



---

Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens

Author(s): Jan Kropholler

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Bd. 58, H. 1 (Januar 1994), pp. 1-19

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27877660>

Accessed: 26-02-2024 13:20 +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](mailto: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*

# Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens

Von JAN KROPHOLLER, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Internationale Zuständigkeit . . . . .	3
1. Der Vorbehalt des Art. 3 MSA in Art. 1 . . . . .	3
2. Das Verhältnis von Aufenthalts- und Heimatzuständigkeit . . . . .	4
a) Doppelte Rechtshängigkeit . . . . .	5
b) Abänderung von Schutzmaßnahmen . . . . .	6
c) Zusammenfassung . . . . .	6
3. Mehrstaater . . . . .	7
II. Anwendbares Recht . . . . .	8
1. Schutzmaßnahmen . . . . .	8
2. Ex-lege-Gewaltverhältnisse (Art. 3 MSA) . . . . .	9
III. Behördenzusammenarbeit . . . . .	10
1. Die bisherige Regelung . . . . .	10
2. Die bisherige Praxis . . . . .	11
3. Die Reform . . . . .	12
a) Die Anforderungen des MSA . . . . .	12
b) Die organisatorisch-technische Gestaltung . . . . .	13
IV. Anerkennung und Vollstreckung . . . . .	14
1. Die bisherige Regelung . . . . .	14
a) Anerkennung . . . . .	14
b) Vollstreckung . . . . .	15
2. Die neuen Übereinkommen . . . . .	15
3. Die Reform . . . . .	17
V. Ergebnisse . . . . .	17
Summary: <i>The Hague Convention on the Protection of Minors: Some Reflections on the Need for Reform</i> . . . . .	18

---

\* Der Aufsatz ist aus einem Referat hervorgegangen, das ich als Mitglied der Familienrechtskommission des Deutschen Rates für IPR im April 1993 gehalten habe. Meiner Assistentin Stefanie Boelck danke ich für ihre wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung des Referats.

Diesen Beitrag widme ich in freundschaftlicher Verbundenheit meinem ehemaligen Institutskollegen und langjährigen Gesprächspartner Paul Heinrich Neuhaus zu seinem 80. Geburtstag, den er im März an seinem Alterssitz in Freiburg i. Br. feiern wird. Es läge sicher im Sinne des Jubilars, dem unsere herzlichen Glückwünsche gelten, von seinem Geburtstag öffentlich keine Notiz zu nehmen. Aber angesichts der Verdienste, die er sich im Laufe eines langen Berufslebens um das Institut sowie um diese Zeitschrift und ihre Gegenstände erworben hat, ist das einfach nicht angängig<sup>1</sup>. So möge er mir die dankbare Erwähnung seiner Person an dieser Stelle gütig nachsehen.

Mein erster Kontakt zu Paul Heinrich Neuhaus entstand aus seiner Besprechung meiner Münchener Dissertation über das Haager Abkommen zum Schutz Minderjähriger (MSA)<sup>2</sup>, womit er den Anstoß dazu gab, mich für die Habilitation ins Institut zu holen. Eben dieses Abkommen von 1961<sup>3</sup> steht auch im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen. Freilich geht es heute um einen anderen Aspekt als damals. Während seinerzeit das mit Kompromissen befrachtete Abkommen (über das es – außer den Konferenzberichten – noch keine Literatur gab) in seiner Struktur erklärt und in seinen Auswirkungen auf das deutsche Internationale Privatrecht untersucht werden mußte, soll heute, nahezu dreißig Jahre später, die Notwendigkeit seiner Reform erörtert werden.

Im Haag wird über eine solche Reform bereits seit einigen Jahren nachgedacht. Gemäß einem Beschluß der 16. Haager Konferenz aus dem Jahre 1988, der auf eine Anregung der schweizerischen Delegation zurückging, wurden im Haag zunächst Vorüberlegungen über eine Erweiterung des MSA auf den Schutz Volljähriger angestellt<sup>4</sup>. Im Rahmen der Vorberatungen kam die mit dem künftigen Arbeitsprogramm der Haager Konferenz befaßte Kommission im Jahre 1992 zu dem Ergebnis, eine Spezialkommission solle, bevor man sich dem Schutz Volljähriger zuwende, die Erfahrungen mit dem MSA auswerten und seine Revision erwägen. Gegen das MSA in seiner bisherigen Fassung wurde vor allem eingewendet, es sei zu kompliziert und lege zuviel Gewicht auf die Staatsangehörigkeit, so daß die Staaten des anglo-amerikanischen Rechtssystems von seiner Ratifikation abgehalten worden seien<sup>5</sup>. Auf der

<sup>1</sup> Siehe die Würdigungen zu seinem 60. Geburtstag durch *Dölle*, *RabelsZ* 38 (1974) 297 f. und zu seinem 70. Geburtstag durch *Drobnig*, *RabelsZ* 48 (1984) 196 f.

<sup>2</sup> *Neuhaus*, *RabelsZ* 31 (1967) 576 ff.

<sup>3</sup> Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. 10. 1961, BGBl. 1971 II 219.

<sup>4</sup> Siehe *Conférence de La Haye, Actes et documents de la Seizième Session, 3 au 20 octobre 1988, I: Matières diverses (1991) 34* unter B 3c. Zu dem Thema liegt ein vorläufiges Dokument des Ständigen Büros der Haager Konferenz vor; *Note sur la protection des incapables majeurs, Doc. pré-l. No. 6 (April 1992)*.

<sup>5</sup> In diesem Sinne auch bereits die Ausführungen des schwedischen Delegierten *Hökborg*, *Actes et documents (vorige Note) 261 f.*, sowie des Vertreters des Commonwealth-Sekretariats *McClellan*, ebd. 262.

17. Tagung der Haager Konferenz im Mai 1993 wurde dann beschlossen, die Revision des MSA und seine Erstreckung auf den Schutz Volljähriger zum Gegenstand der 18. Tagung im Jahre 1996 zu machen<sup>6</sup>.

Tatsächlich kann der Ratifikationsstand des auf der 9. Haager Konferenz im Jahre 1960 erarbeiteten MSA nicht befriedigen. Das Übereinkommen ist derzeit für folgende zehn Staaten in Kraft: Deutschland, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, die Schweiz, Spanien und die Türkei<sup>7</sup>. Im Unterschied etwa zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1980<sup>8</sup> zählt bislang kein Staat des Common Law und kein nordischer Staat zu den Vertragsstaaten des MSA. Mit Ausnahme der Schweiz sind ihm also die Länder ferngeblieben, die traditionell dem Wohnsitzprinzip folgen oder sich in neuerer Zeit in diese Richtung orientieren.

Um den Erfolg des MSA zu erhöhen, geht es indes meines Erachtens nicht allein um weitere Konzessionen an die Länder des Domizilprinzips, sondern vor allem um die Beseitigung der Schwächen des Übereinkommens. Einige Schwachpunkte aufzuzeigen und Verbesserungen vorzuschlagen, ist das Anliegen der folgenden Ausführungen. Dagegen soll die geplante Erweiterung des Übereinkommens auf den Schutz Volljähriger, die eigenständige Probleme aufwirft und möglicherweise in einem gesonderten Übereinkommen erfolgen muß, im Rahmen dieses Beitrages nicht behandelt werden.

## I. Internationale Zuständigkeit

Hauptanknüpfungspunkt der Zuständigkeit für Schutzmaßnahmen ist nach Art. 1 der gewöhnliche Aufenthalt des Minderjährigen. Die Vorteile dieser Anknüpfung, die vor allem in den Möglichkeiten des schnellen Eingreifens und der sorgfältigen Erforschung der tatsächlichen Verhältnisse sowie in der einfachen Vollziehung und Überwachung der Schutzmaßnahme liegen, sind heute unbestritten. Problematisch sind demgegenüber die Vorbehalte in Art. 1, das Verhältnis von Aufenthalts- und Heimatzuständigkeit sowie die Behandlung der Mehrstaater.

### 1. Der Vorbehalt des Art. 3 MSA in Art. 1

Der Vorbehalt des Art. 3 über ein nach dem Heimatrecht des Minderjährigen bestehendes Gewaltverhältnis bereitet im Rahmen des Art. 1 erhebliche

<sup>6</sup> Für diese Auskunft danke ich dem deutschen Delegierten Ministerialrat Jörg Pirrung.

<sup>7</sup> So eine Auskunft des Ständigen Büros der Haager Konferenz vom Juni 1993.

<sup>8</sup> Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. 10. 1980, BGBl. 1990 II 207. Siehe zum Ratifikationsstand Fundstellen-nachweis B, Beilage zum BGBl. 1994 II (Stand: 31. 12. 1993).

Verständnisschwierigkeiten. Die Verfasser des Übereinkommens haben es nicht verstanden, ihren Willen über die Bedeutung dieses Vorbehalts deutlich zum Ausdruck zu bringen (möglicherweise waren sie sich über die Tragweite des Vorbehalts auch selbst nicht im klaren). Als Folge dieser Unklarheit sind in Deutschland verschiedene Theorien entstanden<sup>9</sup>: die Anerkennungstheorie, die Heimatrechtstheorie und die Schrankentheorie (die heute weniger vertreten wird).

Die Heimatrechtstheorie, die dem Art. 3 eine Schranke für die Aufenthaltswahlzuständigkeit dann entnimmt, wenn das Heimatrecht des Kindes im konkreten Fall keine Maßnahme vorsieht, ist in der deutschen und in der österreichischen Rechtsprechung herrschend<sup>10</sup>.

Die Anerkennungstheorie, die dem Vorliegen eines ex-lege-Verhältnisses grundsätzlich keine zuständigkeitsbeschränkende Wirkung beimißt, findet sich in der Rechtsprechung der Niederlande und der Schweiz; sie wird auch im deutschen Schrifttum stark vertreten<sup>11</sup>.

Wie immer man zu den Theorien stehen mag, es ist offenkundig, daß die mit dem Übereinkommen erstrebte Rechtseinheit in diesem Punkt nicht erreicht wurde. Auch die gewünschte Einfachheit und Klarheit der Lösungen wurde verfehlt. Zum einen trägt der Theorienstreit als solcher Unsicherheit in die Rechtsanwendung; zum anderen ist die Zuständigkeitsprüfung für diejenigen Gerichte, die der Heimatrechtstheorie folgen, ungewöhnlich erschwert, da sie zunächst ermitteln müssen, ob das ausländische Heimatrecht des Kindes im konkreten Fall Maßnahmen zuläßt. Das autonome deutsche Recht kennt keine dem Art. 3 vergleichbare Einschränkung der internationalen Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts (siehe etwa § 35b I FGG oder § 640a II ZPO).

Bei einer Reform des Übereinkommens bietet es sich an, den Vorbehalt des Art. 3 in Art. 1 zu streichen und damit die Aufenthaltswahlzuständigkeit von einer unklaren und nicht sachgerechten Einschränkung zu befreien.

## 2. Das Verhältnis von Aufenthalts- und Heimatzuständigkeit

Das Verhältnis von Aufenthalts- und Heimatzuständigkeit ist in den Artt. 1, 4 und 8 zwar abgestuft, also differenziert, aber doch nur lückenhaft

<sup>9</sup> Siehe etwa *Oberloskamp*, Haager Minderjährigenschutzabkommen (1983) Art. 1 Rz. 152ff.

<sup>10</sup> BGH 11. 4. 1984, NJW 1984, 2761 = IPRax 1985, 40, Aufsatz *Jayme*, ebd. 23 = IPRspr. 1984 Nr. 81; OGH 15. 11. 1990, IPRax 1992, 106.

<sup>11</sup> Hoge Raad 1. 7. 1982, Ned.Jur. 1983 Nr. 201; BG 24. 11. 1988, BGE 114 II 416. Aus dem deutschen Schrifttum siehe etwa *Kegel*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (1987) 598; Münchener Kommentar zum BGB(-*Siehr*) VII<sup>2</sup>: EGBGB, IPR (1990) Anh. zu Art. 19 EGBGB Rz. 110, 117ff.; *Staudinger(-Kropholler)*, Kommentar zum BGB<sup>12</sup>, EGBGB (1979) Vorbem. zu Art. 18 EGBGB Rz. 408ff.

und nicht restlos überzeugend geregelt. Die in Art. 1 mit Recht an die Spitze gestellte Aufenthaltszuständigkeit steht unter dem Vorbehalt des Art. 4 über die Heimatzuständigkeit. Nach Art. 4 I können die Heimatbehörden eingreifen, wenn sie der Auffassung sind, »daß das Wohl des Minderjährigen es erfordert«, und nachdem sie die Aufenthaltsbehörden verständigt haben. Gemäß Art. 8 schließt Art. 4 es aber nicht aus, daß die Aufenthaltsbehörden bei ernstlicher Gefährdung des Minderjährigen tätig werden und für die notwendigen Maßnahmen sorgen.

Die somit gegebene konkurrierende Zuständigkeit von Aufenthalts- und Heimatbehörde ist meines Erachtens sachgerecht und sollte grundsätzlich erhalten werden. Sie ist auch dem deutschen Recht bekannt (siehe wiederum § 35b I FGG und § 640a II ZPO).

Es lohnt sich aber, über die Ausgestaltung der Konkurrenz im einzelnen neu nachzudenken. Das gilt zum einen für die doppelte Rechtshängigkeit, zum anderen für die Abänderbarkeit der in einem Vertragsstaat getroffenen Entscheidungen.

#### a) Doppelte Rechtshängigkeit

Über die doppelte Rechtshängigkeit fehlt im MSA eine Regelung. Die Folge ist, daß einander widersprechende Entscheidungen in den Vertragsstaaten möglich sind, zumal die in verschiedenen Artikeln vorgesehene Behördenzusammenarbeit bislang nicht zufriedenstellend läuft (Näheres unter IV).

Eine denkbare Lösung besteht darin, die Rechtshängigkeit nach dem Vorbild des Art. 21 EuGVÜ zu regeln<sup>12</sup>. Danach hat das später angerufene Gericht das Verfahren auszusetzen, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht; sobald letzteres der Fall ist, erklärt sich das später angerufene Gericht für unzuständig. Man läßt also das Prioritätsprinzip entscheiden.

Eine andere, meines Erachtens vorzugswürdige Lösungsmöglichkeit liegt darin, den Aufenthaltsgerichten wegen ihrer meist größeren Sachnähe den Vortritt einzuräumen, selbst wenn sie später angerufen wurden. In diesem Sinne löst den Konflikt Art. 7 II des französisch-portugiesischen Abkommens vom 20. 7. 1983, das in Ergänzung zum MSA geschaffen wurde und das in verschiedenen Punkten ein Vorbild für die Reform des MSA sein kann<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Angedeutet von *Pirung*, Sorgerechts- und Adoptionsübereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats: *RabelsZ* 57 (1993) 124–152 (141).

<sup>13</sup> Siehe den Text des Abkommens in *Rev. crit. d.i.p.* 73 (1984) 723ff. Art. 7 II lautet: »Lorsque les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont saisies [...], les autorités de l'autre Etat, même si elles sont déjà saisies, ne font pas usage à l'égard de ce

### b) Abänderung von Schutzmaßnahmen

Über die Abänderung bzw. Ersetzung der in einem Vertragsstaat getroffenen Schutzmaßnahmen durch Maßnahmen in einem anderen Vertragsstaat enthält das MSA ungleiche Regeln, je nachdem, ob die Aufenthalts- oder die Heimatbehörde ersetzend tätig wird.

Die *Heimatbehörde* kann nach Art. 4 I von ihrem sogenannten Evokationsrecht Gebrauch machen, sofern das Kindeswohl es erfordert. Ihre Maßnahme, die gemäß Art. 7 in allen Vertragsstaaten anzuerkennen ist, tritt dann nach Art. 4 IV an die Stelle der Maßnahme der Aufenthaltsbehörde. Eine von der Heimatbehörde angeordnete Maßnahme bleibt gemäß Art. 5 III auch bei einem Aufenthaltswechsel des Minderjährigen in Kraft.

Die Stellung der *Aufenthaltsbehörde* ist demgegenüber schwächer ausgestaltet. Die Aufenthaltsbehörde kann eine Maßnahme der Heimatbehörde nicht gemäß Art. 1 ersetzen, da diese Zuständigkeit unter dem Vorbehalt der Artt. 4 und 5 III steht. Vielmehr gilt die erschwerte Voraussetzung des Art. 8 (ernstliche Gefährdung des Minderjährigen), und eine nach Art. 8 getroffene Maßnahme ist von der Anerkennungspflicht des Art. 7 nicht erfaßt (so ausdrücklich Art. 8 II).

Der geschilderte ungleiche Bestandsschutz von Maßnahmen der Aufenthaltsbehörde und Maßnahmen der Heimatbehörde ist kaum zu rechtfertigen. Das gleiche gilt für den Unterschied in der Anerkennungspflicht bei ersetzenden Maßnahmen.

Anzustreben wäre, die Beschränkungen der Aufenthaltsbehörde für die Aufhebung, Ersetzung oder Änderung der im Heimatstaat getroffenen Maßnahmen zu beseitigen und derartige Maßnahmen der Aufenthaltsbehörde in die Anerkennungspflicht einzubeziehen. Damit würden sich die Vorbehalte der Artt. 4 und 5 III in Art. 1 ebenso erübrigen wie der gesamte Art. 8.

### c) Zusammenfassung

Alles in allem sollte bei einer Reform die Kompetenz der Aufenthaltsbehörden, die aufgrund ihrer Nähe zum Schutzbedürftigen die Lage regelmäßig am besten beurteilen können, ausgebaut und die Kompetenz der Heimatbehörden deutlich als subsidiär gekennzeichnet werden<sup>14</sup>. Die Maßnahmen der Heimatbehörden dürfen zumindest keine stärkeren Wirkungen haben als die der Aufenthaltsbehörden.

Gerade in Deutschland, wo viele ausländische Kinder leben (gegenüber

mineur de la faculté qui leur est ouverte par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 4 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. »

<sup>14</sup> Vgl. auch *Lagarde*, [Anm. zu] Cass. 16. 12. 1986, Rev. crit. d.i.p. 76 (1987) 404 ff. (408): »Le moment ne serait-il pas venu, sinon de renoncer complètement à la compétence des autorités nationales du mineur, du moins de ne retenir cette compétence qu'à titre subsidiaire, pour le cas d'inaction des autorités de L'Etat de la résidence habituelle?«

vergleichsweise wenigen deutschen Kindern im Ausland), sollte ein Interesse daran bestehen, daß die deutschen Aufenthaltsgerichte die erforderlichen Schutzmaßnahmen ohne Einschränkungen zugunsten der Heimatbehörden treffen können und daß diese Maßnahmen in allen Vertragsstaaten anerkannt werden.

### 3. Mehrstaater

Mit der Mehrstaaterproblematik wird ein heikler Punkt berührt, den die Haager Konferenz bisher immer ausgeklammert hat. Es wäre aber erwünscht, daß die Haager Konferenz dieses Problem in ihren künftigen Konventionen angeht und es möglichst im Sinne der Maßgeblichkeit allein der effektiven Staatsangehörigkeit löst. Eine Abweichung von der in den nationalen Rechten anzutreffenden Vorherrschaft jeweils der eigenen Staatsangehörigkeit<sup>15</sup> ist in Staatsverträgen naheliegend. Denn sonst ist die mit diesen Verträgen erstrebte Einigkeit über Zuständigkeit und anwendbares Recht in einem Mehrstaaterfall nicht zu erzielen.

Für die Reform des Minderjährigenschutzabkommens bedeutet das folgende: Hat ein Minderjähriger die Staatsangehörigkeit von zwei oder mehr Vertragsstaaten, so sollte kraft ausdrücklicher Vorschrift nur die Behörde desjenigen Staates die Heimatzuständigkeit in Anspruch nehmen dürfen, zu dem die engste Verbindung besteht. Entscheidet man anders und gewährt in allen Heimatstaaten eine Zuständigkeit, so sind widersprüchliche Entscheidungen und Konflikte im Rahmen der Anerkennungspflicht nach Art. 7 unvermeidlich. Das ist in einigen zum MSA entschiedenen Fällen deutlich geworden.

Beispielsweise hatte der französische Kassationshof einen Fall zu entscheiden, in dem es um das Besuchsrecht der nach Frankreich zurückgekehrten französischen Mutter ging, die in Deutschland von ihrem deutschen Mann geschieden worden war. Die Kinder besaßen neben der deutschen auch die französische Staatsangehörigkeit und hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wo sie ununterbrochen gelebt hatten. Während die deutschen Gerichte der Mutter das Besuchsrecht entzogen hatten, sprachen es ihr die französischen Gerichte wieder zu. Der Kassationshof bejahte die französische Zuständigkeit und die Maßgeblichkeit französischen Rechts aufgrund von Art. 4 MSA (Heimatzuständigkeit)<sup>16</sup>.

In einer kritischen Anmerkung hat Lagarde darauf hingewiesen, daß die Entscheidung im Grunde darauf hinausläuft, die Ziele der Konvention und die Hoffnung auf eine einheitliche Lösung in den Vertragsstaaten wieder

<sup>15</sup> Siehe im deutschen IPR Art. 5 I 2 EGBGB; zur internationalen Zuständigkeit etwa *Kropholler*, Internationales Privatrecht (1990) § 37 II 1c.

<sup>16</sup> Cass. 16. 12. 1986, Rev. crit. d.i.p. 76 (1987) 401.



preiszugeben; denn selbstverständlich werde die französische Entscheidung in Deutschland als dem Staat, mit dem die Kinder durch gewöhnlichen Aufenthalt und effektive Staatsangehörigkeit verbunden sind, nicht anerkannt. Auch die anderen Vertragsstaaten würden ihre aus Art. 7 folgende Anerkennungspflicht wohl nur gegenüber der deutschen, nicht aber gegenüber der französischen Entscheidung bejahen. Unter diesen Umständen hätten die französischen Gerichte besser auf die Beanspruchung einer Zuständigkeit aus Art. 4 verzichtet<sup>17</sup>.

In Österreich wurde (im Anschluß an eine im deutschen und österreichischen Schrifttum stark vertretene Meinung) bereits höchstrichterlich entschieden, daß im Rahmen des Art. 4 im Falle einer mehrfachen Staatsangehörigkeit des Minderjährigen nur die effektive berücksichtigt werden darf, d. h. diejenige, die durch den gewöhnlichen Aufenthalt oder auf sonstige Weise als die wirksamere erscheint<sup>18</sup>. Eine einheitliche Haltung der Vertragsstaaten im Sinne des vom Obersten Gerichtshof zutreffend erkannten Grundsatzes dürfte aber nur zu erreichen sein, wenn die genannte Beschränkung der Heimatzuständigkeit anlässlich der Reform des Übereinkommens ausdrücklich festgelegt wird.

Ebenso sollte in den Normen über das anwendbare Recht, die auf das Heimatrecht verweisen, bei Mehrstaaten im Interesse des internationalen Entscheidungseinklanges die effektive Staatsangehörigkeit entscheiden<sup>19</sup>. Der Vorrang des effektiven Heimatrechts hätte namentlich für Art. 3 zu gelten, wenn dieser Artikel mit seiner Bezugnahme auf das Heimatrecht des Kindes überhaupt bestehen bleiben soll (dazu sogleich unter II 2).

## II. Anwendbares Recht

### 1. Schutzmaßnahmen

Der in Artt. 2 und 4 verankerte Gleichlauf zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht für Schutzmaßnahmen hat sich als praktikable und einfache Lösung bewährt. Die auf der 9. Haager Konferenz für diesen Gleichlauf gegebene Begründung erscheint auch heute noch überzeugend<sup>20</sup>. Für eine Veränderung besteht kein Anlaß.

<sup>17</sup> *Lagarde* (oben N. 14).

<sup>18</sup> OGH 19. 12. 1989, IPRax 1992, 176, Aufsatz *Mottl*, ebd. 178.

<sup>19</sup> In diesem Sinne verweist Art. 8 des (oben N. 13 genannten) französisch-portugiesischen Abkommens für Doppelstaater auf das Recht des Staates »où le mineur a sa résidence habituelle et dont il est ressortissant«.

<sup>20</sup> Vgl. im einzelnen etwa *Staudinger(-Kropholler)* (oben N. 11) Vorbem. zu Art. 18 EGBGB Rz. 456 ff., 572.

## 2. Ex-lege-Gewaltverhältnisse (Art. 3 MSA)

Anders sieht es mit der Regelung der ex-lege-Gewaltverhältnisse in Art. 3 MSA aus. Dieser bestimmt, daß nach dem Heimatrecht des Minderjährigen kraft Gesetzes bestehende Gewaltverhältnisse in allen Vertragsstaaten anzuerkennen sind. Dazu zählen etwa die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern, die elterliche Sorge oder Vormundschaft des überlebenden Elternteils, aber auch die ex lege bestehende elterliche Sorge oder Vormundschaft der Mutter eines nichtehelichen Kindes. Das Übereinkommen unterscheidet – hier wie sonst – mit Recht nicht zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern.

Keine Einigkeit herrscht, ob es dem Sinn und Zweck des Übereinkommens entspricht, dem Art. 3 über seine (oben I 1 geschilderte) Funktion im Rahmen des Art. 1 hinaus kollisionsrechtliche Bedeutung beizumessen. Dann wären als eigenständiger Regelungsgegenstand des MSA nicht nur Schutzmaßnahmen zu sehen, sondern auch die kraft Gesetzes bestehenden Schutzverhältnisse. Während in Deutschland ein erheblicher Teil des Schrifttums der Auffassung ist, der Art. 3 müsse aus dem System der Konvention heraus in diesem weiten Sinne verstanden werden, hat der Bundesgerichtshof unter dem Eindruck der neuen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt in Art. 20 II EGBGB bekanntlich anders entschieden. Danach soll es außerhalb der Anordnung von Schutzmaßnahmen nicht auf Art. 3 ankommen, sondern bei den Regeln des autonomen staatlichen Kollisionsrechts bleiben<sup>21</sup>. In der Schweiz scheint diese Sicht ebenfalls vorzuherrschen<sup>22</sup>.

In Frankreich wird Art. 3 dagegen offenbar überwiegend als eigenständige Kollisionsnorm gesehen, die auch außerhalb eines Maßnahmeverfahrens zu beachten ist<sup>23</sup>. Im österreichischen Schrifttum wird diese Ansicht ebenfalls vertreten<sup>24</sup>.

Eine Reform des MSA sollte dazu benutzt werden, in dieser grundlegenden Frage nach der sachlichen Reichweite des Übereinkommens Klarheit zu schaffen.

Wenn man den Gegenstand des Übereinkommens *de lege ferenda* auf Schutzmaßnahmen begrenzen will, empfiehlt es sich, den Art. 3 zu streichen; denn im Rahmen der Anordnung von Schutzmaßnahmen scheint er eher hinderlich als nützlich (siehe oben I 1).

Wenn man dagegen eine Kollisionsnorm für gesetzliche Schutzverhältnis-

<sup>21</sup> Siehe BGH 2. 5. 1990, BGHZ 111, 199 = IPRax 1991, 254, Aufsatz *Sturm*, ebd. 231 = IPRspr. 1990 Nr. 143 mit weiteren Nachweisen.

<sup>22</sup> Siehe z. B. die Botschaft zum IPR-Gesetz, BBl. 1983 I 375. Anders aber *Bucher*, *Droit international privé suisse* II (1992) Nr. 857 mit weiteren Nachweisen.

<sup>23</sup> *Pons*, *Rev. crit. d.i.p.* 79 (1990) 274, 276; *Droz*, *Rec. des Cours* 229 (1991–IV) 393 N. 762; wohl auch *Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé*<sup>2</sup> II (1983) Nr. 478.

<sup>24</sup> Führend *Schwimann*, *JBl.* 1976, 238; siehe auch *Duchek/Schwind*, *Internationales Privatrecht* (1979) 148.

se, namentlich also für die elterliche Sorge, in der Konvention bereitstellen will, steht die Frage an, ob – wie im bisherigen Art. 3 – an die Staatsangehörigkeit oder aber an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes angeknüpft werden soll. Die Differenzierung des autonomen deutschen IPR danach, ob es sich um eheliche oder nichteheliche Kinder handelt (Artt. 19 II und 20 II EGBGB) dürfte auf dem internationalen Parkett im Haag kaum Anklang finden. Vielmehr scheint es naheliegend, die gesetzlichen Schutzverhältnisse – parallel zu den nach Artt. 1 und 2 angeordneten Maßnahmen – für alle Kinder einheitlich nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes zu beurteilen<sup>25</sup>. Auf die Vorzüge einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wurde in einigen deutschen Entscheidungen, die es abgelehnt haben, in Art. 3 eine allgemeine Kollisionsnorm mit einer Verweisung auf das Heimatrecht des Kindes zu sehen, bereits deutlich hingewiesen<sup>26</sup>.

Es ist indes fraglich, ob ein hinreichend starkes Regelungsbedürfnis für eine einheitliche Kollisionsnorm über gesetzliche Schutzverhältnisse erkennbar ist und ob im Haag ein breiter Konsens zugunsten einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gefunden werden kann. Sonst sollte man es bei der vorgeschlagenen Streichung des Art. 3 bewenden lassen und die Regelung gesetzlicher Schutzverhältnisse dem autonomen Kollisionsrecht entnehmen.

### III. Behördenzusammenarbeit

#### 1. Die bisherige Regelung

Das MSA sieht in mehreren Vorschriften einen internationalen Behördenverkehr zwischen den Vertragsstaaten vor. Nach Art. 4 I dürfen die Heimatbehörden nur tätig werden, nachdem sie die Aufenthaltsbehörden verständigt haben. Eine Verständigungspflicht besteht ferner gemäß Art. 5 II, wenn nach einem Aufenthaltswechsel die Maßnahmen des früheren Aufenthaltsstaates aufgehoben oder ersetzt werden sollen. Nach Art. 6 I können die Heimatbehörden im Einvernehmen mit den Aufenthaltsbehörden diesen die Durchführung der getroffenen Maßnahmen übertragen; die Möglichkeit

<sup>25</sup> Siehe bereits *Kropholler*, Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger<sup>2</sup> (1977) 121.

<sup>26</sup> Vgl. etwa BGH 2. 5. 1990 (oben N. 21), IPRspr. 1990 Nr. 143 S. 284: »Es kommt den praktischen Bedürfnissen und dem Schutz des Rechtsverkehrs entgegen, wenn die am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes in den verschiedenen Lebensverhältnissen auftretenden Fragen des Sorgerechts und der gesetzlichen Vertretung – statt nach dem möglicherweise schwierig zu ermittelnden Heimatrecht – nach dem Aufenthaltsrecht beurteilt werden können.« Siehe ferner etwa BayObLG 15. 3. 1988, BayObLGZ 1988, 76 = IPRax 1988, 304, Aufsatz *Kropholler*, ebd. 285 = IPRspr. 1988 Nr. 123 S. 256; OLG Karlsruhe 29. 6. 1989, StAZ 1989, 352 = IPRspr. 1989 Nr. 159 S. 349.

einer einvernehmlichen Übertragung besteht nach Art. 6 auch gegenüber den Behörden des Staates, in dem der Minderjährige Vermögen besitzt. In Art. 10 ist vor dem Erlaß jeder Schutzmaßnahme ein Meinungsaustausch mit den Behörden der Vertragsstaaten vorgesehen, deren Entscheidungen noch wirksam sind. Schließlich verpflichtet Art. 11 alle Behörden, die aufgrund des Übereinkommens Maßnahmen bereits getroffen haben, dies unverzüglich den Heimatbehörden und gegebenenfalls den Aufenthaltsbehörden mitzuteilen.

Nach Art. 11 II bezeichnet jeder Vertragsstaat die mitteilungspflichtigen und empfangsberechtigten Behörden. In Deutschland sind die zuständigen Gerichte und Jugendämter mitteilungspflichtig und empfangsberechtigt; auch in einigen weiteren Vertragsstaaten wurden für die Zusammenarbeit die Gerichte und Behörden benannt, welche die Schutzmaßnahmen treffen. Andere Vertragsstaaten, wie die Niederlande, Portugal, die Schweiz, Spanien und die Türkei, lassen die Zusammenarbeit über ihr Justizministerium laufen<sup>27</sup>.

## 2. Die bisherige Praxis

Tatsächlich werden die verschiedenen Formen der Behördenzusammenarbeit, die das MSA vorsieht (vorherige Verständigung gemäß Artt. 4 I und 5 II, Auftragszuständigkeit gemäß Art. 6, Meinungsaustausch gemäß Art. 10 und nachträgliche Benachrichtigung gemäß Art. 11 I), in der Praxis kaum befolgt. Nach dem Eindruck des Ständigen Büros der Haager Konferenz ist eine wirkliche Zusammenarbeit der Behörden oder auch nur ein Meinungsaustausch bislang nicht zustande gekommen<sup>28</sup>.

Auch die wohl gründlichste deutsche Untersuchung in diesem Bereich kommt zu dem Ergebnis, daß die im MSA angelegte Behördenzusammenarbeit praktisch regelmäßig nicht stattfindet<sup>29</sup>. Die deutschen Gerichte und Jugendämter beschaffen sich die notwendigen Informationen über die familiäre und soziale Situation der im Ausland befindlichen deutschen Kinder meist nicht durch einen direkten Kontakt zu einer ausländischen Behörde,

<sup>27</sup> Siehe im einzelnen die Übersicht in MünchKomm.(-*Siehr*) (oben N. 11) Anh. zu Art. 19 EGBGB Rz. 377 ff.

<sup>28</sup> Siehe Doc. préI. No. 6 (oben N. 4) 11: »The Permanent Bureau has the impression that the implementation of the Convention has not engendered any real cooperation among the authorities of the Contracting States, or even exchanges of views.«

<sup>29</sup> *Allinger*, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen (1988) 212: »Gespräche des Verfassers mit Familien- und Vormundschaftsrichtern verschiedener deutscher und französischer Gerichte, Richtern zweiter Instanz, Jugendämtern und dem Internationalen Sozialdienst – Deutsche Zweigstelle – in Frankfurt haben gezeigt, daß das vorstehend dargestellte und erläuterte System der Behördenzusammenarbeit in dieser Form in der Praxis nahezu keine Anwendung findet.«

sondern durch Einschaltung der deutschen Zweigstelle des Internationalen Sozialdienstes (ISD)<sup>30</sup>.

Die Zwischenschaltung der privaten Organisation ISD bringt in der Regel offenbar zufriedenstellende Ergebnisse. Es ist aber nicht zu verkennen, daß mit Hilfe des ISD nur eine Zusammenarbeit bei der Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse des Kindes erreicht wird. Ein Meinungsaustausch über die zu ergreifenden Maßnahmen, wie ihn Art. 10 vorsieht, oder die Erfüllung der verschiedenen Verständigungs- bzw. Benachrichtigungspflichten wird damit nicht erreicht.

### 3. Die Reform

Um die Kluft zu verringern, die sich zwischen der anspruchsvollen Regelung des MSA über die Behördenzusammenarbeit und der sich ihr weitgehend verweigernden Praxis auftut, muß zum einen gefragt werden, ob die Anforderungen des MSA zumindest teilweise zurückgenommen werden sollten, zum anderen, ob bessere organisatorisch-technische Voraussetzungen für die Zusammenarbeit geschaffen werden können.

#### a) Die Anforderungen des MSA

Die Anforderungen des MSA scheinen überzogen, soweit Art. 11 alle Behörden, die Maßnahmen aufgrund des Übereinkommens getroffen haben, dazu verpflichtet, die Heimatbehörden und gegebenenfalls die Aufenthaltsbehörden davon nachträglich zu unterrichten. Denn wenn in dem zu benachrichtigenden ausländischen Staat ein weiteres Verfahren in derselben Sache anhängig wird, dürfte die dortige Behörde regelmäßig von einem der Beteiligten von der schon getroffenen Maßnahme erfahren, so daß eine amtswegige Benachrichtigung meist keinen Nutzen bringt.

Besonders zweifelhaft ist die Kosten-Nutzen-Relation, soweit die Aufenthaltsbehörden verpflichtet sind, ihre gemäß Art. 1 getroffenen Maßnahmen den Heimatbehörden der Vertragsstaaten mitzuteilen. Da regelmäßig die Aufenthaltsbehörden tätig werden, muß, wenn man Art. 11 befolgt, beispielsweise aus Deutschland, wo sich derzeit etwa 6,5 Millionen Ausländer

<sup>30</sup> Dazu *Allinger* (vorige Note) 213 N. 1: »Damit entfällt für die deutsche Behörde nicht nur die Sprachbarriere, sondern auch die Notwendigkeit, Aktenauszüge als Ermittlungsgrundlage für die ausländischen Stellen zu fertigen, da die Zusammenarbeit mit dem ISD häufig telefonisch bzw. unter Übersendung des gesamten Aktenmaterials zur Einsicht und entsprechenden Ausarbeitung eines Ermittlungersuchens stattfindet. Die deutsche Zweigstelle des ISD tritt dann in Kontakt mit der Zweigstelle oder sonstigen Verbindungsstellen des ISD in dem entsprechenden Land. Diese wiederum übernehmen die Weitergabe an die zuständigen nationalen Behörden. Die erstellten Gutachten werden dann auf demselben Weg wieder nach Deutschland zurückvermittelt.«

aufhalten, eine Flut von Benachrichtigungen in die Heimatländer geschickt werden. Dieser Aufwand dürfte kaum im rechten Verhältnis zum Nutzen stehen, zumal die Heimatbehörde, wenn sie eingreifen will, gemäß Art. 4 I die Aufenthaltsbehörde vorher verständigen muß und dann von schon getroffenen Maßnahmen erfahren kann.

Insgesamt sollte eine Neuregelung der Behördenzusammenarbeit von dem Erfahrungssatz ausgehen, daß regelmäßig die Aufenthaltsbehörde tätig wird. Der Aufenthaltsbehörde müssen daher möglichst einfache Wege eröffnet werden, in den ausländischen Vertragsstaaten notwendige Informationen einzuholen und sich mit den dortigen Behörden gegebenenfalls abzustimmen. Eine Pflicht, die Heimatbehörde in jedem Fall von getroffenen Maßnahmen zu unterrichten, bringt wenig ein. Statt dessen sollte für die Heimatbehörde, wenn sie ausnahmsweise tätig werden will, ein weitergehender Kontakt mit der Aufenthaltsbehörde vorgesehen werden als die bisherige bloße Verständigungspflicht gemäß Art. 4 I. Ein vorheriger Meinungsaustausch, in den die Aufenthaltsbehörde ihre vor Ort gewonnenen Kenntnisse einbringen kann, dürfte meist sinnvoll sein.

#### b) Die organisatorisch-technische Gestaltung

Hinsichtlich der organisatorisch-technischen Gestaltung der Zusammenarbeit drängt sich die Frage auf, ob die Befolgung der Vorschriften dadurch erleichtert werden kann, daß jeder Vertragsstaat – etwa nach dem Vorbild des Haager Kindesentführungsübereinkommens von 1980 – für die Durchführung eine *zentrale Behörde* bestimmt<sup>31</sup>.

Nach Art. 7 I des Kindesentführungsübereinkommens arbeiten die zentralen Behörden zusammen und fördern die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden ihrer Staaten, um die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen. Zu den Aufgaben der zentralen Behörden gehört es gemäß Art. 7 II lit. d, soweit zweckdienlich, Auskünfte über die soziale Lage des Kindes auszutauschen. Gemäß Art. 24 I werden alle Schriftstücke der zentralen Behörde des ersuchten Staates in der Originalsprache zugesandt; sie müssen aber von einer Übersetzung in die Amtssprache des ersuchten Staates, oder, wenn eine solche Übersetzung nur schwer erhältlich ist, von einer Übersetzung ins Französische oder Englische begleitet sein.

Die Erfahrungen, die mit der Einrichtung von Zentralstellen in den ande-

<sup>31</sup> Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. 10. 1980 (oben N. 8). Siehe ferner Artt. 2ff. des Europäischen Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses vom 20. 5. 1980 [ESÜ], BGBl. 1990 II 220. In Deutschland nimmt die Aufgabe der zentralen Behörde der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof wahr; siehe § 1 des deutschen Ausführungsgesetzes vom 5. 4. 1990, BGBl. I 701.

ren kindschaftsrechtlichen Übereinkommen gemacht wurden, sind offenbar gut<sup>32</sup>. Es liegt deshalb nahe, derartige Zentralstellen auch für die Behördenzusammenarbeit im MSA vorzusehen. Das (oben bei N. 13 erwähnte) französisch-portugiesische Zusatzabkommen zum MSA hat diesen Schritt in seinem Art. 2 bereits vollzogen. Die behördliche Zusammenarbeit zwischen Frankreich und Portugal läuft also schon jetzt über Zentralstellen, wobei sich jede zentrale Behörde grundsätzlich in der Sprache des eigenen Landes äußert<sup>33</sup>.

Wenn das MSA die Einschaltung von Zentralstellen in die Behördenzusammenarbeit vorsähe, hätte dies unter anderem den Vorteil, daß den Behörden aller Vertragsstaaten klar wäre, an welche Stelle sie sich zu wenden haben, und daß die Sprachbarriere, die einem unmittelbaren Verkehr zwischen Gerichten verschiedensprachiger Länder meist im Wege steht, auf eine vorgegebene Weise überwunden werden könnte. Damit wären wesentliche Voraussetzungen erfüllt, um die Behörden von ihrer Zurückhaltung abzubringen und eine Regelung, die bislang nur auf dem Papier steht, zum Leben zu erwecken.

#### IV. Anerkennung und Vollstreckung

##### 1. Die bisherige Regelung

Das MSA normiert die Anerkennung und Vollstreckung in seinem Art. 7.

###### a) Anerkennung

Nach Art. 7 Satz 1 sind alle Vertragsstaaten zur Anerkennung der Maßnahmen verpflichtet, welche die nach dem Übereinkommen zuständigen Behörden getroffen haben; keine Anerkennungspflicht besteht ausnahmsweise, wenn eine Behörde aufgrund von Art. 8 (Gefährdungszuständigkeit) oder von Art. 15 (Scheidungszuständigkeit) gehandelt hat (so Artt. 8 II und 15 II). Die Anerkennungspflicht sollte – entgegen dem Wortlaut des Art. 7 Satz 1 (»die nach den *vorstehenden* Artikeln zuständigen Behörden«) – auch für die Eilmaßnahmen des Art. 9 bejaht werden; insofern scheint ein Redaktionsversehen zu bestehen, das anlässlich der Revision des Übereinkommens beseitigt werden sollte. Es ist darauf zurückzuführen, daß die Norm über die Eilzuständigkeit im Vorentwurf zum MSA noch *vor* der Anerkennungsvorschrift rangierte<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> *Pirrung* (oben N. 12) 136.

<sup>33</sup> Art. 5 lautet: »Les autorités centrales utilisent leur langue nationale pour communiquer entre elles. Elles se transmettent, le cas échéant, les demandes de traduction de pièces émanant des autorités judiciaires de l'Etat requis.«

<sup>34</sup> So der Bericht *von Steiger*, Conférence de La Haye, Actes et documents de la Neuvième Session, 5 au 26 octobre 1960, IV: Protection des mineurs (1961) 235 sub c.

Nicht ganz eindeutig ist, ob die Anerkennungspflicht für eine Maßnahme der Heimatbehörde entfällt, wenn die Heimatbehörde ihre Verständigungspflicht gemäß Art. 4 I nicht erfüllt hat. Überwiegend wird dies grundsätzlich bejaht, wenn auch mit Einschränkungen<sup>35</sup>. Die Folgen einer unterbliebenen Behördenzusammenarbeit für die Anerkennungspflicht sollten bei einer Reform des MSA benannt werden.

Neben dem Fehlen einer Zuständigkeit aufgrund des Übereinkommens bildet der *ordre public* (Art. 16) die einzige Schranke der Anerkennung. Auffällig ist, daß die aus anderen Staatsverträgen und dem autonomen deutschen Recht bekannten Anerkennungshindernisse des fehlenden rechtlichen Gehörs und der Unvereinbarkeit mit einer inländischen oder anzuerkennenden früheren ausländischen Entscheidung im Text des MSA nicht genannt sind. Der *ordre public* wird dadurch meines Erachtens überfrachtet.

#### b) Vollstreckung

Keine Verpflichtung enthält das Übereinkommen für die Vollstreckung fremder Schutzmaßnahmen. Für den Fall, daß eine Vollstreckung in einem anderen Vertragsstaat erforderlich ist, verweist Art. 7 Satz 2 für die Anerkennung und Vollstreckung auf das innerstaatliche Recht des Vollstreckungsstaates bzw. auf sonstige Staatsverträge. Nicht nur die Vollstreckung vollzieht sich also außerhalb des MSA, sondern Art. 7 Satz 2 entzieht dem Abkommen im Falle einer notwendigen Vollstreckung auch die Anerkennung der Schutzmaßnahme. Das ist nach dem Wortlaut des Art. 7 Satz 2 und nach seiner Entstehungsgeschichte eindeutig<sup>36</sup>.

Das Fehlen einer Regelung über die Vollstreckung von Schutzmaßnahmen stellt eine Lücke in der Konvention dar. Eine Verpflichtung, ausländische Schutzmaßnahmen zu vollstrecken, war im Rahmen des MSA seinerzeit aber offenbar nicht erreichbar<sup>37</sup>.

## 2. Die neuen Übereinkommen

Zwischenzeitlich wurde die im MSA bestehende Lücke durch die beiden (oben N. 31 erwähnten) Übereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats aus dem Jahre 1980 zu einem wesentlichen Teil geschlossen.

<sup>35</sup> Vgl. etwa *Kropholler* (oben N. 25) 85: Die Verständigung ist nachholbar. Münch-Komm. (-*Stehr*) (oben N. 11) Anh. zu Art. 19 EGBGB Rz. 280: Es sollte trotz des genannten Grundsatzes »großzügig verfahren werden und die Anerkennung nicht allein am Mangel der Verständigung scheitern, wenn die ausländische Schutzmaßnahme sinnvoll ist«.

<sup>36</sup> Siehe *von Steiger* (oben N. 34) 233.

<sup>37</sup> Der deutsche Delegierte *Ferid* spricht in seinem Bericht über die 9. Haager Konferenz davon, die Konvention habe »begrifflicher Weise kein eigenes System der Vollstreckbarkeitswirkungen aufstellen« können; *Ferid*, *RabelsZ* 27 (1962/63) 445.



Beide Übereinkommen gelten in allen Vertragsstaaten des MSA (mit Ausnahme der Türkei) und außerdem in zahlreichen weiteren Staaten<sup>38</sup>.

Das *Haager Kindesentführungsübereinkommen* von 1980 ist nach seinem Regelungsgelt zwar kein Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen, sondern es ist mit seinem entformalisierten Schnellverfahren zur Rückführung des Kindes eher der internationalen Rechtshilfe zuzuordnen<sup>39</sup>. In der Praxis hat sich dieses Übereinkommen, das gemäß seinem Art. 34 dem MSA vorgeht, aber jedenfalls als wirksames Instrument zur Rückführung entführter Kinder erwiesen, so daß der Ertrag einer etwaigen Vollstreckungsregelung im MSA für die besonders brisanten Fälle der Kindesentführung gering sein dürfte.

Das *Europäische Sorgerechtsübereinkommen* (ESÜ) von 1980 ist – anders als das Haager Kindesentführungsübereinkommen – wirklich ein Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen auf dem Gebiet des Sorgerechts. Allerdings ist die Anerkennungsregelung seiner Artt. 8–10, die unter anderem danach differenziert, ob der Antrag innerhalb von sechs Monaten nach einem »unzulässigen Verbringen« des Minderjährigen gestellt wird, recht unübersichtlich und kompliziert. Die Unübersichtlichkeit wird durch die nach Art. 17 zulässigen Vorbehalte noch erhöht.

Zwar führt die Anerkennung – im Unterschied zu Art. 7 MSA – gemäß Art. 7 ESÜ auch zur Vollstreckbarerklärung im Anerkennungsstaat, sofern die Sorgerechtsentscheidung im Ursprungsstaat vollstreckbar ist. Doch ist die Anerkennungsregelung, da es sich bei dem Europäischen Übereinkommen um einen von den Haager Konventionen unabhängigen Staatsvertrag handelt, naturgemäß nicht genau auf das MSA abgestimmt, und sie ist auch inhaltlich nicht durchweg überzeugend<sup>40</sup>.

Die mangelnde Abstimmung zeigt sich beispielsweise in der Regelung der indirekten Zuständigkeit in Art. 9 I lit. b, die von der Zuständigkeitsordnung des MSA deutlich abweicht. Nicht unbedenklich ist, daß Anerkennung und Vollstreckung gemäß Art. 10 I lit. b versagt werden können, wenn aufgrund einer Änderung der Verhältnisse die Wirkungen der ursprünglichen Entscheidung offensichtlich nicht mehr dem Wohl des Kindes entsprechen. Diesen Versagungsgrund kann man im Sinne einer bloßen Konkretisierung der Vorbehaltsklausel des *ordre public* eng auffassen; man kann ihn wegen seiner Unbestimmtheit aber auch als Aufforderung an das Vollstreckungsgerecht deuten, die Entscheidung am Wohl des Kindes zu überprüfen, und dann kommt er einer unerwünschten *révision au fond* gefährlich nahe.

*Insgesamt* lassen die beiden Übereinkommen von 1980 die Einfügung einer Anerkennungs- und Vollstreckungsregelung in das MSA, soweit Kindesentführungen in Rede stehen, nicht mehr als vordringlich erscheinen. Das

<sup>38</sup> Siehe die Übersicht bei *Pirring* (oben N. 12) 154.

<sup>39</sup> *Böhmer*, *RabelsZ* 46 (1982) 646.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Pirring* (oben N. 12) 137.

Europäische Sorgerechtsübereinkommen ist aber nicht genau auf das Minderjährigenschutzabkommen zugeschnitten, und seine unübersichtliche und nicht in allen Punkten gelungene Anerkennungs- und Vollstreckungsregelung erscheint verbesserungsfähig.

### 3. Die Reform

Eine reformierte *Anerkennungsvorschrift* im MSA könnte die (unter 1 ange deuteten) Schwächen und Unklarheiten der bisherigen Norm beseitigen und sich hinsichtlich der bislang vernachlässigten Fragen des rechtlichen Gehörs und der Unvereinbarkeit mehrerer Entscheidungen an schon bestehenden Anerkennungsregelungen orientieren, beispielsweise an den Bestimmungen des Art. 27 Nr. 2, 3 und 5 EuGVÜ und des § 16a Nr. 2 und 3 FGG.

Darüber hinaus wäre es möglich, die in das Europäische Sorgerechtsübereinkommen gleichsam ausgelagerte *Vollstreckbarkeitsregelung* wieder in das MSA zu integrieren, sie auf die sonstigen Vorschriften des MSA abzustimmen und auf alle Schutzmaßnahmen zu erstrecken. Als besonderes Erfordernis für eine Vollstreckbarerklärung wäre neben dem Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen vorzusehen, daß die Entscheidung im Ursprungsstaat vollstreckbar ist<sup>41</sup>. Für das Verfahren der Vollstreckbarerklärung liefern die Artt. 13, 14 ESÜ Vorbilder. Die Ausgestaltung der Einzelheiten könnte den staatlichen Ausführungsgesetzen überlassen bleiben<sup>42</sup>. Speziell für die Kindesentführung sollte der Vorrang des Haager Übereinkommens von 1980 nicht angetastet werden.

## V. Ergebnisse

Das Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 zeigt sich in mehreren Punkten reformbedürftig.

1. Die *internationale Zuständigkeit* der Behörden des Staates, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sollte von unsachgemäßen Einschränkungen befreit werden. So sollten die in Art. 1 MSA enthaltenen Vorbehalte entfallen, welche die Aufenthaltszuständigkeit einschränken. Das gilt namentlich für den Vorbehalt des Art. 3, wonach ein nach dem Heimatrecht des Minderjährigen kraft Gesetzes bestehendes Gewaltverhältnis anzuerkennen ist. Aber auch die in Art. 1 bestehenden Vorbehalte zugunsten von Maßnahmen der Heimatbehörden (Artt. 4 und 5 III) erscheinen de

<sup>41</sup> So auch Art. 7 ESÜ; vgl. ferner Art. 11 des (oben N. 13 genannten) französisch-portugiesischen Abkommens, wo die Vollstreckung einschließlich detaillierter Anerkennungs voraussetzungen bereits geregelt ist.

<sup>42</sup> Vgl. zum ESÜ den § 7 des deutschen Ausführungsgesetzes vom 5. 4. 1990 (oben N. 31).

lege ferenda nicht sinnvoll. Die Kompetenz der Heimatbehörden sollte deutlich als subsidiär gekennzeichnet werden. Demgemäß sollte bei doppelter Rechtshängigkeit im Aufenthalts- und Heimatstaat der Aufenthaltsbehörde wegen ihrer größeren Sachnähe der Vortritt gebühren. Auch besteht kein Anlaß, Maßnahmen der Heimatbehörden in den anderen Vertragsstaaten einen höheren Bestandsschutz zu gewähren als Maßnahmen der Aufenthaltsbehörden.

2. Die *Mehrstaaterproblematik* sollte im Interesse des internationalen Entscheidungseinklanges im Sinne der Maßgeblichkeit allein der effektiven Staatsangehörigkeit gelöst werden.

3. Der Art. 3 über *kraft Gesetzes bestehende Gewaltverhältnisse* ist zu streichen, wenn Regelungsgegenstand des Übereinkommens nur Schutzmaßnahmen und nicht auch kraft Gesetzes bestehende Schutzverhältnisse, wie die elterliche Sorge, sein sollen. Wenn das Übereinkommen dagegen so weit gehen will, eine Kollisionsnorm für gesetzliche Schutzverhältnisse bereitzustellen, liegt es nahe, als Anknüpfungspunkt den gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen statt der Staatsangehörigkeit zu wählen.

4. Die Anforderungen des Übereinkommens an die *Behördenzusammenarbeit* erscheinen teilweise überzogen. Eine Neuregelung muß den Erfahrungssatz stärker berücksichtigen, daß die Aufenthaltsbehörde aufgrund ihrer Sachnähe für ein Eingreifen am besten qualifiziert ist und daß sie regelmäßig auch tätig wird. Das derzeit bestehende Defizit in der Befolgung der Regeln über die Behördenzusammenarbeit läßt sich durch die Einschaltung von *Zentralstellen* nach dem Vorbild des Haager Kindesentführungsübereinkommens von 1980 verringern.

5. Die rudimentäre und lückenhafte Regelung des Art. 7 über die *Anerkennung und Vollstreckung* von Schutzmaßnahmen ist auszubauen.

### Summary

#### THE HAGUE CONVENTION ON THE PROTECTION OF MINORS: SOME REFLECTIONS ON THE NEED FOR REFORM

The Hague Convention on the Protection of Minors of 1961 is in need of reform in a number of respects.

1. The *jurisdiction* of the authorities of the state in which the minor has his habitual residence (art. 1) should be freed from inappropriate limitations. The proviso requiring the recognition of a protective relationship existing under the law of the minor's home country (art. 3) and the proviso giving precedence to measures taken by home authorities (arts. 4 and 5 para. 3) do not represent sensible policy and should be abandoned. It should be made clear that home authorities have only a subsidiary jurisdiction. Because of its greater proximity to the case, the authority of the habitual residence should have priority if a case is pending simultaneously before it and before the home

authority. There is no reason why other contracting states should give precedence to measures taken by home authorities over those taken by authorities of the place of residence.

2. The *problem posed by multiple nationality* should, in the interest of international harmony of decision-making, be resolved by giving priority to the country with which the minor has the closest connection.

3. If the scope of the Convention is meant to be limited to protective measures, it follows that art. 3 concerning *protective relationships established by law* should be abolished altogether. Should, however, a choice of law rule for legally established protective relationships be wanted, then, in the submission of the author, the connecting factor to choose would be the habitual residence of the minor and not his nationality.

4. Some of the requirements of *cooperation between authorities* contained in the Convention seem unrealistic. A revision should take account of the common experience that the authorities in the place of residence are usually the ones which take action. The present reluctance to apply the rules calling for cooperation may be counteracted by organizing *central authorities* on the model of the Hague Convention of 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

5. Article 7 concerning the *recognition and execution* of orders for protective measures is rudimentary and incomplete and should be improved.