

Verfahrensgang

OLG Nürnberg, Beschl. vom 01.09.2008 – 7 UF 835/08, [IPRspr 2008-80](#)

Rechtsgebiete

Kindschaftsrecht → Kindesentführung

Leitsatz

Zum Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Widerrechtlichkeitsbescheinigung, wenn ein Verfahren nach dem HKiEntÜ bei dem dafür zuständigen ausländischen Gericht noch nicht anhängig ist und im Vorfeld das Vorliegen eines Einverständnisses des in Deutschland zurückgebliebenen Elternteils mit dem Verbringen des Kindes ins Ausland geklärt werden soll.

Das Verbringen des Kindes ins Ausland ist nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 3 und 15 HKiEntÜ, wenn insoweit eine Zustimmung oder spätere Genehmigung des zurückgelassenen Elternteils vorliegt. Für das Vorliegen und den Inhalt solcher auch konkludent möglicher Erklärungen kommt es auf den Empfängerhorizont an.

Rechtsnormen

BGB § 1626

FGG § 21; FGG § 22

HKÜ Art. 3; HKÜ Art. 13; HKÜ Art. 15

ZPO § 621

Sachverhalt

Der Ast. und die AGg. sind seit 2003 verheiratet. Aus der Ehe ist die am 23.8.2004 geborene Tochter T. hervorgegangen.

Die Familie lebte bis zur Trennung der Parteien im Herbst 2006 zusammen in F. Nach der Trennung zog die AGg. mit dem Kind T. zunächst nach N. In der Folge unterzeichneten die Parteien eine „Elternvereinbarung und Vollmacht für die gemeinsame Tochter T.“, die u.a. den Lebensmittelpunkt bei der Kindsmutter festlegt und dieser diesbezüglich sämtliche Entscheidungsbefugnis einräumt, insbesondere auch hinsichtlich eines etwaigen Umzugs ins Ausland.

Die AGg. teilte dem Ast. ihre Absicht mit, in die Schweiz umzuziehen, was sie in der Folgezeit auch tat.

Das AG Nürnberg hat den Antrag des Ast. auf Erteilung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung gemäß Art. 15 HKiEntÜ abgelehnt. Gegen den Beschluss hat der Ast. Beschwerde eingelegt.

Aus den Entscheidungsgründen:

(Randnummern der IPRspr-Redaktion)

[1] II. Die Beschwerde des Ast. ist zulässig. Der Senat geht im Anschluss an eine Entscheidung des BGH vom 8.7.2001 (FamRZ 2001, 1706) (IPRspr. 2001 Nr. 98) davon aus, dass es sich bei einer Entscheidung über die Erteilung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art. 15 HKiEntÜ nicht um eine Endentscheidung im Sinne von § 621 I ZPO, sondern um eine Zwischenentscheidung im Rahmen eines Verfahrens nach dem HKiEntÜ handelt und Rechtsmittel dagegen entsprechend den Regelungen für Rechtsmittel im HKiEntÜ-Verfahren statthaft und zulässig sind (so auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 1004 ([IPRspr 2004-77](#))). Nach § 40 II des seit 1.3.2005 gültigen IntFamRVG findet gegen eine im ersten Rechtszug ergangene Entscheidung nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zum OLG nach § 22 FGG statt. Die Beschwerde des Ast. ist im vorliegenden Fall innerhalb der in § 22 FGG normierten zweiwöchigen Beschwerdefrist beim OLG Nürnberg als Beschwerdegericht (vgl. § 21 FGG) eingegangen und damit zulässig.

[2] In der Sache hat das Rechtsmittel des Ast. jedoch keinen Erfolg.

[3] 1. Es ist zunächst bereits zweifelhaft, ob für den Antrag des Ast. auf eine Entscheidung nach Art. 15 HKiEntÜ derzeit überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

[4] Nach Art. 15 HKiEntÜ können Gerichte und Behörden des Vertragsstaats, die für die Anordnung der Rückgabe des Kindes zuständig sind, vom Antragsteller eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung verlangen.

[5] Das OLG Zweibrücken hat in einer Entscheidung vom 15.12.1998 (FamRZ 1999, 950) (IPRspr. 1998 Nr. 113) bereits Zweifel daran geäußert, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf eine Bescheinigung nach Art. 15 HKiEntÜ besteht, wenn eine solche nicht von dem für den HKiEntÜ-Verfahren zuständigen Gericht, sondern von der Zentralen Behörde des Staats angefordert worden ist, in dem sich das Kind befindet.

[6] Im vorliegenden Fall liegt nicht nur keine Anforderung einer Bescheinigung nach Art. 15 HKiEntÜ seitens des für das HKiEntÜ-Verfahren in der Schweiz zuständigen Gerichts vor, ein HKiEntÜ-Verfahren ist darüber hinaus in der Schweiz bisher nicht einmal anhängig gemacht. Damit kann derzeit nicht beurteilt worden, ob das zuständige Schweizer Gericht im vorliegenden Fall überhaupt Wert auf eine solche Widerrechtlichkeitsbescheinigung legt und sich an einer solchen orientieren würde.

[7] Im vorliegenden Fall tritt noch die Besonderheit hinzu, dass mit dem Verfahren nach Art. 15 HKiEntÜ offensichtlich die für ein eventuell späteres HKiEntÜ-Verfahren in der Schweiz zentrale Frage geklärt werden soll, ob der Ast. im Zusammenhang mit der Elternvereinbarung vom 31.3.2007 und seinem sich daran anschließendem Verhalten dem Verbringen des Kindes T. in die Schweiz wirksam zugestimmt bzw. das Verbringen wirksam genehmigt hat.

[8] Die Bedeutung des Vorliegens einer entsprechenden Zustimmung oder Genehmigung ist im HKiEntÜ ausdrücklich nicht in dem – in Art. 15 HKiEntÜ in Bezug genommenen – Art. 3, sondern in Art. 13 I lit. a Alt. 2 und 3 in der Weise geregelt, dass es sich um – vom Antragsgegner nachzuweisende – Rückführungshindernisse handelt.

[9] Unabhängig davon, ob das Vorliegen einer Zustimmung oder Genehmigung zum Verbringen des Kindes einer ‚Verletzung‘ des Sorgerechts des Ast. und damit auch einer Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 entgegensteht (vgl. dazu unten), würde eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Auffassung des Senats das für die Entscheidung eines – eventuellen späteren – HKiEntÜ-Verfahrens zuständige Gericht nicht von der Verpflichtung entbinden, das Vorliegen eines Rückführungshindernisses nach Art. 13 I lit. a selbständig zu prüfen und zu beurteilen.

[10] Es erscheint auch unter diesem Aspekt fraglich, ob ein ein Rechtsschutzbedürfnis begründendes rechtliches Interesse des Ast. besteht, das Vorliegen bzw. die Wirksamkeit einer Zustimmung oder Genehmigung zum Verbringen des Kindes in die Schweiz in Deutschland im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 15 HKiEntÜ klären zu lassen. Ein berechtigtes Interesse kann insoweit nach Auffassung des Senats jedenfalls nicht aus dem denkbaren Interesse des Ast. hergeleitet werden, die Erfolgsaussichten eines späteren HKiEntÜ-Verfahrens in der Schweiz im Verfahren nach Art. 15 HKiEntÜ vorweg abzuklären.

[11] 2. Auch wenn man die Notwendigkeit eines gesonderten Rechtsschutzbedürfnisses für einen Antrag nach Art. 15 HKiEntÜ verneinen oder das Vorliegen eines solchen Rechtsschutzbedürfnisses bejahen würde, ist die Zurückweisung des Antrags des Ast. durch das AG gerechtfertigt, weil die Voraussetzungen für die vom Ast. begehrte Feststellung der Widerrechtlichkeit des Verbringens T.s in die Schweiz nicht gegeben sind.

[12] Das Verbringen T.s wäre dann als widerrechtlich anzusehen, wenn dadurch das dem Ast. nach dem insoweit maßgeblichen deutschen Recht zustehende (Mit-)Sorgerecht nach § 1626 BGB ‚verletzt‘ worden wäre (vgl. Art. 3 Satz 1 lit. a HKiEntÜ).

[13] Mit dem AG ist davon auszugehen, dass eine solche ‚Verletzung‘ des Sorgerechts des Ast. nicht bejaht werden kann, wenn eine Zustimmung oder auch eine nachträgliche Genehmigung des Ast. zum Verbringen T.s in die Schweiz vorliegt (vgl. dazu etwa auch *Palandt-Heldrich*, BGB, 67. Aufl., Anh Art. 24 EGBGB Rz. 72 zu Art. 13 HKiEntÜ; *Staudinger-Pirrung*, BGB, 13. Aufl., Vorb. zu Art. 19 EGBGB Rz. 682 zu Art. 13 HKiEntÜ).

[14] Zwar spricht das HKiEntÜ, wie ausgeführt, das Vorliegen einer Zustimmung bzw. Genehmigung erst in Art. 13 I lit. a an. Die Nichtberücksichtigung des Vorliegens eines Einverständnisses des ASt. mit dem Verbringen des Kindes in einen anderen Staat bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit wäre aber wohl mit dem Wortlaut des Art. 3 HKiEntÜ, der eine ‚Verletzung‘ (im Englischen: *breach*) des Sorgerechts verlangt und dem allgemeinen Grundsatz *volenti non fit injuria* nicht vereinbar.

[15] Im vorliegenden Fall ist auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens der Parteien und der in zweiter Instanz vorgelegten Unterlagen davon auszugehen, dass ein Einverständnis seines Sorgerechts ausschließendes Einverständnis des ASt. in Form einer Zustimmung oder einer nachträglichen Genehmigung zum Umzug T.s in die Schweiz vorgelegen hat.

[16] Insoweit folgt der Senat zunächst der Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe (vgl. FamRZ 2006, 1700 ([IPRspr 2006-83](#))), dass ein entsprechendes Einverständnis nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erklärt werden kann und es für die Auslegung entsprechender Erklärungen oder Verhaltensweisen auf den objektiven Empfängerhorizont ankommt.

[17] Die von den Parteien am 31.3.2007 unterzeichnete ‚Elternvereinbarung und Vollmacht‘ enthält u.a. eine Übertragung der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über T. allein auf die AGg., die auch ein ausdrückliches Einverständnis des ASt. damit beinhaltet, dass die AGg. den Wohnort und den Lebensmittelpunkt des Kindes bestimmt. Dieses Einverständnis ist in der schriftlichen Vereinbarung weder zeitlich noch örtlich etwa in der Weise beschränkt, dass die AGg. einen Wohnort für sich und T. nur in Deutschland wählen kann. Der ASt. hat auch nicht behauptet, dass im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 31.3.2007 etwa mündlich eine örtliche Beschränkung ausgemacht worden ist.

[18] Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont war damit allein von der Elternvereinbarung (31.3.2007) auch ein Umzug der AGg. mit T. in die Schweiz gedeckt.

[19] Nach dem Vorbringen der AGg. hatte sie mit dem ASt. im Vorfeld des Umzugs in die Schweiz besprochen, dass sie mit T. nach Z. gehen werde. Für die Richtigkeit dieser Darstellung sprechen die Äußerungen in den Schriftsätzen des früheren Bevollmächtigten des ASt.

[20] – vom 25.9.2007, dass der ASt. ‚lediglich einem Umzug des Kindes nach Z.‘ nicht aber einem Wegzug außer zurück nach Deutschland zugestimmt hat,

[21] – sowie im Schriftsatz vom 17.10.2007, in dem davon die Rede ist, dass der ASt. die Verlegung des Wohnsitzes der AGg. nach Z., um dort mit ihrem neuen Lebensgefährten zusammenzuleben, akzeptiert habe.

[22] Auch wenn der ASt. sein Einverständnis mit dem Umzug der AGg. und T.s in die Schweiz nicht ausdrücklich erklärt haben sollte, muss vom maßgeblichen Empfängerhorizont her u.a.

[23] – das Ausbleiben von Einwendungen des ASt. gegen die ihm mit E-Mail vom 15.5.2007 mitgeteilte Absicht der AGg., mit T. in die Schweiz zu ziehen,

[24] – der Schriftsatz des Bevollmächtigten des ASt. vom 22.8.2007, in dem ein Umgang des ASt. mit T. auf der Basis eines Aufenthalts des Kindes in der Schweiz diskutiert wurde,

[25] – die E-Mail des ASt. vom 25.9.2007 betreffend die Geltendmachung des Kindergeldes für T. in der Schweiz und nicht zuletzt

[26] – der offensichtlich jedenfalls bis 12.12.2007 (und wohl auch noch darüber hinaus) praktizierte Umgang des ASt. mit T. mit Abholen und Zurückbringen am Flugplatz in Z.

[27] dahingehend verstanden und ausgelegt werden, dass der ASt. jedenfalls zunächst mit dem Aufenthalt T.s in der Schweiz einverstanden war.

[28] Soweit im Schriftsatz des früheren Bevollmächtigten des ASt. vom 25.9.2007 davon die Rede ist, dass die am 31.3.2007 erteilte ‚Vollmacht‘ widerrufen werde, spricht der Zusammenhang, in dem diese Aussage erfolgt ist, dafür, dass damit nur die in der Vereinbarung vom 31.3.2007 erklärte Vollmacht zu

Erklärungen gegenüber Behörden, nicht aber das Einverständnis des ASt. mit dem Aufenthalt T.s bei der Mutter in der Schweiz aufgekündigt werden sollte. Denn auch noch im Schriftsatz vom 25.9.2008 ist davon die Rede, dass der ASt. einem Umzug des Kindes nach Z. zugestimmt habe und (lediglich) einem weiteren Wegzug außer zurück nach Deutschland widerspreche.

[29] Noch die Begründung des Sorgerechtsantrags vom 17.10.2007 und die Erklärungen und das Verhalten des ASt. in der Sitzung im Scheidungsverfahren am 12.11. 2007 zum Antrag auf elterliche Sorge für T. legen es für einen objektiven Betrachter nahe, dass es dem ASt. zu den genannten Zeitpunkten nur um die Vermeidung eines Umzugs der AGg. mit T. nach Hongkong ging, der Aufenthalt des Kindes in der Schweiz aber weiter grundsätzlich akzeptiert war.

[30] Es kann für diese Entscheidung dahinstehen, ob das Einverständnis des ASt. mit dem Aufenthalt T.s in der Schweiz, was nahe liegt, erst mit dessen Schreiben vom 12.12.2007 an die AGg. bzw. dem Rückführungsantrag an die Zentrale Behörde vom 10.3.2008 oder doch schon (frühestens) mit dem Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 25.9.2007 in Frage gestellt bzw. aufgekündigt worden ist.

[31] Nach dem – insoweit vonseiten der AGg. wenig präzisen – Sachvortrag der Parteien ist diese nämlich spätestens im Juli/August 2007, also noch vor dem 25.9.2007, mit T. in die Schweiz gezogen. Zu diesem Zeitpunkt lag ein die Widerrechtlichkeit des Verbringens ausschließendes Einverständnis des ASt. aber noch vor.

[32] Die vom ASt. vorgelegte E-Mail der Gemeindeverwaltung ..., nach der T. dort bereits am 21.3.2007 angemeldet worden ist, spricht allerdings für die Darstellung des ASt. im Schriftsatz vom 22.8.2008, dass der Umzug in die Schweiz bereits vor der Elternvereinbarung vom 31.3.2007 stattgefunden hat.

[33] Auch dann kann aber eine Widerrechtlichkeit des Verbringens im Sinne von Art. 3 HKiEntÜ nicht bescheinigt werden, weil von der – zeitnahen – Genehmigung des Umzugs in die Schweiz durch die Elternvereinbarung und das sich daran anschließende Verhalten des ASt. auszugehen ist.

[34] Die spätere Aufkündigung des Einverständnisses durch den ASt. kann nur für die Zukunft wirken und damit den – möglicherweise vor dem 31.3.2007 erfolgten – Umzug des Kindes in die Schweiz nicht rückwirkend widerrechtlich machen.

[35] Soweit der ASt. geltend macht, die AGg. habe die Elternvereinbarung vom 31.3. 2007 und seine – teilweise eingeräumte – Zustimmung zu einem Wechsel in die Schweiz dadurch erschlichen, dass sie berufliche Gründe für den Umzug vorgetäuscht habe, während es ihr in Wahrheit darum gegangen sei, zu ihrem neuen Lebensgefährten nach [Z.] zu ziehen, ist Folgendes anzumerken:

[36] Wie bereits ausgeführt, hat der ASt. noch in seinem Sorgerechtsantrag vom 18.10. 2007 an das AG Nürnberg durch seinen damaligen Bevollmächtigten vortragen lassen, dass er den Umzug der AGg., um mit ihrem neuen Lebensgefährten zusammenzuziehen, akzeptiert habe. Dieser Vortrag legt es nahe, dass der ASt. insoweit gar nicht getäuscht worden ist oder dem von ihm vermuteten wahren Grund für den Umzug keine für sein Einverständnis mit dem Umzug entscheidende Bedeutung beigemessen hat.

[37] Im Übrigen hat die nicht nach außen getretene Motivation des ASt. dafür, dass er den Aufenthalt der AGg. und ... in der Schweiz akzeptiert hat, keinen Einfluss auf das nach dem Empfängerhorizont zu beurteilende Vorliegen eines entsprechenden Einverständnisses.

[38] 3. Der ASt. verlangt nach seinem Antrag eine Bescheinigung nach Art. 15 HKiEntÜ nur dahingehend, dass das Verbringen des Kindes T. in die Schweiz widerrechtlich war. Der Senat sieht deshalb keinen Anlass zu prüfen, ob eventuell ein widerrechtliches Zurückhalten des Kindes in der Schweiz vorliegt.

Fundstellen

LS und Gründe

FamRZ, 2009, 240

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2008-80>

Lizenz

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



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