

Verfahrensgang

OLG Stuttgart, Beschl. vom 22.06.2011 - 17 UF 150/11, [IPRspr 2011-113](#)

Rechtsgebiete

Kindschaftsrecht → Kindesentführung

Rechtsnormen

53/1975 Family LawA (Australien) **s. 61C**

BGB **§ 162**

EMRK **Art. 8**

FamFG **§ 58**; FamFG **§ 63**

GG **Art. 2**; GG **Art. 6**; GG **Art. 11**

HKÜ **Art. 3**; HKÜ **Art. 7**; HKÜ **Art. 12**; HKÜ **Art. 13**; HKÜ **Art. 19**; HKÜ **Art. 20**; HKÜ **Art. 26**

IntFamRVG **§ 40**

Fundstellen

nur Leitsatz

FF, 2011, 512

FamRZ, 2012, 238

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2011-113>

Lizenz

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



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

eine darüber hinausgehende Verlängerung gewährt. Es besteht keine Verpflichtung, ein bestimmtes Frauenhaus aufzusuchen. Vielmehr können die Frauen – unterstellt, ein Platz ist verfügbar – zwischen den verschiedenen Frauenhäusern wählen. Die Sicherheit der Frauen soll durch das Geheimhaltungsprinzip gewährleistet werden, d.h. die Frauenhäuser sollen als solche nach außen hin nicht erkennbar sein.

Unter diesen Voraussetzungen ist es der AGg. möglich, die Kinder unter Wahrung ihres persönlichen Schutzes in die Türkei zu begleiten. Bei der Antragstellung für einen Platz in einem türk. Frauenhaus kann der ISD behilflich sein. Schon die eigenen Bemühungen der AGg. haben allerdings ergeben, dass sie im Frauenhaus von A. Aufnahme finden könnte. Die Frage der Finanzierung kann über die Behörde für Soziale Angelegenheiten in A. geklärt werden. Dass die Lebensbedingungen in einem türk. Frauenhaus u.U. schwieriger sind als in dt. Frauenhäusern, ist kein Hinderungsgrund. Die von der AGg. geäußerten Sicherheitsbedenken sind ebenfalls kein ausreichender Hinderungsgrund. Dabei übersieht der Senat nicht, dass trotz des Geheimhaltungsprinzips die Sicherheit der Frauen nicht ausnahmslos in allen Fällen garantiert werden kann. Allerdings sind im vorliegenden Fall keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich eine allgemeine Gefahr zu einer konkreten Gefahr für die Kindesmutter verdichtet.

Es kommt auch nicht darauf an, dass L.K.S. eine Rückkehr in die Türkei ablehnt. Denn angesichts ihres jungen Alters hat sie noch nicht eine Reife erreicht, die es angebracht erscheinen lassen würde, ihrer Meinung entscheidendes Gewicht beizumessen (Art. 13 II HKiEntÜ).

Dem ASt. wird aufgegeben, dem Senat mitzuteilen, ob die AGg. innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses ihrer Herausgabepflicht nachgekommen ist. Dabei ist klarzustellen, dass dem Zweck des HKiEntÜ schon genügt wird, wenn die Kinder in die Türkei zurückgebracht werden. Sie müssen nicht dem ASt. herausgegeben werden.

Nach Ablauf dieser Frist wird der Senat Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 44 I und III IntFamRVG, 14 Nr. 2 IntFamRVG i.V.m. 90 FamFG in eigener Zuständigkeit (§ 44 II IntFamRVG) durchführen. Im Rahmen der Vollstreckung kann der Gerichtsvollzieher ermächtigt werden, die Kinder der AGg. und jeder anderen Person, bei der sie sich befinden, wegzunehmen und dem ASt. zu übergeben. Zur Durchsetzung der Herausgabebefehl kann auch unmittelbarer Zwang gegen die AGg. angewendet werden.

Da die Beschwerde der AGg. in der Hauptsache keinen Erfolg hat, ist auch ihre sofortige Beschwerde gegen den die VKH ablehnenden Beschluss des AG zurückzuweisen.“

113. *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes im HKiEntÜ stellt auf den tatsächlichen Mittelpunkt der Lebensführung einer Person ab. Auf den Willen, sich an einem Ort auf Dauer niederzulassen, kommt es nicht an. Die Sprachkenntnisse des Kindes sind für die Bestimmung seines gewöhnlichen Aufenthalts nicht notwendigerweise heranzuziehen.*

Nur ungewöhnlich schwere Beeinträchtigungen, die über die mit der Rückführung gewöhnlich verbundenen Schwierigkeiten hinausgehen, können einer Rückführung nach Art. 13 I lit. b HKiEntÜ entgegenstehen.

Die Rückführung eines Kindes nach dem HKiEntÜ wäre eine unnötige Belastung für das Kind, wenn eine anschließende Rückkehr sicher feststehen würde. Eine bloß wahrscheinliche Rückkehr des Kindes steht einer Rückführung des Kindes nicht entgegen. [LS der Redaktion]

OLG Stuttgart, Beschl. vom 22.6.2011 – 17 UF 150/11: Leitsatz in: FamRZ 2012, 238; FF 2011, 512.

Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Der ASt. ist australischer Staatsangehöriger. Die AGg. hat die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach ihrer Heirat im Jahre 2005 in E./Deutschland. haben die Eheleute gemeinsam in Australien gelebt. Am 28.6.2007 wurde ihr Sohn M. geboren, der sowohl deutscher als auch australischer Staatsangehöriger ist. Am 11.2.2010 reiste die AGg. mit M. im Einverständnis des ASt. zu ihrer Familie nach Deutschland. Zuvor hatte sie das Kind vom Kindergarten abgemeldet. Der Rückflug für Mutter und Kind war für den 8.4.2010 vorgesehen. Nach den bestrittenen Angaben der AGg. wurde der Rückflug nur aus versicherungstechnischen Gründen gebucht. Anfang April 2010 flog der ASt. nach Deutschland. In einem Gespräch am 5.4.2010 einigten sich die Eltern, dass die Mutter mit M. noch in Deutschland verbleibt. Ob die Umbuchung des für den (wohl nunmehr) 10.4.2010 vorgesehenen Rückflugs der AGg. und des Kindes auf den 25.7.2010 nur als „Platzhalter“ erfolgte, ist streitig. Am 9.4.2010 meldeten die Eltern das Kind im Kindergarten an. Am 21.4.2010 erfolgte die melderechtliche Anmeldung bei der Stadt E. Im Juni 2010 reiste der ASt. wegen des Geburtstags von M. erneut nach Deutschland; wegen eines Krankenhausaufenthalts der AGg. kehrte er erst am 9.7.2010 nach Australien zurück. Am 26.7.2010 buchte die AGg. – nach ihren Angaben wegen des von dem ASt. ausgeübten Drucks – einen Flug für den 4.8.2010, den sie aber wiederum nicht antrat. Am 17.8.2010 stellte der ASt. einen Antrag auf Rückführung nach dem HKiEntÜ.

Über den am 19.10.2010 beim AG Stuttgart eingegangenen Antrag schlossen die Parteien in der Verhandlung vom 19.11.2010 eine Vereinbarung über eine vorläufige Rückkehr des Kindes nach Australien und die Abgabe einer Sorgeerklärung zugunsten der AGg. Weiterhin bestand Einverständnis, dass die Mutter mit dem Kind wieder nach Deutschland zurückkehren dürfe. In der Folgezeit weigerte sich der ASt., den von der AGg. vorbereiteten „Application for Consent Orders“ zu unterzeichnen. Mit „order“ vom 22.2.2011 wurde dem Vater einstweilen die elterliche Sorge übertragen, das Kind sollte aber in der Obhut der Mutter bleiben. Das AG setzte daraufhin das Verfahren fort und ordnete die Rückführung von M an. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der AGg.

Aus den Gründen:

„B) Die gemäß § 40 II 1 IntFamRVG i.V.m. § 58 FamFG statthafte und gemäß § 40 II 2 IntFamRVG i.V.m. § 63 I 1 FamFG fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der AGg. ist zulässig.

In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das AG hat auf der Grundlage des HKiEntÜ zu Recht die Herausgabe des Kindes zum Zwecke der sofortigen Rückführung nach Australien angeordnet. Entgegen der Auffassung der AGg. sind die Voraussetzungen für eine Rückführung (Art. 12 HKiEntÜ) erfüllt (I.). Versagungsgründe, die nach Art. 13 I und II und Art. 20 HKiEntÜ der Rückführung entgegenstehen können, liegen nicht vor (II. und III.).

I. Die Voraussetzungen des Art. 12 I HKiEntÜ sind erfüllt.

1. Das HKiEntÜ ist allerdings nur anwendbar, wenn M. im Zeitpunkt des Zurückhaltens, also Ende Juli/ Anfang August 2010, seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Australien hatte. Hiervon geht der Senat in Übereinstimmung mit dem AG nach einer Würdigung der gesamten Umstände aus.

a) Weder das HKiEntÜ noch das sonstige internationale Kindschaftsrecht definiert den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts. Da sämtliche internationale Abkommen auf diesem Gebiet letztendlich dem Schutz des Kindeswohls dienen, ist von einem einheitlichen Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts auszugehen (*Winkler von Mohrenfels*, FPR 2001, 189, 190 m.w.N.). Zentrales Anliegen des HKiEntÜ ist es, Kinder davor zu schützen, dass sie aus ihrem gewöhnlichen Lebensraum herausgerissen

werden und Schäden durch die rechtswidrige Entwurzelung erleiden (OLG Frankfurt, FamRZ 2006, 883, 884¹ unter Hinweis auf den Erläuternden Bericht zum HKiEntÜ). Das Übereinkommen setzt damit voraus, dass das Kind im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts sozial integriert ist (OLG Frankfurt aaO). Der gewöhnliche Aufenthalt stellt also auf den tatsächlichen Mittelpunkt der Lebensführung einer Person ab. Auf den Willen, sich an einem Ort auf Dauer niederzulassen, kommt es nicht an. Entsprechend dem Schutzzweck des HKiEntÜ leitet sich bei einem minderjährigen Kind der gewöhnliche Aufenthalt nicht vom Aufenthalt oder Wohnsitz des Sorgeberechtigten ab, sondern ist selbständig zu ermitteln (BGH, FamRZ 1997, 1070)². Hat der Aufenthalt sechs Monate gedauert, wird vielfach von einem gewöhnlichen Aufenthalt ausgegangen (OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 1577)³. Bei langer Verweildauer des Kindes und bei vollständiger Eingliederung in seine soziale Umwelt kann auch gegen den Willen des in seinem Sorgerecht verletzten Elternteils ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet werden (BGH aaO).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hatte M. im Zeitpunkt des definitiven Rückkehrverlangens des ASt. seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Australien.

aa) Anfang August 2010 befand sich das Kind fast sechs Monate in Deutschland. Aus Sicht des Kindes, dessen Schutz das HKiEntÜ bezweckt, stellt sich ein Aufenthalt an einem neuen Ort umso mehr als ‚gewöhnlich‘ dar, je länger es sich an diesem Ort aufhält (OLG Frankfurt aaO). Da insbes. kleine Kinder im Hinblick auf eine andere zeitliche Relation sich leichter an eine neue Umgebung gewöhnen, lässt diese Dauer des Aufenthalts auf eine gewisse soziale Integration schließen. Für den jetzt fast vierjährigen Jungen sind des Weiteren der Umfang und die Intensität der Beziehungen zu Familienangehörigen von besonderem Gewicht. Unbestritten war und ist die Mutter die Hauptbezugsperson des Kindes; von Februar 2010 bis Anfang August 2010 hat M. offensichtlich auch ein enges Verhältnis zu seinen deutschen Großeltern und Verwandten entwickelt. Soziale Beziehungen hat er zwischenzeitlich auch insbes. im Kindergarten zu anderen Kindern und seinen Erzieherinnen geknüpft.

bb) Andererseits ist M. in Australien geboren und hat dort über zwei Jahre mit seinen Eltern gelebt. Wenn auch die Mutter die Hauptbezugsperson des Kindes ist, so weist M. auch eine starke Bindung zu seinem australischen Vater auf. Während seiner Anhörung erwähnte er zwar gegenüber dem Senat – fast schon stereotyp – der Papa sei böse, er habe die Mama zum Weinen gebracht. Dem im Verlauf der Anhörung erfolgten Hinweis des Senats, vielleicht sei der Papa auch hier, begegnete er ungläubig mit dem Bemerkens, das könne nicht sein ... sei weit weg, viel weiter als St... Als er dann den Vater etwas später durch ein Fenster in der Tür zum Spielzimmer entdeckte, war er offensichtlich freudig erstaunt und begrüßte den Vater nach einer kurzen Zurückhaltung herzlich. Die Beobachtungen des Senats decken sich mit den Schilderungen des Verfahrensbeistands in der Sitzung vom 16.6.2011, der einen Umgang des Vaters mit M. am 15.6.2011 beobachten konnte. Dass M. – trotz der bestehenden elterlichen Konflikte – letztlich so unbeschwert auf seinen Vater zugehen kann, ist sicher ein großer Verdienst der AGg. Der Senat ist daher davon überzeugt, dass sowohl zur Mutter als auch zum Vater eine gute und enge kindliche Beziehung besteht.

¹ IPRspr. 2006 Nr. 81.

² IPRspr. 1997 Nr. 99.

³ IPRspr. 2010 Nr. 119a.

Zwar hängt der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes rechtlich nicht vom Willen des Sorgeberechtigten ab; indes kann hier nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben, dass bis zum Sommer 2010 letztlich beide sorgeberechtigten Eltern von einem nur vorübergehenden Aufenthalt von M. in Deutschland ausgegangen sind. Die AGg. hat zwar bereits bei ihrer Ausreise im Februar 2010 mit dem Gedanken gespielt, in Deutschland zu bleiben, wofür insbes. die Mitnahme der Heiratsurkunde spricht. Auf der anderen Seite hat die AGg. im Rahmen ihrer Anhörung offen und ehrlich eingeräumt, ihre Situation in der Folgezeit immer wieder überdacht und geprüft zu haben, ob eine Fortsetzung der Ehe möglich sei; in ihrem Alter würde man nicht ohne weiteres einfach einen Neuanfang planen. Der Senat ist daher überzeugt, dass die AGg. zu den jeweils gebuchten Rückflugterminen zunächst auch tatsächlich bereit war, nach Australien zurückzukehren; angesichts der ungewissen Zukunft in Australien einerseits und der Erfahrung des familiären Rückhalts in E. andererseits hiervon aber dann jeweils Abstand genommen hat. Der Senat hat nach den gesamten Umständen keine Zweifel daran, dass die AGg. sich erst Ende Juli 2010 durchgerungen hat, in Deutschland zu bleiben.

Die Sprachkenntnisse [von] M., der – letztlich zwangsläufig – derzeit aktiv nur die deutsche Sprache beherrscht, sind im vorliegenden Fall kein ausschlaggebendes Argument für einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Sprachkenntnisse haben zwar einen erheblichen Einfluss auf die Fähigkeit, Beziehungen zur Umwelt zu entwickeln (OLG Frankfurt aaO 885). Zu berücksichtigen ist indes zum einen, dass das Kind nach den Schilderungen des Verfahrensbeistands offensichtlich zumindest über einen passiven Grundwortschatz in Englisch verfügt. Dies hat der Verfahrensbeistand anhand seiner Beobachtungen des am 15.6.2011 durchgeführten Umgangs mit dem Vater anschaulich und nachvollziehbar geschildert. Zum anderen entspricht es der Erfahrung, dass gerade Kleinkinder über ein gutes Sprachverständnis verfügen und sich schnell eine andere Sprache aneignen können. Dies gilt für M., den der Senat als ein aufgewecktes und aufgeschlossenes Kind kennenlernte, in besonderem Maße. Hinzu kommt, dass für M. die englische Sprache nicht fremd ist. Zum Anhörungstermin brachte er zum Beispiel u.a. ein Kinderbuch in englischer Sprache mit. Im Kindergarten hat er nach dem Bericht des Verfahrensbeistands sein englisches Lieblingslied vorgestellt, das die Gruppe dann gemeinsam gelernt hat. Der Senat hat daher keine Zweifel, dass M., den der Verfahrensbeistand als offenes, sehr sozialverträgliches und einfühlsames Kind beschreibt, mit der Unterstützung seiner Eltern innerhalb kurzer Zeit in der Lage sein wird, auch in Australien, wo er bereits vor seiner Ausreise den Kindergarten besucht hat, wieder soziale Kontakte und Beziehungen zur Umwelt zu knüpfen.

Soweit sich die AGg. auf die ‚Sechs-Monats-Regel‘ beruft, ist darauf hinzuweisen, dass diese Frist, die hier am 7.8.2010 noch nicht abgelaufen war, als Richtschnur zwar hilfreich sein kann, als formales Kriterium aber auch nicht überbewertet werden darf. Schließlich streitet auch die melderechtliche Anmeldung von Mutter und Kind in E. im April nicht für einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Einer melderechtlichen Anmeldung kommt ohnehin nur eine gewisse – hier nicht gegebene – Indizwirkung zu. Auf Nachfrage des Senats erklärte die AGg., die Anmeldung sei erfolgt, da man hierzu verpflichtet sei, wenn man sich länger an einem Ort aufhalte; sie habe vermutlich sogar die vorgeschriebene Frist bereits versäumt.

Nach alledem steht für den Senat fest, dass sich der Daseinsschwerpunkt und damit Ort, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist (vgl. EuGH, Urt. vom 2.4.2009, A: Korkein hallinto-oikeus – Finnland, Rs C-523/07, Slg. 2009 I-02805, FamRZ 2009, 843, 845 zu Art. 8 EuEheVO; OLG Saarbrücken, Beschl. vom 5.11.2010 – 9 UF 112/10⁴ – juris Rz. 26), Ende Juli/Anfang August 2010 noch nicht nach Deutschland verlagert hat.

2. Nach Art. 12 I HKiEntÜ ist ein Kind, das widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat des Übereinkommens verbracht oder dort zurückgehalten worden ist, sofort in den Heimatstaat zurückzuführen, wenn im Zeitpunkt des Antrageingangs beim zuständigen Gericht seit dem Entführen oder Zurückhalten noch kein Jahr vergangen ist. Gemäß Art. 3 I lit. b HKiEntÜ ist ein Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich, wenn dies ohne oder gegen den Willen eines Allein- oder Mitsorgeberechtigten geschieht. Wer die elterliche Sorge ausübt, richtet sich nach dem Recht des Staats, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, hier also nach australischem Recht.

a) Unstreitig ist die AGg. mit dem Kind im Einverständnis des ASt. nach Deutschland gereist, sodass ein widerrechtliches Verbringen ausscheidet. Der ASt. hat aber spätestens in dem Gespräch am 7.8.2010 unmissverständlich verdeutlicht, er sei mit einem Aufenthalt von M. in Deutschland nicht länger einverstanden und verlange die Rückkehr des Kindes. Indem die Mutter diesem Verlangen nicht nachgekommen ist, hat sie M. spätestens Anfang August, wie das AG zutreffend feststellt, widerrechtlich im Sinne des Art. 3 HKiEntÜ zurückgehalten.

b) Nach dem hier maßgeblichen australischen Recht (s. 61C Family Law Act – No. 53 of 1975) üben die Eltern die Sorge für das Kind gemeinsam aus (Art. 3 I lit. a HKiEntÜ). Entgegen der Auffassung der AGg. hat der ASt. sein Sorgerecht auch tatsächlich ausgeübt (Art. 3 I lit. b HKiEntÜ). An die Voraussetzungen der tatsächlichen Ausübung dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden (*Staudinger-Pirrung*, BGB [Neub. 2009], D. HKiEntÜ Rz. D 32). Es mag sein, dass die AGg. während des Zusammenlebens in Australien die alltägliche Versorgung des Kindes übernommen hat, während der ASt. seinem Beruf nachging. Diese Rollenverteilung beruhte aber auf einem Einvernehmen der Eltern und ist Ausdruck der Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge. Seit sich M. in Deutschland aufhält, hat der ASt. – worauf das AG zu Recht hinweist – durch seine Besuche, insbes. auch zum Geburtstag des Kindes, die Ausübung seines Elternrechts dokumentiert (vgl. *Streicher-Köblitz*, Familiensachen mit Auslandsbezug, 2008, 181, § 3 Rz. 114). Dass er seiner Ehefrau einen längeren Aufenthalt in Deutschland zugestanden hat und damit in der Ausübung seines Rechts zwangsläufig beschränkt war, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen.

Die Jahresfrist des Art. 12 HKiEntÜ ist gewahrt.

II. Versagungsgründe nach Art. 13 I HKiEntÜ, die der Rückführung entgegenstehen könnten, liegen nicht vor.

1. Entgegen der Auffassung der insoweit beweisbelasteten AGg. (vgl. hierzu OLG Stuttgart, FamRZ 2009, 2017⁵) hat der ASt. das Zurückhalten des Kindes nicht nachträglich genehmigt (Art. 13 I lit. a HKiEntÜ). Eine nachträgliche Genehmigung, die auch konkludent erfolgen kann (OLG Stuttgart aaO) muss klar, eindeutig

⁴ IPRspr. 2010 Nr. 121.

⁵ IPRspr. 2009 Nr. 94.

und unbedingt sein (OLG Düsseldorf, Beschl. vom 2.2.2011 – 1 UF 110/10⁶, juris Rz. 13). Auf die Rückkehr des Kindes hat der ASt. indes zu keinem Zeitpunkt – auch nicht in der Vereinbarung vom 19.11.2010 – verzichtet. Der im Rahmen der Vereinbarung vom 19.11.2010 eingegangenen Verpflichtung, vor dem zuständigen australischen Gericht der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter zuzustimmen, kann ein solcher Erklärungswert nicht entnommen werden.

2. Nach Art. 13 I lit. b HKiEntÜ kann die Anordnung der Rückführung unterbleiben, wenn die Rückführung mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt.

Die naturgemäß mit einer Rückführung verbundenen Belastungen erfüllen nach Sinn und Zweck des HKiEntÜ diese Voraussetzungen nicht. Das Übereinkommen will verhindern, dass ein Elternteil ein Kind widerrechtlich entführt oder nach einem von beiden Eltern mitgetragenen Aufenthalt im Ausland das Kind widerrechtlich zurückhält und so eigenmächtig vollendete Tatsachen schafft (vgl. BVerfG, NJW 1996, 1402, 1403⁷; FamRZ 1999, 85 ff.⁸). Nur ungewöhnlich schwere Beeinträchtigungen, die über die mit der Rückführung gewöhnlich verbundenen Schwierigkeiten hinausgehen, können daher einer Rückführung entgegenstehen (BVerfG, NJW 1996 aaO; FamRZ 1999 aaO 87; OLG Karlsruhe aaO 1578). Das HKiEntÜ stellt dabei ausschließlich auf eine schwerwiegende Gefahr für das Kind, nicht des entführenden Elternteils, ab. Nach Würdigung der gesamten Umstände und des Vorbringens der AGg. kann der Senat eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohl durch die Rückführung nicht erkennen.

a) Eine solche Gefahr kann etwa bestehen, wenn ein Kleinkind nicht von der Mutter, der bisherigen Bezugsperson, begleitet werden könnte (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1142⁹). Habhafte Gründe, die hier einer Begleitung durch die Mutter entgegenstehen könnten, sind nicht erkennbar. Soweit die AGg. darauf hinweist, dass sie wegen ihrer schlechten finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage sei, für Flug und Unterkunft aufzukommen, hat der Senat dem zum einen dadurch Rechnung getragen, dass der AGg. entgegen Art. 26 IV HKiEntÜ die Rückführungskosten nicht auferlegt werden. Zum anderen hat der ASt. auch gegenüber dem Senat bekundet, er werde die AGg. im Fall ihrer Rückkehr finanziell unterstützen. Der Senat glaubt dem ASt., der bislang für M.s Unterhalt in nicht unerheblicher Höhe (340 AUD wöchentlich) leistet, dass er seiner selbst zugesagten Verpflichtung auch tatsächlich nachkommt. Von entspr. Auflagen gegenüber dem ASt. (vgl. *Streicher-Köblitz* aaO Rz. 120) hat der Senat daher abgesehen.

Soweit sich die AGg. in der Beschwerdeinstanz erstmals auf ihre Hauterkrankung beruft, ist darauf hinzuweisen, dass sie sich gegen Sonneneinstrahlungen entsprechend schützen kann. Im Übrigen steht nicht fest, dass das australische Gericht ein Verbleiben M.s in Australien anordnen wird. Die Rückführungsentscheidung ist gemäß Art. 19 HKiEntÜ gerade keine Sorgerechtsentscheidung; sie soll erst die Voraussetzungen dafür schaffen, dass das international zuständige Gericht über das Sorgerecht entscheiden kann (OLG Stuttgart – 17 UF 234/08¹⁰, juris Rz. 4).

⁶ Siehe oben Nr. 112.

⁷ IRPspr. 1996 Nr. 89.

⁸ IRPspr. 1998 Nr. 108b.

⁹ IRPspr. 2001 Nr. 99.

¹⁰ IRPspr. 2009 Nr. 90a.

b) Sonstige schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohls, die über die gewöhnlichen Schwierigkeiten einer Rückführung hinausgehen, sind nach Anhörung der Eltern, des Kindes und des Verfahrensbeistands sowie nach Aktenlage nicht erkennbar. Der Verfahrensbeistand hat zwar darauf hingewiesen, dass M. sich in der Zwischenzeit gut in Deutschland eingefunden habe. Angesichts des nunmehr schon länger andauernden Aufenthalts würde die Herausnahme aus der gewohnten Umgebung einen Bruch für das Kind bedeuten. Damit umschreibt er aber eine Beeinträchtigung, die mit einer Rückführung regelmäßig verbunden ist. Die Eltern haben es in der Hand, die Rückführung von M. so behutsam wie möglich zu gestalten. Soweit der Verfahrensbeistand ferner darlegt, M. spüre die sowohl beim Vater als auch bei der Mutter vorhandenen Verlustängste, was er mit seinem Bedürfnis, zu beiden Eltern eine gute Beziehung leben zu können, nicht in Einklang bringen könne, kann sich der Senat nur dem Wunsch des Verfahrensbeistands anschließen, dass die Eltern – im Interesse ihres Kindes – baldmöglichst eine Einigung finden.

c) Die Rückführung nach Australien wäre allerdings dann eine unnötige Belästigung für das Kind, wenn eine anschließende Rückkehr nach Deutschland bereits sicher feststehen würde. Eine bloß wahrscheinliche Rückkehr des Kindes steht einer Rückführung des Kindes hingegen nicht entgegen (*Staudinger-Pirrung* aaO Rz. D 72). Nach Auffassung des Senats ist eine Rückkehr von M. nach Deutschland zwar nicht unwahrscheinlich, aber nach derzeitigem Kenntnisstand auch nicht sicher. Der ASt. hat sich in der Vereinbarung vom 19.11.2010 mit einem Aufenthalt M. in Deutschland einverstanden erklärt. Von dieser Verpflichtung kann er sich auch nicht einseitig lösen.

Dass die AGg. – insoweit entgegen der Vereinbarung – nicht bis zum 31.1.2011 nach Australien zurückgekehrt ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Hierauf kann sich der ASt. nämlich dem Rechtsgedanken des § 162 BGB entsprechend nicht berufen. Die AGg. hat alle Vorbereitungen (Flugbuchung, Reiseversicherung, Beurlaubung ihres Vaters als Begleitperson etc.) getroffen, um absprachgemäß vor dem 31.1.2011 nach Australien zu reisen. Erst als sich der ASt. weigerte, den von ihr vorbereiteten ‚Application for Consent Orders‘ zu unterzeichnen, hat sie ihre Reisepläne aufgegeben. Der Einwand des ASt., er sei mit der Vereinbarung ‚überfahren‘ worden, geht ins Leere. Der gut ausgebildete ASt., u.a. Professor an der Universität ..., war anwaltlich vertreten; die Sitzung, die nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten wegen Übersetzungsprobleme ohnehin überwiegend auf Englisch geführt wurde, wurde von einem Dolmetscher begleitet. Für den Senat steht daher fest, dass der ASt. in der Lage war, der Verhandlung in seiner Muttersprache zu folgen. Die Dauer der Sitzung (13:00 Uhr bis 17:45 Uhr) lässt überdies den Schluss zu, dass der Sach- und Streitstand eingehend erörtert worden ist. Die Kritik der Zentralen Behörde Australiens (vgl. Schreiben vom 22.11.2010), das HKiEntÜ-Verfahren sei als normales Sorgerechtsverfahren behandelt worden, ist nicht gerechtfertigt. Auch im dem Kindeswohl verpflichteten HKiEntÜ-Verfahren gilt, dass ein Elternkonsens regelmäßig dem Kindeswohl am besten entspricht. Wie sich aus Art. 7 II lit. c HKiEntÜ ergibt, erschöpft sich eine gütliche Einigung nicht in der freiwilligen Rückführung des Kindes. Die Vereinbarung trägt im Übrigen der internationalen Zuständigkeit des australischen Gerichts Rechnung. Es wird gerade keine unmittelbare Sorgerechtsentscheidung getroffen; diese Entscheidung sollte – auf Grundlage

des übereinstimmenden Elternwillens – dem australischen Gericht überlassen werden.

Letztlich wird es Aufgabe des zuständigen australischen Gerichts sein, die Vereinbarung der Eltern vom 19.11.2010 zu bewerten.

d) Das Verhalten des Ast. nach Abschluss der Vereinbarung im November 2010 ist nicht geeignet, einen Versagungsgrund im Sinne des insoweit abschließenden Art. 13 HKiEntÜ zu begründen. Man könnte allenfalls daran denken, dass sich die Rückführung von M. dadurch verzögert und sich der Lebensmittelpunkt des Kindes in Deutschland weiter verfestigt hat. Eine schwerwiegende Gefahr für das Kindeswohl lässt sich daraus, wie bereits dargelegt, aber nicht herleiten.

e) Angesichts des Alters von M. scheitert eine Rückführung auch nicht an Art. 13 II HKiEntÜ. Mit seinen fast vier Jahren hat das Kind noch kein Alter erreicht, in dem ein – etwaiger – Widerstand auf einer verantwortungsbewussten Entscheidung des Kindes beruht.

III. Entgegen der Auffassung der AGg. verstößt die Rückführungsanordnung weder gegen das GG noch gegen die EMRK. Die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen gewinnen im Rahmen des Art. 20 HKiEntÜ, der eine beschränkte Ordre-public-Klausel enthält, an Gewicht.

1. Das HKiEntÜ ist verfassungskonform. Der Schutz des Kindes vor Entführung steht im Schnittpunkt verschiedener Grundrechtspositionen sowohl des Kindes als auch beider Elternteile (Art. 2 I und II, Art. 6 I bis IV GG), die in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind. Dabei kommt dem Kindeswohl, das den Elterninteressen vorgeht, ausschlaggebendes Gewicht zu. Das BVerfG hat bereits mehrfach entschieden, dass der Gesetzgeber mit dem HKiEntÜ einen verfassungsrechtlich unbedenklichen Ausgleich gefunden hat (zum Ganzen: BVerfG, FamRZ 1996, 1267).

2. Auch das Grundrecht des Kindes aus Art. 11 GG wird durch die Rückführungsanordnung nicht verletzt. Das Recht auf Freizügigkeit des Kindes kollidiert mit dem verfassungsrechtlich verankerten Elternrecht (Art. 6 II GG). Dies rechtfertigt die Übergabe an eine sorgeberechtigte Person (BVerfG aaO).

3. Soweit die AGg. behauptet, mit einer Rückkehr nach Australien stehe aufgrund der dortigen Rechtslage fest, dass sie mit dem Kind das Land nicht mehr verlassen könne, was im Ergebnis zu einer Verletzung ihres Rechts auf Freizügigkeit führe, steht dies der Rückführung nicht entgegen. Würde die AGg. mit ihrer Kritik an der Rechtslage in Australien durchdringen, würde das HKiEntÜ im Verhältnis zu Australien regelmäßig leerlaufen.

Wie das australische Gericht, das nach australischem Recht ebenfalls das Kindeswohl als übergeordneten Gesichtspunkt zu beachten hat, entscheiden wird, ist offen. Entgegen der Auffassung der AGg. kann auch nach deutschem Recht ein betreuender Elternteil nicht ohne weiteres mit dem Kind Deutschland verlassen. Zwar stehen die Motive des Elternteils für seinen Auswanderungsentschluss grundsätzlich zur Überprüfung des FamG. Das Gericht kann die (alleinige) Ausreise dem Elternteil nicht in zulässiger Weise untersagen. Das FamG darf und muss aber prüfen, wie sich die Auswanderung mit dem Kind auf das Kindeswohl auswirkt. Die Entscheidung des betreuenden Elternteils, auszuwandern, setzt sich daher nicht ohne weiteres gegen das Elternrecht des anderen Elternteils durch. Entscheidend ist vielmehr,

welche Alternative dem Kindeswohl besser entspricht und wie die im Einklang mit dem Kindeswohl auszuübenden Elternrechte beider Elternteile schonend ausgeglichen werden können. Unter Umständen entspricht es dem Kindeswohl am besten, mit dem anderen Elternteil im Inland zu verbleiben (zum Ganzen die von der AGg. zitierte Mexiko-Entscheidung des BGH, FamRZ 2010, 1060 ff.).

4. Schließlich ist entgegen der Auffassung der AGg. die Rückführungsanordnung auch mit Art. 8 der EMRK vereinbar. Art. 8 ist nach der Rspr. des EGMR ‚im Lichte des HKiEntÜ‘ auszulegen (EGMR, Entscheidung vom 11.12.2006 – Nr. 41092/06, juris). Dass das Ziel des HKiEntÜ, das Kind vor einem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten zu schützen, naturgemäß Härten für den Elternteil und das Kind mit sich bringt, wird vom EGMR akzeptiert. Der EGMR lässt in der zit. Entscheidung außerdem das Argument, es bestehe die Gefahr, dass die Gerichte des Entführungsstaats im Sorgerechtsverfahren gegen den Entführer entschieden, nicht gelten. Führt die Rückführungsanordnung zu einer Trennung des Kindes von einem Elternteil, liegt zwar ein Eingriff in das von Art. 8 EMRK geschützte Familienleben vor. Art. 8 ist nach der Rspr. des EGMR allerdings dann nicht verletzt, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehene Ziele verfolgt, die nach Art. 8 II legitim sind, und der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig angesehen wird. Grundet der Eingriff auf dem HKiEntÜ, das das Kind vor Nachteilen eines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens international bewahren und das Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kind schützen will, sind die o.g. Voraussetzungen regelmäßig erfüllt.

Die von der AGg. zitierte Neulinger-Entscheidung des EGMR (6.7.2010 – Nr. 41615/07) führt zu keiner anderen Beurteilung. Soweit ersichtlich, weicht der EGMR von seiner aufgezeigten Linie nicht ab (so auch das Schweizerische Bundesgericht, Ur. vom 4.2.2011 – 5A.913/2010); allerdings hält der EGMR fest, dass in einem HKiEntÜ-Verfahren die Rückführung des Kindes wegen Art. 8 EMRK nicht automatisch angeordnet werden dürfe, sondern dass dies immer von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Hierzu ist anzumerken, dass das HKiEntÜ einen zwingenden Automatismus nicht vorsieht. Es stellt lediglich die durch die Erfahrung der Vertragsstaaten bestätigte Vermutung auf, die schnellstmögliche Rückführung des Kindes entspreche dem Kindeswohl am besten. Um festzustellen, ob Art. 13 HKiEntÜ der Rückführung entgegensteht, sind regelmäßig die Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Der EGMR gesteht im Fall Neulinger zu, die Rückführungsanordnung sei innerhalb des staatlichen Ermessens erfolgt. Wohl im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls hält er es dann aber für erforderlich, im Rahmen der Prüfung einer etwaigen Verletzung des Art. 8 auch die Entwicklung seit Erlass der angefochtenen Entscheidung zu berücksichtigen.

5. Die mit der Rückführung verbundenen Härten für den entführenden Elternteil sind schließlich als Folge der rechtswidrigen Entführung bzw. Zurückhaltung hinzunehmen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.4.2010 – 1 BvR 862/10¹¹).

IV. Im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse der AGg. sieht der Senat davon ab, ihr die Kosten der Rückführung aufzuerlegen (vgl. Art. 26 IV HKiEntÜ). Der Senat geht insbes. im Hinblick auf die Vereinbarung vom 19.11.2010 sowie den Erklärungen des ASt. in der Vergangenheit (vgl. etwa Rz. 47 seiner eidesstattlichen

¹¹ IPRspr. 2010 Nr. 119b.

Versicherung vom 17.8.2010) davon aus, dass er für die Reisekosten von Mutter und Kind aufkommen wird.“

114. *Geben nicht miteinander verheiratete Eltern in Deutschland gemeinsame Sorgeerklärungen (§§ 1626a, 1626b II BGB) für ihr noch ungeborenes Kind ab, so tritt die Rechtswirkung dieser Erklärungen, nämlich die gemeinsame elterliche Sorge, erst mit der Geburt des Kindes ein. Verlegen die Eltern noch vor der Geburt des Kindes ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einen ausländischen Vertragsstaat des KSÜ (hier: Schweiz), so richtet sich die Zuweisung der elterlichen Verantwortung gemäß Art. 16 II KSÜ nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Zeitpunkt seiner Geburt. Nach diesem Recht bestimmt sich im Falle eines späteren Verbringens des Kindes durch die Mutter in einen anderen Staat auch die Beurteilung der Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 3 Satz 1 lit. a HKiEntÜ.*

KG, Urt. vom 27.6.2011 – 16 UF 124/11: FamRZ 2011, 1516; JAmt 2011, 483. Leitsatz in FF 2011, 512.

Der Vater und die Mutter des am 17.7.2008 geborenen Kindes F.L.L. waren nicht miteinander verheiratet. Mit seinem Antrag vom 15.2.2011 begehrt der Ast. die Rückführung des Kindes in die Schweiz. Vor der Geburt des Kindes erkannte der Vater am 18.1.2008 vor dem Bezirksamt ... Berlin die Vaterschaft für das Kind an. Die Eltern gaben gemeinsame Sorgeerklärungen ab. Die Eltern verzogen einige Wochen vor der Geburt des Kindes in die Schweiz, wo das Kind geboren wurde und wo die Familie in der Folgezeit lebte. Im März 2010 kam es zur Trennung der Eltern. Am 7.5.2010 verließ die Mutter mit dem Kind ohne Zustimmung des Vaters die Schweiz und verzog nach Berlin, wo sie sich weiterhin mit dem Kind aufhält. Durch Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10.11.2010 wurden die von den Eltern am 18.1.2008 vor dem Bezirksamt ... Berlin gemeinsam abgegebenen Sorgeerklärungen in der Schweiz anerkannt.

Das AG Pankow/Weißensee (FamG) hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 12.4.2011 den Antrag des Vaters auf Rückführung des Kindes zurückgewiesen. Gegen den ihm am 27.4.2011 zugestellten Beschluss hat der Vater mit Schriftsatz vom 6.5.2011, der am gleichen Tage beim AG Pankow/Weißensee einging, Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

„II. Die Beschwerde des Vaters ist form- und fristgerecht beim FamG eingelegt und begründet worden (§§ 40 II IntFamRVG, 64 I FamFG), mithin zulässig.

Sie ist jedoch unbegründet. Denn das FamG hat das Rückführungsersuchen des Vaters zu Recht zurückgewiesen.

Zwar ist das Rückführungsersuchen zulässig, da das HKiEntÜ in Deutschland seit dem 1.12.1990 gilt und im Verhältnis zur Schweiz anwendbar ist.

Das Rückführungsersuchen ist jedoch unbegründet, weil die Mutter das Kind nicht widerrechtlich im Sinne des Art. 3 HKiEntÜ nach Deutschland verbracht hat. Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn dadurch das alleinige Sorgerecht oder ein Mitsorgerecht verletzt wird, das einer Person nach dem Recht des Staats zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 Satz 1 lit. a HKiEntÜ).

Das Kind hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt unmittelbar vor dem Verbringen nach Deutschland in der Schweiz.

Die durch Art. 3 HKiEntÜ ausgesprochene Verweisung ist eine Gesamtverweisung und das IPR dieses Staats ist zu beachten (*Palandt-Thorn*, BGB, 70. Aufl., Anh