

4  
11

Oktober

Seiten 69–92

**FamRB**  
**international**

Informationsdienst  
für die familienrechtliche Praxis

## Rechtsprechung

---

### Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- ▀ Vereinbarung der Gütertrennung auf Mauritius

### Ehetrennung und -scheidung

- ▀ Personal- und Scheidungsstatut für in Deutschland aufgenommene Kontingentflüchtlinge

### Kindschaftssachen

- ▀ Sorgerechtserklärung für ungeborenes Kind bei grenzüberschreitendem Umzug vor der Geburt
- ▀ Rückführung eines Kindes nach Australien

### Personenstandsrecht

- ▀ Beurkundung einer gleichgeschlechtlichen Ehe nach ausländischem Recht im deutschen Personenstandsregister

## FamRBint-Beratungspraxis

---

### Aktuelle Praxisfragen

- Haager Übereinkommen zur internationalen Kindesentführung – Nachträge und Ergänzungen *Finger*
- Polen hat sich ein neues IPR gegeben *Schulze*

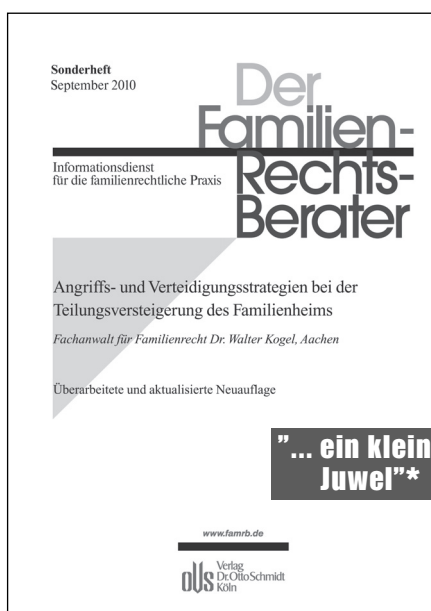
[www.famrb.de](http://www.famrb.de)

**obs** Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

# ... und zum Dritten!

Das wenig vertraute Gebiet der Teilungsversteigerung birgt für den Anwalt eine Vielzahl von **Regressgefahren**, wenn bestimmte Grundregeln nicht beachtet werden. Andererseits eröffnet es durch die gesetzlich vorgesehene zwangsweise Auseinandersetzung des Miteigentums am Familienheim die Möglichkeit, ein für den Mandanten günstiges Ergebnis zu erreichen.

In diesem FamRB-Sonderheft, das nun in völlig überarbeiteter und aktualisierter Neuauflage vorgelegt wird, stellt der Autor den typischen Ablauf eines Versteigerungsverfahrens dar. Anhand von **Beispielfällen** werden – jeweils aus Sicht des Antragstellers oder Antragsgegners – die **Verfahrenstaktik** dargelegt und **strategische Hinweise** sowie Vorschläge zu **Verfahrensanträgen** gegeben.



\* Notar Dr. Christof Münch in FamRZ 14/2009

Die Darstellung berücksichtigt die neue Rechtslage nach Inkrafttreten des **FamFG** und der **Güterrechtsreform** zum 1.9.2009. Sie erläutert die durch den neuen § 1568a BGB geschaffene Option, ein **Mietvertragsverhältnis** zu begründen und hierdurch eine wesentlich günstigere Rechtsposition für den Besitzer zu erreichen. Eingearbeitet ist die neueste BGH-Rechtsprechung, insbesondere zur **Erlösverteilung**. Aufgezeigt werden zudem die taktischen Möglichkeiten einer Wertermittlung vor Einleitung der Teilungsversteigerung durch das in diesem Zusammenhang bislang nahezu ungenutzte Verfahren der **selbständigen Beweiserhebung**.

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----- ✂

**Ja, ich bestelle:** „Angriffs- und Verteidigungsstrategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims“, Sonderheft des Familien-Rechts-Beraters, überarbeitete und aktualisierte Neuauflage 2010, 44 Seiten DIN A4, ISBN 978-3-504-06315-3

16,90 € für Abonnenten des Familien-Rechts-Beraters

24,90 €

Name

Telefon

Telefax

Straße

PLZ / Ort

Datum / Unterschrift

8/10

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

## In diesem Heft

FamRB online über [www.famrb.de](http://www.famrb.de)

**Benutzername:** FamRB

**Passwort:** online

### Rechtsprechung

#### Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- ▶ Vereinbarung der Gütertrennung auf Mauritius  
 BGH, Urt. v. 13.7.2011 – XII ZR 48/09 69

#### Ehetrennung und -scheidung

- ▶ Personal- und Scheidungsstatut für in Deutschland aufgenommene Kontingentflüchtlinge  
 OLG Celle, Beschl. v. 20.7.2011 – 10 WF 219/11 70
- ▶ Ausländische Anrechte und Ausgleichssperre nach § 19 Abs. 3 VersAusglG  
 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.5.2011 – 6 UF 60/11 71
- ▶ Ausländische Anrechte im Versorgungsausgleich  
 OLG Celle, Beschl. v. 4.5.2011 – 10 UF 147/10 72

#### Kindschaftssachen

- ▶ Sorgerechtsklärung für ungeborenes Kind bei grenzüberschreitendem Umzug vor der Geburt  
 KG, Beschl. v. 27.6.2011 – 16 UF 124/11 73
- ▶ Rückführung eines Kindes nach Australien  
 OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.6.2011 – 17 UF 150/11 74
- ▶ Anwendung des KSÜ in Deutschland seit 1.1.2011 auch in zuvor eingeleiteten Verfahren  
 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 1.4.2011 – 6 UF 6/11 75

#### Personenstandsrecht

- ▶ Beurkundung einer gleichgeschlechtlichen Ehe nach ausländischem Recht im deutschen Personenstandsregister  
 OLG München, Beschl. v. 6.7.2011 – 31 Wx 103/11  
 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.3.2011 – 3 W 170/10 76

#### Ausländerrecht

- ▶ Erteilung eines Einreisevisums zum Zweck der Adoption  
 BVerwG, Urt. v. 26.10.2010 – 1 C 16.09 78

### FamRBint-Beratungspraxis

#### Aktuelle Praxisfragen

*FAFamR Privat-Dozent Dr. Peter Finger, Frankfurt/M.*

- **Haager Übereinkommen zur internationalen Kindesentführung – Nachträge und Ergänzungen** 80
- RA Ulrich W. Schulze, Berlin*
- **Polen hat sich ein neues IPR gegeben** 88

### FamRBintinformativ

- **Aktuelles in Kürze** 92

### FamRBintaktuell

Neueste Entscheidungen vorab

V

  
 Verlag  
 Dr. Otto Schmidt  
 Köln

# Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben.



Hält man den Vollstreckungstitel endlich in Händen, heißt es: schnell sein! Wie Sie und Ihre Mitarbeiter dann am besten vorgehen, steht in diesem Buch. In über 200 verlässlich formulierten Mustern und Anträgen für praktisch jeden denkbaren Fall der Forderungs- und Rechtspfändung. Alphabetisch geordnet, ausführlich und verständlich erläutert, auf dem neuesten Stand und auf CD, für die direkte Weiterverarbeitung am PC. Am besten gleich bestellen. Sie wissen ja: Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben. Leseprobe? [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

----- **Bestellschein Fax (02 21) 9 37 38-9 43** ----- ✂

**Ja, ich bestelle** mit 14-tägigem Rückgaberecht **Diepold/Hintzen Musteranträge für Pfändung und Überweisung 9.**, komplett überarbeitete Auflage 2011, 569 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD 79,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-47130-9

Name \_\_\_\_\_

Straße \_\_\_\_\_

PLZ \_\_\_\_\_

Ort \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_

Unterschrift \_\_\_\_\_

04/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

## Impressum

**Redaktion:** Peter Marqua (verantw. Redakteur) · Ursula Beckers-Baader (Redakteurin) · Leticia Seidl (Redaktionsassistentin), E-Mail: famrb@otto-schmidt.de


**Redaktionsbeirat:** RA FAFamR Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, Frankfurt a.M. · VorsRiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart

**Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:** RiAG Doris Block, Berlin-Schöneberg · RiBGH Dr. Frank Klinkhammer, Karlsruhe · RA Roland Kugler, Stuttgart · Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen · RA Dr. Reinhard Marx, Frankfurt a.M. · Ri und Lehrbeauftragte Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte, LL.M. Berkeley, Düsseldorf/Mannheim · RAin FAFamR Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens, Potsdam · Dr. Andrea Schulz, LL.M., Zentrale Behörde für internationale Kinderschutzangelegenheiten, Bonn · VorsRiLG Martin Streicher, Tübingen · RiOLG Mallory Völker, Saarbrücken

**Verlag:** Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

**Anzeigenleitung:** Thorsten Deuse, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Telefon 02 21/ 9 37 38-4 23, Fax 02 21/9 37 38-9 42, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de, gültig ist die Preisliste 9 vom 1.1.2011.

**Satz:** Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

**Druck:** rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen. Förderung nachhaltiger Waldbewirtschaftung und Recycling – nähere Informationen unter [www.pefc.org](http://www.pefc.org). Dieses Produkt wurde auf PEFC-zertifizierten Papieren produziert. PEFC/04-31-0829. 

**Erscheinungsweise:** Zum Anfang des ersten Quartalsmonats als Beilage zum FamRB.

**Bezugspreis:** Der Bezugspreis des FamRBint ist im Bezugspreis des FamRB (169,- €) enthalten.

**Bestellungen:** FamRBint kann nur im Rahmen eines FamRB-Abonnements bezogen werden. Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag (Vertrieb/Abonnementsverwaltung, Tel. 0221/9 37 38-499, Fax -943). Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

## Rechtsprechung

### Eheliches Güter- und Vermögensrecht

#### ▀ Vereinbarung der Gütertrennung auf Mauritius

**Vereinbaren Ehegatten vor dem Standesbeamten in Mauritius, dass sie den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung wählen, so gilt – wenn sich das Güterrechtsstatut nach deutschem Recht bestimmt – diese Vereinbarung auch als Gütertrennung im Sinne des deutschen Rechts.**

BGH, Urt. v. 13.7.2011 – XII ZR 48/09  
(OLG Köln – II-4 UF 135/08)  
EGBGB Artt. 11, 15  
*FiE-00323*

**Das Problem:** Ein deutscher Staatsangehöriger schloss mit einer mauritischen Staatsangehörigen vor dem Standesbeamten in Mauritius die Ehe. Zu diesem Zeitpunkt hatten beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. In der Heiratsurkunde ist vermerkt, dass die Ehegatten im Güterstand des Legal system of separation of goods (*régime légal de séparation de biens*) leben wollen. Nach dem Recht von Mauritius können die Ehegatten entweder den gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft oder den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung oder einen anderen Güterstand wählen. Die Vereinbarung eines anderen Güterstands erfolgt durch einen notariell beurkundeten Ehevertrag. Geben die Ehegatten bei Eheschließung keine Erklärung ab und haben sie keinen Ehevertrag geschlossen, so gilt die Gütergemeinschaft als gesetzlicher Güterstand. Die Eheschließenden können vor dem Standesbeamten aber auch erklären, dass sie den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung vereinbaren.

Die Ehefrau begehrt vor einem deutschen Familiengericht Auskunft im Zugewinnausgleichsverfahren. Dieses Begehren hat jedoch nur dann Erfolg, wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des deutschen Rechts leben. Es stellt sich daher die Frage, wie die Vereinbarung vor dem mauritischen Standesbeamten aus kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Sicht einzuordnen ist.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Nach Ansicht des BGH galt für die Ehegatten das deutsche Güterrecht (Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Nahe lag zwar die Annahme, dass die Ehegatten (stillschweigend) das Recht von Mauritius gewählt haben (Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB). Hinsichtlich der Form des Rechtswahlvertrags gilt Art. 15 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 Satz 2 EGBGB: Es genügt die Einhaltung der Ortsform (*Ludwig* in *JurisPK*, Art. 14 EGBGB Rz. 69). Das Gericht be-

gnügt sich jedoch mit dem einfachen Satz, dass die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen haben.

Auf materiell-rechtlicher Ebene stellt sich die Frage, ob die Ehegatten durch die Erklärung gegenüber dem Standesbeamten in Mauritius den Güterstand der Gütertrennung im Sinne des deutschen Rechts vereinbart haben. Da die Ehegatten die dazu erforderlichen Willenserklärungen im Zusammenhang mit einer Eheschließung in Mauritius vor dem dortigen Standesbeamten abgegeben und sich an dem Güterrecht von Mauritius orientiert haben, liegt ein Fall des sog. Handelns unter falschem (fremdem) Recht vor. Eine ehevertragliche Vereinbarung zum Güterrecht setzt nach dem BGH (Tz. 10) zwei übereinstimmende Willenserklärungen der (künftigen) Ehegatten voraus, rechtsverbindlich die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu gestalten. Davon geht der BGH aus, weil die Ehegatten bereits bei der Aufgebotsbestellung über die Möglichkeiten der Bestimmung des Güterrechts informiert werden und ein gedrucktes Erläuterungsblatt erhalten. Bei der Eheschließung fragt der Standesbeamte, welchen der beiden gesetzlichen Güterstände sie wählen oder ob sie einen Ehevertrag geschlossen hätten. Die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens, einen Ehevertrag zu schließen, wie es das deutsche Recht voraussetzt, hätte jedoch einer näheren Begründung bedurft. Offenbar hatten die Ehegatten ihren dauerhaften Wohnsitz vor und nach der Eheschließung in Deutschland und sind lediglich zur Eheschließung nach Mauritius gereist. Aus ihrer Sicht stellt sich die Sachlage folgendermaßen dar: Im Zusammenhang mit der Eheschließung müssen sie dem Standesbeamten angeben, welches Güterrecht für ihre Ehe gelten solle. Mauritische Recht wollten sie aber wohl nicht bestimmen (davon geht jedenfalls der BGH in seiner Entscheidung – Tz. 7 – aus). Sie mussten also offenbar davon ausgehen, dass das deutsche Recht für sie gilt. Warum sie dann vor dem Standesbeamten in Mauritius ihre güterrechtlichen Verhältnisse nach deutschem Recht regeln wollten, bedürfte einer näheren Begründung. Der Wille der Ehegatten könnte auch lediglich darauf gerichtet gewesen sein, den gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach mauritischem Recht abzulehnen (auch wenn Art. 1400 Code civil von einer Option für den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung spricht); dadurch gilt der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung. Daraus den Willen der (künftigen) Ehegatten abzuleiten, positiv den Güterstand der Gütertrennung vereinbaren zu wollen, ist nicht zwingend.

Nachdem der BGH den rechtsgeschäftlichen Willen zur Vereinbarung der Gütertrennung nach mauritischem Recht festgestellt hat, legt er dar, dass dieser Güterstand mit einer Gütertrennung nach deutschem Recht vergleichbar ist. Jeder Ehegatte behalte nach mauritischem Recht die Verwaltung, Nutzung und freie Verfügungs-

## Ehetrennung und -scheidung

befugnis über seine persönlichen Güter. Jeder Ehegatte hatte für die Schulden, die er vor oder während der Ehe eingegangen ist, allein. Dies erfülle die prägenden Merkmale einer Gütertrennung nach deutschem Recht.

Der Ehevertrag ist auch formwirksam, weil er die formellen Voraussetzungen des mauritischen Rechts (als Ortsrecht) einhält. Würde man das sog. Geschäftsrecht (also das Recht, das auf den Ehevertrag materiell-rechtlich anzuwenden ist) zugrunde legen, so wäre der Ehevertrag mangels notarieller Beurkundung (§ 1410 BGB) unwirksam. Da sich die formelle Wirksamkeit des Ehevertrags aber nicht nach dem gem. Art. 15 Abs. 1 EGBGB anzuwendenden Recht beurteilt, sondern als Teilfrage nach Art. 11 EGBGB, genügt die Einhaltung der Form des Ortsrechts (Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB).

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Entscheidung dürfte nicht verallgemeinerungsfähig sein, weil es um die Ermittlung und Auslegung des Willens künftiger Ehegatten geht. In vergleichbaren Fällen sollte stets genau ermittelt werden, ob der Wille der künftigen Ehegatten wirklich positiv auf die Vereinbarung eines bestimmten Güterstands gerichtet war (s. dazu die obigen Ausführungen).

**Beraterhinweis:** Fragt man als Berater seinen Mandanten, der im Ausland die Ehe geschlossen hat, ob er einen Ehevertrag geschlossen habe, wird man in vergleichbaren Fällen möglicherweise ein „Nein“ als Antwort erhalten. Man dürfte als Berater auch geneigt sein, unter einem Ehevertrag lediglich einen vor einem Notar geschlossenen Vertrag zu verstehen. Der Fall zeigt, dass auch im Zusammenhang mit der Eheschließung vor einem Standesbeamten (oder einer vergleichbaren Person) im Ausland ein Ehevertrag geschlossen werden kann, der Auswirkungen auf das Ehegüterrecht hat. ◀

*Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen*

## Ehetrennung und -scheidung

### Personal- und Scheidungsstatut für in Deutschland aufgenommene Kontingentflüchtlinge

**Wer als Ausländer während der Geltung des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge (HumHAG, BGBl. I 1980, 1057) – also zwischen dem 1.8.1980 und dem 31.12.2005 – gemäß oder analog § 1 HumHAG im Geltungsbereich des HumHAG aufgenommen worden ist, ist deswegen in den Genuss der Rechtsstellung nach Artt. 2 bis 34 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention – GFK) gekommen; das dabei gem. Art. 12 GFK erworbene deutsche Personalstatut wird durch das Außerkrafttreten des HumHAG nicht berührt.**

OLG Celle, Beschl. v. 20.7.2011 – 10 WF 219/11 (AG Hannover – 614 F 2518/11)

EGBGB Art. 18 Abs. 1; HumHAG §§ 1, 2a, 2b; GFK Art. 12

*FiE-00319*

**Das Problem:** Die Beteiligten sind ukrainische Staatsangehörige. Dort (?) haben sie 1978 die Ehe geschlossen. 2000 sind sie als jüdische Emigranten aus einem Land der ehemaligen Sowjetunion nach den Bestimmungen des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommener Flüchtlinge – HumHAG (BGBl. 1980 I, 1057), nach Deutschland gekommen und leben seitdem hier. Am 25.5.2011 hat die Ehefrau für das von ihr beabsichtigte Scheidungsverfahren Verfahrenskostenhilfe beantragt. Dabei trägt sie vor, sie habe ihrem Mann vor etwa drei Monaten erklärt, sich von ihm endgültig trennen zu wollen, weil sie ihre Ehe für gescheitert halte; mit ihren Plänen zur Trennung sei er zwar einverstanden, wolle aber nicht aus der bisher gemeinsam genutzten Ehwohnung ausziehen. Das AG hat ihr VKH verweigert; ihre Beschwerde weist das OLG zurück, weil die Scheidungsvoraussetzungen nach deutschem Recht nicht erfüllt und zu erheblichen Teilen nicht einmal dargetan seien.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Für die Scheidung der Beteiligten ist, so das OLG, deutsches Recht maßgeblich, Art. 17 Abs. 1 EGBGB, obwohl sie beide ukrainische Staatsbürger sind. Nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB ist ihr allgemeines Personalstatut vorrangig, das sich nach den Bestimmungen des HumHAG und letztlich nach Art. 12 des Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen v. 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention – GFK) richtet. 2000 haben beide Gatten in Deutschland Aufnahme als Kontingentflüchtlinge gefunden, wie sich aus dem Visum ergibt, das die Antragstellerin vorgelegt, bzw. aus der Bescheinigung des Landkreises N. v. 8.6.2010, die der Antragsgegner zu den Akten gegeben hat. Zu dieser Zeit habe § 1 HumHAG mit der Folge gegolten, dass die Beteiligten „in den Genuss der Rechtsstellung nach Artt. 2 bis 34 GFK“ gekommen seien und „insbesondere nach Art. 12 GFK das deutsche Personalstatut“ erworben hätten. Diese Rechtsstellung hätten sie dann auch nicht verloren, etwa nach Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses, freiwilliger Wiedererlangung der verlorenen oder antragsgemäßem Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit, vgl. dazu § 2a HumHAG. Widerruf der (rechtlichen) Eigenschaft als Kontingentflüchtling durch eine zuständige Stelle, wie in § 2b HumHAG vorgesehen, sei nicht erfolgt. Art. 15 Abs. 3 Nr. 3 Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 30.7.2004 hat die Regeln des HumHAG zum 1.1.2005 zwar außer Kraft gesetzt (Stichwort: Kontingentflüchtlinge). Bei uns lebenden Personen sei aber die Rechtsstellung nicht rückwirkend entzogen worden, ein Vorgang, der auch verfassungsrechtlich bedenklich wäre; vgl. im Übrigen § 103 AufenthG, denn dort sind ausdrücklich den nach den Regeln des HumHAG aufgenommenen Flüchtlingen ihre (bisherigen) Rechtsvorteile „garantiert“ (dazu VGH Bay. v. 7.8.2009 – 19 B 07.1777, InfAusLR 2009, 98 und VGH Bay. v. 19.8.2010

– 19 B 09824, juris). So wird deutsches Scheidungsrecht bestimmend, dessen tatbestandliche Voraussetzungen aber nicht vorliegen, so dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung der Ehefrau keine Aussicht auf Erfolg bietet und VKH (gegenwärtig) zu versagen ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Nach ukrainischem Recht kann eine Ehe (schon) geschieden werden, wenn die Gatten gemeinsam oder einer von ihnen beim staatlichen Organ für die Registrierung von Personenstandsakten (bei Kinderlosigkeit) oder bei Gericht (bei gemeinsamen Kindern) Scheidungsantrag stellt, Art. 107 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ukr. Familienkodex, wobei die Kundgabe seines Willens, sich scheiden zu lassen, entscheidend wird (dazu *Romowska*, Das ukrainische Familienrecht, 2009, S. 249, 250). Besondere Scheidungsgründe sind nicht erforderlich. Eigene Trennungszeiten müssen nicht eingehalten sein, bei uns §§ 1566 Abs. 1 und 2, 1565 Abs. 2 BGB. Allerdings, dazu Art. 110 Abs. 2 Satz 1 ukr. Familienkodex, ist die Ehescheidung während der Schwangerschaft und innerhalb eines Jahres nach der Geburt des Kindes ausgeschlossen, wenn nicht einer der Ehegatten „eine rechtswidrige Handlung, die Merkmale einer Straftat aufweist, den anderen Ehegatten oder das Kind betreffend begangen“ hat, dazu Art. 110 Abs. 2 Satz 2 ukr. Familienkodex, weitere Ausnahmen im Übrigen Abs. 3, wenn eine andere Person „die Vaterschaft des empfangenen Kindes anerkannt hat“. Um die „Vorteile“ dieser Vorschriften zu erlangen und in Deutschland Scheidungsantrag zu stellen, hätten beide also (etwa wieder) einen ukrainischen Pass beantragen müssen. Denn ukrainische Staatsangehörige sind sie noch. Dann hätten sie allerdings die sonstigen Vergünstigungen nach den Vorschriften des HumHAG verloren. Deshalb haben sie sich (sicherlich) anders entschlossen.

**Beraterhinweis:** Die Eheleute haben 1978 geheiratet. Deshalb wird für sie kaum eine „eilige“ Ehescheidung aus den sonst üblichen Gründen (neue Partnerschaft, Schwangerschaft) erforderlich sein (oder nur erscheinen). Ohnehin hat sich die Ehefrau vor allem darüber beklagt, dass der Mann nicht aus der Wohnung auszieht, die sie mit ihm bewohnt. Sind die Verhältnisse für sie aber wirklich untragbar, kann sie im Wege der einstweiligen Anordnung und damit ohne weitere Verzögerungen und ohne Zahlung von Kostenvorschüssen, denn inzwischen ist dieses Verfahren unabhängig vom Betrieb der Ehescheidung oder einer korrespondierenden Hauptsache, erreichen, dass ihr die Räumlichkeiten allein zugewiesen werden, § 1361b BGB, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen. Sonst muss sie eben warten. ◀

*Priv.-Doz. RA Dr. Peter Finger, FAFamR, und stud. jur. Hanna Daschenko, beide Frankfurt/M.*

## ■ Ausländische Anrechte und Ausgleichssperre nach § 19 Abs. 3 VersAusglG

### 1. Die Anwendung der Ausgleichssperre des § 19 Abs. 3 VersAusglG bedarf insbesondere dann der

**Prüfung, wenn ein Ehegatte nur ausgleichsreife inländischer Anrechte erworben hat und durch die Teilung dieser Anrechte die Hälfte seiner ezeitlichen Versorgungsanwartschaften verlöre, gleichzeitig aber hinsichtlich der Teilhabe an etwaigen ausländischen Anrechten des anderen Ehegatten auf die schwächeren schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche nach der Scheidung verwiesen wäre.**

**2. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe in solchen Fällen von der Ausgleichssperre Gebrauch zu machen ist, kann – abgesehen von offensichtlichen Bagatellfällen – nur geprüft werden, wenn das Vorhandensein eines ausländischen Anrechts dem Grunde nach und – zumindest annähernd – der Höhe nach geklärt ist. Deswegen entbindet § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG das Gericht nicht von seiner grundsätzlichen Pflicht zur Ermittlung dieser Anrechte.**

**3. Anrechte, die nach dem Wertausgleich bei der Scheidung für Ausgleichsansprüche nach der Scheidung verbleiben, sind in den Gründen der Ausgleichsentscheidung bei der Scheidung zu benennen (§ 224 Abs. 4 FamFG).**

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.5.2011 – 6 UF 60/11 (AG St. Ingbert – 4 F 52/10 VA)  
VersAusglG § 19 Abs. 3  
FiE-00320

**Das Problem:** Als Ehezeit gem. § 3 Abs. 1 VersAusglG ist zutreffend die Zeit vom 1.7.1986 bis zum 28.2.2010 festgestellt. Das Familiengericht hat den Versorgungsausgleich dahin gehend geregelt, dass es

- zu Lasten des Anrechts der gesetzlichen Rentenversicherung des Ehemanns bei der DRV Saarland zugunsten der Ehefrau ein Anrecht von 9,2055 Entgeltpunkten und
- zu Lasten des Anrechts der gesetzlichen Rentenversicherung der Ehefrau bei der DRV Bund zugunsten des Ehemanns ein Anrecht von 10,8795 Entgeltpunkten übertragen hat und
- der Wertausgleich weiterer von der Ehefrau in der Ehezeit erworbener Anrechte nicht stattfindet.

Weitere Anrechte des Ehemanns in Luxemburg hat das Familiengericht weder aufgeklärt noch ausgeglichen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Ehefrau.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG gibt der Beschwerde statt. Das Familiengericht habe unter Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) über Grund und Höhe der dem Versorgungsausgleich unterfallenden ausländischen Anrechte keine oder keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Der Amtsermittlungsgrundsatz reiche so weit, wie die durch weitere Ermittlungen hervortretenden Tatsachen zumindest möglicherweise Einfluss auf die Entscheidung haben können (Senatsbeschl. v. 26.1.2010 – 6 UF 124/09, FamRB online; v. 4.11.1991 – 6 UF 71/91, juris; vgl. auch BGH v. 17.1.2007 – XII ZB 168/01, FamRZ 2007, 996 = FamRBint 2007, 58). Der Umstand, dass luxemburgische Anrechte wegen § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG nicht ausgleichsreif sind und damit dem Wertausgleich bei der

Scheidung nicht unterfallen, rechtfertigt nicht, von der Aufklärung abzusehen. Denn nach § 19 Abs. 3 VersAusglG finde ein Wertausgleich bei der Scheidung, wenn ein Ehegatte nicht ausgleichsreife ausländische Anrechte erworben hat, auch in Bezug auf die sonstigen Anrechte der Ehegatten nicht statt, soweit dies für den anderen Ehegatten unbillig wäre. Die Anwendung dieser Ausgleichssperre komme insbesondere dann in Betracht, wenn ein Ehegatte nur ausgleichsreife inländische Anrechte erworben hat und durch die Teilung dieser Anrechte die Hälfte seiner ehezeitlichen Versorgungsansprüche verlöre, gleichzeitig aber hinsichtlich der Teilhabe an etwaigen ausländischen Anrechten des anderen Ehegatten nach § 19 Abs. 4 VersAusglG auf die schwächeren schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche nach der Scheidung verwiesen wäre. Ob und ggf. in welcher Höhe von der Ausgleichssperre Gebrauch zu machen ist, könne – abgesehen von offensichtlichen Bagatellfällen (vgl. dazu OLG Celle v. 4.3.2010 – 10 UF 282/08, FamRZ 2010, 979 = FamRBint 2010, 49) nur geprüft werden, wenn das Vorhandensein eines ausländischen Anrechts dem Grunde und – zumindest annähernd – der Höhe nach geklärt ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Sind ausländische Versorgungen vorhanden, ist zunächst zu prüfen, ob diese überhaupt dem Versorgungsausgleich gem. § 2 Abs. 2 VersAusglG unterfallen. Sind die ausländischen Anrechte praktisch wertlos, z.B. weil nicht zu erwarten ist, dass eine Realisierung durch Rückkehr in das Land des Anrechts erfolgen wird (BGH v. 23.7.2003 – XII ZB 188/99, FamRZ 2003, 1737; *Gutdeutsch*, FamRB 2003, 317 und 180; s. noch *Gutdeutsch*, FamRB 2006, 109 [110]), insb. bei Beachtung der im Ausland herrschenden politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse (OLG Schleswig v. 4.8.2010 – 10 UF 153/09, FamRZ 2010, 1990 m. Anm. *Borth* = FamRBint 2011, 2 [3]; OLG Koblenz v. 9.12.2005 – 11 UF 351/05, OLGReport Koblenz 2007, 96), unterfallen sie nicht dem Versorgungsausgleich. Stellt sich nachträglich aber die Realisierung der Versorgung heraus, kommt ein Änderungsverfahren nach §§ 225 f. FamFG in Betracht (OLG Koblenz v. 9.12.2005 – 11 UF 351/05, OLGReport Koblenz 2007, 96; OLG Karlsruhe v. 29.10.1999 – 2 UF 133/98, FamRZ 2000, 677; OLG Nürnberg v. 10.12.1998 – 7 UF 3704/98, FamRZ 1999, 1203).

Im Übrigen gilt: Anrechte im Versorgungsausgleich müssen möglichst vollständig ermittelt werden. Dies gilt auch für nicht ausgleichsreife Anrechte nach § 19 Abs. 2 VersAusglG und damit für die ausländischen Anrechte. Nur so kann überprüft werden, ob von der Unbilligkeitsregel des § 19 Abs. 3 VersAusglG – die von Amts wegen zu beachten ist – Gebrauch zu machen ist. Ihre Bewertung kann ausnahmsweise durch Sachverständigengutachten erfolgen (OLG Naumburg v. 26.1.2006 – 8 UF 164/05, FamRZ 2006, 1453; NK-BGB/*Götsche*, 2. Aufl. 2010, § 2 VersAusglG Rz. 9; BeckOK-*Rehbein*, § 2 VersAusglG Rz. 2).

**Beraterhinweis:** Vertritt man den betreffs der ausländischen Anrechte ausgleichsberechtigten Ehegatten, sollte man in jedem Fall die Einbeziehung über § 19 Abs. 3 VersAusglG anregen, um die Gefahren des sonst gegeb-

nen schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs nach §§ 20 ff. VersAusglG für seinen Mandanten zu minimieren. Zu denken ist auch an eine Vereinbarung nach § 6 VersAusglG, in welche die ausländischen Anrechte z.B. im Wege einer Verrechnung zwecks endgültiger Auseinandersetzung der Eheleute einbezogen werden können. Beides setzt aber voraus, dass der Wert der ausländischen Versorgung zumindest ansatzweise bestimmbar ist. ◀

*RiOLG Frank Götsche, Brandenburg/Havel*

**Mehr zum Thema:** S. a. die nachstehende Bearbeitung des OLG Celle v. 4.5.2011 – 10 UF 147/10, FamRBint 2011, 72 (*Götsche*).

## ▲ Ausländische Anrechte im Versorgungsausgleich

**Bei Anwendung der Billigkeitsklausel des § 19 Abs. 3 VersAusglG sind inländische Anrechte nur insoweit vom Wertausgleich auszuschließen, als ihre Einbeziehung wegen der schuldrechtlich ausgleichenden ausländischen Anrechte des anderen Ehegatten unbillig wäre.**

OLG Celle, Beschl. v. 4.5.2011 – 10 UF 147/10  
(AG Hannover – 606 F 2026/07)  
VersAusglG § 19 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3  
*FiE-00326*

**Das Problem:** In der Ehezeit vom 1.4.1996 bis 31.1.2008 haben die Eheleute folgende Anrechte erworben:

Ehefrau:

- in der gesetzlichen Rentenversicherung ein Anrecht im Ausgleichswert von 0,0841 Entgeltpunkten
- ein ausländisches britisches Anrecht im Ausgleichswert von unter 50 € monatlicher Rente.

Ehemann:

- in der gesetzlichen Rentenversicherung ein Anrecht im Ausgleichswert von 10,2259 Entgeltpunkten
- aus betrieblicher Altersversorgung Anrechte bei der P. im Ausgleichswert von 3.112,44 € Kapitalwert
- aus betrieblicher Altersversorgung Anrechte bei der L. aufgrund einer Direktzusage im Rahmen einer Gesamtversorgung im Ausgleichswert von rd. 200 € monatlicher Rente, wobei die genaue Höhe unsicher war.

Das Familiengericht hat von der Durchführung des Wertausgleichs bei der Scheidung insgesamt wegen der Ausgleichssperre des britisches Anrechts der Ehefrau (§ 19 Abs. 3 VersAusglG) abgesehen und den schuldrechtlichen Ausgleich vorbehalten. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Ehefrau war im Wesentlichen erfolgreich.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat den Wertausgleich bei der Scheidung nach §§ 9–19 VersAusglG durch interne bzw. externe Teilung durchgeführt. Lediglich die ausländischen Anrechte der Ehefrau und die Anrechte der Direktzusage bei der L. des Ehemanns sind gem. § 19 Abs. 3, Abs. 4 VersAusglG dem Aus-

gleich nach der Scheidung vorbehalten worden. § 19 Abs. 3 VersAusglG wolle verhindern, dass ein Ehegatte die Hälfte seiner in der Ehezeit erworbenen inländischen Anrechte mit dem Wertausgleich bei der Scheidung bereits endgültig verliert, während er in Bezug auf das vom anderen Ehegatten erworbene ausländische Anrecht lediglich schuldrechtliche Ausgleichsansprüche behält, deren Realisierung erst nach Eintritt des Versorgungsfalls möglich und zudem nicht hinreichend gesichert ist. Hier sei es unter Beachtung der (teilweise unsicheren) Ausgleichswerte ausreichend, im Wege der Ausgleichssperre allein das Anrecht des Ehemanns bei der L. vom Wertausgleich auszunehmen. Damit werde ein gewisser Ausgleich dafür hergestellt, dass die britische Rentenanwartschaft in jedem Fall vom Wertausgleich ausgenommen ist. Eine vollständige Sperre des gesamten Ausgleichs sei angesichts der Ausgleichswerte der übrigen Anrechte unangemessen.

**Konsequenzen für die Praxis:** § 19 Abs. 3 VersAusglG entfaltet keine Sperrwirkung für den gesamten Versorgungsausgleich. Lediglich im Umfang des Ausgleichswerts der ausländischen Anrechte des Ausgleichspflichtigen sollen Anrechte des Ausgleichsberechtigten, die dieser auszugleichen hat, vom Wertausgleich bei der Scheidung ausgenommen sein. Dabei ist – wie die Entscheidung des OLG zeigt – keine Wertgleichheit erforderlich, es besteht insoweit ein recht großer Spielraum für die vom Gericht zu treffende Auswahl, welche Anrechte von der Sperrwirkung betroffen sein sollen (vgl. auch NK-BGB/Götsche, 2. Aufl. 2010, § 19 VersAusglG Rz. 40).

**Beraterhinweis:** Da § 19 Abs. 3 VersAusglG einen Ausnahmefall vom grds. durchzuführenden Wertausgleich bei der Scheidung statuiert, sollte der Vertreter des insoweit Ausgleichsberechtigten auf eine möglichst vollständige Aufklärung der ausländischen Anrechte drängen. Der Vertreter des Ausgleichspflichtigen sollte darauf achten, dass nicht zu viele bzw. zu werthaltige Anrechte der anderen Seite gesperrt werden. ◀

*RiOLG Frank Götsche, Brandenburg/Havel*

**Mehr zum Thema:** S. a. die vorstehende Bearbeitung des OLG Saarbrücken v. 17.5.2011 – 6 UF 60/11, FamRBint 2011, 71 (Götsche).

Zu weiteren Aspekten der Entscheidung s. FamRB 2011, 304, beiliegend.

## Kindschaftssachen

### ■ Sorgerechtserklärung für ungeborenes Kind bei grenzüberschreitendem Umzug vor der Geburt

**Für die Zuweisung der elterlichen Verantwortung gem. Art. 16 Abs. 2 KSÜ ist nicht auf die vorgeburtliche Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtserklärung abzustellen, wenn die Eltern noch vor der Geburt in ein Land mit abweichender**

**der Rechtslage ziehen. Maßgeblich ist dann die Rechtslage am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt. Nur diese ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit i.S.d. Art. 3 Satz 1 lit. a HKÜ maßgeblich.**

KG, Beschl. v. 27.6.2011 – 16 UF 124/11 (AG Pankow/Weißensee – 15 F 1493/11)  
BGB §§ 1626a, 1626b Abs. 2; KSÜ Art. 16 Abs. 2;  
HKÜ Art. 3 S. 1 lit. a  
*FiE-00321*

**Das Problem:** Die unverheirateten Eltern eines noch ungeborenen Kindes gaben in Berlin eine gemeinsame Sorgerechtserklärung ab. Einige Wochen vor der Geburt des Kindes verzogen sie in die Schweiz, wo das Kind geboren wurde und die Familie in der Folgezeit lebte. Als das Kind knapp zwei Jahre alt war, kam es zur Trennung der Eltern. Die Mutter zog mit dem Kind ohne Zustimmung des Vaters zurück nach Berlin. Erst danach ließ der Vater die in Deutschland abgegebene Sorgeerklärung vom Bezirksgericht Zürich anerkennen.

Der Vater beantragte sodann beim AG Pankow/Weißensee die Rückführung des Kindes in die Schweiz. Er ist der Auffassung, er habe aufgrund der in Berlin abgegebenen Sorgerechtserklärung das Mitsorgerecht wirksam erlangt, so dass die Verbringung des Kindes gegen seinen Willen widerrechtlich i.S.d. Art. 3 HKÜ sei. Gegen die Zurückweisung seines Antrags legte der Vater Beschwerde ein.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das KG hat die Entscheidung des AG bestätigt, wonach die für ein noch ungeborenes Kind abgegebene Sorgerechtserklärung erst mit der Geburt des Kindes Wirksamkeit erlangen kann. Die Beurteilung des Wirksamwerdens einer vorgeburtlich abgegebenen gemeinsamen Sorgerechtserklärung bestimmt sich nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt. Denn vor seiner Geburt, ist ein Kind nicht rechtsfähig und kann weder einen tatsächlichen noch einen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Maßgeblich für das anzuwendende Recht nach Art. 16 Abs. 2 KSÜ kann daher nur der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt sein. Ein Kind hat auch keinen von seinen Eltern abgeleiteten gewöhnlichen Aufenthalt. Der Aufenthalt des Kindes ist für dieses selbständig zu bestimmen. Da das Kind selbst nie in Deutschland gelebt hat, kam als gewöhnlicher Aufenthalt allein die Schweiz in Betracht. Nach dem schweizerischen ZGB steht der unverheirateten Mutter die alleinige elterliche Sorge kraft Gesetzes zu. Eine Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge erfolgt in der Schweiz nur auf gemeinsamen Antrag der Eltern durch Verfügung der Vormundschaftsbehörde, sofern sich die Eltern über die Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt haben (Art. 298a ZGB). Der Vater ließ die deutsche Sorgerechtserklärung jedoch erst nach dem Wegzug des Kindes von den schweizerischen Behörden anerkennen. Obwohl dieser Anerkennung Rückwirkung zukommt, ist für das Rückführungsverlangen allein entscheidend, ob die Mutter im Zeitpunkt des Verbringens des Kindes ein bereits bestehendes Sorgerecht des Vaters verletzt hat.

Zum Zeitpunkt des Verbringens bestand jedoch kein gemeinsames Sorgerecht, da die nach schweizerischem Recht erforderliche Verfügung der Vormundschaftsbehörde noch nicht vorlag.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Zuweisung der elterlichen Sorge durch Vereinbarung der unverheirateten Eltern erlangt frühestens mit der Geburt des Kindes Wirksamkeit. Das Wirksamwerden beurteilt sich nach dem geltenden Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach der Geburt. Die Entscheidung zeigt in aller Deutlichkeit, dass die Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung vor der Geburt des Kindes noch keine vollständige Zuweisung des Sorgerechts bewirken kann. Es handelt sich lediglich um eine vorbereitende Maßnahme. Das Wirksamwerden des Sorgerechts ist von der Geburt und von den gesetzlichen Voraussetzungen des Landes abhängig, in dem das Kind seinen ersten gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

**Beraterhinweis:** Die beurkundenden Jugendämter und Notare müssen verstärkt darüber belehren, dass die Sorgerechtserklärung im Fall des § 1626b Abs. 2 BGB erst nach der Geburt des Kindes Wirksamkeit erlangen kann und es im Fall eines grenzüberschreitenden Umzugs auf die Rechtsverhältnisse am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ankommt.

Der Anwalt muss unverheiratete Eltern bei der Beratung über die Gestaltung des Sorgerechtsverhältnisses auf die möglichen Folgen eines Umzugs vor der Geburt des Kindes hinweisen. Der unverheiratete Vater muss sich bewusst sein, dass er im Fall eines grenzüberschreitenden Umzugs möglicherweise zusätzliche Schritte in dem Land einleiten muss, in dem das Kind seinen ersten gewöhnlichen Aufenthalt hat, damit die deutsche Sorgerechtserklärung Wirksamkeit erlangt. ◀

*Rain Katharina Kraft-Rudel, FAFamR, Berlin*

**Mehr zum Thema:** S.a. den Länderbericht der Autorin zum Schweizer Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, FamRBint 2007, 51.

## ➤ Rückführung eines Kindes nach Australien

**1. Entsprechend dem Schutzzweck des HKÜ leitet sich bei einem minderjährigen Kind der gewöhnliche Aufenthalt nicht vom Aufenthalt oder Wohnsitz des Sorgeberechtigten ab, sondern ist selbständig zu ermitteln.**

**2. Nur ungewöhnlich schwere Beeinträchtigungen, die über die mit der Rückführung gewöhnlich verbundenen Schwierigkeiten hinausgehen, können einer Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat entgegenstehen.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.6.2011 – 17 UF 150/11  
(AG Stuttgart – 24 F 2111/10)  
GG Art. 6; HKÜ Artt. 12, 13  
*FiE-00316*

**Das Problem:** Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Der Antragsteller ist australischer Staatsange-

höriger, die Antragsgegnerin hat die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach ihrer Heirat haben die Eheleute gemeinsam in Australien gelebt. Am 28.6.2007 wurde dort der gemeinsame Sohn M. geboren. Am 11.2.2010 reiste die Antragsgegnerin mit M. im Einverständnis des Antragstellers zu ihrer Familie nach Deutschland. Zuvor hatte sie das Kind vom Kindergarten abgemeldet. Der Rückflug für Mutter und Kind war für den 8.4.2010 vorgesehen. Anfang April 2010 flog der Antragsteller nach Deutschland, da die Antragsgegnerin ihm ihre Zweifel am Fortbestand der Ehe und ihrer Rückkehr nach Australien mitgeteilt hatte. Am 9.7.2010 kehrte er nach Australien zurück. In einem Telefongespräch am 23.7.2010 erklärte der Antragsteller, dass er auf die – von der Antragsgegnerin nunmehr abgelehnte – Rückkehr mit dem Kind bestehe. Am 17.8.2010 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Rückführung von M. gemäß dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ).

In der Verhandlung vom 19.11.2010 vor dem AG Stuttgart schlossen die Beteiligten eine Vereinbarung, nach der die Antragsgegnerin mit dem Kind bis 31.1.2011 zunächst nach Australien zurückkehren sollte. Weiterhin bestand Einverständnis, dass die Mutter mit dem Kind wieder nach Deutschland zurückkehren darf und ihr die Alleinsorge übertragen werden soll. In der Folgezeit weigerte sich der Antragsteller, die von der Antragsgegnerin vorbereiteten *Application for Consent Orders* zu unterzeichnen. Vielmehr ließ er über seine Anwälte mitteilen, dass es bei der gemeinsamen Sorge verbleiben solle. Die Antragsgegnerin, die bereits sämtliche Reisevorbereitungen getroffen hatte, kehrte hierauf nicht nach Australien zurück. Mit *order* vom 22.2.2011 wurde dem Vater durch ein australisches Gericht die elterliche Sorge übertragen, das Kind sollte aber in der Obhut der Mutter bleiben. Mit Beschluss vom 4.5.2011 ordnete das AG Stuttgart die Rückführung von M. nach Australien sowie die Herausgabe des Kindes an den Vater an. Neben dem Hinweis auf Ordnungsgeld beziehungsweise Ordnungshaft im Fall der Zuwiderhandlung ergingen Anordnungen zum Vollzug der Herausgabeanordnung.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin. Diese begründete sie u.a. damit, dass sie die Hauptbezugsperson Kindes sei. Die Rückführung wäre mit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Kindeswohls verbunden. Die Antragsgegnerin verfüge über keine finanziellen Mittel, um M. nach Australien zu begleiten. Hinzukomme, dass sie an einer Hauterkrankung leide und aus gesundheitlichen Gründen nicht in Australien leben könne.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat das Rechtsmittel der Antragsgegnerin zurückgewiesen und sie zur Rückführung von M. nach Australien verpflichtet. Die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 HKÜ seien erfüllt. Entsprechend dem Schutzzweck des Übereinkommens leite sich bei einem minderjährigen Kind der gewöhnliche Aufenthalt nicht vom Aufenthalt oder Wohnsitz des Sorgeberechtigten ab, sondern sei selbständig zu ermitteln (BGH v. 18.6.1997 – XII ZB 156/95, FamRZ 1997, 1070). Nur bei einer – hier nicht gegebenen – langen Verweildauer des Kindes und bei vollständiger Eingliederung in seine neue soziale Umwelt könne auch ge-

gen den Willen des in seinem Sorgerecht verletzten Elternteils ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet werden. Daher habe M. im Zeitpunkt des Rückkehrverlangens des Antragstellers seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Australien. Entgegen der Auffassung der insoweit beweisbelasteten Antragsgegnerin habe der Antragsteller das Zurückhalten des Kindes nicht nachträglich genehmigt (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ). Der im Rahmen der Vereinbarung vom 19.11.2010 eingegangenen Verpflichtung, vor dem zuständigen australischen Gericht der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter zuzustimmen, könne ein solcher Erklärungswert nicht entnommen werden.

Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ kann die Anordnung der Rückführung unterbleiben, wenn diese mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Die naturgemäß mit einer Rückführung verbundenen Belastungen erfüllen diese Voraussetzungen nach Ansicht des OLG nicht. Nur ungewöhnlich schwere Beeinträchtigungen, die über die mit der Rückführung gewöhnlich verbundenen Schwierigkeiten hinausgehen, könnten nach der Zielsetzung des HKÜ einer Rückführung entgegenstehen. Das HKÜ stelle dabei ausschließlich auf eine schwerwiegende Gefahr für das Kind, nicht des entführenden Elternteils, ab. Nach Würdigung der gesamten Umstände und des Vorbringens der Antragsgegnerin konnte der Senat eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohls durch die Rückführung nicht erkennen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Entscheidung des OLG Stuttgart dient dem Schutz des Elternrechts gegen eigenmächtiges Zurückhalten von Kindern im Ausland. Dem Zweck des HKÜ folgend werden die Ausnahmetatbestände in Art. 13, welche einer Kinderückführung entgegenstehen könnten, eng ausgelegt.

**Beraterhinweis:** Das HKÜ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungskonform (BVerfG v. 15.8.1996 – 2 BvR 1075/96, FamRZ 1996, 1267). Danach steht der Schutz des Kindes vor Entführung und eigenmächtiger Zurückhaltung im Schnittpunkt verschiedener Grundrechtspositionen sowohl des Kindes als auch beider Elternteile, die in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind. Dabei soll dem Kindeswohl, das den Elterninteressen vorgeht, ausschlaggebendes Gewicht zukommen. ◀

*VorsRiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

## ■ Anwendung des KSÜ in Deutschland seit 1.1.2011 auch in zuvor eingeleiteten Verfahren

**1. Das am 1.1.2011 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretene KSÜ ist hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts auch auf Verfahren anwendbar, die vor diesem Tag eingeleitet wurden (im Anschluss an BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 796 m. Anm. Völker = FamRBint 2011, 51).**

### 2. Bei massiven Vorwürfen eines Elternteils/Ehegatten gegenüber dem anderen kann die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben und auf den angegriffenen Partner zu übertragen sein, wenn dies sonst dem Kindeswohl entspricht.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 1.4.2011 – 6 UF 6/11 (AG Saarbrücken – 40 F 212/08 SO)  
VO Nr. 2201/2003 Art. 12 Abs. 1 und 2b; KSÜ Art. 15 Abs. 1; BGB § 1671 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2  
*FiE-00312*

**Das Problem:** Die Parteien – der Vater V. ist Deutscher, die Mutter M. bulgarische Staatsangehörige – haben am 25.6.2003 geheiratet. Im Sommer 2005 haben sie sich getrennt. Am 2.12.2005 ist die gemeinsame Tochter A. geboren, für die V. seine Vaterschaft für „wenig wahrscheinlich“ gehalten hat, sie „aber im Interesse des Kindes ... nicht anfechten“ wollte. Am 27.5.2008 hat V. Scheidungsantrag beim FamG gestellt. Mit Schriftsatz vom 24.6.2008 hat M. gleichfalls Scheidung der Ehe und Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für A. mit Unterstützung des Jugendamts beantragt. Ihrem Sorgerechtsantrag ist V. entgegen getreten. Den von ihm „angebrachten und zum Scheidungsverfahren hinzuverbundenen Antrag auf Eheaufhebung“ haben die Beteiligten übereinstimmend für erledigt erklärt. In der mündlichen Verhandlung haben die Eheleute auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichtet. Die Folgesache elterliche Sorge hat das FamG vom Verbund abgetrennt, so dass die Ehe geschieden und der Beschluss inzwischen rechtskräftig ist. Im Übrigen hat das FamG der Mutter die alleinige elterliche Sorge für A. übertragen. Dagegen richtet sich die Beschwerde von V., die das OLG zurückweist, nachdem M. Verfahrenskostenhilfe für die Beschwerdeinstanz bewilligt, für V. aber wegen fehlender Erfolgsaussicht verweigert wurde.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Internationale Zuständigkeiten des deutschen FamG folgen aus Art. 12 Abs. 1 und 2b VO Nr. 2201/2003, Brüssel IIa, weil sie die Eltern „zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt (haben) und (ihre Entscheidung) im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht“, eine Regelung, die gegenüber Art. 8 VO Nr. 2201/2003 (entscheidend ist sonst der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes) vorrangig ist. Maßgeblich wird deutsches Sachrecht, im Ergebnis also § 1671 BGB. Zum 1.1.2011 ist für Deutschland das Haager Übereinkommen v. 19.10.1996 in Kraft getreten, BGBI. 2010 II, 1527, das das MSA im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander verdrängt und so Grundlage für alle „Maßnahmen zum Schutz des Kindes“ wird. Dazu zählt auch die Regelung der elterlichen Sorge bei Trennung oder Scheidung der Eltern und von Umgangsbefugnissen des Elternteils, bei dem das Kind nicht ständig lebt (vgl. im Einzelnen Palandt/Thorn, 70. Aufl., Art. 24 EGBGB Rz. 11 mit Nachw.). Entscheidend wird der Zeitpunkt der gerichtlichen Regelung/Anordnung, nicht der Verfahrenseinleitung (so schon BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 796 m. Anm. Völker = FamRBint 2011, 51; sehr kritisch dazu [Art. 16 Abs. 2 KSÜ] aber Rauscher, NJW 2011, 2332 [2333], denn bei einer Ver-

einbarung der Eltern sei der Zeitpunkt ihres Abschlusses bestimmend, so dass Unterschiede zu Art. 16 Abs. 1 KSÜ entstehen könnten). Sonst hält das KSÜ keine eigenen Übergangsregeln bereit und gilt daher „sofort“. Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ wenden die Behörden und Gerichte der Vertragsstaaten „bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit nach Art. II ihr eigenes Recht an“, wobei die Bestimmung als „echte Kollisionsnorm“ ausgestaltet ist und die früheren Unklarheiten bei der Abstimmung von Heimat- und Aufenthaltsrecht keine Fortsetzung finden, dazu (bisher) Art. 3 MSA. Wegen der heftigen Angriffe des Vaters auf die Mutter, die er immer wieder herabwürdigt, ihr unredliche Motive schon bei der Eheschließung mit ihm unterstellt (sie habe ihn nur geheiratet, um ausländische Vorteile zu erzielen, sei an seinem Adelstitel interessiert gewesen, den sie tragen wolle, habe ihn unter Drogen gesetzt und arbeite mit Lügen, Tricks, Intrigen und Manipulationen) und wegen der unbegründeten Vorwürfe, sie könne das Kind nicht angemessen versorgen, hält das OLG die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf M. für richtig und geboten. Jedenfalls sei die Sicht des V., beide Beteiligte seien willens und in der Lage, für A. einvernehmliche Lösungen „zu finden“, schlicht nicht mehr nachzuvollziehen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Nach Art. 12 Abs. 1 und 2b VO Nr. 2201/2003 sind die Gerichte eines Mitgliedstaats der europäischen Gesetzgebung (also die EU-Staaten außer Dänemark, während das Vereinigte Königreich und Irland jeweils von Fall zu Fall entscheiden, sich bisher aber stets für die Mitwirkung ausgesprochen haben, aber nicht für die EuUnterhaltsVO, denn insoweit nimmt das Vereinigte Königreich zumindest vorläufig nicht teil), die ein Verfahren zur Ehescheidung bzw. Trennung ohne Auflösung des Ehebands führen, für alle weiteren „Entscheidungen zuständig, die die mit diesem Antrag verbundene elterliche Verantwortung betreffen, wenn a) zumindest einer der Ehegatten die elterliche Verantwortung für das Kind hat und b) die Zuständigkeit der betreffenden Gerichte von den Ehegatten oder von den Trägern der elterlichen Verantwortung zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt wurde und (diese Absprache) im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht“. Für die Rechtsanwendung werden für uns und die anderen Mitgliedstaaten seit dem 1.1.2011 die Bestimmungen des KSÜ für alle Maßnahmen in seinem Anwendungsbereich Grundlage, die im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander auf das jeweils „eigene“ Recht verweisen, in der Regel also auf das Aufenthaltsrecht des Kindes. Dabei gelten seine Bestimmungen nicht nur für solche Anordnungen, die die Gerichte und Behörden dort zu treffen haben, sondern auch für weitere Rechtsfolgen, die schon „kraft Gesetzes“ eintreten, also insbesondere für die elterliche Sorge, ihre Begründung und ihren Verlust. Dem KSÜ gehört inzwischen auch die Schweiz an, aber nicht die Türkei, so dass wir insoweit weiterhin die Bestimmungen des MSA zugrunde zu legen haben.

**Beraterhinweis:** Wie schon das MSA räumt auch das KSÜ den Behörden und Gerichten am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes internationale Zuständigkeiten für Maßnahmen zu seinem Schutz ein, die dabei „ihr ei-

genes Recht“ anwenden, Art. 15 Abs. 1 KSÜ, Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und Rechtsanwendung. Einbezogen sind dabei Regelungen und Folgen, die sich unmittelbar aus den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen ergeben, also insbesondere Erwerb und Verlust der elterlichen Sorge; das war bisher (MSA) anders. Art. 15 und 16 KSÜ sind „echte Kollisionsnormen“, abweichend vom MSA, so dass ein Sorgeberechtigter, der einmal an elterlichen Befugnissen beteiligt war, diese nicht verliert, wenn er in einen Staat umzieht, der sie ihm in dieser Form nicht gewährt oder bereithält, so bisher (etwa) im Verhältnis zwischen Frankreich und Deutschland für einen deutschen nichtehelichen Vater, der dort Sorgebefugnisse für ein nichteheliches Kind mit der Mutter ausüben konnte, sie aber nach der Ausreise aus Frankreich verlieren und bei uns allenfalls nach den sonst üblichen Regeln vorgehen konnte, wobei dieses Ergebnis auch verfassungsrechtlich fragwürdig war (Verlust wohlverborener Rechte; Übersicht bei *Rauscher*, NJW 2011, 2332 [2333]). Vorbehalte wie in Art. 3 MSA für „heimatstaatliche Gewaltverhältnisse“ bestehen nicht fort, die in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden müssten (zum KSÜ allg. *Schulz*, FamRZ 2011, 156 und *Finger*, FamRBint 2011, 95; *Rauscher*, NJW 2011, 2332 [2333]). <

*Priv-Doz. RA Dr. Peter Finger, FAFamR, Frankfurt/M.*

## Personenstandsrecht

### Beurkundung einer gleichgeschlechtlichen Ehe nach ausländischem Recht im deutschen Personenstandsregister

**Eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe ist bei Beteiligung von Deutschen auf Antrag im Lebenspartnerschaftsregister zu beurkunden.**

OLG München, Beschl. v. 6.7.2011 – 31 Wx 103/11 (AG München – 721 UR III 193/10)  
PStG §§ 3, 34, 35, 49, 51, 53 Abs. 2; FamFG §§ 58 ff.; GVG § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; EGBGB Artt. 13 Abs. 1, 17b Abs. 1 S. 1  
*FiE-00317*

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.3.2011 – 3 W 170/10 (LG Kaiserslautern – 1 T 218/09)  
PStG §§ 3, 34, 35, 49, 51, 53 Abs. 2; FamFG §§ 58 ff.; GVG § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; FGG-RG Art. 111 Abs. 1 S. 1; EGBGB Artt. 13 Abs. 1, 17b Abs. 1 S. 1  
*FiE-00318*

**Das Problem:** Deutsche Staatsangehörige haben jeweils 2007 in Spanien mit einem Spanier (OLG München) bzw. 2008 in San Francisco, Kalifornien, wahrscheinlich mit einem US-Bürger (OLG Zweibrücken), eine gleichgeschlechtliche Ehe geschlossen. Der Antrag auf Beurkundung im deutschen Lebenspartnerschaftsregister war

in beiden Fällen von den Standesämtern abgelehnt worden.

**Die Entscheidungen der Gerichte:** Beide Gerichte haben die von der Vorinstanz angeordnete Beurkundung im Lebenspartnerschaftsregister auf die Beschwerden hin akzeptiert, das OLG Zweibrücken einschließlich des vom LG angeordneten Zusatzes, dass die Rechtswirkungen der Verbindung nicht weitergehen als die einer Lebenspartnerschaft (Art. 17b Abs. 4 EGBGB).

Das deutsche Recht kennt trotz fehlender gesetzlicher Definition nach ganz h.M. nur die Ehe zwischen Mann und Frau und daneben die gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaft. Im deutschen Personenstandsrecht entsprechen diesen Partnerschaftsformen das Ehe- und das Lebenspartnerschaftsregister (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 PStG). Ein Eintragungsantrag kann grds. nicht einfach deshalb abgelehnt werden, weil ein *andersartiges* Rechtsinstitut nach ausländischem Recht zugrunde liegt, sondern es muss eine Zuordnung (*Qualifikation*) vorgenommen werden nach dem Bedeutungsgehalt, den das Herkunftsrecht (hier: spanisches oder kalifornisches Recht) dem Rechtsinstitut zuweist. Das Ergebnis ist dann vergleichbaren Begriffen und Abgrenzungen des deutschen Rechts zuzuordnen (*Substitution*). Auf dieser Grundlage beruhen – unausgesprochen – die beiden Entscheidungen.

Dass Entscheidungsgrundlage das deutsche Personenstandsrecht ist, versteht sich von selbst und ist deshalb in den Beschlüssen der Gerichte nicht erörtert worden. Denn dieser Rechtsbereich ist öffentliches deutsches Recht und von deutschen öffentlichen Stellen unter Ausschluss ausländischer Regelungen immer anzuwenden. Zudem folgt dessen Anwendbarkeit hier direkt aus §§ 34 f. PStG.

Beide Gerichte gehen vom deutschen internationalen Privatrecht aus; denn dieses entscheidet hier als Ausgangsrechtsordnung über das für die Wirksamkeit der Verbindung als Eintragungsvoraussetzung maßgebliche Recht. Bei Qualifikation als Lebenspartnerschaft wären die Verbindungen der Beteiligten nach dem berufenen Recht auch im Inland wirksam (Art. 17b Abs. 1 Satz 1 EGBGB), bei Qualifikation als Ehe unter Zugrundelegung der h.M. hingegen nur nach dem ausländischen, nicht aber nach dem von Art. 13 Abs. 1 EGBGB auch berufenen deutschen Sachrecht; dieses würde sie als *Nichtehen*, sog. hinkende Auslandsehen, ansehen. Auf dieser Grundlage stellt das OLG München das Interesse der Beteiligten an der Akzeptanz ihrer Verbindung auch in Deutschland in den Vordergrund; das OLG Zweibrücken entnimmt aus der Umschreibung „Lebenspartnerschaft im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes“ in § 35 Abs. 1 Satz 1 PStG die gesetzgeberische Bereitschaft, auch ähnliche Institute ausländischer Rechtsordnungen zur Beurkundung im Lebenspartnerschaftsregister einzubeziehen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Zuständig für Beschwerden gegen eine Entscheidung des AG nach § 49 PStG ist nach neuem Recht nicht mehr das LG, sondern das OLG (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG); im Fall des OLG Zwei-

brücken dürfte noch der alte Rechtsmittelzug anwendbar gewesen sein (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG).

Derartige Fälle sind bisher im Inland nur vereinzelt in der obergerichtlichen Rechtsprechung aufgetaucht (z.B.: Eintragung ins Lebenspartnerschaftsregister: KG v. 3.3.2011 – 1 W 74/11, FamRB online; keine Eintragung ins Eheregister: OLG Köln v. 5.7.2010 – 16 Wx 64/10, FamRBint 2011, 13). Sie werden aber zunehmen, denn die Zahl der Staaten, die die gleichgeschlechtliche Ehe kennen, wächst kontinuierlich an (bisher: Argentinien, Belgien, Island, Kanada, Mexiko – nur Hauptstadt –, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Südafrika, Teile der USA).

Die Beurkundungen nach §§ 34 f. PStG erfolgen auf Antrag. Von einem Antrag könnte aber auch abgesehen werden, ohne dass den Beteiligten Nachteile entstünden. Denn schon die Urkunde des Register führenden ausländischen Staats genügt im Inland nicht nur als Grundlage für die Registerbeurkundung, sondern auch sonst zum Nachweis des Status als Ehe- oder Lebenspartner (evtl. aufgrund einer Apostille im vertraglichen oder einer Legalisation im nicht-vertraglichen Verkehr). Beim Register-Eintragungsinhalt ist zu beachten, dass wegen der nur dienenden Funktion des Personenstandsrechts der sich aus dem ausländischen Recht ergebende Rechtszustand unverfälscht wiedergegeben und nicht ans deutsche Sachrecht angepasst wird (s. *Hepting*, Deutsches und internationales Familienrecht im Personenstandsrecht, 2010, Rz. I-10), also die Eintragung nicht als *eingetragene Lebenspartnerschaft*, sondern etwa als *gleichgeschlechtliche Ehe nach dem Recht von ...* umschrieben wird. Der Hinweis auf Art. 17b Abs. 4 EGBGB in der Entscheidung des OLG Zweibrücken geht darüber hinaus und dürfte von der Eintragungsbefugnis nicht getragen werden.

Die Rechtsfrage der Einordnung der gleichgeschlechtlichen Ehe nach ausländischem Recht ins deutsche Rechtssystem ist nicht so sehr für das Personenstandsrecht bedeutsam, sondern mehr für das von deutschen Familiengerichten anzuwendende internationale Verfahrens- und Kollisionsrecht besonders in Ehe- und Unterhaltssachen. Zu fragen ist: Findet das EU-Unionsrecht bzw. Staatsvertragsrecht (im Verfahrensrecht für Ehesachen: EuFamVO 2003, sog. Brüssel-IIa-VO, ABl. EU 2003, L 338, 1; für Unterhaltssachen: EuUntVO 2008, ABl. EU 2009, L 7, 1, ABl. EU 2011, L 131, 26; im Kollisionsrecht für Ehesachen insb. nach Geltungsbeginn am 21.6.2012 die EuScheidVO 2010, ABl. EU 2010, L 343, 10; für Unterhaltssachen: HUÜ 2007, sog. Haager Protokoll, ABl. EU 2009, L 331, 19 + 17 [Link für ABl. EU: <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>]) auch auf Fälle der gleichgeschlechtlichen Ehe nach ausländischen Rechten Anwendung? Diese multilateralen Regelungen, die sich hierzu nicht ausdrücklich äußern, sind im Sinne des internationalen Entscheidungseinklangs verordnungs- bzw. vertragsautonom auszulegen (so ausdrücklich Art. 20 HUÜ 2007). Bei Beschlussfassung aller genannten Regelungen war die Existenz der gleichgeschlechtlichen Ehe nach einzelnen ausländischen Rechten schon bekannt, und dieser Umstand ist hierbei nicht ohne Bedeutung. Weiter müssen beim EU-Unions-

recht die Diskriminierungsverbote von EUV und AEUV (ABl. EU 2010, C 83, 13, 47) sowie der EU-Grundrechtecharta (ABl. EU 2007, C 303, 1) einbezogen werden. Die Beantwortung der vorstehend aufgeworfenen Zuordnungsfragen hat im Verfahrensrecht insbesondere Bedeutung für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte. Sie hat Bedeutung auch im Kollisionsrecht wegen der Auswirkungen auf die Anknüpfung von Vorfragen (insb. Wirksamkeit der eingegangenen Verbindung), denn anders als nach h.M. beim autonomen Kollisionsrecht knüpfen EU-Unions- und Staatsvertragsrecht – allerdings beschränkt auf den Verfahrensgegenstand – unselbständig an, d.h. auch diese Frage beantwortet dann das danach berufene Hauptsachestatut und nicht das autonome deutsche Kollisionsrecht.

**Beraterhinweis:** Die Einordnung der nach ausländischem Recht geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe ins deutsche Rechtsgefüge birgt für die Beteiligten einen hohen Unsicherheitsfaktor. Dieser wird erst entfallen, wenn eine fundierte Rechtspraxis zu allen angesprochenen Rechtsgebieten vorliegt oder der deutsche Gesetzgeber sich entschließt, den Ehebegriff zu modernisieren; ein Gesetzentwurf liegt dem Bundestag bereits vor (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/063/1706343.pdf>). Bei der jetzigen offenen Situation ist es Sache der Rechtsanwender, z.B. im Verfahren auf Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen auf eine klare Einordnung in die genannten Rechtsgrundlagen zu achten bzw. zu drängen. ◀

*DirAG a.D. Kai Breuer, Würme*

**Mehr zum Thema:** Zur Scheidung einer niederländischen gleichgeschlechtlichen Ehe durch das deutsche Familiengericht s. AG Münster v. 20.1.2010 – 56 F 79/09, FamRBint 2010, 79.

## Ausländerrecht

### Erteilung eines Einreisevisums zum Zweck der Adoption

**Die Erteilung eines Visums zum Zwecke der Adoption eines Kindes aus einem Staat, der dem Haager Adoptionsübereinkommen nicht beigetreten ist, kann einen „begründeten Fall“ i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 4 AufenthG darstellen, der die Erteilung eines Visums für einen im Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswitzweck rechtfertigt.**

**Wird ein Visum für einen solchen Zweck beantragt, liegt ein „begründeter Fall“ i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG nur dann vor, wenn das internationale Adoptionsvermittlungsverfahren vollständig durchgeführt worden ist und mit einer positiven Entscheidung der Adoptionsvermittlungstelle geendet hat.**

BVerwG, Urt. v. 26.10.2010 – 1 C 16.09 (OVG Berlin-Brandenburg – 3 B 8.07)

AufenthG § 7 Abs. 1 S. 3  
FiE-00300

**Das Problem:** Die Klägerin ist eine 1962 geborene, in Deutschland lebende geschiedene deutsche Staatsangehörige marokkanischer Herkunft mit zwei erwachsenen Töchtern. Der Kläger ist ein 1998 geborener marokkanischer Staatsangehöriger, der in Casablanca in einem Kinderheim lebt. Seine Eltern sind unbekannt. Die Klägerin, die ihn regelmäßig besucht, erhielt im Jahre 2005 vom zuständigen marokkanischen Gericht das Recht auf Kafala (Pfleger) übertragen. Sie wurde zum Vormund bestellt und erhielt die Erlaubnis, mit dem Kläger nach Deutschland auszureisen. Gegen die ablehnende Entscheidung der deutschen Botschaft auf Erteilung eines Visums zur Familienzusammenführung erhoben die Kläger erfolgreich Verpflichtungsklage beim VG Berlin. Das OVG wies die Verpflichtungsklage im Berufungsverfahren ab, da die Kafala nach marokkanischem Recht kein Verwandtschaftsverhältnis begründe, so dass ein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug nicht bestehe. Allerdings hielt das OVG die ablehnende Entscheidung der Botschaft für ermessensfehlerhaft begründet, so dass es die Bundesrepublik verpflichtete, über den Visumantrag des Klägers „unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden“.

Gegen diese Entscheidung wenden sich sowohl die Kläger als auch die beklagte Bundesrepublik mit ihrer Revision.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das BVerwG verneint zunächst das Vorliegen eines Anspruchs auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug, da der Kläger weder Kind noch sonstiger Familienangehöriger der Klägerin i.S.v. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. 28 Abs. 4 i.V.m. § 36 Abs. 2 AufenthG sei. Die Kafala nach marokkanischem Recht begründe kein Verwandtschaftsverhältnis, sondern bestelle die Klägerin lediglich zum Vormund mit der Erlaubnis, den Kläger zur Pflege zu sich zu nehmen. Das Gericht schließt auch eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 1 AdÜbAG (Adoptions-Übereinkommens-Ausführungsgesetz) aus, der hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts eines aufzunehmenden Kindes auf die Vorschriften des Kindernachzugs verweise, da es im Hinblick auf § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG an einer planwidrigen Regelungslücke fehle, die eine analoge Anwendung rechtfertige.

Das Gericht bejaht einerseits grundsätzlich, dass als rechtliche Grundlage für die Erteilung eines Visums allein § 7 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 4 AufenthG in Betracht komme, wonach „in begründeten Fällen“ ein Visum auch für einen vom Aufenthaltsgesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswitzweck erteilt werden könne. Andererseits verneint es jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen, da es sich beim Nachzugswitzweck des Klägers nicht um einen „begründeten Fall“ im Sinne dieser Vorschrift handele. Es komme deshalb auf eine umfassende Klärung, was unter einem „begründeten Fall“ zu verstehen sei, vorliegend nicht an, da durch den Aufenthaltstitel die Vorschriften über das bei Adoptionen mit Auslandsbezug

zu beachtende internationale Adoptionsvermittlungsverfahren nicht unterlaufen werden dürften.

Bisher sei nicht geklärt, ob die Kläger die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer Adoption erfüllen. Maßgebend hierfür seien die Vorschriften des Adoptionsvermittlungsgesetzes, nach dessen § 2a Abs. 1 das Gesetz in allen Fällen gelte, in denen das Kind oder der Adoptionsbewerber ihren Wohnsitz oder Aufenthalt im Ausland haben oder in denen das Kind innerhalb von zwei Jahren vor Beginn der Vermittlung in das Inland gebracht worden sei. Das Gesetz gelte auch für internationale Adoptionen mit einem Bezug zu einem Nichtvertragsstaat. Dies gebiete das Kindeswohl. Der Anwendung des Gesetzes stehe auch nicht entgegen, dass das zu adoptierende Kind bereits feststehe. Auch hierin sei ein Zusammenführen des Kindes mit dem Adoptionsbewerber und damit eine Adoptionsvermittlung i.S.d. § 1 AdVermG zu sehen. Nach dem Gesetz sei es ausschließlich Sache der Adoptionsvermittlungsstellen die sachdienlichen Ermittlungen durchzuführen und dabei zu prüfen und zu bewerten, ob die Adoptionsbewerber unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Kindes und dessen individueller Bedürfnisse für die Annahme geeignet seien (§ 7 Abs. 1 AdVermG). Das gesetzlich geregelte Vermittlungsverfahren diene dazu, eine allein am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu gewährleisten und Missbrauch zu verhindern.

Wenn ein Visum zur Durchführung eines Adoptionsverfahrens begehrt werde, liege ein begründeter Fall i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG demnach grundsätzlich nur dann vor, wenn ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren durchgeführt worden sei und mit einer positiven Empfehlung der zuständigen Adoptionsvermittlungsstelle geendet habe. Dies gelte auch dann, wenn ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren nicht durchgeführt werden könne, weil es im Heimatstaat des Kindes keine Adoptionsvermittlungsstelle gebe.

Hiervon könne nur in Ausnahmefällen abgesehen werden, etwa in Notsituationen, in denen das Kindeswohl offensichtlich die geplante Adoption erfordere, z.B. bei familiärer Verbundenheit. Dann könne die deutsche Botschaft auf Grund eigener Sachkunde, ggf. mit sachkundiger Unterstützung, auf ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren verzichten. Der Senat weist jedoch darauf hin, dass mit Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommens für Deutschland im Januar 2011 der Anwendungsbereich für Ausnahmefälle deutlich an praktischer Bedeutung verlieren werde, da es dann ein Verfahren für die Inpflegenahme von Kindern auf der Grundlage der Kafala geben werde.

**Konsequenzen für die Praxis:** Ein Visumantrag für ein ausländisches Kind zur Durchführung der Adoption vor vollständiger Durchführung des Adoptionsvermittlungsverfahrens hat, von einigen wenigen Ausnahmefällen abgesehen, nach dem Urteil des BVerwG praktisch keine Erfolgchance mehr.

**Beraterhinweis:** Ein Visumantrag für ein ausländisches Adoptivkind ist bei der deutschen Auslandsvertretung (Botschaft oder Konsulat) unter Beifügung der Unterlagen des durchgeführten Adoptionsvermittlungsverfahrens zu stellen.

Nützliche Hinweise hierzu findet man auf der Webseite [www.bundesjustizamt.de](http://www.bundesjustizamt.de). Besitzen die in Deutschland lebenden Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit, ist der Antrag vor Vollendung des 18. Lebensjahrs des Kindes zu stellen. Bei ausländischen Adoptiveltern muss der Antrag nach analoger Anwendung des § 32 Abs. 2 AufenthG vor Vollendung von dessen 16. Lebensjahr gestellt werden. ◀

*RA Roland Kugler, Stuttgart*

**Mehr zum Thema:** Inzwischen hat das BVerwG mit Urteil vom 10.3.2011 auch zur Rechtslage nach Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommens (KSÜ) zum 1.1.2011 Stellung genommen (BVerwG v. 10.3.2011 – 1 C 7.10, FamRZ 2011, 888). Ausländerrechtlich habe sich, so das BVerwG, nichts geändert. Das Gericht führt hierzu in seinem Leitsatz aus: „Auch für die Betreuung eines Kindes durch Kafala in einem anderen Vertragsstaat ist jedenfalls nach Art. 33 KSÜ die Durchführung eines Verfahrens der zwischenstaatlichen Abstimmung erforderlich.“

ols  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

**FamRB**  
**online**

Zeitschriften-Archiv + Praktikerliteratur  
+ Entscheidungen + Gesetze

**In Ihrem Abo enthalten –  
einfach anmelden und online recherchieren:**  
Benutzername: FamRB, Passwort: online

[www.famrb.de](http://www.famrb.de)

## FamRBint-Beratungspraxis

### Aktuelle Praxisfragen

#### ■ Haager Übereinkommen zur internationalen Kindesentführung – Nachträge und Ergänzungen

*von FAFamR Privat-Dozent Dr. Peter Finger, Frankfurt/M.*

*In FamRBint 2007, 65 hat der Verfasser anhand aktueller Rechtsprechung über neuere Entwicklungen berichtet, die bis dahin zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) v. 25.8.1980 bekanntgeworden waren; diesen Beitrag ergänzt er nunmehr und führt ihn fort, um ihn so auf den gegenwärtigen Stand der Dinge zu bringen.*

#### I. Einleitung

Seit dem 1.12.1990 ist für Deutschland das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) v. 25.8.1990 in Kraft.<sup>1</sup> Seine Regeln sollen unter den Mitgliedstaaten gegenseitige **Rechtshilfe** für die möglichst umgehende **Rückführung**, dazu Art. 1 HKÜ, über eine internationale Grenze **verbrachter** oder **zurückgehaltener** Kinder sicherstellen, um so, ohne dass damit eine Entscheidung zum **Sorgerecht** oder zum Recht auf **persönlichen Umgang** verbunden wäre (vgl. auch Art. 16 HKÜ), die vorausgegangenen harschen Rechtsverletzungen auszugleichen und dem Kind aufgezwungene Veränderungen zu ersparen, die seine weitere Entwicklung gefährden (können). In Deutschland hat das HKÜ den Rang eines Bundesgesetzes, Art. 59 Abs. 2 GG.<sup>2</sup> Ausführungsg ist das **Int-FamRVG**; die der inländischen **Zentralen Behörde** übertragene Aufgaben nimmt das Bundesamt für Justiz wahr. Grundlage für die endgültige Regelung der Sorgerechtsbefugnisse oder des Umgangsrechts waren bisher bei uns die über Art. 21 EGBGB bzw. (vorrangig) das **MSA** berufenen Bestimmungen. Ab 1.1.2011 gilt das **KSÜ**, das in Art. 15 f. eigene kollisionsrechtliche Vorschriften enthält.<sup>3</sup>

**Beraterhinweis:** Antragsformular und Vollmacht für die Tätigkeit der inländischen Zentralen Behörde – Unterstützung des Antragstellers bei seiner Rechtsverfolgung – sind zu erhalten beim Bundesamt für Justiz, Mohrenstraße 37, 53094 Bonn, [www.bundesjustizamt.de](http://www.bundesjustizamt.de) oder über [int.sorgerecht@bfj.bund.de](mailto:int.sorgerecht@bfj.bund.de). ◀

#### II. Einzelfragen

##### 1. Beitritte/Mitgliedstaaten; Erfahrungsberichte

Zur Zeit gehören dem HKÜ **82 Staaten** an. Mit Wirkung vom 9.3.2010 ist **Marokko** beigetreten, zuletzt **Japan**. Mitgliedstaaten sind schon seit längerem die **USA** (29.4.1988), die **Türkei** (31.5.2000) und im Ergebnis der

**Kosovo**.<sup>4</sup> Auch für Israel gelten die Regeln des Abkommens, aber nicht für die palästinensischen Autonomiegebiete.<sup>5</sup> Nach wie vor sind besonders „kritische“ Staaten nicht (unmittelbar) erfasst, so dass der ausländische Elternteil – dabei vor allem Mütter – bei der Verfahrensführung dort mit herben Nachteilen rechnen müssen, weil gesetzliche Sorgerechtsregeln eher auf den Vater ausgerichtet sind oder er in gerichtlichen Auseinandersetzungen Vorteile hat. Allerdings sind **zweiseitige Übereinkommen** nicht selten, die das Ziel verfolgen, Kinder aus dem Zufluchtstaat möglichst umgehend wieder in den Herkunftsstaat zurückzuführen, wenn dies so verabredet ist, nämlich als Beispiele

- Australien mit Ägypten,
- Belgien mit Marokko und Tunesien,
- Kanada mit Ägypten und dem Libanon,
- Frankreich mit Algerien, Ägypten, dem Libanon, Marokko und Tunesien,
- Schweden mit Ägypten und Tunesien,
- die Schweiz mit dem Libanon und
- die USA mit Ägypten.<sup>6</sup>

Schade, dass nicht auch wir diesen Weg gehen.

Unterlagen und Erfahrungsberichte über die „jeweilige“ Anwendung des Übereinkommens in den einzelnen Staaten, insb. auch über Vermittlungsgespräche, Seminare und sonstige Treffen (einschl. des **Malta-Prozesses/Mediation**) sind unter [www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=21](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21) zu finden; umfangreiche Rechtsprechung hält [www.incadat.com](http://www.incadat.com) bereit.

<sup>1</sup> Bek. v. 11.12.1980, BGBl. 1991 II, 329.

<sup>2</sup> Wie auch die UN-Kinderkonvention, nachdem Deutschland die früheren Vorbehalte zurückgenommen hat; zu den Auswirkungen dabei *Wabnitz*, ZKJ 2010, 10; OLG Karlsruhe v. 2.12.2010 – 2 UF 172/10, FamRZ 2011, 740 = NJW-RR 2011, 733.

<sup>3</sup> Dt. Zustimmungsg v. 25.6.2009, BGBl. 2009 II, 602 und 603 f., dazu schon der Hinweis in FamRBint 2009, 86; Übersicht über die Bestimmungen im Einzelnen *Finger*, FamRBint 2010, 95; ausf. *Schulz*, FamRZ 2011, 156 und *Wagner/Janzen*, FPR 2011, 110.

<sup>4</sup> Regulation Nr. 2004/29 der Übergangsverwaltung der Vereinten Nationen in Kosovo, Unmik/Reg/2004/29 v. 5.8.2004.

<sup>5</sup> AG Saarbrücken v. 12.6.2006 – 52 F 32/07 (HKÜ), FamRZ 2008, 433.

<sup>6</sup> [www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=21](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21) (S. 3 v. 6.12.2010).

## 2. Gewöhnliche Aufenthaltsnahme des Kindes

### a) Art. 4 HKÜ

Nach Art. 4 Satz 1 HKÜ wird das „Übereinkommen auf jedes Kind angewendet, das unmittelbar vor einer Verletzung des Sorgerechts oder des Rechts zum persönlichen Umgang seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatte“, wobei sich die Rechtstellung des „berechtigten Elternteils“, der die Rückführung verlangt, gerade aus den Rechtsregeln dort zu diesem Zeitpunkt ergeben muss. Nicht ausreichend ist also, dass sich das Kind etwa mit der **Staatsangehörigkeit** eines Mitgliedstaats vor der Rechtsverletzung in einem Staat aufgehalten hat, der dem Abkommen nicht angehört, aber kurz zuvor in einem Mitgliedstaat „war“, etwa zu einem kurzen Verweilen oder auf der Durchreise.<sup>7</sup> Ohnehin ist die Zugehörigkeit des Zufluchtstaats zum HKÜ notwendig, um die dortigen Behörden oder Gerichte zu den im Abkommen vorgesehenen Tätigkeiten zu veranlassen. Zieht das entführte Kind in einen anderen Staat weiter, der dem

Abkommen angehört, sind von nun an dessen (zuständige) Stellen einzuschalten, die dann die vorgesehenen Maßnahmen zu ergreifen haben, ohne dass dort schon ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bestehen müsste, vgl. auch Art. 10 und 11 VO Nr. 2201/2003.

### b) Insb.: gewöhnliche Aufenthaltsnahme des Kindes

#### Beispiel

Frau A lebt mit ihrem Mann und den Kindern Anna, Lena und Max zunächst und längere Zeit in B. 2001 zieht die Familie nach C, verlässt dieses Land aber im Sommer 2005 wieder, um Urlaub in B zu verbringen; durchgängig halten sich alle Angehörigen dort im Wohnwagen auf verschiedenen Campingplätzen auf, ohne dass die Kinder zur Schule gehen. Im folgenden Herbst kehrt die Mutter mit Anna, Lena und Max nach C zurück.<sup>8</sup> Kindesentführung?

**Gewöhnliche Aufenthaltsnahme** (des Kindes) in Kinderschafts- und insb. in Entführungssachen ist aus dem „jeweiligen Kontext zu entwickeln, um den unterschiedlichen Bedürfnissen in unterschiedlichen Zusammenhängen zu genügen (...), ohne durch eine frühere Definition in anderen Rechtsgrundlagen präjudiziert zu sein“.<sup>9</sup> **Schutzmaßnahmen** für das Kind können im (tatsächlichen, nicht notwendig gewöhnlichen) Aufenthaltsstaat getroffen werden, Art. 20 VO Nr. 2201/2003, wobei die dortigen Vorschriften maßgeblich werden. Unterschiede zwischen dem HKÜ und der VO Nr. 2201/2003 mit den eigenen Zielsetzungen der jeweiligen Regeln sind allerdings besonders zu beachten. Sonst ist als gewöhnlicher Aufenthalt „der Ort zu verstehen, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes (wobei sie jedenfalls nur einen Gesichtspunkt unter den genannten anderen bildet),<sup>10</sup> Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen“,<sup>11</sup> wobei die endgültige Entscheidung über sämtliche Einzelheiten das zuständige, nationale Gericht zu treffen hat.<sup>12</sup> Dabei kann die Rechtsanwendung für die VO Nr. 2201/2003 anders ausfallen als (etwa) für das HKÜ,<sup>13</sup> aber die Abweichungen müssen sich rechtfertigen lassen. So kann der Schutz des Kindes in der gebotenen Form in B notwendig werden, und dann müssen die dortigen Behörden sofort handeln, vgl. dazu Art. 20 VO Nr. 2201/2003, während der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse der Beteiligten und insb. der Kinder nach wie vor in C liegen kann, so dass eine Entführung nach den Regeln des HKÜ ausscheidet, wenn ein Elternteil (mit dem Kind/den Kindern) dorthin zurückkehrt. Sonst mag **mehrfache** oder **wechselnde** gewöhnliche **Aufenthaltsnahme** „zulässig“ sein, etwa um **gerichtliche Zuständigkeiten** im Scheidungsverfahren zu begründen<sup>14</sup> oder das dabei maßgebliche Recht festzulegen. Für die Kindesentführung und die Folgen nach den Regeln des HKÜ scheidet sie dagegen aus,<sup>15</sup> denn dann würden die Ziele des Abkommens verletzt, die umgehende Rückführung des Kindes aus dem Zufluchtstaat in den Herkunftsstaat sicherzustellen.<sup>16/17</sup>

7 Beispiele bei *Bach/Gildenast*, Internat. Kindesentführung, Rz. 61 f.

8 Nachgebildet EuGH v. 2.4.2009 – C-523/07-A, FamRZ 2009, 843 mit Anm. *Völker* = FamRBint 2009, 53 = IPrax 2011, 76 und Bespr. *Pirrung*, IPrax 2011, 50; der EuGH musste sich dabei mit der Zulässigkeit von Schutzmaßnahmen für die Kinder nach den Regeln der VO Nr. 2001/2003 beschäftigen, also nicht unmittelbar mit den Bestimmungen des HKÜ, doch sind seine Ausführungen zur „gewöhnlichen Aufenthaltsnahme“ auch insoweit von Bedeutung.

9 *Pirrung*, IPrax 2011, 50 (53).

10 EuGH v. 2.4.2009 – C-523/07-A, FamRBint 2009, 53; vgl. auch EuGH v. 22.12.2010 – C-497/10 PPU, FamRZ 2011, 617 mit Anm. *Henrich* auf S. 620.

11 Dazu auch *Pirrung*, IPrax 2011, 50 (53).

12 EuGH v. 2.4.2009 – C-523/07-A, FamRZ 2009, 843 mit Anm. *Völker* = FamRBint 2009, 53 = IPrax 2011, 76 und Bespr. *Pirrung*, IPrax 2011, 50; dem EuGH folgt das OLG Saarbrücken v. 5.11.2010 – 9 UF 112/10 im Anschluss an *Völker*, FamRZ 2010, 157 (160).

13 *Pirrung*, IPrax 2011, 50 (53) setzt sich dagegen gerade für ein einheitliches Verständnis der VO Nr. 2201/2003, des KSÜ und des HKÜ ein, doch unterscheiden die Abk. sich in ihren jeweiligen Zielen.

14 Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit zu Mitgliedstaaten der EU können die Ehegatten wählen, in welchem Staat sie ihr Verfahren führen wollen, dazu EuGH v. 16.7.2009 – C-168/08, FamRBint 2009, 72 (Frankreich/Ungarn) = FamRZ 2009, 1571 mit Anm. *Kohler*; zur engl. Sache *Marinas* vgl. *Int-FamR/Finger*, 8.2.2/Anhang Rz. 28d (England/Griechenland).

15 Vgl. etwa OLG Oldenburg v. 5.2.2010 – 13 UF 87/09, FamRZ 2010, 1565; eine „Privilegierung“ für die Aufenthaltsnahme in Deutschland wie in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB für die Staatsangehörigkeit vorgesehen, scheidet jedenfalls aus.

16 Zur wechselseitigen Kindesentführung (aus A nach B, dann aus B zurück nach A) vgl. BVerfG v. 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 = FamRZ 1999, 85 = NJW 1999, 631 (*Tiemann*).

17 Eine Vereinbarung der Eltern, die Kinder sollten „teilweise“ oder „vorübergehend“ in einem anderen Staat (beim Vater) leben, führt noch nicht zu einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts, wenn die sonstigen Voraussetzungen dabei nicht vorliegen, also etwa bei fehlender Eingliederung des Kindes in die „neuen Lebensverhältnisse“ u.Ä., dazu OLG Nürnberg v. 17.7.2007 – 7 UF 681/07, FamRZ 2007, 1588 = FamRBint 2007, 84.

### c) Rückkehr in den Aufenthaltsstaat

Wird der Entführer verpflichtet, das Kind in den Herkunftsstaat zurückzubringen (hier: Polen/Deutschland), hat er die gerichtlichen Anordnungen noch nicht erfüllt, wenn er/sie kurzfristig zu Behördengängen und Einkäufen dorthin kommt und dann wieder ausreist.<sup>18</sup>

### 3. Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhalten des Kindes

#### a) Art. 3 HKÜ, insb.: gemeinsame elterliche Sorge; Zustimmung – Vollmachterteilung

Nach Art. 3 Abs. 1 HKÜ gilt das Verbringen des Kindes in den Zufluchtstaat oder sein Zurückhalten als **widerrechtlich**, wenn

- das Sorgerecht verletzt wird, das einer **Person, Behörde** oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam (sc.: mit einem anderen) nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und
- dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinschaftlich ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte.

Maßgeblich für die sorgerechtlichen Befugnisse des verletzten Teils ist danach das Recht des Herkunftsstaats, das über alle Einzelheiten bestimmt,<sup>19</sup> vgl. bei uns Art. 21 EGBGB bzw. vorrangig die Regeln des MSA oder ab 1.1.2011 des **KSÜ**.<sup>20</sup> Ohne Bedeutung ist die Rechtslage im Zufluchtstaat. Entführer sind dabei häufig die Mütter, die nach dem Zerbrechen ihrer Verbindung mit dem Vater, dem sie in sein Heimatland gefolgt waren, nun aus Enttäuschung über ihn und ihr persönliches Scheitern mit dem Kind/den Kindern in ihren Herkunftsstaat zurückkehren,<sup>21/22</sup> von dem sie sich Schutz und Geborgenheit versprechen. Väter sind inzwischen durchgängig zumindest in den meisten westlichen Ländern an der elterlichen Sorge beteiligt, in deren Befugnisse die Mütter damit eingreifen, so dass sie unter den üblichen Voraussetzungen, Ausnahme insb. Art. 13 HKÜ, dazu 3., zur sofortigen Rückführung des Kindes/der Kinder verpflichtet sind,

- wobei die endgültige Sorgerechtsentscheidung, das ergibt sich aus Art. 16 HKÜ, erst im Herkunftsstaat zu treffen ist,
- für die sie für sich aber nun erheblich schlechtere Ausgangsbedingungen geschaffen haben. Meist sind ihnen diese Folgen auch bewusst. Aber aus Furcht, mit ihren Vorstellungen in der Fremde zu scheitern und dort bleiben zu müssen, gehen sie eben nicht den vorgeschriebenen Weg und führen die Auseinandersetzungen in der üblichen Form, vgl. bei uns § 1628 BGB. **Umgangsrechte**, die der Vater tatsächlich ausübt, können ausreichen, falls er sonst an der elterlichen Sorge beteiligt ist, um sein Interesse nachzuweisen, wenn sich der Entführer (die Mutter) über sie hinwegsetzt und das Kind/die Kinder in einen anderen Mitgliedstaat des HKÜ verbringt, denn dann wird klar, dass er sich für sein Kind/die Kinder interessiert und die persönlichen Verbindungen zu

ihm/ihnen erhalten will.<sup>23</sup> Haben sich die Eltern auf den **Umzug** in den Staat verständigt, in den einer von ihnen mit dem Kind gereist ist, wie das einmal von beiden vorgesehen war, will aber der andere, der zunächst noch unentschlossen war, später dann letztlich doch dort bleiben und nicht folgen, kann er sich von den Verabredungen nicht lösen und so das Geschehen nachträglich als „widerrechtlich“ erscheinen lassen. Überlegt er sich nach einer gemeinsamen Übersiedlung alles noch einmal anders und kehrt in den Ausgangsstaat zurück, in dem die Familie bisher gelebt hat, liegt schon kein „unabgesprochenes“ Verbringen des Kindes vor, denn im neuen Staat nimmt die Familie nicht eine „Zuflucht“, sondern sie begründet wie vorgesehen dort einen eigenen Lebensmittelpunkt. Berufet sich der Entführer auf die **Zu-**

18 OLG Karlsruhe v. 14.8.2008 – 2 UF 4/08, FamRZ 2008, 2223 = FamRBint 2008, 80 und *Dutta/Scherpe*, FamRZ 2006, 901.

19 EuGH v. 5.10.2010 – C-400/10, FamRZ 2011, 272 = FamRBint 2011, 6 mit Anm. *Motzer*, wobei eine „nationale Regelung, nach der ein Vater, der nicht mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, das Sorgerecht nur erlangen kann, wenn es ihm durch eine gerichtliche Entscheidung übertragen wird, nicht das durch die Charta der Grundrechte der EU geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt“; OLG Naumburg, v. 28.1.2006 – 8 WF 153/06, FamRZ 2007, 1586.

20 Für die Ehescheidung wird Art. 17 EGBGB Grundlage. Deutschland hat sich allerdings mit anderen EU-Staaten an der Verstärkten Zusammenarbeit im Scheidungskollisionsrecht beteiligt, wobei die neuen Regeln im Juni 2012 in Kraft treten werden, so dass vorrangig die Wahl der Parteien entscheidend wird, die sie auch noch während des laufenden Scheidungsverfahrens treffen können, dann der gemeinsame gewöhnliche bzw. der letzte gewöhnliche Aufenthaltsort, wenn sich der andere Teil noch dort aufhält und der Umzug nicht länger als ein Jahr zurückliegt, und erst auf der dritten Stufe die gemeinsame bzw. letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit. So werden sich allerdings häufig Anerkennungsprobleme im Heimatstaat ergeben, wenn wir (etwa) unser Recht anwenden, der „andere“ Staat aber mit ähnlichen Überlegungen, vgl. bei uns Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, sein eigenes Recht für maßgeblich hält, Übersicht bei *Finger*, FuR 2011, 61 und *ders.*, FuR 2011, 313, so dass den Beteiligten manchmal zu raten sein kann, gerade das dortige Recht zu wählen, damit sie die Anerkennung der bei uns getroffenen Entscheidung im Ausland, insb. im gemeinsamen Heimatland sicherstellen, zu den gesetzlichen Regeln der VO Nr. 1259/10, ABl. EG 2010 L 343/10.

21 Dazu *Finger*, FamRBint 2009, 34.

22 Für unterhaltsrechtliche Folgen gelten seit dem 18.6.2011 die Regeln der VO Nr. 4/2009, ABl. EU 2009, L 7/1, dt. DurchfG BGBl. 2011 I, 898, die wie die anderen europarechtlichen Vorschriften nicht nur für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten in der EU heranzuziehen sind (Dänemark nimmt nicht an der europäischen Gesetzgebung teil), sondern für alle, die die sonstigen Anwendungsvoraussetzungen erfüllen. Art. 18 Abs. 4 EGBGB ist „entfallen“, dazu AUG v. 27.5.2011, BGBl. 2011 I, 898, so dass das Recht entscheidend wird, zu dem die Ehegatten über ihre Ehe die engste Verbindung haben oder hatten, wenn einer von ihnen dies verlangt, Art. 15 EuUnterhaltsVO und die Bestimmungen des Haager Protokolls, die für die Rechtsanwendung maßgeblich werden, zur Übernahme durch die EU ABl. EU 2009 L 331/27; erste Übersicht bei *Finger*, FuR 2011, 254.

23 Dazu *Wanitzke*, FamRZ 2005, 1274 (1278); AG Nürnberg v. 5.5.2008 – 110 F 1027/08, FamRZ 2009, 237 (238).

**stimmung** seines Partners, muss er ihre Voraussetzungen im Einzelnen beweisen.<sup>24/25</sup> Erteilt der Vater etwa für einen Kriegseinsatz (US-amerikanischer Soldat im Irak) seiner Frau **Vollmacht**, sämtliche Angelegenheiten für das Kind/die Kinder zu besorgen, ermächtigt er sie damit noch nicht, aus dem bisherigen Aufenthaltsstaat auszureisen und in (etwa) ihre Heimat zurückzukehren.<sup>26</sup> Auch der Kauf eines Flugtickets nur für die Hinreise „für einen geplanten Urlaub“ ohne Rückflug reicht nicht aus, um so (schon) das Einverständnis des anderen Elternteils zu einer endgültigen Übersiedlung zu belegen.

- 24 OLG Karlsruhe v. 12.6.2008 – 2 UF 43/08, FamRZ 2009, 239; OLG Düsseldorf v. 2.2.2011 – II-1 UF 110/10, FamRZ 2011, 1237.
- 25 OLG Stuttgart v. 12.11.2009 – 17 UF 105/09, FamRZ 2009, 2017 = FamRBint 2009, 75; OLG Zweibrücken v. 12.12.2009 – 6 UF 118/09, FamRZ 2010, 913; AG Rostock v. 23.7.2008 – 11 F 159/08, FamRZ 2009, 625.
- 26 OLG Zweibrücken v. 12.11.2009 – 6 UF 118/09, FamRZ 2010, 913; die verweigerte Rückführung des Kindes – zu klein, fehlende Bindung zum Vater – ist dann aber fragwürdig, vgl. auch OLG Nürnberg v. 26.10.2010 – 7 UF 20/10, FamRZ 2010, 1575 = FamRBint 2010, 52 = FuR 2010, 708; anders ohnehin EuGHMR v. 11.12.2006 – 41092/06, FamRBint 2008, 4 (*Mattenklott*). Auch sonst muss der Entführer alle Voraussetzungen für die Zustimmung des anderen Teils zur Ausreise/Übersiedlung mit dem Kind nachweisen, dazu schon OLG Stuttgart, BeckRS 2009, 22879 und AG Rostock v. 23.7.2008 – 11 F 159/08, FamRZ 2009, 625; zur „konkludenten Genehmigung“, etwa durch Teilnahme an einem Mediationsverfahren im Zufluchtstaat AG Frankfurt v. 17.3.2009 – 451 F 52/09 HK, FamRZ 2009, 1513, so allerdings kaum haltbar, vgl. auch Anm. Red. 1514 und unten 4.e.
- 27 Dazu OLG Koblenz v. 9.8.2007 – 9 UF 450/07, FamRBint 2008, 5 und dazu *Stöber*, FamRBint 2008, 37; eine amerik. Entscheidung, die für die Mutter die primary physical custody, dem Vater aber die partial physical custody zu im Einzelnen festgelegten Zeiten einräumt, berechtigt sie nicht zur Ausreise ins Ausland, so dass ihr Verhalten widerrechtlich bleibt, dazu BG (CH) v. 16.4.2009 – 5A\_105/2009, FAMPRA.ch 2009, 791 und BG (CH) v. 1.6.2010 – 5D\_171/2009, FAMPRA.ch 2010, 717.
- 28 BGH v. 28.4.2010 – XII ZR 81/09, FamRZ 2010, 1060 m. Anm. *Völker* = FamRBint 2010, 51.
- 29 OLG Köln v. 29.10.2009 – 21 UF 158/09, FamRZ 2010, 913 (Kanada). Nach OLG Koblenz v. 4.5.2010 – 11 UF 149/10, FamRZ 2010, 1572 = FamRBint 2011, 8 kann das Sorgerecht einem Elternteil, der mit dem Kind ins Ausland übersiedeln will, gegen den Willen des anderen Elternteils nur dann übertragen werden, wenn er für seinen Wegzug triftige Gründe hat, die schwerer wiegen als das Umgangsinteresse des anderen Elternteils mit dem Kind (Italien); zur Abgrenzung auch BG (CH) v. 1.6.2010 – 5D\_171/2009, FAMPRA.ch 2010, 717 (wenn die Grenzen des Rechtsmissbrauchs überschritten sind, kommt ein solcher Umzug nicht in Betracht); *Rauscher*, NJW 2011, 2332.
- 30 OLG Nürnberg v. 17.7.2007 – 7 UF 681/07, FamRZ 2007, 1589 = FamRBint 2007, 84; war nur ein „vorübergehender Wechsel“ geplant, mag das anders sein, so dass entscheidend wird, ob die sonstigen Voraussetzungen des HKÜ – gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Herkunftsstaat unmittelbar vor der Entführung – noch vorliegen.

## b) Aufenthaltsbestimmungsrecht; Übertragung einzelner Sorgebefugnisse durch vorläufige Entscheidung/einstweilige Anordnung

Ist trotz Fortbestands der gemeinsamen elterlichen Sorge das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** für das Kind/die Kinder einem Elternteil übertragen, handelt er nicht widerrechtlich, falls er nun ausreist, selbst wenn damit Umgangsbezugnisse des anderen eingeschränkt und manchmal (praktisch) ausgeschlossen werden.<sup>27</sup>

**Beraterhinweis:** Bei der gerichtlichen Entscheidung oder der Abfassung einer Vereinbarung sollten die Beteiligten daher darauf achten, diese – möglichen – Auswirkungen zu berücksichtigen, so dass lediglich die Verlegung des Wohnsitzes oder Lebensmittelpunkts für das Kind wie zwischen ihnen verabredet geregelt ist und sonst Abstimmung für sie notwendig wird. Also: „Der Mutter wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder Alexandra, geb. am 30.9.2005, und Steffi, geb. am 21.12.2007, übertragen. Ausdrücklich davon ausgenommen ist ein Umzug nach X (bei Ausländern vorzugsweise ins Heimatland, im Übrigen in den Herkunfts-ort oder den Wohnsitz der Eltern u.Ä.), über den sie nicht allein entscheiden darf, sondern sich mit dem Vater verständigen muss“. <

Im Übrigen haben die Gerichte, wenn ein Elternteil aus Deutschland mit den Kindern in ein weit entferntes Land umziehen will, also etwa nach Mexiko<sup>28</sup> oder Thailand<sup>29</sup>, auf Antrag des anderen und unabhängig von der Regelung der elterlichen Sorge Voraussetzungen, Folgen und Auswirkungen für das Kind im Einzelnen noch einmal auf Antrag zu überprüfen, damit Schäden von ihm abgewandt werden, die ihm drohen können, denn seine gute Entwicklung muss sichergestellt werden. Haben sich die Beteiligten verständigt, dass der betreuende Teil mit dem Kind in einem Land leben soll, bleiben sie jedenfalls gebunden, so dass sich der andere über die Folgen nicht beklagen und internationale Kindesentführung geltend machen kann, wenn der Umzug dann tatsächlich wie verabredet erfolgt. Wie sonst kann er allerdings, falls die angerufenen Gerichte im Inland weiterhin international zuständig sind, später die Absprachen „dort gerichtlich überprüfen“ und eine Neuregelung des Sorgerechts für das Kind verlangen, wenn dies notwendig erscheint und die sonstigen Voraussetzungen vorliegen,<sup>30</sup> weil ihm das Kind nun doch belastet erscheint und er ihm helfen will. Regelungen zur elterlichen Sorge können nicht im **einstweiligen Anordnungsverfahren** ergehen, nur begrenzte Reichweite haben und müssen vorläufig bleiben, so dass sie nicht Grundlage für die Ausreise ins Ausland werden können, wenn dies nicht ausdrücklich gerichtlich „erlaubt“ ist. Deshalb bleibt das Verhalten des Elternteils, der sich „formal“ berechtigt fühlen mag, jedenfalls widerrechtlich, Art. 3 HKÜ, wenn er mit dem Kind eine internationale Grenze überschreitet.

**Beraterhinweis:** Im einstweiligen **Anordnungsverfahren** sollte das Gericht, wenn überhaupt eine Entscheidung zur elterlichen Sorge/zum Aufenthaltsbestimmungsrecht ergeht, ausdrücklich den Umzug/die Übersiedlung/die Auswanderung ins Ausland ausschließen; darauf muss aber auch der Vater – der durchgängig be-

troffen sein wird – achten und entsprechende Anträge stellen<sup>31</sup> bzw. bei seiner Antragstellung beachten. ◀

### c) Zeitpunkt der Sorgerechtsregelung/der gerichtlichen Anordnung

Ist ein Elternteil an der elterlichen Sorge zu der Zeit noch nicht beteiligt, zu der der andere, allein sorgeberechtigte Partner<sup>32</sup> mit dem Kind ins Ausland verzieht, ist er in seinen Befugnissen so „nicht verletzt“ und kann sich daher nicht auf die Bestimmungen des HKÜ berufen, zu Ausnahmen gerade b) und c). Daran ändert sich auch nichts, wenn ihm nachträglich die von ihm beantragten Rechte für das Kind/die Kinder eingeräumt werden und er schon zuvor entsprechende Anträge gestellt hat,<sup>33</sup> zur Änderung der Rechtslage im Ausgangsstaat mit Übergangsregeln vgl. e) (aus Italien). Wird dem Betroffenen später die elterliche Sorge im Herkunftsland **entzogen**, und Art. 16 HKÜ steht dabei nicht entgegen, bleibt das Verhalten des Entführers zwar rechtswidrig, aber die Rückführung des Kindes wird scheitern, weil der andere Teil, der zurückgeblieben ist, nicht für eine angemessene und förderliche Versorgung des Kindes sorgen kann, Art. 13 HKÜ. Ist die Mutter schwanger, kann der Vater die Ausreise nicht verhindern oder sich später auf Kindesentführung berufen, wenn sie im Zufluchtstaat niedergekommen ist.

### d) Insb.: elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters

#### aa) Rechtslage in Deutschland

**Nichteheliche Kinder** sind in den Anwendungsbereich des HKÜ einbezogen. Ist der Vater bei einem Umzug der Mutter mit dem Kind/den Kindern zu dieser Zeit und nach den Rechtsregeln des Herkunftsstaates sorgeberechtigt, kann er Rückführung ins Herkunftsland verlangen, aber sonst nicht,<sup>34</sup> gerade für deutsche Väter **ohne Sorgeerklärung** mit der Mutter eine bittere Folge, vgl. bisher § 1626a BGB. Allerdings ändern wir unsere Rechtsvorschriften und müssen sie ändern. Im Gespräch sind dabei eine **Antrags-** bzw. **Widerspruchslösung**,<sup>35</sup> nach der die Mutter binnen einer Frist von – vielleicht – acht Wochen nach der Geburt des Kindes widersprechen kann, so dass der Vater wiederum wie bisher schon und nach der Antragslösung gerichtliche Regelungsanträge stellen muss. Für die internationale Kindesentführung sind diese Unterschiede erheblich, denn:

- Reist die Mutter mit dem Kind vor der Gerichtsentscheidung über den Antrag des Vaters aus, handelt sie nicht widerrechtlich, Antragslösung;
- legt sie Widerspruch ein, hat der Vater wohl bis zum Abschluss der Sache ebenfalls keine Sorgebefugnisse, die ihr Verhalten als „widerrechtlich“ erscheinen lassen könnten,
- und allenfalls in der Zeit bis zu ihrer Erklärung könnte er mit ihr gemeinsam die elterliche Sorge ausüben, aber die Frist ist kurz.

**Beraterhinweis:** Will der Vater an der elterlichen Sorge für sein Kind/seine Kinder beteiligt werden, muss er – gegenwärtig schon,<sup>36</sup> aber wohl auch künftig – einen möglichen Umzug/die Übersiedlung des Kindes mit der

Mutter ins Ausland berücksichtigen, falls er dafür Anhaltspunkte hat, und ihr im Wege der einstweiligen Anordnung die Ausreise bis zum Abschluss des Verfahrens gerichtlich untersagen lassen,<sup>37</sup> wobei sich so allerdings die Verhältnisse zwischen den Eltern nicht unbedingt entspannen werden. ◀

#### bb) Rechtslage in Italien

In Italien kann seit 2006 auch der nichteheliche Vater an der elterlichen Sorge beteiligt werden, wenn er mit der Mutter nicht oder nicht mehr zusammenlebt, sonst

31 Dazu OLG Nürnberg v. 9.9.2010 – 11 WF 972/10, FamRZ 2011, 131 = FamFR 2010, 527.

32 BG (CH) v. 1.6.2010 – 5D\_171/2009, FamPRach 2010, 717 für die Schweiz, allerdings „unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs“ oder einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung, die dem Sorgerechtsinhaber gerade den Umzug ins Ausland „untersagt“, zu materiellen Rechtsfragen dabei zuletzt bei uns OLG Hamm v. 4.4.2011 – 8 UF 237/10, BeckRS 2011, 14619 und OLG Koblenz v. 4.5.2010 – 11 UF 149/10, FamRZ 2010, 1572 = FamRBint 2011, 8 (*Giers*); BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 796 mit Anm. *Völker* = FamRBint 2011, 51. Für ein Kind aus Afghanistan, das im Einverständnis der Eltern in Deutschland medizinisch behandelt wird, ruht die elterl. Sorge nicht, § 1674 BGB, selbst wenn in Deutschland Pflegeeltern bestellt sind, dazu OLG Koblenz v. 24.2.2011 – 11 UF 153/11, FamRBint 2011, 52 (*Motzer*) (Schutz der Befugnisse der leiblichen Eltern im Heimatland).

33 Dazu schon *Finger*, FamRBint 2005, 65 (67 f. mit Nachw.); EuGH v. 5.10.2010 – C-400/10 ppu, FamRZ 2011, 272 = FamRBint 2011, 6 (*Motzer*).

34 Wobei er, wenn die Mutter kurzfristig, aber formal ausreichend (gewöhnliche Aufenthaltsnahme) in der Zwischenzeit in einem Staat gelebt hat, der den nichtehelichen Vater an der elterlichen Sorge nicht beteiligt, allenfalls Schutz wohlervorbener Rechte (aus dem Herkunftsland) geltend machen kann; OLG München v. 19.1.2010 – 31 Wx 152/09, FamRZ 2010, 1568 = FamRBint 2010, 58 = FamFR 2010, 143 schlägt dagegen eine „europafreundliche“ Lösung vor, die sich an der namensrechtlichen Rechtsprechung des EuGH v. 14.10.2008 – C-353/06 orientiert, dazu FamRZ 2008, 2089 = FamRBint 2009, 31 = NJW 2009, 135 (*Grunkin Paul*). Inzwischen gelten allerdings ohne Übergangsfristen, dazu OLG Saarbrücken v. 5.11.2010 – 9 UF 112/10, FamRZ 2011, 1235 = FamRBint 2011, 75 (*Finger*), in diesem Heft, und BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 796 m. Anm. *Völker* = FamRBint 2011, 51 die Bestimmungen des KSÜ; wobei allenfalls für Art. 16 Abs. 2 auch übergangsrechtlich auf den früheren Zeitpunkt der Vereinbarung abzustellen sein kann, so *Rauscher*, NJW 2011, 2332 (2333) für die dt. Sorgeerklärung nach § 1626a BGB (und damit anders als der BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRBint 2011, 51), ebenso *Coester*, FF 2011, 285 (286), wobei *Coester* zu Recht darauf aufmerksam macht, dass die Anknüpfung insoweit „unwandelbar“ ist, so dass der spätere Aufenthaltswechsel des Kindes ohne Bedeutung bleibt.

35 Die Verfechter einer dritten Variante, nach der nämlich der nichteheliche Vater wie der Ehemann an der elterlichen Sorge mit der Geburt des Kindes beteiligt sein soll, die ihm nur unter der Voraussetzung aus (etwa) § 1666 BGB (oder § 1671 Abs. 2 BGB) entzogen werden kann, haben sich offensichtlich nicht durchgesetzt.

36 Nach BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 = FamRB 2010, 301.

37 Ausf. Nachweise in OLG Frankfurt v. 9.2.2009 – 1 UF 162/09 (Gutachten *Henrich*).

Art. 317 Cc. Im Übrigen ist der Elternteil zur Ausübung der elterlichen Sorge berechtigt, bei dem das Kind lebt, wobei Art. 317 Abs. 3 Cc neben Art. 155 Abs. 3 Cc tritt, ohne dass die Brüche aufgelöst werden können („die elterliche Sorge wird von beiden Eltern ausgeübt“). Jedenfalls ist Art. 155 Cc nicht (etwa) durch Art. 317 Cc verdrängt.<sup>38</sup> Durchgesetzt hat sich zumindest bei uns (wohl) die Auffassung, dass

- grundsätzlich Art. 317 Cc fortgilt,
- solange der Vater nicht selbst tätig wird und Rechte für sich einfordert, vgl. nun Art. 155 Cc.
- Rechtswirkungen entstehen so aber nur für die Zukunft.<sup>39</sup>

#### 4. Konkurrierende Vaterschaften

Können mehrere Männer Vater für ein Kind sein, sollten die Interessen des Kindes entscheidend werden, um den Konflikt aufzulösen.<sup>40</sup> Dann muss der **biologische Vater** zurücktreten.

##### Beispiel

Helga ist mit ihrem deutschen Ehemann Manfred in die USA gezogen, der dorthin zur weiteren fliegerischen Ausbildung abkommandiert ist. Kurz danach lernt sie John kennen, US-amerikanischer Zivilpilot. Aus der Verbindung mit ihm stammt Gloria, geb. 30.9.2007. In den USA erkennt John die Vaterschaft an; Helga bestätigt dies in der dort vorgesehenen Form. Später kehrt sie zu Manfred zurück. Beide reisen mit Gloria – wie ursprünglich geplant – zurück nach Deutschland. John stellt Rückführungsanträge nach dem HKÜ.

38 OLG Frankfurt – 1 UF 162/09; OLG Celle v. 24.5.2007 – 17 UF 72/07, FamRZ 2007, 1587 = FamRBint 2007, 85 mit Anm. Motzer, der zu Recht darauf hinweist, dass die Sache „noch nicht“ zu Ende ist: Weil die Gerichte in Italien dem Vater Sorgerechtsbefugnisse erst am 30.1.2007 übertragen haben, ist die Ausreise der Mutter am 25.1.2007 nicht „widerrechtlich“, denn zu dieser Zeit war sie zu ihrem Verhalten befugt, so dass das Rückführungsverlangen des Vaters scheitert, doch wird er Anerkennung und Vollstreckung der italienischen Sorgerechtsregelung nach den Regeln der VO Nr. 2201/2003 in Deutschland verlangen und verlangen können, die einer Entscheidung bei uns zu Sorgerechtsbefugnissen jedenfalls vorausgegangen ist und damit „vorrangig“ wirkt.

39 Dazu schon *Finger*, FamRBint 2007, 65 (68), insb. dort in Fn. 40.

40 Zuletzt EuGHMR v. 9.11.2006 – Beschwerde Nr. 41092/06, FamRZ 2007, 527 = FamRBint 2008, 4.

41 Zur Widerrechtlichkeitsbescheinigung *Pietsch*, FamRZ 2009, 1730; zum KSÜ dabei *Rauscher*, NJW 2011, 2332 (2333 Fn. 13) und *Coester*, FF 2011, 285 (286).

42 Dazu schon *Finger*, FamRB 2007, 65 (69 f.).

43 EuGHMR v. 21.12.2010 – 20578/07, FamRB 2011, 71 = FamRZ 2011, 269 und ganz aktuell v. 15.9.2011 – Beschwerde Nr. 17080/07 (Schneider ./ Deutschland), s. a. auf S. V im beiliegenden FamRB-Heft 10/11..

44 (Österr.) OGH v. 16.7.2009 – 2 Ob 103/9.

45 Vgl. schon BVerfG v. 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 = FamRZ 1999, 85 = NJW 1999, 631; auch muss der Entführer auf „nachträgliche Genehmigung“ des anderen Elternteils Einzelheiten beweisen; wobei strenge Anforderungen zu erfüllen sind; seine Erklärungen müssen jedenfalls klar, eindeutig und unbedingt sein, dazu OLG Düsseldorf v. 2.2.2011 – II-1 UF 110/10, FamRZ 2011, 1237.

46 OLG Zweibrücken v. 12.12.2009 – 6 UF 118/09, FamRZ 2010, 913.

Das OLG Celle gibt ihm „Recht“, wobei allerdings die amerikanische Widerrechtlichkeitsbescheinigung in den Vordergrund rückt und letztlich ausschlaggebend wird. Nach unseren Vorstellungen ist (dagegen) Manfred mit Helga verheiratet, weil seine Vaterschaft bisher nicht angefochten ist, gilt er (rechtlich) als Vater.<sup>41/42</sup> Zur **Anfechtung** der Vaterschaft/Ehelichkeit eines Kindes sind nach unseren Bestimmungen „nur“

- der Mann berechtigt, dessen Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 und 3, 1593 BGB besteht, vgl. dazu § 1600 Nr. 1 BGB,
- die Mutter, Nr. 2,
- das Kind, Nr. 3,
- unter bestimmten Voraussetzungen die zuständige **Behörde**, um unberechtigte Vaterschaftswirkungen insb. unter ausländerrechtlichem Blickwinkel zu vermeiden,
- und nach Nr. 2 der **biologische Vater**, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater (also: meist dem Ehemann der Mutter) keine **sozial-familiäre Beziehung** besteht oder zum Zeitpunkt seines Todes bestanden hat, denn diese soll geschützt und im Interesse des Kindes erhalten bleiben. Allerdings hält der EuGHMR<sup>43</sup> unsere Vorschriften nicht für ausreichend, so dass wir sie ändern müssen, da sie
- die Befugnisse des **leiblichen Vaters** nicht in der notwendigen Form achten und
- das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner **Abstammung** verletzen.

#### 5. Art. 13 Abs. 1 HKÜ – Versagung der Rückführung des Kindes/der Kinder

##### a) Allgemeines

Nach Art. 13 Abs. 1 HKÜ kann die **Rückführung** des Kindes in den Herkunftsstaat abgelehnt werden, wenn sie (u.a.) „mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden (wäre) oder das Kind auf andere Weise in eine schwerwiegende Gefahr bringt“. Als **Ausnahmevorschrift**<sup>44</sup> ist Art. 13 HKÜ eng auszulegen, um die Ziele des Abkommens nicht zu gefährden. Für die tatsächlichen Voraussetzungen ist der Entführer **darlegungs-** und **beweispflichtig**, auch wenn das Verfahren sonst Grundsätzen der Amtsermittlung folgt. Verfassungsrechtlich ist die Bestimmung nicht zu beanstanden.<sup>45</sup> Auch Art. 8 und 14 EMRK sind nicht verletzt, wenn Art. 13 HKÜ „richtig“ angewendet wird.

##### b) Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtstaat

Ist im Zufluchtstaat für den Entführer eine **Sorgerechtsentscheidung** ergangen, stellt sie „für sich keinen Grund dar, die Rückführung des Kindes nach Maßgabe des (HKÜ) abzulehnen“;<sup>46</sup> so hätte sie gar nicht getroffen werden dürfen, Art. 16 HKÜ, und bleibt daher unbeachtlich, denn sonst würden die abgestimmten Zuständigkeiten verschoben und ohnehin stets naheliegende Tendenzen noch gefördert, die Dinge abschließend dort zu entscheiden und dem Rückführungsverlangen damit die Grundlage zu entziehen.

### c) Kleinkinder

Auch Kleinkinder sind bei „rechtswidrigem Verbringen“ in den Herkunftsstaat zurückzuführen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des HKÜ vorliegen. Jedenfalls steht ihr Alter allein (hier: 2 1/2 Jahre<sup>47</sup>) nicht entgegen, Art. 13 Abs. 1 HKÜ, denn andernfalls würden Mütter – sie sind meist „Entführer“ – geradezu aufgefordert, rechtzeitig tätig zu werden, eben bevor die Kinder älter werden und alt genug sind, um den aus ihrer Sicht vielleicht „drohenden“ Folgen des Abkommens auszuweichen, zu undertakings und safe harbor orders gleich d). Die Ausreise der schwangeren Mutter kann der Vater allerdings nicht „verhindern“.

### d) Entführer als Hauptbezugsperson

Schließlich kann der Entführer nicht geltend machen, mit der Rückführung drohe dem Kind der „Verlust der Hauptbezugsperson“,<sup>48</sup> denn diese Lage hat er/sie selbst geschaffen. Ohnehin kann er/sie gemeinsam mit dem Kind in den Herkunftsstaat zurückkehren. Weigert er/sie sich, sind ihm die Interessen des Kindes offensichtlich weniger wichtig als seine eigenen Verfahrensziele.

**Beraterhinweis:** Gerade der verletzte Elternteil sollte deshalb im Herkunftsstaat alle Voraussetzungen schaffen, die Rückkehr des anderen mit dem Kind zu erleichtern, also **Strafanträge** zurücknehmen, die zuständigen Behörden anweisen, nichts weiter zu unternehmen, insbesondere von weiteren Vollstreckungsmaßnahmen abzuweichen, **safe harbor orders**, und vielleicht sogar **finanzielle Zusagen** für die Zeit bis zur Sorgerechtsregelung machen (Flugkosten, Miete, Unterhalt etc.), für die er eintritt und die das Gericht im Zufluchtstaat dann in seine Anordnungen aufnehmen kann, **undertakings**.<sup>49</sup> ◀

### e) Verhandlungsbereitschaft; Mediation

Nimmt der verletzte Elternteil Verhandlungen mit dem Entführer auf, reist in den Zufluchtsstaat, besucht (dort) sein Kind und kümmert sich auch sonst zumindest zunächst um eine einverständliche Lösung, etwa durch Teilnahme an einer **Mediation** im Rückführungsverfahren, „genehmigt“ er so nicht etwa „stillschweigend“ den vorausgegangenen Rechtsverstoß durch den anderen Elternteil.<sup>50</sup> Sonst wäre er gleich von vornherein gezwungen, möglichst unversöhnlich zu bleiben und hartnäckig im gerichtlichen Verfahren vorzugehen; jede Chance zur Einigung gerade im Interesse des Kindes wäre damit aber vertan.

### f) Politische Unruhen

Bei politischen Unruhen im Herkunftsland kann die Rückführung des Kindes für ihre voraussichtliche Zeit verweigert werden (hier: Thailand).<sup>51</sup>

### g) Politisches Asyl im Zufluchtstaat

Hat die Mutter mit dem Kind im Zufluchtstaat politisches Asyl erhalten, ist seine Rückführung zum anderen Elternteil in den Herkunftsstaat nicht schon stets und von vornherein ausgeschlossen.<sup>52</sup> Denn dann wären die Auswirkungen der Trennung und der Entführung für das Kind und für seine weitere Entwicklung nicht mehr zu

prüfen, sondern ersetzt bzw. vorbestimmt durch andere Erwägungen, die im Asylverfahren maßgeblich sind, aber für das Kind bedeutungslos bleiben können. Bei kleineren Kindern fällt allerdings besonders ins Gewicht, dass der Mutter meist die Rückkehr verwehrt sein wird, wenn sie sich nicht weiterer Verfolgung aussetzen will oder diese ihr erst gar nicht droht.<sup>53</sup>

### h) Besuche im Herkunftsland

Umgekehrt führt eine gerichtliche oder behördliche **Umgangsentscheidung** „aus jüngerer Zeit“ für den Elternteil, der im Herkunftsland geblieben ist, nicht schon dazu, „deshalb“ und „regelmäßig“ sei die Rückführung des Kindes dorthin und zu ihm anzuordnen.<sup>54</sup> Vielmehr sind die sonstigen Voraussetzungen aus Art. 13 HKÜ im Einzelnen festzustellen, zu prüfen und für sich zu bewerten.

47 EuGHMR v. 11.12.2006 – 41092/06, FamRZ 2007, 1527 (*Mattenkloft*) = FamRBint 2008, 4; anders, aber mit der zusätzlichen Begründung, das Kind habe keine Bindungen zum Vater (US-Soldat im Irak), OLG Zweibrücken v. 12.11.2009 – 6 UF 118/09, FamRZ 2010, 913 (914), dazu im Übrigen OLG Stuttgart v. 22.6.2011 – 17 UF 150/11. Auch ein einjähriges Kind kann zurückzuführen sein, AG Rostock v. 23.7.2006 – 11 F 159/08, FamRZ 2009, 625, und selbst der Wille eines fünfjährigen Kindes kann im Rahmen der Rückführungsentscheidung „mangels ausreichender Reife“ unbeachtlich bleiben, OLG Düsseldorf v. 2.2.2011 – 1 UF 110/10, BeckRS 2011, 03691. Härten – für Kinder und Ehefrau – können „dadurch gemildert werden, dass die Mutter mit den Kindern (etwa: in die Türkei) zurückkehrt und dort Zuflucht in einem Frauenhaus nimmt“(!). Nach AG Hamm v. 4.11.2010 – 3 F 512/10, FamRZ 2011, 1237 muss in der gerichtlichen Anhörung jedenfalls erkennbar werden, dass das Kind aus freien Stücken entscheidet und nicht (über das übliche Maß hinaus) durch den entführenden Elternteil beeinflusst ist, und sich zudem gegen die Rückkehr in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts in ungewöhnlich starkem Maße sträubt und das notwendige Alter erreicht hat – ohne feste Grenzen – und reif genug erscheint, diese Erklärungen abzugeben.

48 Dazu – mit einigen Einschränkungen – auch BG (CH) v. 26.4.2009 – 5A\_105/2009, FAMPRA.ch 2009, 791.

49 Dazu Beispiel OLG Celle v. 27.2.2006 – 17 U 130/05; OLG-Report Celle 2006, 275; zur Hinterlegung des Reisepasses bis zum Abschluss des Rückführungsverfahrens BG (CH) v. 25.6.2009 – 5A\_306/2009, FAMPRA.ch 2009, 1096. Jedenfalls kann die Mutter nicht mit Erfolg vorbringen, sie könne das Kind nicht nach Australien zurückbringen – aber ihre Mitreise sei unbedingt notwendig, weil das Kind sie brauche –, denn sie lebe in engen finanziellen Verhältnissen und könne die Flugkosten nicht tragen, OLG Stuttgart v. 22.6.2011 – 17 UF 150/11.

50 So AG Frankfurt v. 17.3.2009 – 451 F 52/09 HK, FamRZ 2010, 45; in der Beschwerdeinstanz haben sich die Eltern dann aber doch geeinigt – ganz so falsch war die Entscheidung deshalb wohl doch nicht.

51 OLG Stuttgart v. 13.1.2009 – 17 UF 234/08, FamRZ 2009, 2015 = NJW-RR 2009, 1513.

52 So aber Obergericht des Kantons Bern v. 5.5.2010 – APA-10 81, FAMPRA.ch 2010, 946.

53 Deshalb sind alle Einzelheiten zu prüfen und zu bewerten, gerade im Hinblick auf die Auswirkungen für das Kind.

54 Ähnlich OLG Naumburg v. 28.12.2006 – 8 WF 153/06, FamRZ 2007, 1586.

### i) Art. 16 – keine Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtstaat

Gerichte und Verwaltungsbehörden im Zufluchtstaat dürfen, wenn ihnen das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes nach Art. 3 HKÜ mitgeteilt worden ist, eine **Sachentscheidung** über das Sorgerecht erst treffen, wenn feststeht, dass das Kind nach den Regeln des HKÜ nicht zurückgegeben werden muss oder wenn innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung kein Rückführungsantrag gestellt wird. Leitet der „Entführer“ ein Verfahren auf **Nichtanerkennung** einer ausländischen Sorgerechtsregelung nach Art. 21 Abs. 3 VO Nr. 2201/2003 ein, steht Art. 16 HKÜ allerdings nicht entgegen und bleibt daher unbeachtlich.<sup>55</sup>

## 6. Verfahrensrecht

### a) Undertakings; safe harbor orders

Seine Rückführungsentscheidung kann das Gericht im Zufluchtstaat von weiteren Zusagen des im Herkunftsstaat verbliebenen Elternteils abhängig machen, ist dabei aber auf Vereinbarungen unter den Eltern oder Zusagen des verletzten Teils angewiesen, **undertakings**,<sup>56</sup> etwa zur Übernahme von Flugkosten, von Miete und Unterhalt bis zum Abschluss des Verfahrens zur Sorgerechtsregelung dort, kann aber auch etwa den Verzicht auf Strafanzeigen oder auf weitere Strafverfolgung mit dem Ver-

sprechen, die Strafverfolgungsbehörden entsprechend anzuweisen, verbinden, **safe harbor orders**, vgl. bei uns § 235 StGB. So kann sich der Entführer auch nicht darauf berufen, eine Rückreise mit dem Kind zum anderen Elternteil sei für ihn „unzumutbar“, vgl. dazu schon d).

**Beraterhinweis:** Gerade wegen dieses nahe liegenden Einwands von Müttern, die kleine Kinder in ihr Heimatland mitgenommen haben, sollte der Vater, der im Herkunftsland geblieben ist, solche Versprechen abgeben, also Kosten übernehmen bzw. dafür sorgen, dass Strafverfolgungsbehörden nichts weiter unternehmen u.Ä. ◀

### b) Zwangsmittel

Kommt der Entführer einer gerichtlichen Entscheidung zur Rückführung des Kindes nicht nach, können die üblichen Zwangsmittel gegen ihn ergriffen werden. Allerdings sind Grundsätze der **Verhältnismäßigkeit** besonders zu beachten und auf den schweren Eingriff in die Rechte des verletzten Elternteils zu beziehen.<sup>57</sup> Sind Kinder durch ihren Vater ins Ausland entführt, kann er in Deutschland mit **Ordnungsmitteln** zu ihrer Herausgabe angehalten werden, aber nur, falls ihm die Rückführung möglich ist; diese Voraussetzung fehlt, wenn ein ausländisches Gericht ein Ausreiseverbot ausgesprochen hat (sehr fragwürdig).<sup>58</sup>

### c) Titelverbrauch

Ist der Entführer zur Rückführung des Kindes gerichtlich verpflichtet, wird der Titel nicht **verbraucht**, wenn er mit dem Kind kurzfristig und ohne die dauerhafte Absicht zu bleiben in den Herkunftsstaat zurückkehrt.<sup>59</sup>

### d) Kindesanhörung

Kinder sind im Verfahren **anzuhören**, bei uns § 159 FamFG. Ihr **Wille** und ihre „**Entscheidung**“ können für die gerichtliche Regelung wesentlich werden. Selbst ältere Kinder bestimmen allerdings nicht allein über die weiteren Folgen; zu den einzelnen Voraussetzungen sonst Art. 13 Abs. 2 HKÜ.<sup>60</sup> Entscheidungen nach den Regeln des HKÜ ergehen nur „vorläufig“ und legen die Rückführung in den Herkunftsstaat fest, wobei sie der endgültigen Sorgerechtsregelung dort nicht vorgreifen, vgl. auch Art. 16 HKÜ. Im Übrigen kann die „zwingende Anhörung“ des Antragstellers zum Beweisergebnis den Zielen des HKÜ als „schnell durchzuführendes Verfahrens“ widersprechen, die jedenfalls vorrangig sind.<sup>61</sup>

### e) Beschwerde

Für die **Beschwerde** gegen die erstinstanzliche Entscheidung zur (beantragten) **Kindesrückführung** verweist § 40 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 IntFamRVG auf §§ 58 ff. FamFG, wobei die üblichen Übergangsregeln zu beachten sind;<sup>62</sup> sie ist daher beim Ausgangsgericht einzulegen. „Aufgrund des im HKÜ-Verfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatzes und der fehlenden **Abhilfebefugnis** des Erstgerichts genügt (aber) auch nach dem am 1.9.2009 in Kraft getretenen neuen Recht die Einlegung der (sofortigen) Beschwerde beim Beschwerdegericht, wenn der ersten Entscheidung keine **Rechtsbehelfsbelehrung** beigelegt war“,<sup>63</sup> obwohl der Anwalt sonst

55 BGH v. 28.4.2011 – XII ZB 170/11, FamRZ 2011, 959 = FamRZ 2011, 1046 m. Anm. Schulz = FamRBint 2011, 50. Hat das OLG einen Antrag auf Nichtanerkennung zurückgewiesen, ist die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit seiner Entscheidung nach § 27 Abs. 2 IntFamRVG nicht erforderlich; trifft sie das OLG gleichwohl, geht sie „ins Leere“, so dass dem Betroffenen das notwendige „Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Aufhebung dieser Anordnung nach § 31 IntFamRVG“ fehlt, BGH v. 28.4.2011 – XII ZB 170/11, FamRBint 2011, 50 (51) (Motzer).

56 Beispiel BGH v. 16.3.2011 – XII ZB 407/10, FamRZ 2011, 756 = FamRB 2011, 171 = NJW 2011, 2360 mit Bespr. Rauscher, NJW 2011, 2332, der zu Recht darauf aufmerksam macht, dass für Art. 16 Abs. 2 KSÜ der Zeitpunkt der Absprachen der Eltern maßgeblich werden sollte, dazu schon Fn. 30.

57 Zur Zwangshaft dabei EuGHMR v. 4.9.2007 – Beschwerde Nr. 4065/04, FamRZ 2008, 1317.

58 OLG Nürnberg v. 12.7.2010 – 11 WF 522/10, 11 WF 523/10, FamRBint 2011, 7 (Bißmaier): fehlende Verhältnismäßigkeit, wobei allerdings eine umfassende Abwägung vorausgehen muss, die sich mit der Schwere des Verstoßes beschäftigt, etwaige hartnäckige Wiederholungen einbezieht und die wirtschaftliche Situation des Schuldners ausreichend bewertet (Tunesien), doch kann nicht heißen, dass der „Entführer“ völlig entlastet wird (inzwischen befinden sich die Kinder allerdings wieder bei der Mutter, deren Sorgerecht der Vater durch Entführung verletzt hat).

59 OLG Karlsruhe v. 12.6.2008 – 2 UF 43/08, FamRZ 2009, 239.

60 Zum dt. materiellen Recht zuletzt BVerfG v. 18.5.2009 – 1 BvR 142/09, FamRZ 2009, 1389.

61 (Österr.) OGH v. 1.4.2008 – 5 Ob 17/08y, IPrax 2011, 409.

62 OLG Nürnberg v. 26.2.2010 – 7 UF 20/10, FamRZ 2010, 1575 = FamRBint 2010, 52 = FuR 2010, 708.

63 Selbst einer (falschen) Rechtsmittelbelehrung darf der Anwalt nicht folgen, so die Übersicht bei *Blüte*, FuR 2011, 7 (8/9); BGH v. 23.6.2010 – XII ZB 82/10, FamRB 2010, 335 = FamRZ 2010, 1425 mit einer Übersicht über die bisherige Praxis.

den Rechtsmittelzug kennen muss und seine Fehler seiner Partei zugerechnet werden,<sup>64</sup> ein Ausweg, der in Zukunft allerdings versperrt sein wird, weil nun die Maßstä-

be bestimmt sind. **Rechtsbeschwerde** ist unstatthaft, § 40 Abs. 2 Satz 4 IntFamRVG.

64 OLG Nürnberg v. 26.2.2002 – 7 UF 20/10, FuR 2010, 708 (709).

## ■ Polen hat sich ein neues IPR gegeben

von RA Ulrich W. Schulze, Berlin

*Nach jahrelangen Vorarbeiten ist in Polen am 15.5.2011 ein neues IPR-Gesetz in Kraft getreten. Die Arbeiten an diesem Gesetz waren immer wieder von den Entwicklungen in der EU überlagert worden. So hatte man bereits ein neues internationales Schuldrecht vorbereitet, gelangte dann aber mehr und mehr zu der Einsicht, dass sich eine Verweisung auf die EU-Regeln – so verweist jetzt Art. 28 IPRG auf die Rom I-VO, Art. 33 IPRG auf die Rom II-VO, andere Bestimmungen auf EU-Richtlinien – neben einigen neuen Normen zu davon nicht erfassten Fragen ausreicht. Zwar mehrten sich Stimmen in der Fachöffentlichkeit, die eine Neuregelung wegen der europäischen Dynamik für entbehrlich hielten, doch wollte man für die übrigen Teile des IPR überwiegend den weiteren Gang der Herausbildung eines europäischen IPR nicht mehr abwarten, zumal das bisher geltende IPR-Gesetz aus dem Jahre 1965 als zu lückenhaft empfunden wurde. Zu den Zielen der Neuregelung gehörte allerdings eine Harmonisierung mit dem Gemeinschaftsrecht.*

### I. Einführung

Das neue IPR-Gesetz<sup>1</sup> (im Weiteren: IPRG) ist mit seinem ausführlicheren Allgemeinen Teil, dem Bestreben nach Lückenlosigkeit<sup>2</sup> und allseitiger Anwendbarkeit seiner Normen und der Erweiterung der **Rechtswahlmöglichkeiten**<sup>3</sup> wesentlich zeitgemäßer auch als die Kollisionsnormen der zweiseitigen Rechtshilfeverträge, welche Polen während der sozialistischen Zeit und in den ersten Jahren danach mit vielen Staaten abschloss, mit denen es damals enger zusammenarbeitete. Aufgrund ihrer Spezialität gehen diese Abkommen nun immer noch auch dem IPRG vor.<sup>4</sup> Letztlich werden sie im Verhältnis zu den Ländern Nord-, Mittel- und Südosteuropas erst durch neues Gemeinschaftsrecht abgelöst werden.

### II. Allgemeiner Teil

#### 1. Staatsangehörigkeitsprinzip

Hauptanknüpfungspunkt ist – entgegen der Tendenz im europäischen internationalen Familienrecht – die Staatsangehörigkeit, aus der Annahme, diese lasse sich sicherer bestimmen als die anderen möglichen Anknüpfungspunkte.<sup>5</sup> Sie ist weiterhin grundsätzlich nach dem Recht des Staates zu ermitteln, um dessen Staatsangehörigkeit es geht.<sup>6</sup> Weiterhin soll aus polnischer Sicht eine nach polnischem Recht bestehende Staatsangehörigkeit allein berücksichtigt werden, auch wenn der Betroffene von ei-

nem anderen Staat als sein Staatsangehöriger angesehen wird (Art. 2 Abs. 1 IPRG). Bei anderen **Mehrstaaten** gibt die Staatsangehörigkeit des Landes den Ausschlag, zu welchem sie die engsten Bindungen haben (Art. 2 Abs. 2 IPRG).

#### 2. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt

Für Staatenlose tritt an die Stelle des Heimatrechts das Wohnsitzrecht, hilfsweise das am gewöhnlichen Aufenthalt geltende Recht (Art. 3 Abs. 1 IPRG). Die letztere Regel gilt nunmehr jedoch auch für **Flüchtlinge**, deren Bindungen zu ihrem Heimatstaat im Zusammenhang mit

- 1 Gesetz v. 4.2.2011 über das internationale Privatrecht, veröffentlicht in Dziennik Ustaw (Gesetzblatt; im Folgenden: Dz. U.) Nr. 80 v 15.4.2011, Position 432, nach Art. 81 in Kraft 30 Tage darauf.
- 2 Das bisher geltende IPR-Gesetz aus dem Jahr 1965 (Gesetz über das internationale Privatrecht v. 12.11.1965 – Dz. U. 1965 Nr. 46, Pos. 290 mit späteren Änderungen; deutsche Übersetzung u.a. bei *Kuss*, Länderbericht Polen, in Brunner/Schmid/Westen, Wirtschaftsrecht der osteuropäischen Staaten, Baden-Baden 1991-2003, Dok. X.) wurde als zu lückenhaft empfunden.
- 3 Siehe zu den Zielen des IPRG *Wasyłkowska*, Rozwiązania przytę w projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe w zakresie zobowiązań niebędących czynnościami prawnymi oraz prawa rodzinnego i opiekuńczego [Die im Gesetzentwurf zum Internationalen Privatrecht übernommenen Lösungen auf dem Gebiet der Verbindlichkeiten aus Ereignissen, die keine Rechtsgeschäfte sind, sowie des Familien- und Vormundschaftsrechts], Rejent Nr. 7-8/2009, S. 105 ff.; *Pilich*, Związki quasi-mażeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym [Quasi-eheliche Verbindungen im polnischen internationalen Privatrecht], Państwo i Prawo Nr. 2/2011, S. 84 ff.; *Pazdan*, Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym [Das neue polnische Gesetz über das internationale Privatrecht], Państwo i Prawo Nr. 6/2011, S. 18 ff., und *Golaczyński*, Wybrane zagadnienia na tle ustawy z 4.2.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe [Einige Grundfragen vor dem Hintergrund des Gesetzes vom 4.2.2011 über das Internationale Privatrecht], Monitor Prawniczy Nr. 11/2011, S. 573 ff.
- 4 Siehe die Aufstellung bei *Schulze*, Länderbericht Polen, in Müller/Hök/Schulze, Deutsche Vollstreckungstitel im Ausland, Loseblatt Neuwied 1988-2003, S. 23–26.
- 5 Amtl. Begründung zur Gesetzesvorlage der Regierung in der letzten Fassung, II.4. (S. 7 f.); *Wasyłkowska*, a.a.O., (Fn. 3), S. 115 f.
- 6 Seit langem h.M., s. *Sosniak*, Prawo prywatne międzynarodowe [Internationales Privatrecht], Katowice 1991, S. 59; *Pazdan*, Prawo międzynarodowe prywatne [Internationales Privatrecht], 12. Aufl. Warszawa 2009, S. 51.

Grundrechtsverletzungen dauerhaft unterbrochen sind (Art. 3 Abs. 2 IPRG). In den Fällen, wenn ein gemeinsamer Anknüpfungspunkt für mehrere Personen gefordert wird, geht das IPRG ebenfalls in dieser Reihenfolge auf den Wohnsitz und auf den gewöhnlichen Aufenthalt über.

Beide Anknüpfungspunkte sollen nicht nach dem nationalen Recht ausgelegt werden, sondern autonom für die Zwecke des IPR. In der Annahme einer größeren Stabilität des Wohnsitzes wollte man diesen Anknüpfungspunkt nicht einem internationalen Trend folgend aufgeben. Dabei wird unter dem Wohnsitz der tatsächliche und vom **Willen des Betroffenen** getragene Lebensmittelpunkt verstanden, während der im polnischen IPR bisher nur aus neueren Übereinkommen und dem EU-Recht bekannte gewöhnliche Aufenthalt kein subjektives Element, aber zumindest eine gewisse **Dauerhaftigkeit** erfordern und bei nur vorübergehendem Charakter des Aufenthalts nicht vorliegen soll.<sup>7</sup>

### 3. Rechtswahl

Neu sind einige allgemeine Regeln zur Rechtswahl, deren Möglichkeit insgesamt **im Ehegüterrecht und im Erbrecht erweitert** wurde, in Art. 4 IPRG. Eine Rechtswahl muss danach grundsätzlich entweder **ausdrücklich** getroffen werden oder **aus den Umständen** eindeutig zu schließen sein (Art. 4 Abs. 2 IPRG). Mit der Formulierung dieser Bestimmung schloss sich der polnische Gesetzgeber bewusst an Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO an,<sup>8</sup> so dass für ihre Auslegung auf die Auslegung der letztgenannten Vorschrift zurückgegriffen werden kann.

Das IPRG geht auch von der Zulässigkeit der **Änderung** oder **Aufhebung** einer Rechtswahl aus (Art. 4 Abs. 3 IPRG), allerdings können weder die Rechtswahl noch die spätere Änderung Dritten entgegengehalten werden, wenn sie erst nach der Entstehung des von ihr betroffenen Rechtsverhältnisses vorgenommen wurde (Art. 4 Abs. 4 IPRG). Art. 4 Abs. 5 IPRG schließlich bezweckt eine Klarstellung dahin gehend, dass das auf die Vorfragen der Geschäftsfähigkeit, der Voraussetzungen einer Willenserklärung und der Form anzuwendende Recht im Grundsatz im Wege der selbständigen Anknüpfung zu ermitteln ist.<sup>9</sup>

### 4. Rück- und Weiterverweisung

Für die Fälle, in denen das anwendbare Recht aufgrund einer Rechtswahl bestimmt wird, sind nach dem neuen Gesetz Rück- und Weiterverweisungen unbeachtlich, ebenso auch bei der Ermittlung des auf die Form eines Rechtsgeschäfts oder allgemein auf Schuldverhältnisse anwendbaren Rechts (Art. 5 Abs. 2 IPRG). In allen übrigen Fällen haben die polnischen Gerichte eine Rückverweisung zu befolgen und demgemäß polnisches Recht anzuwenden (Art. 5 Abs. 1 IPRG).

Hingegen ist eine **Weiterverweisung nicht mehr zu beachten**. Die bisherige Bestimmung dazu aus Art. 4 § 2 des Gesetzes von 1965 war zwar in den Entwürfen für das neue IPRG bis 2008 noch enthalten, wurde aber dafür kritisiert, zu allzu schwierigen Ermittlungen des anwendbaren Rechts zu führen,<sup>10</sup> und eben aufgrund dieser Kritik in der schließlich Gesetz gewordenen Fassung nicht mehr übernommen.

### 5. Ermittlung des Inhalts ausländischen Rechts

Die Vorentwürfe enthielten noch, infolge des bei der Gerichtspraxis vielfach beobachteten Heimwärtsstrebens, eine ausdrückliche Hervorhebung der Verpflichtung polnischer Gerichte, die Umstände von Amts wegen aufzuklären, welche als Tatbestandsvoraussetzungen der Kollisionsnormen zur Anwendung eines bestimmten Rechts führen. Nach Kritik, derzufolge es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit handeln sollte,<sup>11</sup> wurde diese Hervorhebung wieder fallen gelassen. Es handelt sich jedoch nicht um eine Selbstverständlichkeit, vielmehr gehört die Sachaufklärung auch für die Anwendung der Kollisionsnormen nur insoweit zu den Amtspflichten des Gerichts, als – in Polen etwa **im Familien- und Erbrecht** – der **Untersuchungsgrundsatz** gilt, darüber hinaus aber nicht. Dem Gericht obliegt nur die Anwendung und Auslegung der Kollisionsnormen im konkreten Fall. Allerdings führt ein **non liquet** bei der Aufklärung dieser Umstände nicht mehr zur Anwendung polnischen Rechts, sondern des mit der Sache am engsten verbundenen Rechts (Art. 10 Abs. 1 IPRG). Polnisches Recht ist aber anzuwenden, wenn die Ermittlung des Inhalts ausländischen Rechts in vernünftiger Frist nicht möglich ist (Art. 10 Abs. 2 IPRG).

## III. Personalstatut

### 1. Allgemeines

Die neuen Kollisionsnormen bezüglich der **Rechts- und Geschäftsfähigkeit**, deren Beschränkungen, der Todes- oder **Verschollenheitserklärung**, des Namens und der sonstigen Personenrechte in Artt. 11-16 IPRG knüpfen stets an die Staatsangehörigkeit des Betroffenen an, mit den oben (II. 1. und II. 2.) behandelten Hilfsanknüpfungen. Spezielle Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit können sich dabei aus dem Geschäftsstatut (Art. 11 Abs. 3 IPRG), leichtere aus dem am Sitz des vom Betroffenen geführten Unternehmens geltenden Recht ergeben (Art. 11 Abs. 2 IPRG).

Der **gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit** nach der *lex loci actus* wird nach Art. 12 IPRG geschützt. Dem Gedanken des Verkehrsschutzes tragen ferner Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 IPRG Rechnung, welche für vor polnischen Gerichten auszusprechende Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit sowie Todes- und Verschollenheitserklärungen auf das polnische Recht verweisen.

### 2. Name

Auf den Erwerb oder die Änderung eines Namens soll nach Art. 15 Abs. 2 Satz 1 IPRG die **lex causae** anzuwenden sein, also das auf die Feststellung oder Anerkennung der Vaterschaft oder das auf die Adoption anzuwen-

<sup>7</sup> Begründung (Fn. 5), II.5. (S. 8 f.).

<sup>8</sup> Begründung (Fn. 5), III.3. (S. 11).

<sup>9</sup> Begründung (Fn. 5), III.4. (S. 11).

<sup>10</sup> *Mączynski*, Gutachten zum Gesetz – internationales Privatrecht (Parlamentsdrucksache Nr. 1277) v. 16.12.2008, S. 12.

<sup>11</sup> *Mączynski*, a.a.O., (Fn. 10), S. 14.

dende Recht. Dagegen wurde für die **namensrechtlichen Folgen der Eheschließung und der Ehescheidung** in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 IPRG klargestellt, dass es hierfür bei der Verweisung auf das **Personalstatut** bleibt.

#### IV. Eherecht

##### 1. Ehe und ähnliche Rechtsverhältnisse

Eheähnliche Rechtsverhältnisse und gleichgeschlechtliche Partnerschaften werden auch in dem neuen Gesetz nicht erwähnt. Damit hat sich der Gesetzgeber letztlich eher zurückgehalten, denn vorgeschlagen wurde auch ein spezieller *ordre public* (neben der allgemeinen *ordre-public*-Klausel des Art. 7 IPRG), der eine Anerkennung dieser Rechtsverhältnisse in Polen ausgeschlossen hätte.<sup>12</sup> Da aber die Verfassungsbestimmungen über Ehe und Familie dahin gehend verstanden werden, dass sie eine Gleichstellung eheähnlicher Verhältnisse mit der Ehe verbieten, zeichnet sich die Tendenz ab, auf sie zwar die Regeln des IPR über die Ehe anzuwenden, um sie überhaupt rechtlich einordnen zu können, ihre Anerkennung aber sodann bei erheblichem Inlandsbezug an der allgemeinen *ordre-public*-Klausel scheitern zu lassen.<sup>13</sup> Die vorhandene Regelung bleibt aber auch für eine Entwicklung zu freieren Ordnungsvorstellungen offen.

##### 2. Formelle Voraussetzungen der Eheschließung

Für das auf die Form der Trauung anwendbare Recht verweist Art. 49 Abs. 1 IPRG auf die **lex loci actus**. Diese Form ist für in Polen vorgenommene Trauungen zwingend, dagegen genügt es nach Art. 49 Abs. 2 IPRG bei ausländischen Eheschließungen, wenn sie der in den **Heimatrechten** beider, in dem am **gemeinsamen Wohnsitz** oder in dem am **gewöhnlichen Aufenthalt** beider geltenden Recht vorgeschriebenen Form entspricht. Mit den beiden letztgenannten Anknüpfungspunkten erweist sich das neue IPRG als wesentlich offener für die Anerkennung von Eheschließungen als das frühere.

##### 3. Materielle Voraussetzungen der Eheschließung

Für die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung verweist Art. 48 IPRG – ebenso wie Art. 14 des IPRG 1965 – hinsichtlich jedes Eheschließenden auf sein **Heimatrecht** (für Staatenlose und Flüchtlinge s. oben II. 2.).

##### 4. Persönliche Ehwirkungen

Weiterhin soll das Ehwirkungsstatut über einen beiden Ehegatten gemeinsamen Anknüpfungspunkt ermittelt werden, zuvörderst über eine gemeinsame **Staatsangehörigkeit** (Art. 50 Abs. 1 IPRG), hilfsweise über den gemeinsamen **Wohnsitz** (Art. 50 Abs. 2 IPRG). Hatten die Ehegatten keinen gemeinsamen Wohnsitz, so wurde nach dem IPRG von 1965 auf das polnische Recht zurückgegriffen. Nachdem diese Vorschrift auf der entsprechenden des IPRG 1965 aufbaut, bedarf es hier keines gemeinsamen Wohnsitzes, sondern genügen Wohnsitze in demselben Land. Das neue IPRG verweist sodann zunächst auf das am gemeinsamen **gewöhnlichen Aufenthalt** geltende Recht und zuletzt auf das Recht, mit dem beide am engsten verbunden sind. Das **Ehwirkungssta-**

**tut** ist wandelbar. Eine Rechtswahl wurde hierfür nicht vorgesehen.

##### 5. Güterrechtliche Ehwirkungen

Das Güterrechtsstatut ist nach derselben Vorschrift wie das Ehwirkungsstatut zu ermitteln, es ist demnach ebenfalls **wandelbar**. Nur für die güterrechtlichen Fragen ermöglicht jedoch Art. 52 IPRG die Rechtswahl. Das Gesetz folgt dem Grundsatz der **Einheitlichkeit** des Güterrechtsstatuts, eine Spaltung nach beweglichem und unbeweglichem Vermögen sollte vermieden werden.<sup>14</sup>

Die Ehegatten – oder die Verlobten – können das Heimatrecht oder das am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt eines von ihnen geltende Recht wählen (Art. 52 Abs. 1 IPRG). Sie können die Rechtswahl in Verbindung mit einem Ehevertrag treffen oder – anders als nach dem alten Gesetz – auch ohne einen solchen abzuschließen. Für die **formelle Wirksamkeit** der Rechtswahlvereinbarung genügt alternativ die Beachtung des **gewählten Rechts** oder die **lex loci actus** (Art. 52 Abs. 3 IPRG).

Die Wirksamkeit und die Rechtsfolgen eines **Ehevertrags** richten sich nach dem Güterrechtsstatut zum Zeitpunkt seines Abschlusses (Art. 52 Abs. 2 IPRG). Ein Ehevertrag führt daher hinsichtlich der darin geregelten Fragen ausnahmsweise zur **Unwandelbarkeit** des Güterrechtsstatuts.

Eine wichtige Neuerung enthält das IPRG zum **Schutz des guten Glaubens** an einen bestimmten Güterstand nach Art. 53. Dritte können sich demnach auf den am gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt beider Ehegatten vorgesehenen gesetzlichen Güterstand berufen, sofern sie nicht bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von dem tatsächlich bestehenden Güterstand hätten Kenntnis haben können oder dieser Güterstand in die vorgesehenen öffentlichen Register oder Grundbücher eingetragen wurde. Hinsichtlich der **Eintragungen in Grundbücher** kann dieser Schutz des öffentlichen Glaubens als angemessen gelten, nicht jedoch bezüglich der **Eintragungen ins Güterstandsregister**, da nach dem Wortlaut der Vorschrift die Eintragung in das vom Güterrechtsstatut selbst vorgesehene Register ausreichen soll, welches sich aber in einem ganz anderen Land befinden kann als demjenigen, dessen Recht der gutgläubige Dritte als anwendbar unterstellen kann.

##### 6. Scheidung und Trennung

Die Kollisionsnorm für Scheidung und Trennung von Tisch und Bett beginnt mit den Anknüpfungspunkten der gemeinsamen **Staatsangehörigkeit** und des gemeinsamen **Wohnsitzes**, nachrangiger Anknüpfungspunkt ist dann aber der letzte gemeinsame, von einem der Ehegatten beibehaltene **gewöhnliche Aufenthalt**, ausgehend von dem Gedanken, dass ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt häufig bereits vor Beginn eines Scheidungsverfahrens aufgegeben wird (Art. 54 Abs. 1 und 2 IPRG).

<sup>12</sup> *Maczyński*, Gutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesvorlage zum Internationalen Privatrecht mit Art. 18 der Verfassung der Republik Polen v. 14.12.2010.

<sup>13</sup> *Pilich*, a.a.O., (Fn. 3), S. 93 f.; *Pazdan*, a.a.O., (Fn. 3), S. 29.

<sup>14</sup> *Pazdan*, a.a.O., (Fn. 3), S. 25.

Als **maßgeblicher Zeitpunkt** legte nunmehr der Gesetzgeber – der bisherigen polnischen Lehre und Rechtsprechung folgend – die Erhebung des Scheidungs- oder Trennungsbegehrens fest, worunter die **Einreichung eines Antrags**, einer Klage oder eines vergleichbaren Schriftstücks bei einer dafür zuständigen Stelle zu verstehen ist.

Lässt sich auch kein früherer gemeinsamer, von einem Ehegatten beibehaltener gewöhnlicher Aufenthalt feststellen, so hat das polnische Gericht nicht nach der engsten Verbindung zu einem Land zu forschen, sondern das polnische Recht anzuwenden (Art. 54 Abs. 3 IPRG).

Die in den Entwürfen vorgeschlagene Regelung, polnisches Recht solle auch dann Anwendung finden, wenn das über die Kollisionsnormen berufene Recht weder die Scheidung noch die Trennung von Tisch und Bett vorsieht, wurde nach Diskussionen fallen gelassen. Die allgemeine **ordre-public**-Klausel wurde für ausreichend gehalten, um diskriminierenden Scheidungsverboten abzuwehren, wohingegen einem vollständigen Ausschluss jeder Möglichkeit der Ehescheidung aus der Sicht der polnischen Praxis noch keine Relevanz beigemessen wurde. Es bleibt daher offen, ob eine Unmöglichkeit der Scheidung nach dem darauf über Art. 54 IPRG anwendbaren Recht vor der polnischen **ordre-public**-Klausel des Art. 7 IPRG Bestand haben wird.

## V. Kindschaftsrecht

### 1. Abstammung

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Kindes für die Ermittlung des auf seine Abstammung anwendbaren Rechts wurde in Art. 55 Abs. 1 IPRG 2011 aus Art. 19 Abs. 1 IPRG 1965 übernommen. **Grundsätzlich** wird auf das **Heimatrecht des Kindes** verwiesen, **welches sich aus der mit seiner Geburt erworbenen Staatsangehörigkeit ergibt**. Sieht dieses jedoch keine gerichtliche Feststellung der Abstammung vor, so gelangt nach Art. 55 Abs. 2 IPRG dasjenige Heimatrecht zur Anwendung, welches sich aus der **gerichtlichen Feststellung** ergibt. Im Fall einer durch **Anerkennung** festgestellten Abstammung ist die Reihenfolge dagegen umgekehrt: Erst wenn sich herausstellt, dass das nach der Anerkennung ermittelte Heimatrecht keine Anerkennung vorsieht, soll das mit der Geburt bestehende Heimatrecht anzuwenden sein (Art. 55 Abs. 3 IPRG). Die im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens kritisierte Lücke für den Fall, dass auch danach keine Feststellung oder Anerkennung möglich ist,<sup>15</sup> wurde nicht beseitigt. Die Anerkennung eines **noch nicht geborenen Kindes** richtet sich

nach dem **Heimatrecht der Mutter** (Art. 55 Abs. 4 IPRG).

### 2. Eltern-Kind-Verhältnis

Fragen, die zum Bereich des Sorge- und des Umgangsrechts gehören, werden in Art. 56 Abs. 1 IPRG dem aufgrund des **Haager Kinderschutzübereinkommens** v. 19.10.1996 ermittelten Recht unterstellt. Damit wird hauptsächlich auf das am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes geltende Recht verwiesen, mit den im genannten Übereinkommen vorgesehenen Einschränkungen. Wechselt das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen Staat, der diesem Übereinkommen nicht beigetreten ist, so soll dessen Recht auch über die Voraussetzungen der Anwendung von vorher im früheren Aufenthaltsstaat ergriffenen Maßnahmen bestimmen.

### 3. Adoption

Grundsätzlich soll weiterhin das **Heimatrecht des Annehmenden** die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Annahme als Kind bestimmen (Art. 57 Abs. 1 IPRG). Neu ist die spezielle Kollisionsnorm für die Adoption durch Ehepaare, welche diese dem **Ehewirkungsstatut** unterwirft, indem sie dieselben Anknüpfungspunkte wie für dieses vorsieht (Art. 57 Abs. 2 IPRG). Nach wie vor müssen kumulativ auch die Adoptionsvoraussetzungen nach dem **Heimatrecht des Angenommenen** bezüglich der Zustimmung bisheriger gesetzlicher Vertreter und von Staatsorganen sowie hinsichtlich des Aufenthaltswechsels beachtet sein (Art. 58 IPRG).

## VI. Unterhaltspflichten

Für das IPR der Unterhaltspflichten verweist Art. 63 IPRG, welcher im Unterschied zu den übrigen Bestimmungen des IPRG erst am 18.6.2011 in Kraft getreten ist, auf die von diesem Tage an anwendbare **EU-VO Nr. 4/2009**, deren Art. 15 wiederum auf das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht v. 23.11.2007 verweist. Letzteres ist im Verhältnis zwischen den EU-Staaten gem. Art. 4 des Beschlusses des Rates v. 30.11.2009<sup>16</sup> unabhängig von seinem Inkrafttreten im Übrigen vom 18.6.2011 an jedenfalls vorläufig anwendbar. Art. 63 IPRG verweist somit indirekt auf die Regeln des **Haager Protokolls** v. 23.11.2007.

## VII. Erbrecht

Das Erbstatut wird weiterhin nach der in Art. 64 Abs. 2 IPRG 2011 aus Art. 34 IPRG 1965 übernommenen Verweisung auf das **Heimatrecht des Erblassers** im Todeszeitpunkt ermittelt. Ebenso wurde die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Testamenterrichtung für die über denselben Anknüpfungspunkt ermittelten Sachnormen für die materiellen Voraussetzungen und Rechtsfolgen gem. Art. 65 IPRG aus dem bisherigen Recht beibehalten. Für die Formwirksamkeit wird nur auf das Haager Testamentsformabkommen v. 5.10.1961 verwiesen (Art. 66 IPRG). Auch das Erbstatut ist **einheitlich** für bewegliches und unbewegliches Vermögen.

Durch eine letztwillige Verfügung kann der Testator jedoch auch eine **Rechtswahl** für das Erbstatut treffen. Dabei kann er unter seinem Heimatrecht, dem an seinem

<sup>15</sup> *Maczyński*, a.a.O., (Fn. 10), S. 21.

<sup>16</sup> ABl. der EU v. 16.12.2009 Nr. L 331/17 ff., mit Abdruck des Protokolls. S. dazu auch die Beiträge von *Motzer*, Anwendungsbeginn der EU-Unterhaltsverordnung, FamRBint 2011, 56; *Niethammer-Jürgens*, Gesetz zur Durchführung der VO (EG) Nr. 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts, FamRBint 2011, 60 und *Conti/Bißmaier*, Das neue Haager Unterhaltsprotokoll von 2007, FamRBint 2011, 62.

Wohnsitz geltenden Recht und dem an seinem gewöhnlichen Aufenthalt geltenden Recht zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung oder zum Zeitpunkt des Todes wählen (Art. 64 Abs. 1 IPRG). Er kann somit die Rechtswahl in der Voraussicht einer späteren Staatsangehörigkeit, eines späteren Wohnsitzes oder eines späteren gewöhnlichen Aufenthalts treffen. Treten diese neuen Sachverhalte nicht ein oder ändern sie sich später erneut, so muss er die Rechtswahl zu einem Zeitpunkt, an welchem die darin in Bezug genommene Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt noch besteht, nochmals testamentarisch anordnen, damit sie wirksam bleibt.

### VIII. Bedeutung des neuen Gesetzes

An einigen Stellen – so im Allgemeinen Teil, im Personenrecht und im Schuldrecht – hat der polnische Ge-

setzgeber bereits damit begonnen, die von der neuen Dynamik des europäischen Rechts nicht mitbetroffenen Regelungsbereiche stärker ins Auge zu fassen. Von daher ist das neue Gesetz auch nicht so überflüssig, wie seine Kritiker in Polen meinen. Allerdings geht die **Entwicklung des europäischen IPR auf den Gebieten des Familien- und Erbrechts** derzeit schneller voran, als dies noch vor wenigen Jahren erwartet wurde. Sie hat die polnischen Diskussionen über das neue IPRG nahezu überholt, so dass diesem auf den zuletzt genannten Rechtsgebieten anscheinend die Rolle von Übergangsregeln zukommt, wenngleich noch auf unbestimmte Zeit. Insgesamt kann eine stärkere Berücksichtigung ausländischen Rechts und der privaten Rechtswahl festgestellt werden.

## FamRBint<sup>informativ</sup>

### ● Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat

Am 1.7.2011 ist das Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat v. 23.6.2011 in Kraft getreten.

*BGBI. 2011 I, 1266*

### ● Bekanntmachung über die Feststellung der Gegenseitigkeit für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen nach dem AUG

Mit Bekanntmachung v. 18.6.2011 ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 3 AUG v. 23.5.2011 (BGBI. I, 898) bekannt gemacht worden, mit welchen Staaten, Teilstaaten und Provinzen eines Bundesstaats (**Vereinigte Staaten von Amerika, Kanada, Südafrika**) die förmliche Gegenseitigkeit für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen festgestellt ist.

*BGBI. 2011 I, 1109*

### ● Bekanntmachung über den Geltungsbereich des HKÜ

Das Haager Übereinkommen v. 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (BGBI. 1990 II, 206, 207) ist nach seinem Art. 38 Abs. 5

im Verhältnis der BRD zu **Singapur** am 1.6.2011 in Kraft getreten.

*BGBI. 2011 II, 607*

### ● Bekanntmachung über den Geltungsbereich des ESÜ

Das Europäische Übereinkommen v. 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses (BGBI. 1990 II, 206, 220) ist nach seinem Art. 22 Abs. 2 für **Andorra** am 1.7.2011 (nach Maßgabe einer Erklärung) in Kraft getreten.

*BGBI. 2011 II, 622*

### ● Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption

Das in Den Haag am 29.5.1993 zur Unterzeichnung aufgelegte o.g. Übereinkommen (BGBI. 2001 II, 1034, 1035) ist nach seinem Art. 46 Abs. 2 lit. a für **Irland** und **Kasachstan** am 1.11.2010 und für **Togo** am 1.2.2010 in Kraft getreten.

*BGBI. 2011 II, 722*

## FamRBint aktuell

### **BGH: Wahrung der Verteidigungsrechte i.S.d. Art. 34 Nr. 2 EuGVVO**

a) Art. 34 Nr. 2 EuGVVO stellt nicht auf die formal ordnungsgemäße Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach Art. 8 EuZVO 2000, sondern auf die tatsächliche Wahrung der Verteidigungsrechte ab. Diese gelten als gewahrt, wenn der Beklagte Kenntnis vom laufenden Gerichtsverfahren erlangt hat und deswegen seine Rechte geltend machen konnte (im Anschluss an EuGH Slg. 2009, I-3571 und Senatsbeschl. v. 12.7.2007 – XII ZB 240/05, FamRZ 2008, 586 = FamRBint 2008, 56 [Stöber]).

b) Im Hinblick auf den Zweck des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO, das rechtliche Gehör des Beklagten zu gewährleisten, gilt als Einlassung im Sinne der Vorschrift jedes Verhandeln, aus dem sich ergibt, dass der Beklagte von dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren Kenntnis erlangt und die Möglichkeit der Verteidigung gegen den Angriff des Klägers erhalten hat, es sei denn, sein Vorbringen beschränkt sich darauf, den Fortgang des Verfahrens zu rügen, weil das Gericht unzuständig sei oder weil die Zustellung nicht so erfolgt sei, dass er sich verteidigen könne. Ein Beklagter, der sich auf das Verfahren eingelassen hat, kann sich zumindest dann nicht mehr auf das Vollstreckungshindernis berufen, wenn er Gelegenheit zur Verteidigung erhalten hat (im Anschluss an EuGH v. 21.4.1993 – Rs. C-72/91, NJW 1993, 2091).

c) Grundsätzlich ist die Rüge eines Verstoßes gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* dann ausgeschlossen, wenn der Antragsgegner des Vollstreckbarkeitsverfahrens im Erkenntnisverfahren nicht alle nach dem Recht des Ursprungsstaats statthaften, zulässigen und zumutbaren Rechtsmittel ausgeschöpft hat (im Anschluss an den Senatsbeschl. v. 26.8.2009 – XII ZB 169/07, FamRZ 2009, 1816 = FamRBint 2010, 4 [L. Müller]). Weil dadurch die Rechtsposition des Beklagten nicht unerheblich eingeschränkt wird, setzt dies voraus, dass der Beklagte nicht nur von der Existenz eines Urteils, sondern auch von dessen genauem Inhalt Kenntnis erlangt hat.

*BGH, Beschl. v. 3.8.2011 – XII ZB 187/10*

punkt des Eintritts der Rechthängigkeit zusätzlich die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat.

2. Hat der Ehemann seine bei Eintritt der Rechthängigkeit des Scheidungsantrags vorhandene zusätzliche deutsche Staatsangehörigkeit im Laufe des schwebenden Verbundverfahrens verloren und sind beide Eheleute wieder allein iranische Staatsangehörige, so ist gem. Art. 8 Abs. 2 NiederlAbk IRn. umfassend und ausschließlich iranisches Sachrecht berufen.

3. Die Frage des berufenen Sachrechts stellt in dieser Ausgangslage keine entscheidungserhebliche, bislang nicht abschließend geklärte schwierige Rechtsfrage dar, die eine Erstreckung von Verfahrenskostenhilfe auf Ansprüche in Folgesachen, die allein unter Anwendung deutschen Sachrechts in Betracht kommen, begründen könnte, da sowohl Art. 8 Abs. 2 NiederlAbk IRn. als auch Artt. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB übereinstimmend zur Anwendbarkeit iranischen Sachrechts führen.

4. Die Regelungen des iranisch-schiitischen Rechts, nach denen die Ehefrau – unabhängig von der Betreuung eines minderjährigen Kindes aus der Ehe – keinen längerfristigen nachehelichen Unterhalt beanspruchen kann, sind jedenfalls in den Fällen unproblematisch mit dem deutschen *ordre public* vereinbar, in denen das Kind bereits die Schule besucht und besondere kind- oder elternbezogene Billigkeitsgründe für weitergehenden Unterhalt i.S.v. §§ 1570 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie 1615f Abs. 2 Satz 4 und 5 BGB weder ersichtlich noch dargetan sind.

5. Auf die Klausel in einem nach iranischem Recht geschlossenen Ehevertrag, nach der sich der Ehemann verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen „gemäß dem Urteil des Gerichts bis zur Hälfte seines während der Ehe erworbenen Vermögens oder dessen Äquivalent an die Ehefrau zu übertragen“, kann ohne substantiierte Darlegung zu ausdrücklich vereinbarten oder aus anderen Gesichtspunkten – etwa einer diesbezüglichen iranischen Rechtspraxis – herzuleitenden Maßstäben zur Ausfüllung des in der Vereinbarung in keiner Weise festgelegten Umfangs der Übertragung ein Ausgleichsanspruch nicht erfolgreich gestützt werden.

*OLG Celle, Beschl. v. 15.8.2011 – 10 WF 73/11*

### **OLG Celle: Scheidung iranischer Eheleute in Deutschland**

1. Für die von einem deutschen Gericht auszusprechende Scheidung von Eheleuten, die bei Eheschließung ausschließlich eine gemeinsame ausländische (hier: iranische) Staatsangehörigkeit hatten und diese Staatsangehörigkeit nie verloren haben, ist (iranisches) Heimatrecht gemäß Artt. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB berufen, wenn der antragstellende Ehemann im Zeit-

# Auf den Punkt gebracht.

Der *Linke/Hau* ist ein knapp gehaltener und systematisch geordneter Grundriss der Kernbereiche des IZVR. Er bietet eine verständliche Einführung mit weiterführenden Hinweisen für Studium und Praxis, ohne dass kollisionsrechtliche Vorkenntnisse vorausgesetzt werden.

In den letzten Jahren hat sich das Internationale Zivilverfahrensrecht – nicht zuletzt infolge seiner fortschreitenden „Europäisierung“ – erheblich weiterentwickelt. So ist z.B. die innereuropäische Justizielle Zusammenarbeit durch eine ganze Reihe neuer Verordnungen und Richtlinien, den Vertrag von Lissabon und die Verbindlichkeit der Grundrechte-Charta zusehends in Bewegung geraten.



Linke/Hau **Internationales Zivilverfahrensrecht** Von RiOLG Prof. Dr. Hartmut Linke † und Prof. Dr. Wolfgang Hau. 5., vollständig überarbeitete Auflage 2011, 292 Seiten Lexikonformat, brosch. 29,80 € ISBN 978-3-504-65311-8.

Diese Entwicklung und vieles mehr erläutert das Buch in ebenso verlässlicher wie verständlicher Form und verdeutlicht dabei die Prinzipien und Strukturen des IZVR.

„Das von Hartmut Linke meisterlich angelegte Werk wird nun ... von Wolfgang Hau fortgeführt, der das Buch vollständig überarbeitet und erweitert hat. Dem Verlag ist für die glückliche Wahl des Autors zu danken. Prinzipien und Strukturen des IZVR treten klar hervor, so dass es für alle, die eine Einführung oder klare Orientierung ... suchen, eine ideale Handreichung ist.“

Redaktion IPRax 1/2011

Auf den Punkt gebracht. Linke/Hau, **Internationales Zivilverfahrensrecht**. Leseprobe? [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Linke/Hau **Internationales Zivilverfahrensrecht**. 5., vollständig überarbeitete Auflage 2011, brosch. 29,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-65311-8.

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_ PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 03/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

# Wer soll das bezahlen?



Die Reform des Unterhaltsrechts hat viele neue Fragen aufgeworfen. Die Rechtsprechung hat in vielen Fällen bereits Antworten gegeben, die Sie in diesem renommierten Standardwerk systematisch aufbereitet finden.

Anwälte und Richter haben auch immer noch Probleme, das FamFG in der Praxis richtig anzuwenden. Da wird die Neuauflage mit ihrer in sich geschlossenen Darstellung des Unterhaltsverfahrens ebenfalls für schnelle Abhilfe sorgen.

Ehinger/Griesche/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht. Mit Mustern, Berechnungsbeispielen, Prüfungsschemata und Praxishinweisen. Probe lesen und bestellen bei [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)



Mit FamFG

Ehinger/Griesche/Rasch **Handbuch Unterhaltsrecht**  
Ansprüche, Berechnung, Strategien, Verfahren. Von  
Richter am KG Berlin a.D. Dr. Uta Ehinger, Vors. Richter  
am KG Berlin a.D. Gerhard Griesche und Richter am KG  
Berlin Dr. Ingeborg Rasch. 6., neu bearbeitete Auflage  
2010, 848 Seiten Lexikonformat, gbd. 64,80 €. ISBN 978-3-504-47947-3

# FamRZ *online* jetzt bei juris.



Auf dieses neue Online-Modul haben alle Familienrechtler schon lange gewartet: **FamRZ** – die führende Fachzeitschrift zum Thema – plus 5 weitere Premium-Inhalte der Verlage Giesecking und Dr. Otto Schmidt, mit denen Sie sich das gesamte Rechtsgebiet praxisgerecht erschließen.

Das alles auf der bekannten Plattform von **juris** – Deutschlands Nummer eins, wenn es um die Online-Dokumentation von Gesetzen und Rechtsprechung geht – für 46 Euro plus MwSt. im Monat. FamRZ-Abonnenten zahlen für das Vergnügen sogar nur 36,- € plus MwSt. im Monat.

Alle Familienrechtler sind hiermit herzlich eingeladen, **FamRZonline** 4 Wochen kostenlos und unverbindlich zu **testen**.  
[www.juris.de/famrz-online](http://www.juris.de/famrz-online)

**juris**<sup>®</sup>

juris GmbH · Gutenbergstraße 23 · 66117 Saarbrücken