



Workshop

„Auswirkungen von EU-Verordnungen, internationalen Abkommen sowie des Familienrechts anderer EU-Mitgliedstaaten auf das Familienrecht

in Deutschland“

07.10.2015

Referentin

Rechtsanwältin Svenja Schmidt-Bandelow
Fachanwältin für Familienrecht und Mediatorin

Hardenbergstr. 19, 10623 Berlin

Fon: +49 (0)30-859 625 70

e-mail: ra@svenja-schmidt-bandelow.de

www.svenja-schmidt-bandelow.de

Einleitung

In Europa ist mehr als jede zehnte Ehe grenzüberschreitend, in Deutschland sogar jede neunte. Dennoch ist das Familienrecht in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich ausgestaltet. Die Europäisierung beschränkt sich derzeit darauf, europaweit nach einheitlichen Maßstäben zu entscheiden, welches nationale Recht auf eine grenzüberschreitende Partnerschaft Anwendung findet, welche Gerichte im Streitfall entscheiden und wie gerichtliche Entscheidungen anerkannt und durchgesetzt werden.

Seit dem 01.03.2005 gilt unter den Mitgliedsstaaten der EU, außer Dänemark, für die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus dem jeweils anderen Mitgliedsstaaten für Ehesachen und für die elterliche Verantwortung die Brüssel IIa-VO, die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003. Sie ist in Deutschland unmittelbar geltendes Recht und gegenüber dem FamFG vorrangig (vgl. § 97 FamFG).

A. Internationale Zuständigkeit für Verfahren hinsichtlich der elterlichen Verantwortung

a) Anwendungsbereich

Die Brüssel IIa-VO spricht nicht von dem Begriff der elterlichen Sorge, sondern von der elterlichen Verantwortung. Unter elterlicher Verantwortung ist die Regelung des Sorgerechts sowie des Umgangsrechts zu verstehen. Aber nicht jeder Mitgliedsstaat sieht eine mit nach deutscher Rechtsauffassung vergleichbare Wertung der elterlichen Sorge vor (vgl. hierzu unter J. Sorgerecht anderer EU-Länder). So wird in vielen Ländern von der elterlichen Verantwortung gesprochen, so z. B. in Italien „responsabilità genitoriale“, in Spanien „patria potestad“, wörtlich übersetzt von der väterlichen Gewalt, in Frankreich ist es die „autorité parentale“, also die elterliche Gewalt. Jeder Mitgliedsstaat regelt somit autonom, seinen Begriff der elterlichen Sorge bzw. elterlichen Gewalt. Entscheidend ist diese Problematik im Falle von Kindesentziehungen, da hier nach dem nationalen Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes zu prüfen ist, ob eine Verletzung der elterlichen Verantwortung vorliegt (vgl. Art. 3 HKÜ).

b) Grundsatzzuständigkeit nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Hiernach sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung für das Kind betreffen, die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig, in dem das Kind zur Zeit der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Zuständigkeit ist der Zeitpunkt der Antragstellung, ein danach erfolgter Umzug berührt daher die internationale Zuständigkeit nicht. Unter gewöhnlichem Aufenthalt ist grundsätzlich der Ort zu verstehen, an dem das Kind seinen Lebensmittelpunkt hat, also familiär und sozial integriert ist. Hierbei entscheidend sind auch die Umstände und die Gründe für den Aufenthalt im Einzelfall bzw. den Umzug sowie der Wille der Sorgeberechtigten. Zu berücksichtigen sind auch die Dauer, Sprachkenntnisse sowie die familiäre und soziale Bindungen (vgl. OLG Stuttgart in FamRZ 2014, S. 1930 ff). Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes kann schon unmittelbar nach dem Umzug des Kindes begründet werden, wenn nach dem Willen der Eltern feststeht, dass das Kind hier dauerhaft leben soll.

Auch wenn nach dem Plan der Eltern der Aufenthalt nur zeitlich limitiert sein soll, weil zum Beispiel der Arbeitsvertrag eines Elternteils auf ein oder zwei Jahre befristet ist, wird der gewöhnliche

Aufenthalt des Kindes hierdurch begründet. Allenfalls bei einem befristeten Aufenthalt von weniger oder bis maximal sechs Monate kann daran gedacht werden, dass der gewöhnliche Aufenthalt hierdurch nicht entsteht.

Wichtig ist auch zu wissen, dass ein unrechtmäßiger Umzug, d.h gegen den Willen und ohne Zustimmung des anderen Sorgeberechtigten auch nicht nach sechs Monaten durch bloßen Zeitablauf einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes begründen kann. Erst nach einem Jahr ist dies frühestens möglich, wenn bis zu diesem Zeitpunkt keine Rückführung des Kindes in den bisherigen Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes eingeleitet wurde (vgl. hierzu Art 11 Abs 1 der Brüssel II-a Vo).

c) Zuständigkeit für Abänderungsanträge in Umgangsverfahren nach Art. 9 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Bei Abänderungsanträgen in Umgangsverfahren bleibt es bei einer Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsstaates für einen Zeitraum von drei Monaten, der zeitlich ab dem Umzug gilt für eine vor dem Umzug des Kindes ergangene Umgangsentscheidung.

Der Umzug muss aber rechtmäßig sein, das ist der Fall, wenn der Umzug entweder gerichtlich genehmigt wurde oder der andere Elternteil zugestimmt hat. Weiterhin findet Art. 9 Abs. 1 Brüssel IIa-VO nur dann Anwendung, wenn bereits eine Umgangsentscheidung eines Gerichtes im bisherigen Aufenthaltsstaates ergangen ist. Diese Entscheidung muss vor dem Umzug ergangen sein. Im Übrigen wird vorausgesetzt, dass der umgangsberechtigte Elternteil sich weiterhin im Aufenthaltsstaat des Kindes gewöhnlich aufhält.

d) Zuständigkeit wegen rügeloser Einlassung in Umgangsverfahren nach Art. 9 Abs. 2 Brüssel IIa-VO

Hiernach wird die Zuständigkeit des Mitgliedsstaates des neuen gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes für Umgangsverfahren dann begründet, wenn der Umgangsberechtigte ohne die Zuständigkeit im Verfahren zu rügen sich auf das Verfahren einlässt.

e) Annexzuständigkeit nach Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Ist die Frage der elterlichen Verantwortung mit einem Scheidungsverfahren verknüpft, so besteht eine Zuständigkeit für die Frage der elterlichen Verantwortung als Annex dann, wenn die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts anerkannt haben und diese auch im Einklang mit dem Kindeswohl steht. Art. 12 der Brüssel IIa-VO gilt somit nur für die Fälle, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in dem Gerichtsstaat hat.

f) Zuständigkeit nach Art. 12 Abs. 3 Brüssel IIa-VO

In dieser Vorschrift wird geregelt, dass unabhängig von einem Scheidungsverfahren die Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates entstehen kann, in dem das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn eine wesentliche Bindung des Kindes zu diesem Mitgliedsstaat für das konkret anhängige Verfahren besteht, insbesondere weil ein Elternteil dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder das Kind die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedsstaates besitzt und die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts vereinbart haben und die Zuständigkeit im Einklang mit

dem Kindeswohl steht. Ansonsten gibt es nicht die Möglichkeit die Zuständigkeit eines Gerichts für die Regelung der elterlichen Verantwortung zu vereinbaren (vgl. EuGH-Rs C-436/13: E./B in FamRZ 2015 S. 24 ff).

g) Auffangzuständigkeit nach Art. 13 Brüssel IIa-VO

Art. 13 Brüssel IIa-VO stellt eine Auffangregel dar, dann wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht bestimmt werden kann und sich dann die internationale Zuständigkeit des Gerichts aufgrund bloßer Anwesenheit des Kindes bestimmt. Das sind z.B. Fälle, in denen ein Kind ohne Papiere aufgefunden wird und seine Herkunft nicht festgestellt werden kann.

h) Rückgriffsmöglichkeit auf sonstige Zuständigkeitsnormen nach Art. 14 Brüssel IIa-VO

Diese Vorschrift regelt, dass sich die Zuständigkeit nach den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedsstaates bestimmt, sofern eine Zuständigkeit aus dem Art. 8 bis 13 Brüssel IIa-VO eines anderen Mitgliedsstaates nicht begründet werden kann (hier ist aber zunächst die Vorrangigkeit des KSÜ zu beachten).

i) Verweisungsregel des Art. 15 Brüssel IIa-VO

In besonderen Ausnahmefällen kann eine Verweisung an ein Gericht eines anderen Mitgliedsstaates erfolgen, das den Fall im Interesse des Kindeswohls besser beurteilen kann. Eine Verweisung kann auf Antrag oder von Amts wegen erfolgen. Dies ist in der Praxis äußerst selten.

B. Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit des anzuwendenden Rechts, die Anerkennung, die Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und die Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ)

a) Einleitung

Das Kinderschutzübereinkommen (KSÜ), das für die Bundesrepublik Deutschland seit dem 01.01.2011 in Kraft ist, soll einheitliche Regelungen über die internationale Zuständigkeit und das anzuwendende Recht in den Vertragsstaaten¹ (die Türkei und Italien sind derzeit keine Vertragsstaaten), schaffen sowie zur Vereinheitlichung von Anerkennungen und Vollstreckbarkeitserklärungen beitragen.

b) Anwendungsbereich

In Art. 3 KSÜ ist aufgelistet, welche Maßnahmen nach dem KSÜ getroffen werden können. Es handelt sich hierbei um Maßnahmen, die die elterliche Verantwortung betreffen. Hiervon inbegriffen ist das Recht zum persönlichen Umgang.

¹ Albanien, Armenien, Australien, Bulgarien, Dominikanische Republik, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Irland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Marokko, Monaco, Montenegro, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ukraine, Ungarn, Uruguay, Zypern

c) Zuständigkeitsregelung nach dem KSÜ

Art. 5 KSÜ knüpft hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage primär an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes an. Hierbei ist aber Art. 7 KSÜ zu beachten. Bei einem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes bleiben die Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, solange zuständig, bis es einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und das Verbringen oder Zurückhalten durch eine Behörde oder sonstige Stelle bzw. jede sorgeberechtigte Person genehmigt wurde (vergl. Art. 5 lit.a KSÜ). Ansonsten ist im Falle eines widerrechtlichen Verbringens eine Zuständigkeit erst nach Ablauf eines Jahres gegeben, sofern die sorgeberechtigte Person bzw. Behörde oder sonstige Stelle den Aufenthaltsort des Kindes kannte oder hätte kennen müssen und während dieses Zeitraums kein Antrag auf Rückführung gestellt wurde (vergl. Art. 7 lit.b KSÜ).

d) Verhältnis zur Brüssel IIa-VO

Art. 61 der Brüssel IIa-VO stellt klar, dass die Brüssel IIa-VO gegenüber dem KSÜ Vorrang hat. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zu Kindern mit Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat, sondern auch für Kinder mit Staatsangehörigkeit eines Drittstaates aber gewöhnlichem Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates. Somit ist der Anwendungsbereich des KSÜ hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage für uns relativ eingeschränkt. Sofern wir Fälle aus deutscher Sicht zu beurteilen haben, kommt es immer auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes in Deutschland unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit an, wir landen somit in der Brüssel IIa-VO. Lediglich dann, wenn das Kind, das über eine Drittstaatsangehörigkeit verfügt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat des KSÜ hat, der aber nicht Mitgliedsstaat der Brüssel IIa-VO ist, kann das KSÜ die Zuständigkeitsfrage regeln. Hieraus folgt, dass sich die Zuständigkeitsfrage in Deutschland für Fragen hinsichtlich der elterlichen Verantwortung nach der Brüssel IIa-VO richtet.

C. Umzug eines Elternteils mit dem Kind ins Ausland nach Trennung

Einleitung

Bei Bestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge ist ein Umzug mit dem gemeinsamen Kind ins Ausland nur dann möglich, wenn das Einverständnis des anderen Elternteils vorliegt. Liegt dieses Einverständnis nicht vor, so stellt dies einen Verstoß im Sinne von Art. 3 HKÜ dar, sofern der andere Elternteil mit dem Kind heimlich ins Ausland umzieht.

Hat ein Elternteil in Deutschland das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht, so stellt sich die Frage, ob ein Umzug mit dem Kind ohne Einverständnis ins EU-Ausland berechtigt ist.

Es sind somit verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden:

1. *Getrennt lebende Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge ohne gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge*

Haben die Eltern sich getrennt und sind sich darüber einig, dass das Kind bei einem Elternteil leben soll, ohne dass sie hierüber eine gerichtliche Entscheidung erwirkt haben, ist bei einem Umzug ins Ausland das Einverständnis des anderen Elternteils erforderlich. Können die Eltern sich nicht einigen, so ist eine Mediation über diese Frage ratsam. Anderenfalls ist eine Entscheidung des Familiengerichts notwendig. Der geplante Umzug des Kindes muss gerichtlich genehmigt werden. bzw. das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist auf den umzugswilligen Elternteil zu übertragen.

Weiterhin empfiehlt es sich, einen Antrag auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu stellen.

2. *Einem Elternteil ist nach der Trennung das Aufenthaltsbestimmungsrecht durch gerichtliche Entscheidung übertragen worden*

Hier war die Rechtsprechung sich zunächst uneinig, ob die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Umzug zumindest innerhalb des europäischen Auslands berechtigt. So meinte das OLG Koblenz in seiner Entscheidung vom 09.08.2007 (9 UF 450/07 = FamRBint 2008, 5 ff.), die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts übertrage dem Elternteil genauso das Recht, wie von Süd- nach Norddeutschland zu ziehen, ohne die Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen, auch das Recht zum Umzug mit dem gemeinsamen Kind von Deutschland nach England.

Wenn mit einem Umzug ein Schulwechsel verbunden ist, hielt dagegen das OLG Dresden und das OLG München hierfür die Zustimmung des anderen Elternteils für erforderlich. Als Begründung wurde angeführt, dass die Befugnis den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nur einen Teilbereich der Personensorge betrifft. Ein größerer Umzug könne aber auch Auswirkungen auf andere Bereiche der Personensorge haben, so wie etwa die Schule, Gesundheit und Form der Betreuung, die den Eltern noch gemeinsam zur Entscheidung verblieben sind. Deshalb sei trotz Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts das Einverständnis des anderen Elternteils ausdrücklich notwendig (OLG Dresden vom 15.10.2002 – 10 UF 433/02 sowie OLG München vom 13.07.1998 – 12 WF 966/98 = OLG Report München 1998/287).

Der BGH hat sich zu dieser Frage ebenfalls mit Beschluss vom 28.04.2010 (vergl. BGH FamRBint 2010, 51) geäußert. Er geht davon aus, dass die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ausreichend ist und stellt Kriterien für die Entscheidungsfindung auf:

Wenn der das Kind betreuende Elternteil beabsichtigt, mit dem Kind in ein entferntes Land (hier: Mexiko) auszuwandern und beide Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben, so ist Maßstab der Entscheidung über die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts vornehmlich das Kindeswohl. Die Motive des auswanderungswilligen Elternteils stehen nicht zur Überprüfung des Familiengerichts. Für die Entscheidung sind zudem die beiderseitigen Elternrechte einzubeziehen. Die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils schließt es aus, dass auch die Möglichkeit des Verbleibs des betreuenden Elternteils im Inland als tatsächliche Alternative in Betracht kommt, selbst wenn diese dem Kindeswohl am besten entspräche. Die Gründe des

Elternteils für seinen Auswanderungswunsch sind nur insoweit bedeutsam, als sie sich nachteilig auf das Kindeswohl auswirken (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392). Verfolgt der Elternteil mit der Auswanderung auch die Kontakte zum anderen Elternteil zu verlieren, so fehlt ihm die nötige Bindungstoleranz und somit wird die Erziehungseignung in Frage gestellt (vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2007, 75, 760).

Zusammenfassen lässt sich festhalten, dass entscheidende Kriterien sind: Wer ist die Hauptbezugsperson, Alter des Kindes, Möglichkeit Umgang im Falle des Wegzugs auszuüben sowie Bindungstoleranz des betreuenden Elternteils und Erziehungseignung beider Elternteile und Integration des Kindes in sein altes und mögliches neues Umfeld.

3. *Einem Elternteil ist nach Trennung die elterliche Sorge insgesamt durch gerichtliche Entscheidung übertragen worden oder dieser war kraft Gesetzes Inhaber der alleinigen elterlichen Sorge*

Bei alleiniger elterlicher Sorge eines Elternteils kann dieser ohne Zustimmung des anderen Elternteils mit dem Kind ins Ausland umziehen, wohin er will, auch wenn damit Entscheidungen verbunden sind, die für das weitere Leben des Kindes von erheblicher Bedeutung sind. Einschränkungen gelten nur dann, sofern hier das Kindeswohl durch den Umzug beeinträchtigt wird. Nur in diesem Fall kann sich der nicht betreuende Elternteil gegen den Umzug gerichtlich wehren.

D. Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ)

1. *Ziel und Zweck des Abkommens*

Dieses Übereinkommen wurde bereits am 25.10.1980 verabschiedet, in Deutschland aber erst am 01.12.1990 in Kraft gesetzt.

Nach dem HKÜ² sind Entscheidungen über das Sorgerecht oder Fragen betreffend die Umgangsregelung bei der Trennung der Eltern in dem Staat zu treffen, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die in einem anderen Vertragsstaat getroffene Sorgerechtsentscheidung bzw. das dort geltende Sorgerechtsverhältnis ist in dem anderen Staat zu beachten. Setzt sich ein Elternteil über eine Sorgerechtsentscheidung hinweg, indem er das Kind entweder widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbringt bzw. dort zurückhält, so kann die Rückführung des Kindes nach dem HKÜ beantragt werden. Ein Antrag auf Rückführung des

² Albanien, Andorra, Argentinien, Armenien, Australien, Bahamas, Belgien, Belize, Bosnien und Herzegowina, Brasilien, Bulgarien, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Dänemark, Deutschland, Dominikanische Republik, Ecuador, Ehemalige jugoslawische Republik, El Salvador, Estland, Fidschi, Finnland, Frankreich, Gabun, Georgien, Griechenland, Guatemala, Guinea, Honduras, Irland, Island, Israel, Italien, Japan, Kanada, Kasachstan, Kolumbien, Kroatien, Lesotho, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Marokko, Mauritius, Mazedonien, Mexiko, Moldau, Monaco, Montenegro, Neuseeland, Nicaragua, Niederlande, Norwegen, Österreich, Panama, Paraguay, Peru, Polen, Portugal, Republik Korea, Rumänien, Russische Föderation, Sambia, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Seychellen, Simbabwe, Singapur, Slowakei, Slowenien, Spanien, Sri Lanka, St. Kitts und Nevis, Südafrika, Thailand, Trinidad und Tobago, Tschechische Republik, Türkei, Turkmenistan, Ukraine, Ungarn, Uruguay, Usbekistan, Venezuela, Vereinigte Staaten von Amerika, Vereinigtes Königreich Großbritannien, Volksrepublik China, Weißrussland, Zypern

Kindes ist bei der Zentralen Behörde des jeweiligen Vertragsstaates zu stellen. In Deutschland ist das beim Bundesamt für Justiz. Die Anschrift lautet:

Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99 – 103, 53113 Bonn
Tel.: 0228/410-40, Fax: 0228/410-5050, <http://www.bundesjustizamt.de>

Zu beachten ist, dass das Abkommen auch Anwendung findet, wenn das Umgangsrecht eines Elternteils verletzt wird. Dann kann mit Hilfe der Zusammenarbeit der zentralen Behörden eine Umgangsregelung getroffen werden.

2. *Entführung eines Kindes von Deutschland in einen anderen Vertragsstaat des HKÜ*

Wird ein Kind von Deutschland in einen anderen Vertragsstaat entführt, so kann ein Antrag beim Bundesamt für Justiz auf Rückführung des Kindes nach Deutschland gestellt werden. Das Bundesamt für Justiz setzt sich dann mit der zentralen Behörde des anderen Vertragsstaates in Verbindung, damit die dortige zentrale Behörde vor Ort den Aufenthaltsort des Kindes ermittelt und den entführenden Elternteil auffordert, das Kind zurückzubringen, in der Regel unter Setzung einer Frist. Wird das Kind nicht herausgegeben, leitet die zuständige Zentrale Behörde vor Ort ein Gerichtsverfahren auf Herausgabe des Kindes ein. Der vorherige Antrag bei der Zentralen Behörde ist keine Bedingung für die Einleitung eines gerichtlichen Rückführungsverfahrens. Vielmehr kann der Antrag auf Herausgabe des Kindes auch direkt beim zuständigen Gericht des Zufluchtsstaates gestellt werden, was sicherlich zu einer Beschleunigung des Verfahrens führt. Auch wenn ein gerichtliches Rückführungsverfahren anhängig ist, steht die Möglichkeit für eine Mediation noch offen (vgl. <http://www.mikk-ev.de>).

3. *Rückführungsvoraussetzungen*

Das Verbringen oder Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn hierdurch das Sorgerecht des anderen Elternteils nach dem Recht des Staates, in dem das Kind sich unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten gewöhnlich aufgehalten hat, verletzt wird. Wir können somit nicht das deutsche Verständnis von Sorgerecht heranziehen, um zu beurteilen, ob eine Sorgerechtsverletzung z. B. nach spanischem Recht vorliegt. Es ist insbesondere auf die Sorgerechtslage im Zeitpunkt der Entführung abzustellen und nicht der Maßstab danach anzulegen.

4. *Ausschluss der Rückführung nach Art. 13 HKÜ*

Eine Rückführung kann dann ausgeschlossen werden, wenn der andere Elternteil, dessen Sorgerecht verletzt wurde, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dies nachträglich genehmigt hat. Dies stellt häufig eine Beweisfrage dar und ist daher meist streitig. Weiterhin ist die Rückführung ausgeschlossen, wenn die Rückgabe mit schwerwiegenden Gefahren eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage versetzt wird.

Allgemeine Erwägungen etwa zur besseren Eignung eines Elternteils zur Ausübung der elterlichen Sorge oder zu den Lebensverhältnissen in dem anderen Staat reichen hierfür nicht aus, um eine

Rückführung zu verhindern. Das Rückführungsverfahren ist kein Sorgerechtsverfahren. Sorgerechtsentscheidungen wollen viel mehr dort getroffen werden, wo das Kind zuvor gelebt hat.

Der Kinderwille kann aber von Bedeutung sein, wenn das Kind eine solche Reife erlangt hat, dass es eine eigene, verantwortliche Erklärung dahingehend abgeben kann, dass es sich der Rückführung wieder setzt (vgl. Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Dies wird in der Regel aber erst dann anzunehmen sein, wenn das Kind mindestens 12 Jahre alt ist. Bei einem Kind, das das 16. Lebensjahr bereits vollendet hat, findet das Abkommen allerdings keine Anwendung mehr.

5. *Eilzuständigkeit für dringende Schutzmaßnahmen Art. 20 Brüssel IIa-VO*

Hiernach kann die internationale Zuständigkeit eines an und für sich in der Hauptsache unzuständigen Gerichts für eine Schutzmaßnahme, die dringender und vorübergehender Natur ist, gegeben sein. Ansonsten besteht keine Zuständigkeit des Gerichts in dem Staat in den das Kind verbracht oder zurückgehalten wurde, solange das Rückführungsverfahren läuft (Art. 16 HKÜ). Die Gerichte des Staates am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes sind hingegen hierzu befugt (Art. 10 Brüssel IIa-VO).

6. *Besonderheiten nach der Brüssel IIa-VO*

Nach Art 11 Abs. 2 Brüssel II-a VO ist die Anhörung des Kindes unbedingt erforderlich, die Ausgestaltung der Anhörung sowie die Frage ab welchem Alter ein Kind angehört werden kann, unterliegt aber dem Recht der Mitgliedsstaaten. Insoweit hat keine Harmonisierung stattgefunden. Nach Art. 11 Abs. 3 sieht eine Verfahrensbeschleunigung vor. Entscheidungen des Gerichts sind innerhalb von sechs Wochen zu treffen. Art. 11 HKÜ lässt im Gegensatz dazu zu, dass das Gericht, sollte es nicht innerhalb von sechs Wochen entschieden, die Verfahrensverzögerung zu begründen hat.

Eine Rückführung soll auch dann stattfinden, wenn dies eine Gefahr für das Kind darstellt aber nachgewiesen ist, dass ausreichende Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes zu gewährleisten (vgl. Art. 11 Abs.4 Brüssel II-a VO). Nach Art. 11 Abs. 5 Brüssel II-a VO ist die Anhörung des Antragstellers unabdingbar.

E. Die Grenzsperr als vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Kindesentziehung

Trägt ein Elternteil vor, dass der andere Elternteil beabsichtige, das gemeinsame Kind in sein Herkunftsland zu entführen, so besteht die Möglichkeit einen Antrag auf Erlass einer Grenzsperr beim zuständigen Familiengericht zu stellen. In der Regel wird dem Erlass einer Grenzsperr stattgegeben, wenn plausible Gründe in Form einer eidesstattlichen Versicherung vorgetragen werden. Dies bedeutet, dass allein die Angst vor einer Kindesentziehung nicht ausreichend ist, sondern vielmehr konkrete Anhaltspunkte vorgetragen werden müssen, aus denen sich erschließen lässt, dass der andere Elternteil versucht das Kind mit sich zu nehmen. Werden z.B. Drohungen ausgesprochen, dass das Kind entführt oder nach einer Reise nicht mehr zurückgebracht wird, kann eine Grenzsperr erlassen werden. Sie gilt dann für den Zeitraum von einem Jahr, falls nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Bundespolizei in Koblenz trägt die Grenzsperr dann in das Schengener Informationssystem ein. Ein Beschluss auf Erlass einer Grenzsperr lautet in etwa wie folgt:

Hat das Amtsgericht Pankow/Weißensee - Familiengericht am ----- durch den Richter ----- am Amtsgericht beschlossen:

Dem Vater wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 25.000,00 EUR verboten, das Kind außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland zu bringen.

Die Grenzpolizeibehörden der Bundesrepublik Deutschland werden ersucht, im Rahmen der Grenzfehndung jede Ausreise des Kindes aus der Bundesrepublik Deutschland, jedenfalls aber aus dem Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten des Übereinkommens von Schengen zu verhindern, sofern die Begleitperson nicht durch einen Gerichtsbeschluss späteren Datums nachweisen kann, dass sie Inhaberin der elterlichen Sorge oder der Personensorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts für das Kind ist.

Gründe:

Aufgrund der eidesstattlichen Erklärung der Mutter ist die Gefahr glaubhaft gemacht, dass der Vater das Kind gegen den Willen der Mutter und unter Verletzung des bestehenden gemeinsamen Sorgerechts der Eltern in sein Heimatland, nach -----, verbringen könnte. Zur Abwendung einer Gefahr für das Kindeswohl ist die vorstehende Anordnung daher geboten.

F. Das anwendbare Sorgerecht

1. Einleitung

Welches Recht auf das Sorge- und Umgangsrecht anzuwenden ist, bestimmt sich in Deutschland nach dem vorrangig geltenden völkerrechtlichen Abkommen, dem Kinderschutzübereinkommen (KSÜ). Es gibt keine EU-Verordnung, die bislang das anwendbare Recht für das Sorge- und Umgangsrecht regelt.

2. Das anwendbare Recht nach dem KSÜ

Nach Art. 15 KSÜ folgt das anwendbare Recht grundsätzlich der Zuständigkeit. Die elterliche Verantwortung unterliegt nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes. Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ richtet sich das Entstehen und Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetz, d.h. ohne Einschalten eines Gerichtes, nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes. Art. 16 Abs. 3 KSÜ stellt aber klar, dass nach dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes die einst begründete elterliche Verantwortung nach dem Recht des Staates des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes fortbesteht. Findet ein Aufenthaltswechsel in einen anderen Vertragsstaat statt, so bestimmt sich die bis dato noch nicht bestehende elterliche Verantwortung nun nach dem Recht des neuen gewöhnlichen Aufenthaltsortes (vgl. Art. 16 Abs. 4 KSÜ). Hat z.B. ein nichtehelicher deutscher Vater kein Sorgerecht und zieht er mit dem Kind nach Frankreich, so profitiert er von der dortigen für ihn besseren Rechtslage und teilt sich fortan an nach Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes die elterliche Sorge automatisch mit der Mutter, ohne dass es hierfür der Abgabe einer Sorgerechtsklärung oder gerichtlichen Entscheidung in Deutschland bedarf. Bei einem späteren Rückzug nach Deutschland bleibt dieses Sorgerechtsverhältnis bestehen.

G. Anerkennung des Sorgerechts- und Umgangsentscheidungen innerhalb der EU

Die Brüssel IIa-VO regelt, dass weder Scheidungsurteile bzw. -beschlüsse, noch Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, eines besonderen Anerkennungsverfahrens in den Mitgliedsstaaten bedürfen. Eine in Deutschland erfolgte und ausgesprochene Entscheidung ist somit in allen Mitgliedsstaaten automatisch anzuerkennen. Dieser Grundsatz wird ausdrücklich in Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO festgesetzt. Nur ausnahmsweise werden Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen nicht anerkannt (Art. 23 Brüssel IIa-VO). Hier sind strenge Maßstäbe aufgestellt und in der Praxis kommt Art. 23 Brüssel IIa-VO wenig Bedeutung zu. Wird eine Nichtanerkennung wegen Verstoßes gegen einen der in Art. 23 Brüssel IIa-VO aufgelisteten Verstöße eingewandt, kann dies vom Gericht im Rahmen eines Feststellungsantrages festgestellt werden. Es unterliegt aber nicht dem Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG.

Hiervon zu unterscheiden ist, dass Art. 39 Brüssel IIa-VO ausdrücklich vorsieht, dass das zuständige Gericht, das die Entscheidung getroffen hat, auf Antrag einer berechtigten Partei eine Bescheinigung ausstellen kann, dass die getroffene Entscheidung auch in den anderen Mitgliedsstaaten gültig ist. Dies ist dann wichtig, wenn Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat besteht.

H. Anerkennung von Sorgerechtsentscheidungen nach dem KSÜ

Nach Art. 23 Abs. 1 KSÜ werden die von den Behörden (hierunter sind auch Gerichte zu verstehen) eines Vertragsstaates getroffenen Schutzmaßnahmen in anderen Vertragsstaaten anerkannt. Im Verhältnis zu den Staaten, die dem Abkommen nicht angehören, bleiben die allgemeinen Bestimmungen maßgeblich.

J. Sorgerecht anderer EU-Länder

Einleitung

Auch wenn man bislang von keiner europaweiten Harmonisierung des Sorge- und Umgangsrechts sprechen kann, so bleibt doch festzuhalten, dass das Sorgerecht anderer EU-Mitgliedstaaten auch in Deutschland dazu beigetragen hat, dass es zu einer Änderung des § 1626 a BGB kam. So hatte zunächst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sich im Jahre 2009 im Fall Zaunegger ./ Deutschland mit § 1626 a BGB befasst (vgl. EGMR, Zaunegger ./ Deutschland, Nr. 22028/04, Urteil vom 03. Dezember 2009). Der EGMR sah die Zuweisung der Alleinsorge für die Mutter im Hinblick auf den Schutz des Kindeswohles eines nichtehelichen Kindes nicht für verhältnismäßig und bejahte eine Verletzung von Art. 14 (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK. Vor allem wurde vom EGMR kritisiert, dass dem nichtverheirateten Vater eine gerichtliche Überprüfung schlichthin nach der damaligen Rechtslage versagt wurde und er damit per se von der gemeinsamen elterlichen Sorge ausgeschlossen wurde.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 21.07.2010 (-1BvR420/09-) von der Entscheidung des EGMR leiten lassen und hat zudem rechtsvergleichende Erwägungen über die Rechtslage in den 27 Ländern der Europäischen Union angestellt. Demnach überlassen 7 EU-Mitgliedstaaten zwar von Gesetzes wegen die Alleinsorge der Mutter, geben dem nichtverheirateten Vater allerdings die Möglichkeit bei Übereinstimmung der Eltern oder aufgrund

einer gerichtlichen Entscheidung eine Mitsorge zu erwirken. Dies sind folgende Länder: Finnland, Irland, Luxemburg, Niederlande, Schweden, Vereinigtes Königreich, Zypern.

In 18 weiteren EU-Mitgliedstaaten ist der nichtverheiratete Vater dem verheirateten kraft Gesetzes völlig gleich gestellt. Er erlangt mit der Geburt des Kindes automatisch die Mitsorge. Dies sind die folgenden Länder: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Frankreich, Griechenland, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, und Ungarn.

Lediglich in Österreich gibt es nachwievor eine Rechtslage wie in Deutschland vor Änderung des § 1626 a BGB. Dem nichtverheirateten Vater kann nur bei Kindeswohlgefährdung die Alleinsorge oder die Mitsorge bei Einverständnis der Mutter übertragen werden.

Dies zeigt, dass auch unsere Gesetzgebung von Recht anderer Länder und auch von Entscheidungen des EGMR beeinflusst wird. Die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten zu kennen, kann auch hilfreich sein, wenn es um Anerkennung von Sorgerechtsverhältnissen nichtverheirateter Paare geht. Sich die Rechtslage eines anderen Staates zu vergegenwärtigen, hilft auch den hieraus resultierenden kulturellen Besonderheiten bei der Konfliktbewältigung eines Paares durch Anwälte, Mediatoren und Behörden Rechnung zu tragen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sorgerechtsverletzung i.S.d. Art. 3 HKÜ vorliegt, ist es auch wichtig über die Rechtslage im anderen EU-Staat Bescheid zu wissen.

Im Folgenden beschränke ich mich auf die Länder Frankreich, Italien, Spanien und Schweden, um etwas detailliertere Ausführungen zum Sorgerecht dort zu machen.

1. Französisches Sorgerecht

Die Eltern üben die elterliche Gewalt, die *autorité parentale* gemeinsam aus. Auch der nichtverheiratete Vater ist Mitinhaber der *autorité parentale*. Die Trennung ändert nichts an der weiteren gemeinsamen Ausübung der elterlichen Gewalt. Nur wenn es das Kindeswohl für erforderlich macht, kann diese auf einen Elternteil alleine übertragen werden.

Alle wichtigen Entscheidungen, die das Kind betreffen müssen bei Ausübung der gemeinsamen elterlichen Gewalt gemeinsam getroffen werden. Somit ist ein Wegzug aus Frankreich in diesem Fall nur möglich, wenn beide Elternteile hiermit einverstanden sind. Geschieht dies gegen den Willen des mitsorgeberechtigten Elternteils stellt es eine Kindesentziehung dar.

Die sogenannte *garde exclusive* ist nicht mit dem alleinigen Sorgerecht gleichzustellen, dies bedeutet nur dass das Kind bei einem Elternteil lebt und der andere Elternteil ein Umgangsrecht hat. Im Gegensatz dazu gibt es die so genannte *garde alterné*, was dem Wechselmodell entspricht, das Kind lebt bei beiden Elternteilen im Wechsel. In Frankreich kommt die *garde alterné* sehr häufig in der Praxis vor und wird auch gerne gerichtlich angeordnet, sofern die Bedingungen hierfür gegeben sind.

Einigen die Eltern sich auf die *garde alterné* oder auch *exclusive* bedarf es hierfür keiner gerichtlichen Entscheidung. Lediglich in Scheidungsverfahren ist eine solche Einigung gerichtlich zu

genehmigen. Können die Eltern sich nicht einigen, ist eine gerichtliche Regelung ggfs. nötig. Ein Aufenthalts-bestimmungsrecht nach unserem Verständnis gibt es nicht.

2. Italienisches Sorgerecht

In Italien haben Eltern, ob verheiratet oder nicht gemeinsam das Sorgerecht. Das Gesetz spricht nach der Reform nunmehr von der *responsabilità genitoriale*, der elterlichen Verantwortung und nicht mehr von der *potestà genitoriale*, der elterlichen Gewalt. Der nichtverheiratete Vater ist in seiner Rechtstellung der nichtverheirateten Mutter gleich gestellt.

Hiernach bestimmen die Eltern die wichtigen Entscheidungen betreffend das Kind gemeinsam und somit auch den Wohn- und Aufenthaltsort des Kindes. Im Falle von Meinungsverschiedenheiten kann das Gericht auf Antrag entscheiden (Art.316 codice civile) und zum Wohle des Kindes Teile der Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil übertragen.

Auch bei einer Trennung oder Scheidung wird die elterliche Verantwortung und das *affidamento condiviso* (dies könnte man mit der gemeinsamen elterlichen Sorge übersetzen) gemeinsam ausgeübt. Die wichtigen Entscheidungen über das Kind werden gemeinsam getroffen. Dennoch setzt das *l'affido condiviso* nicht voraus, dass das Kind zu gleichen Teilen bei beiden Elternteilen lebt, vielmehr lebt das Kind in der Praxis bei einem Elternteil (*genitorio collocatorio*). Der nicht betreuende Elternteil (*non collocatorio*) hat ein Recht mit dem Kind regelmäßig Zeit zu verbringen. Aber auch das Wechselmodell ist möglich, wenn die Wohngegebenheiten dies ermöglichen und dies sich nicht negativ auf die schulischen Bedingungen und die Beziehungen des Kindes auswirkt.

Das *affidamento esclusivo* (alleinige elterliche Sorge) kann auf einen Elternteil übertragen werden. Dieser übt dann die elterliche Verantwortung alleine aus. Aber auch dann kann der andere Elternteil weiterhin bei wichtigen Entscheidungen mitreden und daher meiner Ansicht nach den Wohnort nicht ohne die Zustimmung des anderen Elternteils verlegen. Will somit ein Elternteil von Italien wegziehen bedarf es hierzu der Zustimmung des anderen Elternteils auch wenn der Elternteile Inhaber des *affidamento esclusivo* ist, andernfalls stellt dies möglicherweise ein Verstoß nach dem Art. 3 HKÜ dar. Art 337 codice civile sieht nämlich ausdrücklich vor, dass auch der Inhaber des *affidamento esclusivo* mit dem anderen Elternteil wichtige Entscheidungen treffen muss, es sei denn gerichtlich wurde bereits etwas anderes geregelt.

Somit lässt sich zusammenfassen, dass die italienische Rechtslage nicht mit der deutschen Rechtslage vergleichbar ist. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist dem italienischen Recht fremd.

3. Spanisches Sorgerecht

Das spanische Sorgerecht ist von der Denkweise dem italienischen vergleichbar. Denn auch hier gibt es zum einen die elterliche Gewalt (*patria potestad*), die von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt wird. Es kommt nicht darauf an, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Der nichteheliche Vater ist kraft Gesetzes automatisch Mitinhaber des elterlichen Sorgerechts.

Im Falle der Trennung und Scheidung kann bei Notwendigkeit die *guarda y custodia*, d.h. die elterliche Obhut auf einen Elternteil gerichtlich übertragen werden. Der nicht betreuende Elternteil, der *progenitor no custodio* hat dann ein Umgangsrecht, aber weiterhin die

Entscheidungsbefugnis in Entscheidungen von Erheblichkeit wie etwa Wohnortwechsel oder Umzug ins Ausland. Die *guarda y custodia* berechtigt nicht zur Ausreise mit dem Kind aus Spanien ohne Zustimmung des anderen Elternteils. Wird diese nicht erteilt, muss das spanische Gericht den Wegzug ausdrücklich genehmigen.

4. Schwedisches Sorgerecht

Verheiratete Eltern üben das Sorgerecht gemeinsam aus (*gemensam vårnad*). Sind die Eltern nicht mit einander verheiratet so ist die Mutter Inhaberin des elterlichen Sorgerechts (*ensam vårnad*). Die Eltern können aber das gemeinsame Sorgerecht registrieren lassen. Der Vater hat auch das Recht das Gericht anzurufen, um so das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen. Die schwedische Rechtslage entspricht somit hier in etwa der deutschen.

Trennen oder lassen Eltern sich scheiden verbleibt es bei der gemeinsamen elterlichen Sorge. Wenn dies so nicht gelten soll, muss ein Antrag beim Gericht gestellt werden. In Schweden ist es aber eher die Ausnahme dass das alleinige Sorgerecht im Falle der Trennung oder Scheidung auf einen Elternteil übertragen wird. Dies ist nur bei einer Kindeswohlgefährdung der Fall.

Gängig ist, dass getrennt lebende Eltern das Wechselmodell ausüben, das so genannte wechselweise Wohnen, also eine Woche bei der Mutter, die andere Woche beim Vater.

Können die Eltern sich nicht einigen ist über die Frage des Wohnens durch das Gericht unabhängig von der Frage des Sorgerechts zu entscheiden. Die Entscheidung über den Wohnort des Kindes stellt aber keine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts dar und bedeutet auch nicht, dass der Elternteil bei dem der Wohnort des Kindes künftig lebt, ohne Zustimmung des anderen Elternteils den Wohnort des Kindes innerhalb oder außerhalb Schwedens verlegen kann. Somit würde dies bei Umzug ins Ausland eine Verletzung gem. Art 3 des HKÜ darstellen und eine Rückführung des Kindes wäre gerechtfertigt. Nicht unüblich ist auch dass das Gericht das wechselseitige Wohnen beschließt.

5. Zusammenfassung

Auf der Seite des europäischen Justizportals <https://e-justice.europa.eu> finden sich wertvolle Informationen über das Sorge- und Umgangsrecht der einzelnen EU-Staaten.

K. Mediation

Am 26. Juli 2012 ist das Mediationsgesetz (Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, BGBl. I S. 1577) in Deutschland in Kraft getreten. Zur Umsetzung der Europäischen Mediationsrichtlinie vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen. Die Richtlinie gilt nur für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen, wohingegen das Mediationsgesetz auch für inländische Mediationen gilt. Mediation ist danach ein strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mit Hilfe eines Mediators freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Hiernach kann das Gericht den Parteien eine Mediation vorschlagen und, wenn die Parteien diese annehmen, das Ruhen des Verfahrens anordnen. Eine Mediationskostenhilfe gibt es nicht.

Sorgerecht in Europa
Svenja Schmidt-Bandelow

Aber auch schon im Vorfeld ist eine Mediation empfehlenswert, sofern die Konfliktparteien sich hierauf einlassen.

Der Verband binationaler Familien- und Partnerschaften bietet neben der Rechtsberatung, der psychosozialen Beratung in Berlin auch Mediation, als alternative Konfliktbewältigung an. Ebenso können Sie sich auch direkt an meine Kanzlei wenden.