Verfahrensgang
OLG Nürnberg, Beschl. vom 26.02.2010 – 7 UF 20/10, IPRspr 2010-118

Rechtsgebiete
Kindschaftsrecht → Kindesentführung

Rechtsnormen
FamFG **§ 81**; FamFG **§ 84**; FamFG **§ 89**
HKÜ **Art. 3**; HKÜ **Art. 12**; HKÜ **Art. 13**
IntFamRVG **§ 14**

Fundstellen

LS und Gründe
FamRZ, 2010, 1575
NJW-RR, 2010, 1093

nur Leitsatz
FF, 2010, 708
FuR, 2010, 708

Permalink
https://iprspr.mpipriv.de/2010-118

Lizenz
Copyright (c) 2024 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Dieses Werk steht unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

fahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKiEntÜ) gegen Entscheidungen der OLG eine weitere Beschwerde nicht statt. Die von der ASt. angeführte Vorschrift (§ 28 IntFamRVG) betrifft nur die in Abschnitt 5 des IntFamRVG aufgeführten Verfahren, zu denen das Verfahren nach dem HKiEntÜ (Abschnitt 6) nicht gehört.

Im Ergebnis gilt im Übrigen nach dem seit dem 1.9.2009 geltenden Verfahrensrecht nichts anderes (§ 40 II 4 IntFamRVG n.F.).“

118. *An die Voraussetzungen der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn ein Umgangsrecht wahrgenommen worden ist.*

Zu den Voraussetzungen einer Zustimmung im Sinne des Art. 13 Satz 1 lit. a HKiEntÜ sowie der Ausschlusstatbestände Art. 13 Satz 1 lit. b HKiEntÜ (schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens; unzumutbare Lage) und Art. 13 Satz 2 HKiEntÜ (Widersetzen des Kindes).

OLG Nürnberg, Beschl. vom 26.2.2010 – 7 UF 20/10: NJW-RR 2010, 1093; FamRZ 2010, 1575. Leitsatz in: FF 2010, 708; FuR 2010, 708.

Der ASt. und die AGg. sind die Eltern des Kindes W. G., das am 9.12.1999 in Polen geboren ist und ebenso wie seine Eltern ausschließlich die polnische Staatsangehörigkeit besitzt. Die Eltern sind oder waren nicht miteinander verheiratet. Der ASt. hat die Vaterschaft am 20.12.1999 anerkannt, sodass die elterliche Sorge für das Kind nach polnischem Recht beiden Eltern gemeinsam zusteht. Mit Beschluss des Gerichts in S./Polen wurde die Ausübung der elterlichen Sorge durch beide Elternteile unter die Aufsicht des Gerichtspflegers gestellt. Da das Kind bei der Mutter lebte, wurde dem ASt. durch Gerichtsbeschluss ein umfangreiches Umgangsrecht eingeräumt. Die AGg. heiratete einen polnischen Staatsangehörigen, der seit seiner Kindheit in Deutschland lebt. Das Gericht genehmigte die Ausstellung eines Passes für W., wies aber darauf hin, dass dies nicht die Genehmigung für die Ausreise umfasst. Nach Erlass dieses Beschlusses machte der ASt. beim zuständigen Gericht S./Polen ein Sorgerechtsverfahren anhängig, indem er die Übertragung der elterlichen Sorge für W. auf sich alleine beantragt hat und die AGg. zwischenzeitlich einen Gegenantrag gestellt hat. Dieses Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Ein Jahr später begab sich die AGg. zusammen mit W. nach Deutschland, hatte damals aber noch nicht vor, mit W. dauerhaft in Deutschland zu bleiben. Nachdem der ASt. mit W. in den Ferien Umgang gehabt hatte, brachte er ihn zur AGg. zurück nach Deutschland. Dabei teilte diese dem ASt. mit, sie werde mit W. dauerhaft in Deutschland bleiben.

Das AG hat die Rückführung des Kindes angeordnet. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der AGg.

Aus den Gründen:

„II. ... 2. In der Sache hat das Rechtsmittel der AGg. dahingehend Erfolg, dass der AGg. die in der angefochtenen Entscheidung zur freiwillige Rückführung eingeräumte Frist von zwei Wochen ab Rechtskraft bis Ende März 2010 verlängert wird. Im Übrigen bleibt der Beschwerde der Erfolg versagt, da das AG Nürnberg die Voraussetzungen einer Rückführung nach Art. 12 i.V.m. Art. 3 HKiEntÜ zu Recht bejaht hat.

a) Widerrechtlichkeit

Zwar war das Verbringen des Kindes am 2.6.2009 nach Deutschland nicht bereits widerrechtlich, da der ASt., wie der Umstand zeigt, dass er W. nach dem zweiwöchigen Umgang am 9.8.2009 wieder zur AGg. nach Deutschland zurückgebracht hat, mit einem Urlaubsaufenthalt des Kindes bis Anfang September 2009 einverstanden war. Allerdings ist das Zurückhalten des Kindes nach Ablauf dieses genehmigten Aufenthalts widerrechtlich gemäß Art. 3 HKiEntÜ, da der ASt. sein Mitsorgerecht

zu diesem Zeitpunkt auch tatsächlich ausgeübt hat und er mit einem dauerhaften Aufenthaltswechsels W.s nicht einverstanden war.

(1) Ausübung der Mitsorge durch den Antragsteller

An die Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Durch dieses Erfordernis sollen nur Sorgerechtsverhältnisse ausgeschlossen werden, bei denen die gesetzlichen oder vereinbarten Rechte und Pflichten überhaupt nicht, auch nicht hin und wieder oder in Ansätzen auch im Umfang eines Umgangsrechts wahrgenommen werden (*Staudinger-Pirrung*, BGB, Neub. 2009, Vor zu Art. 19 EGBGB Rz. D 32).

Wie sich aus dem vor dem Kreisgericht in S./Polen zum Umgang geschlossenen Vergleich und den diesen Vergleich ausweitenden gerichtlichen Beschluss desselben Gerichts vom 28.2.2008 ergibt und wie die AGg. auch nicht in Abrede stellt, hat der ASt. stets – in nach deutschen Maßstäben weit überdurchschnittlichem Umfang – Umgang mit seinem Sohn gepflegt. Dies hat sich sogar fortgesetzt, nachdem die AGg. mit dem Kind Anfang Juni 2009 nach Deutschland gegangen war. So hielt sich W. in der Zeit vom 26.7. bis 9.8.2009 bei seinem Vater in Polen auf. Dies genügt, um eine Verletzung des Mitsorgerechts des ASt. durch die AGg. zu bejahen.

(2) Fehlen der Zustimmung bzw. Genehmigung

Eine Zustimmung des ASt. zum Zurückhalten des Kindes Anfang September 2009 bzw. eine nachträgliche Genehmigung des Zurückhaltens, die einer Rückgabe des Kindes entgegenstehen würden (Art. 13 Satz 1 lit. a Alt. 2 HKiEntÜ), hat die AGg., die hierfür die volle Darlegungs- und Beweislast trägt (*Staudinger-Pirrung* aaO Rz. D 68), nicht beweisen können.

Sowohl an die Zustimmung als auch an die nachträgliche Genehmigung sind strenge Anforderungen zu stellen. Es genügt nicht eine Zustimmung oder Genehmigung eines auf eine bestimmte Zeit beschränkten Aufenthaltswechsels. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Zustimmung oder Genehmigung auf einen dauerhaften Aufenthaltswechsel bezieht (*Staudinger-Pirrung* aaO Rz. D 70). Von einer solchen Einwilligung kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden.

Wie die AGg. bei ihrer Anhörung vor dem Senat klargestellt hat, hat sie sich erst im Zeitraum vom 26.7.2009 bis 9.8.2009 entschlossen, mit dem Kind dauerhaft in Deutschland bei ihrem Ehemann zu bleiben. Diesen Entschluss hat sie dann dem ASt. am 9.8.2009 bei der Rückgabe des Kindes mitgeteilt. Irgendwelche Anhaltspunkte, dass sich der ASt. zu diesem Zeitpunkt mit einem dauerhaften Wechsel W.s nach Deutschland einverstanden erklärt hat, liegen nicht vor. Der Ehemann der AGg. hat insoweit bei seiner Zeugeneinvernahme in der ersten Instanz vielmehr das Gegenteil bekundet. Er erklärte, dass der ASt. am 9.8.2009 ausdrücklich erklärte, dass er mit einem dauerhaften Aufenthalt des Kindes in Deutschland nicht einverstanden sei und darauf bestanden habe, dass W. nach Polen zurückkehre. Die übrigen vernommenen Zeugen waren am 9.8.2009 nicht anwesend und konnten daher hierzu nichts sagen.

Dahingestellt bleiben kann, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine einmal erteilte Zustimmung widerrufen werden kann, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der ASt. am 26.7.2009 einem Aufenthaltswechsel zugestimmt hat. Die Zeugin ... erklärte, dass der ASt. am 26.7.2009 nicht so ganz gesagt habe, dass er mit einem Aufenthalt W.s in Deutschland einverstanden sei. Die Zeugen ...

und ... haben lediglich bekundet, dass der ASt. geäußert habe, dass es dem Kind in Deutschland gut gehe und dass er keine Schwierigkeiten oder Probleme machen wolle. Da die AGg. den ASt. zu diesem Zeitpunkt aber überhaupt noch nicht mit ihrem Wunsch, in Deutschland zu bleiben, konfrontiert hatte – dies erfolgte erst am 9.8.2009 – können diese Äußerungen auch vom Standpunkt der AGg. aus gesehen nicht als Zustimmung zum Aufenthaltswechsel gesehen werden, sondern allenfalls dahin verstanden werden, dass der ASt. sich darüber Gedanken gemacht hat, wo W. in Zukunft leben soll.

Auch die vom ASt. unterzeichnete Erklärung vom 26.7.2009 gibt keine Veranlassung zu einer anderen Beurteilung und zwar auch dann nicht, wenn man davon ausgeht, dass der Absatz zum Umgang vom 31.8.2009 bis 13.9.2009 nicht nachträglich ohne Zustimmung des ASt. hinzugefügt worden ist, sondern am 26.7.2009 vom ASt. mit unterzeichnet worden ist. Der ASt. erklärt unter dieser Prämisse in dem Schriftstück, dass er W. am 26.7.2009 und am 31.8.2009 zu einem jeweils 14-tägigen Umgang abholt und ihn am 9.8.2009 bzw. 13.9.2009 wieder zur Mutter nach Deutschland zurückbringt. Aus dem Rückgabezeitpunkt 13.9.2009 schließt der Senat nicht, dass der ASt. mit einem dauerhaften Verbleib des Kindes in Deutschland einverstanden war. Denn, dass der ASt. bereit war, W. am 13.9.2009 nach Deutschland zurückzubringen, kann auch dahingehend verstanden werden, dass dieser das Kind zurückgebracht hat, damit die Mutter dann mit diesem zusammen nach Polen zurückkehren kann, und der ASt. respektierte, dass nach der bisherigen Regelung der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bei der Mutter ist.

c) Art. 13 HKiEntÜ

Art. 13 HKiEntÜ steht einer Rückgabe nicht entgegen.

(1) Art. 13 Satz 1 lit. b HKiEntÜ

Auch der Ausnahmetatbestand des Art. 13 Satz 1 lit. b HKiEntÜ ist nicht gegeben. Danach besteht dann keine Verpflichtung zur Anordnung der Rückgabe, wenn die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht werden würde. Da diese Vorschrift dem Hauptziel des HKiEntÜ, nämlich die Beteiligten von einer widerrechtlichen Entfernung von Kindern abzuhalten und eine Sorgerechtsentscheidung am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder sicherzustellen, entgegenwirkt, ist eine enge Auslegung geboten. Insbesondere darf im Rahmen der Prüfung des Art. 13 Satz 1 lit. b HKiEntÜ nicht eine Sorgerechtsentscheidung vorweggenommen werden, die gerade erst durch die Rückführung des Kindes nach Wiederherstellung der urspr. tatsächlichen Verhältnisse ermöglicht werden soll. Deshalb können nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohls einer Rückführung entgegenstehen (vgl. etwa OLG Nürnberg, FamRZ 2004, 726[1]).

Solche außergewöhnlich schwerwiegenden Beeinträchtigungen sind im vorliegenden Fall nicht zu erwarten. Der Senat hat das Kind angehört. Nach dem Ergebnis der Anhörung ist der Senat überzeugt, dass W. zwar durch die gesamte Situation belastet wird und es für W. sicher nicht leicht ist, nachdem er gerade dabei ist, in Deutschland Fuß zu fassen, wieder nach Polen zurückzukehren. Eine Gefahr im Sinne des Art. 13 Satz 1 lit. b HKiEntÜ begründet dies jedoch nicht.

---

[1] IPRspr. 2003 Nr. 91.

Eine Rückführung W.s würde ihn auch nicht in eine unzumutbare Lage bringen. Er hat neun Jahre lang in Polen gelebt, beherrscht die polnische Sprache, hat dort die Schule besucht und hatte stets einen intensiven Kontakt zu seinem Vater, sodass er, wenn er nach Polen zu seinem Vater zurückkehrt, in eine gewohnte und ihm vertraute Umgebung kommt. Auch ist W. inzwischen über zehn Jahre alt, sodass ihm auch eine Trennung von seiner Mutter nicht völlig aus der Bahn werfen wird und ihm somit zugemutet werden kann.

(2) Art. 13 Satz 2 HKiEntÜ

Einer Rückführung W.s steht auch nicht Art. 13 Satz 2 HKiEntÜ entgegen. Nach dieser Bestimmung kann von der Anordnung der Rückgabe abgesehen werden, wenn sich das Kind der Rückgabe widersetzt und ein Alter und eine Reife erlangt hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen. Dabei enthält die Vorschrift keine starre Altersgrenze im Sinne eines Mindestalters für die Berücksichtigung des Willens des Kindes, es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an (BVerfG, FamRZ 2006, 1261; 1999, 1053[2]).

Aufgrund der Anhörung W.s ist der Senat nicht davon überzeugt, dass sich W. einer Rückkehr nach Polen zum Vater nachdrücklich und ernsthaft aufgrund eines eigenständigen Willens widersetzt. Er hat zwar bei seiner Anhörung – teilweise unter Tränen – erklärt, dass er hier bleiben möchte. Begründet hat er dies damit, dass hier alles besser sei und sein Papa nicht hier sei. Die Ursache für diese ablehnenden Haltung gegenüber seinem Vater sieht der Senat jedoch nicht in einer grundsätzlichen Einstellung W.s gegen seinen Vater, sondern darin, dass der Vater und dessen mitangereisten Familienangehörigen seine Mutter vor dem Sitzungssaal angegangen sind, sodass er um das Wohl seiner Mutter fürchtete. Hinzu kommt, dass W. auch erklärt, dass er nicht gegen eine Rückführungsentscheidung des Senats rebellieren wird, sondern sich einer solchen beugen wird.

3. Da die AGg. sich im Anhörungstermin bereiterklärt hat, mit W. bis Ende März 2010 nach Polen zurückzukehren, hat der Senat die im erstinstanzlichen Beschluss unter Nr. 1 gesetzte Frist zur freiwilligen Rückkehr entspr. dieser Erklärung ausgeweitet. Mit einer freiwilligen Rückkehr der Mutter wird dem Sinn und Zweck des HKiEntÜ am besten Genüge getan, da auf diese Weise der Zustand wiederhergestellt wird, der ohne das widerrechtliche Handeln der AGg. bestehen würde, und ein Wechsel des Kindes zum Vater, über den die polnischen Gerichte im anhängigen Sorgerechtsverfahren erst zu entscheiden haben, nicht vorweggenommen wird.

4. Die allein vollstreckbare Herausgabeanordnung unter Nr. 3 des Tenors entfaltet wegen Nr. 2 des Tenors derzeit noch keine Wirkung. Im Gegensatz zum AG sieht der Senat deshalb davon ab, bereits jetzt Vollstreckungsmaßnahmen anzuordnen. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Anordnung von Ordnungsmitteln für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Nr. 3 war jedoch gemäß §§ 14 Nr. 2 IntFamRVG n.F., 89 II FamFG bereits jetzt angezeigt.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 14 Nr. 2 IntFamRVG n.F., 81 I 1, 84 FamFG. Der Senat hat davon abgesehen, der AGg. die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, da sie sich bereit erklärt hat, freiwillig mit dem Kind nach Polen zurückzukehren und ihr infolgedessen auch in der gerichtlichen Entscheidung die Möglichkeit zur freiwilligen Rückkehr eingeräumt worden ist.

---

[2] IPRspr. 1999 Nr. 83.

Eine Anordnung, dass die AGg. die Kosten der Rückführung zu tragen hat, war, da eine Vollstreckung noch nicht angeordnet wurde, nicht erforderlich."

119. *Ein Kind erwirbt gemäß einer Faustregel nach Art. 3 I HKiEntÜ im Allgemeinen seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem es seit mindestens sechs Monaten seinen Lebensmittelpunkt hat. Der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts steht es nicht entgegen, dass die Kindesmutter nach mehreren kurzen Besuchen bis zur Entführung des Kindes in dem Staat verbleibt, weil sie mangels verfügbarer Reisedokumente das Land nicht verlassen kann. Dies gilt zumindest dann, wenn sie sich in dem Staat ihres bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts (hier: Deutschland) abmeldet und ihre dortige Wohnung aufgibt. Es reicht aus, dass das Kind in dem Staat, aus dem es entführt wurde, sozial integriert ist.*

Der Antragsteller genehmigt das Verbringen des Kindes nicht konkludent gemäß Art. 13 I lit. a HKiEntÜ, wenn er lediglich Kontakt zu dem Kind aufrechterhält und von einer Durchsetzung der Rückführung im Hinblick auf die Krankheit der Kindesmutter absieht.

Die Auslegung des Art. 12 I HKiEntÜ, derzufolge eine Verpflichtung zur persönlichen Rückführung des Kindes durch diejenige Person angeordnet werden kann, die ein Kind widerrechtlich in einen Vertragsstaat gebracht oder dort zurückgehalten hat, verstößt nicht gegen deren allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 III GG. [LS der Redaktion]

a) OLG Karlsruhe, Beschl. vom 18.3.2010 – 2 UF 179/09: FamRZ 2010, 1577 mit Anm. *Romeyko*. Leitsatz in FamRZ 2011, 1516.

b) BVerfG, Beschl. vom 8.4.2010 – 1 BvR 862/10: Unveröffentlicht.

Der ASt. und die AGg. sind die nicht miteinander verheirateten Eltern des Kindes I. Der Vater begehrt von der Mutter die Rückführung des Kindes nach Australien. Die Eltern lernten sich im Jahr 2003 in T. kennen. Die AGg. lebte ab dem Jahr 2004 bis zu ihrer Ausreise im Juni 2008 zeitweise in Australien und zeitweise in Deutschland. Nach der Trennung der Eltern im September/Oktober 2007 zog die AGg. mit I. in Australien in ein Frauenhaus. Der ASt. gelangte in den Besitz der Pässe von I. und von der AGg. und hinterlegte diese bei Gericht. Er leitete beim Federal Magistrates Court of Australia ein Sorgerechtsverfahren ein, das noch nicht abgeschlossen ist. Die AGg. hat dort beantragt, dass I. bei ihr leben soll und sie mit ihr nach Ch. umziehen könne, während der ASt. eine Umgangsregelung erhalte. Der ASt. hat beantragt, dass das Kind jeweils abwechselnd bei ihm und bei der AGg. in C. leben soll und dass die elterliche Verantwortung gleichmäßig auf beide Elternteile aufgeteilt werde. Am 8.5.2008 ist durch das Gericht „bei gegenseitiger Zustimmung verordnet" worden, dass die Eltern die elterliche Obhut für I. auf gleiche Weise teilen und dass der AGg. erlaubt wird, mit I. „gegen den" 25.6.2008 nach Deutschland zu reisen, wobei sie Deutschland nicht später als am 15.10.2008 verlassen werde. Am 15.6.2008 reiste die AGg. mit I. nach Deutschland. Zunächst lebte sie bei ihren Eltern in S. und seit dem 1.2.2009 in K.

Das AG hat mit Beschluss vom 21.9.2009 die AGg. verpflichtet, I. unverzüglich in den Bezirk des für C. zuständigen Gerichts zurückzuführen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der AGg.

Aus den Gründen:

a) OLG Karlsruhe 18.3.2010 – 2 UF 179/09:

„II. Die sofortige Beschwerde der AGg. ist gemäß § 40 II IntFamRVG i.V.m. § 22 FGG zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Denn das Kind I. ist auf den zulässigen Rückführungsantrag des ASt. nach Australien zurückzuführen.

1. Auf das Verfahren finden die bis zum Inkrafttreten des FGG-RG maßgeblichen Vorschriften Anwendung, Art. 111 I 1 FGG-RG.