

Gewöhnlicher Aufenthalt eines entführten Kindes vor und nach dessen Rückführung

(zu OLG Schleswig, 28.6.2013 – 12 UF 4/12)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Siehr, Hamburg/Zürich

- I. Ziel des Haager Kindesentführungsübereinkommens und der EuEheVO
- II. Normalfall bei einer Kindesentführung
 1. Entführung in und nach Drittstaaten (Vertragsstaaten des HKÜ)
 2. Entführung zwischen Mitgliedstaaten der EU
- III. Sachverhalt, der dem OLG Schleswig vorlag
- IV. Entscheidung des OLG Schleswig vom 28.6.2013
 1. Vereinbarung vom 13.2.2013
 2. Rückführung entführter Kinder
 3. Gewöhnlicher Aufenthalt entführter Kinder
 - a) OLG Schleswig vom 28.6.2013
 - b) OLG Karlsruhe vom 14.8.2008
 4. Möglichkeit einer Entscheidung über das Sorgerecht
 5. Zwischenergebnis
- V. Erweiterte Perspektive: Wohin wird ein Kind zurückgeführt?
 1. Normalfall einer Entführung
 2. Besuch im Ausland und keine Rückkehr
 3. Gemeinsamer Umzug ins Ausland und ein Elternteil besucht Drittstaat mit Kind
- VI. Ergebnis

Abstract

Kinder waren von ihrer Mutter aus Spanien nach Deutschland entführt worden. Beide Eltern hatten nach spanischem Recht die elterliche Sorge. Im Februar 2013 einigten sich die Eltern, dass die Kinder zurück nach Spanien gebracht werden sollten. Die Rückführung erfolgte im März 2013. Das spanische Gericht lehnte die Zuständigkeit ab, da die Mutter nach spanischem Recht befugt war, den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder zu bestimmen. Sie nahm deshalb die Kinder nach Deutschland zurück. Dort verlangte der Vater die Durchsetzung der Einigung von Februar 2013 und die Rückführung der Kinder nach Spanien. Das OLG Schleswig lehnte dies ab; denn die Mutter habe durch die Rückführung der Kinder im März 2013 die Einigung erfüllt, und zwar auch dann, wenn – anders als die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 14.6.2008 – die Kinder im März 2013 noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien erworben hätten. Diese Auslegung wird bestätigt durch die englische Entscheidung O v. O (Abduction: Return to Third Country) [2013] EWHC 2970 (Fam), wo ein Kind in einen dritten Staat geführt wird, in dem es vor seiner Entführung noch nie seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, ein Elternteil vielmehr das Kind auf dem Weg in den neuen Aufenthaltsstaat der Eltern in einen zweiten Staat entführt hatte.

Gewöhnlicher Aufenthalt eines entführten Kindes vor und nach dessen Rückführung

(zu OLG Schleswig, 28.6.2013 – 12 UF 4/12)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Siehr, Hamburg/Zürich

*Two children, born in 2002 and 2003, had been abducted by their mother from La Palma (Spanish Canary Islands) to Germany. Both parents had custody rights (patria potestad) according to Spanish law. In Germany the parents agreed on 13 February 2013 that the children had to be returned to La Palma. In March 2013 the children were brought back by their mother. In La Palma the Spanish court declined jurisdiction because, according to Spanish law, the mother is entitled to take the children to Germany. She returned with them to Germany and here the father applied for enforcement of the agreement of 13 February 2013 and for an order to return the children to La Palma. The mother argued that she had already performed her obligation by returning the children to La Palma in March 2013. The father, however, objected and was of the opinion, supported by a decision of the Court of Appeal of Karlsruhe of 14 August 2008, that a child is only returned if it had established habitual residence in the state of origin. But this was not the case in the present situation because the children, after a short visit in La Palma in March/April 2013, returned to Germany. The Court of Appeal for the German State of Schleswig-Holstein (Oberlandesgericht in Schleswig), seized of this matter, finally decided that the duty of the mother to return the children had been performed in March 2013. The establishment of a new habitual residence in the state of origin is not necessary for the performance of the duty to return. Therefore no new return order is given by the court. – Discussed is the habitual residence of an abducted child before and after return to the country of origin from which the child has been abducted. Mentioned is also the English case *O v. O (Abduction: Return to Third Country)*, [2013] EWHC 2970 (Fam), in which the “return” of a child was ordered to a country (USA) from which the child had not been abducted and in which the child was not habitually resident immediately before being abducted. The child had to be “returned” to the state in which the parents agreed to establish their new habitual residence after having given up their former habitual residence in Australia.*

I. Ziel des Haager Kindesentführungsübereinkommens und der EuEheVO

Das Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung¹ (HKÜ) ist im Wesentlichen ein Rechtshilfeübereinkommen, das im Falle einer Kindesentführung dazu dienen soll, ein entführtes Kind in aller Regel zurück in denjenigen Staat zu führen, aus dem es entführt worden ist. In diesem Herkunftsstaat soll dann in der Sache entschieden werden, wo das Kind letztendlich bleibt, im Herkunftsstaat oder im Zufluchtsstaat oder sonst wo. Um dieses Ziel zu erreichen, bestimmt das HKÜ, welche Rechte und Pflichten die ersuchten Gerichte

¹ BGBl. 1990 II S. 207; Hague Conference on Private International Law (Hrsg.), *Recueil des Conventions/Collection of Conventions (1951–2009)*, 2009, Nr. 28; auch bei Jayme/Hausmann (Hrsg.), *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, Textausgabe, 17. Aufl. 2014, Nr. 222.

oder Behörden des Zufluchtsstaates haben, wann sie die Rückkehr des Kindes anzuordnen haben und wann sie eine Rückführung ablehnen dürfen. Erst wenn der Zufluchtsstaat die Rückkehr des Kindes abgelehnt hat, kann er selbst durch seine Gerichte oder Behörden eine Sorgerechtsentscheidung fällen (Art. 16 HKÜ).

Nach dem System des HKÜ hat praktisch der Zufluchtsstaat das letzte Wort. Wenn er die Rückgabe ablehnt, kann der Herkunftsstaat nichts dagegen machen. Dieses System wird zwischen den Mitgliedstaaten der EU modifiziert, und zwar durch die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (EuEheVO).² Nach den Art. 11 Abs. 8 und 42 EuEheVO sind Entscheidungen des Herkunftsstaates in allen Mitgliedstaaten sofort vollstreckbar. Hier hat also der Herkunftsstaat das letzte Wort. In diesem System sind alle Einwendungen gegen den Verbleib des Kindes im Herkunftsstaat dort vorzubringen und über sie zu entscheiden. Zwischen den Mitgliedstaaten

145 lassen sich der präventive Charakter und die abschreckende Wirkung des HKÜ noch besser erreichen; denn – wenn der beraubte Elternteil schnell genug reagiert – muss ein entführtes Kind in den Herkunftsstaat zurückgebracht werden, damit dort über den endgültigen Verbleib des Kindes entschieden werden kann.

In allen Fällen ist Eile geboten (Art. 11 HKÜ, Art. 11 Abs. 3 EuEheVO). Je schneller das Kind in den Herkunftsstaat zurückgebracht wird und dort über weitere Maßnahmen entschieden werden kann, desto besser. Nationale Gerichte haben ihre Zuständigkeit konzentriert;³ der EuGH entscheidet im Eilvorlageverfahren (*procédure préjudicielle d'urgence*) schnell über die ihm vorgelegten Fragen;⁴ und nur beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) – manchmal der letzten Instanz – kann es ein bisschen länger dauern. Das ist vielleicht deshalb erträglich, weil der EGMR im Jahr 2013 entschieden hat, dass die europäische Lösung auf Grund der EuEheVO mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vereinbar ist.⁵

² ABl. EU 2003 Nr. L 338/1 = Jayme/Hausmann (o. Fn. 1), Nr. 162.

³ Für Deutschland z.B. § 12 Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz (IntFamRVG), in: Jayme/Hausmann (o. Fn. 1), Nr. 162a.

⁴ Art. 62a, 104a ff. der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Classen (Hrsg.), Europa-Recht, 25. Aufl. 2013, Nr. 29. Zu diesem Eilverfahren vgl. u.a. Dörr, Das beschleunigte Vorabentscheidungsverfahren im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuGRZ 2008, 349 ff.; Lenaerts, Accelerated and Urgency Procedures in the Area of Freedom, Security and Justice, in: Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives, Liber amicorum in honour of Arjen W.-H. Meij, 2011, S. 155 ff.; Pirrung, Vorrangige, beschleunigte und Eilverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in Ehe- und Sorgerechtsachen, in: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, 2011, S. 698 ff.; Tizzano/Iannuccelli, La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: premier bilan et nouvelles questions, Il Diritto dell'Unione Europea 2012, 107 ff.

⁵ EGMR, 18.6.2013, *Sofia Povse und Doris Povse ./. Austria* (Application no. 3890/11), FamRZ 2013, 1793: Das System der EuEheVO (der Herkunftsstaat hat das letzte Wort: Art. 11 Abs. 8, 42 EuEheVO) verletze dann nicht die EMRK, wenn der Entführer sein Recht im Herkunftsstaat geltend machen kann.

II. Normalfall bei einer Kindesentführung

1. Entführung in und nach Drittstaaten (Vertragsstaaten des HKÜ)

Bevor der Sachverhalt, den das OLG Schleswig zu entscheiden hatte, erörtert wird, ist es vorteilhaft, wenn zunächst einmal ein Normalfall bei einer Kindesentführung in und nach Nichtmitgliedstaaten der EU geschildert wird. Normalerweise gibt es bei Kindesentführungen fünf verschiedene Phasen.

a) Nach einer Entführung bittet der beraubte Elternteil die Behörden an seinem Aufenthaltsort oder die Behörden im Zufluchtsstaat um Rückführung des Kindes (Art. 8 und 12 HKÜ).

b) Die zuständige Behörde im Zufluchtsstaat befasst sich mit der Bitte um Rückführung und ordnet die Rückführung an oder lehnt sie aus Gründen der Art. 12 Abs. 2, 13 oder 20 HKÜ ab.

c) Es folgt entweder die Rückführung oder bei deren Ablehnung entscheidet der Zufluchtsstaat über das Sorgerecht (Art. 16 HKÜ).

d) Wird das Kind zurückgeführt, kann der Herkunftsstaat über die Kindessorge entscheiden. Vorher sollte er es nicht tun, um die Rückführung nicht zu erschweren.

e) Ist das Kind in den Herkunftsstaat zurückgebracht worden, kann dort über einen Antrag zur elterlichen Sorge entschieden werden (Art. 5 und 15 Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 = KSÜ⁶).

2. Entführung zwischen Mitgliedstaaten der EU

Zwischen Mitgliedstaaten vereinfacht sich dieses Bild erheblich.

a) Der Herkunftsstaat behält nach einer Entführung die Zuständigkeit, über die Rückführung zu entscheiden, bis die Voraussetzungen des Art. 10 EuEheVO erfüllt sind, also auch über ein Jahr nach der Entführung hinaus. Er kann solange eine Entscheidung über das Sorgerecht und über die Rückgabe des Kindes treffen.

b) Selbst wenn der Zufluchtsstaat die Rückführung ablehnt, hat er seine Entscheidung dem Herkunftsstaat nach Art. 11 Abs. 6 EuEheVO zu übermitteln, damit dieser die Parteien hiervon unterrichten und einladen kann, Anträge zu stellen.

c) Eine Entscheidung des Herkunftsstaates über die Rückführung des Kindes, welche die Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2–7 EuEheVO erfüllt, ist nach Art. 11 Abs. 8 und Art. 42 EuEheVO im Zufluchtsstaat anzuerkennen und zu vollstrecken.

d) Im Herkunftsstaat kann der Entführer seine Einwendungen nach Art. 12 Abs. 2, 13 und 20 HKÜ vorbringen und – falls das Kindeswohl dies zulässt – eine Sorgerechtsentscheidung auf Grund von EuEheVO/KSÜ zu seinen Gunsten erwirken.

III. Sachverhalt, der dem OLG Schleswig vorlag

Die Eltern leben in La Palma (Kanarische Inseln/Spanien) und haben gemeinsam die elterliche Sorge (*patria potestad*) für ihre beiden minderjährigen Kinder (geboren 2002 und 2003) nach spanischem Recht. Die Mutter flog im Jahre 2012/13 nach Deutschland und nahm die Kinder – offenbar ohne Einverständnis des Vaters – mit. Der Vater verlangte die Rückführung der Kinder nach Spanien. Vor dem OLG

⁶ Haager Übereinkommen vom 19.10.1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, BGBl. 2009 II S. 603; Recueil des Conventions (o. Fn. 1), Nr. 34 und in: Jayme/Hausmann (o. Fn. 1), Nr. 53.

Schleswig einigten sich die Eltern am 13.2.2013 über die Rückführung und die Mutter versprach, die Kinder bis zum 5.4.2013 nach La Palma zurückzubringen. Schon Anfang März 2013 stellte die Mutter beim Bezirksgericht von La Palma (offenbar *Audiencia Provincial de Palma de Mallorca*), das wohl auch für Santa Cruz de La Palma zuständig ist, den Antrag, ihr und den Kindern den Aufenthalt in Deutschland zu gestatten. Ende März flog dann die Mutter mit den Kindern nach La Palma und erhielt am 19.4.2013 vom spanischen Gericht die Mitteilung, dass die spanischen Gerichte unzuständig seien und die spanische Gesetzgebung der Mutter nicht verbiete, „sich mit den Kindern weiterhin in Deutschland aufzuhalten“. Daraufhin kehrte die Mutter mit den Kindern nach Deutschland zurück. Dort beantragte der Vater, die Mutter durch Festsetzung von Ordnungsmitteln dazu zu bewegen, ihre Verpflichtung aus der Vereinbarung vom 13.2.2013, in der sich die Mutter zur Rückführung der Kinder bis zum 5.4.2013 verpflichtet hatte, zu erfüllen. Diese Pflicht sei noch nicht erfüllt, denn die Kinder hätten nach der Rückführung noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Herkunftsstaat begründet. Dies sei aber nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 14.8.2008 notwendig.⁷

IV. Entscheidung des OLG Schleswig vom 28.6.2013⁸

Das OLG Schleswig hat den Antrag des Vaters auf Festsetzung von Ordnungsmitteln abgelehnt, denn die Mutter habe die
146 Verpflichtung aus der Vereinbarung vom 13.2.2013 bereits durch Rückführung der Kinder im März/April 2013 erfüllt, und für diese Erfüllung sei nach dem HKÜ nicht Voraussetzung, dass die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Herkunftsstaat wieder begründet haben.

1. Vereinbarung vom 13.2.2013

Es ist keine deutsche Entscheidung über die Rückführung der Kinder nach Spanien ergangen. Die Parteien haben sich vielmehr geeinigt, dass die Mutter die von ihr entführten Kinder freiwillig zurückbringt. Diese Vereinbarung ist – zumindest zwischen Mitgliedstaaten der EU und Vertragsstaaten des HKÜ – nach Art. 2 Nr. 7, 46 EuEheVO und Art. 3 Abs. 2 HKÜ so viel wert wie eine gerichtliche Entscheidung und kann genauso vollstreckt werden wie eine gerichtliche Entscheidung.

2. Rückführung entführter Kinder

In aller Regel endet eine Kindesentführung mit der Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat. Dann ist der *status quo* wieder hergestellt und das zuständige Gericht im Herkunftsstaat kann entscheiden, ob und eventuell wie die elterliche Sorge neu zu verteilen ist. Mit der Rückführung wird in aller Regel die Verpflichtung des Entführers zur Rückführung erfüllt und die Verpflichtung erlischt damit. Frage allerdings ist, ob dem OLG Karlsruhe, das am 14.8.2008 anders entschieden hatte, zu folgen ist.

3. Gewöhnlicher Aufenthalt entführter Kinder

Bei dieser Frage sollte man zwischen dem Fall des OLG Schleswig und dem des OLG Karlsruhe unterscheiden. Sie liegen nämlich in wesentlichen Punkten anders.

⁷ OLG Karlsruhe, 14.8.2008, FamRZ 2008, 2223.

⁸ Ebenfalls abgedruckt in FamRZ 2014, 494.

a) OLG Schleswig vom 28.6.2013

Im Fall des OLG Schleswig wurden die Kinder nach Spanien zurückgebracht, und das dortige Gericht nahm offenbar an, die Kinder hätten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, deshalb fehle einem spanischen Gericht nach Art. 8 EuEheVO die internationale Zuständigkeit und die Befugnis, eine Sorgerechtsentscheidung hinsichtlich der Kinder zu fällen. So ist wohl die Mitteilung in dem deutschen Beschluss vom 28.6.2013 zu verstehen. Nach diesem Beschluss hat nämlich das spanische Bezirksgericht am 19.4.2013 entschieden, „dass hinsichtlich der beantragten Genehmigung [die Mutter hatte beantragt, mit den Kindern den Aufenthalt in Deutschland zu nehmen] keine Entscheidung zulässig sei, weil die spanische Gesetzgebung der Antragstellerin nicht verbiete, sich mit den Kindern weiterhin in Deutschland aufzuhalten“. In einer solchen Situation zu verlangen, die Kinder müssten bis zum Erwerb eines gewöhnlichen Aufenthaltes in Spanien als dem Herkunftsstaat bleiben, ist abwegig, weil dies auf die im Gesetz nicht vorgesehene Vereinbarung einer Zuständigkeit hinausliefe: Deutsche Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort wären unzuständig und dürften nicht angerufen werden, und spanische Gerichte wären nur nach Art. 11 ff. KSÜ solange zuständig, bis sie die normale Zuständigkeit als Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder erhalten. Hat also – wie hier – ein Gericht des Herkunftsstaates entschieden, dass das entführte Kind im Zufluchtsstaat bleiben kann, ist die Sache erledigt.

b) OLG Karlsruhe vom 14.8.2008

Der Entscheidung des OLG Karlsruhe lag ein wohl sehr unterschiedlicher Sachverhalt zugrunde. Das Kind wurde im März 2006 durch die Mutter von Polen nach Deutschland entführt. Der Vater erfährt davon ca. ein Jahr später und beantragt in Deutschland am 7.8.2007 die Rückführung. Das deutsche Familiengericht ordnet am 14.12.2007 die unverzügliche Rückführung des Kindes an. Das OLG Karlsruhe bestätigt diesen Beschluss am 28.3.2008. Am 13.4.2008 fährt die Mutter mit dem Kind nach Polen, besucht Verwandte, verlangt aber von polnischen Gerichten nicht, dem Kind die Ausreise aus Polen zu gestatten. Auch der Vater – ob er von der Rückkehr überhaupt erfährt, ist zweifelhaft – wendet sich an kein polnisches Gericht. Das Kind kehrt nach Deutschland zurück, und zwar ohne polnische Klärung der Frage, ob diese Rückkehr zulässig ist.

Hinsichtlich der letzten drei Sätze unterscheidet sich der Sachverhalt aus Karlsruhe von dem aus Schleswig. Die Mutter hätte sich an ein polnisches Gericht wenden und bei ihm beantragen müssen, dem Kind die Ausreise nach Deutschland zu gestatten. Solange sie dies nicht getan hat, bleibt die Entführung widerrechtlich, und die Rückkehr kann durch Ordnungsmittel von deutschen Instanzen erzwungen werden. Dies bedeutet freilich nicht, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Polen erwerben muss. Dies verlangen auch *Dutta/Scherpe* in ihrem Aufsatz nicht. Sie verlangen – etwas missverständlich – nur, dass der *status quo ante* wieder hergestellt werden müsse.⁹ Das aber heißt, die Gerichte im Herkunftsstaat müssen die Möglichkeit haben, endgültig über einen Antrag, den gewöhnlichen Aufenthalt des entführten Kindes zu bestimmen, zu entscheiden. Dies können die polnischen Gerichte auch; denn entweder schließen sie sich der deutschen Auffassung an und verneinen das Einleben des Kindes „in seine neue Umgebung“ (vgl. Art. 12 Abs. 2 HKÜ für einen Antrag, der mehr als ein Jahr nach dem Verbringen des Kindes gestellt wird) und behalten deswegen ihre Zuständigkeit nach Art. 10 EuEheVO oder sie bejahen einen neuen

⁹ *Dutta/Scherpe*, Die Durchsetzung von Rückführungsansprüchen nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen durch deutsche Gerichte, FamRZ 2006, 901, 906.

gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in Deutschland und lehnen eine Entscheidung ab, weil sie die deutschen Gerichte allein für eine Sorgerechtsentscheidung für zuständig halten (Art. 8 EuEheVO, Art. 5 KSÜ). Ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Polen ist dafür nicht erforderlich.

4. Möglichkeit einer Entscheidung über das Sorgerecht

Im Fall des OLG Schleswig hatte das spanische Gericht die Möglichkeit, über die elterliche Sorge zu entscheiden, lehnte jedoch seine Zuständigkeit wohl deswegen ab, weil es einen deutschen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes annahm und die deutschen Gerichte für eine Sorgerechtsentscheidung als zuständig ansah. Im Fall des OLG Karlsruhe hätte der beraubte polnische Ehemann bei einem polnischen Gericht beantragen sollen, das Kind – in Übereinstimmung mit dem OLG Karlsruhe – nach Polen zurückzuführen und es ohne die Zustimmung des Vaters aus Polen nicht ausreisen zu lassen.

5. Zwischenergebnis

Die Entscheidung des OLG Schleswig ist richtig. Ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Herkunftsstaat ist nicht erforderlich. Die dortigen Gerichte müssen lediglich angerufen werden, um über den endgültigen Verbleib des Kindes zu befinden.

V. Erweiterte Perspektive: Wohin wird ein Kind zurückgeführt?

Der besprochene Fall gibt Anlass, ganz generell zu fragen, wohin ein entführtes Kind eigentlich zurückgeführt werden soll.

147 Das HKÜ enthält dazu keine Bestimmung, insbesondere sagt es nicht, das entführte Kind sei dem beraubten Elternteil im Herkunftsstaat zurückzugeben. Vielmehr lässt das HKÜ diese Frage offen und überlässt deren Beantwortung den zuständigen Instanzen.¹⁰ Was heißt das nun in der Praxis? Drei Falltypen sind zu unterscheiden:

1. Normalfall einer Entführung

In den meisten Fällen werden Kinder ins Ausland entführt, häufig in den Heimatstaat des Entführers. Der beraubte Elternteil sollte Folgendes beantragen:

a) Rückführung in den Staat, in dem das Kind vor der Entführung gelebt hat. Derselbe Zustand sollte wieder hergestellt werden wie vor der Entführung, also z.B. auch getrenntes Wohnen von entführendem und beraubtem Elternteil. Wo das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist bei einer Rückführung unbeachtlich; denn auch wenn das Kind in der Zwischenzeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt geändert haben sollte, kann seine Rückführung angeordnet werden. Mit der Rückführung dürfte das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Herkunftsstaat wieder erlangen, falls es ihn dort verloren haben sollte, denn nur bei *Entführungen* verlangt man eine gewisse halbjährige Anpassung an die Lebensverhältnisse im Zufluchtsstaat, um einen gewöhnlichen Aufenthalt im Zufluchtsstaat zu erwerben. Wenn nämlich ein rechtswidriger Zustand beseitigt wird und deshalb das Kind in den Herkunftsstaat zurückkehrt, erwirbt es –

¹⁰ Pérez Vera, Explanatory Report, in: Hague Conference (Hrsg.), Actes et Documents de la Quatorzième Session (1980): Bd. III: Enlèvement d'enfants, 1982, S. 426 ff. unter Nr. 110 (S. 459 f.).

wie bei einem normalen Umzug¹¹ – sofort seinen gewöhnlichen Aufenthalt an seinem neuen Wohnort, bis der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes auf Antrag eines Elternteils in einem Sorgerechtsverfahren (z.B. nach Art. 8 EuEheVO oder Art. 5 KSÜ) vielleicht geändert wird.

b) Die Rückführung sollte dadurch erleichtert werden, dass der beraubte Elternteil angemessene Vorkehrungen (sog. *undertakings*) trifft, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten (vgl. Art. 11 Abs. 4 EuEheVO).

c) Gegen den Entführer sollte kein Strafverfahren im Herkunftsstaat eröffnet werden; denn eine solche Maßnahme erschwert die Rückführung durch den Entführer und vereinfacht die Rückführung nicht.

d) Ein Sorgerechtsverfahren im Herkunftsstaat oder eine Änderung der Personensorge sollte auf den Zeitpunkt *nach* der Rückführung verschoben werden; denn jegliche Änderung der Situation, wie sie vor der Entführung bestand, erschwert den Behörden im Zufluchtsstaat die Entscheidung über die Rückführung.

2. Besuch im Ausland und keine Rückkehr

Wer mit Zustimmung eines sorgeberechtigten Elternteils das Kind ins Ausland zu einem Besuch oder zu einem Ferienaufenthalt mitnimmt und nach Beendigung des Besuchs oder der Ferien das Kind nicht verabredungsgemäß in den Herkunftsstaat zurückbringt, macht sich eines widerrechtlichen Verbringens (vgl. Art. 2 Nr. 11 EuEheVO, Art. 3 HKÜ) schuldig und ist zur Rückführung nach den oben bei V.1. genannten Bedingungen verpflichtet.¹²

¹¹ Bei der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts wird meistens vergessen, dass in aller Regel mit einem legalen Umzug *sofort* ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt am neuen Wohnort begründet wird. Wer von Zürich nach Hamburg umzieht, in Zürich seine Zelte abbricht und in Hamburg neue aufstellt, erwirbt *sofort* mit dem Beziehen der neuen Wohnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Hamburg. Das gilt nicht nur für ihn selbst, sondern auch für die gesamte Familie, die mit ihm umzieht, also für seine Frau und seine Kinder. Insofern ist der Ausdruck „gewöhnlicher“ Aufenthalt missverständlich, suggeriert er doch, dass der Aufenthalt eine gewisse Zeit innegehabt worden sein muss. Das ist freilich ein Irrtum. Die Absicht, seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu wechseln, ist nämlich zu berücksichtigen; denn es wäre grotesk, wenn man noch die Züricher Gerichte um Kindesschutz für ein Kind bitten müsste, das gestern nach Hamburg umgezogen ist. Die Tatsache, dass man nach einem Umzug seinen Lebensmittelpunkt verlegt hat, ist also als *subjektives* Element (bestätigt u.a. durch Beziehen der neuen Wohnung und Anmeldung bei den Behörden des neuen Wohnortes) bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts zu berücksichtigen. Zum Ganzen *Marc-Philipp Weller*, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in: Leible/Unberath (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, 2013, S. 293, 314 ff.; *David Williams*, The Supreme Court trilogy: a new habitual residence rises! *International Family Law* 2014, 84; *Siehr*, in: MünchKomm, BGB, Band 10, 6. Aufl. 2015, Art. 8 EuEheVO Rn. 5. – Auch Säuglinge dürften sofort mit ihrer Geburt ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei der Frau haben, die den Säugling geboren hat. Vgl. EuGH, 22.12.2010, Rs. C-497/10 PPU, IPRax 2012, 340 (bei Rn. 48 ff.) m. Anm. *Siehr*, 316, 317; OLG Karlsruhe, 12.11.2013, FamRB 2014, 209, 210; *Heiderhoff*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPRax 2012, 523, 525.

¹² Vgl. etwa OLG Düsseldorf, 2.2.2011, IPRspr. 2011 Nr. 112 (Ferien türkischer Kinder in Deutschland); BGer., 16.1.2014, AJP 2014, 565 m. Anm. *Bucher* (Kinder aus Italien zu Besuch in der Schweiz); OGH, 26.2.2014, EF-Z 2014, 167 m. Anm. *Nademleinsky* (Kind aus Österreich zu Besuch in Israel); Cass.fr., 26.10.2011, Clunet 139 (2012) 939 mit Anm. *Chalas* (Besuch eines amerikanisch-französischen Kindes in Frankreich); *In re LC (Children) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)*, [2014] UKSC 1 = [2014] 2 WLR 124 (Sup.Ct) (Ferien britisch-spanischer Kinder in England).

3. Gemeinsamer Umzug ins Ausland und ein Elternteil besucht Drittstaat mit Kind

Schwierig zu beurteilen ist die Situation, in der beide Elternteile ins Ausland ziehen, dort gemeinsam mit ihren Kindern leben wollen, aber ein Elternteil nach einem Ferien- und Besuchsaufenthalt in Drittstaaten mit dem Kind nicht an den neuen gemeinsamen Wohnsitz umsiedelt, sondern in dem Drittstaat dauerhaft bleiben will. Ist das auch eine Entführung und, wenn das bejaht wird, ist das Kind in den früheren Herkunftsstaat oder in den neuen Wohnsitzstaat zu überführen? Ein jüngster englischer Fall möge diesen Falltypus illustrieren.¹³ Ein Ehepaar lebte mit seinen beiden Kindern (neun und zwei Jahre alt) in Australien. Im Jahr 2013 beschlossen die Eltern, Australien zu verlassen und in die USA überzusiedeln. Die Mutter verließ Australien mit der Familienhabe und dem jüngeren Kind im März 2013, und der Vater verließ Australien zwei Wochen später, um mit dem älteren Kind Ferien in Thailand zu verbringen und – was nicht vereinbart war – die Mutter des Vaters in England zu besuchen. Von England aus hatte der Vater seine Frau in den USA darüber informiert, dass er mit dem älteren Kind nicht in die USA kommen werde, sondern mit dem Kind in England zu bleiben gedenke. Die Mutter, ungeduldig das Ende der Ferien in Thailand erwartend, hatte in der Zwischenzeit (im Juni 2013) bereits in den USA ein Sorgerechtsverfahren anhängig gemacht und verlangte dann in London die Überführung ihrer älteren Tochter in die USA. Sie traf dabei folgende Vorkehrungen (*undertakings*): Wohnung für Vater und ältere Tochter in der Nähe ihrer Wohnung und finanzielle Unterstützung beider Personen während ihres Aufenthalts in den USA. Justice Keehan der *Family Division* des englischen *High Court of Justice* hatte vor allem drei Fragen zu entscheiden: Liegt eine Entführung vor; wohin ist die ältere Tochter zurückzuschicken, nach Australien oder in die USA; liegen Hinderungsgründe nach Art. 13 HKÜ vor? Der Richter bejahte die erste Frage, verneinte die letzte und stand schließlich vor dem Hauptproblem: Wohin mit dem Kind? Er entschied sich für eine funktionale Interpretation (*purposive interpretation*) des

148 HKÜ und gegen eine enge sowie beschränkte Auslegung. Danach habe es keinen Sinn (*utterly absurd, wholly contrary to the interests of the child*), das Kind nach Australien an seinen früheren gewöhnlichen Aufenthalt zurückzuschicken. Die australischen Gerichte wären kaum zuständig, über das zurückgeschickte Kind zu befinden. Sinnvoll sei nur die Überstellung des Kindes in die USA. Dort ist der geplante Wohnort der Familie, dort seien Mutter und Schwester und dorthin müsse nach dem gemeinsamen Beschluss ihrer Eltern auch die entführte Tochter.

Diese Entscheidung ist zutreffend. Sie zeigt außerdem viererlei:

- Eine Entführung liegt auch dann vor, wenn ein Kind nicht dahin geführt wird, wo es nach Vereinbarung der Sorgeberechtigten oder nach dem Recht des bisherigen Herkunftsstaates leben soll.
- Das entführte Kind ist nicht notwendig in den Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltes zurückzubringen, sondern dorthin, wo es nach Vereinbarung oder Gesetz in Zukunft leben soll.
- Das Kind braucht an dem Ort, wohin es nach seiner Entführung überführt wird, nie oder nicht vor seiner Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt zu haben.
- Wird das Kind in diesen Staat überführt, so erwirbt es im Zweifel sofort seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat, bis eine Sorgerechtsentscheidung eventuell etwas Anderes bestimmt. Eine gewisse Zeit der Eingewöhnung in die neue Umgebung ist nicht erforderlich, denn in diesem Staat soll das Kind in

¹³ *O v. O (Child Abduction: Return to Third Country)*, [2023] EWHC 2970 (Fam) = [2014] 2 WLR 1213 = [2014] 1 FLR 1406.

Zukunft leben, bis die Eltern wegziehen oder eine Gerichtsentscheidung etwas Anderes vorsieht.

VI. Ergebnis

1. Die Entscheidung des OLG Schleswig ist zutreffend.
 2. Eine Rückführung liegt auch dann vor, wenn das Kind in den Herkunftsstaat gebracht wird und dort noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
 3. Mit der Rückführung in diesem Sinne und der Anrufung der Gerichte im Herkunftsstaat wird ein Rückführungsbeschluss oder eine Rückführungsvereinbarung erfüllt und verbraucht.
 4. Eine Entführung liegt selbst dann vor, wenn ein Kind nicht an den Ort gebracht wird, den die Eltern gemeinsam als ihren Wohnsitz bestimmt haben. Das Kind muss dann in dieses neue Land „zurückgeführt“ werden.
-