



Bundesrepublik Deutschland: Kindesentführung und Grundrechte

Author(s): Jan Kropholler

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Bd. 60, H. 3 (Juli 1996), pp. 475-506

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27877903>

Accessed: 26-02-2024 13:10 +00:00

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

Materialien

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

KINDESENTFÜHRUNG UND GRUNDRECHTE

1. Entscheidungen

Nichtamtliche Leitsätze:

Die Verbringung eines zuvor nach Deutschland entführten Kindes deutscher Staatsangehörigkeit in die Vereinigten Staaten zum Zwecke seiner Herausgabe an den sorgeberechtigten Elternteil ist weder selbst eine Auslieferung noch steht sie einer solchen gleich.

Der verfassungsrechtliche Schutz des Kindeswohls steht der Rückführung eines Kleinkindes nicht entgegen, wenn dem entführenden Elternteil, der bisherigen Hauptbezugsperson, die Begleitung des Kindes zumutbar ist.

- a) OLG Hamm, Beschluß vom 18. 1. 1995 – 5 UF 266/94 (unveröffentlicht).
- b) BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluß vom 17. 3. 1995 – 1 BvR 323/95 und 1 BvR 610/95, FamRZ 1995, 663 = NJW-RR 1995, 897 = FuR 1995, 145 (Bericht Niemeyer).
- c) BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 10. 10. 1995 – 2 BvR 982/95 und 2 BvR 983/95 (unveröffentlicht).

Aus den Gründen:

- a) OLG Hamm 18. 1. 1995 – 5 UF 266/94:

»I. Die Parteien haben am 20. 7. 1988 die Ehe geschlossen. Die Antragsgegnerin ist deutsche Staatsangehörige, der Antragsteller ist amerikanischer Staatsangehöriger. Sie sind die Eltern des am 26. 2. 1993 in den USA geborenen Kindes H., das sowohl die deutsche wie auch die amerikanische Staatsbürgerschaft besitzt. Am 8. 6. 1993 verließ der Antragsteller die eheliche Wohnung, in der die Antragsgegnerin mit dem Kind H. zurückblieb.

Es ist unstreitig, daß der Antragsteller nach der Trennung das Kind häufig besuchte, sowie es seine Zeit zuließ, zum Teil sogar mehrfach am Tag. In der Zeit bis Mitte November 1993 gab es Versuche der Parteien, sich über das Sorgerecht, ein Besuchsrecht und über die finanziellen Aspekte einer Trennung zu einigen. Zu einer Einigung kam es jedoch nicht. Da der Antragsteller befürchtete, daß seine Ehefrau mit dem Kind die USA verlassen und den Aufenthalt nach Deutschland

verlegen werde, beantragte er am 5. 11. 1993 eine einstweilige Verfügung, durch die seiner Frau die Ausreise mit dem Kind verboten werden sollte. Es ist unstrittig, daß der Antragsteller seiner Ehefrau die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung mit diesem Inhalt zumindest angedroht hat, eine förmliche Zustellung des entsprechenden Beschlusses ist an die Ehefrau jedoch nicht mehr erfolgt.

Am 16. 11. 1993 reiste die Antragsgegnerin mit dem Kind H. aus den USA nach Deutschland aus, wo sie am 17. 11. 1993 eintraf. Seither befindet sie sich mit dem Kind in G.

Unter dem 22. 3. 1994 hat das Bezirksgericht Landkreis Mecklenburg, North Carolina (USA), entschieden, daß die Antragsgegnerin das minderjährige Kind H. in die Vereinigten Staaten zurückzubringen habe und beide Parteien das Kind dann bis zu einer Beweisaufnahme und Entscheidung des Gerichts über den Gegenstand des Sorgerechts nicht entfernen dürfen. Beiden Parteien wurde das Sorgerecht gemeinsam für das minderjährige Kind erteilt, und zwar in Übereinstimmung mit der täglichen Routine, die früher von den Parteien gehandhabt wurde. Dem Antragsteller wurde aufgegeben, Flugscheine für seine Frau und das minderjährige Kind zur Verfügung zu stellen.

Der Antragsteller verlangt die Herausgabe des Kindes zum Zwecke der Rückführung in die Vereinigten Staaten. Dabei stützt er sich auf die Vorschriften des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. 10. 1980 (im folgenden: HKiEntfÜ).

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen dieses Begehren mit der Begründung, daß der Antragsteller sich in den Vereinigten Staaten nur noch unwesentlich um das Kind gekümmert habe, sie sei die alleinige Betreuungsperson gewesen und habe sich kurz nach der Geburt des Kindes für sechs Monate von ihrem Arbeitgeber beurlauben lassen. In dieser Zeit sei sie fast ununterbrochen bei dem Kind gewesen. Der Antragsteller habe vorgeschlagen, daß sie das Kind bei sich behalten und auch über seinen Aufenthalt bestimmen könne, ihm sei es lediglich auf flexible Besuchsrechtsregelungen angekommen. Sie habe die Erklärung ihres Mannes so verstanden und verstehen dürfen, daß er gegen eine jederzeitige Ausreise zusammen mit seiner Tochter keine Einwendungen zu erheben habe.

Das Amtsgericht hat durch den angefochtenen Beschluß den auf die Rückführung gerichteten Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, daß ein widerrechtliches Verbringen des Kindes aus den USA nach Deutschland nicht gegeben sei. Bei der Ausreise hätten die Parteien bereits seit mehreren Monaten getrennt gelebt, die elterliche Sorge sei von der Antragsgegnerin praktisch allein ausgeübt worden. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht aus den häufigen Besuchen des Antragstellers, die nichts anderes als die Wahrnehmung des Besuchsrechts des nicht die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteils darstellten. Es fehle somit an einer notwendigen Voraussetzung nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen, daß der Antragsteller die tatsächliche Sorge auch noch ausgeübt habe. Ein Anschein der gemeinsamen tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts besteht nur so lange, wie das Kind seinen Lebensmittelpunkt bei beiden Eltern habe. Das sei in der Regel nur der Fall, wenn die Eltern auch in einer Wohnung zusammenlebten. Bei einer Trennung könne davon ausgegangen werden, daß das Kind nur unter der tatsächlichen Sorge des Elternteils stehe, bei dem es auch wohne. Da ein widerrechtliches Zurückhalten

im Sinne des Art. 3 des Haager Übereinkommens nicht vorliege, sei der Antrag zurückzuweisen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers, der sein Rückführungsbegehren weiter betreibt. Er trägt im wesentlichen vor, daß er das gemeinsame Sorgerecht tatsächlich ausgeübt habe, wie es sich auch aus dem Beschluß des Bezirksgerichts North Carolina vom 22. 3. 1994 ergebe. Sein Rückführungsbegehren sei begründet, unabhängig von der Frage, welchem der Elternteile endgültig das Sorgerecht durch das zuständige Gericht zugesprochen werde.

Die Antragsgegnerin begründet ihren Antrag auf Zurückweisung der sofortigen Beschwerde im wesentlichen mit der Behauptung, der Antragsteller habe das Sorgerecht nicht mehr ausgeübt, sondern nur ein Umgangsrecht wahrgenommen. Im übrigen widerspreche es dem Kindeswohl, wenn H. wieder in die USA zurückgeführt werde. Es sei mit dem Kindeswohl unvereinbar, ein Kleinkind in ein fremdes Land zu fremden Leuten in fremde Betreuung zu bringen, um dort über das Sorgerecht entscheiden zu lassen, das ohnehin ihr, der Mutter, übertragen werden müsse. Eine Rückführung käme schon unter Berücksichtigung des Art. 13 I Buchst. b HKiEntfÜ nicht in Betracht, da die Rückgabe mit schwerwiegenden Gefahren körperlicher und seelischer Schäden für H. verbunden sei, wie sich aus dem von ihr beantragten Sachverständigengutachten ergeben werde. Schließlich verstoße eine Rückführung nach Meinung der Antragsgegnerin gegen Art. 16 II 1 GG. [...]

II. Die zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Der mit der sofortigen Beschwerde verfolgte Herausgabeantrag des Antragstellers findet seine Stütze in den Bestimmungen des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung – HKiEntfÜ – vom 25. 10. 1980, dem die Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung vom 1. 12. 1990 beigetreten ist. Nach Art. 12 I HKiEntfÜ ist ein widerrechtlich in einen anderen Staat verbrachtes oder dort zurückgehaltenes Kind, das noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat, sofort in den früheren Staat zurückzugeben, wenn der Rückgabeantrag – wie hier – vor Ablauf eines Jahres gestellt wird. Nach Art. 3 dieses Übereinkommens ist das Verbringen oder Zurückhalten des Kindes dann widerrechtlich, wenn es das tatsächlich ausgeübte Sorgerecht einer Person verletzt, der es allein oder gemeinsam mit anderen nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Diese Voraussetzungen sind hier entgegen der Auffassung des Familiengerichts erfüllt.

Der Antragsteller hatte neben der Antragsgegnerin das gemeinsame Sorgerecht für H., und er hat dieses Recht bis zur Verbringung des Kindes durch die Antragsgegnerin aus den USA nach Deutschland auch tatsächlich ausgeübt. Der Senat teilt nicht die Auffassung, daß der Antragsteller durch die Trennung von seiner Ehefrau zugleich die Ausübung der tatsächlichen Sorge für H. aufgegeben hat. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein erst wenige Monate alter Säugling der besonderen Pflege durch die Mutter bedarf, insbesondere wenn die Trennung wie hier in die Zeit des Stillens fällt. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, daß der Antragsteller H. besucht hat, sooft es seine Zeit zuließ, teilweise auch mehrfach

tächlich. Der Kontakt des Vaters zu seinem Kind stellte sich daher nicht anders dar als in den meisten intakten Beziehungen der Eltern, in denen der Kontakt des Vaters zu einem erst wenige Monate alten Säugling sich darauf beschränken muß, mit ihm zu spielen und körperliche Nähe zu suchen. Es gibt keine Anzeichen dafür, daß der Antragsteller hier das Sorgerecht aufgeben wollte. Vielmehr gibt es im Gegenteil aus dem Verhalten des Antragstellers konkrete Hinweise dafür, daß er nachdrücklich Wert auf die Ausübung des Sorgerechts legt. So hat auch die Antragsgegnerin eingeräumt, daß man sich in den USA über die Ausübung des Sorgerechts nicht geeinigt hatte, also auch von ihrem Standpunkt aus gesehen der Parteien im Senatstermin hat ergeben, daß es für den Antragsteller von erheblicher Bedeutung war, daß H. in den USA verblieb und er das Sorgerecht mit seiner Ehefrau gemeinsam ausüben konnte. So hat die Antragsgegnerin eingeräumt, daß ihr Ehemann ihr vorgeschlagen habe, für jedes Jahr ihres Verbleibens in den USA solle ihr »Verlust aus dem Haus« jeweils 10000 Dollar weniger betragen. Auch die Tatsache, daß der Antragsteller mit erheblichem Aufwand – zweimalige Anreise aus den USA zu den hiesigen Gerichtsterminen – die Rückführung des Kindes betreibt, läßt eine Aufgabe seines Sorgerechts als ausgeschlossen erscheinen. Dies war der Antragsgegnerin auch ohne weiteres erkennbar. Sie hat in ihrer Anhörung vor dem Familiengericht selbst eingeräumt, daß ihr der Antragsgegner kurz vor ihrer Ausreise angedroht habe, ihr diese durch eine einstweilige Verfügung des zuständigen amerikanischen Gerichts verbieten zu lassen. Unabhängig von der Frage, ob eine solche Entscheidung mangels Zustellung wirksam geworden ist, mußte die Antragsgegnerin erkennen, daß der Antragsteller auf der Ausübung des Sorgerechts beharrte und keineswegs bereit war, dieses aufzugeben. Die Antragsgegnerin wußte daher, daß sie mit der Ausreise unter Mitnahme von H. das Mitsorgerecht des Antragstellers widerrechtlich verletzte.

Eine Ausnahme nach Art. 13 des HKiEntfÜ kommt nicht in Betracht. Die Voraussetzungen dafür, daß das Gericht nicht verpflichtet ist, die Rückführung des Kindes anzuordnen, liegen nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat nicht bewiesen, daß der Antragsteller das ihm zustehende Mitsorgerecht tatsächlich im Zeitpunkt des Verbringens des Kindes im November 1993 nach Deutschland nicht ausgeübt hat oder daß er mit der Ausreise auf Dauer einverstanden war. Vielmehr sprechen – wie oben dargelegt – alle Anzeichen dafür, daß der Antragsteller sein Mitsorgerecht gerade nicht aufgegeben hat, dieses vielmehr ausgeübt hat und der Antragsgegnerin dies bewußt war. Nach der persönlichen Anhörung der Antragsgegnerin scheidet nämlich ein Einverständnis des Antragstellers mit der Ausreise des Kindes ohnehin aus.

Auch Art. 13 I Buchst. b HKiEntfÜ steht einer Rückführung nicht entgegen. Voraussetzung wäre eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind oder eine auf andere Weise unzumutbare Lage. Diese Ausnahme ist auf wirklich schwere Gefahren zu beschränken und nicht auf jeden, vor allem wirtschaftlichen oder erzieherischen Nachteil auszudehnen, den eine Rückgabe mit sich bringen kann. Interpretiert man den Art. 13 I Buchst. b nicht restriktiv, so macht man das HKiEntfÜ mit seinen Zielen überflüssig (vgl. MünchKomm.[-*Siehr*], Ergänzungsband Art. 19 Anh. 2 Rz. 50). Die unvermeid-

lichen Folgen einer erneuten Aufenthaltsänderung, eines Wechsels in ein anderes Sprach- oder Kulturgebiet bzw. soziales Milieu oder Folgen für andere Personen als das Kind reichen nicht aus, da dies sonst dazu beitragen würde, die ausgeübte unzulässige Selbsthilfe praktisch doch durchzusetzen. Es mag sein, daß durch die Rückführung des Kindes bei diesem psychische Belastungen entstehen, die auch durch eine mögliche Trennung von der Mutter als wahrscheinliche Hauptbezugs-person eintreten können. Dies muß jedoch im Rahmen des Haager Übereinkommens unberücksichtigt bleiben. Ziel dieses Übereinkommens ist es, die Beteiligten von einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes in ein anderes Land abzuhalten und daher der Sorgerechtsentscheidung am Ort des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes Geltung zu verschaffen. Durch die Rückbringung des Kindes soll daher der vorherige Zustand wieder hergestellt werden. Die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes könnte hier in der Weise vor sich gehen, daß die Mutter mit dem Kind in die USA zurückkehrt, die von ihr befürchteten psychischen Nachteile für das Kind ließen sich so weitgehend vermeiden. Besondere Belastungen, die über die üblichen Umgewöhnungsschwierigkeiten hinausgehen könnten, hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen. Sie beschränkt sich auf allgemeine Ausführungen, über die der Senat keinen Beweis erheben muß, da es vor allem nicht um die Entscheidung des Sorgerechts geht, sondern nur um die Rückführung. Den allgemein gehaltenen Behauptungen des Entführers und seiner Angehörigen ist stets mit gebührender Skepsis zu begegnen, ein ersuchter Staat hat daher im Zweifel die Rückführung zu verfügen (vgl. MünchKomm.[-Siehr] Art. 19 Anh. 2 Rz. 55).

Im übrigen hat der Senat nach Anhörung des Antragstellers und nach Aktenlage keinen Zweifel, daß das Kind in den USA mit der gebotenen Fürsorge behandelt wird. Der Antragsteller ist willens und offensichtlich dazu in der Lage, sich zunächst persönlich um das Kind zu kümmern und es dann in eine in Amerika übliche Betreuung zu geben, die von einem Kinderpsychologen begleitet werden soll.

Soweit die Antragsgegnerin im übrigen eine Reihe von Gründen vorträgt, die für sie die Unzumutbarkeit eigener Rückkehr begründen soll, ist sie darauf hinzuweisen, daß Art. 13 I Buchst. b HKiEntfÜ nur eine schwerwiegende Gefahr für das Kind, nicht aber für den Entführer gelten läßt. Ihre Ausführungen, daß sie bei einer Sorgerechtsentscheidung eines amerikanischen Gerichts von vornherein chancenlos sei, sind im übrigen nicht schlüssig. Soweit sie unter Beweisaustritt vorträgt, ein Konsularbeamter habe ihr gesagt, als Ausländerin habe sie vor einem amerikanischen Gericht ohnehin keine Chance, war diesem Beweisaustritt nicht nachzugehen. Es mag sein, daß es sich hierbei um die persönliche Meinung eines Konsularbeamten gehandelt hat, für die Frage der Rückführung ist diese Auffassung unerheblich.

Schließlich steht auch Art. 16 II GG einer Rückführung des Kindes nicht entgegen. Diese Vorschrift verbietet die Auslieferung eines deutschen Staatsbürgers in fremde staatliche Gewalt. Hier handelt es sich jedoch nicht um das Überstellungsverlangen eines fremden Staates in sein Hoheitsgebiet, sondern um das Verlangen einer Privatperson mit Elternstellung, das Kind an den letzten Wohnsitz zurückzubringen. Dieser Fall wird von Art. 16 II GG nicht erfaßt. Entsprechend sind in den Artt. 12, 13 und 20 HKiEntfÜ die Gründe, nach denen

die Rückführung eines entführten Kindes abgelehnt werden kann, abschließend aufgezählt. Danach stellt es keinen Ablehnungsgrund dar, daß das Kind dem Zufluchtsstaat angehört und nach autonomem Recht nicht ins Ausland zurückgebracht werden kann (vgl. MünchKomm.[-*Siehr*] Art. 19 Anh. 2 Rz. 53). Verfassungsbeschwerden in praktisch gleichliegenden Fällen sind daher auch vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen worden (vgl. FamRZ 1994, 186, Anm. der Redaktion zu OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 185).«

b) BVerfG 17. 3. 1995 – 1 BvR 323/95 und 1 BvR 610/95:

»I. [...]

II. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts hat die Mutter im eigenen Namen und namens des Kindes, für das im Verlauf des Verfahrens ein Ergänzungspfleger bestimmt wurde, Verfassungsbeschwerde erhoben, mit der sie eine Verletzung der Rechte aus Art. 2 I und II, Art. 3 III, Art. 6 I, II, III und IV sowie Art. 11 I, Art. 16 II 1 und Art. 103 I GG rügt und die Verfassungsmäßigkeit des HKiEntfÜ zur Nachprüfung stellt. Nach Anordnung einer Ergänzungspflegschaft hat auch der Ergänzungspfleger namens der Beschwerdeführerin zu 2) Verfassungsbeschwerde erhoben.

1. a) Die Beschwerdeführerin zu 1) trägt vor, das Kindeswohl müsse vor allen anderen Kriterien maßgeblich sein. Dem Kind sei eine Trennung von der Mutter nicht zumutbar. Sie selbst sei aber weder verpflichtet noch bereit, in die USA zurückzukehren. Nachdem der Vater die Familie verlassen habe, sei die Wiederherstellung des familiären Zusammenlebens in den USA undenkbar. Die gerichtliche Lösung des Konflikts zwischen den Eltern müsse auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sein und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen. Dieser verfassungsrechtlich gebotenen Prüfung habe sich das Oberlandesgericht durch den Hinweis entzogen, es gehe nicht um das Sorgerecht, sondern um die Rückführung.

Artikel 103 I GG sei verletzt, weil der Senat sich der Aufklärung des streitigen Sachverhalts durch den Hinweis entzogen habe, den Behauptungen des Entführers sei stets mit gebührender Skepsis zu begegnen. Die vorgetragenen und unter Beweis gestellten nachteiligen Konsequenzen für das Kind seien nicht aufgeklärt worden.

b) Beide Beschwerdeführerinnen beantragen zugleich den Erlaß einer einstweiligen Anordnung. Die Aussetzung der Vollziehung sei zur Abwendung schwerer Nachteile für die Beschwerdeführerinnen dringend geboten. Erginge die einstweilige Anordnung nicht, erwiesen sich die Verfassungsbeschwerden aber als begründet, würde dem Kind mit der Rückführung in die USA und einer späteren Rückführung in die Bundesrepublik ein schwerer Schaden zugefügt. Erließe das Gericht aber antragsgemäß die einstweilige Anordnung und erwiesen sich später die Verfassungsbeschwerden wider Erwarten als unbegründet, so würde die Rückführung in die USA nur geringfügig verzögert. Da sich das Kind ohnehin seit Mitte November 1993 in der Bundesrepublik aufhalte und damit fast drei Viertel seines gesamten bisherigen Lebens hier verbracht habe, müsse im Interesse des Kindes die mögliche Verzögerung der Rückführung in Kauf genommen werden.

Für die Beschwerdeführerin zu 2) macht ihr Pfleger ergänzend geltend, daß das zwei Jahre alte Kind bei der Entscheidung über das Sorgerecht nicht mithelfen könne. Aus der Sicht des Kindes bestehe deshalb nicht die Notwendigkeit seiner Gegenwart vor dem Gericht in den USA bis zur Entscheidung über das Sorgerecht.

Letztlich müßten sich die Interessen des Kindes auch gegen die Interessen unvernünftig handelnder Eltern durchsetzen lassen und ihnen vorgehen. Die Beschwerdeführerin zu 2) habe deshalb für die Dauer der Entscheidungsfindung über das Sorgerecht Anspruch auf Verbleib bei der Mutter, solange dort ihr Wohl nicht gefährdet sei. Demgegenüber müßten die allgemein gehaltenen Versprechungen des Vaters, denen im Zuge der gewünschten Herausgabe stets mit gebührender Skepsis zu begegnen sei, im Interesse des Kindeswohls durch eigene gerichtliche Ermittlungen überprüft werden. Der Vater müsse ferner an seinem tatsächlichen Verhalten beurteilt werden, zu dem hier auch der Vollstreckungsversuch gehöre.

2. Der Vater regt an, den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung durch Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde zu erledigen.

Die Zentrale Behörde habe bereits im April 1994 die Beschwerdeführerin zu 1) aufgefordert, freiwillig mit dem Kind zurückzukehren. Der Vater habe damals angeboten, die Kosten für die Rückkehr zu tragen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts führte nicht zwangsläufig zu einer Trennung von Mutter und Kind. Es stehe vielmehr im Ermessen der Beschwerdeführerin zu 1), mit der Beschwerdeführerin zu 2) in die USA zurückzukehren. Eine derartige Rückkehr sei ihr auch zumutbar, da sie keine strafrechtlichen Sanktionen zu erwarten habe und er seine Bereitschaft erklärt habe, die Voraussetzungen für eine Rückkehr zu schaffen. Die starrsinnige Weigerung der Beschwerdeführerin zu 1), an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt der Familie zurückzukehren, werde von der Verfassung nicht geschützt.

Das Oberlandesgericht habe keinesfalls den Sachvortrag der Beschwerdeführerin zu 1) über die Ungeeignetheit des Kindsvaters übergangen, sondern nach Anhörung eine Beweiswürdigung vorgenommen. In einem Verfahren nach dem HKiEntfÜ sei das Gericht wegen des Beschleunigungsgebotes keineswegs verpflichtet, sämtlichen Beweisangeboten der Parteien nachzugehen.

3. In ihrer Erwiderung bestreitet die Beschwerdeführerin zu 1), daß ihr im Falle der Einreise in die USA strafrechtliche Sanktionen nicht mehr drohten. Der Vater verhalte sich im übrigen doppelzünftig. Sein Angebot zur freiwilligen Rückkehr sei offenkundig ein Scheinangebot gewesen, wie sich aus der mit Nachdruck betriebenen Vollstreckung vor Ablauf der für die Rückkehr gesetzten Frist ergebe. Er habe sie offenbar nur in Sicherheit wiegen wollen, um überraschend zuschlagen zu können.

Der Vater wolle auch nicht ehrlich die wirtschaftliche Absicherung der Beschwerdeführerin zu 1) gewährleisten, wie sich daraus ergebe, daß er ihre sämtlichen Vermögenswerte in den USA habe sperren lassen, teilweise sogar schon an sich gebracht habe. Die Rückkehr der Beschwerdeführerinnen in die USA sei auch wegen der unterhaltsrechtlichen Situation unzumutbar. Da die Beschwerdeführerin zu 1) darauf angewiesen sei, ihren Lebensunterhalt durch vollschichtige Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, müsse die Beschwerdeführerin zu 2) in

einer Kinderkrippe betreut werden, was bereits nach der Trennung der Eltern erhebliche gesundheitliche Probleme mit sich gebracht habe. Diese Situation würde für das Kind zu einer unerträglichen körperlichen und psychischen Belastung führen.

Wenn bei der Sorgerechtsentscheidung nach amerikanischem Recht allein das Wohl des Kindes ausschlaggebend sei, müsse zwangsläufig der Mutter das Sorgerecht übertragen werden. Der Vater könne und wolle unstreitig die Betreuung des Kindes nicht selbst übernehmen. Es sei nicht einsichtig, warum dann das zweijährige Kind aus seinem gesamten Lebensumfeld herausgerissen werden müsse.

4. Am 15. 3. 1995 erwirkte der Vater einen Beschluß des amerikanischen Gerichts, wonach der frühere Beschluß über den »safe harbor« wirksam bleibe. Ergänzend erklärte er an Eides Statt, daß in den USA kein Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin zu 1) anhängig sei und auch kein Haftbefehl bestehe. Er werde auch kein Strafverfahren in die Wege leiten und keinen Haftbefehl beantragen; die Beschwerdeführerin zu 1) könne sich in den USA frei bewegen.

5. Das Jugendamt hat dargelegt, daß die Beschwerdeführerin zu 1) originäre Bezugsperson der Beschwerdeführerin zu 2) sei. Der Anspruch auf Kontinuität der Erziehung sowie der Bestand der gewachsenen Beziehungen seien durch eine Rückführung gefährdet. Das Jugendamt hält es deshalb nicht für sinnvoll, eine Rückführung des Kindes vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsbeschwerden zu veranlassen.

III. Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist begründet.

1. Nach den §§ 32, 93 Buchst. d II BVerfGG kann die Kammer im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet (BVerfG 15. 12. 1992, BVerfGE 88, 25 [35]; 6. 8. 1993, BVerfGE 89, 109 [110 f.]).

Bei offenem Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens muß das Bundesverfassungsgericht die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre.

2. Die Verfassungsbeschwerden sind weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet.

Sie werfen die Frage auf, inwieweit bei der Anwendung des Haager Übereinkommens im Einzelfall eine Gefährdung des Kindeswohls – und damit eine Beeinträchtigung des Grundrechts des Kindes aus Art. 2 I in Verb. mit Art. 1 I GG – im Hinblick auf das Vertragsziel, Kindesentführungen zu verhindern, hingenommen werden darf. Dieser Frage kommt insbesondere in Fällen besonderes Gewicht zu, in denen bei einem Kleinkind mit der Rückführung die Trennung von dem Elternteil verbunden ist, der es bis dahin ganz überwiegend betreut hat.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob die Gerichte die Gründe ungeprüft lassen dürfen, die der entführende Elternteil für seine Weigerung nennt, in den früheren Aufenthaltsstaat zurückzukehren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird zu prüfen sein, ob die gesamte Vortrags- und Beweislast für die Kindeswohlgesichtspunkte dem entführenden Elternteil aufgebürdet werden darf.

3. Die gebotene Folgenabwägung führt zum Erlaß der einstweiligen Anordnung.

a) Erginge die einstweilige Anordnung nicht, erwiesen sich die Verfassungsbeschwerden aber später als begründet, könnte durch die Rückführung der Tochter in die USA bereits ein schwerer seelischer Schaden entstanden sein. Wenn die Mutter sie nicht in die USA begleitet, würde die Beschwerdeführerin zu 2) im Falle ihrer zwangsweisen Rückführung von ihrer bisherigen Hauptbezugsperson getrennt, aus ihrem bisherigen Umfeld einschließlich des bisherigen Sprachraumes herausgerissen und ihr fremden Personen anvertraut. Hinzu käme, daß die Versorgung nicht mehr kontinuierlich durch einen Elternteil erfolgen, sondern überwiegend durch wechselnde Personen sichergestellt würde.

b) Erginge die einstweilige Anordnung, wiese das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden später aber als unbegründet zurück, so wögen die damit verbundenen Nachteile weniger schwer. Die Beschwerdeführerin zu 2) würde in diesem Fall nur einige Monate später in die USA zurückgebracht, da das Bundesverfassungsgericht um eine baldige Entscheidung bemüht sein wird¹. Es ist auch nicht zu befürchten, daß es in diesem begrenzten Zeitraum zu ins Gewicht fallenden negativen Auswirkungen bei der Durchsetzung des Haager Übereinkommens kommen könnte.

Daß es dem Vater noch einige Zeit erschwert ist, in dem früher gewohnten Umfang Kontakt zu seiner Tochter zu pflegen, wiegt gegenüber der drohenden Entwurzelung des Kindes weniger schwer. «

c) BVerfG 10. 10. 1995 – 2 BvR 982/95 und 2 BvR 983/95:

»Die Voraussetzungen für eine Annahme der Verfassungsbeschwerden nach § 93a II BVerfGG in der Fassung des Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 2. 8. 1993 (BGBl. I 1442) liegen nicht vor; die Verfassungsbeschwerden haben keine Aussicht auf Erfolg, weil sie eine Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführer durch die angegriffene Entscheidung nicht erkennen lassen. [...]

III. Soweit die Verfassungsbeschwerden die Verfassungsmäßigkeit des Haager Übereinkommens vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung lediglich »zur Nachprüfung stellen«, wird keine Verletzung von Grundrechten durch dieses Übereinkommen geltend gemacht. Die Beschwerdeführerinnen setzen sich auch nicht mit dem Ziel des Übereinkom-

¹ Mit Beschluß vom 14. 9. 1995 – 2 BvR 982/95 und 2 BvR 983/95 – hat die Erste Kammer des Zweiten Senats die einstweilige Anordnung vom 17. 3. 1995 für die Dauer eines Monats wiederholt.

mens auseinander, das Elternrecht des anderen Elternteils zu schützen und Kindesentführungen zu verhindern.

Soweit von den Beschwerdeführerinnen behauptet wird, die Verbringung der Beschwerdeführerin zu 2) in die Vereinigten Staaten käme einer Auslieferung (Art. 16 II GG) gleich, und insoweit sei das Haager Übereinkommen jedenfalls nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, trifft dies nicht zu. Die Herausgabe eines Kindes an einen sorgeberechtigten Elternteil auf der Grundlage familiärer Rechtsbeziehungen ist weder selbst eine Auslieferung noch kommt sie einer solchen gleich; sie stellt nicht, was für die Auslieferung kennzeichnend ist, eine Verbringung in die »Hoheitsgewalt« eines anderen Staates auf dessen Ersuchen dar (vgl. dazu BVerfG 20. 10. 1959, BVerfGE 10, 136 [139f.]; 13. 10. 1970, BVerfGE 29, 183 [192f.]; 14. 2. 1979, BVerfGE 50, 244 [248f.]).

Die Verfassungsbeschwerden lassen auch nicht erkennen, inwiefern die Auslegung und Anwendung des Haager Übereinkommens durch das Oberlandesgericht im konkreten Fall in Grundrechte der Beschwerdeführer eingegriffen haben könnte. Insbesondere wird nicht im einzelnen vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich, daß angesichts des im fachgerichtlichen Verfahren unwidersprochen gebliebenen Vorbringens über Zusagen und Leistungen des Kindesvaters und eine zugunsten der Beschwerdeführerin zu 1. a) ergangene Entscheidung eines amerikanischen Gerichts vom 23. 3. 1994 der Beschwerdeführerin zu 1. a) eine Rückkehr in die USA unzumutbar und deshalb das Wohl der Beschwerdeführerin zu 2) infolge Trennung von ihrer Haupt Bezugsperson schwerwiegend beeinträchtigt sein könnte.

Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 93d I 3 BVerfGG).

Dieser Beschluß ist unanfechtbar. «

2. STELLUNGNAHME DES MAX-PLANCK-INSTITUTS FÜR AUSLÄNDISCHES UND
INTERNATIONALES PRIVATRECHT

Von JAN KROPHOLLER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Zur Berücksichtigung des Kindeswohls	486
I. Die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung des Kindeswohls nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	486
1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Kindeswohls	486
2. Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte	487
II. Die Bedeutung des Kindeswohls für die Auslegung des HKiEntfÜ	488
1. Die Präambel	488
2. Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ	489
3. Artikel 20 HKiEntfÜ	489
III. Verletzung der Grundrechte des Kindes?	490
1. Restriktive Auslegung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ	490
2. Die Trennung besonders junger Kinder von dem entführenden Elternteil . . .	491
a) Problematik	491
b) Deutsche Rechtsprechung	491
c) Schweizerische Rechtsprechung	492
d) Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten	492
e) Britische Rechtsprechung	493
f) Französische Rechtsprechung	495

* Jan von Hein hat bei der Vorbereitung dieser Stellungnahme wertvolle Hilfe geleistet.

Abgekürzt werden zitiert: *Christof Böhmer/Kurt Siehr(-Siehr)*, Das gesamte Familienrecht II: Das internationale Recht (Loseblattslg.; Stand: 1995) Nr. 7. 9: HKiEntfÜ; *Jarass/Pieroth (-Pieroth)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland³ (1995); *LeGette*, International Child Abduction and the Hague Convention – Emerging Practice and Interpretation of the Discretionary Exception: *Texas Int. L.J.* 25 (1990) 287–308; Münchener Kommentar zum BGB³, Erg. Bd. (1. Liefg. 1990) (zitiert: MünchKomm. BGB [-*Siehr*]); *Pérez-Vera*, Erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung: Deutscher Bundestag/Drucks. 11/5314, S. 38–61; *Staudinger (-Pirring)*, Kommentar zum BGB³, EGBGB/IPR, Kindschaftsrechtliche Übereinkommen (1994).

Weitere Abkürzung: HKiEntfÜ = Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

g) Zusammenfassung	496
3. Die Entscheidung des OLG Hamm	496
a) Bedeutung der Zumutbarkeit einer gemeinsamen Rückkehr	496
b) Umfang der Prüfungspflicht	497
c) Erhöhter Begründungsaufwand bei Entführung sehr junger Kinder?	498
d) Korrektur des Ergebnisses durch die Grundrechte des Kindes?	500
e) Ergebnis	501
B. Zur Frage, ob die gesamte Vortrags- und Beweislast dem entführenden Elternteil aufgebürdet werden darf	501
I. Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 I HKiEntfÜ	501
1. Grundrechtliche Schutzpflicht	502
2. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG)	503
3. Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 2 I in Verb. mit Art. 20 III GG)	503
4. Ergebnis	503
II. Anwendung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ durch das OLG Hamm	504
1. Schutzbereich des Art. 103 I GG	504
2. Die Entscheidung des OLG Hamm	504
3. Ergebnis	505
C. Zusammenfassung	505

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte dem Institut Gelegenheit zur Äußerung zu den Verfassungsbeschwerden gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts (OLG) Hamm vom 18. 1. 1995 gegeben. Das Institut nahm am 30. 5. 1995 wie folgt Stellung:

A. Zur Berücksichtigung des Kindeswohls

I. Die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung des Kindeswohls nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Kindeswohls

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Kind ein Wesen mit eigener Menschenwürde und einem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 1 I in Verb. mit Art. 2 I GG)¹. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Elternrecht (Art. 6 II 1 GG) ist daher kein Recht am Kind, sondern ein Bündel aus Rechten und Pflichten, das vom Bundesverfassungsgericht als Elternverantwortung umschrieben wird². Für Sorgerechtsstreitigkeiten hat das

¹ BVerfG 29. 7. 1968, BVerfGE 24, 119 (144); 21. 5. 1974, BVerfGE 37, 217 (252); 5. 11. 1980, BVerfGE 55, 171 (179); 13. 5. 1986, BVerfGE 72, 155 (172); 14. 4. 1987, BVerfGE 75, 201 (218); 12. 10. 1988, BVerfGE 79, 51 (63); 7. 5. 1991, BVerfGE 84, 168 (183).

² BVerfG 13. 5. 1986 (vorige Note) 172.

Bundesverfassungsgericht daher entschieden, daß jede gerichtliche Lösung eines Konflikts zwischen Eltern, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirke, auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sein und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen müsse³. Diese Grundrechtsposition hat das Bundesverfassungsgericht ferner in Fällen herangezogen, in denen es um die Trennung des Kindes von seinen bisherigen Pflegeeltern ging⁴. Die hierbei entwickelten Maßstäbe für die verfassungsrechtlich hinnehmbare Gefährdung des Kindeswohls durch eine Trennung des Kindes von seiner bisherigen Hauptbezugsperson werden auch im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen sein, freilich mit der Einschränkung, daß es hier nicht um ein sorgerechtes Verfahren geht, sondern daß die Rückführung des Kindes die Durchführung eines Sorgerechtsverfahrens vor dem international zuständigen Gericht erst ermöglichen soll⁵.

2. Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte

Bei der Auslegung und Anwendung des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25. 10. 1980⁶ (HKiEntfÜ) geht es um die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts, die als solche vom Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen sind⁷. Dem Bundesverfassungsgericht obliegt es mit seinen eigenen Worten »lediglich, zu entscheiden, ob die zuständigen Gerichte die Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Gebiet des bürgerlichen Rechts zutreffend beurteilt haben«⁸. Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte soll nicht starr festgelegt sein, sondern vom Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung im Einzelfall abhängen. Handelt es sich um Maßnahmen von existentieller Bedeutung für die Zukunft des Beschwerdeführers, so sind strenge Anforderungen zu stellen: In einem solchen Fall prüft das Bundesverfassungsgericht nicht nur, ob die Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des einschlägigen Grundrechts beruht, sondern bezieht auch einzelne fachgerichtliche Auslegungsfehler in die Betrachtung ein. Diese Voraussetzungen für eine erhöhte Kontrolldichte hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen über die Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern bejaht⁹.

³ BVerfG 5. 11. 1980, 179; 7. 5. 1991, 182 (beide oben N. 1).

⁴ BVerfG 14. 4. 1987, 218; 12. 10. 1988, 63 (beide oben N. 1).

⁵ *Beitzke/Lüderitz*, Familienrecht²⁶ (1992) 309 sehen in der Kindesentführung einerseits, der Trennung von den Pflegeeltern andererseits im Hinblick auf das Kindeswohl »parallele Konflikte«.

⁶ Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung [vom 25. 10. 1980]/Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction/Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, BGBl. 1990 II 207.

⁷ Vgl. zur verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte bei Entscheidungen der Fachgerichte, die das Kindeswohl betreffen: BVerfG 14. 4. 1987, 221 f.; 12. 10. 1988, 63 (beide oben N. 1).

⁸ BVerfG 14. 4. 1987, 221 f.; 12. 10. 1988, 63 (beide oben N. 1).

⁹ BVerfG 14. 4. 1987, 221 f.; 12. 10. 1988, 63 (beide oben N. 1).

Ob sich diese verschärften Maßstäbe auch auf den vorliegenden Fall anwenden lassen, ist zweifelhaft. Einerseits ist zu berücksichtigen, daß bei einem Kleinkind auch eine nur zeitweilige Trennung von der Hauptbezugsperson möglicherweise zu schweren seelischen Schäden führt¹⁰. Andererseits ist eine Entscheidung nach dem HKiEntfÜ keine Sorgerechtsentscheidung (vgl. Art. 19 HKiEntfÜ)¹¹. Im Gegensatz zu den Pflegeeltern-Fällen geht es nicht darum, über den endgültigen Verbleib des Kindes zu befinden. Insbesondere braucht eine Rückführung nicht notwendig zu einer Trennung von der Hauptbezugsperson zu führen. Ferner wäre diese zunächst nur zeitweilig; über die endgültige Regelung des Sorgerechts, die für das Kind von existentieller Bedeutung ist, hätte das zuständige Gericht nach der Rückführung zu entscheiden. Dies spricht dafür, die verfassungsrechtliche Überprüfung im Rahmen des HKiEntfÜ darauf zu beschränken, ob das Gericht von einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Grundrechtsposition des Kindes ausgegangen ist.

II. Die Bedeutung des Kindeswohls für die Auslegung des HKiEntfÜ

Die Beachtung des Kindeswohls ist im HKiEntfÜ an drei Stellen verankert: in der Präambel, in Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ und in Art. 20 HKiEntfÜ.

1. Die Präambel

In der Präambel des HKiEntfÜ verleihen die Unterzeichnerstaaten ihrer festen Überzeugung Ausdruck, daß das Wohl des Kindes (»the interests of children«; »l'intérêt de l'enfant«) in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist. Diese Überzeugung wird im zweiten Absatz der Präambel dahingehend konkretisiert, daß das Kind vor den nachteiligen Folgen eines widerrechtlichen Verbringens zu schützen sei; dieses Ziel solle durch Verfahren erreicht werden, die eine sofortige Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts sicherstellen. Das Ziel der sofortigen Rückgabe wird ferner in Art. 1 lit. a des Übereinkommens ausdrücklich hervorgehoben. Das Übereinkommen sieht folglich eine sofortige Rückführung des Kindes und eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung nicht als Gegensatz an; vielmehr geht es davon aus, daß eine rasche Rückführung des Kindes dem wohlverstandenen Interesse des Kindes regelmäßig am besten entspricht¹². In den einzelnen Regelungen des Abkommens findet sich im allgemeinen keine Bezugnahme auf das Kindeswohl; hierdurch soll verhindert werden, daß die nationalen Gerichte, wie in der Vergangenheit häufig zu beobachten, unter Berufung auf das Kindeswohl letztlich den entführenden Elternteil begünstigen¹³.

¹⁰ Vgl. BVerfG 17. 3. 1995, 1 BvR 323/95 und 1 BvR 610/95, S. 11 (unveröffentlicht).

¹¹ Vgl. hierzu besonders *Bruch*, Erfahrungen mit dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung: FamRZ 1993, 745–754 (750).

¹² *Pérez-Vera* Nr. 24.

¹³ *Pérez-Vera* Nr. 22f.

2. Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ

In besonders gelagerten Einzelfällen kann allerdings das Wohl des Kindes einer sofortigen Rückgabe widerstreiten¹⁴. Nach Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ kann das Gericht davon absehen, die Rückführung anzuordnen, wenn die Person, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, daß die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Nicht jede Beeinträchtigung des Kindeswohls ist also geeignet, zur Versagung der Rückgabe zu führen; vielmehr muß es sich um eine qualifizierte Gefahr für das Kind (»schwerwiegende Gefahr«; »grave risk«; »risque grave«) handeln. Zu beachten ist ferner, daß selbst eine schwerwiegende Gefahr für das Kind nach dem Wortlaut des Übereinkommens nicht zwingend zur Versagung der Rückgabe führt; die Entscheidung steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.

3. Artikel 20 HKiEntfÜ

Nach Art. 20 HKiEntfÜ kann die Rückgabe des Kindes abgelehnt werden, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist. Durch diese Vorschrift soll, so die deutsche Denkschrift, die Beachtung der einschlägigen Grundrechte bei der Anwendung des HKiEntfÜ unmittelbar gesichert werden¹⁵. Die Zivilgerichte werden durch diese Bestimmung nachdrücklich darauf hingewiesen, daß unbeschadet des Grundsatzes der autonomen Auslegung des HKiEntfÜ¹⁶ die aus Art. 1 I in Verb. mit Art. 2 I GG abgeleitete (unter I 1 skizzierte) Grundrechtsposition des Kindes bei der Anwendung des Übereinkommens zu berücksichtigen ist; auch die Position des entführenden Elternteils kann Beachtung finden¹⁷.

Nicht ganz zweifelsfrei ist das Verhältnis des Art. 20 zu Art. 13 HKiEntfÜ. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei Art. 20 HKiEntfÜ um eine Auffangklausel für Extremfälle¹⁸. Das OLG Frankfurt a. M. hält – offenbar aufgrund der Gleichwertigkeit der Rechtssysteme – eine Anwendung des Art. 20 HKiEntfÜ in deutsch-amerikanischen Fällen von vornherein für ausgeschlossen¹⁹. Die bloße Möglichkeit, daß ein US-amerikanisches Gericht es dem Sorgerechtsinhaber verbieten könne, ohne Zustimmung des Umgangsberechtigten das Land zu verlassen, reiche jedenfalls für eine Berufung auf Art. 20 HKiEntfÜ nicht aus.

¹⁴ *Pérez-Vera* Nr. 25, 29.

¹⁵ Denkschrift zu den Übereinkommen, Deutscher Bundestag/Drucks. 11/5314, S. 35 (37).

¹⁶ Vgl. zum Grundsatz der autonomen Auslegung des HKiEntfÜ *Böhmer/Siehr(-Siehr)* Einl. Rz. 10.

¹⁷ Zu den nach Art. 20 HKiEntfÜ zu beachtenden Grundrechten sowie zu den Rechten der Eltern siehe *Staudinger(-Pirrung)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 698.

¹⁸ OLG Koblenz 6. 5. 1992, FamRZ 1993, 97 = IPRspr. 1992 Nr. 130; *Pérez-Vera* Nr. 31 ff., 118; *Staudinger(-Pirrung)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 698.

¹⁹ OLG Frankfurt a. M. 2. 2. 1994, FamRZ 1994, 1339 (1340).

Pérez-Vera betont, daß Art. 20 HKiEntfÜ ebenso wie Art. 13 HKiEntfÜ die Gerichte des ersuchten Staates nicht dazu verpflichtet, die Rückgabe abzulehnen, sondern ihnen vielmehr ein Ermessen eröffnet²⁰. Wenn die Rückgabe eines Kindes gegen seine Grundrechte aus Art. 1 I in Verb. mit Art. 2 I GG verstößt, ist das dem Richter eingeräumte Ermessen indes auf Null reduziert. Dies folgt daraus, daß das HKiEntfÜ innerstaatlich als einfaches Recht dem Grundgesetz untergeordnet ist.

III. Verletzung der Grundrechte des Kindes?

Das OLG Hamm hat über die Möglichkeit, daß eine Trennung des Kindes von der Mutter zu einer schwerwiegenden seelischen Gefahr im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ führen könne, ebensowenig Beweis erhoben wie über die Frage der Unzumutbarkeit einer Rückkehr der Mutter in die Vereinigten Staaten. Das Gericht könnte damit den Schutzbereich der Grundrechte des Kindes aus Art. 1 I in Verb. mit Art. 2 I GG verkannt haben.

1. Restriktive Auslegung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ

Das Übereinkommen konzentriert sich auf die Rückgabeentscheidung. Die Rückführung eines Kindes in den ersuchenden Staat bedeutet nichts anderes als die Wiederherstellung des früheren Zustandes und ist nicht unbedingt mit einer Trennung des Kindes von dem entführenden Elternteil gleichzusetzen. Fragen der Sorgerechtsverteilung und -ausübung bleiben vielmehr den Gerichten des Ursprungslandes überlassen. Da die Rückgabe- und die Sorgerechtsentscheidung zu trennen sind, ist auch die Rolle des über die Rückgabe entscheidenden Gerichts des ersuchten Staates beschränkt.

Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ ist, wovon das OLG Hamm zu Recht ausgeht, im Lichte des Abkommenszwecks, für eine rasche Rückführung entführter Kinder zu sorgen, grundsätzlich restriktiv auszulegen. Dies ist in der einschlägigen Rechtsprechung und im internationalen Schrifttum allgemein anerkannt²¹. Insbesondere darf die Rückführungsentscheidung nicht die Zuteilung des Sorgerechts vorwegnehmen (Art. 19 HKiEntfÜ). Könnte jeder seelische Nachteil, der dem Kind durch einen erneuten Aufenthaltswechsel droht, eine Versagung der Rückführung rechtfertigen, wäre das Übereinkommen wirkungslos; die Entführung des Kindes würde letztlich belohnt.

²⁰ Pérez-Vera Nr. 113.

²¹ OLG Düsseldorf 27. 7. 1993, FamRZ 1994, 185 (186) = IPRspr. 1993 Nr. 99; OLG München 29. 12. 1993, FamRZ 1994, 1338 (1339) = IPRspr. 1993 Nr. 102; OLG Frankfurt a. M. 2. 2. 1994 (oben N. 19) 1340; OLG Nürnberg 13. 9. 1993, Leitsatz in IPRax 1995, 118 mit insoweit zust. Anm. Jayme, ebd. = IPRspr. 1994 Nr. 100; Pérez-Vera Nr. 34; Staudinger (-Pirrung) Vor Art. 19 EGBGB Rz. 683; Böhmer/Siehr(-Siehr) Rz. 46; MünchKomm. BGB (-Siehr) Art. 19 EGBGB Anh. II Rz. 46; Bruch (oben N. 11) 749f.; Dietmar Baetge/Anastasia Baetge, Erste griechische Entscheidung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen (zu LG Greven 20. 1. 1994): IPRax 1995, 191–192 (192); Güllicher, Internationale Kindesent-

2. Die Trennung besonders junger Kinder von dem entführenden Elternteil

a) Problematik

Die Rückführung besonders junger Kinder, die zu einer Trennung von ihrer Hauptbezugsperson führen kann, wirft spezielle Probleme auf. Kleinkinder sind in hohem Maße auf ihre Hauptbezugsperson angewiesen, und ein Wegfall dieser Person kann zu einer Gefährdung des Kindes führen. Auf der zweiten Tagung der Sonderkommission der Haager Konferenz zur Überprüfung der Anwendung des HKiEntfÜ äußerte zwar ein Experte die Ansicht, Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ könnte angewendet werden, wenn ein sehr junges Kind einen Großteil seines Lebens mit dem entführenden Elternteil verbracht habe und sich an den anderen Elternteil nicht mehr erinnern könne. Andere Fachleute lehnten diesen Vorschlag indes ab²². Pirrung ist der Auffassung, die bloße Berufung auf den Wechsel der Bezugsperson genüge auch bei einem jüngeren Kind nicht zur Versagung der Rückführung gemäß Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ²³. Andererseits sei die Rückgabe gemäß Art. 20 HKiEntfÜ abzulehnen, wenn die Rückführungsanordnung eine Trennung von Kind und entführendem sorgeberechtigten Elternteil unausweichlich mache, weil dem Entführer eine Rückkehr in den Ursprungsstaat, etwa wegen drohender schwerer Strafverfolgung, nicht zuzumuten sei²⁴. Siehr hält, ohne auf jüngere Kinder gesondert einzugehen, die mögliche Trennung des Kindes von dem entführenden Elternteil jedenfalls dann für unbeachtlich, wenn die Rückkehr dem entführenden Elternteil zumutbar ist²⁵.

b) Deutsche Rechtsprechung

Die überwiegende deutsche Rechtsprechung übt bei der Anwendung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ große Zurückhaltung. Zwar lehnte das Amtsgericht Saarbrücken die Rückführung eines zweieinhalbjährigen Kindes in die USA ab, weil durch die Trennung von der Mutter als der bisherigen Hauptbezugsperson ein schwerer seelischer Schaden drohe²⁶. Ob eine gemeinsame Rückkehr in Betracht käme, prüfte das Amtsgericht aber nicht; sein Urteil ist daher überwiegend auf Ablehnung gestoßen²⁷. In der neueren obergerichtlichen Rechtsprechung

führungen (1992) 118; *Firsching/v. Hoffmann*, Internationales Privatrecht⁴ (1995) § 8 Rz. 118; *Mansel*, Neues internationales Sorgerecht: NJW 1990, 2176–2178 (2177).

²² Hague Conference on Private International Law: Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Int. Leg. Mat. 33 (1994) 225 (241).

²³ *Staudinger(-Pirring)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 683.

²⁴ *Staudinger(-Pirring)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 698.

²⁵ *Böhmer/Siehr(-Siehr)* Rz. 50; MünchKomm. BGB (-*Siehr*) Art. 19 EGBGB Anh. II Rz. 50.

²⁶ AG Saarbrücken 19. 7. 1991, IPRax 1992, 387 = IPRspr. 1991 Nr. 120.

²⁷ *Bruch* (oben N. 11) 750; *Firsching/v. Hoffmann* (oben N. 21) § 8 Rz. 118; *Staudinger(-Pirring)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 683; zust. allerdings *Hüßtege*, Kindesentführungen ohne Ende?: IPRax 1992, 369–372 (372).

wird ein durch die mögliche Trennung von der bisherigen Hauptbezugsperson drohender seelischer Schaden im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ jedenfalls dann verneint, wenn dem entführenden Elternteil eine gemeinsame Rückkehr mit dem Kind zumutbar ist²⁸. Die gegen die zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Nürnberg eingelegten Verfassungsbeschwerden wurden nicht zur Entscheidung angenommen²⁹.

c) Schweizerische Rechtsprechung

Aus der schweizerischen Rechtsprechung ist der Fall *Korowin ./. Korowin* hervorzuheben³⁰. Vor die Frage gestellt, ob dem jungen Kind durch die Weigerung seiner Mutter, in die USA zurückzukehren, ein schwerer seelischer Schaden drohe, betonte das Gericht, daß diese Situation allein von der Mutter beherrscht werde. Für die Zumutbarkeit einer Rückkehr des entführenden Elternteils sprach nach Ansicht des Gerichts, daß der Vater sich dazu bereit erklärt hatte, für die Dauer des Sorgerechtsverfahrens in Michigan für Unterkunft und sonstigen Unterhalt Sorge zu tragen.

d) Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten

In der US-amerikanischen Literatur wird von mehreren Entscheidungen zu Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ berichtet³¹. Die Entscheidung *Navarro v. Bullock* betraf zwar die Rückführung zweier älterer Kinder (neun und fünf Jahre); sie verdient aber Beachtung, weil der Superior Court of California sich über ein psychologisches Gutachten hinwegsetzte, das den Kindern im Falle einer Trennung von ihrer Mutter schwere seelische Schäden prognostizierte: Jede Kindesentführung, so das Gericht, rufe die Gefahr seelischer Traumata hervor. Zu berücksichtigen

²⁸ OLG Koblenz 6. 5. 1992 (oben N. 18); OLG Düsseldorf 27. 7. 1993 (oben N. 21) 186; OLG Frankfurt a. M. 2. 2. 1994 (oben N. 19) 1340; OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21)

²⁹ Zu OLG Düsseldorf 27. 7. 1993 (oben N. 21) 186; BVerfG 9. 9. 1993 – 1 BvR 1442 und 1443/93, Hinweis in FamRZ 1994, 186; zu OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21): BVerfG 7. 10. 1993 – 1 BvR 1651/93, Leitsatz in IPRax 1995, 118 mit Anm. *Jayme*, ebd.

³⁰ Bezirksgericht Horgen 13. 2. 1992 – 4891072U/ER4SV/ez, unveröffentlicht, berichtet bei *Silberman*, Hague Convention on International Child Abduction, A Brief Overview and Case Law Analysis: Fam. L.Q. 28 (1994) 9–34 (28), ferner zitiert bei *Staudinger(-Pirung)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 683. Anderer Ansicht wohl das Bezirksgericht Uster 15. 9. 1989, zitiert ebd.

³¹ *Becker v. Becker*, No. FD-14-14-90, 1989 N.J. Super. LEXIS 538 (Aug. 28, 1989); *Navarro v. Bullock*, No. 86481, slip op. (Super. Ct. Cal. Sept. 1, 1989), unveröffentlicht, berichtet bei *LeGette* 298–300; *Sheikh v. Cahill*, 546 N.Y.S.2d 517 (Sup. Ct. 1989); *Renovales v. Roosa*, No. FA91-0392232S, 1991 Conn. Super. LEXIS 2215 (Sept. 27, 1991); *Zimmermann v. Zimmermann*, No. 91-14556-S (Tex. Dist. Ct. Oct. 14, 1991), unveröffentlicht, berichtet bei *Silberman* (vorige Note) 29 N. 106; *d'Assignes v. Escalante*, No. BD 051876 (Cal. Super. Ct. Dec. 9, 1991), unveröffentlicht, berichtet bei *Silberman* (vorige Note) 27; *Tahan v. Duguette*, 613 A.2d 486 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1992).

sei aber insbesondere der Schaden, der den Kindern entstünde, wenn es der Mutter gestattet würde, ihnen weiterhin widerrechtlich ihren Vater vorzuenthalten. Ließe man dies zu, werde das widerrechtliche Verhalten der Mutter belohnt³². Ähnlich argumentierte der Superior Court of Connecticut in der Sache *Renovales v. Roosa*³³. Der Texas District Court lehnte in *Zimmermann v. Zimmermann* die Annahme eines schwerwiegenden seelischen Schadens für das Kind ab, weil die Mutter das Kind begleiten könne³⁴. Allein in der Sache *d'Assignes v. Escalante* versagte der Superior Court of California die Anordnung der Rückführung³⁵. Hierbei handelte es sich um den extremen Ausnahmefall einer doppelten Entführung des Kindes von den USA nach Frankreich und zurück. Einen dritten Wechsel von Bezugsperson und Aufenthaltsort innerhalb kurzer Zeit hielt das Gericht für unzumutbar.

e) Britische Rechtsprechung

Die englische und schottische Rechtsprechung hat sich besonders eingehend mit der Frage befaßt, ob und inwiefern sich die Rückkehrfähigkeit und -willigkeit des entführenden Elternteils auf die Annahme eines schwerwiegenden seelischen Schadens im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ auswirkt³⁶. In *MacMillan v. MacMillan* sah das Gericht die Gefahr eines schwerwiegenden seelischen Schadens als zweifelsfrei gegeben an, wenn die dreijährige Tochter von ihrer Mutter getrennt und in Kanada der alleinigen Sorge des Vaters überlassen werde, der sich wegen Alkoholismus und Depressionen bereits wiederholt in stationärer medizinischer Behandlung befunden hatte³⁷. Die erste Instanz hatte die Frage geprüft, ob diese Gefahr abgewendet werden könne, indem die Mutter das Kind nach Kanada begleitete. Im Ergebnis hielt das Gericht eine Rückkehr der Mutter aber für unzumutbar, da sie sich eine Rückkehr nicht leisten könne, sie ex lege kein Recht auf Wiedereinreise nach Kanada besäße und für einstweilige Sorgerechtsanordnungen eines kanadischen Gerichts keine Prozeßkostenhilfe in Anspruch nehmen könne³⁸. Entsprechende Vorkehrungen durch den Antragsteller kamen offensichtlich nicht in Betracht. Die zweite Instanz bestätigte insoweit dieses Urteil.

In *Re A.* bestanden keine in der Person des Vaters begründeten Bedenken gegen eine Rückführung des dreieinhalbjährigen Kindes nach Kanada³⁹. Das Gutachten

³² *Navarro v. Bullock* (vorige Note), wörtliche Auszüge aus den Urteilsgründen bei *LeGette* 300.

³³ *Renovales v. Roosa* (oben N. 31).

³⁴ *Zimmermann v. Zimmermann* (oben N. 31) berichtet bei *Silberman* (oben N. 30) 29 N. 106.

³⁵ *D'Assignes v. Escalante* (oben N. 31), berichtet bei *Silberman* (oben N. 30) 27.

³⁶ *MacMillan v. MacMillan*, 1989 Scots Law Times 350 (Ex.D. 1988); *Re A. (A Minor)*, [1988] 1 F.L.R. 365 (C. A.); *C. v. C.*, [1989] 2 All E.R. 465 (C. A.); *Re O.*, [1994] 2 F.L.R. 349 (F. D.); *N. v. N.*, [1995] 1 F.L.R. 107 = [1995] 1 F.C.R. 595 (F. D.).

³⁷ *MacMillan v. MacMillan* (vorige Note); vgl. hierzu *LeGette* 305.

³⁸ *MacMillan v. MacMillan* (oben N. 36) 353 G–H; vgl. hierzu *LeGette* 305.

³⁹ *Re A.* (oben N. 36); vgl. hierzu *LeGette* 306.

der psychologischen Sachverständigen kam indes zu dem Ergebnis, daß eine Trennung des Kindes von seiner Mutter seine persönliche Entwicklung gefährde. Dennoch ordnete das Gericht nach eingehender Prüfung der von der Mutter vorgebrachten Argumente die Rückführung des Kindes an, da es die von ihr vorgetragene praktischen und finanziellen Schwierigkeiten für nicht durchgreifend erachtete und daher, im Einklang mit einer entsprechenden Einlassung der Mutter in der ersten Instanz, davon ausging, die Mutter werde das Kind begleiten.

Besonders deutlich werden die Maßstäbe, welche die englische Rechtsprechung an die Zumutbarkeit einer Rückkehr des entführenden Elternteils anlegt, in der Sache *C. v. C.*⁴⁰. Auch in diesem Fall sah der Court of Appeal die Gefahr eines seelischen Schadens des sechsjährigen Kindes als gegeben an, falls es von seiner bisherigen Haupt Bezugsperson, seiner Mutter, getrennt werde. Nach Auffassung des Gerichts ließen sich aber alle vernünftigen Einwände der Mutter gegen ihre Rückkehr durch Vorkehrungen des Vaters ausräumen, die im Urteil genau spezifiziert wurden⁴¹. Im Zusammenhang mit dem vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfahren sind besonders zwei Punkte von Interesse: Absehen von Strafverfolgung (unter 6) und Unterhaltsleistungen an Mutter und Kind für die Dauer des Sorgerechtsstreits (unter 8). Sollte die Mutter es trotz dieser vom Vater zu erbringenden »undertakings« aus rein emotionalen Gründen ablehnen, mit dem Kind in den Ursprungsstaat zurückzukehren, so könne diese Weigerung nicht berücksichtigt werden, auch wenn das Kind hierdurch im Ergebnis von seiner Mutter getrennt würde. Andernfalls könnte der entführende Elternteil, der häufig die Hauptbezugsperson des Kindes ist, durch eine unbegründete Verweigerung der Rückkehr selbst die Gefahr eines seelischen Schadens nach Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ herbeiführen, um sich anschließend auf sie zu berufen. Die Haager Konvention würde so zur Disposition des entführenden Elternteils gestellt: »Is a parent to create the psychological situation, and then rely on it? If the grave risk of psychological harm to a child is to be inflicted by the conduct of the parent who abducted him, then it would be relied on by every mother of a young child who removed him out of the jurisdiction and refused to return. It would drive a coach and four through the convention, at least in respect of applications relating to young children.«⁴² Der Court of Appeal ordnete daher die Rückführung des Kindes an.

Nach dem Urteil der Family Division in *Re O.* kommt bei der Beurteilung der schwerwiegenden Gefahr im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ der Frage besondere Bedeutung zu, ob und inwieweit die von dem die Rückführung begehrenden Elternteil eingegangenen »undertakings« im Ursprungsstaat gerichtlich durchsetzbar sind⁴³.

Das Gewicht, das die englischen Gerichte dem Ziel der Rückführung des entführten Kindes beimessen, wird in der Sache *N. v. N.* deutlich⁴⁴. Obwohl der

⁴⁰ *C. v. C.* (oben N. 36); vgl. hierzu *LeGette* 307 und *Silberman* (oben N. 30) 28.

⁴¹ *C. v. C.* (oben N. 36) 470.

⁴² *C. v. C.* (oben N. 36) 470 (per Butler-Sloss L.J.).

⁴³ *Re O.* (oben N. 36).

⁴⁴ *N. v. N.* (oben N. 36).

in Australien lebende Vater psychisch krank war und konkrete Anhaltspunkte für einen von ihm begangenen sexuellen Mißbrauch der Tochter bestanden, ordnete das Gericht die Rückführung der Kinder nach Australien an, weil die Mutter aus Sicht des Gerichts keine substantiierten Gründe für ihre Weigerung, gemeinsam mit den Kindern zurückzukehren, vorgetragen hatte und eine Gefährdung der Kinder im Falle einer Begleitung durch die Mutter ausgeschlossen sei.

In *Re G.* hingegen sah die Family Division die Rückkehr der Mutter in die Vereinigten Staaten als unzumutbar an, weil die an leichten Depressionen leidende Entführerin hierdurch nach Aussage von Sachverständigen der Gefahr einer schweren Psychose ausgesetzt werde⁴⁵. Diese Verschlechterung ihres Krankheitsbildes bedeutete auch für die Kinder eine schwerwiegende Gefährdung gemäß Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ, da die Mutter ihre Hauptbezugsperson sei. Daher lehnte das Gericht eine Rückgabe der Kinder ab.

Zusammenfassend ergibt sich: Die englische Rechtsprechung bezieht die Gefahr eines seelischen Schadens, der jüngeren Kindern durch eine Trennung von dem entführenden Elternteil als der bisherigen Hauptbezugsperson droht, in die Prüfung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ ein. Sie ordnet dennoch die Rückgabe des Kindes an, wenn es dem entführenden Elternteil zumutbar ist, das Kind in den Ursprungsstaat zu begleiten. Gegebenenfalls kann die Zumutbarkeit dadurch erreicht werden, daß der die Rückführung begehrende Elternteil Vorkehrungen trifft, um eine Rückkehr zu ermöglichen oder zu erleichtern.

f) Französische Rechtsprechung

Auch in der französischen Rechtsprechung wird zwischen der Rückführung des Kindes in den Ursprungsstaat und der Rückgabe an den die Rückführung begehrenden Elternteil unterschieden. So ordnete die Cour d'appel d'Aix-en-Provence die Rückführung zweier Kinder nach Großbritannien an, obwohl der Vater, welcher sie entführt hatte, geltend machte, die Mutter sei alkoholabhängig und drogensüchtig⁴⁶. Es werde vom Gericht nicht verlangt, so die Begründung, die Kinder der Mutter anzuvertrauen, sondern lediglich, ihre Rückkehr in den Ursprungsstaat anzuordnen. Hierbei beachtete das Gericht allerdings nicht, daß der Mutter inzwischen das alleinige Sorgerecht übertragen worden war⁴⁷.

Jüngst hatte die Cour de cassation Gelegenheit, sich zu der Frage zu äußern, ob der mit der Trennung von der bisherigen Hauptbezugsperson verbundene seelische Schmerz eines jüngeren Kindes eine schwerwiegende Gefahr im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ darstellt⁴⁸. Die französische Mutter hatte das damals anderthalbjährige Kind nach Frankreich entführt; der amerikanische Vater beehrte die Rückführung in die USA. Diese wurde von der Cour de cassation

⁴⁵ *Re G.*, [1995] 1 F.L.R. 64 (F.D.).

⁴⁶ Cour d'appel d'Aix-en-Provence 23. 3. 1989, Rev. crit. d.i.p. 79 (1990) 529 mit Anm. Lequette, ebd. 535–539.

⁴⁷ Kritisch daher Lequette (vorige Note) 539.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re} 12. 7. 1994, Bull. civ. I, no. 248, S. 180 = Rev. crit. d.i.p. 84 (1995) 96 mit Anm. Muir Watt, ebd.

gemäß Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ abgelehnt: In Anbetracht des sehr jungen Alters des Kindes und der Tatsache, daß es seit mehr als einem Jahr allein mit der Mutter lebe, entspreche die Trennung von der Mutter im seelischen Erleben des Kindes einem Trauerfall; dies begründe die schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens für das Kind. Leider lassen die äußerst knappen Entscheidungsgründe nicht erkennen, weshalb die Cour de cassation eine Trennung von Mutter und Kind für unausweichlich hielt; im Gegensatz zu den anderen ausländischen Entscheidungen wurde nicht geprüft, ob eine Begleitung des Kindes durch die Mutter in Betracht käme.

g) Zusammenfassung

Auch bei sehr jungen Kindern ist im ersuchten Staat nur über ihre Rückgabe zu entscheiden. Die Rückführung in das Ursprungsland hindert den entführenden Elternteil grundsätzlich nicht daran, dorthin zurückzukehren und weiterhin als Hauptbezugsperson zur Verfügung zu stehen. Die Auswertung der geschilderten in- und ausländischen Rechtsprechung zu Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ zeigt: Die mit einer Rückgabe drohende Trennung des jüngeren Kindes von seiner Hauptbezugsperson – dem entführenden Elternteil – kann zwar unter engen Voraussetzungen die schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ begründen. Die Rückführung des Kindes ist aber anzuordnen, wenn dem entführenden Elternteil die Begleitung des Kindes zumutbar ist.

3. Die Entscheidung des OLG Hamm

Vor dem Hintergrund dieser rechtsvergleichenden Erkenntnisse sei nunmehr der Frage nachgegangen, ob das OLG Hamm in seiner Urteilsbegründung den Anforderungen gerecht geworden ist, die aufgrund der Grundrechte des Kindes an eine Prüfung seines seelischen Schadens und der Zumutbarkeit der Rückkehr der Mutter zu stellen sind.

a) Bedeutung der Zumutbarkeit einer gemeinsamen Rückkehr

Das Bundesverfassungsgericht hat es in einem Beschluß vom 7. 10. 1993 (1 BvR 1651/93) offengelassen, ob Bedeutung und Tragweite des Persönlichkeitsrechts des Kindes verkannt sind, wenn ein Gericht bei der Anwendung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ die mit der Trennung vom entführenden Elternteil verbundenen Gefahren für das Kind von vornherein nicht berücksichtigt. Dies hat es damit begründet, daß das OLG Nürnberg in dem damaligen Verfahren rechtsfehlerfrei festgestellt hatte, der Mutter sei die Rückkehr in den Ursprungsstaat zuzumuten.

Auch im vorliegenden Verfahren käme es daher auf die allgemeinen Ausführungen des OLG Hamm zur Berücksichtigung der Trennung des Kindes von der

Mutter nicht entscheidend an, falls das Gericht die Zumutbarkeit der Rückkehr der Mutter rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

b) Umfang der Prüfungspflicht

Die Ausführungen des OLG Hamm beschränken sich auf den knappen Hinweis, daß das HKiEntfÜ eine schwerwiegende Gefahr nur für das Kind, nicht aber für die Entführerin als Versagungsgrund gelten lasse⁴⁹. Die Behauptung der Mutter, sie sei als Deutsche vor einem amerikanischen Gericht chancenlos, hat das Gericht ausdrücklich als unerheblich zurückgewiesen.

Zumindest in dem letzten Punkt ist dem OLG Hamm uneingeschränkt zuzustimmen: Das Haager Übereinkommen basiert auf der Annahme, daß die Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten qualitativ gleichwertig ist und faire Sorgerechtsentscheidungen ergehen. Mit dieser grundlegenden Voraussetzung für das Funktionieren des Übereinkommens würde gebrochen, wenn es dem Entführer gestattet würde, durch pauschale Aussagen, das Rechtssystem des Ursprungsstaates sei diskriminierend, das Rückführungsverfahren zu verschleppen. Ließe sich das Gericht auf derartige Argumente ein, verstieße es zudem gegen Art. 11 I HKiEntfÜ, der die Gerichte ausdrücklich dazu ermahnt, mit der gebotenen Eile zu handeln.

Zweifelhaft ist allein, ob das Gericht die Grundrechte des Kindes dadurch grundsätzlich verkannt hat, daß es die weiteren von der Mutter angeführten Gründe für die Unzumutbarkeit ihrer Rückkehr ungeprüft gelassen hat.

Zu nennen sind insbesondere die Gefahr einer Strafverfolgung in den USA sowie die ungeklärte Unterhaltsfrage für die Dauer des Sorgerechtsverfahrens. Der lapidare Hinweis des OLG Hamm, das HKiEntfÜ berücksichtige Gefahren für den Entführer nicht, könnte verkennen, daß eine Gefährdung des entführenden Elternteils, die zu einer Trennung des Kindes von seiner bisherigen Hauptbezugsperson führt, mittelbar eine schwerwiegende Gefahr für die seelische Entwicklung des Kindes begründen kann. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der entführende Elternteil diese Gefahren durch sein widerrechtliches Verhalten selbst herbeigeführt hat; an die Annahme einer Unzumutbarkeit der Rückkehr sind daher strenge Maßstäbe anzulegen. Ferner ist zu beachten, daß es sich bei der Entscheidung nach dem HKiEntfÜ um ein summarisches Eilverfahren handelt: Es kann dem Entführer nicht gestattet werden, durch bloße Behauptungen die gebotene rasche Entscheidungsfindung zu verzögern. Die vom entführenden Elternteil angebotenen Beweise für eine schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls müssen daher nach einer in Literatur und Rechtsprechung gebräuchlichen Formel schnell, überzeugend und konkret sein⁵⁰. Es müssen, wie sogleich (unter c) dargelegt wird, dem Kind Gefahren drohen, die über die mit einer

⁴⁹ OLG Hamm 18. 1. 1995, 5 UF 266/94, S. 10 (offenkundig im Anschluß an *Böhmer/Siehr[-Siehr]* Rz. 50; MünchKomm. BGB [-*Siehr*] Art. 19 EGBGB Anh. II Rz. 50).

⁵⁰ OLG Celle 18. 5. 1992 – 17 UF 92/92, unveröffentlicht, wörtliche Auszüge bei *Bruch* (oben N. 11) 750 N. 35; *Böhmer/Siehr(-Siehr)* Rz. 55; MünchKomm. BGB (-*Siehr*) Art. 19 EGBGB Anh. II Rz. 55.

Rückführung und dem dadurch bedingten erneuten Aufenthaltswechsel regelmäßig verbundenen psychischen Beeinträchtigungen hinausgehen⁵¹. Hierfür fehlen im vorliegenden Verfahren jedoch konkrete Anhaltspunkte. Vergleicht man im übrigen die Begründung des OLG Hamm mit den einschlägigen Entscheidungen des OLG Nürnberg⁵² und des OLG Düsseldorf⁵³ – Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen hat⁵⁴ –, zeigt sich, daß das OLG Hamm in seinem Begründungsaufwand keinesfalls hinter den bisherigen und vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandeten Maßstäben der obergerichtlichen Rechtsprechung zurückgeblieben ist.

c) Erhöhter Begründungsaufwand bei Entführung sehr junger Kinder?

Allenfalls ließe sich erwägen, wegen der besonderen Gefahrenlage bei jüngeren Kindern einen erhöhten Begründungsaufwand zu fordern.

Die Verfasser gingen bei der Schaffung des Übereinkommens von der Vermutung aus, »daß das wirkliche Opfer einer ›Kindesentführung‹ das Kind selbst ist, das unter der plötzlichen Erschütterung seines Gleichgewichts, dem traumatischen Kontaktverlust zu dem Elternteil, der für seine Erziehung verantwortlich war, und der Unsicherheit und Frustration leidet, die sich aus dem Zwang ergeben, sich einer fremden Sprache, ungewohnten kulturellen Bedingungen und unbekanntem Lehrern und Verwandten anzupassen«⁵⁵.

Diese Vermutung trifft auf ein sehr junges Kind, das sich im Ursprungsstaat (hier: den USA) kaum eingelebt hat und zudem ganz überwiegend von dem entführenden Elternteil betreut wurde, nur begrenzt zu: Der Kontaktverlust zu dem Elternteil, der sich nicht oder nur an zweiter Stelle der Erziehung widmet, dürfte weniger schwer wiegen als in den Fällen, in denen ein Kind aus einer vollständigen familiären Gemeinschaft herausgerissen wird. Je jünger das Kind bei der Entführung ist, desto eher wird es sich im Zufluchtsstaat (hier: Deutschland) einleben.

Dennoch ist eine Sonderbehandlung jüngerer Kinder nach dem HKiEntfÜ abzulehnen. Um Kindesentführungen wirksam verhindern zu können, ist eine schnelle Rückführung des Kindes geboten. Dies setzt – wie in Art. 13 I litt. a und b HKiEntfÜ geschehen – eine gewisse Typisierung etwaiger Gefahren voraus. Auch ein Kleinkind hat nach der Rückgabe wieder die Möglichkeit zu Kontakten mit dem anderen Elternteil.

⁵¹ So jetzt auch der während der Drucklegung ergangene Beschluß des BVerfG 15. 2. 1996, FamRZ 1996, 405.

⁵² OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21).

⁵³ OLG Düsseldorf 27. 7. 1993 (oben N. 21) 186.

⁵⁴ Zu OLG Düsseldorf 27. 7. 1993 (oben N. 21) 186: BVerfG 9. 9. 1993 – 1 BvR 1442 und 1443/93 (oben N. 29); zu OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21): BVerfG 7. 10. 1993 – 1 BvR 1651/93 (oben N. 29).

⁵⁵ *Dyer*, Report on International Child Abduction by One Parent: Acts and Documents of the Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law, Preliminary Doc. No. 1 of 1978, III (1982) 12–31 (zitiert bei *Pérez-Vera* Nr. 24).

Der Fall, daß der Kontaktverlust zu einem Elternteil ausnahmsweise keinen Schaden für das Kind bewirkt, wird in Art. 13 I lit. a HKiEntfÜ erfaßt: Der Elternteil, der sein Sorgerecht zur Zeit des Verbringens faktisch nicht ausgeübt hat, kann die Rückgabe des Kindes in der Regel nicht verlangen. Ist der entführende Elternteil tatsächlich die alleinige Bezugsperson des Kindes, darf in den Grenzen pflichtgemäßen Ermessens eine Trennung dieses Elternteils vom Kind trotz eines widerrechtlichen Verbringens nicht stattfinden. Das Vorliegen dieses Tatbestandes hat das OLG Hamm aber rechtsfehlerfrei verneint. Wollte man dem entführenden Elternteil gestatten, trotz der Verneinung des Art. 13 I lit. a HKiEntfÜ eine Rückgabe des Kindes unter Berufung auf Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ mit der Begründung zu verhindern, daß er die Hauptbezugsperson sei, würde die klare tatbestandliche Konturierung der nach dem HKiEntfÜ zu berücksichtigenden Gefahren für das Kindeswohl aufgeweicht.

Die Gefahr schließlich, daß der durch eine Entwurzelung des Kindes im Zuge der Rückführung verursachte Schaden schwerer wiegt als die durch die Entführung bedingten Umgewöhnungsschwierigkeiten, wird in Art. 12 HKiEntfÜ berücksichtigt: Nach Abs. 1 dieser Vorschrift müssen Anträge auf eine Rückgabe des Kindes grundsätzlich innerhalb eines Jahres nach dem Verbringen gestellt werden; werden sie später gestellt, kann eine Rückgabe abgelehnt werden, sofern erwiesen ist, daß das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat. Da der Vater im vorliegenden Verfahren den Antrag auf Rückgabe fristgemäß gestellt hat, war das Gericht nach den ausdrücklichen Regelungen des HKiEntfÜ nicht gehalten, Ermittlungen darüber anzustellen, ob und inwieweit sich das Kind in Deutschland bereits eingelebt hat. Im übrigen hat das OLG Düsseldorf zutreffend darauf hingewiesen, daß gerade bei einem jüngeren Kind (in casu 19 Monate) von einem intensiven Einleben in den Zufluchtsstaat bei einer nur kurzen Verweildauer nicht ausgegangen werden könne⁵⁶.

Letztlich erscheint die Bildung einer besonderen Fallgruppe für die Entführung jüngerer Kinder auch wegen der dadurch bewirkten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht wünschenswert. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß das Abkommen lediglich »nach oben« eine Altersgrenze enthält (Art. 4 Satz 2 HKiEntfÜ), nicht aber »nach unten«. Ferner ist zu bedenken, daß die Entführung jüngerer Kinder (bis sechs Jahre) keine seltene Ausnahme, sondern, wie die ausgewertete Rechtsprechung zeigt, geradezu den Regelfall darstellt. Die Bildung besonderer Regeln für diese vermeintlichen Ausnahmefälle droht daher, die Struktur des Übereinkommens zu verändern und seine Effektivität zu gefährden.

Zusammenfassend ergibt sich: Das HKiEntfÜ hat die spezifischen Gefahren, die bei einer Entführung jüngerer Kinder durch ihre Hauptbezugsperson bestehen, in den Artt. 12 und 13 I lit. a berücksichtigt. Durch diese Typisierung der Gefahrentatbestände wird die Rechtsklarheit geschaffen, die eine Voraussetzung für die rasche und international gleichförmige Anwendung des Übereinkommens ist. Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ hat demgegenüber die Funktion eines Auffangtatbestandes, der atypische, schwerwiegende Gefahren für das Kindeswohl erfassen soll, d. h. solche Gefahren, die nicht stets und notwendigerweise

⁵⁶ OLG Düsseldorf 27. 7. 1993 (oben N. 21) 186.

mit einer Rückführung des Kindes verbunden sind. Derartige Gefahren hat das Gericht selbstverständlich genau zu prüfen (wie zum Beispiel den Verdacht des sexuellen Mißbrauchs)⁵⁷. Im vorliegenden Verfahren hat die Mutter aber, wie das OLG Hamm zutreffend betont, keine besonderen Belastungen des Kindes vorgebracht, die über die üblichen Umgewöhnungsschwierigkeiten hinausgehen⁵⁸. Diese können aber nicht ausreichen, weil andernfalls eine Rückgabe stets eine Gefährdung des Kindes bedeuten würde. Zu ergänzen ist noch, daß diese Schwierigkeiten allein durch die widerrechtliche Verhaltensweise der Mutter herbeigeführt worden sind.

Auch die von der Mutter gegen eine Zumutbarkeit ihrer Rückkehr vorgetragenen Einwände weichen nicht von dem ab, was von dem entführenden Elternteil in derartigen Fällen vielfach vorgebracht wird. Sowohl die Gefahr einer Strafverfolgung in den USA als auch ihre materiellen Schwierigkeiten hat die Mutter aufgrund ihres Verhaltens selbst zu verantworten. Sie kann zudem ihre Rechte auch vor den Gerichten ihres früheren Aufenthaltslandes wahrnehmen. Der Umfang, in dem das OLG Hamm die von der Mutter gegen eine Rückführung des Kindes vorgebrachten Argumente gewürdigt hat, erscheint auch in Anbetracht der Tatsache, daß es sich vorliegend um ein Eilverfahren handelt (Art. 11 I HKiEntfÜ), durchaus angemessen.

d) Korrektur des Ergebnisses durch die Grundrechte des Kindes?

Fraglich bleibt allein, ob die Grundrechte des Kindes eine abweichende Beurteilung erfordern.

Hierbei ist zu beachten, daß das Ziel des Übereinkommens, Kindesentführungen zu verhindern, nicht nur verfassungskonform erscheint; vielmehr ist der Gesetzgeber durch Art. 6 II 2 GG geradezu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die eine Gefährdung des Kindeswohls durch Entführungen verhindern. Gerade aus dem verfassungsmäßigen Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 1 I in Verb. mit Art. 2 I GG) ergibt sich sein Anspruch darauf, daß der Staat es davor schützt, durch eigenmächtige Handlungen eines Elternteils den Kontakt zu dem anderen Elternteil zu verlieren. Die grundsätzliche Annahme der Vertragsstaaten, daß ausgewogene Beziehungen zu beiden Elternteilen für die allgemeine Entwicklung des Kindes förderlicher sind als die Erziehung durch einen Elternteil allein, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Da die Zeit in Entführungsfällen wegen des Einlebens des Kindes in seine neue Umgebung stets für den Entführer arbeitet, ist eine schnelle, effektive Durchsetzung des Rückführungsanspruchs zwingend geboten. Es ist daher aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn die Vertragsstaaten des HKiEntfÜ eine Überprüfung der Gefahren für das Kindeswohl in der geschilderten Weise typisiert und eingeschränkt haben.

Die Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht in Sorgerechtsstreitigkeiten zur Beachtung des Kindeswohls entwickelt hat, lassen sich auf Rückgabeanord-

⁵⁷ Vgl. OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21).

⁵⁸ OLG Hamm 18. 1. 1995 (oben N. 49) S. 9.

nungen nur eingeschränkt anwenden, weil es gerade nicht um das Sorgerecht geht; hierüber soll vielmehr das international zuständige Gericht im Ursprungsstaat entscheiden. Es kann daher von den Gerichten nicht verlangt werden, einerseits dem Übereinkommen zu folgen, indem sie eine schnelle Entscheidung treffen, andererseits aber einen Begründungsaufwand zu treiben, der in der Sache eine Sorgerechtsentscheidung vorwegnehmen würde.

Rechtspolitisch wäre zwar auch der Standpunkt denkbar, daß Kindesentführungen ein unvermeidbares Übel seien und man entführte Kinder am besten dort lasse, wo sie sind, es sei denn, das Kindeswohl gebiete ihre Rückgabe. Wegen der in der Vergangenheit aufgetretenen Unzuträglichkeiten hat der Gesetzgeber aber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise entgegengesetzt entschieden. Das OLG Hamm hat diese Wertung mit einer Begründung nachvollzogen, die mit der bisherigen nationalen und internationalen Rechtsprechung sowie der Lehre in Einklang steht.

e) Ergebnis

Abschließend ergibt sich folgendes Ergebnis: Es mag sein, daß das Kind in casu letztlich bei der Mutter am besten aufgehoben ist und ihr das Sorgerecht übertragen werden sollte. Über diese Frage hatte das OLG Hamm indes nicht zu entscheiden. Es hat bei der Entscheidung über die Rückgabe die von der Mutter vorgebrachten Einwände in ausreichendem Maße gewürdigt und ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, daß ihr eine gemeinsame Rückkehr mit dem Kind zuzumuten ist. Folglich kann sich die Mutter nicht darauf berufen, die drohende Trennung von dem Kind stelle eine schwerwiegende Gefahr im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ dar. Soweit das Kind über Art. 1 I in Verb. mit 2 I GG verfassungsrechtlichen Schutz genießt, ist es durch die Entscheidung des OLG Hamm nicht in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt.

B. Zur Frage, ob die gesamte Vortrags- und Beweislast dem entführenden Elternteil aufgebürdet werden darf

I. Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 I HKiEntfÜ

Aus dem Wortlaut des Art. 13 I HKiEntfÜ ergibt sich eindeutig, daß den entführenden Elternteil die volle Vortrags- und Beweislast für das Vorliegen von Rückführungshindernissen trifft⁵⁹. Hierdurch wird der sonst in Verfahren der

⁵⁹ OGH 24. 4. 1992, ÖJZ 1992, 618; OLG Bamberg 9. 2. 1993, FamRZ 1994, 182 = IPRspr. 1993 Nr. 92; OLG Frankfurt a.M. 2. 2. 1994 (oben N. 19) 1340; OLG Nürnberg 13. 9. 1993 (oben N. 21); AG Darmstadt 22. 7. 1993, FamRZ 1994, 184 = IPRspr. 1993 Nr. 98; *Pérez-Vera* Nr. 114; *Staudinger(-Pirring)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 680 mit weiteren Nachweisen zu un veröffentlichten Entscheidungen; *Böhmer/Siehr (-Siehr)* Rz. 55; Münch. Komm. BGB (-*Siehr*) Art. 19 EGBGB Anh. II Rz. 55; *Christof Böhmer*, Die 14. Haager Konferenz über IPR 1980: *RabelsZ* 46 (1982) 643–663 (649); *Mansel* (oben N. 21) 2177;

Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) durchbrochen⁶⁰. Durch diese Beweislastregelung wollten die Verfasser des Übereinkommens »die Lage der Person, der das Kind entzogen wurde, im Verhältnis zu dem Entführer in ein Gleichgewicht bringen, der im Prinzip den für ihn günstigsten Gerichtsstand wählen konnte«⁶¹.

Diese Regelung wirft verschiedene verfassungsrechtliche Fragen auf: Zum einen ist zu prüfen, ob aufgrund einer grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates (Art. 1 I in Verb. mit 2 I GG; Art. 6 II 2 GG) eine Berücksichtigung schwerwiegender Gefahren für das Kindeswohl von Amts wegen geboten ist. Ferner könnte die in Art. 13 I HKiEntfÜ getroffene Beweislastverteilung gegen den Anspruch des entführenden Elternteils auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) oder gegen sein Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 I in Verb. mit 20 III GG) verstoßen.

1. Grundrechtliche Schutzpflicht

Die Vereinbarkeit der in Art. 13 I HKiEntfÜ getroffenen Beweislastregelung mit den Grundrechten des Kindes wird, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht in Frage gestellt. Die Frage dürfte auch nur von geringer praktischer Bedeutung sein, da der entführende Elternteil in der Regel die Gründe vorträgt, die gegen eine Rückführung des Kindes sprechen. Ein Nachweis der schweren Gefährdung des Kindes wird für entbehrlich gehalten, wenn sie offensichtlich ist und das Gericht zu seiner Überzeugungsbildung der vom Entführer vorgelegten Beweismittel nicht bedarf⁶².

Vordergründig betrachtet, scheint eine Prüfung des Kindeswohls von Amts wegen der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates besser gerecht zu werden als die dem entführenden Elternteil aufgebürdete Nachweispflicht. Für eine Prüfung des Kindeswohls von Amts wegen könnte die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung der Individualität des Kindes als Grundrechtsträger (vgl. hierzu unter A I 1) sprechen. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot könnte die in Art. 13 HKiEntfÜ verankerte Nachweispflicht zuwiderlaufen. Einer näheren Analyse hält dieser Gedankengang aber nicht stand.

Die Annahme der Verfasser des Übereinkommens, eine rasche Rückführung entspreche dem Interesse des Kindes grundsätzlich am besten, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (siehe oben unter A III 3 d). Dieses Ziel kann nur durch ein schnelles Gerichtsverfahren erreicht werden, in dem eine ausführliche Prüfung des Kindeswohls in der Regel nicht durchgeführt wird. Diese muß vielmehr dem international zuständigen Gericht im Staat des ursprünglichen Aufenthalts vorbehalten bleiben. Die Beweislastregelung ist daher

Hüßtege (oben N. 27) 372. Anderer Ansicht wohl das OLG Koblenz in zwei unveröffentlichten Entscheidungen vom 6. 7. 1992 – 11 UF 520/92 und 23. 12. 1992 – 11 UF 1096/92, berichtet bei *Staudinger(-Pirrung)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 680.

⁶⁰ *Staudinger(-Pirrung)* Vor Art. 19 EGBGB Rz. 680; *Böhmer* (vorige Note) 649; *Mansel* (oben N. 21) 2177.

⁶¹ *Pérez-Vera* Nr. 114.

⁶² So *Böhmer* (oben N. 59) 649.

die notwendige Konsequenz aus der internationalen Aufgabenverteilung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat.

Aufwendige Ermittlungen würden das Verfahren verzögern und damit den Zielen des Übereinkommens und dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Durch den Zeitverlust wäre zudem der entführende Elternteil begünstigt, da sich das Kind immer stärker in die neue Umgebung einleben würde. Hinzu kommt, daß der entführende Elternteil sich durch die Entführung den für ihn günstigsten Gerichtsstand aussuchen kann⁶³. Der Elternteil, dem das Kind entzogen wurde, steht hingegen vor der Schwierigkeit, seinen Rückgabeanspruch vor fremden Gerichten durchsetzen zu müssen. Eine Prüfung des Kindeswohls von Amts wegen würde das zwischen den Elternteilen bestehende Ungleichgewicht unberührt lassen, während die in Art. 13 I HKiEntfÜ vorgesehene Nachweispflicht des entführenden Elternteils das prozessuale Kräfteverhältnis der um das Kind ringenden Elternteile insgesamt ausgewogen gestaltet. Nach alledem verletzt die Nachweispflicht dessen, der sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nicht die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Kindeswohl.

2. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG)

Aus Art. 103 I GG ergeben sich nach allgemeiner Meinung keine bestimmten Beweisregeln⁶⁴. Auch unter diesem Aspekt ist Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ daher verfassungsrechtlich unbedenklich.

3. Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 2 I in Verb. mit Art. 20 III GG)

Schließlich könnte fraglich sein, ob die Aufbürdung der gesamten Vortrags- und Beweislast den entführenden Elternteil in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt⁶⁵. Die Nachweispflicht dient jedoch gerade der Herstellung eines prozessualen Kräftegleichgewichts zwischen den Elternteilen (siehe oben unter B I 1). Sie ist daher unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

4. Ergebnis

Art. 13 I HKiEntfÜ ist verfassungsgemäß.

⁶³ Pérez-Vera Nr. 114.

⁶⁴ BVerfG 18. 9. 1952, BVerfGE 1, 418 (429); 14. 12. 1982, BVerfGE 62, 392 (396); Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 21.

⁶⁵ Zu den Grundlagen des Rechts auf ein faires Verfahren siehe Alternativkommentar zum GG² (-Wassermann) (1989) Art. 103 GG Rz. 15 (zitiert: Alt.Komm. [-Wassermann]).

II. Anwendung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ durch das OLG Hamm

Zu prüfen bleibt, ob die Anwendung des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ im Ausgangsverfahren die Mutter in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) verletzt hat.

1. Schutzbereich des Art. 103 I GG

Art. 103 I GG verpflichtet das Gericht dazu, das Vorbringen der Beteiligten zu berücksichtigen, d. h. zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen⁶⁶. Das Gericht muß aber nicht auf jedes Vorbringen der Parteien in den Entscheidungsgründen ausdrücklich eingehen⁶⁷. Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG liegt nur vor, wenn im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, daß tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist⁶⁸. Ein Vorbringen, das aus materiell- oder verfahrensrechtlichen Gründen unerheblich ist, darf unberücksichtigt bleiben⁶⁹. Artikel 103 I GG gewährt keinen Schutz dagegen, daß ein angebotener Beweis aus materiell- oder verfahrensrechtlichen Gründen nicht erhoben wird⁷⁰. Zu beachten ist schließlich, daß die aus Art. 103 I GG abgeleitete Begründungspflicht dem Betroffenen eine sachgerechte Verteidigung ermöglichen soll und daher auf letztinstanzliche Entscheidungen nur eingeschränkt übertragbar ist⁷¹.

2. Die Entscheidung des OLG Hamm

Die Entscheidung des OLG Hamm setzt sich inhaltlich mit den Argumenten auseinander, die die Mutter für eine Gefährdung des Kindeswohls und für eine Unzumutbarkeit ihrer Rückkehr genannt hat. Eine besondere, atypische Gefahrenlage für das Kind hat die Mutter nicht vorgetragen. Die Entführung jüngerer

⁶⁶ BVerfG 30. 10. 1990, BVerfGE 83, 24 (35); Alt.Komm. (-Wassermann) (vorige Note) Art. 103 GG Rz. 20 und 33; Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 18; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz⁸ (1995) Art. 103 GG Rz 3.

⁶⁷ BVerfG 22. 11. 1983, BVerfGE 65, 293 (295f.); 8. 10. 1985, BVerfGE 70, 288 (293); 12. 10. 1988 (oben N. 1) 61; Alt.Komm.(-Wassermann) (oben N. 65) Art. 103 GG Rz. 34; Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 18; Schmidt-Bleibtreu/Klein (vorige Note) Art. 103 GG Rz. 4.

⁶⁸ BVerfG 22. 11. 1983 (vorige Note) 295f.; 12. 10. 1988 (oben N. 1) 61; Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 18.

⁶⁹ BVerfG 15. 2. 1967, BVerfGE 21, 191 (194); 30. 1. 1985, BVerfGE 69, 145 (148); 8. 10. 1985 (oben N. 67) 294; Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 21; Schmidt-Bleibtreu/Klein (oben N. 66) Art. 103 GG Rz. 2.

⁷⁰ BVerfG 25. 3. 1992, BVerfGE 85, 386 (404); Schmidt-Bleibtreu/Klein (oben N. 66) Art. 103 GG Rz. 4.

⁷¹ BVerfG 14. 11. 1989, BVerfGE 81, 97 (106); Jarass/Pieroth(-Pieroth) Art. 103 GG Rz. 22; Schmidt-Bleibtreu/Klein (oben N. 66) Art. 103 GG Rz. 4.

Kinder durch ihre Hauptbezugsperson stellt keine seltene Ausnahme dar, für die eine Abweichung von den in Rückführungsfällen angebrachten summarischen Prüfungsmaßstäben angebracht wäre. Eine Verzögerung des Verfahrens durch die Einholung von Sachverständigengutachten über die Folgen einer Trennung von Mutter und Kind konnte unterbleiben, weil die Mutter nicht überzeugend dargelegt hat, weshalb ihr eine gemeinsame Rückkehr mit dem Kind unzumutbar sei. Den Vortrag der Mutter über ihre Chancen vor einem US-amerikanischen Gericht hat das OLG Hamm zu Recht als unerheblich zurückgewiesen; hierüber mußte also auch kein Beweis erhoben werden. Im übrigen hat das OLG Hamm über die Rückführung gemäß § 8 II des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes vom 5. 4. 1990⁷² letztinstanzlich entschieden, so daß der Umfang seiner Begründungspflicht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingeschränkt war.

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die Mutter mit ihren Einwänden gegen die erzieherischen Qualitäten des Vaters vor dem für die Sorgerechtsentscheidung international zuständigen Gericht in den Vereinigten Staaten gehört werden wird.

3. Ergebnis

Die Entscheidung des OLG Hamm verstößt nicht gegen Art. 103 I GG.

C. Zusammenfassung

Die Verhinderung von Kindesentführungen ist ein verfassungsrechtlich gebotenes und international allgemein akzeptiertes gesetzgeberisches Anliegen. Um dieses Ziel zu erreichen, sieht das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKiEntfÜ) ein schnelles Rückgabeverfahren vor, in dem die spezifischen Gefahren, die bei einer Entführung jüngerer Kinder durch ihre Hauptbezugsperson bestehen, bereits durch die Artt. 12 und 13 I lit. a tatbestandlich erfaßt werden. Durch diese Typisierung der Gefahrentatbestände wird die Rechtsklarheit geschaffen, die eine Voraussetzung für die rasche und international gleichförmige Anwendung des Übereinkommens ist. Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ ist im Lichte des Abkommenszwecks, durch eine rasche Rückführung entführter Kinder generalpräventiv zu wirken, grundsätzlich restriktiv auszulegen. Insbesondere darf die Rückführungsentscheidung nicht die Zuteilung des Sorgerechts vorwegnehmen, die in dem Staat des ursprünglichen Aufenthalts erfolgen soll (Art. 19 HKiEntfÜ). Könnte jeder seelische Nachteil, der dem Kind durch einen erneuten Aufenthaltswechsel droht, eine Versagung der Rückführung rechtfertigen, wäre das Übereinkommen wirkungslos; die Entführung des Kindes würde letztlich belohnt. Artikel 13 I lit. b HKiEntfÜ hat folglich die Funktion eines Auffangtat-

⁷² Gesetz zur Ausführung von Sorgerechtsübereinkommen und zur Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie anderer Gesetze vom 5. 4. 1990, BGBl. I 701.

bestandes, der atypische, schwerwiegende Gefahren für das Kindeswohl erfassen soll, d. h. solche Gefahren, die nicht stets und notwendigerweise mit einer Rückführung des Kindes verbunden sind. Die bei Rückgabe drohende Trennung eines jüngeren Kindes von seiner Hauptbezugsperson – dem entführenden Elternteil – kann nur unter engen Voraussetzungen die schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens im Sinne des Art. 13 I lit. b HKiEntfÜ begründen. Diese Gefahr ist – auch nach der Gerichtspraxis anderer Staaten – insbesondere dann ausgeschlossen, wenn dem entführenden Elternteil die Begleitung des Kindes zumutbar ist.

Das OLG Hamm hat zu Recht im vorliegenden Verfahren eine schwerwiegende Gefahr für das Kind verneint, weil der Mutter die Rückkehr in die Vereinigten Staaten zuzumuten ist. Die Verfassungsbeschwerden erscheinen nach alledem unbegründet.