

HKÜ - Kindesentführung durch die Mutter: die praktische Regel

Anders als früher verletzen heute durchgängig Mütter (Mit-)Sorgebefugnisse von Vätern, wenn sie die gemeinsamen Kinder aus dem bisherigen Aufenthaltsland nach dem Scheitern ihrer Verbindung entführen, um in ihre Heimat zurückzukehren, mit der sie Schutz und Hoffnung verbinden. Andererseits liegt auch weiterhin meist bei ihnen der Lebensmittelpunkt des Kindes, denn sie stehen für die tatsächliche Betreuung ein, während Väter nach wie vor (regelmäßig) arbeiten gehen und für den Unterhalt aufkommen, weil das auch schon in der Ehe so war. Ihren Vorrang "zum Wohl des Kindes" gefährden sie aber oder müssen ihn sogar aufgeben, wenn nach der Rückführung die Gerichte im Herkunftsland endgültig über die Regelung der elterl. Sorge entscheiden und ihnen Einschränkungen auferlegen oder den Vater in sein Recht setzen, ein offener Widerspruch. Art. 13 HKÜ - Ablehnung der Rückgabe wegen besonderer Gefährdung des Kindes; eigene Entscheidungsbefugnis schon in frühem Alter - sollte gleichwohl nicht ausgeweitet werden. So würde das Abkommen entwertet oder teilweise in sein Gegenteil verkehrt. Vielmehr sollten Gerichte verstärkt undertakings und andere Klauseln verwenden, die Gefahren der Trennung oder des Verlustes wenigstens abmildern bzw. zwischen den Beteiligten Einigkeit herstellen. Im Übrigen gewinnen gerichtl. Vermittlung, Beratung durch das Jugendamt und Familienmediation eigene Bedeutung, vgl. dazu das Bundesgesetz (Schweiz) über die Internat. Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, BG-KKE.

1. Einleitung

a) HKÜ¹

Seit 1.12.1990 ist für Deutschland im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten bzw. bei späterem Beitritt unter den Voraussetzungen aus Art. 38 das **HKÜ** in Kraft. Nach Art. 1 ist (sein) Ziel, "die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener² Kinder sicherzustellen", a), und "zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sor-

¹ Haager Abkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung v. 25.1.1980, BGBl. 1990 II 207, in Deutschland in Kraft seit 1.12.1990, Ausführungsgesetz für verfahrensrechtliche Einzelheiten bei uns IntFamRVG v. 26.1.2005, BGBl. 2005 I 162. Erfasst sind jeweils nur Entführungsfälle "zwischen" den Mitgliedstaaten, dazu auch Gutdeutsch/Rieck, FamRZ 1998, 1488, zu denen auch die USA und die Türkei zählen, aktueller Stand abzurufen unter www.hcch.net oder bei der Zentralen Behörde, in Deutschland Bundesamt der Justiz, Mohrenstraße 37, 53094 Bonn. Inzwischen ist die Eur. Gemeinschaft der Haager Konferenz beigetreten, dazu Beschluss des Rates v. 5.10.2006, ABl. 2006 L 297/1, so dass in den Bereichen, für die sie selbst durch eigene Gesetze bzw. Verordnungen tätig geworden ist, die Außenkompetenz zum Abschluss ergänzender völkervertraglicher Vereinbarungen auf sie übergegangen ist.

² "Widerrechtliches Zurückhalten" liegt auch vor, wenn ein Elternteil für den anderen bestehende Umgangsrechte verweigert/verletzt.

gerecht und Recht zum persönlichen Umgang³ in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird", b), so dass zur (beabsichtigten) Sanktion bei Übergriffen **präventive Aufgaben** hinzukommen. Tatsächlich hat sich seitdem allerdings viel geändert. An die Stelle gerichtlicher **Sorgeentscheidungen** nach entspr. gesetzl. Vorgaben bei Trennung oder Scheidung der Eltern, die jeweils einem von ihnen allein Elternbefugnisse einräumten – überwiegend: der Mutter –, ist durchgängig der Fortbestand der **gemeinsamen elterlichen Sorge**⁴ und Verantwortung trotz des Zerbrechens der Ehe/nichtehelichen Verbindung getreten; damit ist insbesondere die Rechtstellung des Vaters aufgewertet. Weiterhin sind aber vorwiegend die Mütter für die alltägliche Versorgung und Betreuung von Kindern zuständig, deren **Lebensmittelpunkt** bei ihnen liegt, während Väter wie zuvor schon (eher) arbeiten gehen, die materielle Versorgung sicherstellen (**Unterhalt**) und persönlichen Kontakt über ihre **Besuche** halten. Dieser Vorrang für die Kinder (und: Mütter) geht nun weitgehend verloren, wenn sie bei einer aus dem **Entführungsstaat** gerichtl. angeordneten Rückkehr in den **Herkunftsstaat** und endgültiger Regelung der elterl. Sorge dort mit erheblichen Nachteilen und Beschränkungen ihrer Befugnisse oder sogar dem Verlust zu rechnen haben, wobei sich gerichtl. Entscheidungen gerade "gegen" das Kind auswirken,⁵ ganz abgesehen von den beträchtlichen Aufregungen durch mehrere, streitig geführte gerichtliche Auseinandersetzungen, dem sonstigen Aufwand und den Kosten der Sache.

b) Mütter/Väter als Entführer

Entführer sind inzwischen jedenfalls regelmäßig die Mütter.⁶ Sie sind zuvor (meist) dem Vater in ein für sie oft fremdes Land gefolgt und häufig dort fremd geblieben, so dass sie, wenn die Verbindung zerbricht, keinen Halt mehr finden und in ihre Heimat zurückkehren (wollen), die Schutz und Sicherheit verspricht, ohne in der passenden Form (Entscheidung zur elterlichen Sorge durch die Gerichte in diesem Staat) abgesichert zu sein und so im Ergebnis gegen das HKÜ verstoßen. Ist dann wie sonst die sofortige Rückgabe des widerrechtlich in einen ande-

³ Befugnisse anderer Verwandten, bei uns etwa nach § 1685 BGB, sind dabei nicht einbezogen, vertragsautonome Auslegung des Abk., dazu Limbach, FamRZ 1999, 1631, aber zur Vorbereitung einer (beabsichtigten) Rückführung des Kindes können vom Gericht festgelegte Umgangskontakte mit anderen, vertrauten Familienangehörigen hilfreich sein, etwa mit den Großeltern/Eltern des anderen Elternteils.

⁴ Jedenfalls im Verhältnis zu unseren Nachbarn in Europa (und ohnehin für die USA), anders immer noch in der Türkei, vgl. Finger, FamRBint 2008, 9 (16 f.) zu § 1671 BGB, zur Abänderung türk. Sorgerechtsentscheidungen nach § 1696 BGB OLG Frankfurt v. 3.2.2001 – 3 UF 229/00; zur Anerkennung dt. Scheidungsurteile in der Türkei, die ohne Sorgerechtsausspruch ergangen sind – sie ist teilweise möglich und daher nur für die Scheidung – vgl. FamG Izmir v. 16.5.2006 – Urteilsnr. 2006, 395.

⁵ Nach einer Statistik in der Schweiz in 74 % der Fälle, Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (278 Fn. 10 mit Nachw.).

⁶ Hinweise auf diese Folgen auch bei Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (279 Fn. 11 und 12).

ren Mitgliedstaat verbrachten Kindes⁷ anzuordnen, Art. 1 a) HKÜ? Welche Rolle spielt Art. 13 HKÜ (Ausschluss der Rückgabe)? Sind interne Verschiebungen im Abkommen notwendig? Wie können vermittelnde Lösungen aussehen, die sich um Beratung und Abstimmung zwischen den Eltern bemühen? Welche Ziele kann die **Familienmediation** verfolgen, welche Ergebnisse erreicht sie?

2. Gerichtliche Zuständigkeiten; § 13 HKÜ; Vermittlung im Zufluchtstaat - Mediation

a) Rückführungsentscheidung im Herkunftsstaat⁸

Nach Art. 60 e) VO Nr. 2201/2003 hat "im Verhältnis der Mitgliedstaaten" diese Verordnung Vorrang vor dem HKÜ, soweit Bereiche betroffen sind, "die in dieser Verordnung geregelt" werden. Bei "widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes bleiben (sc.: nach Art. 10) die Gerichte des Mitgliedstaates, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erlangt hat" (**mindestens ein Jahr**, weitere Voraussetzungen in b)). Für einen Antrag auf Rückgabe des Kindes nach den Regeln des HKÜ - sie sind von der VO Nr. 2201/2003 nicht berührt - sind sonst die Besonderheiten aus Art. 11 Abs. 2 bis 8 VO Nr. 2201/2003 zu beachten. Nach früheren Plänen für die Neufassung dieser VO sollten dagegen die Zuständigkeiten unter den Ländern der europ. Gesetzgebung den allgem. Regeln folgen, also bei den Gerichten des Herkunftsstaates liegen, die über die elterl. Sorge zu entscheiden haben, und nicht, wie nach den Bestimmungen des HKÜ, in den Zufluchtstaat wechseln,⁹ doch sind sie im weiteren Verlauf aufgegeben worden, da das HKÜ "ein überzeugendes System von Zuständigkeiten bereithalte und sich durchgesetzt habe".¹⁰ Ohnehin hätte so die Mutter, die ihr Kind/ihre Kinder in einen anderen Mitgliedstaat entführt, wenig zu erwarten gehabt, eher im Gegenteil.

b) Sorgeentscheidung im Zufluchtstaat

Nach Art. 16 HKÜ dürfen die Gerichte oder Verwaltungsbehörden im Zufluchtstaat eine Sachentscheidung über das Sorgerecht erst treffen, (falls) ihnen das wider-

⁷ Hat der Vater bisher die tatsächliche Versorgung des Kindes wahrgenommen und "flieht" er in einen anderen Staat, stellen sich dieselben Fragen - spiegelbildlich - selbstverständlich für ihn.

⁸ Haben sich die Eltern gemeinsam für einen Umzug (etwa) in das Heimatland der Ehefrau entschlossen und ist sie dann mit den Kindern "vorausgereist", will sich der Mann die Dinge aber anders überlegen und zu Hause bleiben, kann er nicht nach den Regeln des HKÜ vorgehen und nun Rückführung verlangen, OLG Karlsruhe v. 16.2.2008 - 2 UF 43/08, NJW-RR 2008, 1323 (Kanada/Deutschland); hat das Gericht im Zufluchtstaat die Rückgabe der Kinder in den Herkunftsstaat angeordnet, erfüllt die Mutter ihre Verpflichtung nicht, wenn sie kurzfristig zurückkehrt, um dort "notwendige Behördengänge" zu erledigen, dann aber mit den Kindern wieder ausreist, OLG Karlsruhe v. 14.8.2008 - 2 UF 4/09, FamRBint 2008, 80 mit Anm. Niethammer-Jürgens (Deutschland/Polen).

⁹ Knappe Übersicht bei Finger, FamRB 2004, 234.

¹⁰ Dazu Schulz, FamRZ 2003, 1371 und Solomon, FamRZ 2004, 1409 (1416 f.); Rausch, FuR 2005, 53 (57 f.) und Mohs, FAMPRA.ch 2005, 39 (44).

rechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes mitgeteilt ist, wenn entschieden ist, dass das Kind nach dem HKÜ nicht zurückzugeben werden muss oder wenn nach einer angemessener Frist "ein entsprechendes Verfahren nach dem Übereinkommen nicht betrieben wird". Damit soll sichergestellt werden, dass der Rückgabe des Kindes nicht durch eine Sorgerechtsregelung im (neuen) Aufenthaltsstaat die Grundlage entzogen wird. Dabei sind in Deutschland Ausnahmen für die "gegenläufige Entführung" anerkannt, wenn also (etwa) der Vater

seine Kinder (Matthias und Caroline) aus Frankreich nach Deutschland zurückholen lässt, weil sie früher mit der Familie hier gelebt haben, nachdem sie die Mutter zuvor aus Deutschland nach Frankreich entführt hat, weil nur so Zufälligkeiten¹¹ vermieden werden können; nun ist schon im Rückführungsverfahren nach Gesichtspunkten des **Kindeswohls** zu entscheiden wie sie sonst auch für die Sorgerechtsregelung maßgeblich wären.¹²

c) Art. 13 HKÜ

Entführt ein Elternteil ein gemeinsames Kind und greift damit in Sorgebefugnisse¹³ des anderen ein, haben die Behörden bzw. Gerichte im Zufluchtstaat, wenn beide Länder dem Abk. angehören, für die **sofortige Rückgabe** des Kindes zu sorgen, Art. 1 a) und Art. 12 HKÜ.¹⁴ Dabei treffen sie alle geeigneten Maßnahmen und "wenden zu diesem Zweck ... ihr schnellstmögliches Verfahren an", Art. 2 HKÜ.¹⁵ Ausnahmen folgen allein aus Art. 13 HKÜ. Hat der sorgerechtsberechtigte Teil, dessen Befugnisse verletzt sind, bei der "Entführung" das Sorgerecht "tatsächlich nicht ausgeübt" oder ist er mit dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten des Kindes einverstanden (gewesen) oder hat nachträglich seine **Genehmigung** erklärt, kann (also: keine zwingende Abweisung des Antrages) die Rückgabe des Kindes ebenso abgelehnt werden wie beim Nachweis,

"dass (diese) mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt", c). Im Übrigen kann das Gericht "ablehnen", die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und eine Reife erreicht

¹¹ Kann die Mutter zunächst den Abschluss des Verfahrens in Deutschland erreichen, muss der Vater die Kinder nach Frankreich zurückgeben, aber dort ist noch über seinen Rückführungsantrag zu entscheiden; setzt sich der Vater in Frankreich durch, bliebe seine "Zweitentführung" ohne weitere Auswirkungen, für die die Mutter (formal zu Recht!) Rückgabe verlangt.

¹² Zum Fall T. (in Deutschland und Frankreich) vgl. BVerfG v. 29.10.1998 - BvR 1206/98, DEuFamR 1999, 55 mit Übersicht über den Verfahrensablauf bis dahin, AG Sulingen v. 13.5.1998 - 1 C 32/98, OLG Celle v. 9.7.1998 - 21 UF 88/98 und in Frankreich (erstinstanzliches Gericht und Appellationsgericht in Orléans); zum Arbeitsstab beim BMI zur Konfliktlösung A. Staudinger, IP-rax 2000, 449.

¹³ Entscheidend ist die rechtl. Regelung bzw. Zuordnung im Herkunftsstaat bei der Entführung, während spätere Veränderungen dort unerheblich bleiben.

¹⁴ Ausnahme: Art. 12 Abs. 2 HKÜ - ist der Antrag erst später als ein Jahr nach der Entführung des Kindes gestellt, dazu Abs. 1, kann das angerufene Gericht (oder die zuständige Behörde) die Rückführung des Kindes ablehnen, wenn erwiesen ist, "dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat".

¹⁵ Nach ihrem Verfahrensrecht, so dass sie nicht verpflichtet sind, für das HKÜ erst besondere "Eilverfahren" zu schaffen, Staudinger/Pirrung, Vorbem. Rz. 638 zu Art. 19 EGBGB.

hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen, Art. 13 Abs. 2 HKÜ.¹⁶ Daher ist seine Anhörung notwendig, wenn sie sich in der Sache auswirken kann.

Auch so dürfen allerdings die Ziele des Abkommens nicht verfehlt oder in ihr Gegenteil verkehrt werden. Selbst Kleinkinder gehören nicht notwendig zur Mutter. Ohnehin kann durch passende Regelungen, dazu gleich d), des Richters im Zufluchtstaat erreicht werden, undertakings, dass die Rückgabe/Rückführung in den Herkunftsstaat nicht zwingend mit der Trennung von ihr verbunden ist,¹⁷ etwa weil dort Strafverfolgung droht. Einfluss und Druck des Elternteils liegen nahe, mit dem die Kinder zusammenleben, denn er hat genug Zeit, die Dinge vorzubereiten und damit die Ergebnisse (weitgehend) festzulegen.¹⁸ Jedenfalls sind die Ablehnungsgründe in Art. 12 und 13 HKÜ abschließend aufgezählt und daher nicht zu erweitern. Deshalb spielt - etwa - für sich keine Rolle, ob das Kind die Staatsangehörigkeit des Zufluchtstaates besitzt oder sonst besonders enge Bindungen nach dort hat. Im Übrigen richtet Art. 16 HKÜ Grenzen auf, die nicht überschritten werden dürfen; endgültig kann die Regelung der elterl. Sorge nach Gesichtspunkten des **Kindeswohls** eben erst im Herkunftsstaat durch die dort zuständigen Einrichtungen getroffen werden.

d) Undertakings; mirror orders; safe harbour orders

Kindesinteressen und Interessen der Mutter (oder des Vaters wenn er für die Regelung der elterl. Sorge Vorrang für sich beanspruchen kann) können daher nur in anderer Form in die Entscheidung im Zufluchtstaat einfließen oder bei ihrer Vorbereitung berücksichtigt werden, zur Vermittlung und Mediation, e).

aa) Undertakings

Rückgabe des Kindes ist bei uns durch **Endentscheidung** auszusprechen, nicht durch einstweilige Anordnung. Allerdings können **vorläufige Maßnahmen** auf Antrag oder von Amts wegen (ergehen), "um Gefahren von dem Kind abzuwehren oder eine Beeinträchtigung der Interessen der Beteiligten zu vermeiden",¹⁹ Art. 15 IntFamRVG, also etwa durch Besuche beim anderen Elternteil oder bei einem dem Kind besonders vertrauten Verwandten (Großeltern/Großelternteil). Absprachen der Parteien zum weiteren Ablauf sind hilfreich, die auch als für sie bindende gerichtliche

¹⁶ Für Kinder, die älter als 16 Jahre sind, gilt das HKÜ ohnehin nicht; deshalb wird die Altersgrenze "vielleicht" bei 11 oder 12 Jahren liegen können, dazu die Übersicht bei Bach/Gildenast, Internat. Kindesentführung, S. 58 f. und Weitzel, DAVorm. 2000, 1059; nicht richtig daher OLG Brandenburg v. 17.9.1996 - 10 UF 114/06, FamRZ 1997, 1098.

¹⁷ Zu entspr. Gesichtspunkten bei der dt. Sorgeentscheidung vgl. Münch-Komm/Finger, § 1671 BGB Rz. 47 f.

¹⁸ Deshalb ist nicht maßgeblich, ob sich die Kinder "gegen eine Rückführung" aussprechen bzw. ausgesprochen haben, so aber OLG Brandenburg, FamRZ 1997, 1098 - vielmehr ist ihre Äußerung wie sonst inhaltlich zu überprüfen, wobei Einfluss des "Entführers" ohnehin nahe liegt und daher in seiner Bedeutung besonders zu gewichten ist.

¹⁹ Insbesondere also, wie § 15 IntFamRVG selbst beispielhaft aufführt, "um den Aufenthaltsort des Kindes während des Verfahrens zu sichern oder eine Vereitelung oder Erschwerung der Rückgabe zu verhindern."

Vereinbarung abgefasst werden können. Im Übrigen kann das Gericht eigene Regelungen treffen; dabei sollten die Folgen für den Fall geregelt werden, dass ein Teil den Vorgaben nicht folgt oder gegen sie verstößt, **undertakings**.²⁰

Beispiele:²¹

Helga ist mit einem Bundeswehrrpiloten verheiratet, der zur weiteren Ausbildung in die USA abgeordnet ist. Sie folgt ihm, lernt dort dann aber einen anderen Mann kennen (John), von dem sie ein Kind bekommt, Nina, dessen Vaterschaft John anerkennt. Im September 2004 reist die gesamte Familie nach Deutschland zurück. John leitet hier (rechtzeitig) ein Verfahren nach dem HKÜ ein und obsiegt.^{22/23} In seiner Entscheidung trifft das OLG Celle folgende weitere Anordnungen:

- Die Vollstreckung aus der gerichtl. Entscheidung (Rückführung von Nina in die USA) darf erst erfolgen, wenn die Mutter über einen Zeitpunkt X hinaus untätig bleibt und nicht freiwillig ausreist.
- Für Nina muss der Vater für zwei Monate Unterhalt im Voraus an die Mutter zahlen; Verzögerungen dabei verlängern die zunächst genannte Frist.
- Im Übrigen hat er einen Betrag in derselben Höhe noch einmal für zwei Monate bei seiner Verfahrensbevollmächtigten zu hinterlegen, die zudem den Auftrag erhält, rechtzeitig für die Auszahlung der einzelnen Raten an die Mutter zu sorgen.
- Teilt die Mutter ihre Rückkehr (mit Nina) mit, hat der Vater nachzuweisen, dass er für beide eine Wohnung gemietet und für zwei Monate im Voraus die Kosten gezahlt hat,²⁴ für Entscheidungen zur **Rückgabe** des Kindes nach den Regeln der VO Nr. 2201/2003 unter den Mitgliedstaaten der europ. Gesetzgebung vgl. Art. 11 Abs. 2 bis 8.
- Auch die Übernahme der Flugkosten durch den Vater kann festgelegt werden (bzw. weitere Verpflichtungen für ihn).²⁵

²⁰ Erste Übersichten bei Mäsch, FamRZ 2002, 1069 mit Nachw.; Roth, IPrax 2003, 251; ausf. Vomberg/Nehls, Rechtsfolgen internat. Kindesentführung, S. 51 f. Folgt OLG Celle v. 27.2.2006 - 17 UF 130/05, vgl. auch Fn. 29.

²¹ Die Vaterschaft des dt. Ehemannes ist bisher nicht angefochten, so dass Nina "im Rechtssinne" zwei Väter hat, vgl. dazu auch Heiderhoff und Wedemann, konkurrierende Vaterschaften und doppelte Mutterschaft im internat. Abstammungsrecht (Diss. 2005), weil in den USA John schon als Vater "gilt" (immerhin hat Helga dort bei den zuständigen Behörden die Richtigkeit der Erklärungen bestätigt). Maßgebliche Grundlage für die Entscheidung des OLG wird allerdings von vornherein die amerik. Widerrechtlichkeitsbescheinigung, vgl. dazu Art. 14 und 15 HKÜ.

²³ Allerdings haben sich die Parteien später auf ein Mediationsverfahren verständigt, dessen Ergebnis ich nicht kenne (vgl. schon Fn. 21).

²⁴ Zur Vollstreckung: (Ab den genannten Daten) verpflichtet sich die Mutter - entspr. gerichtl. Entscheidung ist davon unabhängig erfolgt -, Nina an den Vater herauszugeben. "In Vollzug (der gerichtl. Entscheidung bzw. der Herausgabeverpflichtung) wird der Gerichtsvollzieher ermächtigt und beauftragt, Nina der (Mutter) bzw. jeder anderen Person, bei der (sie sich) aufhält, wegzunehmen und dem (Vater) zu übergeben. Das Gericht ermächtigt den Gerichtsvollzieher zur Durchsetzung dieser Anordnung, sofern dies erforderlich ist, unmittelbaren Zwang gegen die (Mutter) oder aufgrund dieses Beschlusses herausgabepflichtigen Person anzuwenden. Die Vollstreckung (mit Ergänzungen zur Wohnungsdurchsuchung) findet ohne Vollstreckungsklausel statt und ist an jedem Ort möglich, an dem Nina aufgefunden wird", folgt Festsetzung von Zwangsgeld mit Zwangshaft, wobei vorherige Androhung nicht erforderlich ist.

²⁵ Strafverfolgung in den USA droht der Mutter wohl nicht, dazu gleich bb.

bb) Mirror orders; safe harbour orders

Jedenfalls sollte die Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat nicht für sich schon an dort drohender **Strafverfolgung** der Mutter wegen der **Entführung** scheitern. Sicherlich ist gerade für kleine Kinder schlimm, wenn ihre Mutter bei der Rückkehr in den Herkunftsstaat durch die zuständigen Behörden verhaftet oder sonst von ihnen getrennt wird. Doch hat sie sich nun einmal selbst in diese Lage gebracht. Noch weniger vertretbar wäre die Zumutung für den Vater, Unrecht, das ihm angetan wurde, einfach hinnehmen zu müssen, weil der Rechtsverletzer (die Mutter, die ihn in seinen Rechten beeinträchtigt hat) vor den Folgen ihres Tuns geschützt werden soll.²⁶ Allerdings kann der Antragsteller (meist: der Vater) durch vertrauensbildende Maßnahmen zur Entschärfung beitragen, um so gerade die Voraussetzungen für eine ihm günstige Gerichtsentscheidung im Herkunftsstaat zu schaffen. Deshalb kann er erklären, und das Gericht im Zufluchtstaat kann ihm solche Erklärungen auch abverlangen, dass er "alles dafür tun wird, die von ihm eingeleitete Strafverfolgung im Herkunftsstaat einzustellen oder sonst zum Abschluss zu bringen", damit nicht dem Kind mit der Rückführung die Trennung von ihr droht.²⁷ Auf sie kann auch das entscheidende Gericht im Zufluchtstaat hinwirken und etwa auf Vorlage einer entspr. heimatstaatlichen behördlichen Bescheinigung oder gerichtl. Entscheidung bestehen, bevor die Rückgabe des Kindes angeordnet wird.²⁸

e) Mediation

Vor allem können **Vermittlung** durch die zuständigen Stellen und **Mediation**²⁹ versuchen, zur Einigung zwischen den Parteien beizutragen und ihr Einverständnis herzustellen, so dass vielleicht doch ihre wirklichen Interessen nach Abwägung in Einklang zu bringen sind und das Wohl des Kindes für eine endgültige Regelung sein notwendige Gewicht erhält. Stets müssen die Eltern freiwillig mitarbeiten. Jede Partei kann das Verfahren abbrechen, wenn sie den Eindruck gewinnt, weitere Gespräche hätten für sie zumindest gegenwärtig keinen Sinn mehr. Dann muss das Gericht entscheiden.³⁰ Wesentliche Einzelheiten für den geplanten Ablauf sollten vorher festgelegt werden. Mit diesem Hintergrund und nach Vorarbeiten einer vom

²⁶ Immerhin ist diese Richtung OLG Rostock v. 4.7.2001 - 10 UF 81/01, IPrax 2002, 218 mit ungewöhnlich scharfer Kritik von Siehr, IPrax 2002, 199.

²⁷ Knapp dazu Nademleinsky/Neumair, Internat. Familienrecht (Österreich), 09.26 mit Fn. 66 und 67.

²⁸ Nademleinsky/Neumair (Fn. 27), 09.26.

²⁹ Ausführlich Schröder, Familienmediation (FamRZ-Buch 19); knappe Übersicht bei Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein/Kloster-Harz, Hb. des Fachanwalts Familienrecht, 4. Aufl. 2008, Kap. 19 Rz. 4; vgl. auch die entspr. Richtlinie der EU, ABl. EU 2008, 11 136/3, im Übrigen (als Beispiele) §§ 135 und 165 FamFG (als Erweiterung des bisherigen Verfahrens nach § 52 a FGG) - auch in der Sache Mattenklot, dazu OLG Celle v. 27.2.2006 - 17 UF 130/05 und EuGHMR v. 11.12.2006 - Beschwerde Nr. 41092/06, FamRZ 2007, 1527, haben sich die Parteien nach einer Mitteilung die ich von dort erhalten habe, auf Familienmediation geeinigt, deren Ergebnis mir allerdings unbekannt ist.

³⁰ Im Übrigen sollte jeder seine rechtliche Situation einschätzen können und über alle für den weiteren Ablauf notwendigen Informationen verfügen; im Vorfeld ist daher Rechtsberatung durch Anwälte sicherlich sinnvoll.

Eidg. Justizdep. bestellten interdisziplinären Kommission³¹ und nach nochmaliger Überarbeitung des Entwurfs ist in der **Schweiz** vor kurzem³² das Bundesgesetz über internat. Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern (**KSÜ** als Fortsetzung des MSA) und Erwachsenen in Kraft getreten, BG-KKE.³³ Bei **Kindesentführungen**, und auf sie beschränkt sich diese Darstellung, fordert Art. 6 HKÜ zwar die Einrichtung Zentraler Behörden, in der Schweiz das Bundesamt der Justiz (Dienst für internat. Kinderschutz),³⁴ aber alles weitere und die Zusammenarbeit mit anderen Stellen legt jedes Land selbst fest. Nach Art. 3 BG-KKE sorgt daher die Zentrale Behörde des Bundes "in Zusammenarbeit mit den Kantonen für ein Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen, die für Beratung, Vermittlung und Mediation sowie für die Kindesvertretung zur Verfügung stehen und in der Lage sind, mit der gebotenen Eile zu handeln", vgl. schon Art. 7 Abs. 2 c) und 10 HKÜ und Art. 29 Abs. 2 HKÜ,³⁵ weiter als bei uns die Aufgabenbeschreibung für das **Jugendamt** in § 9 IntFamRVG. Ziel ist,

qualifizierte Fachpersonen auszuwählen, die nicht nur fachlich, sondern auch zeitlich in der Lage sind, in einer Konfliktsituation zu analysieren, die aufgetretenen Probleme zu identifizieren und mit den betroffenen Eltern Lösungen im Interesse des Kindes auszuarbeiten^{36/37} und damit bessere Ergeb-

³¹ Der Schlussbericht v. 6.12.2005 findet sich bei www.bj.admin.ch - Gesetzgebung, laufende Rechtsetzungsprojekte, Internat. Kindesentführungen.

³² Einstimmige Verabschiedung im Parlament, BBl. 2008, 34, Ablauf der Referendumsfrist 17.4.2008, erstreckt dann auch auf das KSÜ, das das MSA fortsetzt (notwendige Veränderungen in der Schweiz Art. 85 IPRG), das damit - internat. bereits seit 1.11.2002 in Kraft - mit dem ersten Tag des Monats nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde wirksam wird, während für das Erwachsenenschutzübereink. noch eine Ratifikation fehlt, bisher lediglich Deutschland und das Ver. Königreich, dazu Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (281 Fn. 17).

³³ Frühere Übersicht bei Häring, FAMPRA.ch 2007, 256; ausf. nun Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (296 f.).

³⁴ Dazu Botschaft zur Umsetzung der Übereink. über internat. Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereink. über den Schutz von Kindern und Erwachsenen v. 28.2.2007, 07.029, S. 2619.

³⁵ Dazu Botschaft (Fn. 34), S. 2619. Diese Stelle ist bisher schon tätig. Deshalb ist sachgerecht, ihr die mit der Ratifikation des HKÜ (und des KSÜ) anfallenden Informations- und Koordinationsaufgaben im internatq. Verkehr zu "unterbinden" und sie auch mit der Vertretung der Schweiz bei internat. Treffen zu beauftragen; im Übrigen ist sie als Anlaufstelle für ausl. Zentrale Behörden vorzusehen, die um Weiterleitung von Mitteilung oder Auskünfte zum schweiz. Recht und zu spezialisierten Schweizer Behörden und Institutionen ersuchen.

³⁶ So Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (296).

³⁷ "Die Zentrale Behörde des Bundes soll in Zusammenarbeit mit den Kantonen für Fachpersonen und qualifizierte Institutionen sorgen, die insbes. in Kindesentführungsfällen zur Beratung, Vermittlung und Mediation .. oder als Kinderrechtsvertreter beigezogen werden können". Im Einzelfall geht es (im Übrigen) darum, in einer ersten Phase die Kontakte mit allen kooperationsbereiten Beteiligten und den geeigneten Fachpersonen im In- und Ausland herzustellen und anschließend eine gründliche Situations- und Konfliktanalyse vorzunehmen, die es erlaubt, die im konkreten Fall aufgetretenen Kernprobleme zu identifizieren. Darauf kann in einer zweiten Phase die eigentliche Beratung, Vermittlung oder Mediation aufbauen, die auch mit dem Konflikt befassten in- und ausländischen Behörden und Gerichte mit einbeziehen kann. Die Expertinnen und Experten des Netzwerks sollen auch nach Verfah-

nisse zu erreichen als Gerichte, die (etwa) allein nach den strengen Regeln des HKÜ vorgehen und damit keine weiteren Spielräume (im Interesse des Kindes) haben.

Ausländische Stellen können einbezogen werden. Auf die "Verletzlichkeit des Kindes und auf die Anspannung der Eltern" ist besondere Rücksicht zu nehmen, die (oder wenigstens einer von ihnen) die Zentrale Behörde meist eher als bürokratische Einrichtung wahrnehmen und ihr gegenüber oft voller Vorbehalte sein können.^{38/39} Stets ist die Einbeziehung des verletzten Elternteils wichtig,⁴⁰ selbst wenn er sich in einem vielleicht weit entfernten Land aufhält. Durch seine Mitarbeit kann er dem Eindruck entgegenarbeiten, letztlich sei er am Wohl des Kindes doch nicht sonderlich interessiert, sondern handele eher aus Rechthaberei und in der selbstsüchtigen Absicht, ein (weiteres) Scharmützel im Beziehungskrieg siegreich zu bestehen,⁴¹ vgl. auch (zur Vorbereitung) Art. 4.⁴² Im Übrigen bemüht sich Art. 5 BG-KKE über diese verfahrensrechtlichen Festlegungen hinaus um einzelne Gesichtspunkte, die für die **Auslegung** von Art. 13 HKÜ wichtig werden (sollen), ohne damit, so ist jedenfalls die Vorstellung,⁴³ vorrangige Regelungen des HKÜ zu verletzen, weil sie sich auf "Beispiele" für die eigene, offene Begrifflichkeiten des Abkommens beschränken und Hilfen für die Entscheidung des (inl.) Gerichts liefern sollen. Mit "aller Deutlichkeit ist (allerdings) darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen von Art. 5 BG-KKE lediglich klarstellen wollen, wann von einer unzumutbaren Lage im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Lit. b HKÜ auszugehen ist"; sämtliche Bedingungen müssen daher **kumulativ** vorliegen:⁴⁴

rensabschluss bei nachträglich auftauchenden Unklarheiten und Zwistigkeiten zur Verfügung stehen und so die Nachhaltigkeit einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung ermöglichen", Botschaft (Fn. 34), S. 2620/2621.

³⁸ So Jametti Greiner, FAMPra.ch 2008, 277 (297); deshalb sollten "von Beginn an (andere) Fachpersonen herbeigezogen" werden.

³⁹ Vermittlung und Mediation sind ausdrücklich zunächst nur für das HKÜ vorgesehen, nicht für das KSÜ und des Erwachsenenschutzübereink. - beide Verfahren lassen sich aber insoweit "erstrecken", Jametti Greiner, FAMPra.ch 2008, 277 (298).

⁴⁰ Durch persönliche Anwesenheit, selbst wenn "heute gute Kommunikationsmittel zur Verfügung stehen (z.B. Videokonferenz), sind mögliche Hindernisse zu klären (insbes. Prüfung des freien Geleits durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden), und in Ausnahmesituationen ist sogar eine finanzielle Unterstützung zu gewähren, zumal eine gütliche Einigung eine wesentliche Einsparung namentlich von Gerichts- und Anwaltskosten zur Folge hat", Botschaft (Fn. 34) S. 2621.

⁴¹ Jametti Greiner, FAMPra.ch 2008, 277 (297).

⁴² Abs. 1: "Die Zentrale Behörde kann ein Vermittlungsverfahren oder ein Mediationsverfahren einleiten mit dem Ziel, die freiwillige Rückgabe des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen". Abs. 2: "Sie veranlasst die betreffenden Personen in geeigneter Weise", am Vermittlungsverfahren oder an der Mediation teilzunehmen.

⁴³ So jedenfalls Botschaft (Fn. 34), S. 2621 - die "Regelung in Artikel 5 soll Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b) und HKÜ nicht ersetzen", so dass die "Berufung auf die staatsvertragliche Regel nicht (gehindert ist)", vgl. Jametti Greiner, FAMPra.ch 2008, 277 (298/299).

⁴⁴ Jametti Greiner, FAMPra.ch 2008, 277 (299) unter besonderen Hinweis auf die frz. Gesetzesfassung in der Schweiz - gleichwohl bleibt das interne Verhältnis zueinander unklar.

"Die Rückführung des Kindes bringt das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b) HKÜ, wenn:

- a. die Unterbringung bei dem das Gesuch stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht,
- b. der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und
- c. die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht". Hat die Zentrale Behörde noch keine Vermittlung oder Mediation veranlasst, leitet sie nun das Gericht mit dem Ziel ein, "die freiwillige Rückgabe des Kindes zu erreichen oder (sonst) eine gütliche Regelung herbeizuführen", Art. 8 Abs. 1 BG-KKE im Anschluss an Art. 7 Abs. 2 c) und 10 HKÜ, wobei (auch) auf das von Art. 11 HKÜ vorgegebene Beschleunigungsgebot zu achten ist.⁴⁵ Anhörung des Kindes ist notwendig, "soweit nicht (sein) Alter .. oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen", Art. 9 Abs. 2 BG-KKE. Sachkundige Vertretung ist notwendig; für sie bezeichnet das Gericht "als Beistand oder als Beiständin eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person", die "Anfrage stellen und Rechtsmittel einlegen kann", Art. 9 Abs. 3 BG-KKE, vgl. bei uns (bisher) § 50 FGG (Verfahrenspfleger, **Anwalt des Kindes**). Haben sich die einer Rückführung entgegenstehenden Gründe⁴⁶ wesentlich geändert, so kann das Gericht auf Antrag den Bescheid ändern und "über die Einstellung der Vollstreckung" entscheiden, Art. 13 Abs. 1 und 2 BG-KKE.

So bemüht sich der Gesetzgeber mit erheblichem Aufwand, die eigene Regelung (Art. 5 BG-KKE) zu erläutern, einzuordnen und immer wieder herauszustreichen, dass Art. 13 HKÜ vorrangig sei und den Rahmen abstecke, in den inländische Einrichtungen sonst nicht eingreifen dürften.⁴⁷ Insgesamt sei, so wird andererseits betont, eine "**kindgerechtere**" Anwendung des HKÜ zu gewährleisten,⁴⁸ wobei auch die Einschätzung deutlich wird, bisher sei das eben nicht in der gebotenen Form geschehen.

Ausdrücklich als **Beispiele** sind genannt:⁴⁹

Bei der gesuchstellenden Person handelt es sich "um den allein für die elterl. Sorge verantwortlichen Elternteil", denn dann sei sein Antrag "offensichtlich nicht (mit) dem Wohl des Kindes" in Einklang zu bringen; zumindest (komme) sie für eine Übertragung einer solchen Verantwortung in Frage. Aber das ist (schon?) anders, wenn der Antragsteller "nicht in der Lage ist, das Kind zu betreuen". Im Übrigen soll entschieden werden, ob die entführende bzw. das Kind zurückhaltende Person (sehr oft die Mutter) in der Lage ist, ebenfalls dorthin (sc.: in den Herkunftsstaat) zurückzukehren oder nicht.⁵⁰ "Muss diese Frage verneint werden" (etwa: Verhaftung mit Gefängnis - Trennung vom Kind), muss das **Wohl des Kindes** maßgeblicher Gesichtspunkt schon im Rückführungsverfahren werden; nach seiner Prüfung ist

⁴⁵ Botschaft (Fn. 34), S. 2625.

⁴⁶ Mit eigentümlicher Selbstbeschränkung - wichtiger sind von vornherein Änderungen in den Gründen, die für eine Rückführung sprechen, also nachträglich verhängte oder bekannt gewordene Strafhaft des Vaters, dazu OLG Karlsruhe v. 3.4.2000 - 2 WF 31/00, 33/00 und 38/00, NJW 2000, 3361 (3362), fehlende oder nicht mehr vorhandene, vernünftige Versorgungsmöglichkeiten bei ihm etwa nach Kündigung seiner Wohnung, Arbeitslosigkeit mit völliger Verarmung, Obdachlosigkeit u.ä., bei uns § 1696 BGB für die bereits rechtskräftige Rückgabeentscheidung, OLG Karlsruhe, NJW 2000, 3361 (3362).

⁴⁷ Botschaft (Fn. 34), S. 2622.

⁴⁸ Botschaft (Fn. 34), S. 2621.

⁴⁹ Botschaft (Fn. 34), S. 2621 f.

⁵⁰ Botschaft (Fn. 34), S. 2622.

auch zu entscheiden, wenn "eine sehr enge Familienbeziehung zur Schweiz besteht (z.B. als Folge einer Eheschließung oder der Notlage eines hier lebenden andern Familienmitglieds)", denn dann "kann sich die Lage für das psychische und physische Gleichgewicht des Kindes als gefährlich erweisen", wobei allerdings nicht klar ist, aus welchen Gründen (das Kind) dabei "bei der Rückkehrung (sc.: in den Herkunftsstaat) von beiden Elternteilen getrennt leben müsste".⁵¹

Bei b. "reicht nicht aus, dass der Entführende bzw. das Kind zurückbehaltende Elternteil lediglich erklärt, dass er sich weigere, dorthin zurückzukehren. Es muss sich (sc.: vielmehr) um eine Notsituation handeln, in der vernünftigerweise von ihm nicht zu erwarten ist, dass er an seinen bisherigen Lebensort zurückgeht, um mit dem Kind dort die vom Gericht zu beschließende definitive Regelung der elterlichen Sorge abzuwarten",⁵² etwa wenn "offensichtlich ist, dass die die Rückführung verlangende Person das Sorgerecht nicht übernehmen noch gerichtlich zugesprochen erhalten wird, während es sich bei der entführenden Partei eindeutig (?) um die für das Kind primär Sorge tragende Person handelt".^{53/54} Wer entscheidet aber im Zweifel? Gerichte im Zufluchtstaat? Wann kann ein Elternteil "eindeutig" für sich Vorrang beanspruchen, weil nur sein weiteres Zusammenleben mit dem Kind dessen gute Entwicklung sicherstellt? Trotz allem sind daher Grenzverschiebungen zwischen einfachem/nationalen Recht und Art. 13 HKÜ fast unvermeidlich; sie erscheinen im Übrigen fragwürdig. Wir sollten den Vorgaben aus der Schweiz daher wohl nicht folgen, selbst wenn dort (immer wieder) betont wird, dass die einzelnen Voraussetzungen "kumulativ" vorliegen müssen,⁵⁵ die auch nach bisherigem Verständnis schon eine Rolle gespielt haben, doch kann diese Einsicht im weiteren Verlauf schnell verloren gehen. Wie ist im Übrigen das Verhältnis zu Art. 16 HKÜ?

Stets muss sich das Gericht vergewissern, "ob und wie die Rückführung vollzogen werden kann (Art. 10 Abs. 2). Wenn ihm das nicht oder nur teilweise gelingt, so ergeben sich daraus unmittelbare Auswirkungen auf die Einschätzung der Folgen einer allfälligen Rückführung für das Kind. Ähnlich kann es sich verhalten, wenn von den lokalen Behörden im Herkunftsstaat keine tragfähigen Zusicherungen betreffend die Aufnahme und den Schutz des Kindes zu erhalten sind, insbesondere wenn berechtigte Zweifel an der Fähigkeit der gesuchstellenden Person bestehen, selbst die Betreuung des Kindes zu übernehmen. Die entsprechende Vorschrift in Artikel 10 steht insofern in direktem Zusammenhang mit der praktischen Anwendung von Artikel 5".⁵⁶

⁵¹ Botschaft (Fn. 34), S. 2622 – also doch nur ein zusätzliches Beispiel für die fehlende angemessene Versorgung des Kindes beim verletzten Elternteil? Dann wäre die Lösung einfach!

⁵² Etwa weil Mutter und Kind dort "keine sichere und finanziell tragbare Aufnahme außerhalb (!) der Wohnung des ehemaligen Lebenspartners gewährleisten werden kann", Botschaft (Fn. 34), S. 2622.

⁵³ Hin und Her erfolgt dann "einzig zum Zwecke einer überspitzten (!) Unterwerfung unter die Zuständigkeit der Behörden des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts", Botschaft (Fn. 34), S. 2622.

⁵⁴ Weitere Einzelheiten zu Art. 5 b und c Botschaft (Fn. 34), S. 2622 (2623).

⁵⁵ Jametti Greiner, FAMPRA.ch 2008, 277 (299).

⁵⁶ Botschaft (Fn. 34), S. 2623.