12.2005 und des High Court in *Re F* wird die gerichtliche Würdigung des Kindeswohlbegriffs des Art. 13 Abs. 1 lit. b) und des Abs. 2 HKÜ an Erwägungen ausgerichtet, die in ihrer Natur den Sorgerechtskonflikt in seiner Gesamtheit betreffen und sich nicht schlicht auf die Zumutbarkeit der Rückführung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort beschränken. Dies bedeutet jedoch nicht zugleich eine evident unrichtige Anwendung der Normen, sondern m.E. wird nur in der Entscheidung in *Re F* eine nicht vertretbare Auslegung des Kindeswohlbegriffs gefunden.

III. Differenzierte Auslegung bei geäußertem Kindeswillen

Bei der Betrachtung der veröffentlichten Entscheidungen fällt eine häufige Berücksichtigung des Kindeswillens gem. Art. 13 Abs. 2 HKÜ aufseiten der britischen Urteile auf. Die drei in die vorliegende Untersuchung einbezogenen englischen Entscheidungen *Vigreux v. Michel*, *JPC v. SLW and SMW* und *Re F* sowie die des schottischen Court of Session in *A, Petitioner* fallen in der Anwendung des Rechts dabei wiederum sehr unterschiedlich aus. Dies gibt Anlass zur näheren Betrachtung. Allgemein ist zu beobachten, dass über den geäußerten Willen die Vorstellungen und Wünsche der Kinder zur Gestaltung der familiären Gesamtsituation in die Erörterung eingeführt werden, welche grds. nur für die endgültige Sachentscheidung zur elterlichen Verantwortung von Bedeutung sind.¹⁵⁶⁵ Der gerichtliche Umgang mit diesen Einwendungen ist dabei sehr unterschiedlich. In *Vigreux* betont die Revisionsinstanz die hohe Bedeutung des grundsätzlichen Ziels der Rückführung, welche der Art. 11 Brüssel IIa-VO zusätzlich absichert. In der Entscheidung *JPC v. SLW and SMW* bestehen nicht unerhebliche Bedenken gegenüber der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl, die aber nichts daran ändern,

¹⁵⁶⁵ *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 33 mit Darstellung der fehlgehenden Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils in Rn. 27-32; *JPC v. SLW and SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 22 -37; *Re F*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 66 ff.

dass auf Rückführung erkannt wird. Die die Kindersituation betreffenden Sorgen versucht der High Court durch eine gezielte Kooperation mit den Gerichten des in der Sache zuständigen EU-Mitgliedstaats Irland zu beheben. In diesen Entscheidungen wird die Kindersituation damit in ihrem Gesamtzusammenhang erkannt, jedoch geben diese nicht der Rückführungsentscheidung den Ausschlag.

Ein gegenteiliges Beispiel für eine zu umfassende Berücksichtigung der familiären Situation in der Entscheidung selbst ist in der Entscheidung Re F des High Court zu finden. Diese bezieht Umstände in die Entscheidungsfindung ein, die das Leben der Kinder im Zufluchtsstaat und eine Prognose zur Entwicklung der Kinder anstellt.¹⁵⁶⁶ Dies führt nach der hier vertretenen Auffassung zu weit, da die Sachentscheidung zur Verteilung der elterlichen Verantwortung schon im Rückführungsverfahren vorweggenommen wird.

IV. Größerer Gestaltungsfreiraum auf britischer Seite

Für die deutschen Entscheidungen gibt es nur eine eindeutig positive oder negative Antwort auf die Frage der Anerkennung oder Rückführung, während sich die britische Praxis mit zusätzlichen begleitenden Maßnahmen behilft. Zur Anwendung des HKÜ ist vor dem Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO angemerkt worden, dass es den britischen Richtern, die in der Tradition des Common Law stehen, leichter fällt, sachproblembezogene Begleitmaßnahmen zu treffen, die den praktischen Zielen des internationalen Regelwerks dienen und von dem Grundverständnis ausgehen, dass alles, was diesem Ziel förderlich und nicht explizit untersagt ist, einer richterlichen Anordnung zugänglich ist.¹⁵⁶⁷ Demgegenüber geht der deutsche Praktiker im Grundsatz von der Überlegung aus, dass er nur das anordnen kann, wozu er ausdrücklich durch das geschriebene Recht ermächtigt ist.¹⁵⁶⁸ Ein positives Beispiel für diese richterliche Kreativität ist wiederum die Entscheidung in JPC v. SLW and SMW, in der die Kindeswohlbedenken in der Rückführung durch Begleitmaßnahmen behoben werden. Die Inanspruchnahme von zu viel Freiraum zeigt die Entscheidung in Re S (no. 2), in der das Gericht Kindeswohlbedenken gegen die Anerkennung einer ausländischen Umgangsrechtsentscheidung hegt und deshalb eine stufenweise Umsetzung der Entscheidung in der englischen Rechtsordnung anordnet.¹⁵⁶⁹ Diese stellt jedoch eine unzulässige Abänderung der ausländischen Entscheidung in der Sache dar, für die schon die internationale Zuständigkeit englischer Gerichte fehlt.

Der richterliche Gestaltungsfreiraum des Common Law-Systems scheint eine grundsätzliche Aufgeschlossenheit gegenüber der informellen Kooperation mit

¹⁵⁶⁶ Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 66 ff.

¹⁵⁶⁷ Schulz, FamRZ 2003,1351, 1353.

¹⁵⁶⁸ Schulz, FamRZ 2003,1351, 1353: „(...), dass insbesondere englische Richter auch bislang schon häufig an die Stelle eines „Nein“ zur Rückführung eines Kindes ein „Ja, wenn...“ gesetzt haben.“

¹⁵⁶⁹ Re S (no.2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 15.

den Gerichten und Behörden der anderen EU-Mitgliedstaaten mit sich zu bringen. Diese wohlverstandene, dem Kindeswohl dienliche Kooperation ist den britischen Gerichten bei der Reaktion auf Kindeswohleinwände besonders wichtig. In HA v. MB (Brussels II Revised: Article 11 (7) Application) weist der High Court darauf hin, dass der Leitfaden zur Brüssel IIa-VO zur richterlichen Kommunikation ermutige.¹⁵⁷⁰ Im Falle des Bestehens von Kindeswohlbedenken gegen eine Rückführung befürwortet der High Court die Kooperation der Gerichte der beteiligten Mitgliedstaaten, damit sich das international und sachlich zuständige Gericht mit diesen Bedenken auseinandersetzen kann. Der Kontakt könne auch informell, z.B. telefonisch, erfolgen:

(136) The Practice Guide¹⁵⁷¹ encourages judicial communication. In the passage in Chapter VII “what happens if the court decides that the child will not return” there appears this passage: It is necessary to establish co-operation between the two judges in order for the judge of origin to be able to take account of the reasons for and the evidence underlying the decision on non-return. If the two judges speak and/or understand a common language, they should not hesitate to make contact directly by telephone or email for this purpose. If there are language problems, the central authorities will be able to assist.¹⁵⁷²

Anzumerken ist jedoch, dass sich die Möglichkeiten zur Kooperation aus dem innerstaatlichen Verfahrensrecht ergeben müssen. Hier ist die Bereitschaft zur informellen Kooperation nicht in erster Linie eine Frage des richterlichen Selbstverständnisses, sondern vielmehr der gerichtlichen Kompetenz. Allgemein lässt sich für die Lösung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte aber vermuten, dass je größer der richterliche Gestaltungsfreiraum bei der Erreichung der Ziele ist, desto besser internationale Sorgerechtskonflikte in ihren Dimensionen mit Wirkung für die Zukunft einer optimalen gerichtlichen Lösung zugeführt werden können.

Ein idealer praktischer Ansatz müsste sich im Rahmen der durch das Regelwerk gegebenen Möglichkeiten bewegen und dabei die gesamte Tragweite der juristischen Reaktionen auf den zu regelnden Sachverhalt ausschöpfen. So weit der Rechtsbegriff Kindeswohl in seinem Interpretationsspielraum reicht und so facettenreich sich sein Verständnis in den verschiedenen Fallzusammenhängen darstellt, so umfangreich muss spiegelbildlich auch das richterliche Repertoire an Maßnahmen in der Fallbehandlung sein. Der Denkansatz des Common Law scheint eine flexible Herangehensweise zu begünstigen. Solange sich ein solch freier Umgang mit den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten innerhalb der Grenzen bewegt, die die Funktion der Norm zieht, kann diese Praxis als Vorbild für die Praxis anderer Staaten dienen.

¹⁵⁷⁰ HA v. MB, 24.8.2007, [2008] 1 FLR 289, Rn. 136.

¹⁵⁷¹ Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II, vom 1. Juni 2005.

¹⁵⁷² HA v. MB, 24.8.2007, [2008] 1FLR 289, Rn. 136.

V. Außergerichtliche Unterstützung

Eine Gemeinsamkeit der deutschen und der britischen Praxis ist die Einbindung der Jugendschutzbehörden, die einen wichtigen Beitrag zur Beurteilung des Kindeswohls in nationalen wie auch im grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt leisten. Dies betrifft das Jugendamt in Deutschland und CAFCASS im Vereinigten Königreich. Sowohl das Jugendamt als auch CAFCASS geben regelmäßig im Sorgerechtsverfahren eine Einschätzung zur körperlichen und seelischen Verfassung des Kindes ab.

Darüber hinaus existiert in England noch die Nichtregierungsorganisation (NGO) *reunite*, die insbesondere den Verfahrensbeteiligten zusätzliche Unterstützung anbietet und versucht, zu einer möglichst ausgleichenden Lösung der Konflikte beizutragen.¹⁵⁷³

¹⁵⁷³ Beratung der Eltern durch die NGO *reunite*, siehe www.reunite.org.

Kapitel 7: Bestehende und neu aufgetretene Probleme im Europäischen IZVR der elterlichen Verantwortung

Die Betrachtung der Entscheidungen der deutschen und britischen Praxis zur Anwendung der Brüssel IIa-VO hat gezeigt, dass die Verordnung deutliche Verbesserungen in der Handhabung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte gebracht hat, das Verfahrensrecht allein aber nicht alle in der Praxis auftretenden Probleme lösen kann. Im Folgenden sollen verbliebene Problemfelder gezeigt werden.

A. Probleme und Spannungsfelder

Die Auslegung der Kindeswohlbestände durch Gerichte des Zweitstaats ist ein besonders sensibler Punkt bei der Umsetzung der Anerkennungs-, Vollstreckungs- und Kindesrückführungsregeln der Brüssel IIa-VO. Hiermit verknüpft ist die Frage, inwiefern das Regelungskonzept der Verordnung durch das materiellrechtliche Institut der Abänderung der Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung oder eigener einstweiliger Maßnahmen zum Kinderschutz beeinträchtigt werden kann.

Kapitel 3 hat bereits die Standorte der Prüfungsvorbehalte des Kindeswohls innerhalb des rechtlichen Rahmens der Brüssel IIa-VO dargestellt und die angelegten Schwierigkeiten gezeigt. Im Folgenden soll dies mit den Erkenntnissen der Untersuchung der gerichtlichen Entscheidungen verknüpft werden. Zudem sollen mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden.

I. Kindeswohlprüfung in der Anerkennung

1. *Auslegung am Maßstab der richtigen Kriterien*

Bei der Prüfung des Einwands des Kindeswohls in der Anerkennungsverfügung gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO stellt das Erfordernis einer einheitlichen verordnungsautonomen Auslegung nicht nur deshalb besonders erhöhte Sorgfaltsanforderungen, weil Gerichte und Behörden aller EU-Mitgliedstaaten¹⁵⁷⁴ eine Einheitlichkeit der Auslegung gewährleisten müssen,¹⁵⁷⁵ um dem europarechtlichen Sekundärrecht die vorgesehene Geltung zu verschaffen, sondern auch weil es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff im kindschaftsrechtlichen Kontext mit einem in der Sache angelegten Unsicherheitsfaktor handelt.¹⁵⁷⁶ Die an den sachlich richtigen Kriterien ausgerichtete Auslegung der Kindeswohlklauseln birgt eine der Individualität der Einzelfälle geschuldete Gefahr der Fehleranfälligkeit.¹⁵⁷⁷

Innerhalb der betrachteten Entscheidungen hat insbesondere das englische Urteil des High Court in *Re LSdC* diese Fehleranfälligkeit der Auslegung des *ordre public* und des Begriffs „Kindeswohl“ in der Anerkennungsverfügung gezeigt.¹⁵⁷⁸ Der High Court betonte zwar das Gebot der restriktiven Auslegung der Versagungsgründe der Brüssel IIa-VO und führte im Theoretischen aus, dass es schon eines Ausnahmefalls bedürfe, um ein Eingreifen des *ordre public* annehmen zu können. Allerdings ging das Gericht dann tatsächlich vom Vorliegen eines *ordre public*-Verstoßes gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO aus, was es damit begründete, dass die elterliche Sorgerechtsvereinbarung zu einem Zeitpunkt getroffen wurde, in dem die Kindesmutter in einem Zustand schwerer Depressionen war und eine solche Vereinbarung gar nicht habe treffen können.¹⁵⁷⁹ Das Gericht äußerte zudem, mit der zur Anerkennung stehenden ausländischen Sorgerechtsvereinbarung

¹⁵⁷⁴ Mit Ausnahme Dänemarks.

¹⁵⁷⁵ Zum Erfordernis einer autonomen Auslegung für alle auf Art. 65, 61 lit. c) EGV basierenden Rechtsakte: EuGH, 8.11.2005, Rs. C-443/03 (*Leffler*), Slg. 2005, I-9611, Rn. 45; siehe auch *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 33; *Pirring*, in: Kropholler FS, S. 398, 405.

¹⁵⁷⁶ Siehe zur Auslegung des Rechtsbegriffs Kindeswohl in der Anerkennungsverfügung schon Kapitel 2, A.

¹⁵⁷⁷ *Siebr*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 23 Rn. 14.

¹⁵⁷⁸ *Re LSdC (a Child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

¹⁵⁷⁹ *Re LSdC (a Child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 34.

unzufrieden gewesen zu sein, auch wenn die Hürde eines *ordre public*-Verstoßes noch nicht erreicht war.

Seine Argumentation der Anerkennungsversagung stützte der High Court zudem mit der Überlegung, dass es aus Gründen des Kindeswohls einer zukünftigen Neuregelung der elterlichen Sorge bedürftig habe und die englischen Gerichte kraft ihrer internationalen Zuständigkeit eine solche treffen würden, die dann gem. Art. 23 lit. e) Brüssel IIa-VO einen weiteren Versagungsgrund darstellen würde.¹⁵⁸⁰

Bei genauer Betrachtung stellten diese Argumente des High Court für eine Versagung der Anerkennung eine fehlerhafte Anwendung der Verordnung dar. Zunächst konnte die Regelungsbedürftigkeit des Sachverhalts nicht den Versagungsgrund gem. Art. 23 lit. e) Brüssel IIa-VO begründen, der in seinem Wortlaut auf eine bereits ergangene Entscheidung abstellt. Aber auch ein *ordre public*-Verstoß gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO konnte nicht mit Mutmaßungen über den Zustand der Mutter bei Abschluss der Sorgerechtsvereinbarung begründet werden. Die *ordre public*-Kontrolle des Gerichts stellte auf einen möglicherweise fehlenden Konsens bei der materiellen Vereinbarung ab, die dann durch das portugiesische Familiengericht bestätigt wurde.¹⁵⁸¹ Eine *ordre public*-Widrigkeit hätte an dem konkreten Inhalt der anzuerkennenden Sorgerechtsregelung festgemacht werden müssen. Die Frage der Anerkennungsversagung hätte in diesem Fall möglicherweise treffender an den Voraussetzungen des Art. 23 lit. d), der Verletzung des rechtlichen Gehörs eines Trägers elterlicher Verantwortung gemessen werden müssen, wenn eine angemessene Teilnahme der M am Gerichtsverfahren, welches die Sorgerechtsvereinbarung bestätigte, nicht gewährleistet war. Zu einem *ordre public*-Verstoß kann eine solche Konstellation aber nur dann führen, wenn die fehlende Anhörung zur Gewährleistung des Kindeswohls zwingend erforderlich war.¹⁵⁸²

Die Unsicherheit des High Court zeigt die nach wie vor bestehende Komplexität der richtigen Erfassung aller individuellen Umstände unter dem Begriff *ordre public* und „Kindeswohl“. Im Hinblick auf die Umsetzung der Brüssel IIa-Verordnung durch mitgliedstaatliche Gerichte ist die Entscheidung ein Beispiel dafür, dass mit besonderer Sorgfalt beachtet werden muss, ob eine Kindeswohlprüfung im Stadium der Anerkennung tatsächlich auf *ordre public*-Gesichtspunkte beschränkt wird und nicht sachfremde Erwägungen angestellt werden, die die Sorgerechtsentscheidung in der Sache antasten.

¹⁵⁸⁰ Re LSdC (a Child), 24.12.2004, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36.

¹⁵⁸¹ Re LSdC (a Child), 24.12.2004, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 37.

¹⁵⁸² Rauscher, in: Rauscher, EuZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 16.

2. Die Grenze zur *revision au fond*

a) Die Schwierigkeit der Abgrenzung

Gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO muss sich die mitgliedstaatliche Anerkennungspraxis jeglicher Nachprüfung der Entscheidung anderer Mitgliedstaaten in der Sache enthalten.¹⁵⁸³ Grundlage dessen ist das gegenseitige Vertrauen i.S.d. Erwägungsgrundes (21) zur Brüssel IIa-VO.¹⁵⁸⁴ Außerhalb des Anwendungsbereichs der besonderen Vorschriften des Kapitels III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO, in dem eine Überprüfung der Entscheidung im Zweitstaat am Maßstab des Kindeswohls ganz entfällt, beschränkt sich die Prüfung auf die Frage, ob der auf den *ordre public* reduzierte Gehalt des Kindeswohls aus Sicht der Rechtsordnung des Zweitstaats gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO durch das Ergebnis der Rechtsanwendung im Entscheidungsstaat offensichtlich verletzt wurde. Es erscheint schwierig, eine ausländische Sorgerechtsentscheidung auf einen *ordre public*-Verstoß im Hinblick auf eine fehlende Kindeswohlvereinbarkeit zu prüfen, ohne dabei die materiellrechtliche Bewertung der Tatsachengrundlage ebenfalls in die Prüfung miteinzu beziehen. Scheint das Kindeswohl verkannt und beeinträchtigt zu sein, so geht es inhaltlich um die Sachentscheidung zur Verteilung der elterlichen Sorge. Dass eine Überprüfung der Entscheidung im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl den Regelungsgehalt der ausländischen Entscheidung in der Sache zumindest antastet, erscheint eine in der Sache angelegte Problematik zu sein.¹⁵⁸⁵ Der Rechtsbegriff „Kindeswohl“ weist einen umfassenden grund- und menschenrechtlichen Bezug auf.¹⁵⁸⁶ Die elterliche Verantwortung ist auf das Wohl des Kindes auszurichten und muss dessen Interessen, dessen Persönlichkeit und dessen Grundrechte als maßgebliche Entscheidungskriterien berücksichtigen, enthält also in der Sache schon ein erhebliches Maß an grundrechtlicher Wertung.¹⁵⁸⁷ Oben ist festgestellt worden, dass die Grenze der Unvereinbarkeit einer Entscheidung mit dem Kindeswohl, dort angelegt ist, wo ein Grundrechtsverstoß festzustellen ist, sei es ein Verstoß gegen das nationale Verfassungsrecht, aber auch die EU-Grundrechte oder die Menschenrechte der EMRK.¹⁵⁸⁸ Dennoch ist es aus Sicht der Praktikabilität der Behandlung der grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikte wünschenswert, noch konkreter definieren zu können, ab wann ein Einwand,

¹⁵⁸³ Siehe schon oben, Kapitel 2, A., II.

¹⁵⁸⁴ Zur Brüssel I-VO, *Leible*, in: Rauscher, EZPR, Art. 36 Brüssel I-VO, Rn. 1.

¹⁵⁸⁵ Siehe schon oben, Kapitel 2, A., II.

¹⁵⁸⁶ BVerfGE 37, 217, 252; 55, 171, 179; 59, 360, 376; 60, 79, 88; 99, 145, 157; Art. 24 EU-Grundrechtecharta; vgl. auch *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5: „grundlegendes Prinzip“.

¹⁵⁸⁷ BVerfGE 37, 217, 252; *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 165.

¹⁵⁸⁸ Siehe Kapitel 2, A., II.

der das Kindeswohl betrifft, einen höheren Bezug i.S.d. *ordre public* hat, der sogar offensichtlich i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO ist.

b) Denkbarer Orientierungsansatz – die Schwelle des § 1666 BGB

Einer grds. anzuerkennenden Sorgerechtsentscheidung im Anerkennungsstaat die Wirkungsentfaltung vorzuenthalten, ist gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nur dann verhältnismäßig, wenn diese aus Sicht des Anerkennungsstaats ohne Zweifel mit dem Kindeswohl unvereinbar ist. Für die Bestimmung der Versagungsschwelle des *ordre public*-Verstoßes i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO, die sich an der Schwelle der Grundrechtsrelevanz orientiert und dabei praktisch greifbar ist, könnte aus deutscher Sicht vergleichsweise an die Voraussetzungen des § 1666 BGB (gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls) gedacht werden, bei denen es tatbestandsmäßig um eine Gefährdung des Kindeswohls geht.¹⁵⁸⁹ Unter den gerichtlichen Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls ist die vollständige Entziehung der elterlichen Sorge die einschneidendste Maßnahme.¹⁵⁹⁰ Die Versagung der Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat getroffenen sorgerechtlichen Regelung kann ein in der Wirkung gleiches Verdikt enthalten. Die sorgerechtliche Regelung müsste aus Sicht des Anerkennungsstaats also erhebliche Gefahren für das körperliche, geistige oder seelische Wohlbefinden des Kindes befürchten lassen, um offensichtlich unvereinbar zu sein.¹⁵⁹¹ Dies beträfe zum Beispiel die Fälle, in denen das anerkennende Gericht die Gefahr für möglich erachtet, dass die zu beurteilende Sorgerechtsregelung einen Missbrauch der elterlichen Sorge oder eine Vernachlässigung des Kindes bewirkt.¹⁵⁹²

Im Unterschied zur Abänderungsregelung des § 1696 BGB, den triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen, statuiert der Vergleich zum Einschreiten im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls i.S.d. § 1666 BGB noch höhere Voraussetzungen. Obwohl die Gerichte bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1696 BGB kein Entschließungsermessen genießen,¹⁵⁹³ sind die Fälle der Abänderung nicht in jedem Fall so gravierend, dass ein Vergleich zur Gefährdung der öffentlichen Ordnung tragen würde.¹⁵⁹⁴ Diese Gründe, wie z.B. eine neue Lebensgemeinschaft der Eltern oder Schwierigkeiten der Umsetzung der Um-

¹⁵⁸⁹ So zum kollisionsrechtlichen *ordre public* das OLG Saarbrücken, IPRax 1993, 100, 102.

¹⁵⁹⁰ *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1666 BGB, Rn. 192; *Kemper*, in: Hk/BGB, § 1666 BGB, Rn. 1.

¹⁵⁹¹ *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1666 BGB, Rn. 7; zu den einzelnen Fallgruppen siehe *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1666 BGB, Rn. 57 ff.

¹⁵⁹² Dies betrifft speziell die Frage des Kindeswohls als Teilkonkretisierung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* gem. Art. 23 lit. a). Ein Verstoß gegen den allgemeinen *ordre public* kann sich selbstverständlich auch aus anderen Gründen ergeben.

¹⁵⁹³ *Veit*, in: Bamberger/Roth, § 1696 BGB, Rn. 9; *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 39.

¹⁵⁹⁴ Vgl die bei *Olzen*, in: MünchKomm/BGB, § 1696 BGB, Rn. 23-38 genannten Fallgruppen.

gangsregelung, wären im Sorgerechtsverfahren vor den Gerichten des international zuständigen Mitgliedstaats geltend zu machen, würden aber einer Anerkennungs-fähigkeit nicht entgegenstehen. Unterhalb der Grenze der Kindeswohlgefährdung liegende Maßstäbe würden dem Zweck des anerkennungsrechtlichen *ordre public* nicht gerecht werden und inhaltlich das Verbot der *revision au fond* des Art. 26 Brüssel IIa-VO berühren, ggf. verletzen. Ein *ordre public*-Verstoß i.S.d. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO kann nur in einer konkreten erheblichen Gefährdung des Kindeswohls durch die anzuerkennende Sorgerechtsregelung gesehen werden, welche nur durch die Nichtanerkennung der Entscheidung abgewendet werden kann. Ein Vergleich zur Erheblichkeit der Gefährdung i.S.d. § 1666 BGB bietet sich als Orientierungsmaßstab an.

II. Die Umgangsrechtsentscheidung im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO

Das Umgangsrecht i.S.d. Brüssel IIa-VO ist gem. ihrem Art. 2 Nr. 10 insbesondere das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen. Das Umgangsrecht ermöglicht den für das Kind wichtigen Kontakt zu dem nicht-aufenthaltsbestimmenden Elternteil. Der grenzüberschreitende Bezug der Umgangsrechtsfälle ergibt sich daraus, dass die Entscheidung aus einem anderen EU-Mitgliedstaat stammt als dem, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält. Bei grenzüberschreitenden umgangsrechtlichen Entscheidungen ist es von erheblicher praktischer Bedeutung, dass diese bei Ausstellung einer Bescheinigung gem. Art. 41 Abs. 2 Brüssel IIa-VO und bei Anwendung der Sonderregeln des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden und dort vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann.¹⁵⁹⁵ Auch hier treten Probleme im Zusammenhang mit Einwänden des Kindeswohls im Zweitstaat auf. In direktem Zusammenhang dazu steht ein weiteres problematisches Feld, die Kindesanhörung im Entscheidungsstaat. Diese beiden Problemfelder werden im Folgenden ergänzend zur grundlegenden Darstellung in Kapitel 2, B. noch einmal auf den Punkt gebracht.

1. Grenzüberschreitende Vollstreckung des Umgangsrechts

Im Anwendungsbereich von Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO wird die grenzüberschreitende Umgangsrechtsentscheidung in den anderen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks *ex lege* anerkannt, ohne dass die Möglichkeit der Anfechtung der Anerkennung besteht, und ist zudem ohne das Erfordernis eines Exequaturverfahrens unmittelbar vollstreckbar. Eine mögliche Problematik der Auslegung der Kindeswohlklausel liegt damit nicht im Bereich der

¹⁵⁹⁵ Siehe Kapitel 1, D., V., 3. und Kapitel 2, B., I., 2.

Anerkennungsversagung aus Gründen des Kindeswohls, sondern auf einer anderen Ebene. Art. 47 Abs. 1 Brüssel IIa-VO ordnet an, dass für das Vollstreckungsverfahren das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats maßgeblich ist.¹⁵⁹⁶ Dies bedeutet, dass bei 26 an der Anwendung der Brüssel IIa-VO beteiligten Mitgliedstaaten der EU auch 26 verschiedene Vollstreckungsverfahrenrechte zur Anwendung kommen.

Die betrachteten englischen Entscheidungen Re S (no.1),¹⁵⁹⁷ Re S (no.2)¹⁵⁹⁸ und Re LSdC (a child)¹⁵⁹⁹ und auch die EGMR-Entscheidung Povse./Österreich¹⁶⁰⁰ haben Probleme angedeutet, die sich bei der Umsetzung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten ergeben können. Im Rahmen der Vollstreckung der mitgliedstaatlichen Entscheidungen i.S.d. Art. 47 Brüssel IIa-VO muss hier zwischen dem vollstreckbaren Titel aus einem anderen EU-Mitgliedstaat und der Art und Weise seiner Vollstreckung unterschieden werden, da nur die Letztere im Zweitstaat zur Überprüfung stehen kann. Dies bedeutet, dass bei Auftreten von Komplikationen der Vollstreckung im Hinblick auf das Kindeswohl dahingehend unterschieden werden muss, ob es sich bei diesen Komplikationen um solche im Zusammenhang mit der Vollstreckungsmaßnahme selbst handelt und ob diesen im Wege anderer Modalitäten der Vollstreckung abgeholfen werden kann, ohne dass dies eine Einflussnahme auf oder eine sachliche Überprüfung oder eine Abänderung der anzuerkennenden Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats darstellt, oder ob die Vollstreckungsorgane Bedenken im Hinblick auf die in der anzuerkennenden Entscheidung tenorierte Rechtsfolge als originärem Entscheidungsinhalt haben.¹⁶⁰¹ Im letzteren Fall können nach der Systematik der Kindeswohlprüfung der Brüssel IIa-VO solche Einwände, möglicherweise infolge veränderter Umstände, allein im Entscheidungsstaat geltend gemacht werden, wenn nur dessen Gerichte die internationale Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache besitzen.¹⁶⁰² Im Mitgliedstaat der Vollstreckung käme

¹⁵⁹⁶ *McEleary*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 47, Rn. 1; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EZVR, A.2 Art. 47, Rn. 5; siehe hierzu grundlegend oben Kapitel 2, B., II.

¹⁵⁹⁷ Re S (no. 1), 3.9.2003, [2003] EWHC 2115 (Fam), dargestellt in Kapitel 5, B., I.

¹⁵⁹⁸ Re S (no. 2), 8.12.2003, [2003] EWHC 2974 (Fam), dargestellt in Kapitel 5, B., I.

¹⁵⁹⁹ Re LSdC (a child), 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), dargestellt in Kapitel 5, B., II., 8, hier ging es nicht um die Vollstreckung einer Umgangsrechtsentscheidung, sondern um den erfolglosen den Antrag auf Vollstreckung einer Sorgerechtsvereinbarung.

¹⁶⁰⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, hier ging es um die Vollstreckung einer Herausgabeanordnung, insbesondere Rn. 46 deutet die mit der Vollstreckung verbundenen Problematik einer Würdigung durch den Zweitstaat an, die sich in der Sache gleichgelagert auch für das Umgangsrecht ergeben kann.

¹⁶⁰¹ Siehe Kapitel 2, B., II.

¹⁶⁰² EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 81 ff.

lediglich die Aussetzung der Vollstreckung in Betracht, wenn und solange diese Fragen vor Gerichten des Entscheidungsstaats aufgearbeitet werden.¹⁶⁰³

Zur einheitlichen Behandlung der grenzüberschreitenden Umgangsrechtsfälle ist es daher nötig, dass auch im Stadium der Vollstreckung das Verbot der *revision au fond* gem. Art. 26 Brüssel IIa-VO beachtet wird und in keinem der in den Mitgliedstaaten durchgeführten Vollstreckungsverfahren eine abstrakte Bewertung der Sachentscheidung zum Umgangsrecht vorgenommen wird. Nur wenn diese Einbruchstellen der materiellen Kindeswohlbewertung in den Mitgliedstaaten so ausgelegt werden, dass sich die Überprüfung streng auf die Vollstreckungsmaßnahme und nicht auf den Inhalt der Umgangsrechtsentscheidung bezieht, werden die Vorgaben der Brüssel IIa-VO eingehalten.

2. Die Anhörung des Kindes

Eine fehlende Anhörung des Kindes, die wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze des Anerkennungsstaates verletzt, ist grds. gem. Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO ein Grund, die Anerkennung zu versagen. Anders liegt dies im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO. Ein praktisches Problem ergibt sich hier aus den neuen Regeln zur unmittelbaren Vollstreckbarkeit des Umgangsrechts. Gem. Art. 40 Abs. 1 lit. a), 41 Abs. 1, 2 lit. c) Brüssel IIa-VO wird die Durchführung der Anhörung lediglich durch eine Bescheinigung des Entscheidungsstaats bestätigt. Nach Art. 41 Abs. 2 lit. c) Brüssel IIa-VO stellt der Richter des Ursprungsmitgliedstaats die Bescheinigung nach Absatz 1 unter Verwendung des Formblattes in Anhang III (Bescheinigung über das Umgangsrecht) nur aus, wenn das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden sofern eine Anhörung nicht aufgrund seines Alters oder seines Reifegrads unangebracht erschien. Dabei muss der die Anhörungsmöglichkeit bescheinigende Richter bei der Beurteilung der Frage, ob eine Anhörung angebracht erschien, allein vom Maßstab seines eigenen Rechts ausgehen.¹⁶⁰⁴ Sieht sein Recht nur die Anhörung ab dem Alter von 14 Jahren vor, so ist diese unangebracht, wenn das Kind jünger ist.¹⁶⁰⁵ Dass dies ggf. fundamental von den Verfahrensgrundsätzen des Rechts des Anerkennungsstaats abweichen kann, findet hier keine Berücksichtigung und schafft ein Ungleichgewicht im Vergleich zu den Entscheidungen, deren Anerkennung angefochten werden kann und die nicht ohne Exequaturverfahren vollstreckbar sind.¹⁶⁰⁶ Aus diesem Grund wäre eine verordnungsautonome Definition dieser Voraussetzung wünschenswert.¹⁶⁰⁷ Ist eine Anhörung tatsächlich nicht oder nur unzureichend durchgeführt worden, obwohl eine solche erforderlich gewesen

¹⁶⁰³ In Deutschland nach § 93 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.

¹⁶⁰⁴ *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 41 Brüssel IIa-VO, Rn. 28.

¹⁶⁰⁵ *Coester-Waljen*, FamRZ 2005, 241, 248.

¹⁶⁰⁶ *Coester-Waljen*, FamRZ 2005, 241, 248.

¹⁶⁰⁷ *Magnus*, in: *Magnus/Mankowski*, Brussels IIbis Regulation, Art. 41, Rn. 27.

wäre, besteht gegen die Ausstellung der Bescheinigung kein Rechtsbehelf, Art. 43 Abs. 2 Brüssel IIa-VO.¹⁶⁰⁸ Der Vollstreckungsadressat ist auf den Rechtsweg gegen die Umgangsrechtsentscheidung im Ursprungsstaat angewiesen¹⁶⁰⁹. Mit der Klage auf Berichtigung gem. Art. 43 Abs. 1 Brüssel IIa-VO kann eine aus Sicht des Vollstreckungsadressaten nicht ordnungsgemäß durchgeführte Anhörung nicht gerügt werden. Die Berichtigung bezieht sich nur auf formale Mängel.

III. Probleme des Kindesrückführungsverfahrens

1. *Auslegung des Kindeswohlbegriffs*

Das Kindeswohl ist der tragende Grundsatz des Haager Kindesentführungsübereinkommens, das seit Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO in deren Regelungen eingebunden ist. In der Präambel bringen die Unterzeichnerstaaten zum Ausdruck, dass das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist. Klassisches Problem der Anwendung des Haager Kindesentführungsübereinkommens ist und bleibt die Auslegung seiner Kindeswohlklauseln.¹⁶¹⁰

a) Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ

Art. 13 lit. b) HKÜ beschränkt die Prüfung der Kindersituation durch Gerichte des Zufluchtsstaats auf die Gefahren, die mit der Rückgabe des Kindes verbunden sind. Die Entscheidung über die Rückgabe im Zufluchtsstaat darf nicht als eine solche über die elterliche Sorge missverstanden werden, da die Kompetenz hierzu bei dem Staat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts verbleibt und durch das widerrechtliche Verbringen nicht verändert wird.¹⁶¹¹ Die Versagung der Rückgabe kann als Ausnahme zur Grundregel der Rückführung nur damit begründet werden, dass das Rückführungsgericht die Rückgabe als mit schwerwiegenden Gefahren für das körperliche und seelische Wohl des Kindes verbunden sieht.¹⁶¹² So gab es jedoch Fälle, in denen sich eine Grenze zu den für die Sorgerechtsentscheidung relevanten Tatsachen nur theoretisch ziehen ließ, da die relevanten Umstände mitunter so verflochten waren, dass sich eine Gefahr bei der Rückführung nicht ohne Einschätzung der Gesamtsituation beurteilen ließ.¹⁶¹³ Bei der gerichtlichen Bewertung möglicher Gefahren für die Rückführung ist es notwen-

¹⁶⁰⁸ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 43 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

¹⁶⁰⁹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 43 Brüssel IIa-VO, Rn. 1.

¹⁶¹⁰ *Schoeb*, S. 146, 147.

¹⁶¹¹ *Bucher*, in: Kropholler FS, S. 263, 264.

¹⁶¹² *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71.

¹⁶¹³ OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05, Rn. 20-26, zit. nach juris ; EGMR, 6.7.2010, Nr.

41615/07, Neulinger u. Shuruk./Schweiz, Rn. 138; *Bucher*, in: Kropholler-FS, S. 266.

dig, die Beziehungen des Kindes zu beiden Elternteilen zu kennen.¹⁶¹⁴ Bezieht das Rückführungsgericht die bestehenden sozialen Bindungen am Zufluchtsort in die Betrachtung mit ein, so darf es dies aber nur unter der Prämisse tun, dass ein Verlassen dieser sozialen Bindungen eine schwerwiegende Gefahr begründen könnte. Jegliche weitere Langzeiteinschätzung im Hinblick auf die Bindungen des Kindes verbietet sich, und dennoch scheint es, als könnten sich die Gerichte in manchen Rückführungsverfahren davor nicht verschließen.¹⁶¹⁵

Eine klassische Frage der Rückführung ist dagegen der Fall der Weigerung des entführenden Elternteils, gemeinsam mit dem Kind in den ursprünglichen Aufenthaltsstaat zurückzukehren. Ist der entführende Elternteil die Hauptbezugsperson, zumeist die Mutter, so stellt eine Trennung von diesem grds. ein erhebliches Argument für eine Gefahr durch die Rückführung dar. Ständige Rechtsprechung der Rückführungsgerichte ist jedoch, dass eine Weigerung der Begleitung des Kindes in den Rückführungsstaat und der Wechsel der Bezugsperson grds. keine schwerwiegende Gefahr i.S.d. Art. 13 lit. b) HKÜ begründen kann,¹⁶¹⁶ dies unter anderem aus dem Grund, dass das eigenmächtige Verhalten des entführenden Elternteils das Rückführungsverfahren nicht noch maßgeblich beeinflussen soll.¹⁶¹⁷

Wie sich eine mögliche Trennung von einer Bezugsperson langfristig auf die Kindersituation auswirkt, ist wesentliche Frage eines Hauptsacheverfahrens, kann aber schon im Rückführungsverfahren kaum ausgeblendet werden. Der durch den EGMR entschiedene Fall *Neulinger und Shuruk./Schweiz*¹⁶¹⁸ hat zudem gezeigt, dass unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten eine solch starre Beurteilung unter Umständen nicht haltbar sein kann und jeder verfahrensrechtliche Schritt der Bindung an die EMRK unterliegt.¹⁶¹⁹ In diesem Zusammenhang muss jedoch erwähnt werden, dass *Neulinger und Shuruk./Schweiz* ein außergewöhnlich gelagerter Grenzfall war. In den meisten Fällen wird eine Begleitung des Kindes durch den entführenden Elternteil auch bei gewichtigen Bedenken durch begleitende Maßnahmen zu ermöglichen sein. Die Notwendigkeit solcher Überlegungen zeigt jedoch, dass die Gefahr für das Kind, die allein aus der Rückführung resultiert, weitergreifende Überlegungen erforderlich machen kann, die die Grenzen zu Sachfragen der Sorgerechtsentscheidung tangieren können.¹⁶²⁰ Die Grundaussagen der Entscheidung *Neulinger und Shuruk./Schweiz* des EGMR haben die Auslegungsgrundsätze zu Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ nicht verschoben. Allerdings

¹⁶¹⁴ *Bucher*, in: Kropholler FS, S. 266.

¹⁶¹⁵ Re F, 22.2.2008, [2008] 2 FLR 1239, Rn. 66 ff; OLG Hamm, 7.12.2005, 11 UF 219/05. Rn. 20-26, zit. nach juris.

¹⁶¹⁶ *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 71 m.w.N.

¹⁶¹⁷ *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. D 72.

¹⁶¹⁸ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*.

¹⁶¹⁹ EGMR, 6.7.2010, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 138 und ff.

¹⁶²⁰ Dahingehende Überlegungen bei *Bucher*, in: Kropholler FS, S. 269.

hat sie verdeutlicht, dass nicht jede gerichtliche Würdigung, die sich über die bloßen Rückführungskonsequenzen weitergehend mit der Kindersituation auseinandersetzt, in der Sache falsch liegen muss.

Die neuen Vorschriften der Brüssel IIa-VO in Verbindung mit dem HKÜ schaffen hier jedoch einen guten Ausgleich. Nach der Verordnung bedeutet die gerichtliche Annahme einer Gefahr für das Kind bei der Rückführung nicht unbedingt deren Versagung. Den erkannten Problemen kann durch angemessene Vorkehrungen im Aufenthaltsstaat begegnet werden, Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO.¹⁶²¹ Der Nachweis hierüber muss dem Rückführungsgericht erbracht werden.¹⁶²² Der Begriff der „Angemessenheit der Vorkehrungen“ eröffnet dabei wiederum einen Auslegungsspielraum und kann Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gerichten und Behörden der beteiligten Staaten geben.¹⁶²³ Dies bedeutet, dass im Ergebnis die Gefahr einer falschen Auslegung des Kindeswohlbegriffs in Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ weiterhin fortbesteht, die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten des Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO der Auslegung jedoch greifbare Konturen verleihen und diese Fehleranfälligkeit weitestgehend beheben.

b) Art. 13 Abs. 2 HKÜ

Art. 13 Abs. 2 HKÜ ermöglicht die Berücksichtigung des Kindeswillens in der Rückführungsentscheidung. Der geäußerte Wille muss die Frage der Rückführung selbst betreffen und ist nicht als eine Grundentscheidung des Kindes für einen Elternteil als Hauptbezugsperson zu verstehen.¹⁶²⁴ Art. 13 Abs. 2 HKÜ verlagert nicht die Erörterung der Frage, bei wem das Kind grundsätzlich leben möchte und wen es als sorgeberechtigten Elternteil bevorzugt, in das Kindesrückführungsverfahren.¹⁶²⁵ Auf diesen Maßstab muss sich das Rückführungsgericht beschränken. Jede Erwägung, die inhaltlich die Verteilung der Sorge betrifft, stört die Verordnungs- und Konventionsmechanismen.

Die betrachteten englischen Entscheidungen belegen jedoch, dass gerade die Äußerung des Kindeswillens zur Einführung aller Argumente der familiären Situation in das Rückführungsverfahren führen kann.¹⁶²⁶ Es ist nicht verwunderlich, dass die befragten Kinder die Frage der Rückführung mit allen Überlegungen zur

¹⁶²¹ Siehe hierzu auch das Schlussdokument (Appendix) zum HKÜ, abgedruckt bei *Bucher*, in: *Kropholler FS*, S. 271, welches auf eine Förderung der Anwendung von Begleitmaßnahmen zielt.

¹⁶²² *Rauscher*, in: *Rauscher EZPR*, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 26.

¹⁶²³ *Rauscher*, in: *Rauscher EZPR*, Art. 11 Brüssel IIa-VO, Rn. 26.

¹⁶²⁴ *Andrae*, *IntFamR*, § 6 Rn. 233; *Siebr*, in: *MünchKomm/BGB*, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 84; auf die Autonomie des Willens des Kindes abstellend *OLG Hamm*, *NJW-RR* 2013, 580, 581.

¹⁶²⁵ *Siebr*, in: *MünchKomm/BGB*, Anhang II zu Art. 21 EGBGB, Rn. 84.

¹⁶²⁶ *JPC v. SLW and SMW*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR, 900, Rn. 22 -37; *Re F*, 22.2.2008, [2008] 2 FLR, Rn. 50; *Vigreux v. Michel*, 18.5.2006, [2006] 2 FLR 1180, Rn. 27 ff.

Vorstellung ihrer Zukunft verknüpfen, ihnen eine Rückführung dramatisch erscheinen kann und sie möglicherweise kein Verständnis für das Ziel einer Sachentscheidung am Ort des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts aufbringen. Die betrachteten Entscheidungen waren zum Teil gekennzeichnet durch eine gerichtliche Auseinandersetzung mit vielen Gesichtspunkten des familiären Zusammenlebens, die sich von den Fragen der Konsequenzen der Rückführung allein entfernt haben. Im Ergebnis ging zumindest die Entscheidung JPC v. SLW/SMW einen guten Mittelweg, da sie die Rückführung anordnete, allerdings nur im Zusammenhang mit begleitenden Maßnahmen (*undertakings*), die bestehende Kindeswohlbedenken ausräumen sollten.¹⁶²⁷

Somit lässt sich allgemein feststellen, dass die Anhörung des Kindeswillens zu einer Vielfalt der zum Kindeswohl vorgetragenen Argumente im Rückführungsverfahren führen kann, die dogmatisch über die Auslegungsgrenzen des Art. 13 Abs. 2 HKÜ hinausreichen, aber den mit der Rückführung befassten Familienrichtern Bedenken aufgeben, die nicht ohne Weiteres unberücksichtigt bleiben können. Diese müssen bei richtiger Lesart des HKÜ und der Brüssel IIa-VO durch Begleitmaßnahmen behoben werden, sodass sich eine Entscheidung trotz der Bedenken im Einklang mit den dogmatischen Grundsätzen des Rückführungsverfahrens bewegen kann.

2. *Mögliche Entwertung des Art. 13 HKÜ durch Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO*

a) Vorrang der Rückgabeentscheidung

Innerhalb der Rückführungsverfahrens kann die Versagung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ als *ultima ratio* eine Kindeswohlgefährdung verhindern. Eine gravierende Einwirkung auf das Rückführungsverfahren bewirkt die Brüssel IIa-VO mit ihrem Art. 11 Abs. 8¹⁶²⁸ und schafft hierbei einen nicht unerheblichen Konflikt im Falle sich widersprechender Entscheidungen. Eine am Kindeswohl orientierte Ablehnung der Rückführung gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, die ergangen ist, weil das Rückführungsgericht eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens bzw. eine andere unzumutbare Lage durch die Rückführung angenommen hat, kann durch eine unanfechtbar *ex lege* anerkannte und unmittelbar vollstreckbare Herausgabeentscheidung im international zuständigen Mitgliedstaat überwunden und damit faktisch entwertet werden. Dies eröffnet gleich zwei Problemfelder: Zum einen kann eine fundierte, an den bereits restriktiv zu interpretierenden Merkmalen des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ orientierte Entscheidung in dieser Konstellation gegenstandslos werden, und zum anderen könnte die Sorgfalt der richterlichen Bemühungen und die Prüfungsintensität

¹⁶²⁷ JPC v. SLW and SMW, 8.6.2007, [2007] 2 FLR, 900, Rn. 53-56.

¹⁶²⁸ *Patant*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 11, Rn. 77.

innerhalb des HKÜ-Verfahrens durch diese Anordnung der Brüssel IIa-VO leiden. Setzt sich ohnehin die Rückgabeentscheidung eines Gerichts des Entscheidungsstaats durch, so könnte eine intensive Prüfung des Art. 13 lit. b) HKÜ durch das Rückführungsgericht als praktisch überflüssig angesehen werden. Sollte innerhalb des Geltungsbereichs der Brüssel IIa-VO der Anschein entstehen, dass die Rückführungsversagung generell der Herausgabeentscheidung im Erststaat weichen muss, ohne dass Notiz von den tragenden Gründen für eine Versagung genommen wird, so würde dies auf Kosten der Prüfung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ gehen.

In diesem Kontext steht die Entscheidung des EuGH in *Povse./Alpago*,¹⁶²⁹ nach der die Rückführungsentscheidung des zuständigen Ursprungsstaats auch dann in den Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO fällt, wenn dieser keine endgültige Entscheidung über das Sorgerecht vorausgegangen ist.¹⁶³⁰ Auch vorläufige, aufgrund einer summarischen Prüfung ergangene Entscheidungen setzen sich somit durch, um ein Hauptsacheverfahren unter Anwesenheit des Kindes überhaupt erst zu ermöglichen.¹⁶³¹ Eine Auseinandersetzung mit den durch das Rückführungsgericht erkannten Versagungsgründen ist bei Anordnung der Rückgabe gem. Art. 42 Abs. 2 lit. c) Brüssel IIa-VO formal zu bescheinigen. Damit besteht die Gefahr, dass das Rückführungsgericht eine Gefährdung annimmt, der zuständige Staat aber dennoch die Rückführung gem. Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO nach einer summarischen Prüfung anordnet, ohne auf die problematischen Punkte des Rückführungsverfahrens einzugehen. Im Sinne des Kindeswohls müssen jedoch diese möglichen Gefahren ernst genommen werden, und auch ist jedes unnötige Verbringen des Kindes möglichst zu vermeiden, was eine fundierte Auseinandersetzung mit den relevanten Tatsachen erfordert. Nach der Rechtsprechung des EGMR im Fall *Povse* steht jedoch dieser Rückführungsmechanismus der Brüssel IIa-VO im Einklang mit den Vorgaben der EMRK.¹⁶³² Der EGMR begründet dies im Wesentlichen mit der Bindung eines jeden EU-Mitgliedstaats an die Vorgaben der EMRK und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Entscheidungsstaat, in dem die Einwände gegen die in Rede stehende Rückgabeentscheidung geltend gemacht werden könnten.¹⁶³³ Aus menschenrechtlicher Sicht ergibt sich bei der Durchsetzung der Rückgabeentscheidung gem. Art. 11 und 42 Brüssel IIa-VO keine Rechtsschutzlücke.

¹⁶²⁹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010 I-6673.

¹⁶³⁰ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010 I-6673, Rn. 67; *Dutta/Schulz*, ZEuP 2012, 526, 547-548.

¹⁶³¹ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010 I-6673, Rn. 53; *Dutta/Schulz*, ZEuP 2012, 526, 547.

¹⁶³² EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f., siehe hierzu die ausführliche Darstellung in Kapitel 3, C., I., 5., b).

¹⁶³³ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

b) EGMR-Entscheidung Sneersone und Kampanella./Italien

In den Kontext der Rechtsprechung des EGMR in *Povse./Österreich*¹⁶³⁴ fügt sich die zeitlich frühere Entscheidung des EGMR in *Sneersone und Kampanella./Italien*.¹⁶³⁵ In der Entscheidung *Sneersone und Kampanella./Italien* hat der EGMR in einem Fall der sich widersprechenden Entscheidungen in Erinnerung gerufen, dass auch eine unanfechtbar *ex lege* anerkannte und unmittelbar vollstreckbare Rückführungsanordnung auf Grundlage der Brüssel IIa-VO der Bindung an die EMRK unterliegt und auch eine solche Entscheidung die Kindeswohlbedenken der Gerichte des Zufluchtsstaats nach dem HKÜ nicht ohne Auseinandersetzung damit übergehen kann.¹⁶³⁶ Inhaltlich muss die Prüfung der Rückführungsanordnung gestützt auf Art. 42 Brüssel IIa-VO das gleiche menschenrechtliche Schutzniveau wahren wie das Rückführungsgericht bei Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ, denn beide Prüfungen sind an Art. 24 EU-Grundrechtecharta und an Art. 8 EMRK gebunden. Nur diese Beachtung der menschenrechtlichen Vorgaben durch den Entscheidungsstaat erlaubt es überhaupt, die Prüfungsvorbehalte im Zweitstaat einzuschränken oder ganz aufzuheben, wie es die Brüssel IIa-VO vorgibt. Dieser Schutz im Entscheidungsstaat ist die unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Rückführungsmechanismus der Brüssel IIa-VO als im Einklang mit den Vorgaben der EMRK befunden werden kann.¹⁶³⁷

Im Ergebnis bedeutet dies, dass nach dem Recht der Brüssel IIa-VO zwar eine summarische Rückführungsanordnung ergehen kann und diese auch in den Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 8 der Verordnung fällt, diese Entscheidung sich jedoch inhaltlich mit allen für das Kindeswohl relevanten Tatsachen und Rechtsfragen auseinandersetzen muss. Die Rechtsprechung des EuGH in *Povse./Alpago* steht den durch den EGMR statuierten Grundsätzen nicht entgegen, da die Antwort des EuGH auf die Auslegungsfrage den rechtlichen Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO klärte, dabei aber nicht den inhaltlichen Prüfungsmaßstab einer Rückgabeentscheidung nach Art. 42 Abs. 1 und 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO definierte.

Bei einer gewissenhaften, an den richtigen Maßstäben orientierten Abwägung aller für die Rückgabeentscheidung maßgeblichen Umstände dürften das Rückführungsgericht im Zufluchtstaat und das in der Hauptsache zuständige Gericht in der Sache nicht zu gegenläufigen Anordnungen kommen. Eine Gefahr, dass vorläufige Rückgabeeanordnungen gem. Art. 40 Abs. 1 lit. b) 42 Abs. 1 und 11 Abs. 8

¹⁶³⁴ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*.

¹⁶³⁵ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*, FamRZ 2011, 1482-1484, mit Anmerkung *Henrich*.

¹⁶³⁶ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Kampanella./Italien*, Rn. 93 = FamRZ 2011, S. 1482, 1483.

¹⁶³⁷ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

Brüssel IIa-VO aufgrund oberflächlicher und vorschnell getroffener Abwägungen ergehen, besteht in Anbetracht dieser Grundsätze in der Theorie nicht.

IV. Die mögliche Problematik der Abänderung der Entscheidung

Fraglich ist, ob die Abänderung der Entscheidung als Rechtsinstitut des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten unter gewissen Voraussetzungen in Konkurrenz zum Regelungskonzept der Brüssel IIa-VO treten kann, da es auch hier um die Beurteilung einer ausländischen Entscheidung zur elterlichen Verantwortung am Maßstab des Kindeswohls geht. Der folgende Abschnitt untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen hier Probleme angelegt sind.

1. *Abänderung im grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikt*

a) Abänderung nach Zuständigkeitswechsel

Um eine Entscheidung zur elterlichen Verantwortung im Anerkennungsstaat abzuändern, muss dieser nach der Brüssel IIa-VO international zuständig sein.¹⁶³⁸ Die Divergenz zwischen Entscheidungs- und Abänderungsstaat kann sich abgesehen von einer Anmaßung der Zuständigkeit aus einem Wechsel der Zuständigkeit aufgrund veränderter Tatsachen ergeben.

aa) Abänderung der Sorgerechtsentscheidung

Die Abänderung der Sorgerechtsentscheidung in einem anderen Staat als dem Entscheidungsstaat setzt voraus, dass es einen Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit gibt.

(1) Verbleib im Entscheidungsstaat

Hätte bei Geltung der neuen Brüssel IIa-VO im Beispielsfall Tiemann./Lancelin das deutsche Gericht dem Vater die elterliche Sorge zugesprochen und der Mutter ein Umgangsrecht, so hätte der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder weiterhin beim Vater in der Bundesrepublik bestanden. Die Abänderungszuständigkeit wäre damit bei deutschen Gerichten verblieben. Hier ist davon auszugehen, dass bei einem so zeitnah nach der letzten Entscheidung beantragten Verfahren auf Abänderung die Notwendigkeit eines erneuten gerichtlichen Überprüfungsbedarfs nicht hätte begründet werden können, vorausgesetzt die Umstände hätten sich nicht kurzfristig drastisch oder zumindest bemerkenswert verändert.¹⁶³⁹ Ein Konflikt

¹⁶³⁸ *Borzi*, Erläuternder Bericht, Nr. 78; AG Leverkusen, IPRspr. 2006 Nr. 148, 324, 325; *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 53; vgl. *Andrae*, IntFamR, § 6 Rn. 192.

¹⁶³⁹ Über die Kollisionsnorm Art. 21 EGBGB, bzw. Art. 4 Abs. 1 MSA wären deutsche Gerichte zur Anwendung des § 1696 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in der Sache gekommen; vgl. AG Leverkusen, IPRspr. 2006 Nr. 148, 324, 325.

mit dem Grundsatz der *revision au fond* wäre in dieser Konstellation nicht angelegt gewesen, da die Abänderungszuständigkeit beim Entscheidungsstaat verblieben wäre.

(2) Rechtmäßiger Umzug

Jedoch sind andere Konstellationen denkbar, in denen das Kind einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat begründet. Ist die elterliche Sorge bzw. das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Elternteil zugesprochen worden, der im Entscheidungsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt mit dem Kind hatte, kann sich ein Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats nur daraus ergeben, dass dieser sorgeberechtigte Elternteil gemeinsam mit dem Kind dahin umzieht und sich der gewöhnliche Aufenthalt verlagert. Gehen der sorgeberechtigte Elternteil und das Kind in einen anderen als den Entscheidungsstaat, so ist die Sorgerechtsentscheidung des Staates des ursprünglichen Aufenthaltes dort anzuerkennen. Ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes wird dann in diesem Zweitstaat anzunehmen sein, wenn das Kind dort seinen Lebensmittelpunkt und das Zentrum seiner sozialen Beziehungen begründet. Eine Abänderungszuständigkeit kann sich dann schon aus der Grundzuständigkeit des Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO ergeben.

Eine weitere Konstellation ergibt sich, wenn Gerichte des Entscheidungsstaats das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Elternteil zusprechen, der in einem anderen Mitgliedstaat lebt. An diesen wäre das Kind zur Verwirklichung der elterlichen Sorge herauszugeben. Im Beispielsfall Tiemann./Lancelin hätte sich dies ergeben, wenn das deutsche Gericht der in Frankreich lebenden Mutter die elterliche Sorge zugesprochen hätte. In der Obhut des sorgeberechtigten Elternteils im Zweitstaat würde das Kind einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründen. Die sorgerechtliche Regelung würde in diesem Staat anerkannt werden und grds. nur am Maßstab der Versagungsgründe des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO überprüft worden sein. Mit Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts würde der Anerkennungsstaat die internationale Zuständigkeit zur Abänderung erlangen.

(3) Widerrechtlicher Umzug

Der Begründung einer Abänderungszuständigkeit infolge eines widerrechtlichen Verbringens wird durch die Regeln der Brüssel IIa-VO selbst vorgebeugt. In der Rückführungssituation ist die *perpetuatio fori* des Mitgliedstaats des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts besonders gefestigt, und eine neue Zuständigkeit im Zufluchtstaat ist nur unter den äußerst restriktiven Bedingungen des Art. 10 lit. a) oder b) Brüssel IIa-VO zu begründen. Geht man davon aus, dass der zurückgelassene Träger elterlicher Verantwortung Rückführungsanträge gestellt hat, so kommt eine Abänderung der Sorgerechtsentscheidung vor Gerichten des Zufluchtstaats auf Grundlage eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes nur unter den Bedingungen zustande, dass jeder Träger elterlicher Verantwortung dem

Verbringen oder Zurückhalten zustimmt, Art. 10 lit.a) Brüssel IIa-VO, oder in dem Fall, dass sich das Kind nach einem Jahr des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat eingelebt hat und das Verfahren vor den Gerichten des ursprünglichen Mitgliedstaats nach Art. 11 Abs. 7 abgeschlossen wurde, lit. b) iii, oder dort eine Sorgerechtsentscheidung erlassen wurde, in der nicht die Rückgabe des Kindes angeordnet wurde, lit. b) iv. Durch eine Kindesentführung i.S.d. Art. 10, 11 Brüssel IIa-VO i.V.m. dem HKÜ kann somit nicht eigenmächtig durch einen Elternteil eine neue Zuständigkeit zur Abänderung der Sorgerechtsentscheidung erlangt werden, die von der Grundzuständigkeit des Art. 8 Brüssel IIa-VO abweicht.

bb) Abänderung der Umgangsrechtsentscheidung

(1) Unzuständigkeit des Aufenthaltsstaats des Umgangsrechtsinhabers

Anders als der sorgeberechtigte Elternteil, der den Aufenthaltsort des Kindes bestimmt, lebt der zum Umgang berechtigte Elternteil bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht im Staat des gewöhnlichen Kindesaufenthalts. In der Natur der grenzüberschreitenden Umgangsrechtssituation liegt es, dass der Gerichtsstaat, in dem das Umgangsrecht ausgeübt und ggf. vollstreckt werden soll, aufgrund des gewöhnlichen Kindesaufenthalts die Abänderungszuständigkeit besitzt. Somit ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Anerkennungsstaat die Kompetenz zur Abänderung erwirbt, höher. Ein ggf. problematischer Anreiz zur Abänderung ist jedoch nur dann gegeben, wenn der für die Abänderung zuständige Gerichtsstaat nicht mit dem Mitgliedstaat der ursprünglichen Sachentscheidung identisch ist. Eine vom Entscheidungsstaat abweichende Abänderungszuständigkeit kann sich für einen anderen Mitgliedstaat ergeben, wenn derjenige Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugesprochen wird, den Entscheidungsstaat gemeinsam mit dem Kind verlässt und einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen EU-Staat begründet. Gleiches gilt, wenn die Sorge einem Elternteil zugesprochen wird, der bereits in einem anderen Mitgliedstaat als dem Entscheidungsstaat lebt.

(2) Anreiz zur Abänderung bei Wechsel der Zuständigkeit

Wäre im Beispielsfall Tiemann/.Lancelin der in Frankreich lebenden Mutter das Sorgerecht/Aufenthaltsbestimmungsrecht und dem Vater ein Umgangs- und Besuchsrecht zugesprochen worden, so wäre nach abgeschlossenem Verfahren ein Abänderungsverfahren vor französischen Gerichten möglich gewesen, sobald die Kinder dort einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hätten, vgl. Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO. Materiellrechtlich ist die Abänderung einer Entscheidung zur elterlichen Verantwortung nach französischem Kindschaftsrecht jederzeit und

unabhängig vom Verstreichen einer Frist möglich, Art. 373-2-13 Code Civil.¹⁶⁴⁰ Dies setzt eine „Veränderung der Umstände“ im Vergleich zum Zeitpunkt der gerichtlichen Anordnung voraus. Ebenso auf Grundlage der Veränderung von Umständen kann ein Elternteil, dem die elterliche Sorge entzogen wurde, diese zurückerlangen, indem die familienrechtliche Entscheidung vom Tribunal de Grande Instance überprüft und mit entsprechendem neuen Inhalt angeordnet wird.¹⁶⁴¹ Hätte also das zuständige deutsche Gericht der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugesprochen und diese aufgrund dessen mit den Kindern in Frankreich gelebt, so hätte sich die Frage der Abänderung eines bestehenden Umgangsrechts des Vaters durch Gerichte in Frankreich gestellt. Wäre die Mutter z.B. mit einem umfassenden Besuchsrecht des Vaters und den getroffenen Umgangsregelungen unzufrieden gewesen, so hätte sie vor französischen Gerichten das Vorliegen neuer Umstände geltend machen können, die eine Neuregelung des Umgangsrechts des Vaters hätten erforderlich machen können. So ist es nicht undenkbar, dass die französischen Richter im Abänderungsverfahren zu einer deutlich von der deutschen Entscheidung abweichenden Überzeugung hätten kommen können. Das tatbestandliche Erfordernis der „geänderten Umstände“¹⁶⁴² kann sich aus einer Vielfalt der aus dem Eltern-Kind-Verhältnis abzuleitenden Probleme ergeben.¹⁶⁴³ Dies könnte beispielsweise die plötzliche angsthafte Weigerung des Kindes sein, den anderen Elternteil überhaupt zu sehen, welche oft aus dem vom sorgerechtigten Elternteil forcierten Parental Alienation Syndrome (PAS)¹⁶⁴⁴ resultiert. Das Vorliegen oder zumindest die Behauptung des Vorliegens neuer Umstände ist daher auch kurze Zeit nach der ersten Entscheidung nicht ausgeschlossen.

b) Abänderung bei fehlerhafter Begründung der internationalen Zuständigkeit

Der Fall Tiemann./Lancelin hat gezeigt, dass die internationale Zuständigkeit ein wesentliches Problem der Bewältigung grenzüberschreitender Sorgerechtskonflikte darstellte. Sowohl deutsche als auch französische Gerichte hielten sich für zuständig, und so trafen beide Entscheidungen in der Sache. Die Problematik der

¹⁶⁴⁰ Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner, Parental Responsibility, S. 736.

¹⁶⁴¹ Art. 381 Code Civil: *Les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1, pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés. (...).*

¹⁶⁴² Art. 373-2-13 Code Civil.

¹⁶⁴³ Vgl. Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

¹⁶⁴⁴ Die Entfremdung vom anderen Elternteil, siehe zB. Spangenberg/Spangenberg, FPR 2002, 256; Rauscher, FamR, Rn. 1104 b.

fehlenden internationalen Zuständigkeit kann sich genau so bei der Abänderung geltender Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten stellen.

aa) Denkbare Konstellationen

Problematisch erscheint die in der Praxis denkbare Konstellation, dass ein zur Abänderung der Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung angerufener Gerichtsstaat tatsächlich unzuständig ist, sich jedoch für zuständig erachtet. Dies könnte sich aus einer Fehleinschätzung der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen ergeben, jedoch ist es auch nicht ausgeschlossen, dass sich ein Gericht die Zuständigkeit bewusst anmaßt. In der Entscheidung Re S des englischen High Court aus dem Jahr 2003 zur damals noch geltenden Brüssel II-VO nahm das Gericht unbewusst die internationale Zuständigkeit zur Abänderung in Anspruch, indem es davon ausging, die Ausgestaltung des Umgangs an Kindeswohlerfordernisse anpassen zu dürfen.¹⁶⁴⁵

Die Abänderung ist weiter denkbar in Fällen, in denen ein Umgangsrecht in der Form ausgestaltet ist, dass die Kinder eines getrennten Paares eine gewisse Zeit bei einem Elternteil im Ausland verbringen, ein gewöhnlicher Aufenthalt der Kinder dort jedoch nicht begründet ist. Dennoch könnten die dortigen Gerichte angerufen werden und sollten sich aufgrund der Rechtslage für unzuständig erklären. Eine fehlerhafte Annahme oder gar Anmaßung der internationalen Zuständigkeit durch diesen nicht zuständigen Staat ist im Konzept der Brüssel IIa-VO aber nicht allein ein praktisches Problem, sondern kann zu einem rechtlichen werden, da die Begründung der Zuständigkeit gem. Art. 24 Brüssel IIa-VO nicht nachgeprüft werden kann. Dies bedeutet, die Verordnung verpflichtet den eigentlich international zuständigen Staat, die Abänderung seiner eigenen Sachentscheidung durch einen unzuständigen Staat anzuerkennen, ohne die fehlende Zuständigkeit entgegenhalten zu können. Im Falle des Umgangsrechts oder der Kindesherausgabe wäre die abgeänderte Entscheidung in dem eigentlich international zuständigen Staat ggf. sogar unmittelbar vollstreckbar. Insoweit folgt die Brüssel IIa-VO der EuGVO, die in Art. 35 eine parallele Vorschrift enthält.¹⁶⁴⁶ Signifikant ist jedoch, dass Art. 24 Brüssel IIa-VO im Gegensatz zu Art. 35 Abs. 1, 3 EuGVO keinerlei Ausnahmen kennt.

Selbst wenn die Zuständigkeit für die Abänderungsentscheidung aufgrund des eigenen autonomen Zivilverfahrensrechts angenommen würde, stünde dieser Fehler der Anerkennungsfähigkeit nicht entgegen.¹⁶⁴⁷ Insbesondere der *ordre public*-Einwand gegen die zu Unrecht begründete Zuständigkeit ist durch Art. 24 Brüssel

¹⁶⁴⁵ Re S (no.2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 16; siehe auch *Low*, IntFamLaw [2011], S. 21, 23.

¹⁶⁴⁶ *Gottwald*, in: MünchKomm/ZPO, Art. 24 Brüssel IIa-VO, Rn. 1; *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 35 EuGVO, Rn. 1, 5, eine Ausnahme sieht Art. 35 Abs. 1 für den Bereich der Versicherungs- und Verbrauchersachen sowie der ausschließlichen Zuständigkeiten.

¹⁶⁴⁷ Vgl. *Pirung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 131.

IIa-VO ausgeschlossen. Dies beträfe damit auch die Begründung der Zuständigkeit im Wege der Rechtsbeugung oder die Erschleichung der Zuständigkeit durch eine Täuschung des Gerichts über zuständigkeitsbegründende Tatsachen. Aufgrund der Rechtshängigkeitssperre und des Verbots der Nachprüfung der Zuständigkeit im Zweitstaat könnte sich so eine zu Unrecht begründete Zuständigkeit in einem grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangsrechtsverfahren manifestieren.

bb) Problematische Entscheidungen

Ohne Zweifel ist davon auszugehen, dass die bewußte Anmaßung der internationalen Zuständigkeit in der Praxis eine Seltenheit bleibt. Dennoch zeigt neben Re S (no. 2) auch der Fall Re EC (Child Abduction: Stayed Proceedings),¹⁶⁴⁸ dass es nicht ausgeschlossen ist, dass sich ein für die Sorgerechtsentscheidung unzuständiges Gericht die Kompetenz herausnimmt, sorgerechtliche Anordnungen zu treffen und dies mit isoliert betrachtet verständlichen Kindeswohlerwägungen begründet.¹⁶⁴⁹

In Re S (no. 2)¹⁶⁵⁰ bezeichnete der High Court seine Anordnung als eine stufenweise Umsetzung der belgischen Entscheidung im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium.¹⁶⁵¹ In der Sache handelt es sich aber um eine Modifikation der darin getroffenen Regelungen, was eine Abänderung darstellt. Schon unter den Vorschriften der Brüssel II-VO ist dies als eine gravierende Fehlanwendung der Verordnung zu werten gewesen. Die Entscheidung, die im Gesamteindruck der Analyse britischer Entscheidungen eine Ausnahme bei sonst fast vorbildlicher Auslegung der Verordnung ist, zeigt jedoch, dass nur dort, wo sich das mit der Anerkennung befasste Gericht einer jeden eigenen inhaltlichen Änderung der ausländischen Entscheidung samt seiner Umsetzung enthält, die internationale Zuständigkeit des an sich zuständigen Gerichtsstaats nach Maßgabe der Kompetenzverteilung der Brüssel IIa-VO respektiert wird. Eigene Kindeswohlerwägungen können bei Anwendbarkeit des Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO nur am *ordre public* festgemacht werden. Jede andere Wertung ist als Abänderung im Sinne einer *revision au fond* zu unterlassen. Dass der High Court in Re S (no. 2) noch selbst davon sprach, nicht die Kompetenz zur Abänderung zu besitzen,¹⁶⁵² zeigt, dass die Abänderung nicht bewußt angemäßt werden muss, sondern auch versteckt bei der Umsetzung einer ausländischen Entscheidung auftreten kann.

¹⁶⁴⁸ Re EC (Child Abduction: Stayed Proceedings), 28.6.2006, [2006] EWCA Civ 1115, [2007] 1 FLR 57.

¹⁶⁴⁹ Siehe hierzu auch die Verfahrensgeschichte der Entscheidung EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Österreich*, Rn. 17, in der ein österreichisches Bezirksgericht ebenso handelte; Darstellung der EGMR-Entscheidung in Kapitel 3, C., I., 5., b).

¹⁶⁵⁰ Re S (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582.

¹⁶⁵¹ Re S (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 16.

¹⁶⁵² Re S (no. 2), 8.12.2003, [2004] 1 FLR 582, Rn. 13.

In dem Fall *Re EC*¹⁶⁵³ ging der englische High Court als Rückführungsgericht davon aus, dass der an sich international zuständige Gerichtsstaat aufgrund der *forum non conveniens*-Regel des Art. 15 Brüssel IIa-VO an englische Gerichte verweisen würde, weshalb das Rückführungsgericht bereits vorläufige Regelungen im Zusammenhang mit einem durchzuführenden Sorgerechtsverfahren traf.¹⁶⁵⁴ Diese in der Sache fehlerhafte Annahme einer Kompetenz des Rückführungsgerichts in der sorgerechtlichen Hauptsache wurde durch den Court of Appeal wieder aufgehoben.¹⁶⁵⁵

Der betrachtete Fall *Re LSdC*¹⁶⁵⁶ passt ebenfalls in diesen Zusammenhang. Hier begründete der High Court in erster Instanz die Versagung der Anerkennung einer portugiesischen Sorgerechtsanordnung unter anderem mit dem Argument, dass diese durch englische Gerichte abgeändert würde, was einen späteren Versagungsgrund nach Art. 23 lit. e) Brüssel IIa-VO schaffen würde.¹⁶⁵⁷ Die Begründung der internationalen Zuständigkeit gem. Art. 13 Brüssel IIa-VO¹⁶⁵⁸ kraft des tatsächlichen Aufenthalts wurde in der Revisionsinstanz durch den Court of Appeal korrigiert.¹⁶⁵⁹ Nach dem Court of Appeal war der gewöhnliche Aufenthalt in Portugal zu lokalisieren. Die Entscheidung des High Court zeigte, wie schnell über die Anerkennungsversagung entschieden, die eigene internationale Zuständigkeit angenommen, die Bewertung der ausländischen Entscheidung in der Sache und ihre Abänderung durch den Anerkennungsstaat betrieben werden kann. Dies muss nicht mutwillig geschehen und kann sich ebenso aufgrund einer unvollständig oder unrichtig ermittelten Tatsachengrundlage und einer fehlerhaften rechtlichen Würdigung ergeben. Hält sich das Kind tatsächlich im Anerkennungsstaat auf, weil es z.B. dorthin verbracht wurde, so besteht die Gefahr einer fehlerhaften Abänderung einer eigentlich anzuerkennenden Entscheidung.

cc) Vermeidung einer fehlerhaften Abänderung

Für die rechtliche Korrektur der fehlerhaften Annahme der Abänderungskompetenz durch ein Gericht müssen die Verfahrensbeteiligten Sorge tragen. Die Brüssel IIa-Verordnung überantwortet ihnen die Rüge der Zuständigkeit. Da die Zuständigkeit gem. Art. 24 Brüssel IIa-VO nicht im Zweitstaat zur Überprüfung steht, kann eine fehlerhafte Annahme der Kompetenz zur Abänderung nur im Mitglied-

¹⁶⁵³ Revisionsentscheidung des Court of Appeal in *Re EC*, 28.6.2006, [2006] EWCA Civ 1115, [2007] 1 FLR 57.

¹⁶⁵⁴ *Re EC*, 28.6.2006, [2007] 1 FLR 57, Rn. 15-16.

¹⁶⁵⁵ *Re EC*, 28.6.2006, [2007] 1 FLR 57, Rn. 21-25.

¹⁶⁵⁶ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam).

¹⁶⁵⁷ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36.

¹⁶⁵⁸ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 48.

¹⁶⁵⁹ *Re LSdC (a child)*, 21.8.2012, [2012] EWCA Civ 1157, Rn. 64 ff.

staat des sich für zuständig erachtenden Gerichts erhoben werden.¹⁶⁶⁰ Den Verfahrensbeteiligten obliegt somit die Verantwortung, diese Rechtsfrage innerhalb des Rechtswegs gegen die betreffende Entscheidung klären zu lassen.¹⁶⁶¹ Der Verweis auf den Rechtsweg des sich für zuständig erklärenden Staates gegenüber der Nachprüfung der Zuständigkeit bei der Anerkennung ist eine geeignete und praktisch wie rechtlich sinnvolle Lösung. Der Art. 24 Brüssel IIa-VO kann in seinem Regelungsgehalt nicht infrage gestellt werden. Die Möglichkeit zu einem Rechtsstreit im Zweitstaat hierüber wäre mit dem Gebot einer zügigen Umsetzung der Entscheidungen in Kindschaftssachen innerhalb der EU-Mitgliedstaaten kaum vereinbar. Die hohe Verantwortung der Verfahrensbeteiligten setzt allerdings auch voraus, dass die Verfahrensbeteiligten diese auch tatsächlich wahrnehmen.

2. *Uneinheitlichkeit der Abänderungstatbestände*

Da die Entscheidung zur elterlichen Verantwortung zumeist Anordnungen mit Langzeitwirkung enthält, ist allen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten eine Abänderungsmöglichkeit sorge- und umgangsrechtlicher Anordnungen in unterschiedlicher Gestalt bekannt.¹⁶⁶² Ein nicht unwesentlicher Gesichtspunkt ist dabei, dass das materielle Recht nicht vereinheitlicht ist und es somit 27 unterschiedliche Varianten der Abänderungsvoraussetzungen gibt. Je nach der jeweils zur Anwendung kommenden Rechtsordnung variiert das in der Sache maßgebliche Recht. Das eigentliche in diesem Zusammenhang stehende Rechtsproblem der verschiedenen Abänderungstatbestände liegt aber darin, dass die Abänderung einer anzuerkennenden Entscheidung einer *revision au fond* im Sinne des Internationalen Zivilverfahrensrechts gleichkommen kann. Auch dieses Argument stellt das Institut der Abänderung nicht infrage. Geklärt werden muss jedoch, ob der Gedanke des Art. 26 Brüssel IIa-VO einen sorgfältigeren Umgang mit einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung erfordert und das bloße Bestehen der internationalen Zuständigkeit nicht in jedem Falle den Weg für eine unbesehene Anwendung der eigenen nationalen Abänderungsvorschriften eröffnet.

3. *Die Grenze zur revision au fond*

a) *Abänderung im Konflikt zur Anerkennung*

Hat das Kind an einem anderen Ort als dem Entscheidungsstaat der geltenden Sorgerechtsregelung seinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist die Möglichkeit der Abänderung aufgrund veränderter Tatsachen Konsequenz der sich ändernden

¹⁶⁶⁰ Vgl. zur klaren Zuständigkeitsverteilung: EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarra-ga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 51 = FamRZ 2008, 1729-1735.

¹⁶⁶¹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 24 Brüssel IIa-VO, Rn. 4.

¹⁶⁶² *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summer*, Parental Responsibility, S. 733 ff.

Lebensumstände.¹⁶⁶³ Die rechtliche Legitimation des Erfordernisses einer materiellen Abänderungsmöglichkeit einer Sorgerechtsregelung wird durch die Systematik der Brüssel IIa-VO nicht infrage gestellt. Wird eine internationale Zuständigkeit angemaßt und die geltende Sorgerechtsregelung revidiert, so stellt dies einen Verstoß gegen Art. 26 Brüssel IIa-VO dar, denn die Entscheidung hätte ohne Überprüfung in der Sache anerkannt werden müssen.

Eine Abänderung der Sorgerechtsentscheidung in der Konstellation des rechtmäßigen Umzugs des Kindes in einen anderen EU-Staat aufgrund veränderter Tatsachen läßt nicht die Gefahr eines Konflikts mit den Anerkennungsversagungsgründen der Brüssel IIa-VO bzw. dem Grundprinzip des Verbots der *revision au fond* vermuten, da es sich begrifflich um die Bewertung anderer Tatsachen auf Grundlage der eigenen Kompetenz dazu handelt. Jedoch ist zu bedenken, dass sich die Gründe, die eine Abänderung der Sorgerechtsentscheidung notwendig werden lassen können, nicht formal in veränderten Tatsachen erschöpfen. Die Betrachtung des Kindeswohlprinzips im Abänderungsrecht des britischen und deutschen Kindschaftsrechts zeigte, dass sich die Abänderungsgründe aus einer Einschätzung der Situation am Maßstab des Kindeswohls ergeben.¹⁶⁶⁴ Im deutschen Recht sind es die triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe, die eine Abänderung erforderlich machen. Die Schwelle zur Änderung bestimmen hier also nicht nur die geänderten Tatsachen, sondern die der Änderung unterliegende Bewertung der Situation am Maßstab des Kindeswohls.¹⁶⁶⁵ Es muss also eine genaue Grenze gezogen werden, ab wann die Abänderung einer Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats eine an sich zulässige Abänderung und ab wann eine nach Art. 26 Brüssel IIa-VO unzulässige *revision au fond* darstellt.

b) Schwierigkeit der Festlegung einer Grenze

Im deutschen Recht kann eine Abänderung nur bei der Veränderung von Tatsachen in Betracht gezogen werden. Dieses Erfordernis macht den ersten grundlegenden Unterschied zur ungerechtfertigten Überprüfung in der Sache aus. Die Bestimmung dessen, was Tatsachen sind, erweist sich auf den zweiten Blick jedoch nicht als ein Kriterium, anhand dessen eine trennscharfe Beurteilung möglich wird. Ein neuer Umstand kann auch eine veränderte Reaktion des Kindes auf bereits bekannte Tatsachen sein.¹⁶⁶⁶ Auch diese Reaktion ist wiederum eine Tatsache. Eine Beschränkung auf geänderte Tatsachen als Kriterium der Abänderung von Entscheidungen verengt das Feld also nicht wirklich und wäre darüber hinaus

¹⁶⁶³ Vgl. Borràs, Erläuternder Bericht, Rn. 78.

¹⁶⁶⁴ Kapitel 4, A., I. (BRD) und Kapitel 5, A., I. (Vereinigtes Königreich).

¹⁶⁶⁵ Vgl. Rauscher, in: Rauscher, EZPR Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 5: „*der Ausgleich zwischen den Bedürfnissen des Kindes nach Kontinuität und der Tendenz zu einer jeweils optimierten Verwirklichung des Kindeswohls*“.

¹⁶⁶⁶ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

auch deshalb schwierig, weil die Definition dessen, was Tatsachen sind, wiederum auslegungsfähig ist.¹⁶⁶⁷ Die rechtlich notwendige Möglichkeit, auf veränderte Situationen einzugehen, wird nur durch die Beurteilung des Kindeswohls geleitet. Ist ein Umstand für dieses erheblich, so muss dies gerichtlich berücksichtigt werden können. Dass die Veränderung von Umständen aber nicht in jedem Fall vorliegt, zeigte die englische Entscheidung *Re LSdC*.¹⁶⁶⁸ In dieser sprach der High Court von der Abänderung der portugiesischen Anordnung durch den Erlass einer eigenen englischen Entscheidung. Der High Court machte dies nicht an einer Veränderung von Umständen fest, sondern sprach für die englische Rechtsordnung typisch¹⁶⁶⁹ von einer neuen Anordnung.¹⁶⁷⁰ Auch gab es für das Gericht keinen Anlass, der auf tatsächlichen Veränderungen beruhte, sondern kritisierte es das Zustandekommen und der Inhalt der Sorgerechtsvereinbarung. Obwohl das Gericht den Art. 26 Brüssel IIa-VO nannte,¹⁶⁷¹ bereitete es durch die Anerkennungsversagung mit Blick auf eine eigene zukünftige Anordnung den Weg in eine *revision au fond*.

Zur Bestimmung, in welchem Fall eine Abänderung einer Sorgerechtsentscheidung im Anerkennungsstaat gegen das Verbot der *revision au fond* verstößt, wird sich somit nur ein Grundsatz aufstellen lassen: „Wird eine anerkannte Entscheidung aufgrund einer abweichenden Beurteilung des Kindeswohls bei unveränderten Umständen in der Sache abgeändert, so kommt dies qualitativ einer *revision au fond* gleich.“ Dies bedeutet, die Grenze zur *revision au fond* und damit der Unzulässigkeit einer Abänderung der Sachentscheidung wird erst dort gezogen werden können, wo derselbe Sachverhalt, der schon Grundlage der existierenden Entscheidung war, im Anerkennungsstaat am Maßstab des eigenen Rechts neu bewertet wird.¹⁶⁷² Auch wenn eine ausländische Entscheidung keine stärkere Bindung haben kann als eine inländische, so schulden die mit einem Abänderungsantrag befassten Richter im EU-Mitgliedstaat der durch die Brüssel IIa-VO vorgegebenen klaren Zuständigkeitsverteilung die Verpflichtung einer sorgfältigen Beachtung, im Abänderungsverfahren nicht eigene Erwägungen an die Stelle der Erwägungen im Entscheidungsstaat zu setzen. In den Entscheidungen *Re S* und *Re LSdC* des englischen High Court ist dieser Fehler gemacht worden.

¹⁶⁶⁷ Vgl. *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 26 Brüssel IIa-VO, Rn. 5.

¹⁶⁶⁸ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam).

¹⁶⁶⁹ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner*, Parental Responsibility, S. 735.

¹⁶⁷⁰ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 36.

¹⁶⁷¹ *Re LSdC (a child)*, 24.4.2012, [2012] EWHC 983 (Fam), Rn. 29.

¹⁶⁷² Zum Haager KSÜ Siehr, *RabelsZ* (62) 1998, 464, 494: „Falls die anerkennende Maßnahme nicht mehr dem Schutz des Kindes gerecht wird, muß eine zuständige Behörde neue Maßnahmen treffen. Es darf aber nicht aus Besservisserei die anerkennende Entscheidung inhaltlich nachprüfen.“

V. Einstweilige Maßnahmen

Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 Brüssel IIa-VO sieht vor, dass die durch einen unzuständigen Staat ergriffenen Maßnahmen außer Kraft treten, wenn das in der Hauptsache zuständige Gericht selbst die Maßnahmen trifft, die es für angemessen hält. Insoweit setzt sich in der Konkurrenz der in der Hauptsache zuständige Gerichtsstaat durch.¹⁶⁷³ Nach dem Verordnungswortlaut bleibt fraglich, wie sich das Konkurrenzverhältnis bestimmt, wenn die einstweilige Maßnahme die zeitlich spätere ist. Blicke diese existent oder wäre gar durch den international zuständigen Mitgliedstaat anzuerkennen, so könnte dies eine indirekte Möglichkeit zur Überprüfung der Entscheidung anhand des Kindeswohlverständnisses der Gerichte des Zweitstaats bedeuten. Die Entscheidungen des EuGH in *Purrucker* und *Deticek* haben den Konflikt konkurrierender vorläufiger Anordnungen pragmatisch und im Sinne der Verordnung gelöst.¹⁶⁷⁴ Einem international nicht zuständigen Mitgliedstaat, in dem sich das Kind aufhält, muss es möglich sein, schnell und zügig auf Gefahren reagieren zu können. Der Sinn und Zweck der Maßnahmen nach Art. 20 Brüssel IIa-VO liegt nach den klaren Ausführungen des EuGH jedoch nicht darin, durch deren Anerkennung und Vollstreckung in anderen Mitgliedstaaten dem an sich unzuständigen Staat ein Mitspracherecht in Kindeswohlfragen einzuräumen und die Durchsetzung der Entscheidung zu verzögern oder zu verhindern.¹⁶⁷⁵ Die Verordnung sieht die Kompetenz klar im international zuständigen Mitgliedstaat, zumeist dem Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts. Mögliche dortige Anordnungen dürfen damit auch nicht durch eine vorläufige Regelung nach Art. 20 der VO abgeändert werden. Auch bei veränderten Umständen muss daher die Abänderung einer vorläufigen Maßnahme des international zuständigen Mitgliedstaats auch dort betrieben werden.¹⁶⁷⁶ Die höchstgerichtliche Rechtsprechung des EuGH entschärft somit einen möglichen Konflikt der konkurrierenden Zuständigkeiten.

Ein Problem ergibt sich allerdings dann, wenn der nicht international zuständige Mitgliedstaat eine vorläufige Regelung erlässt und dabei die internationale Zuständigkeit aufgrund einer fehlerhaften Bewertung oder gar einer Anmaßung dieser für sich in Anspruch nimmt. Der EuGH machte die Bestimmung, auf welcher rechtlichen Grundlage gehandelt wurde, von der Darlegung der Fakten des Gerichts des Zweitstaats abhängig.¹⁶⁷⁷ Eine vorläufige Regelung, die fälschlicherweise die internationale Zuständigkeit nach der Verordnung für sich in Anspruch nimmt, müsste in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden, da hier wiederum das Verbot der Nachprüfung gem. Art. 24 der Brüssel IIa-VO gilt. An dieser

¹⁶⁷³ *Pirrung*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 115.

¹⁶⁷⁴ Siehe Kapitel 1, D., VIII., 2.

¹⁶⁷⁵ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193, Rn. 47-49.

¹⁶⁷⁶ Kritisch *Janzen/Gärtner*, IPRax 2011, 158, 162.

¹⁶⁷⁷ EuGH, 15.7.2010, Rs. C-256/09 (*Purrucker I*), Slg. 2010, I-7353, Rn. 76.

Stelle bleibt, wie bei der Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache auch, Konfliktpotential angelegt.

B. Gegenseitiges Vertrauen

I. Notwendigkeit einer Prüfung des Kindeswohls in allen beteiligten Staaten?

Die grund- und menschenrechtlichen Anforderungen, welche die EU-Grundrechtecharta und EMRK an das hoheitliche Handeln der EU-Mitgliedstaaten stellen, verpflichten den Familienrichter in jedem Stadium des Verfahrens.¹⁶⁷⁸ Im Sorgerechtskonflikt fällt nahezu jede Entscheidung in den grund- und menschenrechtssensiblen Bereich.¹⁶⁷⁹ Da es im Sorge- und Umgangsrechtsstreit wie im Rückführungsverfahren nicht selten im Kern um Fragen geht, die existentielle Rechtspositionen des Kindes betreffen, ist das Kindeswohl Maßstab aller verfahrensrechtlichen Entscheidungen. Dies ergibt sich nicht nur aus der abstrakten Grundkonzeption der Brüssel IIa-VO, sondern ist auch ein Postulat der Art. 24 EU-Grundrechtecharta und 8 EMRK. Diese erfordern, wie oben gezeigt, dass alle widerstreitenden Rechte in einen gerechten Einklang gebracht werden.

1. Systemwechsel im Europäischen Zivilverfahrensrecht

Die Regelungen der Brüssel IIa-VO sehen die Gewährleistung des Kindeswohls als abstrakten Grundsatz ihrer Vorschriften im Bereich der elterlichen Verantwortung vor.¹⁶⁸⁰ Materiell ergibt sich jedoch ein Spannungsfeld aus dem Bestehen grund- und menschenrechtlicher Erfordernisse und dem nunmehr mit der Brüssel IIa-VO auch im IZVR der Kindschaftssachen eingeschlagenen Weg des „Systemwechsels“ innerhalb des Anerkennungs- und Vollstreckungsrechts des EU-Verfahrensrechts.¹⁶⁸¹

Der Begriff „Systemwechsel“ bezeichnet im Kontext des Europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts den signifikanten Schritt, in gewissen Bereichen selbst auf eine *ordre public*-Kontrolle in dem für den Zweitstaat maßgeblichen An-

¹⁶⁷⁸ Vgl. z.B. EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 93.

¹⁶⁷⁹ Vgl. *Rauscher*, FamR, Rn. 57 und 57a.

¹⁶⁸⁰ *Magnus/Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Introduction, Rn. 6; siehe die Erwägungsgründe (5), (12), (13), (17), (19) und (33) zur Brüssel IIa-VO.

¹⁶⁸¹ *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 2 und zur EuVTVO *Pabst*, in: Rauscher, Einl EG-Vollstr.TitelVO, Rn. 13.

erkenntnis- und Vollstreckungsrecht zu verzichten.¹⁶⁸² Modell dieser Entwicklung sind die Vorschriften der Europäischen Vollstreckungstitel-Verordnung; eine rechtspolitische Entscheidung, die argumentativ ebenfalls mit dem Bestehen eines gegenseitigen Vertrauens zwischen den EG-Mitgliedstaaten begründet wurde.¹⁶⁸³ Abstrakt gehen sowohl die EG-Verordnung als auch das HKÜ somit von der Prämisse aus, dass dem Kindeswohl am besten gedient sei, wenn die Entscheidung über das Sorge- und Umgangsrecht vor Gerichten am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts getroffen wird, zum einen aus der praktischen Erwägung, dass die dortigen Gerichte am besten in der Lage sind, die Situation des Kindes in der Familie umfassend zu beurteilen, und zum anderen, da eine allgemeine Vermutung dafür spreche, dass es für das Kind das Beste sei, wenn die Kontinuität seiner Lebensbedingungen gewahrt bleibt und die Beziehung zum zurückgelassenen Elternteil nicht über Gebühr unterbrochen wird.¹⁶⁸⁴ Es handelt sich dabei um eine generalisierte Wertung in der Sache. Eine konkrete Prüfung des Kindeswohls im Zweitstaat liegt nur der *ordre public*-Prüfung der Entscheidungserkennung gem. Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO oder der Anwendung des Art. 13 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 HKÜ zugrunde, die entsprechend als Ausnahme zum Grundsatz ausgestaltet sind.

Die Aufhebung von Prüfungsvorbehalten des Zweitstaats im Anwendungsbereich des Kapitel III, Abschnitt 4 (Artt. 40 ff.) der Brüssel IIa-VO ist die Folge des Grundgedankens der abstrakten Kindeswohlförderlichkeit des vereinheitlichten europäischen Verfahrensrechts in Kindschaftssachen und des sich nun vollziehenden Systemwechsels innerhalb des europäischen IZVR. Anders als im Falle bewusster Abstriche beim wirtschaftsrechtlichen Schuldnerschutz z.B. im Rahmen des EuVTVO¹⁶⁸⁵ hätte eine missverstandene Reduzierung des Kindesschutzes weitreichendere Konsequenzen grund- und menschenrechtlicher Dimension.

¹⁶⁸² *Kohler*, in Baur/Mansel, Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S. 153; siehe Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über einen Aufbau des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, vom Rat (Justiz und Inneres) am 3.12.1998 angenommener Text, ABl. EG 1999, Nr. C 19/1 ff = IPRax 1999, 288-290 und Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001, Nr. C12 vom 15.1.2001, 1 = IPRax 2001, 163-169.

¹⁶⁸³ Erwägungsgrund (18) zur EuVTVO; *Kohler*, in: Baur/Mansel, Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S. 156.

¹⁶⁸⁴ *Borràs*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Art. 8, Rn. 4; *Pirring*, in: Staudinger, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, Rn. C 65; zum HKÜ: BVerfGE 99, 145, 159.

¹⁶⁸⁵ *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 5 EuVTVO, Rn. 5; *Rauscher*, Der Europäische Vollstreckungstitel, Rn. 32-35.

2. Problematik des Kapitel III, Abschnitt 4 Brüssel IIa-VO

Im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium können Einwände grund- und menschenrechtlicher Art über den Prüfungsvorbehalt des anerkennungsrechtlichen *ordre public* berücksichtigt werden. Durch die Regelung des Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO, wonach die Entscheidungen zum grenzüberschreitenden Umgangsrecht und zur Kindesrückgabe anerkannt werden, ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann und ohne das Erfordernis eines Exequaturverfahrens unmittelbar vollstreckbar sind, entfällt jedoch dieser Prüfungsvorbehalt. Eine Überprüfung der Entscheidung am Maßstab menschenrechtlicher Grundanforderungen ist im Zweitsstaat somit nicht mehr möglich. Die Geltendmachung dieser Rechte muss nun zwingend vor dem zuständigen Gericht des Ursprungsstaats erfolgen,¹⁶⁸⁶ und dies ist wegen der Zuständigkeitsverteilung selbst dann der Fall, wenn gravierende Grundrechtsverletzungen oder eine schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls geltend gemacht werden.¹⁶⁸⁷ Fraglich ist aber, ob die Geltung der EMRK es erfordert, dass eine zumindest auf den menschenrechtlichen Gehalt der grenzüberschreitenden Sorge-, Umgangs- und Rückführungsentscheidungen reduzierte Prüfung im Zweitstaat stattfindet.

Gegen die Bedenken eines Ausfalls selbst einer auf den *ordre public* reduzierten Prüfung des Umgangs- und Kindesrückgaberechtstitels im Zweitstaat spricht, dass innerhalb des EU-Raumes eine solche Prüfung bei gleichem Gegenstand zu einer Doppelung des Menschenrechtsschutzes führen würde.¹⁶⁸⁸ Wird in einem EU-Mitgliedstaat eine Entscheidung zum Sorgerecht erlassen, so muss diese bereits im Einklang mit EMRK-Grundsätzen stehen. Der die Entscheidung zum Umgangsrecht oder zur Kindesrückgabe beanstandende Elternteil muss im Falle menschenrechtlicher Bedenken den Rechtsweg innerhalb des Entscheidungsstaats beschreiten und diesen ggf. ausschöpfen, um die Entscheidung durch den EGMR überprüfen zu lassen.¹⁶⁸⁹ Dies hat der EGMR in der Entscheidung *Povse./Österreich* mittlerweile mit Wirkung für Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO ausdrücklich bestätigt.¹⁶⁹⁰ Da alle EU-Mitgliedstaaten der EMRK angehören, ist eine

¹⁶⁸⁶ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

¹⁶⁸⁷ EuGH, 1.7.2010, Rs. C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673, Rn. 83 und 22.12.2010, Rs. C-491/10, PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 51, 69; EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

¹⁶⁸⁸ Vgl. zur EuVTVO *Kropholler/von Hein*, EZPR, Art. 5 EuVTVO, Rn. 13; *Wagner*, IPRax 2002, 75, 87-88; siehe auch EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

¹⁶⁸⁹ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f.

¹⁶⁹⁰ EGMR, 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f., siehe die Darstellung oben, Kapitel 3, C., I., 5., b).

Überprüfbarkeit der Entscheidung im Zweitsstaat aus diesem Grunde nicht geboten, da es sich um einen kongruenten Prüfungsgegenstand handeln würde.

Zu einer Doppelung des Menschenrechtsschutzes, also einer identischen zweiten Prüfung der Ausgangsentscheidung, kommt es nicht im Bereich des innerstaatlichen Vollstreckungsverfahrens. Hier besteht eine originäre Bindung der Vollstreckungsorgane an die Voraussetzungen der EMRK. Eine Lücke im Rechtsschutz tut sich daher nicht auf. Eine weitere Prüfungsinstanz hinsichtlich menschenrechtlicher Standards durch Gerichte des Vollstreckungsstaats im Bereich der Umgangs- und Kindesrückgabefälle ist somit nicht zwingend erforderlich.

II. Wirksamer europäischer Rechtsschutz?

Mit dem Wegfall der *ordre public*-Kontrolle im Bereich des Kapitels III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO entfiel auch im Zweitstaat die Überprüfung der Einhaltung grund- und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der Gewährleistung des Kindeswohls durch Umgangsrechts- und Herausgabeentscheidungen. Der diesbezügliche Rechtsschutz vor nationalen Instanzen beschränkt sich nunmehr auf die Anrufung der Gerichte des international zuständigen Gerichtsstaats. Nicht nur ein gegenseitiges Vertrauen im Sinne des Erwägungsgrunds (21) der Brüssel IIa-VO, sondern auch das Postulat eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK setzen voraus, dass fundamentale Rechte gerichtlich geschützt werden. Beschränkt sich die Überprüfung des grund- und menschenrechtlichen Rahmens durch Instanzgerichte auf nur einen von mehreren beteiligten Mitgliedstaaten, so wird die Funktion der unabhängigen europäischen Gerichte EuGH und EGMR umso bedeutender. Eine wichtige Frage ist daher, ob und in welcher Form vor diesen beiden Gerichten ein praktisch effektiver Rechtsschutz erlangt werden kann, oder ob Rechtsverletzungen lediglich im Nachhinein festgestellt, aber nicht verhindert werden können.

1. Rechtsschutz vor dem EuGH

Der Rechtsschutz natürlicher Personen auf EU-Ebene berührt die Frage der verbindlichen Klärung von Auslegungsfragen im Zusammenhang mit EG- bzw. EU-Rechtsakten sowie der Frage der individuellen Geltendmachung von EU-Grundrechten.

a) Die Klärung von Auslegungsfragen, Art. 267 AEUV

Der im EU-Prozessrecht zur verbindlichen Klärung von Auslegungsfragen statthafte Rechtsbehelf ist das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV. Das Vorlagerecht bzw. die -pflicht besteht gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV bei den mitgliedstaatlichen Gerichten und nicht den von der Rechtsfrage betroffenen Individuen. Der Rechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren ist also nur ein mittelbarer, der nicht in erster Linie dem Schutz subjektiver Rechte, sondern

der Kohärenz der Anwendung des Unionrechts dient.¹⁶⁹¹ Dennoch hat das Vorabentscheidungsverfahren im Kontext des Individualrechtsschutzes seinen festen Platz, da Vorlagefragen nicht selten von entscheidender Bedeutung für den Ausgang eines grenzüberschreitenden kindschaftsrechtlichen Konflikts mit einem Bündel an subjektiven Interessen sind.¹⁶⁹² Das EU-Prozessrecht trägt dieser Tatsache der konkreten Bedeutung der abstrakten Auslegung für die beteiligten Individuen seit dem 1.3.2008 Rechnung, indem ein neues Eilverfahren in Art. 23a der Satzung des Gerichtshofs geschaffen wurde, welches in Art. 104 b der Verfahrensordnung des EuGH ausgestaltet ist. Insbesondere sensiblen Fragen wie denen der Freiheitsentziehung oder den Sorgerechtsproblemen soll auf diese Weise prozessual adäquat begegnet werden können und die Verfahrensdauer auf wenige Wochen reduziert werden.¹⁶⁹³ Hinzu kommt, dass mit dem Lissaboner Vertrag die gem. Art. 68 Abs. 1 EG-Vertrag vorgesehenen Beschränkung des Vorlagerechts auf letztinstanzliche Gerichte weggefallen ist.

Im Eilverfahren ergangene Entscheidungen werden mit PPU (*procédure préjudicielle d'urgence*) hinter der Rechtsachennummer gekennzeichnet, und signifikant wichtige Entscheidungen zur Auslegung der Brüssel IIa-VO sind in diesem Verfahren bereits getroffen worden.¹⁶⁹⁴ Zur Eilbedürftigkeit des PPU-Verfahrens führte der EuGH aus, dass diese in Fällen der Kindesentführung u.a. dann bejaht wird, wenn aufgrund der Trennung eines Kindes von dem Elternteil die Gefahr besteht, dass sich ihre Beziehungen verschlechtern, Schaden nehmen oder ein seelischer Schaden entstehen könnte.¹⁶⁹⁵ Dies zeigt, dass trotz des rein objektiven Charakters des Vorlageverfahrens subjektive Rechte im Kern betroffen sein können und eine Entscheidung zu Auslegungsfragen der Brüssel IIa-VO in ihrer Wirkung für Grundrechte nicht weniger wichtig ist als konkrete subjektive Rechtsbehelfe. Dass das Vorabentscheidungsverfahren hierbei die Möglichkeit eines Eilverfahrens zur Verfügung stellt, ist sehr zu begrüßen, und die bereits zur Brüssel IIa-VO ergangenen grundlegenden Entscheidungen Rinau, Deticek, Aguirre Zarraga und Povse zeigen, dass es sich hierbei um ein verfahrensrechtlich effizientes und unverzichtbares Institut handelt.

¹⁶⁹¹ Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 1.

¹⁶⁹² Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 1, die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens ist nicht der Individualrechtsschutz, jedoch hat das Verfahren eine hohe Bedeutung für diesen.

¹⁶⁹³ Kokott/Denisopoulos/Henze, EuGRZ 2008, 10, 1; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 267 AEUV, Rn. 89.

¹⁶⁹⁴ EuGH, 23.12.2009, Rs. C-403/09 PPU (*Deticek*), Slg. 2009, I-12193; 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (*Rinau*), Slg. 2008, S. I-5271; 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247; 1.7.2010, Rs C-211/10 PPU (*Povse*), Slg. 2010, I-6673.

¹⁶⁹⁵ EuGH, 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU (*Aguirre Zarraga*), Slg. 2010, I-14247, Rn. 39 = FamRZ 2011, S. 355, 356.

b) Schutz der EU-Grundrechte

Das Unionsrecht sieht keinen speziellen Rechtsbehelf zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen die EU-Grundrechtecharta vor. Die Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Unterabs. 4 AEUV ist der einzige Rechtsbehelf vor dem EuGH, der von natürlichen Personen nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen erhoben werden kann und sich nur gegen Unionsrecht selbst richtet.¹⁶⁹⁶ Die abstrakte Vereinbarkeit der Regelungen der Brüssel IIa-VO mit Unionsgrundrechten dürfte aber nicht bezweifelt werden, sondern es ist die mitgliedstaatliche Umsetzung durch ihre Gerichte, gegen die sich ein Rechtsbehelf richten müsste. Die Grundrechtecharta bindet in erster Linie die Organe und Behörden der EU.¹⁶⁹⁷ Für die Mitgliedstaaten gilt die Grundrechtecharta ausschließlich bei der Umsetzung von EU-Recht, Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta. Eine Geltendmachung der Verletzung durch Individuen ist daher auch nur vor mitgliedstaatlichen Gerichten möglich, welche dann entscheidungserhebliche Fragen gem. Art. 267 AEUV vorlegen können.

Der EuGH ist Garant des institutionellen Gleichgewichts zwischen den Unionsorganen und Hüter der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, aber kein Gericht des individuellen Bürgerschutzes.¹⁶⁹⁸ Hierin könnte ein Defizit des Grundrechtsschutzes gesehen werden. Im Ergebnis ergeben sich jedoch keine Lücken im Schutzniveau für die EU-Bürger, da neben dem nationalen Grundrechtsschutz die Bindung an die EMRK hier bereits umfassend besteht und für alle Mitgliedstaaten der EU gleichermaßen gilt. Aufgrund der erhöhten Grundrechtssensibilität und der damit oft einhergehenden Eilbedürftigkeit wäre es dennoch wünschenswert, ein System des individualisierten Rechtsschutzes vor dem EuGH mit einstweiligen Maßnahmen nach Vorbild des Art. 39 VerFO EGMR zu schaffen, um die Geltendmachung von subjektiven Grundrechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Unionsrechts, hier der Brüssel IIa-VO, nicht vollständig auf das Verfahren vor dem EGMR zu verlagern.

2. Rechtsschutz vor dem EGMR

a) Die Individualbeschwerde

Im Falle möglicher Menschenrechtsverletzungen durch EMRK-Vertragsstaaten steht natürlichen Personen die Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK zur Verfügung. Diese bereits für sich genommen „herausragende Errungenschaft des

¹⁶⁹⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EurR, Rn. 512 ff., 520; zur Klagebefugnis bei unmittelbarer und individueller Betroffenheit siehe *Cremmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV und AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 33.

¹⁶⁹⁷ *Kirchhof*, NJW 2011, 3681, 3684; *Herdegen*, EurR, § 8 Rn. 31.

¹⁶⁹⁸ *Kirchhof*, NJW 2011, 3681, 3684.

Menschenrechtsschutzes¹⁶⁹⁹ kann jedoch nur bei behaupteten bereits erfolgten Menschenrechtsverletzungen und gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs eingelegt werden, eine Popularklage oder eine abstrakte Normenkontrolle gegen Rechtsnormen ist ausgeschlossen.¹⁷⁰⁰ Die Zeitdauer eines Individualbeschwerdeverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kann damit in grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikten zum Problem werden.¹⁷⁰¹ Im Falle der Vollstreckung einer umgangsrechtlichen Anordnung im Zweitstaat ist es dem Beschwerdeführer im Zweifel schon aus Zeitgründen nicht möglich, einen präventiven Rechtsschutz im Wege der Individualbeschwerde vor dem EGMR gegen die Anordnung zu erhalten, bevor diese vollzogen wird.¹⁷⁰² Die spätere Feststellung eines Verstoßes gegen menschenrechtliche Grundsätze würde dann nichts mehr am Bestehen eines bereits eingetretenen Schadens für das Kindeswohl ändern, der möglicherweise durch die Vollstreckung herbeigeführt wurde.

b) Eilrechtsschutz

Dennoch wird Antragstellern auch vor Erschöpfung des nationalen Rechtswegs bereits Gehör vor dem EGMR gewährt. Die Verfahrensordnung des EGMR sieht in ihrem Art. 39 mit der Anordnung einstweiliger Maßnahmen bereits einen gewissen Eilrechtsschutz vor. Danach kann die Kammer oder gegebenenfalls ihr Vorsitzender auf Antrag einer Partei oder jeder anderen betroffenen Personen sowie von Amts wegen gegenüber den Parteien vorläufige Maßnahmen bezeichnen, die im Interesse der Parteien oder eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs ergriffen werden sollen. Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes kann sofortiges Handeln geboten sein, um irreparable Schäden zu vermeiden und wenn die Gefahr besteht, dass der Gerichtshof der Beschwerde im Hauptsacheverfahren allein nicht mehr wirksam wird abhelfen können.¹⁷⁰³ So auch im Fall Neulinger und Shuruk./Schweiz, in dem der EGMR kraft vorläufiger Maßnahme gem Art. 39 der Verfo EGMR gegenüber der Schweiz die Vollstreckung der Rückführung des Kindes nach Israel untersagte, um noch vor Schaffung vollendeter Tatsachen über die menschenrechtliche Vereinbarkeit der Kindesrückführung entscheiden zu

¹⁶⁹⁹ Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 1.

¹⁷⁰⁰ EGMR, 27.6.2000, Nr. 22277/93, *Ilban./die Türkei*, Slg. 2000-VII, S. 267, Rn. 52; Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 22.

¹⁷⁰¹ Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 3.

¹⁷⁰² Vgl. zum Europäischen Vollstreckungstitel *Rauscher*, Europäischer Vollstreckungstitel, Rn. 27 mit der Anmerkung der Verschärfung des Zeitproblems des EGMR-Rechtsschutzes, wenn es der Vollstreckbarerklärung nicht mehr bedarf.

¹⁷⁰³ Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 2; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 49.

können.¹⁷⁰⁴ In der Hauptsache stellte der Gerichtshof bekanntlich den besonderen Umständen des Falles geschuldet die Verletzung des Art. 8 EMRK durch eine Vollstreckung der Rückführung fest. Die vorläufige Maßnahme hat damit eine Menschenrechtsverletzung verhindern können.

Der EGMR sieht die Vollstreckung der Rückführung eines Kindes unter gegebenen Umständen als einen Sachverhalt an, der den Erlass einstweiliger Maßnahmen rechtfertigt, da gerade diese gravierende Verletzungen der Konventionsrechte durch sich zeitlich kurzfristig erledigende Eingriffe befürchten lassen.¹⁷⁰⁵ Nicht anders liegen die Fälle der unmittelbar vollstreckbaren Herausgabeanordnung gem. Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel IIa-VO, welche ebenfalls mit besonderer Eile behandelt werden müssen, wenn die Vollstreckung der Rückführung droht und ein Verstoß gegen die EMRK möglich erscheint. Die einstweilige Anordnung suspendiert die betreffende staatliche Maßnahme nicht *ex lege*, sondern handelt es sich um ein Ersuchen an den Vertragsstaat, die betreffende Maßnahme nicht zu vollstrecken.¹⁷⁰⁶ Kraft ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung müssen sich die Vertragsstaaten entsprechend Art. 46 Abs. 1 EMRK an diese halten, ohne bzgl. der Dringlichkeit und dem Gewicht des drohenden Schadens einen eigenen Einschätzungsspielraum zu haben.¹⁷⁰⁷ Die Urteile des EGMR haben keine unmittelbare Rechtswirkung im Binnenbereich der Vertragsstaaten, allerdings stellt vertragsstaatliches Handeln gegen eine Anordnung einen Verstoß dar, der wiederum mit der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK gehandelt werden kann.¹⁷⁰⁸ Der Rechtsschutz durch den EGMR ist daher auch bei der eiligen Umsetzung eines unmittelbar vollstreckbaren Herausgabebetitels nicht lückenhaft. Im Unterschied zur amtswegigen *ordre public*-Kontrolle erfordert die Anrufung des EGMR allerdings ein gewisses Maß an Eigeninitiative bei der Wahrnehmung der Kindesrechte durch die Eltern oder ggf. amtlich bestellte Verfahrenspfleger.

III. Bestehen eines „gegenseitigen Vertrauens“

1. Das Vertrauensdogma

Nach Erwägungsgrund (21) der Brüssel IIa-VO beruht die Anerkennung und Vollstreckung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, weshalb die Gründe der Nichtanerkennung auf ein notwendiges Minimum beschränkt sind und sich der Rechtsschutz

¹⁷⁰⁴ EGMR, 6. 7. 2010, Nr. 41615, *Neulinger und Shuruk./Schweiz*, Rn. 5, 10 und *dissenting opinion* von Richter Zupancic, Rn. 2.

¹⁷⁰⁵ Siehe die Fn. zuvor.

¹⁷⁰⁶ *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 7.

¹⁷⁰⁷ *Meyer/Ladewig*, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 50; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, Art. 34 EMRK, Rn. 7.

¹⁷⁰⁸ *Meyer/Ladewig*, EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 50, *Kirchhof*, NJW 2011, 3681, 3683.

allein auf den Entscheidungsstaat beschränkt. Die Verordnungsziele bestehen daher nicht nur in der Schaffung eines solchen Vertrauens, sondern ein solches Vertrauen muss vielmehr bereits vorausgesetzt werden um ein dergestalt harmonisiertes Vollstreckungs- und Rückführungsregime zu schaffen, wie es die Brüssel IIa-VO tut. Das Ausgehen von einem solch hohen Maß an Integration wird als „Vertrauensdogma“ bezeichnet.¹⁷⁰⁹ Vergegenwärtigt man sich die Tragweite eines solchen Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Rechtspflege der anderen Mitgliedstaaten, führt dies unweigerlich zu der Frage, ob ein solches denn tatsächlich besteht bzw. ob es derzeit überhaupt bestehen kann.¹⁷¹⁰ Der Gehalt des „gegenseitigen Vertrauens“ im Kontext der Harmonisierung des europäischen kinschaftsrechtlichen Verfahrensrechts ist klärungsbedürftig.

2. Gemeinsame europäische Standards

Mit Inkrafttreten der Brüssel IIa-VO ist das internationale Zivilverfahrensrecht im Bereich elterlicher Verantwortung eigenständig vereinheitlicht worden und hängt nun nicht mehr vom Ehestatusverfahren ab. Allerdings sind weder das Kollisionsrecht noch das Sachrecht der elterlichen Verantwortung selbst in irgendeiner Form angeglichen worden. Seit Längerem bestehen Bestrebungen der Expertenkommissionen der Commission on European Family Law (CEFL), einen gemeinsamen Kern (*common core*) der europäischen Familienrechte nach dem Vorbild der Kommissionen um die Vereinheitlichung eines europäischen Vertragsrechts¹⁷¹¹ herauszuarbeiten.¹⁷¹² So beziehen sich bisher durchgeführte Studien neben der Anstellung eines allgemeinen sachrechtlichen Vergleichs zum Beispiel auf den

¹⁷⁰⁹ *Magnus/Mankowski*, in: Magnus/Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Introduction Rn. 3; *Pabst*, in: Rauscher, EZPR, Einl. EG-VollstrTitelVO, Rn. 15; *Netzer*, S. 6.

¹⁷¹⁰ Kritisch *Schack*, IZVR, Rn. 1054: „*Anscheinend muss aber das Kind erst in den Brunnen fallen, bevor man in Brüssel aus den Integrationsräumen aufwacht*“ oder *Rauscher*, Europäischer Vollstreckungstitel, Rn. 15: „*die Verwandlung des als Ziel verstandenen einheitlichen Rechtsraums der Mitgliedstaaten in eine als Realität begriffene Fiktion*.“; *Rauscher*, in: *Rauscher*, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 4: „*mehr ein Postulat denn eine Bescheinigung der bereits erreichten Realität*“.

¹⁷¹¹ The commission for the UNIDROIT Principles for Internationale Commercial Contracts; the Lando Commission on European Contract Law; *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, 2000; zur Entwicklung eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, *Heiderhoff*, EuPR, Rn. 556 ff.; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635.

¹⁷¹² Allen voran die Commission on European Family Law (CEFL), siehe dazu ZEuP 2002, 194 (communication note der CEFL); *Boele-Woelki*, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, S. 29 ff.; *dies.* in: *Boele-Woelki*, Common Core and Better Law in European Family Law, S. 25 ff.

Bereich der Scheidung und Trennung¹⁷¹³ oder den der elterlichen Verantwortung.¹⁷¹⁴ Darüber hinaus sprach der EuGH bereits von einem bestehenden gegenseitigen Vertrauen.¹⁷¹⁵ Dennoch ist nicht zu vergessen, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt bei 27 Mitgliedstaaten der EU auch 27 unterschiedliche Familienrechtsordnungen existieren. Insbesondere das Kindschaftsrecht wirft hochsensible Fragen auf und seine Ausgestaltung kann sehr unterschiedlich ausfallen, was die Annahme eines solchen gegenseitigen Vertrauens nicht als eine Selbstverständlichkeit erscheinen lässt, von der ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Der Kindeswohlstandard ist nicht in allen EU-Mitgliedstaaten gleich hoch, geschweige denn einheitlich.¹⁷¹⁶

Im Kern ist bei Betrachtung der europäischen Familienrechtsordnungen bei der Frage, was das Kindeswohl ausmacht, dennoch ein breiter Konsens erkennbar.¹⁷¹⁷ Bei der hohen Zahl von 27 EU-Mitgliedstaaten, die in zum Teil sehr unterschiedlicher rechtlicher Tradition stehen, sind gerade in den Auslegungsfragen rund um den Begriff des Kindeswohls und dessen verfahrensrechtliche Realisierung keine gleichen, jedoch miteinander zu vereinbarende Ergebnisse zu erwarten, eine Vereinbarkeit, die auf der Einhaltung gewisser Mindeststandards beruht. Nur hierauf kommt es bei der Frage der Gewährleistung eines gewissen Schutzniveaus an. Die kulturelle Vielfalt der Mitgliedstaaten wird dabei nicht in Abrede gestellt. Die Vereinbarkeit einer fortschreitenden Harmonisierung des Verfahrensrechts in Kindschaftssachen mit der Diversität der Rechtsordnungen bemisst sich nach dem Standard, der für den Schutz des Kindeswohls als generell unabdingbar veranschlagt wird. Das bedeutendste Argument für ein Vertrauen ist die bereits oben genannte Bindung der EU-Staaten an die EU-Grundrechtecharta und die EMRK, die den einheitlichen Rahmen eines europäischen grundrechtlichen Schutzniveaus gewährleisten. Die EMRK legt unabhängig von nationalstaatlichen Einschlägen ein einheitliches Niveau des Kindesschutzes fest, welches sämtliche vertragsstaatliche Maßnahmen bindet. Dieses einheitliche Schutzniveau ist geeignet, die Basis für ein gegenseitiges Vertrauen der EU-Mitgliedstaaten in die Justiz und Rechtspflege der jeweils anderen Mitgliedstaaten zu bilden. Ein gegenseitiges Vertrauen wird sich mit fortschreitender Praxis und zwischenstaatlicher Kooperation immer weiter aufbauen.

¹⁷¹³ *Boele-Woelki (u.a)*, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses.

¹⁷¹⁴ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Summers*, Parental Responsibility.

¹⁷¹⁵ EuGH, 9.12.2003, Rs. C-116/02 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl*), IPRax 2004, 243, 249; 27.4.2004, Rs. C-159/02 (*Turner./Grovit*), IPRax 2004, 425, 426.

¹⁷¹⁶ Vgl. *Rauscher*, in: Rauscher, EZPR, Art. 23 Brüssel IIa-VO, Rn. 5; *Detbloff*, ZEuP 2007, 992, 997: „Gleichwertigkeit lässt sich nicht dekretieren;“ oder „Die Perspektive Menschenrechte wird gerade im Gemeinschaftsrecht oft vernachlässigt.“

¹⁷¹⁷ Siehe hierzu im Überblick *Boele-Woelki/Braat/Sumner*, Parental Responsibility, S. 477 ff.; *Detbloff*, FamR, § 13 Rn. 241.

IV. Interessensausgleich durch konfliktlösende Maßnahmen

Fraglich ist, welche Möglichkeiten der Einbringung eigener Vorstellungen zur Gewährleistung des Kindeswohls im Recht der Brüssel IIa-VO vorgesehen sind, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass eine in der Auslegung vorgezeichnete beschränkte Kindeswohlprüfung nicht der wirklichen Lösung des Konfliktes zuträglich sein kann.

1. *Würdigung des Konflikts in seiner Gesamtheit*

Die Betrachtung praktischer Entscheidungen hat gezeigt, dass die Gerichte zum Teil die Notwendigkeit gesehen haben, auch im Rückführungsstadium die Kindessituation umfassend zu prüfen und für wichtig befundene Gesichtspunkte in die an sich beschränkte Würdigung miteinzubeziehen. Die Motivation hierfür ist nachvollziehbar. So möchte jeder mit kindschaftsrechtlichen Fällen befasste Praktiker auch tatsächlich das Wohl des Kindes in jeder Hinsicht gewährleisten. Gerade die englischen Entscheidungen haben aber gezeigt, dass das Bemerken einer umfassenderen Tragweite des Falls nicht eine sachlich falsche Anwendung der Kindeswohlbegriffe nach sich ziehen muss.¹⁷¹⁸ Vielmehr löste eine solche Erkenntnis das Bestreben nach einer ausgleichenden richterlichen Anordnung aus, die sich immer noch im Rahmen der verordnungs- und staatsvertragsautonomen Auslegung bewegte. Betrachtet man den grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangsrechtskonflikt in seiner Gesamtheit, so müsste sich eine Effizienz in der praktischen Behandlung der Sache an der Nachhaltigkeit der Lösung des Konflikts messen lassen. Dies setzt einen Ausgleich zwischen allen Interessen voraus. Ein langfristiger Interessensausgleich bei der Verteilung der elterlichen Sorge- und Umgangsrechte wird in diesem Fall durch das in der Hauptsache zuständige Gericht vorgenommen. Dies geschieht aus gutem Grund, da dessen Gerichte grds. in der besten Lage sind, die Kindessituation zu beurteilen, und weil eine eindeutige Kompetenz feststehen muss, um die schnelle Verwirklichung von Umgangsrechten zu gewährleisten und einer Entfremdung zwischen Kind und Elternteil vorzubeugen.¹⁷¹⁹

2. *Begleitmaßnahmen im Rückführungsverfahren*

a) Reduzierung von Konfliktpotential in der Rückführungssituation

Möglichkeiten der mitgliedstaatlichen Kooperation eröffnen sich in der Situation der grenzüberschreitenden Kindesentführung. Werden in einem Rückführungsverfahren akute Probleme in der Beziehung zwischen Eltern und Kind offenbar,

¹⁷¹⁸ Insbesondere JPC v. SLW and SMW (Abduction), 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900, Rn. 51-55.

¹⁷¹⁹ Rauscher, in: Rauscher, EZPR, Art. 40 Brüssel IIa-VO, Rn. 5; Schulz, FamRZ 2008, 1732, 1733, Anmerkung zu EuGH, 11.7.2008, Rs. C-195/08 (Rinan), Slg. 2008, I-5271.

so ist es bereits zu diesem Zeitpunkt von hohem Wert, alle Beteiligten miteinzubeziehen. Es darf nicht vergessen werden, dass es sich bei diesen in den meisten Fällen um eine Familie handelt, die zu einem früheren Zeitpunkt bereits einmal ein gemeinschaftliches Leben geführt hat. Möglicherweise wird die Situation durch den sich zuspitzenden Streit der Eltern überschattet, während sich die tatsächliche Situation im Hinblick auf den Umgang beider Eltern mit dem Kind im Ausgangspunkt gar nicht so ausweglos darstellen mag.¹⁷²⁰ Eine unnötige zusätzliche Verkrampfung der Situation muss daher von Seiten der Behörden und Gerichte zum frühestmöglichen Zeitpunkt aufgefangen und entschärft werden. Für alle Beteiligten und insbesondere das Kind dürfte der psychologisch gesündeste Weg grundsätzlich derjenige sein, der bestehendes und zukünftiges Streitpotential abbaut und dabei die Bezugspersonen für das Kind erhält. Hier ist zu bedenken, dass die spätere Durchführung des Kontakts des nicht-sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind eine überaus sensible Angelegenheit ist, die durch die Aufladung des Streites mit Aggressionen in diesem Stadium und einen Verlust des Vertrauens ineinander gefährdet wird.¹⁷²¹ Die für alle Beteiligten so wichtige Lösung von langzeitigem Wert in schwierigen Streitfällen kann durch ein einvernehmliches Zusammenwirken und eine Deeskalation ausufernder Differenzen zwischen den Eltern erreicht werden. In dem durch die Brüssel IIa-VO integrierten HKÜ-Verfahren werden insbesondere durch die britischen Gerichte sog. konfliktlösende Maßnahmen (*undertakings*)¹⁷²² angewandt, die es ermöglichen, bei einer restriktiven Auslegung der Rückführungsversagungstatbestände die sich aus der Gesamtheit des Konflikts ergebenden Schwierigkeiten zu berücksichtigen.

b) Undertakings des britischen Rechts

Sog. *undertakings*,¹⁷²³ *mirror*¹⁷²⁴ und *safe harbour orders*¹⁷²⁵ ebenso wie andere denkbare Anordnungen, die eine Kommunikation der Behörden bei der Lösung des Konflikts voraussetzen und auf eine stärkere Einbeziehung anderer vermittelnder Elemente im grenzüberschreitenden Verfahren setzen, sind dem Ziel der Rückführung, aber auch gleichsam der Konfliktlösung in der Sache dienlich. Die in der

¹⁷²⁰ Vgl. *Carl*, FPR 2001, 211.

¹⁷²¹ *Ripke*, FPR 2004, 199, 201.

¹⁷²² Verschiedene verfahrensrechtliche Maßnahmen zur Verringerung/Beilegung des Konflikts im Rückführungsverfahren, Überblick bei *Carl*, FPR 2001, 211, 213.

¹⁷²³ Ein Versprechen oder ein Zugeständnis, das ein Verfahrensbeteiligter dem Rückführungsgericht abgibt, um eine bestimmte Anordnung zu ermöglichen. Zur Erklärung siehe *Nehls*, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten*, S. 13, 22-24.

¹⁷²⁴ *Carl*, FPR 2001, 211; *Dutta/Scherpe*, FamRZ 2006, 901, 908.

¹⁷²⁵ *Carl*, FPR 2001, 211; *Dutta/Scherpe*, FamRZ 2006, 901, 908; *safe harbour order* bezeichnet eine Anordnung der Gerichte des Herkunftstaates, die den zurückgelassenen Elternteil verpflichten und im Herkunftstaat durchsetzbar sind.

Analyse der Rechtsprechung des Vereinigten Königreiches betrachtete Entscheidung in *JPC v. SLW and SMW (Abduction)* ist ein sehr gutes Beispiel einer solchen gerichtlichen Kooperation.¹⁷²⁶ Hier machte es die Rückführungsanordnung von einer Anberaumung eines *hearing* im Herkunftsstaat Irland abhängig, bei dem die vom Rückführungsgericht erkannten Differenzen im Wege der Vermittlung zugunsten des Kindeswohls behoben werden sollten. Somit kam es zu keiner Versagung, die sich ggf. auf Grundlage des Art. 11 Abs. 8 Brüssel IIa-VO nicht gegen eine Rückgabebestimmung in der Hauptsache durchgesetzt hätte, sondern vor Beendigung des Verfahrens wurden deutliche Vorstellungen kommuniziert und letztlich auch durchgesetzt. Im Ergebnis wurde das betreffende Kind zurück in den Herkunftsstaat geführt, und zusätzlich wurden wichtige Schritte zur Lösung des Konflikts eingeleitet.

Weitere solcher konfliktlösender Maßnahmen können z.B. sein:¹⁷²⁷ die Zusage, das bisher von der Mutter betreute Kleinkind bis zur Entscheidung des Gerichts des Herkunftslands in der Obhut der Mutter zu belassen, die Erlaubnis für die Mutter, das Kind einstweilen am bisherigen Familienwohnsitz zu betreuen, die Verpflichtung des Vaters, Unterhalt für das Kind und ggfs. vorläufig auch für die Mutter zu zahlen, Regelungen für einen betreuten Umgang nach der Rückkehr des Kindes oder andere Zusicherungen und Verpflichtungen beider Elternteile, die alle bestehenden Interessen in einen Einklang bringen, bis das Hauptsacheverfahren Sorge- und Umgangsfragen umfassend und mit Weitblick klären kann.

Maßnahmen dieser Art erreichen einen schonenden Umgang mit den Verfahrensbeteiligten und insbesondere dem Kind bereits in diesen früheren Stadien der verfahrensrechtlichen Handhabung des grenzüberschreitenden Sorgerechtskonflikts. Sehen die Gerichte im Zufluchtstaat ein erhebliches Konfliktpotential, das die Anordnung der Rückführung insgesamt infrage stellt, so können die britischen *undertakings* ein Vorbild für die mitgliedstaatliche Kooperation sein. Durch die Kooperation dürften sich in einer Vielzahl der Fälle die Beachtung der klaren Zuständigkeitsverteilung der Brüssel IIa-VO mit dem HKÜ gewährleisten und gleichsam alle Bedenken des Rückführungsgerichts ausräumen lassen.

c) Kompetenz zur Anordnung und Durchsetzung der Begleitmaßnahmen

Wichtige Teilfrage der Anordnung begleitender Maßnahmen sind diejenigen der Kompetenzgrundlage zum Erlass sowie ihrer Durchsetzung.¹⁷²⁸

¹⁷²⁶ *JPC v. SLW and SMW (Abduction)*, 8.6.2007, [2007] 2 FLR 900.

¹⁷²⁷ Siehe die einführende Darstellung bei *Carl*, FPR 2001, 211, 213; *Nebbs*, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten*, S. 13, 22.

¹⁷²⁸ *Mäsch*, FamRZ 2002, 1069, 1073; *Finger*, in: Bergschneider, Beck'sches Formularbuch FamR, E. IX, Rn. 2, 3.

aa) Die Kompetenzgrundlage

Die Kompetenzgrundlage zur Anordnung begleitender Maßnahmen muss sich in der Sache jeweils aus dem innerstaatlichen Verfahren und dem Recht der elterlichen Verantwortung ergeben. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die unterschiedliche Tradition der Mitgliedstaaten in der Handhabung solcher begleitender Maßnahmen. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO greift den Gedanken der Begleitmaßnahmen jedoch auf, indem er regelt, dass eine Rückführung dann nicht versagt werden kann, wenn der Staat des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts angemessene Vorkehrungen nachweist, um den Bedenken des Rückführungsgerichts zu begegnen. Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes, als dass sich die Gerichte beider beteiligter Staaten auf praktikable kindeswohlgerichte Bedingungen der Rückführung einigen müssen. Insoweit besteht bereits eine gemeinsame europäische Grundlage einer solchen Zusammenarbeit.

bb) Die Durchsetzung begleitender Maßnahmen

Die Gerichte des Zweitstaats (Anerkennungsstaat oder Rückführungsstaat) müssen sich ebenso wie die Beteiligten darauf verlassen können, dass einer angemessenen Schutzvorkehrung gem. Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO im Wege einer begleitenden Anordnung, die eventuell durch Verhandlung mit den betroffenen Personen vereinbart wurde, Folge geleistet wird.¹⁷²⁹ Eine Möglichkeit ist die Gestaltung im Wege des sog. *safe harbour order*, bei dem die Anordnung durch Gerichte des Herkunftsstaats getroffen wird und somit auch nach dortigem Verfahrensrecht durchsetzbar ist. Diesen Gedanken greift Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO auf. Bisher normiert die Verordnung in Art. 11 Abs. 4 aus der Perspektive des ersuchenden Staats, dass eine Rückführung nicht gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ versagt werden kann, wenn angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten. Jedoch muss sich auch der ersuchte Staat auf die Einhaltung der Absprachen verlassen können. Eine Erweiterung der Regelungen der Brüssel IIa-VO um die Verbindlichkeit und Anerkennungsverpflichtung derartiger Vereinbarungen könnte mit Blick in die Zukunft wünschenswert sein. Eine Beobachtung der Einhaltung der Absprachen könnte den Zentralen Behörden der beteiligten Länder obliegen. Eine Auflösung der Gefährdung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ durch eine einvernehmliche Absprache läge damit im Sinne des Erwägungsgrunds (25) zur Brüssel IIa-Verordnung, der die Zentralen Behörden zur „Förderung der gütlichen Beilegung der die elterliche Verantwortung betreffenden Familienstreitigkeiten“ auffordert.

¹⁷²⁹ Siehe das Beispiel einer gerichtlichen Elternvereinbarung bei *Vomberg/Nebbs*, Rechtsfragen der Int. Kindesentführung, S. 158-159.

Ergebnis

Die Brüssel IIa-VO hat die gerichtliche Behandlung grenzüberschreitender kindschaftsrechtlicher Konflikte aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten deutlich verbessert. Die hypothetische Subsumtion des Falls Tiemann./Lancelin unter die Regeln der Verordnung hat dies mit Geltung für jedes Verfahrensstadium gezeigt.¹⁷³⁰ Die eindeutige Zuständigkeitsordnung der Brüssel IIa-VO, die sich in der Anerkennung,¹⁷³¹ der Vollstreckung,¹⁷³² der Rückführung,¹⁷³³ den einstweiligen Schutzmaßnahmen¹⁷³⁴ und auch der Abänderung der Entscheidung¹⁷³⁵ fortsetzt, hat der Behandlung grenzüberschreitender Kindschaftssachen im Sinne des Kindeswohls eine klare Struktur gegeben. Dies gilt insbesondere für die einschneidenden Neuerungen durch Art. 11 und Kapitel III, Abschnitt 4 der Brüssel IIa-VO.¹⁷³⁶ Das rechtliche Fundament des Ausschlusses jeglicher Kindeswohleinwände gegen mit-

¹⁷³⁰ Kapitel 1, D., IV.-VIII.

¹⁷³¹ Kapitel 1, D., V.

¹⁷³² Kapitel 1, D., VI.

¹⁷³³ Kapitel 1, D., VII.

¹⁷³⁴ Kapitel 1, D. VIII.

¹⁷³⁵ Auf Grundlage der Internationalen Zuständigkeit, betrachtet in Kapitel 1, D., IV.

¹⁷³⁶ Kapitel 1, D., V., 3. und VI., 2.

gliedstaatliche Entscheidungen im Zweitstaat ist dabei die Gewährleistung unabdingbarer Standards der Beachtung des Kindeswohls im Entscheidungsstaat.¹⁷³⁷

Die rechtsvergleichende Untersuchung hat gezeigt, dass die deutsche Rechtsordnung und die britischen Teilrechtsordnungen Englands und Schottlands bei der Beurteilung bestehender Entscheidungen in Kindschaftssachen vom gleichen Grundsatz des vorrangigen Schutzes des Kindeswohls ausgehen.¹⁷³⁸ Die Betrachtung der Entscheidungen in grenzüberschreitenden Kindschaftssachen unter Anwendung der Brüssel IIa-VO allein und in Verbindung mit dem Haager Kindesentführungsübereinkommen ist zu dem Ergebnis gekommen, dass den Gerichten die Differenzierungen in der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs Kindeswohl nicht nur gegenwärtig waren, sondern sie die hohe Bedeutung und ihre Verpflichtung zur autonomen Auslegung der Verordnung wichtig nahmen.¹⁷³⁹ Der Umgang mit dem Einwand des Kindeswohls durch Gerichte der jeweiligen Zweitstaaten gestaltete sich damit schon im Ausgangspunkt ganz im Einklang mit den Vorgaben der Brüssel IIa-VO. In den meisten der betrachteten Entscheidungen wurden die Einwände sachlich richtig eingeordnet und der jeweils geltende Maßstab der Kindeswohlprüfung eingehalten.¹⁷⁴⁰ Nur vereinzelte Entscheidungen zeigten Tendenzen zu einer die Grenzen des Prüfungsspielraums verlassenden Prüfung der Kindessituation.¹⁷⁴¹ Diesen lagen Sachverhaltsgestaltungen mit gravierenden familiären Problemen zugrunde, welche die Gerichte zu Erwägungen veranlassten, die über den Auslegungsrahmen der betreffenden Kindeswohlklausel hinausgingen, jedoch bei sorgfältiger Beurteilung auch nicht ausgeblendet werden konnten.

Wie schon das Bundesverfassungsgericht im Fall *Tiemann./Lancelin* andeutete, zeigten diese Entscheidungen, dass es Situationen geben kann, in denen sich die Umstände nur sehr schwer in die für die Sorgerechtsentscheidung und die für die Rückführung allein maßgeblichen aufspalten lassen.¹⁷⁴² Dem richterlichen Selbstverständnis entspricht es, in jedem Stadium des Verfahrens Schaden vom Kind abzuwenden und eine umsichtige Entscheidung zu treffen, die das Kind in seiner Position als Grundrechtsträger erkennt. So zeigte die Betrachtung der Gerichtsentscheidungen auch, dass die umfassende Würdigung der Kindessituation

¹⁷³⁷ EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneerson und Campanella./Italien*, Rn. 93 und 18.6.2013, Nr. 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse./Österreich*, Rn. 86 f., hierzu Kapitel 3, C., I., 5., b) und Kapitel 6, A., III., 2.; vgl. zum Bereich der zivilverfahrensrechtlichen EG-Verordnungen *Netzer*, S. 267.

¹⁷³⁸ Kapitel 4, A. und Kapitel 5, A.

¹⁷³⁹ BRD: Kapitel 4, B., II.; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, B., II.; Kapitel 6, B., I.

¹⁷⁴⁰ BRD: Kapitel 4, B. II.; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, B. II.; Kapitel 6, B. I.

¹⁷⁴¹ Kapitel 4, B., I., 1. (OLG Hamm, 11 UF 219/05); Kapitel 5, B., I., 1., (Re S); Kapitel 5., B., I., 6. (Re F); Kapitel 5, B., I., 8. (Re LSdC) und zusammenfassend BRD: Kapitel 4, B., II.; Vereinigtes Königreich: Kapitel 5, B., II.; Kapitel 6, B., I.

¹⁷⁴² Kapitel 1, C., I.

an den Grenzen der Auslegungsgrundsätze nicht notwendigerweise zu einer sachlich falschen Anwendung der Brüssel IIa-VO führen muss.¹⁷⁴³

Die Brüssel IIa-VO schafft mit ihren klaren Regelungen zur Internationalen Zuständigkeit, zur Anerkennung, zur Vollstreckbarerklärung und dem anwendbaren Vollstreckungsrecht, zu den einstweiligen Maßnahmen zum Kindesschutz und zu den Rückführungsregeln die verfahrensrechtliche Infrastruktur zur sachgerechten Behandlung von Entscheidungen in Kindschaftssachen aus anderen EU-Mitgliedstaaten, auch der im Hinblick auf die Kindeswohlbeurteilung kritischen Grenzfälle. Sie ermöglicht in diesen Fällen die Wahrung der im Grundsatz vorgesehenen Zuständigkeitsordnung, indem z.B. durch begleitende Maßnahmen im Kindesrückführungsverfahren und eine Kooperation der beteiligten Mitgliedstaaten auch gravierende Kindesschutzbedenken ausgeräumt werden können.¹⁷⁴⁴ Die Verfahrensregeln der Verordnung stehen damit abstrakt im Einklang mit grund- und menschenrechtlichen Anforderungen.¹⁷⁴⁵ Aber auch jede konkrete Anwendung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte muss die Verpflichtungen aus der EU-Grundrechtecharta und der EMRK beachten.¹⁷⁴⁶ Dass die europäischen Gerichte, der EuGH und der EGMR, als oberste Auslegungs- und Rechtsschutzinstanzen den Schutz des Kindes bei der Beurteilung der gerichtlichen Anwendung der Brüssel IIa-VO ernst nehmen, hat die Untersuchung ebenfalls gezeigt.¹⁷⁴⁷

¹⁷⁴³ Kapitel 4, I., 1. (OLG Hamm, 11 UF 219/05); Kapitel 6, B., II.

¹⁷⁴⁴ Zum Interessenausgleich durch konfliktlösende Maßnahmen siehe Kapitel 7, B., IV.

¹⁷⁴⁵ Kapitel 3, C.

¹⁷⁴⁶ Kapitel 3, C.

¹⁷⁴⁷ Kapitel 3, C. insbesondere I., 2. (*Deticek*) und I., 4. (*Sneerson und Campanella ./.* Italien) und I., 5. (*Porse*).

Literaturverzeichnis

- Aden, Menno*: „Law Made in Germany“, ZRP 2012, 50
- Andrae, Marianne*, Internationales Familienrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 und 3. Aufl. Baden-Baden 2014
- Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR, IPRax 2005, 82
- Astarg, Julie*, Deutsch-französisches Hintergrundgespräch, DEuFamR 2000, 263
- Bach, Albert*: Das Haager Kindesentführungsübereinkommen in der Praxis, FamRZ 1997, 1051
- Bach, Ivo*: Drei Entwicklungsschritte im europäischen Zivilprozessrecht, ZRP 2011, 97
- Bainham, Andrew*: Children: the modern law, 2. Aufl. Bristol 1998
- Ballof, Rainer*: Der Kindeswohlgefährdungsbegriff bei internationalen Rückführungsfällen in HKÜ-Verfahren aus rechtspsychologischer Sicht, FPR 2004, 309
- Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: §§ 1297-2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3. Aufl. München 2012
- Bar, Christan von/Mankowski, Peter*: Internationales Privatrecht, Band I, Allgemeine Lehren, 2. Aufl. München 2003
- Bar, Christian von*: Internationales Privatrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, München 1991
- Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus / Zimmermann, Reinhard*: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009
- Bassenge, Peter/Roth, Herbert*: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Rechtspflegergesetz; Kommentar, 11. Aufl. Heidelberg 2007
- Bauer, Frank*: Neues Internationales Verfahrensrecht im Lichte der Kindesentführungsfälle, IPRax 2002, 179
- Becker, Ulrich*: Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht: Bestimmung der Grenzen für die Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels, Diss. Köln 2004, Frankfurt am Main 2004
- Bergschneider, Ludwig* (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 3. Aufl. München 2010
- Bernstorff, Christoph von*: Einführung in das englische Recht, 4. Aufl. München 2006
- Boele-Woelke* mit *Gonzales-Beilfuss, Cristina* (Hrsg.): Brussels II bis: its impact and application in the member states, Antwerpen 2007

- Boele-Woelki* mit *Gonzales-Beilfuss, Cristina* (Hrsg.): The Working Method of The Commission on European Family Law, in: Katharina Boele-Woelki (Hrsg.), Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerpen/Oxford 2005
- mit *Ferrand, Frédérique/Gonzales Beilfuss, Cristina/Jänterä-Järeborg, Maarit/Lowe, Nigel/Martiny, Dieter/Pintens, Walter*: Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen/Oxford 2004
- Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen/Oxford/New York 2003
- Borrás, Alegria*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen vom 28. 5. 1998, ABL. EG 16. 7. 1998 Nr. C 221, 27
- Bruns, Christian*: Der einstweilige Rechtsschutz in Familiensachen ab dem 1.9.2009 – ein Praxisleitfaden, FamFR 2009, 8
- Bruns, Alexander*: Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA, JZ 1999, 278
- Bruch, Carol*: Erfahrungen mit dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, FamRZ 1993, 745
- Bucher, Andreas*: Das Kindeswohl im Haager Entführungsabkommen, in: Baetge, Dietmar/von Hein, Jan/ von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 263
- Bumiller, Ursula/Winkler, Karl*: Freiwillige Gerichtsbarkeit: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 8. Aufl. München 2006
- Bunge, Jürgen*: Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Schottland: eine Gesamtdarstellung mit internationalem Zivilprozessrecht, einem Glossar und einer Bibliographie, 2. Aufl, Berlin 2005
- Burrows, Andrew*: English Private Law, 2. Aufl. Oxford 2007
- Büttner, Helmut*: Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, 585
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV, AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl. München 2011
- Carl, Eberhard*: Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, FPR 2001, 211
- Coester, Michael*: Das Kindeswohl als Rechtsbegriff: die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Habil. Augsburg 1981/1982, Frankfurt am Main 1983

- Coester-Waltjen, Dagmar*: Die Berücksichtigung von Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung Brüssel IIa, FamRZ 2005, 241
- Zur Kindeswohlprüfung bei der Rückführung im Anschluß an eine Kindesentführung, JZ 1999, 462
- Die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in den Haager Übereinkommen, RabelsZ 57 (1993), 263
- Collins, Lawrence* (Hrsg.): Dicey, Morris & Collins on the conflict of laws, 14. Aufl. London 2006 und 13. Aufl. London 2000
- Craig, Paul/de Burca, Grainne*: EU law, text, cases and materials, 5. Aufl. Oxford 2011
- Cretney, Stephen Michael*: Principles of family law, 8. Aufl. London 2008
- Däubler-Gmelin, Herta*: Ehe und Familie in einem zusammenwachsenden Europa – Rechtspolitische Fragen und Antworten, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001: Ehe und Familie in Europa, München 2001, S. 99
- Dethloff, Nina*: Familienrecht: ein Studienbuch, 30. Aufl. München 2012
- Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität. Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, 992
- Dietl, Clara-Erika/Lorenz, Egon*: Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik: Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch, München 2005
- Dilger, Jörg*: Die Regelungen zur Internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003: Vergemeinschaftung, Anwendungsbereich und insbesondere die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, Diss. Köln 2002-2003, Tübingen 2004
- Dornblüth, Susanne*: Die Europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen, Diss. Hamburg 2003, Tübingen 2003
- Dörner, Heinrich*: Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Umgangsregelungen; zu AG Kitzingen, 27.11.1985 – F 17/85, IPRax 1987, 155
- Duffield, Nancy/Theobald, Jo*: Family Law and Practice, Bristol 2001
- Dutta, Anatol/Schulz, Andrea*: Erste Meilensteine im europäischen Kindschaftsverfahrensrecht: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Brüssel IIa-Verordnung von C bis Mercredi, ZEuP 2012, 526
- Dutta, Anatol*: Europäische Zuständigkeiten mit Kindeswohlvorbehalt, in: Baetge, Dietmar/ von Hein, Jan/ von Hinden, Michael (Hrsg.): Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 281
- Dutta, Anatol/Scherpe, Jens*: Die Durchsetzung von Rückführungsansprüchen nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen durch deutsche Gerichte, FamRZ 2006, 901

- Erdrich, Robert*: Umgangsrecht als durch das Grundgesetz geschütztes Recht, FamFR 2010, 5
- Fawcett, J.J./Carruthers, J.M.*: Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14. Aufl. Oxford 2008
- Finger, Peter*: Zuständigkeiten nach dem MSA und anderen kindschaftsrechtlichen Übereinkommen, FPR 2002, 621
- Internationale Kindesentführung, FuR 2005, 443
- Fronwein, Jochen Abraham/Peukert, Wolfgang*: Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl. Kehl 2009
- Geiger, Rudolf*: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl. München 2004
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf*: Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar zur EuGVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht, 3. Aufl. München 2010
- Geimer, Reinhold*: Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2009
- Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, München 1995
- Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Heldrich, Andreas/Sonnenberger, Hans-Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Murad Ferid zum Geburtstag am 11. April 1988, Frankfurt am Main, 1988, S. 89
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*: Familienrecht, 6. Aufl. München 2010
- Gernhuber, Joachim*: Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229
- Gottschalk, Yvonne*: Prüfungsumfang im Rahmen der Vollstreckung einer Umgangsregelung, FPR 2008, 417
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*: Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch, 5. Aufl. München 2012
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 47. Ergänzungslieferung, Stand April 2012, München 2012
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1: Art. 1 -53 EUV, Art. 1 – 80 EGV, Band 4: Art. 198-314 EGV, Baden-Baden, 6. Aufl. 2003
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo* (Hrsg.): Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006
- Gruber, Urs Peter*: Neue Regeln zur Rückgabe entführter Kinder, AnwBl 2005, 209
- Die neue EheVO und die deutschen Ausführungsgesetze, IPRax 2005, 293
- Das neue Internationale Familienrechtsverfahrensgesetz, FamRZ 2005, 1603

- Haratsch, Andreas/Pechstein, Matthias/Koenig, Christian*: Europarecht, 8. Aufl. Tübingen 2012
- Harris-Short, Sonia/Miles, Joanna*: Family law: text, cases and materials, 2. Aufl. Oxford 2011
- Haußleiter, Martin*: FamFG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, München 2011
- Heiderhoff, Bettina*: Europäisches Privatrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2012
- Helms, Tobias*: Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht, FamRZ 2001, 257
- Henrich, Dieter*: Anmerkung zu EGMR, 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Sneersone und Campanella* ./ . *Italien*, FamRZ 2011, 1482
- Henrich, Dieter*: Internationales Familienrecht, 2. Aufl. Frankfurt am Main (u.a.) 2000
- Family Law Across Frontiers. Facts, Conflicts, Trends, in: Lowe, Nigel/Douglas, Gillian, Families Across Frontiers, Den Haag 1996
- Hess, Burkhard*: Europäisches Zivilprozessrecht: ein Lehrbuch, Heidelberg (u.a.) 2010
- Der Verordnungsvorschlag der französischen Ratspräsidentschaft vom 26.6.2000 über einen europäischen Besuchstitel, IPRax 2000, 3
- Hilf, Meinhard/Pache, Eckhard*: Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705
- Hohloch, Gerhard*: Entscheidungen zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, DEuFamR 1999, 55
- Hoffmann, Bernd von/Thorn, Karsten*: Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 9. Aufl., München 2007
- Holzmann, Christiane*: Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung nach der Brüssel IIa-VO, FPR 2010, 497
- Hufen, Friedhelm*: Grundrechte, Kindeswohl und Elternrecht, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 31. 3. 2010 – 1 BvR 2910/09, JuS 2011, 375
- Jacobs, Francis Geoffrey/White, Robin/Ovey, Clare*: The European Convention on Human Rights, 5. Aufl. Oxford 2012
- Janzen, Ulrike/Gärtner, Veronika*: Kindschaftsrechtliche Spannungsverhältnisse im Rahmen der EuEheVO – die Entscheidung des EuGH in Sachen Deticek. Zu EuGH, 23.12.2009 – Rs. C-403/09 PPU – *Jasna Deticek* ./ . Maurizio Sgueglia, IPRax 2011, 158
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 12. Aufl. München 2012
- Jarass, Hans D.*: Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. München 2013

- Jauernig, Othmar* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug); Kommentar, 14. Aufl. München 2011
- Jayme, Erike*: Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Textausgabe, 16. Auflage München 2012, Stand Juli 2012
- Johannsen, Kurt/Henrich, Dieter* (Hrsg.): Familienrecht: Scheidung, Unterhalt, Verfahren; Kommentar, 5. Aufl. München 2010
- Junker, Abbo*: Internationales Zivilprozessrecht, München 2012
- Kamanabrou, Sudabel*: Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), 662
- Keese, Nina*: Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht, Diss. Göttingen 2011, Göttingen 2011
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus*: Internationales Privatrecht: ein Studienbuch, 9. Aufl. München 2003
- Keidel, Theodor* (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17. Aufl. München 2011
- Keidel, Theodor Kuntze, Joachim/Winkler, Karl* (Hrsg.): Freiwillige Gerichtsbarkeit: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Kommentar zum FGG, 15. Aufl. München 2003
- Kemper, Rainer/Schreiber, Klaus* (Hrsg.): Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. Baden-Baden 2012
- Kemper, Rainer*: FamFG, FGG, ZPO, Kommentierte Synopse, 2. Aufl. Baden-Baden 2009
- Kindler, Heinz/Lillig, Susanne/Blüml, Herbert/Meysen, Thomas/Werner, Annegret* (Hrsg.): Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD) / DJI, Deutsches Jugendinstitut), München 2006
- Kirchhof, Ferdinand*: Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, 3681
- Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht, FamRZ 2002, 709
- Klein, Eckart*: Kindesentführung, Kindeswohl und Grundgesetz, IPRax 1997, 106
- Kobler, Christian*: Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht: von der EuGVVO zur Abschaffung des Exequatur, in: Baur, Jürgen/Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.): Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 17. und 18. Mai 2001, München 2002.
- Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen in der Europäischen Union: die Verordnung „Brüssel“, NJW 2001, 10
- Kokott, Juliane/Dervisopoulos, Ioanna/Henze, Thomas*: Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, 10

- Kress, Viktoria*: Internationale Zuständigkeit für elterliche Verantwortung in der Europäischen Union: das neue europäische Familienverfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung im Kontext der Haager Abkommen, Diss. Regensburg 2005
- Kropholler, Jan/von Hein, Jan*: Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zur EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl. Frankfurt am Main 2011
- Kropholler, Jan*: Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl. Tübingen 2006
- Europäisches Internationales Zivilverfahrensrecht ohne Europäisches Kollisionsrecht – ein Torso. Das Beispiel der Kinderschutzmaßnahmen, in: Bachmann/Birgit, et. al. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2005, S. 449
- Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens, *RabelsZ* 58 (1994), 1
- Kindeswohl als Rechtsbegriff, *JZ* 1985, 164
- Kunkel, Peter-Christian*: Aktuelle Rechtsprechung des EGMR zum Kindschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Interessenvertretung für Kinder, *FPR* 2012, 358
- Lando, Ole/Beale, Hugh*: The principles of european contract law: Parts I and II / prep. by the Commission on European Contract Law, Den Haag 2000
- Linke, Hartmut/Hau Wolfgang*: Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. Köln 2011
- Looschelders, Dirk*: Die Europäisierung des internationalen Verfahrensrechts für Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, *JR* 2006, 45
- Internationales Privatrecht, Art. 3-46 EGBGB, Berlin (u.a.) 2003
- Love, Nigel*: The Enforcement of Custody and Access Decisions under the Revised Brussels II Regulation, *IntFamLaw* 2011, 21
- Macoby, Eleanor/Mnookin, Robert*: Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung, *FamRZ* 1995, 1
- Magnus, Ulrich/Mankowski, Peter*: Brussels IIbis Regulation, München 2012
- Martiny, Dieter*: Kindesentführung, vorläufige Sorgerechtsregelung und einstweilige Maßnahmen nach der Brüssel IIa-VO. Die Rechtssache Deticek – EuGH C-403/09 PPU, *FPR* 2010, 493
- Mäsch, Gerald*: Grenzüberschreitende Undertakings und das Haager Kindesentführungsabkommen aus deutscher Sicht, *FamRZ* 2002, 1069
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band I, Texte Art. 1-5, Band II, Art. 6-15, Band IV, Art. 23-53a, München, 68. Lieferung, 2013
- McClean, David*: The Conflict of Laws, 4. Aufl. London 1993

- Meyer-Ladenig, Jens*: Europäische Menschenrechtskonvention; Handkommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2011
- Meyer, Jens* (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Baden-Baden 2011
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Säcker, Franz/Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.),
- Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 6. Aufl. München 2012
 - Band 10, Internationales Privatrecht: Rom I-Verordnung; Rom II-Verordnung, Einführungsgesetzbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1 – 24), 5. Aufl. München 2010
- Münchener Kommentar zum FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVR, EuZVR), hrsg. v. *Rauscher/Thomas*, 2. Aufl. München 2013;
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, *Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.),
- Band 1, §§ 1-354, 4. Aufl. 2013
 - Band 3, §§ 946-1086, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl. München 2008
 - Band 3, §§ 1025-1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 2013
 - Band 4, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), München 2010
- Musielak, Hans-Joachim*: Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. München 2013
- Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut*: Familiengerichtliches Verfahren: Kommentar, 1. und 2. Buch, 3. Aufl. München 2013
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter*: Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. Köln 2013
- Nehls, Kyrn*: Rechtliche Grundlagen bei internationalen Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in: Paul, Christoph/Kiesewetter, Sybille (Hrsg.): Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, München 2009
- Netzer, Felix*: Status Quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts: Vorschlag zum Erlass einer EuZPO, Diss. Augsburg 2010/2011
- Niklas, Isabella Maria*: Die Europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren, Diss. Hamburg 2003
- North, Peter*: Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions, Dordrecht/Boston/London 1993

- Obwexer, Walter*: Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, 115
- Oelkers, Harald*: Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 2. Aufl. Bonn 2004
- Die Rechtsprechung zur elterlichen Sorge – eine Übersicht über die letzten Jahre, FamRZ 1995, 1097
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus-Dieter/Nettesheim, Martin*: Europarecht: ein Studienbuch; [mit Lissabon-Vertrag], 5. Aufl. München 2011
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen; insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen sowie dem Haager Unterhaltsprotokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Bereuungsvertragsgesetz, BGB- Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, bearb. von Bassenge/Peter u.a., 72. Aufl. München 2013 und 69. Aufl. 2010
- Pape, Isabel*: Internationale Kindesentführung. Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, Diss. Berlin 2009, Frankfurt am Main 2010
- Pérez-Vera, Elisa*: Erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (Übersetzung), in: BT-Drucks. 11/5314, 38
- Pernice, Ingolf*: Vollstreckung gemeinschaftsrechtlicher Zahlungstitel und Grundrechtsschutz, RIW 1986, 353
- Pfeiffer, Thomas*: Einheitliche und unmittelbare Urteilsgeltung in Europa, in: Mansel, Heinz-Peter/ Pfeiffer, Thomas/ Kronke, Herbert/ Kohler, Christian/ Hausmann, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band I, 2004 München, S. 675
- Pirrung, Jörg*: Grundsatzurteil des EuGH zur Durchsetzung einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen in anderen Mitgliedstaaten nach der EuEheVO (zu EuGH, 15.7.2010 – Rs. C-256/09 – Bianca Purrucker ./ Guillermo Valles Perez (Purrucker I) und BGH, 9.2.2011 – XII ZB 182/08), IPRax 2011, 351
- Auf dem Weg nach Europa?, FPR 2010, 516
- Auslegung der Brüssel IIa-Verordnung in Sorgerechtsachen – zum Urteil des EuGH in der Rechtssache C vom 27.11.2007, in: Baetge, Dietmar/von Hein, Jan/von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 399
- Haager Kinderschutzübereinkommen und Verordnungsentwurf „Brüssel IIa“, in: Mansel, Heinz-Peter/ Pfeiffer, Thomas/ Kronke, Herbert/ Kohler, Christian/ Hausmann, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band I, 2004 München, S. 701.

- Rausch, Hans*: Elterliche Verantwortung – Verfahren mit Auslandsbezug vor und nach „Brüssel IIa“, FuR 2005, 53
- Rauscher, Thomas*: Versagung der Rückführungsanordnung wegen Ablehnung durch das Kind, FamFR 2011, 94
- Rauscher, Thomas*: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: Kommentar,
- Band 1: Brüssel I-VO, LugÜbk 2007, Bearb. 2011, München 2011,
 - Band 2: EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatelVO, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO, Bearb. 2010, München 2010,
 - Band 4: Brüssel IIa-VO, EU-UntVO, EG-ErbVO-E, HUntStProt 2007, Bearb. 2010, München 2010
 - Familienrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2008
 - Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, München 2004
 - Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, 329
 - Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH 14.10.1992, XII ZB 18/92, JR 1994, 184
- Roth, Herbert*: Zwangsvollstreckung aus ausländischen Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, IPRax 1988, 75
- Rieck, Jürgen*: Ausländisches Familienrecht. Eine Auswahl an Länderdarstellungen, 9. Ergänzungslieferung München 2012
- Zuständigkeit von Gerichten unterschiedlicher EU-Mitgliedstaaten bei kollidierenden Sorgerechtsentscheidungen, FamFR 2010, 166
- Ripke, Lis*: Erste Erfahrungen bei Mediation in internationalen Kindschaftskonflikten, FPR 2004, 199
- Saenger, Ingo* (Hrsg.): Zivilprozessordnung: FamFG, Europäisches Verfahrensrecht; Handkommentar. 4. Aufl., Baden-Baden 2011
- Salgo, Ludwig*: Wie man aus einer ungünstigen Situation eine das Wohl des Kindes gefährdende machen kann – Grenzen der Staatsintervention zur Durchsetzung des Umgangsrechts, FPR 2008, 401
- Schack, Haimo*: Internationales Zivilverfahrensrecht: ein Studienbuch, 5. Aufl. München 2010
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*: Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch, 9. Aufl. München 2012
- Schlauß, Stefan*: Das neue Gesetz zum internationalen Familienrecht, das internationale Familienrechtsverfahrensgesetz, Köln 2005

- Schlösser, Peter*: Neue Perspektiven der Zusammenarbeit von Gerichten verschiedener EG-Staaten im Kindschaftsrecht, in: Hofer, Sybille/ Klippel, Diethelm/ Walter, Ute (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, zum 70. Geburtstag am 15. August 2005, S. 1255
- Schnitzler, Adolf*: Vergleichende Rechtslehre, Band I, 2. Aufl. Basel 1961
- Schoch, Sonja*: Die Auslegung der Ausnahmetatbestände des Haager Kindesentführungs-Übereinkommens, Diss. München 2004, München 2004
- Schulte-Bumert, Kai*: Vollstreckung von familiengerichtlichen Entscheidungen in Angelegenheiten der elterlichen Sorge nach § 33 FGG, FPR 2008, 397
- Schulz, Andrea*: Das Internationale Familienverfahrensgesetz, FamRZ 2011, 1273
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.7.2008, Rs. C-195/08 PPU (Rinau), FamRZ 2008, 1732
- Das Haager Kindesentführungsübereinkommen und die Brüssel IIa-Verordnung. Notizen aus der Praxis, in: Baetge, Dietmar/ von Hein, Jan/ von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 435
- Die Verordnung (EG) 2201/2003 (Brüssel IIa) – eine Einführung, NJW 2004, Beilage Heft 18, 2
- Internationale Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht, FPR 2004, 299
- Die Zeichnung des Haager Kinderschutz-Übereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel IIa-Verordnung, FamRZ 2003, 1351
- Internationale Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht, FamRZ 2003, 336
- Die Stärkung des Haager Kindesentführungsübereinkommens durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, FamRZ 2001, 1420
- Das Haager Kindesentführungsübereinkommen vom 25. 10. 1980 in der Praxis der Straßburger Menschenrechtsorgane, DEuFamR 1999, 224
- Schulz, Werner/Hauß, Jörn* (Hrsg.): Familienrecht: Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2012
- Schulze, Reiner* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 7. Aufl. Baden-Baden 2012
- Schwab, Dieter/Henrich, Dieter* (Hrsg.): Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, 2. Aufl. Bielefeld 1996
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 und 2. Aufl. Baden-Baden 2009
- Siebr, Kurt*: Internationales Privatrecht: deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis, Heidelberg 2001
- Das neue Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996, DEuFamR 2000, 125

- Siebr, Kurt*: Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern, *RabelsZ* 62 (1998), 464
- Die Rechtslage der Minderjährigen im internationalen Recht und die Entwicklung in diesem Bereich, *FamRZ* 1996, 1047
- Smith, Lucy*: Children, Parents and the European Human Rights Convention, in: Eekelaar, John/Sarcevic, Petar (Hrsg.) *Parenthood in Modern Society*, S. 447
- Solomon, Dennis*: Brüssel IIa – Die neuen europarechtlichen Regeln zum internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung, *FamRZ* 2004, 1409
- Spangenberg, Brigitte/Spangenberg, Ernst*: Induzierte Umgangsverweigerung (PAS) und richterliche Kreativität, *FPR* 2002, 256
- Stadler, Astrid*: Das Europäische Zivilprozessrecht – Wie viel Beschleunigung trägt Europa? *IPRax* 2004, 2
- Staudinger, Ansgar*: Die neuen Karlsruher Leitlinien zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, *IPRax* 2000, 194
- Staudinger, Julius von*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen EGBGB/IPR, Vorbem C-H zu Art 19 EGBGB (Internationales Kindschaftsrecht 2), Neubearbeitung Berlin 2009
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Kindschaftsrechtlichen Übereinkommen, Art. 19 EGBGB, Minderjährigenschutzabkommen 1961, Sorgerechtsübereinkommen 1980, 13. Bearbeitung Berlin 1994
- Streinz, Rudolf*: Europarecht, 9. Aufl. Heidelberg 2012
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, unter Mitarbeit von Kruis, Tobias und Michl, Walther, 2. Aufl. München 2012
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus*: Zivilprozessordnung: FamFG; Verfahren in Familiensachen, GVG, Einführungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht; 34. Aufl. München 2013
- Thomson, Joseph M.*: Family Law in Scotland, 6. Aufl. Edinburgh 2011
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, Grundrechtecharta; Handkommentar; mit den vollständigen Texten der Protokolle und Erklärungen und des EAGV, Baden-Baden, 2012
- Völker, Mallory*: Anmerkung zu OLG Schleswig 3. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 19.5.2008 – 12 UF 203/07, *jurisPR-FamR* 25/2008 Anm. 3 = *jurisPR extra* 2009, 10-11
- Anmerkung zu OLG Brandenburg 3. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 22. 09. 2006 – 15 UF 189/06, *jurisPR-FamR* 6/2007 Anm. 6

- Vomberg, Wolfgang/Nehls, Kyra*: Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung, München 2002
- Vomberg, Wolfgang*: Sorgerecht, Umgangsrecht, Kindesentzug bei Trennung und Scheidung der Eltern, FPR 2011, 444
- Wagner, Rolf*: Aktuelle Entwicklungen in der Justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2012, 1333
- Der Europäische Vollstreckungstitel, NJW 2005, 1157
- Die Aussagen zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Haager Programm, IPRax 2005, 66
- Zur Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts vier Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags, NJW 2003, 2344
- Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75
- Walsb, Elizabeth/Geddes, Gillian*: Working in the Family Justice System. The Official Handbook of The Family Justice Council, 3. Aufl. 2010
- Wilkinson, A.B./McK. Norrie, Kenneth*: The Law Relating To Parent And Child In Scotland, 2. Aufl. Edinburgh 1999.
- Windolf, Alice/Zemmrich, Stefan*: Der Europäische Vollstreckungstitel- Schon jetzt ein „Dauerbrenner“ im Europäischen Zivilprozessrecht? JuS 2007, 803
- Winkler von Mohrenfels, Peter*: Der Kindeswille im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommen, in: Schütze, Rolf (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 1527
- Winkler von Mohrenfels, Peter*: Internationale Kindesentführung: Die Problematik des gewöhnlichen Aufenthalts, FPR 2001, 189
- Youron, Howard C.*: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, The Hague/Boston/London (Kluwer) 1996
- Zöller, Richard*: Zivilprozessordnung: mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen; Kommentar, 29. Aufl. Köln 2012
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1996

Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 der Europäischen Union sieht einheitliche europäische Regelungen für die Anerkennung und Vollstreckung grenzüberschreitender Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen vor. Zudem integriert die Verordnung das Haager Kindesentführungsübereinkommen in ihren Anwendungsbereich. Ein zentraler und konfliktreicher Punkt bei der grenzüberschreitenden Durchsetzung ausländischer Sorge-, Umgangs- und Kindesrückführungsentscheidungen ist die Prüfung des Kindeswohls durch Gerichte der beteiligten Staaten, für welche die EG-Verordnung klare Kompetenzen vorsieht. Die Dissertation untersucht den Umgang der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten mit der durch die Verordnung statuierten Kompetenzverteilung zur Kindeswohlprüfung am Beispiel eines Rechtsvergleichs zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs.