

Anlage 1 zur Denkschrift

Erläuternder Bericht
von Elisa Pérez-Vera
zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte
internationaler Kindesentführung

(Übersetzung)

Inhaltsübersicht

Einleitung	Nummer		Nummer
I. Ergebnis der Arbeiten der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht	1	Artikel 4 – Der persönliche Anwendungsbereich des Übereinkommens	75
II. Zweck und Aufbau des vorliegenden Berichts	5	a) Die geschützten Kinder	76
		b) Die Inhaber des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang	79
		c) Die möglichen „Entführer“	81
Erster Teil – Allgemeine Grundzüge des Übereinkommens	9	Artikel 5 – Zu bestimmten Ausdrücken, die das Übereinkommen verwendet	83
I. Zweck des Übereinkommens	10		
A. Abgrenzung des Gegenstands	11	Kapitel II – Zentrale Behörden	
B. Die Ziele des Übereinkommens	16	Artikel 6 – Errichtung der zentralen Behörden	87
C. Bedeutung des Wohles des Kindes	20	Artikel 7 – Verpflichtungen der zentralen Behörden ..	88
D. Ausnahmen von der Verpflichtung, die sofortige Rückgabe des Kindes sicherzustellen	27	Kapitel III – Rückgabe von Kindern	
II. Natur des Übereinkommens		Artikel 8 – Die Antragstellung bei den zentralen Behörden	99
A. Ein Übereinkommen der behördlichen Zusammenarbeit	35	Artikel 9 – Übermittlung des Antrags an die zentrale Behörde des Staates, in dem sich das Kind befindet	102
B. Eigenständigkeit des Übereinkommens	38	Artikel 10 – Die freiwillige Rückgabe des Kindes	103
C. Beziehungen zu anderen Übereinkommen	40	Artikel 11 – Die Anwendung der schnellstmöglichen Verfahren durch die Gerichte oder Verwaltungsbehörden	104
D. Möglichkeit des Beitritts zu dem Übereinkommen für Staaten, die nicht Mitglied der Haager Konferenz sind	41		
III. Einrichtungen für die Anwendung des Übereinkommens		Artikel 12 und 18 – Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes	106
A. Die zentralen Behörden	42	Artikel 13 und 20 – Mögliche Ausnahmen von der Rückgabe des Kindes	113
B. Das Musterformblatt	48	Artikel 14 – Erleichterung des Nachweises des ausländischen Rechts	119
IV. Struktur und Terminologie		Artikel 15 – Möglichkeit, die Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes um eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung zu ersuchen	120
A. Die Struktur des Übereinkommens	52		
B. Im Übereinkommen verwendete Terminologie	53	Artikel 16 – Verbot einer Sachentscheidung über das Sorgerecht	121
Zweiter Teil – Erläuterung der Artikel des Übereinkommens		Artikel 17 – Vorliegen einer Sorgerechtsentscheidung im ersuchten Staat	122
Kapitel I – Anwendungsbereich des Übereinkommens	54	Artikel 19 – Tragweite der Entscheidungen über die Rückgabe des Kindes	124
Artikel 1 – Die Ziele des Übereinkommens		Kapitel IV – Recht zum persönlichen Umgang	
a) Allgemeine Bemerkungen	55	Artikel 21	125
b) Buchstabe a	57		
c) Buchstabe b	60	Kapitel V – Allgemeine Bestimmungen	129
Artikel 2 – Allgemeine Verpflichtung der Vertragsstaaten	62	Artikel 22 – Sicherheitsleistung für Verfahrenskosten ..	130
Artikel 3 – Die Widerrechtlichkeit eines Verbringens oder Zurückhaltens		Artikel 23 – Befreiung von der Legalisation	131
a) Allgemeine Bemerkungen	64	Artikel 24 – Übersetzung von Schriftstücken	132
b) Das rechtliche Element	65		
c) Das tatsächliche Element	72		

	Nummer		Nummer
Artikel 25 – Prozeßkosten- und Beratungshilfe	133	Artikel 31 bis 33 – Anwendung des Übereinkommens im Hinblick auf Staaten mit mehr als einem Rechtssystem	141
Artikel 26 – Kosten bei der Anwendung des Übereinkommens	134	Artikel 34 – Beziehungen zu anderen Übereinkommen ...	143
Artikel 27 – Möglichkeit, einen Antrag zurückzuweisen ...	137	Artikel 35 – Der zeitliche Anwendungsbereich des Übereinkommens	144
Artikel 28 – Von der zentralen Behörde verlangte Vollmacht	138	Artikel 36 – Möglichkeit, durch Vereinbarung die Einschränkungen für die Rückgabe des Kindes zu begrenzen	146
Artikel 29 – Unmittelbare Inanspruchnahme der zuständigen innerstaatlichen Behörden	139	Kapitel VI – Schlußbestimmungen	147
Artikel 30 – Zulässigkeit von Schriftstücken	140		

Einleitung

I. Ergebnis der Arbeiten der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht

1. Das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung wurde am 24. Oktober 1980 in der Plenarsitzung der Vierzehnten Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht durch die anwesenden Staaten¹⁾ einstimmig angenommen. Am 25. Oktober 1980 unterzeichneten die Delegierten die Schlußakte der Vierzehnten Tagung mit dem Wortlaut des Übereinkommens und einer Empfehlung für das Musterformblatt, das bei Anträgen auf Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder zu verwenden ist.

Bei dieser Gelegenheit ist die Haager Konferenz von ihrer Praxis abgewichen und hat die auf der Vierzehnten Tagung angenommenen Übereinkommensentwürfe unmittelbar nach der Schlußsitzung zur Unterzeichnung durch die Staaten aufgelegt. Vier Staaten (Kanada, Frankreich, Griechenland und die Schweiz) haben das Übereinkommen bei dieser Gelegenheit unterzeichnet, so daß es das Datum vom 25. Oktober 1980 trägt.

2. Hinsichtlich des Ausgangspunkts der Arbeiten, die zur Annahme des Übereinkommens geführt haben, sowie der bereits auf diesem Sachgebiet vorhandenen oder in unmittelbarem Zusammenhang damit stehenden anderen Übereinkommen wird auf die Einleitung des Berichts der Sonderkommission verwiesen.²⁾

3. Die Vierzehnte Tagung der Konferenz, die vom 6. bis 25. Oktober 1980 stattfand, beauftragte die Erste Kommission mit Professor A. E. Anton (Vereinigtes Königreich) als Vorsitzendem und Dekan Leal (Kanada) als stellvertretendem Vorsitzenden mit der Ausarbeitung des Übereinkommens; beide waren bereits Vorsitzender bzw. stellvertretender Vorsitzender der Sonderkommission gewesen. Außerdem wurde Professor Elisa Pérez-Vera in ihrem Amt als Berichterstatterin bestätigt. Mr. Adair Dyer, Erster Sekretär des Ständigen Büros, der für die Arbeiten der Konferenz wichtige Schriftstücke ausgearbeitet hatte, war mit der wissenschaftlichen Leitung des Sekretariats beauftragt.

4. In dreizehn Sitzungen nahm die Erste Kommission eine erste Lesung des von der Sonderkommission ausgearbeiteten Vorentwurfs vor. Gleichzeitig ernannte sie einen Redaktionsausschuß,

1) Deutschland, Australien, Österreich, Belgien, Kanada, Dänemark, Spanien, Vereinigte Staaten, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Japan, Luxemburg, Norwegen, Niederlande, Portugal, Vereinigtes Königreich, Schweden, Schweiz, Tschechoslowakei, Venezuela und Jugoslawien.

Die Vertreter der Arabischen Republik Ägypten, Israels und Italiens haben sich an der Abstimmung nicht beteiligt, obwohl sie an den Arbeiten der Ersten Kommission aktiv teilgenommen hatten. Marokko, der Heilige Stuhl und die Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken hatten Beobachter entsandt. Bei ihren Arbeiten stand der Ersten Kommission auch die wertvolle Mitarbeit der Beobachter des Europarats, des Commonwealth-Sekretariats und des Internationalen Sozialdienstes zur Verfügung.

2) Bericht der Sonderkommission Nr. 3 und 7 bis 15.

der entsprechend dem Fortschreiten der Arbeiten den Wortlaut formulierte.³⁾ Sieben weitere Sitzungen dienten der Beratung des vom Redaktionsausschuß vorbereiteten Textes⁴⁾ sowie der Bestimmungen über die Anwendung des Übereinkommens in Staaten ohne einheitliches Rechtssystem („Application Clauses“) und des Musterformblatts,⁵⁾ die von Ad-hoc-Ausschüssen verfaßt worden waren.⁶⁾ Die vom Ständigen Büro vorgeschlagenen Schlußbestimmungen wurden in den Vorentwurf übernommen, den der Redaktionsausschuß erstellt hatte.

II. Zweck und Aufbau des vorliegenden Berichts

5. Der Erläuternde Bericht zu einem Text, der dazu bestimmt ist, geltendes Recht zu werden, also zu einem Text, auf den man sich berufen können und der angewandt werden soll, muß mindestens zwei wesentlichen Zielen entsprechen. Einmal muß der Bericht so getreu wie möglich die Prinzipien, die dem Übereinkommen zugrunde liegen, und, wenn sich dies als notwendig erweist, die Entwicklung der Gedanken hervorheben, die zur Auswahl solcher Prinzipien unter den vorhandenen Möglichkeiten geführt haben. Es geht sicher nicht darum, erschöpfend die Stellungnahmen im Rahmen der Ausarbeitung des Übereinkommens darzulegen, aber die Haltung, die das Übereinkommen einnimmt, wird manchmal in der Gegenüberstellung zu anderen vorgetragenen Gedanken leichter verständlich.

Angesichts der Tatsache, daß der von der Sonderkommission vorbereitete Vorentwurf eines Übereinkommens eine breite Unterstützung⁷⁾ erfahren und der endgültige Wortlaut dementsprechend im wesentlichen die Struktur und die Grundlagen des Vorentwurfs übernommen hat, wird dieser Schlußbericht, insbesondere in seinem ersten Teil, bestimmte Abschnitte des Berichts der Sonderkommission wiederholen, der im April 1980 für die Vierzehnte Tagung vorbereitet worden ist.⁸⁾

6. Dieser Schlußbericht soll auch einen anderen Zweck erfüllen, nämlich denjenigen, die das Übereinkommen anzuwenden

3) Der Redaktionsausschuß unter dem Vorsitz von Mr. Leal als stellvertretendem Vorsitzenden der Ersten Kommission bestand aus den Herren Savolainen (Finnland), Chelini (Frankreich), Jones (Vereinigtes Königreich) und der Berichterstatterin, Mr. Dyer und mehrere Redaktionssekretäre haben ihm außerordentlich wertvolle Hilfe geleistet.

4) Arbeitsdokumente Nr. 45, 66, 75, 78, 79 und 83.

5) Arbeitsdokument Nr. 59, ergänzt durch den Vorschlag des Sekretariats im Arbeitsdokument Nr. 71. Der Unterausschuß „Application Clauses“ beschloß, den Inhalt der herüber von der Sonderkommission ausgearbeiteten Artikel unverändert zu lassen (Protokoll Nr. 12).

6) Im Unterausschuß „Musterformblatt“ waren unter dem Vorsitz von Professor Müller-Freienfels (Bundesrepublik Deutschland) die Herren Deschenaux (Schweiz), Hergen (Vereinigte Staaten), Barbosa (Portugal), Minami (Japan) und Frau Prip (Schweden) tätig. Dem Unterausschuß „Application Clauses“ gehörten unter dem Vorsitz von Herrn van Boeschoten (Niederlande) die Herren Hélu (Kanada), Hjorth (Dänemark), Creswell (Australien), Saleh (Ägypten) und Miss Selby (Vereinigte Staaten) an.

7) Siehe insbesondere die Stellungnahmen der Regierungen, Vorbereitendes Dokument (Vorb. Dok.) Nr. 7.

8) Vorb. Dok. Nr. 6.

haben, eine ausführliche Kommentierung seiner Bestimmungen zur Verfügung zu stellen. Da diese Kommentierung im Prinzip dazu bestimmt ist, den wörtlichen Inhalt der Übereinkommensvorschriften zu erläutern, wird sie sich viel weniger darum bemühen, ihre Entstehungsgeschichte zu schildern, als ihren Inhalt darzulegen.

7. Aus den vorstehenden Erwägungen kann gefolgert werden, daß die zwei angestrebten Ziele sich deutlich unterscheiden und selbst die angewandten Methoden der Analyse, um beide zu erreichen, nicht identisch sein können. Ungeachtet dessen bringt die Bezugnahme in beiden Fällen auf einen einzigen Wortlaut, den des Übereinkommens, gewisse Wiederholungen mit sich, die unumgänglich erscheinen. Trotz dieser Gefahr und angesichts des unterstrichenen doppelten Ziels ist der Bericht in zwei Abschnitte unterteilt: Der erste ist der Untersuchung der allgemeinen Prinzipien gewidmet, die dem Übereinkommen zugrunde liegen; der zweite dient der Untersuchung des Textes Artikel für Artikel.

8. Wie Professor von Overbeck 1977 unterstrichen hat,⁹⁾ erscheint es schließlich zweckmäßig, daran zu erinnern, daß dieser Bericht nach Abschluß der Vierzehnten Tagung anhand der Protokolle und der Notizen der Berichterstatterin verfaßt wurde. Er ist daher von der Konferenz nicht genehmigt worden, und es ist möglich, daß trotz des Bemühens der Berichterstatterin um eine objektive Beurteilung bestimmte Abschnitte eine teilweise subjektive Beurteilung wiedergeben.

Erster Teil –

Allgemeine Grundzüge des Übereinkommens

9. Das Übereinkommen stellt in seiner Gesamtheit einen Kompromiß zwischen zwei zum Teil unterschiedlichen Auffassungen über das zu erreichende Ziel dar. In den vorbereitenden Materialien läßt sich in der Tat die Spannung erkennen, die zwischen dem Wunsch, bestehende, durch das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes veränderte tatsächliche Situationen zu schützen, und der Sorge besteht, vor allem die Beachtung der rechtlichen Beziehungen zu gewährleisten, die solchen Situationen zugrunde liegen können. In dieser Hinsicht ist das durch das Übereinkommen erreichte Gleichgewicht verhältnismäßig anfällig. Einerseits ist es klar, daß das Übereinkommen nicht das Bestehen des Sorgerechts betrifft (Artikel 19); andererseits ist es aber ebenso offenkundig, daß die Bezeichnung des Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes als widerrechtlich von dem Bestehen eines Sorgerechts abhängt, was der Situation, die durch die Handlungen verändert worden ist, die vermieden werden sollen, einen rechtlichen Gehalt gibt.

I. Zweck des Übereinkommens

10. Der Titel dieses Kapitels ist ein Hinweis sowohl auf das in dem Übereinkommen behandelte Problem als auch auf die Ziele, die es sich setzt, um gegen die zunehmenden Kindesentführungen zu kämpfen. Nach Erörterung dieser beiden Punkte werden andere damit zusammenhängende Fragen untersucht, welche die Tragweite der angestrebten Ziele erheblich abtufen; insbesondere geht es um die dem Wohl des Kindes zukommende Bedeutung und um die möglichen Ausnahmen von einer sofortigen Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder.

A. Abgrenzung des Gegenstands

11. In bezug auf die Abgrenzung des Gegenstands des Übereinkommens¹⁰⁾ wird es ausreichen, zusammenfassend daran zu

erinnern, daß die in Betracht gezogenen Situationen sich aus der Anwendung von Gewalt ergeben, um künstliche internationale Zuständigkeitsverbindungen in der Absicht zu schaffen, das Sorgerecht für ein Kind zu erhalten. Die unterschiedlichen Umstände, die in einem bestimmten Fall zusammentreffen können, lassen jeden Versuch scheitern, zu einer genaueren rechtlichen Definition zu gelangen. In allen untersuchten Situationen treten jedoch unausweichlich zwei Elemente zu Tage und bestätigen die ange-deutete annähernde Charakterisierung.

12. Erstens geht es in allen Fällen um das Verbringen eines Kindes aus seinem gewöhnlichen Lebensraum heraus, wo es sich in der Obhut einer natürlichen oder juristischen Person befand, die ihm gegenüber rechtmäßig ein Sorgerecht ausübte. Wohlgerichtet ist einer solchen Situation die Weigerung gleichzustellen, das Kind nach einem Auslandsaufenthalt, dem die das Sorgerecht ausübende Person zugestimmt hatte, in seine Umwelt wieder einzugliedern. In beiden Fällen ist das Ergebnis in der Tat gleich: Das Kind wurde aus der familiären und sozialen Umgebung gerissen, in der sich sein Leben abspielte. Im übrigen ist in diesem Zusammenhang die Art des Rechtstitels von geringer Bedeutung, auf Grund dessen das Sorgerecht gegenüber dem Kind ausgeübt wurde. Von diesem Standpunkt aus ist das Bestehen oder das Fehlen einer Entscheidung über das Sorgerecht ohne Einfluß auf die soziologischen Gegebenheiten des Problems.

13. Zweitens hat die Person, die das Kind verbringt (oder für das Verbringen verantwortlich ist, wenn die Tathandlung durch einen Dritten durchgeführt wird), die Hoffnung, von den Behörden des Staates, in den das Kind gebracht wurde, das Sorgerecht für dieses zu erhalten. Es handelt sich demnach um jemanden, der – im weiten Sinne des Wortes – dem Familienkreis des Kindes angehört; in der Tat ist die fragliche Person in den meisten Fällen der Vater oder die Mutter.

14. Häufig kommt es vor, daß die Person, die das Kind zurückhält, zu erreichen versucht, daß eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung des Zufluchtsstaats die von ihr geschaffene tatsächliche Situation zu einer gesetzlichen macht, falls sie sich aber über das Ergebnis der Entscheidung nicht sicher ist, ist es ebenso möglich, daß sie sich zur Untätigkeit entschließt und somit die Initiative der Person überläßt, der sie das Kind entzogen hat. Denn auch wenn diese schnell handelt, d. h. wenn sie vermeidet, daß sich die durch das Verbringen des Kindes geschaffene Lage auf Grund der verfloßenen Zeit stabilisiert, befindet sich der Entführer in einer vorteilhaften Position, denn er hat nunmehr das Gericht bestimmt, das über die Angelegenheit zu entscheiden haben wird, ein Gericht, das er grundsätzlich als das günstigere für seine Begehren ansieht.

15. Zusammenfassend kann behauptet werden, daß das Problem, mit dem sich das Übereinkommen beschäftigt – mit allen seinen dramatischen Auswirkungen, die sich aus dem Umstand ergeben, daß es unmittelbar den Schutz der Kinder in den internationalen Beziehungen betrifft –, seine ganze rechtliche Schärfe durch die dem einzelnen eröffnete Möglichkeit erhält, mehr oder weniger künstliche internationale Zuständigkeitsverbindungen zu schaffen. Der einzelne kann auf diesem Weg tatsächlich das anzuwendende Recht verfälschen und eine für ihn günstige gerichtliche Entscheidung erlangen. Sicher hat eine solche Entscheidung nur eine geographisch beschränkte Wirksamkeit, insbesondere dann, wenn neben ihr andere, inhaltlich entgegengesetzte Entscheidungen sonstiger Gerichte vorliegen; sie stellt aber auf jeden Fall einen Rechtstitel dar, der für die „Legalisierung“ einer Tatsachenlage ausreicht, die keines der betroffenen Rechtssysteme wünschte.

B. Die Ziele des Übereinkommens

16. Die Ziele des Übereinkommens, wie sie sich aus Artikel 1 ergeben, könnten wie folgt zusammengefaßt werden: In Betracht gezogenen Situationen in dem Umstand besteht, daß der Entführer geltend macht, seine Handlung sei durch die zuständigen Behörden des Zufluchtsstaats als gesetzmäßig bestätigt worden,

⁹⁾ Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen über das auf eheliche Güterstände anwendbare Recht, Actes et documents de la Treizième session, Bd. II, S. 329.

¹⁰⁾ Siehe insbesondere Fragen und Bericht über die internationale Entführung eines Kindes durch einen Elternteil, verfaßt von Mr. Adair Dyer, Vorb. Dok. Nr. 1, August 1977, Actes et documents de la Quatorzième session, Bd. III, im folgenden „Actes XIV“, S. 18–25 (im weiteren als „Bericht Dyer“ zitiert) und Bericht über den von der Sonderkommission angenommenen Vorentwurf eines Übereinkommens, Vorb. Dok. Nr. 6, Mai 1980, Actes XIV, S. 172–173.

liegt ein wirksames Mittel, ihn davon abzubringen, darin, seinen Handlungen jegliche praktische und rechtliche Wirkung zu nehmen. Um dies zu erreichen, stellt das Übereinkommen die Wiederherstellung des status quo durch „die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder“ an die erste Stelle seiner Ziele. Die unüberbrückbaren Schwierigkeiten, die sich einer Festlegung unmittelbarer Zuständigkeitsregeln auf diesem Gebiet in einem Übereinkommen¹¹⁾ entgegenstellten, haben in der Tat dazu geführt, diesen Weg zu wählen, der es, wenn auch auf Umwegen, in der Mehrzahl der Fälle ermöglichen wird, daß die endgültige Entscheidung über das Sorgerecht von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vor seinem Verbringen getroffen wird.

17. Obwohl übrigens das in Buchstabe b erklärte Ziel, „zu gewährleisten, daß das in einem Vertragsstaat bestehende Sorgerecht und Recht zum persönlichen Umgang in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird“, selbständige Bedeutung aufweist, ist sein teleologischer Zusammenhang mit dem Ziel „Rückgabe des Kindes“ nicht weniger offenkundig. In Wirklichkeit könnte man annehmen, daß es sich um ein einziges Ziel mit zwei verschiedenen Aspekten handelt: Während die sofortige Rückgabe des Kindes dem Wunsch entspricht, eine einseitig durch den Entführer gewaltsam veränderte Situation wiederherzustellen, ist die tatsächliche Beachtung des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang insoweit vorbeugender Natur, als durch diese Beachtung eine der häufigsten Ursachen des Verbringens von Kindern entfallen muß.

Da aber das Übereinkommen nicht näher bestimmt, welche Maßnahmen von jedem Staat anzuwenden sind, um die Beachtung des in einem anderen Vertragsstaat bestehenden Sorgerechts zu gewährleisten, muß angenommen werden, daß – abgesehen von dem mittelbaren Schutz, der sich aus der Verpflichtung ergibt, das Kind der Person zurückzugeben, welche die Sorge ausübte – die Beachtung des Sorgerechts sich fast ganz dem Übereinkommensbereich entzieht. Im Gegensatz dazu ist das Recht zum persönlichen Umgang Gegenstand einer sicher unvollständigen Regel, die jedoch bezeichnend für das Interesse ist, das den regelmäßigen Kontakten zwischen Eltern und Kindern entgegengebracht wird, selbst wenn die Sorge nur einem Elternteil oder einem Dritten übertragen wurde.

18. Wird zugegeben, daß die dargestellten Erwägungen wohl begründet sind, so ist daraus zu schließen, daß jeder Versuch, die Ziele des Übereinkommens einer bestimmten Rangordnung unterzuordnen, nur von symbolischer Bedeutung sein kann. Tatsächlich erscheint es fast unmöglich, eine Rangordnung zwischen zwei Zielen herzustellen, die ihren Ursprung in einem einzigen Anliegen haben. Denn im Ergebnis läuft es etwa auf dasselbe hinaus, die Rückgabe eines verbrachten Kindes zu erleichtern oder die zur Vermeidung eines solchen Verbringens notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.

Wie im folgenden festgestellt werden wird, ist die Frage, die das Übereinkommen grundlegend zu regeln versucht hat, diejenige der Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder. Der Grund hierfür scheint offenkundig: Erst nach dem widerrechtlichen Zurückhalten eines Kindes entstehen die schmerzlichsten Situationen, nämlich solche, die nicht einseitig durch jedes der betroffenen Rechtssysteme gelöst werden können, obwohl sie einer besonders dringenden Lösung bedürfen. Insgesamt gesehen rechtfertigen unseres Erachtens alle diese Umstände die Entwicklung der Regelungen des Übereinkommens für die Rückgabe des Kindes und räumen zugleich dem angestrebten Ziel grundsätzlich eine gewisse Priorität ein. Obwohl theoretisch beide erwähnten Ziele gleichzustellen sind, hat daher im Übereinkommen praktisch der Wunsch Vorrang erhalten, die Wiederherstellung der durch den Entführer verfälschten Situation zu garantieren.

¹¹⁾ Eine solche Möglichkeit wurde in der ersten Sitzung der Sonderkommission verworfen. Vgl. Ergebnisse der Erörterungen der Sonderkommission von März 1979 über das legal kidnapping, zusammengestellt durch das Ständige Büro, Vorb. Dok. Nr. 5, Juni 1979, Actes XIV, S. 163–164.

19. In einem abschließenden Bemühen, die Ziele des Übereinkommens klarzustellen, ist zu unterstreichen, daß es nicht versucht, die Frage der Erteilung des Sorgerechts zu regeln, wie sich insbesondere aus den Vorschriften des Artikels 1 ergibt. Hierzu geht der nicht ausgesprochene Grundsatz, auf dem das Übereinkommen beruht, dahin, daß die Auseinandersetzung in der Sache selbst, d. h. über das bestrittene Sorgerecht, ggfs. vor den zuständigen Behörden des Staates stattfinden muß, wo das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt vor dem Verbringen hatte, und zwar sowohl wenn das Verbringen vor dem Erlaß einer Entscheidung über die Sorge erfolgt ist – einer Situation, in der das verletzte Sorgerecht kraft Gesetzes ausgeübt wurde – als auch wenn dieses Verbringen unter Verletzung einer bereits vorher bestehenden Entscheidung stattgefunden hat.

C. Bedeutung des Wohles des Kindes

20. Vorab sind die Gründe zu rechtfertigen, die dazu Anlaß geben, die Untersuchung dieser Frage in den Zusammenhang der Erwägungen über den Zweck des Übereinkommens einzufügen. Sie treten klar hervor, wenn man berücksichtigt, daß einerseits das Wohl des Kindes in dieser Beziehung häufig ins Feld geführt wird, und andererseits, daß man geltend machen könnte, der Zweck des Übereinkommens, die Rückgabe des Kindes, müsse immer der Berücksichtigung seines Wohles untergeordnet bleiben.

21. In dieser Hinsicht wurde zu Recht hervorgehoben, daß „der Rechtsbegriff des ‚vorrangigen Wohles des Kindes‘ bei einer ersten Betrachtung so ungenau ist, daß er eher einem sozialen Paradigma zu gleichen scheint als einem konkreten Rechtsbegriff. Wie ist dieser Begriff auszustatten, ohne über das letztlich maßgebende Wohl des Kindes Mutmaßungen anzustellen, deren Ursprung nur aus dem sittlichen Rahmen einer bestimmten Kultur zu entwickeln ist? Der Begriff ‚letztlich maßgebend‘ gibt Anlaß zu unmittelbaren Problemen, wenn er in die Gleichung aufgenommen wird, da die allgemeine Fassung des Begriffs nicht klar zu erkennen gibt, ob das ‚Wohl‘ des Kindes, das es zu schützen gilt, dasjenige unmittelbar nach der Entscheidung oder das des Kindes ist, wenn es in jugendlichem, jungem Erwachsenen-, reifem oder Greisenalter steht.“¹²⁾

22. Andererseits darf nicht vergessen werden, daß unter Berufung auf das „vorrangige Wohl des Kindes“ in der Vergangenheit die nationalen Gerichte häufig letztlich die streitige Sorge der Person übertragen haben, die das Kind widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten hat. Es konnte sein, daß diese Entscheidung die gerechteste war; indessen kann die Tatsache nicht übersehen werden, daß die Berufung auf einen solchen Begriff durch nationale Behörden die Gefahr mit sich bringt, kulturelle oder soziale Sonderbestrebungen einer gegebenen nationalen Gemeinschaft zum Ausdruck zu bringen und daher im Grunde genommen subjektive Werturteile über die andere nationale Gemeinschaft zu fällen, aus der das Kind soeben herausgerissen worden ist.

23. Unter anderem aus diesen Gründen enthält der entscheidende Teil des Übereinkommens keinerlei ausdrückliche Bezugnahme auf das Wohl des Kindes als berichtigendes Element des Übereinkommensziels, das darauf abstellt, die sofortige Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder sicherzustellen. Aus diesem Schweigen sollte jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß das Übereinkommen das soziale Paradigma außer acht läßt, das die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Wohles der Kinder bei der Regelung aller sie betreffenden Probleme verkündet. Die Unterzeichnerstaaten erklären im Gegenteil bereits in der Präambel, sie seien „der festen Überzeugung, daß das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist“; gerade in dieser Überzeugung haben sie das Übereinkommen ausgearbeitet „in dem Wunsch, das Kind vor den Nachteilen eines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens international zu schützen“.

24. Diese beiden Absätze der Präambel geben die Einstellung des Übereinkommens in dieser Beziehung recht klar wieder, eine

¹²⁾ Bericht Dyer, Actes XIV, S. 22–23.

Einstellung, die man folgendermaßen bestimmen könnte: Der Kampf gegen die Zunahme internationaler Entführungen von Kindern muß immer von dem Wunsch bestimmt sein, die Kinder zu schützen, indem man sich zum Mittler ihres wirklichen Wohles macht. Zu den objektivsten Erscheinungsformen des Wohles des Kindes gehört das Recht, nicht auf Grund mehr oder weniger zweifelhafter Rechte in bezug auf seine Person an einen anderen Ort verbracht oder dort zurückgehalten zu werden. In dieser Hinsicht erscheint es angebracht, auf die Empfehlung 874 (1979) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats hinzuweisen, deren erster allgemeiner Grundsatz sagt, daß „die Kinder nicht mehr als Eigentum ihrer Eltern, sondern als Einzelpersonen mit eigenen Rechten und Bedürfnissen anzusehen sind“.¹³⁾

Tatsächlich wird, wie bereits Mr. Dyer hervorgehoben hat, in der Literatur bei der Untersuchung dieses Problems „allgemein die Vermutung aufgestellt, daß das wirkliche Opfer einer ‚Kindesentführung‘ das Kind selbst ist, das unter der plötzlichen Erschütterung seines Gleichgewichts, dem traumatischen Kontaktverlust zu dem Elternteil, der für seine Erziehung verantwortlich war, und der Unsicherheit und Frustration leidet, die sich aus dem Zwang ergeben, sich einer fremden Sprache, ungewohnten kulturellen Bedingungen und unbekanntem Lehrern und Verwandten anzupassen“.¹⁴⁾

25. Es ist daher legitim zu behaupten, daß die beiden Ziele des Übereinkommens – das eine vorbeugender Art, das andere auf die sofortige Wiedereingliederung des Kindes in seine gewohnte Umgebung gerichtet – insgesamt einer bestimmten Auffassung des „vorrangigen Wohles des Kindes“ entsprechen. Auch bei dieser Betrachtungsweise wäre indessen einzuräumen, daß das Verbringen eines Kindes gelegentlich aus objektiven Gründen gerechtfertigt sein kann, die entweder seine Person oder seine nächste Umgebung betreffen. Daher läßt das Übereinkommen bestimmte Ausnahmen von der allgemeinen seitens der Staaten eingegangenen Verpflichtung zu, die sofortige Rückgabe der widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kinder sicherzustellen. Meistens sind diese Ausnahmen nur konkrete Bekundungen des zu ungenauen Grundsatzes, wonach das Wohl des Kindes der Leitgedanke auf diesem Gebiet ist.

26. Im übrigen entspricht auch die Regelung des Rechts zum persönlichen Umgang dem Anliegen, den Kindern so vollständige Familienbeziehungen wie möglich zu verschaffen, um eine ausgeglichene Entwicklung ihrer Persönlichkeit zu fördern. Jedoch besteht auch hier keine einheitliche Auffassung, wodurch der zweideutige Charakter des Grundsatzes des Kindeswohls noch einmal hervorgehoben wird. Tatsächlich gibt es im Gegensatz zu dem im Übereinkommen anerkannten Ansatz eine gewisse Tendenz zu der Annahme, es sei für das Kind vorteilhaft, keinen Kontakt zu seinen beiden Eltern zu haben, wenn das Paar rechtlich oder tatsächlich getrennt lebt. In dieser Hinsicht war sich die Konferenz bewußt, daß sich eine solche Lösung gelegentlich als die wünschenswerteste erweisen kann. Unter Wahrung des der richterlichen Beurteilung zukommenden Spielraums bei der Abwägung der Umstände in jedem konkreten Fall hat die Konferenz die andere Möglichkeit vorgezogen, und das Übereinkommen räumt eindeutig dem Gedanken Vorrang ein, daß das Recht zum persönlichen Umgang das selbstverständliche Gegenstück zum Sorgerecht ist, ein Gegenstück, das demzufolge grundsätzlich dem Elternteil zuzusprechen ist, dem die Sorge für das Kind nicht zusteht.

D. Ausnahmen von der Verpflichtung, die sofortige Rückgabe des Kindes sicherzustellen

27. Angesichts der Tatsache, daß die Rückgabe des Kindes in gewissem Sinn den Grundgedanken des Übereinkommens bildet, sind die Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung, sie sicherzustellen, ein wesentlicher Aspekt für das genaue Verständnis ihrer Tragweite. Es geht offensichtlich nicht darum, die Bestim-

mungen, die diese Ausnahmen enthalten, hier im einzelnen zu untersuchen, sondern darum, ihre Rolle zu skizzieren und dabei besonders die Gründe zu unterstreichen, die zu ihrer Einfügung in das Übereinkommen geführt haben. Von diesem Standpunkt aus lassen sich Ausnahmen erkennen, deren Rechtfertigung auf drei verschiedenen Grundsätzen beruht.

28. Einerseits erkennt Artikel 13 Buchstabe a an, daß die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates nicht verpflichtet sind, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn der Antragsteller vor dem angeblich widerrechtlichen Verbringen das Sorgerecht, das er nunmehr geltend macht, tatsächlich nicht ausgeübt oder wenn er die von ihm nun beanstandete Handlung nachträglich genehmigt hat. Demzufolge handelt es sich um Situationen, in denen entweder die Vorbedingungen für das Verbringen eines der wesentlichen Merkmale der Beziehungen, die das Übereinkommen schützen will, nicht enthielten (die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts) oder das nachträgliche Verhalten des beraubten Elternteils eine Annahme der neuen so geschaffenen Situation erkennen läßt, was sie schwieriger angreifbar macht.

29. Andererseits enthalten Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2 desselben Artikels 13 Ausnahmen, die deutlich davon bestimmt sind, das Wohl des Kindes zu berücksichtigen. Wie bereits bemerkt, hat das Übereinkommen diesem Begriff einen genauen Inhalt gegeben. So ist das Interesse des Kindes, von seinem gewöhnlichen Aufenthalt nicht ohne ausreichende Garantien für eine neue stabile Situation verbracht zu werden, dem primären Interesse jeder Person nachzuordnen, nicht der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens ausgesetzt oder in eine unzumutbare Lage gebracht zu werden.

30. Es kommt hinzu, daß nach dem Übereinkommen die Ansicht des Kindes über die wesentliche Frage seiner Rückgabe oder Nicht-Rückgabe entscheidend sein kann, wenn es nach Meinung der zuständigen Behörden ein ausreichendes Alter und die nötige Reife erreicht hat. Auf diese Weise gibt das Übereinkommen den Kindern die Möglichkeit, ihre eigenen Interessen zu vertreten. Offensichtlich kann diese Bestimmung gefährlich werden, wenn ihre Anwendung zu direkter Befragung von Jugendlichen führt, die sicher eine klare Vorstellung der Situation haben, die aber auch ernste seelische Schäden erleiden können, wenn sie glauben, daß sie gezwungen worden sind, zwischen ihren beiden Eltern zu wählen. Eine Bestimmung dieser Art war jedoch unerläßlich, da der persönliche Anwendungsbereich des Übereinkommens Kinder bis zum sechzehnten Lebensjahr betrifft; es ist einzuräumen, daß die Rückgabe eines zum Beispiel fünfzehnjährigen Kindes gegen seinen Willen nur schwer zu vertreten wäre. Im übrigen sind in dieser besonderen Frage die Bemühungen fehlgeschlagen, zu einer Einigung über ein Mindestalter zu gelangen, von dem an die Absicht des Kindes berücksichtigt werden könnte, da alle Zahlen einen künstlichen, werh nicht gar willkürlichen Charakter haben; es erschien besser, die Anwendung dieser Bestimmung dem Ermessen der zuständigen Behörden zu überlassen.

31. Drittens besteht nach Artikel 20 keine Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes, „wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist“. Hier handelt es sich um eine in Übereinkommen zum Internationalen Privatrecht ungewöhnliche Bestimmung, deren genaue Tragweite sich nur schwer darlegen läßt. Unter Verweisung auf die Kommentierung zu Artikel 20 für den Versuch einer entsprechenden Darstellung erscheint es hier besonders wichtig, den Ursprung der Vorschrift zu betrachten. Diese Regel ist das Ergebnis eines Kompromisses zwischen den Delegationen, welche die Einfügung einer Bestimmung über die öffentliche Ordnung in das Übereinkommen befürworteten, und denen, die sie ablehnten.

Eine solche Möglichkeit wurde mit unterschiedlichen Formulierungen innerhalb der Ersten Kommission ausführlich beraten. Nach vier Abstimmungen ohne Ergebnis und mit einer Mehrheit von nur einer Stimme hat die Kommission schließlich die Möglichkeit der Ablehnung des Antrags auf Rückgabe des Kindes zugelassen, und zwar unter Bezugnahme auf einen Vorbehalt, der eine Beru-

¹³⁾ Parlamentarische Versammlung des Europarates. 31. allgemeine Sitzungsperiode. Empfehlung einer Europäischen Charta über die Rechte des Kindes. Text angenommen am 4. Oktober 1979.

¹⁴⁾ Bericht Dyer, Actes XIV, S. 21.

fung auf die Ausnahme der öffentlichen Ordnung in einer einschränkenden Formulierung erlaubt, die auf eine Verbindung mit dem Familien- und Kindschaftsrecht des ersuchten Staates abstellt. Dieser Vorbehalt lautet wie folgt: „Contracting States may reserve the right not to return the child when such return would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed“.¹⁵⁾ Durch die Annahme dieses Textes wurde in die bis dahin für die Arbeit der Konferenz bestimmende Übereinstimmung eine schwere Bresche geschlagen; in dem Bewußtsein, daß eine auf breiter Ebene annehmbare Lösung gefunden werden mußte, haben sich deshalb alle Delegationen für diesen Weg als die sicherste Garantie für den Erfolg des Übereinkommens entschieden.

32. Die behandelte Frage war besonders wichtig, denn sie gab in gewissem Umfang in bezug auf die Rückgabe des Kindes zwei Teil unterschiedliche Auffassungen über das Ziel des Übereinkommens wieder. In der Tat hatte zu diesem Zeitpunkt der von der Ersten Kommission ausgearbeitete Text (in Übereinstimmung mit dem von der Sonderkommission vorbereiteten Vorentwurf) die möglichen Ausnahmen von einer Rückgabe des Kindes auf die Berücksichtigung tatsächlicher Situationen und des Verhaltens der Parteien oder auf eine besondere Würdigung des Wohles des Kindes beschränkt. Demgegenüber lief der soeben angenommene Vorbehalt darauf hinaus, die Möglichkeit zuzulassen, auf Grund rein rechtlicher Argumente aus dem im ersuchten Staat geltenden innerstaatlichen Recht die Rückgabe des Kindes abzulehnen. Ein innerstaatliches Recht, das möglicherweise im Zusammenhang mit der dargelegten Bestimmung hätte zum Tragen kommen können, um entweder den von dem beraubten Elternteil geltend gemachten Anspruch „abzuschätzen“ oder um die Handlung des Entführers daraufhin zu beurteilen, ob sie rechtlich begründet war. Solche Folgen veränderten jedoch in hohem Maß ein Vertragswerk, das auf dem Gedanken aufbaut, die Umgehung der normalen Zuständigkeit der Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes durch Gewalttätigkeit müsse vermieden werden.

33. In dieser Situation stellt die Annahme der in Artikel 20 enthaltenen Formulierung durch eine beruhigende Mehrheit¹⁶⁾ ein lobenswertes Bemühen um einen Kompromiß zwischen den unterschiedlichen Positionen dar, wobei die Rolle des innerstaatlichen Rechts des Zufluchtsstaates erheblich an Bedeutung verloren hat. Einerseits betrifft die Bezugnahme auf die Grundwerte über den Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten ein Rechtsgebiet, auf dem zahlreiche internationale Übereinkünfte bestehen. Andererseits geht die Regel des Artikels 20 in bezug auf den Grad der Unvereinbarkeit zwischen dem geltend gemachten Recht und dem beabsichtigten Vorgehen auch weiter als die der herkömmlichen Formulierungen der Klausel über die „öffentliche Ordnung“; denn um die Rückgabe des Kindes wegen der in dieser Bestimmung enthaltenen Gründe verweigern zu können, muß die betreffende Behörde nicht nur das Bestehen eines solchen Widerspruchs feststellen, sondern auch den Umstand, daß die Grundwerte über den Schutz der Menschenrechte die beantragte Rückgabe untersagen.

34. Zum Abschluß der Erwägungen über die in diesem Absatz behandelten Probleme erscheint es erforderlich zu unterstreichen, daß die drei Arten der Ausnahmen von der Rückgabe des Kindes nur so und nicht anders anzuwenden sind. Dies bedeutet vor allem, daß sie einschränkend auszulegen sind, wenn vermieden werden soll, daß das Übereinkommen tot Buchstabe bleibt. In der Tat beruht das Übereinkommen insgesamt auf der einstimmigen Ablehnung des Vorgangs des widerrechtlichen Verbringens von Kindern und auf der Überzeugung, daß die beste Methode, international dagegen anzugehen, darin besteht, ihm jede rechtliche Konsequenz zu versagen. Die Durchführung dieser Methode in der Praxis verlangt von den Unterzeichnerstaaten des Übereinkommens die Überzeugung, daß sie, unbeschadet

ihrer Unterschiede, derselben rechtlichen Gemeinschaft angehören, innerhalb welcher die Behörden jedes Staates anerkennen, daß die Behörden eines von ihnen – die des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes – grundsätzlich am besten dazu in der Lage sind, eine gerechte Entscheidung über das Sorgerecht und das Recht zum persönlichen Umgang zu treffen. Auf diese Weise würde durch eine systematische Berufung auf die erwähnten Ausnahmen, wonach der Gerichtsstand des Aufenthalts des Kindes durch den von dem Entführer gewählten ersetzt wird, das ganze Vertragswerk zum Einsturz gebracht, indem es des Geistes gegenseitigen Vertrauens beraubt wird, auf dem es beruht.

II. Natur des Übereinkommens

A. Ein Übereinkommen der behördlichen Zusammenarbeit

35. Bei der Abgrenzung der von den Vertragsstaaten verfolgten Zwecke bestimmen die Ziele eines Übereinkommens letztlich seine Natur. So ist das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vor allem ein Übereinkommen, das versucht, das internationale Verbringen von Kindern dadurch zu verhindern, daß eine enge Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden der Vertragsstaaten herbeigeführt wird. Eine solche Zusammenarbeit bezieht sich auf beide soeben untersuchten Ziele, einmal die sofortige Rückgabe des Kindes in die Umwelt zu erreichen, aus der es gerissen wurde, zum anderen das in einem der Vertragsstaaten bestehende Sorgerecht und Recht zum persönlichen Umgang tatsächlich zu beachten.

36. Die Charakterisierung des Übereinkommens kann auch auf negativem Weg vorgenommen werden. So kann vor allem festgestellt werden, daß es sich nicht um ein Übereinkommen über das auf das Sorgerecht für Kinder anzuwendende Recht handelt. Tatsächlich haben die Bezugnahmen auf das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes eine beschränkte Tragweite, da das fragliche Recht nur bei der Feststellung des widerrechtlichen Charakters des Verbringens (z. B. in Artikel 3) berücksichtigt wird. In zweiter Hinsicht ist das Übereinkommen auch kein Vertrag über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht. Diese Möglichkeit wurde bewußt vermieden, obwohl sie in der ersten Sitzung der Sonderkommission lange beraten wurde. Angesichts der sachlichen Folgen der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ist diese Rechtsinstitution normalerweise von Garantien und Versagungsgründen umgeben, die das Verfahren verlängern können. Im Fall des Verbringens eines Kindes ist der Zeitfaktor von entscheidender Bedeutung. Tatsächlich könnten sich die psychologischen Störungen wiederholen, die das Kind durch eine solches Verbringen erleiden kann, wenn die Entscheidung über seine Rückgabe erst nach einer gewissen Frist getroffen würde.

37. Da es sich hier, wie festgestellt, um ein Übereinkommen handelt, dem der Gedanke der behördlichen Zusammenarbeit zugrunde liegt, ist klarzustellen, daß es nur versucht, die Situationen zu regeln, die in seinen Anwendungsbereich fallen und zwei oder mehr Vertragsstaaten berühren. In der Tat läßt sich der Gedanke eines „universellen“ Übereinkommens (d. h. eines solchen, dessen Bereich alle internationalen Fälle erfaßt) außerhalb der Übereinkommen über das anwendbare Recht nur schwer vertreten. In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, daß sich die vorgesehenen Systeme, einerlei ob es sich dabei um die Rückgabe von Kindern oder um die Sicherstellung der wirksamen Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang handelt, weitgehend auf eine Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden stützen, und zwar auf der Grundlage gegenseitiger Rechte und Pflichten. Auch wenn Einzelpersonen sich unter Berufung auf das Übereinkommen unmittelbar an Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaats wenden, entspricht die Anwendung der Begünstigungen durch das Übereinkommen dem Gedanken der Gegenseitigkeit, die im Prinzip seine Anwendung auf Angehörige dritter Staaten ausschließt.

Obwohl das Übereinkommen alle seine Ziele nur zwischen den Vertragsstaaten erreicht, haben im übrigen die Behörden jedes

¹⁵⁾ Siehe Protokoll Nr. 9 und beigefügte Arbeitspapiere.

¹⁶⁾ Der Text wurde mit 14 Ja-Stimmen, 6 Nein-Stimmen und 4 Enthaltungen angenommen, Protokoll Nr. 13.

dieser Staaten durchaus das Recht, sich bei der Lösung anderer ähnlich gelagerter Situationen vom Geist der Übereinkommensbestimmungen leiten zu lassen.

B. Eigenständigkeit des Übereinkommens

38. Das Übereinkommen, das zur Erreichung bestimmter Ziele auf den Begriff der behördlichen Zusammenarbeit festgelegt ist, ist gegenüber den vorhandenen Übereinkommen über den Schutz Minderjähriger oder das Sorgerecht eigenständig. So war es eine der ersten von der Sonderkommission getroffenen Entscheidungen, ihre Arbeit auf ein unabhängiges Übereinkommen auszurichten, statt ein Protokoll zum Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen auszuarbeiten. Unter demselben Blickwinkel konnte sie sich auch nicht an die von den Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht vorgeschlagenen Modelle einschließlich desjenigen des Übereinkommens des Europarats¹⁷⁾ halten.

39. Diese Eigenständigkeit bedeutet nicht, daß die Bestimmungen den Anspruch erheben, alle mit internationalen Entführungen von Kindern verbundenen Probleme zu lösen. Ganz im Gegenteil liegt, soweit die Ziele des Übereinkommens, obwohl sehr ehrgeizig, sehr konkrete Formen annehmen, das sachliche Problem des Sorgerechts außerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens. Es ist daher unvermeidlich dazu aufgerufen, neben den Vorschriften eines jeden der Vertragsstaaten über das anzuwendende Recht und über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen zu stehen, und zwar unabhängig davon, ob diese innerstaatlichen oder völkervertraglichen Ursprungs sind.

Das Übereinkommen erhebt andererseits sogar in seinem eigenen Anwendungsbereich keinen Ausschließkeitsanspruch; es wünscht vor allem die Verwirklichung der Übereinkommensziele und erkennt daher ausdrücklich die Möglichkeit an, gleichzeitig mit dem Übereinkommen jede andere Rechtsnorm geltend zu machen, die es erlaubt, die Rückgabe eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes oder die Ausgestaltung eines Rechts zum persönlichen Umgang zu erreichen (Artikel 34).

C. Beziehungen zu anderen Übereinkommen

40. Das Übereinkommen stellt sich als ein Instrument dar, das eine schnelle Lösung der Probleme bringen soll, um zu vermeiden, daß ursprünglich widerrechtliche Situationen, die durch das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes hervorgerufen wurden, sich rechtlich verfestigen. Soweit es vermeidet, über die Rechte der Parteien sachlich zu entscheiden, drängt sich seine Vereinbarkeit mit anderen Übereinkommen auf. Ungeachtet dessen konnte eine solche Vereinbarkeit nur durch die vorrangige Anwendung von Bestimmungen gewährleistet werden, die zur Herbeiführung einer schnellen und in gewissem Umfang vorläufigen Lösung geeignet waren. So sind tatsächlich die Fragen zum Sorgerecht erst nach der Rückkehr des Kindes an seinen gewöhnlichen Aufenthalt vor den zuständigen Gerichten zu erheben. Insoweit bestimmt Artikel 34: „Dieses Übereinkommen geht im Rahmen seines sachlichen Anwendungsbereichs dem Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vor, soweit die Staaten Vertragsparteien beider Übereinkommen sind.“ Da im übrigen versucht wurde, eine Verzögerung der Anwendung der Übereinkommensbestimmungen unter Berufung auf Bestimmungen zu vermeiden, die das Bestehen des Sorgerechts betreffen, mußte der in Artikel 34 aufgenommene Grundsatz sich auf jede das Sorgerecht betreffende Bestimmung, gleich welchen Ursprungs, erstrecken.

¹⁷⁾ Es handelt sich um das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, das am 30. November 1979 durch das Ministerkomitee des Europarates angenommen und am 20. Mai 1980 in Luxemburg für die Mitgliedstaaten zur Unterzeichnung aufgelegt worden ist.

Die Parteien können hingegen, wie im vorigen Absatz unterstrichen wurde, jede Bestimmung in Anspruch nehmen, die eine Verwirklichung der Übereinkommensziele erleichtert.

D. Möglichkeit des Beitritts zu dem Übereinkommen für Staaten, die nicht Mitglied der Haager Konferenz sind

41. Auch in dieser Beziehung hat sich das Übereinkommen durch die Bestimmung seines halb offenen Charakters als ein Übereinkommen der Zusammenarbeit offenbart. Grundsätzlich kann jeder Staat dem Übereinkommen beitreten, aber sein Beitritt „wirkt nur in den Beziehungen zwischen dem beitretenden Staat und den Vertragsstaaten, die erklären, den Beitritt anzunehmen“ (Artikel 38). Durch dieses Verhalten haben die Vertragsstaaten versucht, das notwendige Gleichgewicht zwischen dem Wunsch der Öffnung nach allen Seiten und der Überzeugung zu sichern, daß ein auf Zusammenarbeit beruhendes System nur dann wirksam ist, wenn zwischen den Parteien ein ausreichendes Maß an gegenseitigem Vertrauen besteht.

Darüber hinaus zeigt die Wahl des Systems einer ausdrücklichen Annahme des Beitritts durch jeden Mitgliedstaat, damit dieser ihm gegenüber wirksam wird,¹⁸⁾ gegenüber dem offeneren System, wonach der Beitritt außer in den Beziehungen zu einem Mitgliedstaat, der ihm innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht, wirksam ist,¹⁹⁾ die Bedeutung, welche die Staaten der Auswahl der Vertragspartner auf dem Gebiet beigemessen haben, das Gegenstand des Übereinkommens ist.

III. Einrichtungen für die Anwendung des Übereinkommens

A. Die zentralen Behörden

42. Ein Übereinkommen über Zusammenarbeit wie das vorliegende kann sich grundsätzlich nach zwei unterschiedlichen Richtungen orientieren: die unmittelbare Zusammenarbeit zwischen den zuständigen innerstaatlichen Behörden im Anwendungsbereich des Übereinkommens anzuordnen oder seine Wirksamkeit auf der Schaffung von zentralen Behörden in jedem Vertragsstaat aufzubauen, um die gewünschte Zusammenarbeit zu koordinieren und zu kanalisieren. Der von der Sonderkommission erstellte Vorentwurf bestätigt recht eindeutig die Wahl der zweiten Möglichkeit, und das Übereinkommen selbst beruht weiterhin in großem Maß auf der Einschaltung und der Zuständigkeit der zentralen Behörden.

43. Ungeachtet dessen erhöht die uneingeschränkte Zulassung der den einzelnen zugestandenen Möglichkeiten, sich unmittelbar an die für die Anwendung des Übereinkommens zuständigen Gerichte oder Verwaltungsbehörden zu wenden (Artikel 29), die Bedeutung der diesen Behörden auferlegten Verpflichtung zur Zusammenarbeit, und zwar in einem solchen Umfang, daß das von dem Übereinkommen befolgte System auf Grund der Tatsache, daß es neben den Aufgaben der zentralen Behörden eigens für die Gerichte oder Verwaltungsbehörden zusätzliche Verpflichtungen einführt, als „gemischtes System“ bezeichnet werden kann.

44. Es wäre im übrigen ein Fehler, ein Übereinkommen zur Bekämpfung der internationalen Kindesentführung schaffen zu wollen, ohne der wichtigen Rolle der innerstaatlichen Gerichte oder Verwaltungsbehörden in allen Fragen des Schutzes Minderjähriger Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang ist die Bezugnahme auf die Verwaltungsbehörden als einfacher Reflex des Umstandes zu verstehen, daß in bestimmten Mitgliedstaaten der Konferenz diese Aufgabe derartigen Behörden übertragen ist, während in der Mehrzahl der Rechtssysteme die Gerichte auf diesem Gebiet zuständig sind. Insgesamt überträgt das Übereinkommen den innerstaatlich für die Entscheidung über das Sorge-

¹⁸⁾ Nach dem Vorbild von Artikel 19 des Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970, siehe Protokoll Nr. 13.

¹⁹⁾ Ein System, das, neben anderen, in dem Übereinkommen zur Erleichterung des internationalen Zugangs zu den Gerichten bestätigt worden ist, das ebenfalls während der Vierzehnten Tagung der Konferenz angenommen wurde.

recht und den Schutz der Kinder verantwortlichen Behörden die Aufgabe, die gestellten Probleme zu lösen, ob es sich dabei um die Rückgabe eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes oder um die Ausgestaltung des Rechts zum persönlichen Umgang handelt. Somit macht sich das Übereinkommen das Verlangen nach Rechtssicherheit zu eigen, das auf diesem Gebiet allen innerstaatlichen Rechtsordnungen zugrunde liegt. Obwohl die Entscheidungen über die Rückführung der Kinder dem Bestehen des Sorgerechts nicht vorgreifen (Artikel 19), beeinflussen sie in der Tat das Leben der Kinder in starkem Maß; der Erlaß solcher Entscheidungen, die Übernahme einer derartigen Verantwortung muß notwendigerweise den Behörden zufallen, die gemäß innerstaatlichem Recht normalerweise hierfür zuständig sind.

45. In seinen großen Linien und in einer deutlichen Mehrzahl der Fälle wird indessen die Anwendung des Übereinkommens von der Funktionsfähigkeit der von ihm zu diesem Zweck geschaffenen Einrichtungen abhängen, d. h. der zentralen Behörden. Hinsichtlich ihrer Regelung durch das Übereinkommen ist zunächst zu bemerken, daß die Konferenz sich der tiefgreifenden Unterschiede in der innerstaatlichen Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten bewußt war; aus diesem Grund schreibt das Übereinkommen keinerlei Struktur und Handlungsbefugnisse der zentralen Behörden vor, zwei Aspekte, die notwendigerweise dem innerstaatlichen Recht jedes Vertragsstaats unterliegen. Die Zugrundelegung dieser Prämisse drückt sich im Übereinkommen durch die Anerkennung der Tatsache aus, daß die Aufgaben, die im einzelnen den zentralen Behörden übertragen sind, von diesen entweder unmittelbar oder mit Hilfe anderer zu erfüllen sind (Artikel 7). Es liegt z. B. auf der Hand, daß das Auffinden eines Kindes die Einschaltung der Polizei erfordern kann; ebenso kann der Erlaß vorläufiger Maßnahmen oder die Einleitung von Gerichtsverfahren über privatrechtliche Beziehungen außerhalb der Zuständigkeiten fallen, die in bestimmten innerstaatlichen Rechtsordnungen den Verwaltungsbehörden übertragen werden können. In allen Fällen bleibt ungeachtet dessen die zentrale Behörde als „Motor“ der gewollten Zusammenarbeit bei der Bekämpfung des widerrechtlichen Verbringens von Kindern Träger der Verpflichtungen, die das Übereinkommen ihr auferlegt. Um den Besonderheiten der verschiedenen Rechtsordnungen Rechnung zu tragen, läßt das Übereinkommen andererseits zu, daß die zentrale Behörde fordern kann, daß dem an sie gerichteten Antrag eine „schriftliche Vollmacht beigefügt wird, durch die sie ermächtigt wird, für den Antragsteller tätig zu werden oder einen Vertreter zu bestellen, der für ihn tätig wird“ (Artikel 28).

46. Entsprechend einer fest eingebürgerten Tradition der Haager Konferenz²⁰⁾ sieht das Übereinkommen im übrigen vor, daß Bundesstaaten sowie Staaten mit mehreren Rechtssystemen oder Staaten, die aus autonomen Gebietskörperschaften bestehen, auch mehrere zentrale Behörden bestimmen können. Gleichwohl haben die Probleme, die bei der praktischen Anwendung von Übereinkommen festzustellen sind, welche mehrere zentrale Behörden auf dem Gebiet eines einzigen Staates vorsehen, sowie insbesondere die speziellen Umstände des Gegenstandes des vorliegenden Übereinkommens die Konferenz veranlaßt, gemäß dem von der Sonderkommission bereits festgelegten Kriterium einen Schritt in Richtung einer Art „Hierarchisierung“ der zentralen Behörden in diesen Staaten zu unternehmen. Wenn man sich auf den zweiten erwähnten Aspekt beschränkt, könnten tatsächlich, falls die Person, die ein Kind verbracht oder zurückgehalten hat, sich die extrem leichten Verkehrsmöglichkeiten innerhalb eines Staates zunutze macht, der Antragsteller oder die zentrale Behörde des ersuchenden Staates gezwungen sein, ihren Antrag auf Rückgabe des Kindes mehrere Male zu wiederholen; außerdem besteht die Möglichkeit, daß man, selbst wenn erste Gründe dafür sprechen, daß sich das Kind in einem Vertragsstaat befindet, nicht weiß, in welcher Gebietseinheit dieses Staates sein Aufenthalt ist.

²⁰⁾ Vgl. z. B. Artikel 18 Absatz 3 des Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außgerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965. Ebenso die Artikel 24 und 25 des Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970.

47. Um in diesen und ähnlich gelagerten Fällen eine Lösung zu ermöglichen, bestimmt das Übereinkommen, daß die Staaten, die mehr als eine zentrale Behörde einrichten, gleichzeitig „die zentrale Behörde“ bestimmen, „an welche die Anträge zur Übermittlung an die zuständige zentrale Behörde in diesem Staat gerichtet werden können“ (Artikel 6). Die Frage ist wichtig, da das Übereinkommen die den Gerichten und Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates auferlegte Verpflichtung hinsichtlich der sofortigen Rückgabe des Kindes zeitlich beschränkt;²¹⁾ ein Irrtum in der Auswahl der ersuchten zentralen Behörde kann daher entscheidende Folgen für die Begehren der Parteien haben. Um zu verhindern, daß ein im Übereinkommen nicht vorgesehener Faktor seine normale Anwendung ändert, wird diese in Artikel 6 erwähnte, ihrer Art nach „übergeordnete zentrale Behörde“ sich aktiv einschalten müssen. Tatsächlich wird sie sich, da sie als Brücke zwischen der in jedem Einzelfall zuständigen zentralen Behörde ihres eigenen Staates einerseits und den zentralen Behörden der anderen Vertragsstaaten andererseits dienen muß, gezwungen sehen zu entscheiden, ob sie selbst zur Feststellung des Aufenthalts des Kindes schreitet, um den Vorgang der entsprechenden zentralen Behörde zuleiten zu können, oder ob sie allen zentralen Behörden des betreffenden Staates eine Abschrift des Antrags zuleitet, was unvermeidlich zur Vervielfachung des bürokratischen Aufwandes führen wird. Es besteht jedoch kein Zweifel, daß eine derartige zentrale Behörde bei der Anwendung des Übereinkommens in den Beziehungen, welche die oben erwähnten Staaten betreffen, eine grundlegende Rolle spielen wird.

B. Das Musterformblatt

48. Unter Übernahme einer Entscheidung der Sonderkommission auf ihrer zweiten Sitzung hat die Vierzehnte Tagung der Konferenz gleichzeitig mit dem Übereinkommen eine Empfehlung angenommen, die ein Formblatt für Anträge auf Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder enthält. Hierzu ist zweierlei zu bemerken. Erstens geht es um die rechtliche Bedeutung der fraglichen Empfehlung: Um diese darzulegen, erscheint es zweckmäßig, auf das allgemeine Recht der internationalen Organisationen zurückzugreifen. Aus diesem Blickwinkel ist eine Empfehlung ihrer Substanz nach eine Aufforderung ohne zwingende Kraft, die eine internationale Organisation an einen, mehrere oder alle Mitgliedstaaten richtet. Demzufolge sind die Staaten nicht in strengem Sinn verpflichtet, das in der Empfehlung enthaltene Musterformblatt zu verwenden; es wurde sogar sorgfältig vermieden, dieses als Anlage zu dem Übereinkommen zu bezeichnen.

Die Gründe liegen auf der Hand. Vor allem mit Rücksicht auf die fehlende internationale Erfahrung auf dem Gebiet des Übereinkommens kann man davon ausgehen, die praktische Anwendung der Vorschriften des Übereinkommens werde nach einigen Jahren dazu führen, daß bestimmte Änderungen des verabschiedeten Formblatts ratsam erscheinen. Zweckmäßigerweise wird nun eine eventuelle Änderung des Wortlauts nicht den Formalitäten unterworfen, die das Völkerrecht für die Änderung internationaler Verträge fordern würde. Es kann im übrigen angenommen werden, daß, abgesehen von einer künftigen konzertierten Aktion der Konferenz zu dieser Frage, die Anpassung des den Staaten empfohlenen Formblatts gemäß der in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe i enthaltenen allgemeinen Verpflichtung auch Gegenstand bilateraler Kontakte zwischen den zentralen Behörden sein kann.

Andererseits ist eine direkte Folge der Entscheidung, die Verwendung des Musterformblatts nicht zwingend vorzuschreiben, darin zu sehen, daß das Übereinkommen die Angaben aufzählt, die jeder an eine zentrale Behörde gerichtete Antrag enthalten muß (Artikel 8).

49. Die zweite Bemerkung betrifft den Anwendungsbereich und den Inhalt des empfohlenen Formblatts. Obwohl das Übereinkommen auch wesentliche Aspekte des Rechts zum persönlichen Umgang regelt, beschränkt sich das empfohlene Formblatt dar-

²¹⁾ Vgl. unten Kommentierung zu Artikel 12 des Übereinkommens.

auf, ein Antragsmuster anzubieten, um die Rückgabe des Kindes zu erreichen. Dies zeigt die Polarisierung des Interesses der Konferenz an einer Lösung der nach dem Verbringen des Kindes entstehenden Probleme, wobei die Originalität des Mittels verdeutlicht wird, um zu diesem Ziel zu gelangen. Gerade wegen der Neuheit dieses Mittels hielt man es für zweckmäßig, einen Hinweis zu seiner Verwendung einzuschließen.

50. Der Wortlaut des Formblatts gibt sehr genau die Elemente wieder, die das Übereinkommen fordert; indessen sollte die Aufmerksamkeit auf zwei unwesentliche Punkte gelenkt werden. Zunächst auf die Angabe „Datum und Ort der Eheschließung“ der Eltern des betreffenden Kindes; soweit hier nicht der Ausdruck „falls vorhanden“ in Parenthese folgt, scheint es, daß die Situation der nichtehelichen Kinder außergewöhnlich und diskriminierend behandelt wird. Im übrigen verträgt sich das Fehlen dieses selben Ausdrucks neben der Bezugnahme auf Geburtsdatum und -ort schlecht mit der Genauigkeit, die Artikel 8 in dieser Hinsicht aufweist, wenn er in bezug auf das Geburtsdatum hinzufügt „soweit es festgestellt werden kann“.

51. Andererseits läßt sich hinsichtlich der „Angaben über die Person, die das Kind angeblich verbracht oder zurückgehalten hat“, ein Mangel an Übereinstimmung zwischen dem französischen und englischen Wortlaut feststellen. In dieser Beziehung erscheint es angebracht, dem vollständigen englischen Text zu folgen, insbesondere soweit es um die Angabe der Staatsangehörigkeit des vermeintlichen Entführers geht, ein gelegentlich entscheidender Umstand für das Auffinden des Kindes.

IV. Struktur und Terminologie

A. Die Struktur des Übereinkommens

52. Die Artikel 1, 2, 3 und 5 grenzen den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens ab, indem sie seine Ziele und die notwendigen Voraussetzungen bezeichnen, um feststellen zu können, daß das Verbringen oder Zurückhalten des Kindes widerrechtlich ist. Artikel 4 betrifft den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens, während Artikel 35 seine zeitliche Anwendung bestimmt. Die Artikel 6 und 7 sind der Errichtung der zentralen Behörden und ihrem Aufgabenbereich gewidmet. Die Artikel 8, 27 und 28 beziehen sich auf die Einreichung von Anträgen bei den zentralen Behörden und die Schriftstücke, die einem ihnen vorgelegten Antrag beigelegt werden oder ihn ergänzen können. Die Artikel 9 bis 12 und 14 bis 19 behandeln die verschiedenen Möglichkeiten, die geboten werden, um die Rückgabe eines Kindes zu erwirken, sowie die rechtliche Tragweite einer diesbezüglichen Entscheidung. Die Artikel 13 und 20 befassen sich mit den Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes. Artikel 21 legt die speziellen Aufgaben fest, welche die Staaten hinsichtlich des Rechts zum persönlichen Umgang übernommen haben. Die Artikel 22 bis 26 und 30 (sowie die schon erwähnten Artikel 27 und 28) beschäftigen sich mit bestimmten technischen Aspekten in bezug auf das Verfahren und die Kosten, die sich aus den Anträgen ergeben können, die in Anwendung des Übereinkommens eingereicht werden. Die Artikel 29 und 36 geben die nicht ausschließliche Sicht wieder, die bei der Ausarbeitung des Übereinkommens im Vordergrund stand, indem sie einerseits die mögliche unmittelbare Inanspruchnahme der Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Vertragsstaaten durch Einzelpersonen außerhalb des Rahmens der Übereinkommensbestimmungen und andererseits die den Vertragsstaaten zuerkannte Befugnis bestimmen, vertraglich von den Beschränkungen abzuweichen, denen die Rückgabe des Kindes nach dem vorliegenden Übereinkommen unterliegen kann. Die Artikel 31 bis 34 betreffen Staaten mit mehreren Rechtssystemen und die Beziehungen zu anderen Übereinkommen. Schließlich enthalten die Artikel 37 bis 45 die Schlußbestimmungen.

B. Im Übereinkommen verwendete Terminologie

53. Gemäß einer gut eingeführten Tradition der Haager Konferenz hat das Übereinkommen es vermieden, die verwendeten Ausdrücke zu definieren, mit Ausnahme der in Artikel 5 enthalte-

nen Begriffe des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang, die bei der Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Übereinkommens unentbehrlich sind. Diese werden in ihrem Zusammenhang untersucht. Hier soll nur ein Aspekt betrachtet werden, der die Terminologie betrifft und nach unserer Auffassung eine kurze Erläuterung verdient. Es handelt sich um die fehlende Übereinstimmung zwischen der im Titel des Übereinkommens und der in seinem Wortlaut verwendeten Terminologie. Im ersten wird in der Tat der Begriff „internationale Kindesentführung“ verwendet, während die Übereinkommensbestimmungen auf Umschreibungen oder jedenfalls weniger anschauliche Redewendungen wie „Verbringen“ oder „Zurückhalten“ zurückgreifen. Die Erklärung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens. Wie bereits oben unterstrichen wurde (siehe Nr. 12 bis 16), ergibt eine Untersuchung des Gegenstandes des Übereinkommens zu diesem Punkt deutlich, daß man in bezug auf die normalerweise zwischen „Entführer“ und „Kind“ bestehenden Beziehungen und die Absicht des ersten sehr weit entfernt ist von Delikten, die als „Entführung“, „kidnapping“ oder „secuestro“ bezeichnet werden. Mit Rücksicht auf die sehr weite Entfernung von eigenständigen Problemen des Strafrechts ist vermieden worden, im Wortlaut des Übereinkommens Bezeichnungen zu verwenden, die mehrdeutig sein können.

Im Gegensatz dazu erschien es zweckmäßig, den Begriff „Entführung“ im Titel des Übereinkommens angesichts seiner gewöhnlichen Verwendung in den „Massenmedien“ und seiner Resonanz in der öffentlichen Meinung beizubehalten. Um ungeachtet dessen jede Zweideutigkeit zu vermeiden, stellt der Titel selbst, wie es schon der Titel des Vorentwurfs tat, klar, daß das Übereinkommen nur die „zivilrechtlichen Aspekte“ dieses Phänomens zum Gegenstand hat. Wenn der vorliegende Bericht von Zeit zu Zeit Begriffe wie „Entführung“ und „Entführer“ verwendet, wie sie im übrigen auch im Musterformblatt vorkommen, geschieht dies, weil sie gelegentlich eine erleichterte Formulierung erlauben; sie sind aber in jedem Fall mit den Nuancen zu verstehen, die sich aus ihrer Anwendung auf das besondere Problem ergeben, mit dem sich das Übereinkommen beschäftigt.

Zweiter Teil – Erläuterung der Artikel des Übereinkommens

Kapitel I – Anwendungsbereich des Übereinkommens

54. Das erste Kapitel definiert den Anwendungsbereich des Übereinkommens in sachlicher und persönlicher Hinsicht (Anwendungsbereich *ratione materiae* und *ratione personae*). Um einen umfassenden Überblick über den Übereinkommensbereich zu bekommen, ist es indessen notwendig, auch Artikel 34 über die Beziehungen zu anderen Übereinkommen, Artikel 35 über seinen zeitlichen Geltungsbereich und die Artikel 31 bis 33 über die Anwendung des Übereinkommens in Staaten mit mehreren Rechtssystemen zu betrachten.

Artikel 1 – Die Ziele des Übereinkommens

a) Allgemeine Bemerkungen

55. Dieser Artikel legt in zwei Absätzen die Ziele des Übereinkommens dar, die im ersten Teil dieses Berichts ausführlich behandelt worden sind. Es ist daher offensichtlich, daß die fehlende Übereinstimmung zwischen dem Titel und dem Inhalt des Übereinkommens über die rein terminologischen Fragen hinausgeht.²²⁾ Es ist jedoch auch anzuerkennen, daß die im Titel verwendeten Begriffe trotz ihres Mangels an rechtlicher Genauigkeit eine starke Aussagefähigkeit und, was wesentlich ist, eine Kraft besitzen, welche die Aufmerksamkeit anzieht.

56. In bezug auf die Art der geregelten Fragen ist eine allgemeine Bemerkung zu machen. Obwohl das Übereinkommen keine Bestimmung über den internationalen Charakter der ins-

²²⁾ Siehe zu diesem Punkt den Bericht der Sonderkommission, Nr. 52.

Auge gefaßten Situationen enthält, ergibt sich eine solche Schlußfolgerung sowohl aus dem Titel als auch aus den einzelnen Artikeln. Im vorliegenden Fall ist nun der internationale Charakter das Ergebnis einer Tatsachenlage, nämlich der Zerstreuung der Mitglieder einer Familie auf verschiedene Staaten. Eine zunächst rein innerstaatliche Situation kann daher dadurch in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen, daß z. B. ein Mitglied der Familie mit dem Kind ins Ausland gereist ist, oder durch den Wunsch, ein Recht zum persönlichen Umgang in einem anderen Staat wahrzunehmen, in dem die Person sich aufhält, die dieses Recht geltend macht. Die unterschiedliche Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen hingegen bedingt nicht notwendigerweise, daß ein international gelagerter Fall vorliegt, auf den das Übereinkommen anzuwenden wäre, obwohl es sich um ein klares Indiz eines möglichen internationalen Charakters im beschriebenen Sinn handelt.

b) Buchstabe a

57. Das Ziel, die sofortige Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder zu gewährleisten, ist bereits ausführlich behandelt worden. Im übrigen hat die Vierzehnte Tagung den buchstäblichen Inhalt der von der Sonderkommission ausgearbeiteten Formulierung in keiner Weise geändert. Hier sind daher nur zwei kurze Bemerkungen zur Erläuterung ihres Wortlauts zu machen. Die erste befaßt sich mit der Charakterisierung der Verhaltensweisen, die man durch die Verwirklichung dieses Zieles vermeiden wollte. Zusammengefaßt handelt es sich, wie bereits dargelegt, um jedes Verhalten, das die bestehenden Familienverhältnisse vor oder nach einer gerichtlichen Entscheidung verändert, indem ein Kind als Instrument gebraucht und zum hauptsächlichsten Opfer der Situation gemacht wird. In diesem Zusammenhang soll die Bezugnahme auf „widerrechtlich zurückgehaltene“ Kinder auch die Fälle abdecken, in denen das Kind, das sich – mit Zustimmung der Person, die normalerweise das Sorgerecht ausübt – an einem anderen Ort als demjenigen seines gewöhnlichen Aufenthalts befand, von der Person, bei der es sich befand, nicht zurückgeschickt wird. Dies ist die typische Situation, die auftritt, wenn die Kindesentziehung die Folge eines Mißbrauchs des Rechts zum persönlichen Umgang ist.

58. Zweitens stellt der erläuterte Text klar, daß die Kinder, deren Rückgabe gewährleistet werden soll, solche sind, die „in einem Vertragsstaat“ verbracht oder dort zurückgehalten worden sind. Eine derartige Klarstellung hat zweifache Bedeutung. Einerseits beschränkt sie in bezug auf die in Artikel 4 enthaltene Bestimmung den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens auf Kinder, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten haben und auf das Gebiet eines anderen Vertragsstaats verbracht oder dort zurückgehalten werden.

59. Aber diese wenigen Worte haben auch eine ganz andere Bedeutung. In der Tat wird durch diese Formulierung das Ziel des untersuchten Übereinkommens, für sich allein oder in Zusammenhang mit der Bestimmung des Artikels 2 betrachtet, allgemeiner Art, d. h. es ist auf alle Kinder anwendbar, die sich unter den beschriebenen Umständen in einem Vertragsstaat befinden. Indessen wird es immer einen Unterschied in der rechtlichen Situation zwischen den Kindern, die vor dem Verbringen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hatten, und anderen Kindern geben. So muß die Situation der zuerst erwähnten durch die unmittelbare Anwendung der Übereinkommensbestimmungen geregelt werden. Im Gegensatz dazu ist die Verpflichtung der Staaten den anderen gegenüber in dem Maß abgestufter, als sie (von der innerstaatlichen Gesetzgebung abgesehen) aus der in Artikel 2 festgelegten Verpflichtung abgeleitet wird, die so beschrieben werden könnte, daß geeignete Maßnahmen zu ergreifen sind, um zu vermeiden, daß ihr Gebiet zum Zufluchtsort für mögliche „Entführer“ wird.

c) Buchstabe b

60. Das in diesem Buchstaben angestrebte Übereinkommensziel ist in der Fassung klargestellt worden, die er bei der Vierzehn-

ten Tagung erhalten hat.²³⁾ Hinsichtlich seines Bereichs ist nunmehr offensichtlich, daß die betrachteten Situationen dieselben sind wie diejenigen, auf welche das Übereinkommen anzuwenden ist, d. h. internationale Situationen, die zwei oder mehrere Vertragsstaaten in Verbindung bringen. Diese Feststellung ist nicht überflüssig, insbesondere nicht, wenn man den Umstand berücksichtigt, daß der Wortlaut des Vorentwurfs andere Auslegungen erlaubte, vor allem die Bezugnahme auf innerstaatliche Situationen.

61. Hinsichtlich der Tragweite, die dem darin erklärten Ziel beigemessen werden soll, ist es erforderlich, zwischen dem Sorgerecht und dem Recht zum persönlichen Umgang zu unterscheiden. Im Hinblick auf das Sorgerecht kann gesagt werden, daß das Übereinkommen nicht versucht hat, dieses eigenständig zu entwickeln. Daher ist die Konsequenz der uns insoweit beschäftigenden Bestimmung in der allgemeinen Verpflichtung aus Artikel 2 sowie in der Regelung der Rückgabe des Kindes zu finden – die, wie in der Erläuterung zu Artikel 3 festzustellen sein wird, auf der Beachtung des tatsächlich ausgeübten, durch das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts zugesprochenen Sorgerechts beruht. Im Gegensatz hierzu ist das Recht zum persönlichen Umgang günstiger behandelt worden, und die Grundlagen, auf denen seine tatsächliche Beachtung aufbauen muß, erscheinen zumindest in ihren großen Zügen im Zusammenhang mit Artikel 21 festgelegt.

Artikel 2 – Allgemeine Verpflichtung der Vertragsstaaten

62. In engem Zusammenhang mit den weiten und flexiblen Zielen des Artikels 1 Buchstabe b legt dieser Artikel den Vertragsstaaten eine allgemeine Verhaltenspflicht auf; demnach handelt es sich um eine Verpflichtung, die im Gegensatz zu den normalerweise in einem Übereinkommen enthaltenen Verpflichtungen, zu einem Ergebnis zu gelangen, keine konkrete Verwirklichung, sondern eine bestimmte Verhaltensweise fordert, um dieses Ziel zu erreichen. Im vorliegenden Fall findet die von den Staaten verlangte Verhaltensweise ihren Ausdruck in dem Erfordernis, „alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um in ihrem Hoheitsgebiet die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen“. Das Übereinkommen versucht hierdurch, unter Wahrung des Charakters seiner anderen Artikel als self-executing, die Vertragsstaaten aufzufordern, sich an diesen Normen bei der Lösung von Situationen auszurichten, die denen vergleichbar sind, mit denen es sich beschäftigt, die jedoch nicht in seinen persönlichen oder zeitlichen Anwendungsbereich fallen. Dies muß einerseits zu einer aufmerksamen Beachtung der Übereinkommensbestimmungen führen, wenn ein Staat eine Änderung seiner innerstaatlichen Gesetzgebung auf dem Gebiet des Sorgerechts oder des Rechts zum persönlichen Umgang beabsichtigt; andererseits müßte die Erweiterung der Ziele des Übereinkommens auf Fälle, die von seinen Bestimmungen nicht erfaßt werden, das Verhalten der Gerichte beeinflussen und Ausdruck in einer Verringerung des Gebrauchs der Ausnahme der öffentlichen Ordnung bei der Entscheidung über internationale Beziehungen finden, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens fallen.

63. Zusätzlich präzisiert der Artikel in seinem letzten Satz eine der in Erwägung gezogenen Maßnahmen, indem er die Bedeutung unterstreicht, welche die Konferenz dem Gebrauch schneller Verfahren bei Streitigkeiten über das Sorgerecht oder das Recht zum persönlichen Umgang beigemessen hat. Diese Bestimmung verpflichtet jedoch die Vertragsstaaten nicht, neue Verfahren in ihr innerstaatliches Recht einzuführen; die zwischen dem englischen und dem französischen Wortlaut hergestellte Übereinstimmung bemüht sich, gerade eine solche Auslegung zu vermeiden, die der ursprüngliche französische Wortlaut ermöglichte. Sie beschränkt sich daher darauf, von den Vertragsstaaten zu verlangen, in allen den Gegenstand des Übereinkommens betreffenden Fragen die schnellstmöglichen Verfahren gemäß ihrem innerstaatlichen Recht anzuwenden.

²³⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 2 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs) und Protokoll Nr. 2.

Artikel 3 – Die Widerrechtlichkeit eines Verbringens oder Zurückhaltens

a) Allgemeine Bemerkungen

64. Artikel 3 nimmt als ganzes im Übereinkommen eine Schlüsselstellung ein, denn von seiner Anwendung hängt das Ingangsetzen der Mechanismen des Übereinkommens zur Rückgabe eines Kindes ab; in der Tat sieht das Übereinkommen eine Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes nur vor, wenn ein Verbringen oder Zurückhalten vorliegt, das es als widerrechtlich ansieht. Durch die Aufzählung der Voraussetzungen, unter denen die einseitige Änderung einer Situation als widerrechtlich angesehen werden kann, macht nun dieser Artikel indirekt deutlich, welche Beziehungen das Übereinkommen zu schützen beabsichtigt; diese Beziehungen beruhen auf zwei Voraussetzungen: erstens dem Bestehen eines Sorgerechts, das der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes einräumt; zweitens der tatsächlichen Ausübung dieser Sorge vor dem Verbringen. Die Bedeutung der erwähnten Voraussetzungen soll näher untersucht werden.

b) Das rechtliche Element

65. In bezug auf das Element der angesprochenen Situationen, das als rechtlich bezeichnet werden könnte, zielt das Übereinkommen auf den Schutz von Beziehungen, die zumindest dem Anschein nach durch einen gültigen Rechtstitel über das Sorgerecht im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bereits geschützt sind; d. h. durch das Recht des Staates, in dem diese Beziehungen sich vor dem Verbringen des Kindes abspielten. Diese Feststellung bedarf in zwei Punkten der Klarstellung. Der erste zu betrachtende Aspekt betrifft das Recht, dessen Verletzung ein Verbringen oder Zurückhalten im Sinn des Übereinkommens widerrechtlich macht. Wie gesagt, handelt es sich um das Sorgerecht; obwohl im Verlauf der Vierzehnten Tagung die Probleme zur Sprache kamen, die sich aus der Verletzung eines Rechts zum gewöhnlichen Umgang ergeben können, insbesondere wenn der Inhaber des Sorgerechts das Kind ins Ausland verbringt, war die Mehrheit in der Tat der Auffassung, daß eine solche Situation den Fällen widerrechtlichen Verbringens nicht gleichgestellt werden kann, die vermieden werden sollen.²⁵⁾

Dieses Beispiel und ähnliche, in denen die Verletzung des Rechts zum persönlichen Umgang das durch eine Entscheidung geschaffene Gleichgewicht tiefgreifend beeinträchtigt, sind sicher der Beweis dafür, daß die Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder immer einer Überprüfung unterliegen sollten. Dieses Problem entzieht sich jedoch dem Koordinierungsversuch, den die Haager Konferenz unternommen hat; man wäre zu angreifbaren Ergebnissen gelangt, wenn durch den gleichwertigen Schutz des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang die Anwendung des Übereinkommens im Ergebnis dazu geführt hätte, die Inhaber des einen durch die des anderen zu ersetzen.

66. Die zweite zu untersuchende Frage betrifft die Wahl des Rechts, das über die ursprüngliche Gültigkeit des geltend gemachten Rechtstitels entscheidet. Hier soll zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nichts Näheres dargelegt werden; es handelt sich in der Tat um einen Begriff, welcher der Haager Konferenz geläufig ist, wo er als rein tatsächlicher Begriff verstanden wird, der sich insbesondere von demjenigen des Wohnsitzes unterscheidet. Im übrigen ist die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts als Kriterium logisch, das über die Rechtmäßigkeit der Situation entscheidet, die durch die Entführung verletzt worden ist. Zu den Gründen, die dazu geführt haben, diesem Begriff in Fragen des Schutzes von Minderjährigen wie im Haager Übereinkommen von 1961 eine überragende Rolle beizumessen, kommt noch die dem Übereinkommen eigene Natur hinzu, d. h. seine eingeschränkte Tragweite. In diesem Sinn sind zwei Betrachtungen anzustellen: Einerseits versucht das Übereinkommen nicht, die Frage des Sorgerechts von Kindern endgültig zu regeln, was die Gründe für die Anwendung des Heimatrechts beträchtlich vermindert; andererseits beruhen die Übereinkom-

mensbestimmungen weitgehend auf dem Grundgedanken, daß es in einem Rechtsstreit über das Sorgerecht eines Kindes eine Art selbstverständlicher Zuständigkeit der Gerichte seines gewöhnlichen Aufenthalts gibt.

Aus einem anderen Blickwinkel ist auch auf den Umstand hinzuweisen, daß das Übereinkommen von dem „Recht (droit)“ des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts spricht und sich so von der fest verankerten Tradition der seit 1955 ausgearbeiteten Haager Übereinkommen über das anzuwendende Recht entfernt, welche die Regelung der von ihnen behandelten Fragen einem bestimmten innerstaatlichen Recht (loi) unterwerfen. In diesen Fällen ist sicher der Begriff „Recht“ in seinem weitesten Sinn zu verstehen, der sowohl geschriebenes und Gewohnheitsrecht – welchen Rang es auch haben mag – wie dessen Ausfüllung durch gerichtliche Auslegung einschließt. Die Verwendung des Adjektivs „innerstaatlich“ bedeutet indessen den Ausschluß jeglicher Bezugnahme auf die Kollisionsnormen des bezeichneten Rechts. Wenn demnach das Übereinkommen auf die herkömmliche Formulierung verzichtet hat, um von dem „Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts“ zu sprechen, kann dieser Unterschied nicht rein terminologisch sein. Wie die vorbereitenden Materialien zeigen,²⁶⁾ bestand in der Tat von Anfang an die Absicht, den Umfang der Bestimmungen beträchtlich zu erweitern, die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind. Tatsächlich gab es während der Vierzehnten Tagung sogar einen Vorschlag, wonach in diesem Artikel klargestellt werden sollte, daß die Bezugnahme auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts diese Normen des Internationalen Privatrechts einschließt; wenn der Vorschlag abgelehnt wurde, so deshalb, weil die Konferenz der Überzeugung war, daß eine solche Einbeziehung überflüssig sei und sich in dem Augenblick unausgesprochen ergebe, in dem der Wortlaut derartige Regeln weder unmittelbar noch mittelbar ausschließt.²⁷⁾

67. Die vorstehenden Betrachtungen zeigen, daß die Verweisung auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes so weit wie möglich zu verstehen ist. Auch sind die Quellen, aus denen das Sorgerecht hergeleitet werden kann, das geschützt werden soll, sämtlich solche, die einen Anspruch im Rahmen des betreffenden Rechtssystems begründen können. In dieser Hinsicht berücksichtigt Artikel 3 Absatz 2 verschiedene – ohne Zweifel die wesentlichsten – dieser Quellen, unterstreicht jedoch den nicht ausschließlichen Charakter der Aufzählung; dieser Absatz bestimmt nämlich: „Das unter Buchstabe a genannte Sorgerecht kann insbesondere . . . bestehen . . .“ und unterstreicht so, daß daneben andere, im Wortlaut nicht angeführte Rechte bestehen können. Wie in den folgenden Absätzen festgelegt werden wird, umfassen die erwähnten Quellen ein weit gefächertes rechtliches Gebiet; ihr nicht erschöpfender Charakter muß daher vor allem so verstanden werden, daß eine weite Auslegung der verwendeten Begriffe begünstigt wird, die es erlauben soll, die größtmögliche Anzahl von Fällen zu berücksichtigen.

68. Die erste der Quellen, auf die Artikel 3 hinweist, ist das Gesetz, wenn gesagt wird, das Sorgerecht kann „insbesondere kraft Gesetzes“ bestehen. Dies veranlaßt dazu, eines der besonderen Merkmale dieses Übereinkommens zu unterstreichen, nämlich seine Anwendbarkeit zum Schutz des Sorgerechts, das vor dem Erlaß irgendeiner Entscheidung hierzu ausgeübt wird. Dies ist ein wichtiger Punkt, denn es kann nicht darüber hinweggesehen werden, daß statistisch gesehen die Fälle recht häufig vorkommen, in denen das Kind vor dem Erlaß einer Entscheidung über das Sorgerecht verbracht wird. Im übrigen bestehen in solchen Situationen für den Elternteil, dem das Kind entzogen wurde, fast keine Möglichkeiten, es außerhalb des Übereinkommens wieder in seine Obhut zu bekommen, es sei denn, er nimmt ebenfalls Zuflucht zu Gewalttaten, die sich für das Kind immer schädlich auswirken. Durch die Einbeziehung solcher Fälle in seinen Anwendungsbereich hat das Übereinkommen in dieser Hinsicht einen entscheidenden Schritt in Richtung zu einer

²⁵⁾ Vgl. den Bericht der Sonderkommission, Nr. 62, Actes XIV, S. 90.

²⁶⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 2 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs) und Protokoll Nr. 2.

²⁷⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 5 (Vorschlag der kanadischen Delegation) und Protokoll Nr. 3.

Lösung der wirklichen Probleme getan, die vorher weitgehend den herkömmlichen Mechanismen des Internationalen Privatrechts entgingen.

In der Frage, welches Rechtssystem gemäß dem Übereinkommen das zu schützende Sorgerecht gewähren kann, ist auf die Ausführungen des vorstehenden Absatzes zurückzukommen. Danach kann das Sorgerecht kraft Gesetzes seine Grundlage entweder im innerstaatlichen Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes oder in dem Recht finden, das die Kollisionsnormen dieses Staates bestimmen. Die Wirkung der ersten Möglichkeit ist ganz klar; was die zweite anlangt, tiefe sie z. B. darauf hinaus, daß das Verbringen eines nichtehelichen Kindes durch seinen französischen Vater, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei seiner Mutter in Spanien hat, wobei beide ebenfalls die französische Staatsangehörigkeit besitzen, kraft Anwendung des französischen Rechts, das durch die spanische Kollisionsnorm auf dem Gebiet des Sorgerechts für zuständig erklärt wird, unabhängig von dem Umstand als widerrechtlich im Sinn des Übereinkommens zu gelten hätte, daß die Anwendung des innerstaatlichen spanischen Rechts wahrscheinlich zu einem anderen Ergebnis führen würde.

69. Die zweite Quelle des Sorgerechts, die Artikel 3 erwähnt, ist das Vorhandensein einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung. Da das Übereinkommen zu diesem Punkt keine näheren Angaben enthält, ist davon auszugehen, daß einerseits der Begriff „Entscheidung“ in seinem weitesten Sinn gebraucht ist, so daß er jede (gerichtliche oder behördliche) Entscheidung oder Teilentscheidung über das Sorgerecht für ein Kind einschließt; andererseits, daß diese Entscheidungen sowohl von den Gerichten des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes als auch von den Gerichten eines dritten Staates erlassen worden sein können.²⁷⁾ Bei der letzten Möglichkeit, d. h. wenn das Sorgerecht im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes kraft einer ausländischen Entscheidung ausgeübt wurde, verlangt das Übereinkommen nicht, daß diese förmlich anerkannt worden ist. Folglich muß es für die beabsichtigten Zwecke genügen, daß diese Entscheidung eine solche gemäß den Bestimmungen des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts ist, d. h. grundsätzlich die Mindesteigenschaften aufweist, um ein Homologations- oder Anerkennungsverfahren einleiten zu können;²⁸⁾ diese weite Auslegung wird im übrigen durch den Wortlaut des Artikels 14 des Übereinkommens bestätigt.

70. Schließlich kann das Sorgerecht „aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen“. Im Prinzip können die fraglichen Vereinbarungen einfache private Abmachungen zwischen den Parteien über das Sorgerecht für Kinder sein. Die Voraussetzung, nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts „wirksam“ zu sein, wurde während der Vierzehnten Tagung anstelle des Erfordernisses eingefügt, „Gesetzeskraft“ zu haben. Die Änderung entspricht einem Wunsch nach Klarstellung, aber auch nach möglichst weitgehender Auflockerung der Voraussetzungen, die verlangt werden, damit eine Vereinbarung als Grundlage des vom Übereinkommen geschützten Sorgerechts dienen kann. Um genau zu wissen, was eine nach einem bestimmten Recht „wirksame“ Vereinbarung ist, scheint es, daß unter dieser Bezeichnung jede Vereinbarung zu verstehen ist, die durch ein solches Recht nicht verboten wird und als Grundlage eines rechtlichen Begehrens vor der zuständigen Behörde dienen kann. Unter Rückgriff auf den weiten Sinn, den der Begriff „Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes“ in Artikel 3 erfahren hat, kann das fragliche Recht sowohl das innerstaatliche Recht dieses Staates als auch das Recht sein, das durch seine Kollisionsnormen bestimmt wird; es wird Sache der Behörden des betreffenden Staates sein, zwischen beiden Möglichkeiten zu entscheiden, obwohl der Geist des Übereinkommens für diejenige zu sprechen

²⁷⁾ Diese Auslegung stützt sich auf die Arbeiten der Sonderkommission, die zu der Annahme eines dem jetzigen ähnlichen Textes geführt haben. Siehe Bericht der Sonderkommission Nr. 64, Actes XIV, S. 191–192.

²⁸⁾ Über das Interesse, daß das Übereinkommen auch einen solchen Fall einschließt, siehe Arb. Dok. Nr. 58, „Erläuterung des Dokument der italienischen Delegation“.

scheint, die in jedem Einzelfall das tatsächlich ausgeübte Sorgerecht legitimiert. Andererseits enthält das Übereinkommen keinerlei Vorschriften über die sachlichen oder formellen Voraussetzungen, die diese Vereinbarungen erfüllen müssen; sie wechseln somit je nach dem Inhalt des maßgeblichen Rechts.

71. Unter Zurückstellung der Frage, welche Person Inhaber eines Sorgerechts sein kann, die erst bei der Kommentierung des Artikels 4 über den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens behandelt wird, ist hier der Umstand hervorzuheben, daß alle Arten der Ausübung des Sorgerechts für Kinder geschützt werden sollen. Gemäß dem Wortlaut von Artikel 3 kann das Sorgerecht tatsächlich allein oder gemeinsam der Person zustehen, die nunmehr beantragt, die Ausübung dieses Rechts zu gewährleisten. Dies konnte in einer Zeit nicht anders sein, in der die jeweiligen innerstaatlichen Gesetzgebungen zunehmend die Modalität des gemeinsamen Sorgerechts einführen, die als diejenige angesehen wird, die dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf Grund des Geschlechts am besten entspricht. Im übrigen ist das gemeinsame Sorgerecht nicht immer ein gesetzliches Sorgerecht, und zwar in dem Maß, wie die Gerichte immer mehr dazu neigen, die mit dem Sorgerecht verbundenen Verpflichtungen zwischen beiden Eltern zu teilen, falls die Umstände es erlauben. Vom Standpunkt des Übereinkommens aus ist jedoch das Verbringen eines Kindes durch einen der Inhaber des gemeinsamen Sorgerechts ohne die Genehmigung des anderen Inhabers ebenfalls widerrechtlich; diese Widerrechtlichkeit ist in diesem bestimmten Fall nicht das Ergebnis einer gesetzwidrigen Handlung, sondern des Umstandes, daß dieses Verhalten die durch das Gesetz ebenfalls geschützten Rechte des anderen Elternteils mißachtet und ihre normale Ausübung unterbricht. Die wirkliche Natur des Übereinkommens tritt in solchen Situationen klarer zutage: Es beabsichtigt weder festzustellen, wem künftig das Sorgerecht für das Kind zustehen soll, noch ob es sich als notwendig erweisen wird, eine Entscheidung über gemeinsames Sorgerecht abzuändern, die auf Grund von Angaben erlassen worden ist, die sich nachträglich verändert haben; es versucht – einfacher – zu vermeiden, daß eine spätere Entscheidung hierüber durch eine Veränderung der Umstände beeinflusst werden kann, die von einer der Parteien einseitig herbeigeführt worden ist.

c) Das tatsächliche Element

72. Das zweite Element, das die Beziehungen kennzeichnet, die das Übereinkommen schützt, besteht darin, daß das Sorgerecht, dessen Verletzung durch das Verbringen des Kindes geltend gemacht wird, tatsächlich durch seinen Inhaber ausgeübt wurde. In der Tat hat das Übereinkommen dadurch, daß eine Behandlung seines Gegenstands gewählt wurde, die sich von der schlichten und einfachen internationalen Anerkennung des den Eltern zugesprochenen Sorgerechts unterscheidet, den Schutz des Rechts der Kinder auf Beachtung ihres Lebensgleichgewichts besonders hervorgehoben; d. h. des Rechts der Kinder darauf, daß die emotionalen, sozialen und anderen Bedingungen, unter denen sich ihr Leben abspielt, nicht beeinträchtigt werden, es sei denn, die Stabilität einer neuen Situation würde aus rechtlichen Gründen gewährleistet. Diese Behandlung wird durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens auf das tatsächlich ausgeübte Sorgerecht bestätigt. Eine derartige Auffassung wird im Rahmen der internationalen Beziehungen außerdem durch einen zusätzlichen Grund gerechtfertigt, und zwar durch den Umstand, daß in diesem Zusammenhang häufig widersprechende Entscheidungen vorliegen, die als Grundlagen für den Schutz der Stabilität des Lebens eines Kindes wenig geeignet sind.

73. Diese Auffassung wurde wirklich kaum beanstandet. Mehrere Vorschläge²⁹⁾ wurden jedoch mit dem Ziel vorgelegt, aus Artikel 3 jede Bezugnahme auf die tatsächliche Ausübung der Sorge zu entfernen; der Grund hierfür war, daß auf diesem Weg dem Antragsteller die Beweislast in einem Punkt auferlegt wurde,

²⁹⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 1 (Vorschlag der Delegation der Vereinigten Staaten) und Nr. 10 (Vorschlag der finnischen Delegation) sowie Protokoll Nr. 3.

der manchmal nur schwer darzulegen ist. Die Situation erschien noch komplizierter, wenn man den Umstand berücksichtigte, daß Artikel 13, der die möglichen Ausnahmen von der Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes behandelt, – diesmal vom „Entführer“ – den Beweis fordert, daß die Person, der das Kind entzogen wurde, die Sorge tatsächlich nicht ausgeübt hat, die sie nunmehr beansprucht. Aber gerade beim Betrachten beider Bestimmungen wird die tatsächliche Natur der in Artikel 3 enthaltenen Voraussetzung voll ersichtlich. Dadurch daß diese Voraussetzung den Anwendungsbereich des Übereinkommens abgrenzt, fordert sie von dem Antragsteller nur einen ersten Anschein dafür, daß er die Sorge für die Person des Kindes wirklich ausübte; dieser Umstand wird im allgemeinen relativ leicht darzulegen sein. Im übrigen wird der nicht formelle Charakter dieses Erfordernisses in Artikel 8 hervorgehoben, der bei der Aufzählung der Angaben, die der beiden zentralen Behörden eingereichte Antrag enthalten muß, in Buchstabe c nur vermerkt: „die Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe des Kindes geltend macht“.

Demgegenüber erlegt Artikel 13 des Übereinkommens (12 des Vorentwurfs) dem „Entführer“ eine wirkliche Beweislast auf; um die Rückgabe des Kindes zu verhindern, muß er in der Tat darlegen, daß der Sorgeberechtigte das Sorgerecht tatsächlich nicht ausgeübt hat. Daraus kann geschlossen werden, daß das Übereinkommen insgesamt auf der nicht ausgesprochenen Vermutung aufgebaut ist, daß die Person, der die Sorge für das Kind zusteht, das Sorgerecht tatsächlich ausübt; dieser Gedanke muß durch die Umkehr der Beweislast entkräftet werden, die jeder Vermutung eigen ist (durch den „Entführer“, wenn er die Rückgabe des Kindes verhindern will).

74. In den Bereich, den es schützen will, schließt das Übereinkommen indessen ausdrücklich die Situation ein, die dadurch entsteht, daß die Sorge tatsächlich nicht ausgeübt werden konnte, und zwar gerade wegen des Verbringens des Kindes; in diesem Sinn entscheidet der letzte Halbsatz des Buchstabens b des Artikels 3. Theoretisch stimmt der unterschwellige Gedanke mit dem Geist des Übereinkommens vollkommen überein; aus praktischen Erwägungen kann daher die Frage gestellt werden, ob ein solcher Zusatz notwendig war.³⁰⁾ Von diesem Standpunkt aus betreffen die Hypothesen, die durch diesen Zusatz geschützt werden sollen, zwei Arten möglicher Situationen, von denen die eine eindeutig in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fiel, während die andere in Ermangelung dieser Bestimmung wahrscheinlich eine allzu gezwungene Auslegung seiner Vorschriften erfordern würde. Einerseits handelt es sich um die Fälle, die dadurch entstehen, daß eine erste Entscheidung über die Sorge durch das Verbringen des Kindes ins Leere geht; soweit eine solche Entscheidung dem Bruch des gemeinsamen Familienlebens innerhalb einer vernünftigen Frist folgt, kann angenommen werden, daß der Inhaber der Sorge diese vorher ausgeübt hatte und daß folglich die beschriebene Situation alle innerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens geforderten Voraussetzungen erfüllt. Handelt es sich jedoch um eine von den Gerichten des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes erlassene Sorgerechtsentscheidung, die eine frühere durch das Verhalten des Entführers nicht zu vollziehende Entscheidung abändert, kann es vorkommen, daß der neue Sorgerechtsinhaber die Sorge während eines längeren Zeitraums nicht ausgeübt hat; die Schwierigkeiten, sich in solchen Situationen und möglicherweise in anderen, hier nicht erwähnten auf das Übereinkommen zu berufen, liegen auf der Hand. Zusammenfassend und obwohl nicht damit zu rechnen ist, daß diese Bestimmung oft zur Anwendung kommt, muß gesagt werden, daß sich ihre Einfügung in das Übereinkommen als nützlich erweisen kann.

Artikel 4 – Der persönliche Anwendungsbereich des Übereinkommens

75. Dieser Artikel betrifft den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens nur in bezug auf die geschützten Kinder.

³⁰⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 2 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs) und die Beratungen zu diesem Punkt in den Protokollen Nr. 3 und 13.

Aus systematischen Gründen werden indessen in diesem Zusammenhang auch die anderen Aspekte des Problems behandelt, d. h. die möglichen Inhaber des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang und die Personen, die im Sinn des Übereinkommens als „Entführer“ angesehen werden könnten.

a) Die geschützten Kinder

76. Das Übereinkommen ist auf Kinder unter 16 Jahren anzuwenden, die „unmittelbar vor einer Verletzung des Sorgerechts oder des Rechts zum persönlichen Umgang ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatten“. In bezug auf das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts ist auf die früher zum Ausdruck gebrachten Überlegungen zum Charakter des Übereinkommens zurückzukommen, die zu dem Schluß führen, daß ein Übereinkommen über die Zusammenarbeit von Behörden nur dann voll wirksam werden kann, wenn die behandelten Beziehungen sich zwischen Vertragsstaaten entwickeln.

77. Die Altersgrenze für die Anwendung des Übereinkommens wirft zwei wichtige Fragen auf. Die erste, die Frage des Alters im strengen Sinn des Wortes, ist kaum erörtert worden. Das Übereinkommen behält das Alter von 16 Jahren bei und beschränkt damit den Begriff des Kindes stärker als andere Haager Übereinkommen.³¹⁾ Der Grund ergibt sich aus der Zielsetzung des Übereinkommens selbst; tatsächlich hat eine Person über 16 Jahre im allgemeinen einen eigenen Willen, der nur schwer von dem einen oder anderen seiner Eltern oder von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde außer acht gelassen werden kann.

Bei der Bestimmung des Augenblicks, von dem an dieses Alter die Anwendung des Übereinkommens untersagt, behält dieses unter den verschiedenen Möglichkeiten die eingeschränkste bei; demzufolge kann keine Maßnahme oder Entscheidung auf der Grundlage der Bestimmungen des Übereinkommens mehr in bezug auf ein Kind nach seinem 16. Geburtstag getroffen werden.

78. Das zweite Problem bezieht sich auf die Lage von Kindern unter 16 Jahren, die das Recht haben, ihren Aufenthaltsort zu bestimmen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß dieses Recht im allgemeinen Teil des Sorgerechts ist, wurde vorgeschlagen, das Übereinkommen in solchen Fällen nicht anzuwenden.³²⁾ Dieser Vorschlag wurde indessen aus verschiedenen Gründen zurückgewiesen, unter anderem aus folgenden: (1) die Schwierigkeit bei der Bestimmung des Rechtssystems, das eine solche Möglichkeit gewähren müßte, da mindestens drei Möglichkeiten bestehen, nämlich das Heimatrecht, das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts vor dem Verbringen und das Recht des Zufluchtsstaats; (2) die übermäßige Einschränkung, die dieser Vorschlag für den Anwendungsbereich des Übereinkommens insbesondere im Hinblick auf das Recht zum persönlichen Umgang bedeuten würde; (3) die Tatsache, daß das Recht, über den Aufenthaltsort eines Kindes zu entscheiden, nur ein mögliches Element des Sorgerechts ist, das dessen Inhalt nicht erschöpft.

Andererseits darf die diesbezügliche Entscheidung nicht isoliert von der Bestimmung des Artikels 13 Absatz 2 gesehen werden, der es den zuständigen Behörden erlaubt, die Meinung des Kindes zu seiner Rückgabe zu berücksichtigen, wenn es ein entsprechendes Alter und eine ausreichende Reife erreicht hat; diese Regel ermöglicht es den Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die Ansicht zu vertreten, daß die Meinung des Kindes immer entscheidet, wenn es um die Rückgabe eines Minderjährigen geht, der die Fähigkeit hat, über seinen Aufenthaltsort zu entscheiden. Man kann so zu einer automatischen Anwendung einer

³¹⁾ Zum Beispiel: Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (Artikel 1); Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958 (Artikel 1); Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (Artikel 12); Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Adoption vom 15. November 1965 (Artikel 1).

³²⁾ Vgl. Arb. Dok. Nr. 4 (Vorschlag der belgischen Delegation) und Protokoll Nr. 4.

Kannvorschrift des Übereinkommens kommen, aber ein solches Ergebnis erscheint besser als eine allgemeine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens.

b) Die Inhaber des Sorgerechts und des Rechts zum persönlichen Umgang

79. Die Probleme, die in dieser Hinsicht von dem einen wie dem anderen behandelten Recht aufgeworfen werden, unterscheiden sich erheblich. Was zunächst das Recht zum persönlichen Umgang anbetrifft, so liegt es in der Natur der Sache, daß seine Inhaber immer natürliche Personen sind, deren Bestimmung von der Rechtsordnung abhängt, die auf die Ausgestaltung dieses Rechts anzuwenden ist. Diese Personen gehören grundsätzlich zu der engen Familie des Kindes, und es handelt sich normalerweise entweder um den Vater oder um die Mutter.

80. Auch juristische Personen können dagegen Inhaber des Sorgerechts im Sinn des Übereinkommens sein. In dieser Hinsicht zieht Artikel 3 die Möglichkeit in Betracht, daß das Sorgerecht „einer Behörde oder sonstigen Stelle“ zusteht, wobei bewußt ein unbestimmter und weiter Ausdruck verwandt wird. In der Tat wurde im Verlauf der vierzehnten Tagung ohne Debatte davon ausgegangen, daß der Anwendungsbereich des Übereinkommens auch Fälle erfaßt, in denen die Person des Kindes einer Behörde anvertraut ist. Da es aber andere Stellen als Behörden gibt, welche die Aufgabe haben, für bestimmte Kinder zu sorgen, wurde der verwendete Begriff so weit ausgedehnt, daß er sowohl juristische Personen als auch an die staatliche Verwaltung gebundene Stellen einschließt, die keine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen.

c) Die möglichen „Entführer“

81. Das Übereinkommen enthält keine ausdrückliche Bestimmung hierzu. Ungeachtet dessen können aus der Gesamtheit des Wortlauts zwei Bemerkungen hergeleitet werden, die diesen Aspekt im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens erhellen. Die erste bezieht sich auf die natürlichen Personen, die für das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes verantwortlich sein können. Hierzu behält das Übereinkommen den Standpunkt der Sonderkommission bei, nämlich solche Maßnahmen nicht ausschließlich Eltern zuzuschreiben.³³⁾ Da die Idee von einer Familie je nach den verschiedenen kulturellen Grundvorstellungen enger oder weiter ist, ist es vorzuziehen, sich an eine weite Auffassung zu halten, die es z. B. ermöglicht, das Verbringen von Kindern durch einen Großvater oder einen Adoptivvater als Kindesentziehung im Sinn des Übereinkommens zu qualifizieren.

82. Die zweite Bemerkung bezieht sich auf die Möglichkeit, daß eine „Behörde oder sonstige Stelle“ als „Entführer“ tätig wird. In dieser Hinsicht ist es schwer vorstellbar, daß irgendeine Behörde mit Gewalt oder List ein Kind aus einem fremden Staat in das eigene Land verbringen kann. Wenn andererseits ein Kind durch Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung (d. h. im Fall einer zwangsweisen Unterbringung des Kindes) einer solchen Stelle im Land seines gewöhnlichen Aufenthalts anvertraut wurde, wird der Elternteil, der geltend macht, er wolle die tatsächliche Ausübung eines Sorgerechts für das Kind erhalten, kaum die Möglichkeit haben, sich auf das Übereinkommen zu berufen. Auf Grund der Tatsache, daß solche Stellen in der Regel ihre Aufgaben wahrnehmen, würde, abgesehen von einer eventuellen Anerkennung der elterlichen Gewalt,³⁴⁾ ein solcher Anspruch nicht in den Übereinkommensbereich fallen, da die Sorge im Sinn des Übereinkommens der betreffenden Stelle zustände.

³³⁾ Eine restriktivere Einstellung fand sich anfangs in dem oben genannten Dyer-Bericht mit dem Titel „Bericht über die internationale Entführung eines Kindes durch einen Elternteil“.

³⁴⁾ Siehe dazu das Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 28. November 1958 in Sachen Anwendung des Übereinkommens von 1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige, Recueil des arrêts 1958, S. 55 ff.

Artikel 5 – Zu bestimmten Ausdrücken, die das Übereinkommen verwendet

83. Entsprechend einer fest verankerten Tradition der Haager Konferenz definiert das Übereinkommen nicht die Rechtsbegriffe, die es gebraucht. In diesem Artikel stellt es jedoch klar, in welchem Sinn die Begriffe Sorgerecht und Recht zum persönlichen Umgang gebraucht werden, da eine ungenaue Auslegung ihrer Bedeutung die Zielsetzung des Übereinkommens gefährden würde.

84. In bezug auf das Sorgerecht unterstreicht das Übereinkommen lediglich, daß es „die Sorge für die Person des Kindes“ umfaßt und dabei die Möglichkeiten zum Schutz seines Eigentums unberücksichtigt läßt. Es handelt sich dabei um einen eingeschränkteren Begriff als denjenigen des „Schutzes von Minderjährigen“,³⁵⁾ obwohl während der vierzehnten Tagung Versuche gemacht wurden, den Gedanken des „Schutzes“ einzubringen, vor allem um so die Fälle zu erfassen, in denen Kinder Behörden oder Stellen anvertraut sind. Da aber alle Bemühungen gescheitert sind, den Begriff des Sorgerechts im Hinblick auf diese Situationen näher zu bestimmen, muß es bei der oben gegebenen Gattungsbeschreibung bleiben. Das Übereinkommen versucht, sie zu präzisieren, indem es als Indiz der „Sorge“, um die es geht, das Recht hervorhebt, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Wenn das Kind indessen, obwohl aus rechtlicher Sicht minderjährig, selbst die Fähigkeit hat, seinen Aufenthalt zu bestimmen, wird der Inhalt des Sorgerechts im Zusammenhang mit anderen Rechten bestimmt werden müssen, die seine Person betreffen.

Obwohl andererseits in diesem Artikel nichts über die Möglichkeit alleiniger oder gemeinsamer Ausübung der Sorge durch den Sorgeberechtigten gesagt wird, ist es offensichtlich, daß eine solche Möglichkeit vorgesehen ist. Tatsächlich fordert eine klassische Regel des Völkerrechts, daß die Begriffe eines Vertrages in ihrem Zusammenhang und unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages ausgelegt werden;³⁶⁾ der Inhalt des Artikels 3 läßt nun keinen Zweifel daran, daß das Übereinkommen die gemeinsame Sorge in die Situationen einbezieht, die es zu schützen sucht. Festzustellen, wann eine gemeinsame Sorge besteht, ist eine Frage, die von Fall zu Fall und im Licht des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes entschieden werden muß.

85. Zum Recht zum persönlichen Umgang weist Buchstabe b dieses Artikels lediglich darauf hin, daß es das Recht einschließt, „das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen“. Es ist offensichtlich, daß das Übereinkommen nicht sämtliche anderen Arten des Rechts zum persönlichen Umgang ausschließen will; es will einfach unterstreichen, daß zu diesem Begriff auch das sogenannte Recht der Beherbergung gehört, eine Erscheinungsform des Rechts zum persönlichen Umgang, vor der sich die Person besonders fürchtet, welche die Sorge für das Kind hat. Da diese erläuternde Rechtsnorm diesen „anderen Ort“ nicht näher qualifiziert, an den das Kind verbracht werden darf, muß man zu der Schlußfolgerung gelangen, daß das Recht zum persönlichen Umgang gemäß dem Übereinkommen auch das Recht zum persönlichen Umgang über nationale Grenzen hinaus einschließt.

86. Es wurde vorgeschlagen, in diesen Artikel eine Definition der Gerichte oder Verwaltungsbehörden aufzunehmen, auf welche die Übereinkommensbestimmungen durchgängig abstellen.³⁷⁾ Die Schwierigkeiten, denen man bei der Suche nach einem systematischen Standpunkt wie nach einer weiten Formulierung begegnete, die alle Möglichkeiten erfassen sollte, führten schließlich dazu, davon Abstand zu nehmen. Wie bereits unterstrichen

³⁵⁾ Siehe z. B. das Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961.

³⁶⁾ In diesem Sinn Artikel 31 Absatz 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der völkerrechtlichen Verträge vom 23. Mai 1969.

³⁷⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 7 (Vorschlag der Delegation der Vereinigten Staaten) und Protokolle Nr. 4 und 14.

wurde,³⁹⁾ ist es klar, daß es sich um Behörden handelt, die nach dem innerstaatlichen Recht jedes Vertragsstaats dafür zuständig sind, über die Sorge oder den Schutz der Kinder zu entscheiden. Gerade wegen der Unterschiede dieser Rechtsordnungen wird im übrigen immer von „Gerichten oder Verwaltungsbehörden“ gesprochen, um alle auf diesem Gebiet zuständigen Behörden ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Qualifikation in jedem Staat zu erfassen.

Kapitel II – Zentrale Behörden

Artikel 6 – Errichtung der zentralen Behörden

87. Die Rolle der zentralen Behörden, die eine Schlüsselstellung bei der Anwendung des Übereinkommens einnehmen, wurde bereits ausführlich behandelt.³⁹⁾

Hinsichtlich der Staaten, die mehr als eine zentrale Behörde bestimmen können, hat sich der Gedanke durchgesetzt, daß hierbei das Vorhandensein mehrerer Gebietskörperschaften auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen den Ausschlag geben sollte. Demzufolge wurde den Fällen der Bundesstaaten und Staaten mit mehreren Rechtssystemen der Fall der Staaten hinzugefügt, „die aus autonomen Gebietskörperschaften bestehen“, ein Ausdruck, der weit ausgelegt werden muß.

Artikel 7 – Verpflichtungen der zentralen Behörden

88. Dieser Artikel faßt die Rolle der zentralen Behörden bei der Durchführung des durch das Übereinkommen geschaffenen Systems zusammen. Der Artikel besteht aus zwei Absätzen, deren erster allgemein gefaßt eine allgemeine Verpflichtung zur Zusammenarbeit festlegt, während der zweite in den Buchstaben a bis i einige der grundlegenden Aufgaben aufzählt, welche die zentralen Behörden wahrnehmen müssen. Beide sind das Ergebnis eines Kompromisses zwischen denjenigen Delegationen, die starke zentrale Behörden mit umfassenden Zuständigkeiten für Maßnahmen und Initiativen wollten, einerseits und den Delegationen, die in diesen Behörden einfache Verwaltungsorgane zur Erleichterung der Maßnahmen der Parteien sahen, andererseits. Da nun diese verschiedenen Auffassungen weitgehend auf die erheblichen Unterschiede zurückzuführen sind, die zwischen den bei der Konferenz vertretenen Systemen bestehen, mußte eine flexible Lösung in der Weise gefunden werden, daß es jeder zentralen Behörde erlaubt ist, gemäß der Rechtsordnung zu handeln, in die sich einzuordnen sie berufen ist. Obwohl das Übereinkommen die Hauptaufgaben der zentralen Behörden festlegt, überläßt es jedem Vertragsstaat die Bestimmung der geeigneten Mittel zu ihrer Erfüllung. In diesem Sinn ist übrigens auch der Satz zu Beginn des Absatzes 2 zu verstehen, in dem es heißt, daß die zentralen Behörden ihre aufgezählten Aufgaben „unmittelbar oder mit Hilfe anderer“ erfüllen müssen; es ist daher Sache jeder zentralen Behörde, sich für die eine oder andere Möglichkeit je nach ihrem eigenen innerstaatlichen Recht und im Geist der allgemeinen ihr durch Absatz 1 auferlegten Verpflichtung zur Zusammenarbeit zu entscheiden.

89. Wie eben ausgeführt, legt die in Absatz 1 enthaltene Vorschrift die allgemeine Verpflichtung der zentralen Behörden zur Zusammenarbeit fest, um sicherzustellen, daß die Zielsetzungen des Übereinkommens erreicht werden. Eine solche Zusammenarbeit muß sich auf zwei Ebenen entwickeln: Zunächst müssen die zentralen Behörden untereinander zusammenarbeiten; darüber hinaus müssen sie die Zusammenarbeit zwischen den Behörden fördern, die in ihren jeweiligen Staaten für die angesprochenen Gebiete zuständig sind. Der tatsächliche Erfolg dieser Förderung wird in starkem Maß von der Handlungsfähigkeit abhängen, die das innerstaatliche Recht den zentralen Behörden einräumt.

90. Die in Absatz 2 detailliert aufgeführten Aufgaben versuchen, in großen Zügen den verschiedenen Phasen der Einschaltung der zentralen Behörden bei einem typischen Fall von Kindesentzie-

hung zu folgen. Ungeachtet dessen ist es offensichtlich, daß diese Aufzählung nicht ausschließlich ist; da beispielsweise das Tätigwerden der zentralen Behörden erfordert, daß sie zunächst mit der Sache entweder unmittelbar durch den Antragsteller oder durch die zentrale Behörde eines anderen Vertragsstaats befaßt werden, muß im zweiten Fall die ursprünglich befaßte zentrale Behörde den Antrag an die zentrale Behörde des Staates weiterleiten, in dem der Aufenthalt des Kindes vermutet wird. Eine derartige Verpflichtung ist nun in Artikel 7 nicht festgelegt, wohl aber später im Zusammenhang mit Artikel 9. Andererseits liegt es auch auf der Hand, daß die zentralen Behörden nicht gehalten sind, in jedem Einzelfall sämtliche in diesem Artikel aufgezählten Verpflichtungen zu erfüllen; tatsächlich werden die Umstände des konkreten Einzelfalls bestimmen, welche Maßnahmen die zentralen Behörden ergreifen müssen. Zum Beispiel darf man nicht erwarten, daß eine beliebige zentrale Behörde gehalten ist, den Aufenthalt eines Kindes „festzustellen“, wenn der Antragsteller genau weiß, wo dieses sich befindet.

91. Zusätzlich zu der Feststellung des Aufenthalts des Kindes, soweit dies erforderlich ist (Buchstabe a), muß die zentrale Behörde alle vorläufigen Maßnahmen treffen oder veranlassen, die nützlich erscheinen, um „weitere Gefahren von dem Kind oder Nachteile von den betroffenen Parteien abzuwenden“ (Buchstabe b). Die Fassung dieses Unterabsatzes hebt erneut den bereits unterstrichenen Umstand hervor: Die Handlungsfähigkeit der zentralen Behörden kann von Staat zu Staat verschieden sein. Im Kern zielen die vorgesehenen vorläufigen Maßnahmen insbesondere darauf ab, ein erneutes Verbringen des Kindes zu verhindern.

92. Buchstabe c legt die Verpflichtung der zentralen Behörden fest, eine außergerichtliche Lösung des Falles zu versuchen. Nach den Erfahrungen einiger Delegierter ist in der Tat die Anzahl der Fälle beträchtlich, die sich lösen lassen, ohne daß eine Anrufung der Gerichte erforderlich wird. Aber auch hier bestimmt in den Phasen, die einem möglichen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vorausgehen, die zentrale Behörde die Entwicklung des Problems; es ist daher ihre Sache zu entscheiden, in welchem Augenblick die Versuche, sei es zur Sicherstellung einer „freiwilligen Rückgabe“ des Kindes, sei es zur Erleichterung einer „gütlichen Regelung“ gescheitert sind.

93. Buchstabe d bezieht sich auf den Austausch von Auskünften über die soziale Lage des Kindes. Die Verpflichtung hierzu ist der Beurteilung der zentralen Behörden überlassen, die in jedem Einzelfall beteiligt sind. Die Einfügung der Worte „soweit zweckdienlich“ zeigt in der Tat, daß in diesem Punkt keine starre Verpflichtung auferlegt werden sollte: Die Möglichkeit, daß keine Informationen vorhanden sind, sowie die Furcht, daß sie als Elemente einer Verzögerungstaktik der Parteien verwendet werden könnten, sind einige der Argumente, die diese Haltung ange raten erscheinen lassen. Andererseits wurde ein Vorschlag zurückgewiesen, der die Weiterleitung gewisser Auskünfte davon abhängig gemacht hätte, daß sie vertraulich bleiben.⁴⁰⁾

94. Die Verpflichtung der zentralen Behörden zur Auskunftserteilung über den Inhalt des Rechts ihrer Staaten im Hinblick auf die Anwendung des Übereinkommens erscheint in Buchstabe e. Diese Verpflichtung umfaßt insbesondere zwei Aspekte: Einerseits kann in dem Fall, daß das Verbringen vor einer Entscheidung über die Sorge für das Kind geschehen ist, die zentrale Behörde des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, für die Zwecke der Anwendung des Übereinkommens eine Bescheinigung über den Inhalt des Rechts dieses Staates vorlegen; andererseits muß die zentrale Behörde die Einzelpersonen über die Wirkungsweise des Übereinkommens und der zentralen Behörden sowie über die einzuhaltenden möglichen Verfahren unterrichten. Dagegen sieht diese Vorschrift nicht die weitergehende Möglichkeit vor, die zentralen Behörden zu verpflichten, in konkreten Einzelfällen Rechtsberatung zu erteilen.

³⁹⁾ Siehe oben Nr. 45.

³⁹⁾ Siehe oben Nr. 43 bis 46.

⁴⁰⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 9 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs) und Protokoll Nr. 5.

95. Wenn es erforderlich ist, um die Rückgabe des Kindes zu erreichen, die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Staates einzuschalten, in dem es sich befindet, muß die zentrale Behörde ein Verfahren selbst – soweit dies gemäß ihrem innerstaatlichen Recht möglich ist – einleiten oder die Verfahrenseinleitung erleichtern; diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Verfahren, die sich für die Gewährleistung der Durchführung oder wirksamen Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang als notwendig erweisen (Buchstabe f).

96. In diesen Fällen, in denen die zentrale Behörde sich nicht unmittelbar an die zuständigen Behörden in ihrem eigenen Staat wenden kann, muß sie im Sinn des Artikels 25 die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für den Antragsteller veranlassen oder erleichtern (Buchstabe g). Hier soll ganz kurz klargestellt werden, daß sich die Worte „soweit erforderlich“ in diesem Unterabsatz auf die mangelnden wirtschaftlichen Mittel des Antragstellers beziehen, die nach Kriterien des Rechts des Staates festgestellt werden, in dem um diese Hilfe ersucht wird; es wird daher nicht auf abstrakte Überlegungen Bezug genommen, ob die Gewährung von Prozeßkostenhilfe angebracht ist.

97. Zum Abschluß des in diesem Absatz befolgten Verfahrens schließt Buchstabe h in die Verpflichtungen der zentralen Behörden das Erwirken im Einzelfall notwendiger und zweckmäßiger Verwaltungsmaßnahmen ein, um die ungefährdete Rückgabe des Kindes zu gewährleisten.

98. An letzter Stelle bestimmt Buchstabe i eine Verpflichtung der zentralen Behörden, die nicht unmittelbar die Einzelpersonen betrifft, sondern das Übereinkommen selbst: Es handelt sich um die Pflicht, „einander über die Wirkungsweise des Übereinkommens zu unterrichten und Hindernisse, die seiner Anwendung entgegenstehen, auszuräumen“. Diese Verpflichtung wird auf zwei komplementären Ebenen bestehen: einerseits auf der Ebene der zweiseitigen Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten; andererseits, falls erforderlich, auf multilateraler Ebene im Sinn der Teilnahme an Kommissionen, die zu diesem Zweck vom Ständigen Büro der Haager Konferenz einberufen werden.

Kapitel III – Rückgabe von Kindern

Artikel 8 – Die Antragstellung bei den zentralen Behörden

99. Gemäß Absatz 1 kann ein Antrag auf Rückgabe eines Kindes an jede zentrale Behörde gerichtet werden, die von da an allen Übereinkommensverpflichtungen unterliegt. Dies zeigt, daß es dem Antragsteller freigestellt ist, sich an die zentrale Behörde zu wenden, die ihm am geeignetsten erscheint; ungeachtet dessen erwähnt der Wortlaut aus Gründen der Effizienz ausdrücklich die zentrale Behörde des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes – ein Hinweis, der jedoch nicht so zu verstehen ist, als bedeute er, daß die Anträge nur ausnahmsweise an andere zentrale Behörden gerichtet werden dürften.

100. Da die Verwendung des Musterformblatts lediglich empfohlen wird, war es unumgänglich, in den Wortlaut des Übereinkommens die Bestandteile aufzunehmen, die ein Antrag, der bei einer zentralen Behörde eingereicht wird, enthalten muß, um zulässig zu sein, sowie auch die Schriftstücke, bei denen es freigestellt ist, mit ihnen einen solchen Antrag zu ergänzen oder sie ihm beizufügen. Die Bestandteile, die jeder an eine zentrale Behörde gerichtete Antrag in diesem Zusammenhang enthalten muß, sind in Artikel 8 Absatz 2 aufgeführt. Es handelt sich insbesondere um Angaben, welche die Identifizierung des Kindes und der betroffenen Parteien erlauben, sowie um solche, die zur Auffindung des Kindes beitragen können (Buchstaben a, b und d). In bezug auf die Auskunft zum Geburtsdatum des Kindes stellt das Übereinkommen klar, daß sie nur erforderlich ist, „soweit es festgestellt werden kann“. Diese Klarstellung soll das Vorgehen eines Antragstellers begünstigen, der darüber keine Angaben machen kann; er wird indessen immer genaue Angaben über das Alter des Kindes

machen müssen, da die Vorschriften des Artikels 4 des Übereinkommens zur Ablehnung seines Antrags gemäß Artikel 27 führen können.

Darüber hinaus muß der Antrag „die Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe des Kindes geltend macht“, enthalten (Buchstabe c). Dies ist eine logische Forderung, die im übrigen die Anwendung des Artikels 27 hinsichtlich der Möglichkeit der zentralen Behörden erlauben wird, offensichtlich unbegründete Anträge abzulehnen. Die geltend gemachten Gründe müssen sich im Prinzip auf die beiden Elemente rechtlicher und tatsächlicher Art beziehen, die Artikel 3 enthält. Da nun das rechtliche Element insbesondere auf den Inhalt des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, auf eine Entscheidung oder auf eine Vereinbarung gestützt werden kann, hätte man daran denken können, in diesem Stadium eine Unterstützung durch Schriftstücke zu fordern. Das Übereinkommen hat indessen einen anderen Weg gewählt und ordnet diesen Nachweis unter die Schriftstücke ein, bei denen es freigestellt ist, ob sie einen Antrag ergänzen oder ihm beigefügt werden. Der Grund hierfür ist, daß es gelegentlich schwierig sein kann, die fraglichen Schriftstücke zu erlangen; darüber hinaus kann hierdurch kostbare Zeit für ein schnelles Auffinden des Kindes verlorengehen. Im übrigen können sie in all den Fällen nebensächlich erscheinen, in denen es der zentralen Behörde gelingt, die freiwillige Rückgabe des Kindes oder eine gütliche Beilegung der Angelegenheit zu erreichen.

101. In diesem Sinn beziehen sich die beiden ersten Buchstaben des Absatzes 3 über die Schriftstücke, deren Beifügung zum Antrag oder Nachreichung in einem späteren Zeitpunkt freigestellt wurde, auf Schriftstücke, die dem Antrag auf Rückgabe des Kindes zugrunde liegen. Hierzu ist zu unterstreichen, daß die Forderung, daß Ausfertigungen von allen Entscheidungen oder Vereinbarungen beglaubigt sein müssen, der Bestimmung in Artikel 23 nicht widerspricht, wonach „im Rahmen dieses Übereinkommens keine Legalisation oder ähnliche Förmlichkeit verlangt werden darf“. Es geht lediglich darum, die Echtheit von Ausfertigungen oder ursprünglich privaten Schriftstücken festzustellen, um ihre Übereinstimmung mit den Originalen zu gewährleisten und dadurch ihre freie Verwendbarkeit zu sichern.

Zweitens kann der Nachweis der einschlägigen Rechtsvorschriften des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, entweder durch eine Bescheinigung oder durch eine eidesstattliche Erklärung (Affidavit) erbracht werden, d. h. durch Schriftstücke, die feierliche Erklärungen enthalten, welche die Verantwortung ihrer Verfasser festlegen. Der Personenkreis, der solche Erklärungen beibringen kann, wurde im Übereinkommen weit gefaßt, was die Aufgabe des Antragstellers erleichtert (Buchstabe f). So können sie außer von den zentralen Behörden oder sonstigen zuständigen Behörden des Staates, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, von jeder befugten Person ausgestellt sein, z. B. von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder von wissenschaftlichen Instituten.

Andererseits soll unterstrichen werden, daß in einer späteren Phase, d. h. wenn die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Zufluchtstaats aufgerufen sind einzugreifen, diese gemäß Artikel 15 die Vorlage bestimmter Schriftstücke verlangen können, deren Beifügung im Zeitpunkt der Antragstellung bei den zentralen Behörden als freigestellt angesehen wird.

Schließlich läßt das Übereinkommen die Möglichkeit zu, daß dem Antrag „jedes sonstige für die Sache erhebliche Schriftstück“ beigefügt oder er dadurch ergänzt werden kann (Buchstabe g). Da im Prinzip der Antrag von dem Sorgeberechtigten gestellt wird, dem das Kind entzogen wurde, wird dieser auch diese ergänzenden Schriftstücke beibringen können. Dies hindert nicht daran, daß die zentrale Behörde, bei welcher der Antrag ursprünglich gestellt wurde, dem Antrag, wenn er an eine andere zentrale Behörde weitergeleitet wird, auf Grund der ihr durch Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d übertragenen Aufgabe insbesondere Auskünfte über die sozialen Verhältnisse des Kindes beifügen kann – falls ihr solche vorliegen und sie sie für nützlich hält.

Artikel 9 – Übermittlung des Antrags an die zentrale Behörde des Staates, in dem sich das Kind befindet

102. Eine unmittelbare Folge des Rechts des Antragstellers, sich an die zentrale Behörde seiner Wahl zu wenden, ist die ihr obliegende Verpflichtung, den Antrag der zentralen Behörde des Staates zu übermitteln, in bezug auf den sie Grund zu der Annahme hat, daß sich das Kind dort befindet; eine Verpflichtung, die auch besteht, wenn die zentrale Behörde, die von einer Angelegenheit durch eine andere zentrale Behörde erfahren hat, zu dem Schluß kommt, daß sich das Kind in einem weiteren Land befindet. Es handelt sich dabei um eine Aufgabe, die den in Artikel 7 entworfenen Rahmen ergänzt, da sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden steht, die Absatz 1 des genannten Artikels festlegt.

Wenn auch der Sinn des Artikels 9 klar ist, so ist doch seine Fassung nicht sehr glücklich. Die „ersuchende zentrale Behörde“, auf die sich dieser Artikel bezieht, gibt es nur, wenn der gemäß Artikel 8 gestellte Antrag im Sinn des Artikels 9 selbst an eine andere zentrale Behörde übermittelt worden ist. Die Verpflichtung, eine „ersuchende zentrale Behörde“ zu unterrichten, besteht daher nur, wenn der Antrag einer dritten zentralen Behörde übermittelt worden ist, weil das Kind sich nicht im Staat der zweiten mit der Sache befaßten zentralen Behörde befand. Dagegen obliegt die Verpflichtung, einen Antrag gemäß diesem Artikel zu übermitteln, jeder zentralen Behörde unabhängig von der Tatsache, ob sie in dieser Sache unmittelbar oder über eine andere zentrale Behörde angerufen wurde, weil diese Bestimmung dahingehend ausgelegt werden muß, daß sie für beide Fälle gelten soll, die sie erfassen will.

Artikel 10 – Die freiwillige Rückgabe des Kindes

103. Der Verpflichtung der zentralen Behörden nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c, „alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die freiwillige Rückgabe des Kindes sicherzustellen“, wird in diesem Artikel Vorrang eingeräumt, was das Interesse daran hervorhebt, daß dieser Weg gewählt wird. Im Wortlaut des Übereinkommens wurde der Satzteil gestrichen, der im Vorentwurf diese Bestimmung einleitete und die darin enthaltene Verpflichtung zeitlich einordnete („vor Einleitung jedes Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens“). Der Grund hierfür war, daß es sich in einigen Rechtssystemen als schwierig erwies hinzunehmen, daß eine öffentliche Behörde wie die zentrale Behörde tätig werden könnte, bevor ein Antrag bei den zuständigen Behörden gestellt worden war; der Gesamtinhalt der Übereinkommensbestimmung hindert die zentralen Behörden der anderen Staaten nicht daran, in dieser Weise vorzugehen. Andererseits handelt es sich hier in doppeltem Sinn niemals um eine starre Verpflichtung: Einerseits können die Bemühungen um eine freiwillige Rückgabe des Kindes nach der Befassung der Gerichte oder Verwaltungsbehörden fortgesetzt werden, wenn sie vorher begonnen worden waren; andererseits muß, soweit die Initiative zur Rückgabe des Kindes nicht auf diese Behörden übergeht, die zentrale Behörde entscheiden, ob die Versuche gescheitert sind, das genannte Ziel zu erreichen.

Die in diesem Artikel vorgesehenen Maßnahmen sollen im übrigen die Bemühungen der zentralen Behörden nicht beeinträchtigen, gemäß Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b ein weiteres Verbringen des Kindes zu verhindern.

Artikel 11 – Die Anwendung der schnellstmöglichen Verfahren durch die Gerichte oder Verwaltungsbehörden

104. Die Bedeutung des Zeitfaktors auf dem gesamten Gebiet zeigt sich in diesem Artikel erneut. Wenn Artikel 2 des Übereinkommens den Vertragsstaaten die Verpflichtung auferlegt, ihre schnellstmöglichen Verfahren anzuwenden, so gibt Absatz 1 dieses Artikels diese Verpflichtung im Hinblick auf die Behörden des Staates wieder, in den das Kind verbracht worden ist und die über dessen Rückgabe entscheiden müssen. Die betrachtete Ver-

pflichtung hat zwei Aspekte: einerseits die Anwendung der schnellsten Verfahren, die ihr Rechtssystem kennt; andererseits die, soweit irgend möglich, vorrangige Bearbeitung der betreffenden Anträge.

105. In dem Wunsch, die innerstaatlichen Behörden zu veranlassen, den durch internationale Kindesentziehungen entstehenden Problemen höchste Dringlichkeit einzuräumen, legt Absatz 2 eine nicht verbindliche Frist von 6 Wochen fest, nach deren Ablauf der Antragsteller oder die zentrale Behörde des ersuchten Staates um eine Erklärung über die Gründe für die Verzögerung ersuchen kann. Darüber hinaus hat die zentrale Behörde des ersuchten Staates nach Eingang der Antwort eine erneute Verpflichtung zur Unterrichtung, sei es gegenüber der zentralen Behörde des ersuchenden Staates oder gegenüber dem Antragsteller, wenn er sich unmittelbar an sie gewandt hat. Zusammengefaßt läßt sich die Bedeutung dieser Bestimmung nicht daran messen, daß sie es ermöglicht, die durch sie auferlegten Verpflichtungen geltend zu machen, sondern an der Tatsache selbst, daß sie die Aufmerksamkeit der zuständigen Behörden auf die entscheidende Bedeutung des Zeitfaktors in den betreffenden Situationen lenkt und daß sie die maximale Frist bis zum Erlaß einer Entscheidung in dieser Hinsicht festlegt.

Artikel 12 und 18 – Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes

106. Diese beiden Artikel können zusammen untersucht werden, denn trotz ihrer unterschiedlichen Natur haben sie in gewisser Weise ergänzenden Charakter.

Artikel 12 bildet einen wesentlichen Teil des Übereinkommens, weil er die Situationen näher erläutert, in denen die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Staates, in dem sich das Kind befindet, verpflichtet sind, seine Rückgabe anzuordnen. Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, erneut zu unterstreichen, daß die unfreiwillige Rückgabe eines Kindes nach dem Übereinkommen von einer Entscheidung der insoweit zuständigen Behörden im ersuchten Staat abhängt; die Verpflichtung zur Rückgabe, mit der sich dieser Artikel befaßt, obliegt daher diesen Behörden. In dieser Hinsicht unterscheidet der Artikel zwei Möglichkeiten: Die erste betrifft die Verpflichtung der Behörden, wenn sie innerhalb der Frist eines Jahres nach dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes angerufen worden sind; die zweite bezieht sich auf die an diese Verpflichtung geknüpften Bedingungen, wenn der Antrag nach Ablauf der genannten Frist gestellt wird.

107. In Absatz 1 enthält der Artikel eine einzigartige Lösung für das Problem, das sich bei der Bestimmung der Frist ergibt, während der die betreffenden Behörden die sofortige Rückgabe des Kindes anordnen müssen. Es handelt sich um ein wichtiges Problem; soweit die Rückgabe des Kindes in seinem Interesse geschehen soll, ist es nämlich sicher, daß dann, wenn das Kind sich in eine neue Umgebung eingelebt hat, seine Rückgabe erst erfolgen sollte, nachdem das Sorgerecht sachlich geprüft worden ist – womit man sich außerhalb des Übereinkommenszwecks befindet. Nun haben die Schwierigkeiten, denen jeder Versuch begegnet, das Kriterium der Integration des Kindes in Form einer objektiven Norm zu fassen, zur Festlegung einer Frist geführt, die vielleicht willkürlich ist, die aber doch die mit den geringsten Nachteilen verbundene Antwort auf die zu diesem Punkt ausgedrückten Sorgen darstellt.

108. Bei dem angenommenen Lösungsweg war eine Reihe von Fragen zu behandeln: erstens der Zeitpunkt, in dem die Frist zu laufen beginnt; zweitens die Länge der Frist; drittens der Zeitpunkt des Ablaufs der Frist. Hinsichtlich des ersten Punktes, d. h. der Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Frist zu laufen beginnt, bezieht sich der Artikel auf das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes; die Konkretisierung des maßgeblichen Zeitpunkts im Fall des Zurückhaltens sollte so verstanden werden, daß es auf den Zeitpunkt ankommt, in dem das Kind dem Sorgerechtigten hätte zurückgegeben werden müssen oder in dem sich der Inhaber der Sorge geweigert hat, einer Verlängerung des Verbleibens des Kindes an einem anderen Ort als dem seines

gewöhnlichen Aufenthalts zuzustimmen. Zweitens bedeutet die Festlegung einer einzigen Frist von einem Jahr, wenn man von den Schwierigkeiten beim Auffinden des Kindes absieht, eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem in Artikel 11 des Vorentwurfs der Sonderkommission vorgesehenen System. In der Tat wurde die Anwendung des Übereinkommens damit klargestellt, indem die Schwierigkeiten beim Nachweis möglicher Probleme im Zusammenhang mit dem Auffinden des Kindes beseitigt wurden. Drittens behält der Artikel hinsichtlich des Endzeitpunkts denjenigen der Einreichung des Antrags anstelle des Tages der Entscheidung bei, so daß eine mögliche Verzögerung bei der Tätigkeit der zuständigen Behörden die Belange der Parteien nicht beeinträchtigt, die durch das Übereinkommen geschützt werden.

Zusammenfassend müssen immer dann, wenn die gerade untersuchten Umstände in einem Einzelfall zusammentreffen, die Gerichte oder Verwaltungsbehörden die sofortige Rückgabe des Kindes anordnen, es sei denn, sie stellen das Bestehen einer der im Übereinkommen selbst vorgesehenen Ausnahmen fest.

109. Absatz 2 kommt dem während der gesamten Vorarbeiten⁴¹⁾ stark empfundenen Bedürfnis entgegen, die Folgen der Festlegung einer starren Frist abzumildern, nach deren Ablauf eine Berufung auf das Übereinkommen nicht mehr möglich wäre. Die schließlich angenommene Lösung⁴²⁾ erweitert den Anwendungsbereich des Übereinkommens erheblich, indem für eine unbestimmte Frist eine wirkliche Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes aufrechterhalten wird. In jedem Fall kann nicht außer acht gelassen werden, daß eine solche Verpflichtung erlischt, wenn nachgewiesen werden kann, daß „das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat“. Aus der Bestimmung geht nicht hervor, wer diesen Umstand nachweisen muß; es erscheint jedoch logisch anzunehmen, daß dies Sache des Entführers oder der Person ist, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, wobei gleichzeitig ggf. der Beurteilungsspielraum der innerstaatlichen Behörden in dieser Hinsicht erhalten bleibt. Auf jeden Fall eröffnet der Nachweis oder die Feststellung, daß das Kind in seiner neuen Umgebung verwurzelt ist, die Möglichkeit eines längeren Verfahrens als das in Absatz 1 vorgesehene. Schließlich spricht das Übereinkommen sowohl aus den genannten Gründen als auch auf Grund der Tatsache, daß die Rückgabe naturgemäß immer viel später als ein Jahr nach dem Verbringen erfolgen wird, in diesem Zusammenhang nicht von einer „sofortigen“ Rückgabe, sondern lediglich von Rückgabe.

110. Die Bestimmung des Ortes, wohin das Kind zurückzugeben ist, ist ein Problem, das den beiden untersuchten Situationen gemeinsam ist. Das Übereinkommen hat in dieser Hinsicht einen Vorschlag nicht übernommen, nämlich festzulegen, daß die Rückgabe des Kindes immer an den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts vor seinem Verbringen geschehen soll. Einer der maßgeblichen Gründe für den Gedanken, das Kind zurückzugeben, ist sicher die Sorge zu vermeiden, daß die „natürliche“ Zuständigkeit der Gerichte des Staates seines Aufenthalts durch eine Tätigkeit umgangen wird; ungeachtet dessen hätte die Aufnahme einer solchen Präzisierung in den Wortlaut des Übereinkommens seine Anwendung in unzweckmäßiger Weise eingeengt. Tatsächlich darf nicht vergessen werden, daß beim Kampf gegen internationale Kindesentführungen gerade das Recht der Kinder geschützt werden soll, nicht aus einer bestimmten Umgebung herausgerissen zu werden, die manchmal grundlegend familiärer Art ist. Wenn nun der Antragsteller nicht mehr im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts vor dem Verbringen lebt, könnte die Rückgabe des Kindes an diesen Staat schwer zu lösende praktische Probleme mit sich bringen. Das Schweigen des Übereinkommens hierzu muß daher so verstanden werden, daß es den Behörden des Zufluchtsstaats erlaubt ist, das Kind ohne Rücksicht darauf, wo der Antragsteller seinen derzeitigen Aufenthalt hat, unmittelbar an diesen zurückzugeben.

⁴¹⁾ Siehe Bericht der Sonderkommission, Nr. 92.

⁴²⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 25 (Vorschlag der Delegation der Bundesrepublik Deutschland) sowie Protokolle Nr. 7 und 10.

111. Artikel 12 Absatz 3 führt einen ganz logischen Gedanken ein, dem prozeßökonomische Überlegungen zugrunde liegen, wonach die Behörden, die in einer Sache entscheiden, das Verfahren aussetzen oder den Antrag zurückweisen können, wenn sie Grund zu der Annahme haben, daß das Kind in einen anderen Staat verbracht worden ist. Die Umstände, aus denen die Behörden zu einer solchen Überzeugung kommen können, sind in diesem Artikel nicht aufgeführt; sie hängen daher vom innerstaatlichen Recht des betreffenden Staates ab.

112. Schließlich weist Artikel 18 darauf hin, daß dieses Kapitel in keiner Weise die befähigten Gerichte oder Verwaltungsbehörden daran hindert, jederzeit die Rückgabe des Kindes anzuordnen. Diese Bestimmung, der Artikel 15 des Vorentwurfs zugrunde liegt und die keinerlei Verpflichtung auferlegt, unterstreicht den nicht ausschließlichen, komplementären Charakter des Übereinkommens. In der Tat ermächtigt sie die zuständigen Behörden, die Rückgabe des Kindes unter Berufung auf andere, für dieses Ziel günstigere Bestimmungen anzuordnen. Dies kann vor allem in den Situationen geschehen, die in Artikel 12 Absatz 2 vorgesehen sind, d. h. wenn die Behörde, weil sie nach Ablauf eines Jahres seit dem Verbringen des Kindes angerufen worden ist, die Rückgabe ablehnen kann, falls das Kind sich in seine neue soziale und familiäre Umgebung eingelebt hat.

Artikel 13 und 20 – Mögliche Ausnahmen von der Rückgabe des Kindes

113. Im ersten Teil dieses Berichts sind ausführlich die Rechtfertigung, der Ursprung und die Tragweite der Ausnahmen kommentiert worden, die in den behandelten Artikeln enthalten sind.⁴³⁾ Hier werden nur noch einige Überlegungen zu ihrer wörtlichen Bedeutung anzustellen sein. Allgemein erscheint es angezeigt, den Umstand hervorzuheben, daß die Ausnahmen in den beiden fraglichen Artikeln nicht in dem Sinn automatisch anzuwenden sind, daß sie unvermeidlich zur Nichtrückgabe des Kindes führen; im Gegenteil liegt es in der Natur dieser Ausnahmen selbst, daß sie den Richtern die Möglichkeit geben – ohne ihnen die Verpflichtung aufzuerlegen –, die Rückgabe unter gewissen Voraussetzungen abzulehnen.

114. In bezug auf Artikel 13 hebt der Einleitungsteil des Absatzes 1 hervor, daß die Beweislast für die in den Buchstaben a und b aufgeführten Umstände demjenigen auferlegt ist, der sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, d. h. einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle, die nicht unbedingt mit dem Entführer übereinstimmen muß. Sicherlich beschränkt sich diese Lösung darauf, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu präzisieren, wonach derjenige, der sich auf eine Tatsache (oder ein Recht) beruft, diese nachweisen muß; mit der Entscheidung für diese Sicht wollte aber das Übereinkommen die Lage der Person, der das Kind entzogen wurde, im Verhältnis zu dem Entführer in ein Gleichgewicht bringen, der im Prinzip den für ihn günstigsten Gerichtsstand wählen konnte.

115. Die in Buchstabe a enthaltenen Ausnahmen sind auf Grund des Umstandes vorgesehen, daß das Verhalten der Person, die angeblich das Sorgerecht hat, Anlaß gibt, daran zu zweifeln, ob ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten im Sinn des Übereinkommens vorliegt. Einerseits handelt es sich um Situationen, in denen derjenige, der die Sorge für die Person des Kindes hatte, das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens nicht tatsächlich ausübte. Das Übereinkommen enthält keine Definition dessen, was unter „tatsächlicher Ausübung“ der Sorge zu verstehen ist, aber diese Vorschrift bezieht sich ausdrücklich auf die Sorge für die Person des Kindes; wenn man also ihren Wortlaut mit demjenigen der Definition des Sorgerechts in Artikel 5 vergleicht, kann man feststellen, daß die Sorge tatsächlich ausgeübt wird, wenn der Sorgeberechtigte sich um die Bedürfnisse der Person des Kindes kümmert, selbst wenn aus glaubwürdigen Gründen (Krankheit, Studienaufenthalt usw.) im konkreten Einzelfall das Kind und der Sorgeberechtigte nicht zusammen

⁴³⁾ Siehe oben Nr. 28 bis 35.

wohnen. Hieraus ergibt sich, daß die Entscheidung darüber, ob die Sorge tatsächlich ausgeübt wird oder nicht, vom Richter nach den Umständen jedes konkreten Einzelfalls getroffen werden muß.

Wenn man diesen Buchstaben mit der Definition des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens in Artikel 3 vergleicht, muß man im übrigen zu dem Schluß kommen, daß der Nachweis der nicht tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts keine Ausnahme von der Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes darstellt, wenn der Sorgeberechtigte, dem das Kind entzogen worden ist, gerade wegen der Handlung des Entführers sein Recht tatsächlich nicht ausgeübt hat. In der Tat gilt die Begrenzung der geschützten Situationen in Artikel 3 für das gesamte Übereinkommen, und man kann keinen seiner Artikel so auslegen, daß er in Widerspruch zu dieser Begrenzung steht.

Andererseits kann das Verhalten des Sorgeberechtigten auch dazu führen, daß die Handlung des Entführers anders gesehen wird, und zwar in dem Fall, daß er dem Verbringen, dem er sich jetzt widersetzt, zugestimmt oder es nachträglich genehmigt hat. Diese Präzisierung ermöglichte es, jeden Hinweis auf die Ausübung des Sorgerechts „in gutem Glauben“ zu streichen und zugleich zu verhindern, daß das Übereinkommen als mögliches Mittel für einen „Handel“ zwischen den Parteien benutzt werden könnte.

116. Die Ausnahmen unter Buchstabe b beziehen sich auf Situationen, in denen die internationale Entführung eines Kindes tatsächlich stattgefunden hat, wo jedoch die Rückgabe des Kindes seinem Wohl widerspräche, wie es in diesem Unterabsatz verstanden wird. Jeder der in dieser Bestimmung verwendeten Begriffe ist das Ergebnis eines schwierigen Kompromisses, der während der Beratungen der Sonderkommission erreicht und unverändert aufrechterhalten worden ist; demzufolge kann aus der Ablehnung von Vorschlägen während der Vierzehnten Tagung zur Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung, daß man sich auf diese Ausnahme nicht berufen kann, wenn die Rückgabe des Kindes seine wirtschaftlichen oder Bildungsaussichten schmälern würde, ⁴⁴⁾ nicht a contrario auf eine extensive Auslegung geschlossen werden.

117. Der bereits vorgenommenen Kommentierung des zweiten Absatzes dieses Artikels (insbesondere oben Nr. 31) ist nichts hinzuzufügen.

Absatz 3 enthält eine völlig andersartige Vorschrift; es handelt sich in der Tat um eine verfahrensrechtliche Bestimmung, die darauf zielt, einerseits ein Gegengewicht zu der Beweislast einzuführen, die der Person auferlegt ist, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, und andererseits den Nutzen der Auskünfte zu verbessern, die von den Behörden des Staates gegeben worden sind, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Derartige Auskünfte, die entweder von der zentralen Behörde oder von jeder anderen zuständigen Behörde stammen können, können besonders wertvoll sein, um es den ersuchten Behörden zu erlauben, das Vorliegen von Umständen festzustellen, die den Ausnahmen in den beiden ersten Absätzen dieses Artikels zugrunde liegen.

118. Die in Artikel 20 anerkannte Möglichkeit, ein Kind nicht zurückzugeben, wenn diese Rückgabe „nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist“, wurde bezeichnenderweise im letzten Artikel des Kapitels eingeordnet; man wollte damit deutlich hervorheben, daß die Anwendung dieser Bestimmung immer Ausnahmecharakter haben muß. Zum Inhalt dieser Bestimmung kann man sich auf zwei Bemerkungen beschränken: Erstens bezieht sich diese Norm, auch wenn ihre wörtliche Fassung stark an die Terminologie internationaler Texte auf dem Gebiet des Schutzes der Menschenrechte erinnert, nicht auf Entwicklungen, die auf internationaler Ebene erreicht worden sind; vielmehr bezieht sie sich lediglich auf die im Recht des

ersuchten Staates anerkannten Grundsätze, sei es auf dem Weg über das allgemeine Völkerrecht und das Völkervertragsrecht, sei es im Wege des innerstaatlichen Rechts. Um die Rückgabe eines Kindes auf der Grundlage dieses Artikels ablehnen zu können, wird es daher erforderlich sein, daß die vom ersuchten Staat anerkannten einschlägigen Grundwerte dies nicht zulassen; es reicht nicht aus, daß die Rückgabe mit diesen Grundwerten unvereinbar oder sogar offensichtlich unvereinbar ist. Zweitens darf die Berufung auf solche Werte keineswegs häufiger oder leichter zugelassen werden als zur Regelung rein innerstaatlicher Angelegenheiten. Das Gegenteil wäre bereits für sich genommen diskriminierend, d. h. stünde im Widerspruch zu einem der in den innerstaatlichen Rechten am häufigsten anerkannten Grundwerte. Eine Untersuchung der Rechtsprechung der verschiedenen Länder zeigt nun, daß die Anwendung der Gesetzgebung über die Menschenrechte und Grundfreiheiten durch den Richter mit einer Sorgfalt geschieht, die auch hinsichtlich der internationalen Situationen beibehalten werden muß, auf die das Übereinkommen abstellt.

Artikel 14 – Erleichterung des Nachweises des ausländischen Rechts

119. Da das Übereinkommen den widerrechtlichen Charakter eines Verbringens von Kindern davon abhängig macht, daß es unter Verletzung eines nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, tatsächlich ausgeübten Sorgerechts erfolgt ist, ist es offensichtlich, daß die Behörden des ersuchten Staates dieses Recht bei der Entscheidung über die Rückgabe des Kindes berücksichtigen müssen. In diesem Sinn könnte die in Artikel 13 des Vorentwurfs ⁴⁵⁾ enthaltene Bestimmung, wonach diese Behörden das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes „berücksichtigen sollen“, als überflüssig angesehen werden. Eine solche Bestimmung unterstrich jedoch einerseits deutlich, daß es nicht um die Anwendung eines Rechts ging, sondern darum, es als Instrument zur Bewertung des Verhaltens der Parteien zu verwenden; andererseits würde es, soweit es auf Entscheidungen anwendbar war, die dem verletzten Sorgerecht zugrunde liegen konnten, das Übereinkommen als eine Art Spezialgesetz erscheinen lassen, durch das die angesprochenen Entscheidungen in dem ersuchten Staat eine indirekte Wirkung hätten, die nicht davon abhängig gemacht werden konnte, daß die Vollstreckbarkeit oder eine beliebige andere Form der Anerkennung der ausländischen Entscheidung erlangt worden ist.

Da sich der erste Aspekt notwendigerweise aus anderen Übereinkommensbestimmungen ergibt, befaßt sich der aktuelle Inhalt des Artikels 14 nur mit dem zweiten. Der Artikel erscheint daher als eine fakultative Bestimmung über den Nachweis des Rechts des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nach der die befaßten Behörden „das im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes geltende Recht und die gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen, gleichviel ob sie dort förmlich anerkannt sind oder nicht, unmittelbar berücksichtigen können; dabei brauchen sie die besonderen Verfahren zum Nachweis dieses Rechts oder zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen, die sonst einzuhalten wären, nicht zu beachten“. Welche praktische Bedeutung diese Vorschrift für die Herbeiführung schneller Entscheidungen hat, die für die wirksame Arbeit mit dem Übereinkommen von grundsätzlicher Bedeutung sind, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Artikel 15 – Möglichkeit, die Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes um eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung zu ersuchen

120. Dieser Artikel geht auf die Schwierigkeiten ein, denen die zuständigen Behörden des ersuchten Staates sich bei der Entscheidung über einen Antrag auf Rückgabe eines Kindes gegenübersehen können, wenn sie nicht wissen, welche Anwendung das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes

⁴⁴⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 12 (Vorschlag der Delegation der Vereinigten Staaten) und Nr. 42 (Vorschlag der griechischen Delegation) sowie Protokoll Nr. 8.

⁴⁵⁾ Siehe Bericht der Sonderkommission, Nr. 102-103.

auf den konkreten Einzelfall findet. In einem solchen Fall können die betreffenden Behörden „vom Antragsteller die Vorlage einer Entscheidung oder sonstigen Bescheinigung der Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes“ verlangen. Hierzu sind nur zwei Bemerkungen zu machen. Die erste betrifft den nicht zwingenden Charakter des Verlangens, in dem Sinn, daß die Rückgabe des Kindes nicht von seiner Erfüllung abhängig gemacht werden kann; eine solche Schlußfolgerung drängt sich in der Tat sowohl nach dem Wortlaut des Artikels (der von „verlangen“ – im Sinn von „beantragen“ – und nicht von „fordern“ spricht) als auch mit Rücksicht auf die Möglichkeit auf, welche dieselbe Bestimmung anerkennt, daß es unmöglich sein kann, die begehrten Unterlagen im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zu erhalten. Zu dem letzten Punkt wird die den zentralen Behörden in dem Artikel auferlegte Verpflichtung, den Antragsteller beim Erwirken einer Entscheidung oder Bescheinigung zu unterstützen, seine Aufgabe erleichtern, da nach Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe f die zentrale Behörde eine Bescheinigung über das für sie maßgebliche Recht auf dem Gebiet der Sorge beschaffen kann. Zweitens muß der Inhalt der Entscheidung oder Bescheinigung sich auf den im Sinn des Übereinkommens widerrechtlichen Charakter des Verbringens oder Zurückhaltens beziehen; das bedeutet nach unserer Auffassung, daß die eine oder andere sich zu den beiden in Artikel 3 festgelegten Elementen äußern und daher feststellen muß, daß das Verbringen nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes eine Verletzung des tatsächlich ausgeübten und prima facie rechtmäßigen Sorgerechts darstellte.

Artikel 16 – Verbot einer Sachentscheidung über das Sorgerecht

121. Um die Verwirklichung der Ziele des Übereinkommens hinsichtlich der Rückgabe des Kindes zu erleichtern, versucht dieser Artikel zu vermeiden, daß im Zufluchtsstaat eine Sachentscheidung über das Sorgerecht getroffen wird. Zu diesem Zweck untersagt er den zuständigen Behörden dieses Staates, hierüber zu entscheiden, wenn ihnen mitgeteilt worden ist, daß das Kind im Sinn des Übereinkommens widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden ist. Dieses Verbot besteht nicht mehr, wenn dargelegt ist, daß das Kind nach dem Übereinkommen nicht zurückzugeben ist, oder wenn nach angemessenem Zeitablauf kein Antrag in Anwendung des Übereinkommens gestellt worden ist. Die beiden Umstände, welche die in diesem Artikel festgelegte Verpflichtung beenden können, unterscheiden sich sehr, sowohl in bezug auf ihre Rechtfertigung wie auf ihre Folgen. In der Tat ist es vollkommen logisch vorzusehen, daß die Verpflichtung endet, sobald festgestellt ist, daß die Voraussetzungen für eine Rückgabe des Kindes nicht erfüllt sind, entweder weil sich die Parteien gütlich geeinigt haben oder weil eine der Ausnahmen nach Artikel 13 und 20 zu beurteilen ist; überdies wird in solchen Fällen die Sachentscheidung über das Sorgerecht die Angelegenheit endgültig regeln.

Da andererseits die „Mitteilung“, die das Verbot einer Sachentscheidung rechtfertigen kann, sich entweder aus einem unmittelbar vom Antragsteller eingereichten Antrag auf Rückgabe des Kindes oder aus einem amtlichen Schreiben der zentralen Behörde desselben Staates ergibt, ist es schwer vorstellbar, daß die Fälle, in denen der Mitteilung kein Antrag folgt, nicht in die erste Kategorie fallen sollen. Wenn solche Situationen bestehen, kann im übrigen die Ungenauigkeit des Ausdrucks „angemessene Frist“ dazu führen, daß eine Entscheidung vor Ablauf der in Artikel 12 Absatz 1 festgelegten Jahresfrist getroffen wird; in einem solchen Fall würde nun die Entscheidung neben der Verpflichtung auf Rückgabe des Kindes nach dem Übereinkommen bestehen, woraus sich ein Problem ergibt, das in Artikel 17 behandelt wird.

Artikel 17 – Vorliegen einer Sorgerechtsentscheidung im ersuchten Staat

122. Die Entstehungsgeschichte dieses Artikels zeigt klar den mit ihm verfolgten Zweck: Die Erste Kommission hat zunächst

eine Bestimmung angenommen, die der Anwendung des Übereinkommens den absoluten Vorrang einräumte, wobei die Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes jeder sonstigen im ersuchten Staat erlassenen oder anerkennungsfähigen Entscheidung über das Sorgerecht vorgehen sollte. Gleichzeitig akzeptierte sie die Möglichkeit eines Vorbehalts, der es erlaubt hätte, die Rückgabe abzulehnen, wenn diese sich als mit einer im Zufluchtsstaat vor dem „Verbringen“ bestehenden Entscheidung unvereinbar erwiesen hätte.⁴⁶⁾ Der aktuelle Wortlaut ist daher das Ergebnis eines Kompromisses mit dem Ziel, einen Vorbehalt im Übereinkommen zu vermeiden, ohne das Maß seiner Annehmbarkeit durch die Staaten zu verringern.⁴⁷⁾ In diesem Sinn wurde die ursprüngliche Bestimmung neu gefaßt, wobei unterstrichen wurde, daß *allein* das Vorliegen einer Entscheidung kein Hindernis für die Rückgabe des Kindes sein soll, und dem Richter die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Gründe dieser Entscheidung bei seiner Entscheidung über den Antrag auf Rückgabe zu berücksichtigen.

123. Die in diesem Artikel niedergelegte Lösung entspricht genau der Zielsetzung des Übereinkommens, die möglichen Entführer zu entmutigen, die ihre Handlung weder auf eine vor dem Verbringen erlassene, aber nie vollstreckte „tote“ Entscheidung noch auf eine nachher erwirkte Entscheidung stützen können, die in den meisten Fällen wegen Betrugs in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt ist. Die zuständige Behörde des ersuchten Staates wird daher den Antrag auf Rückgabe des Kindes als Beweis dafür anzusehen haben, daß ein neues Element aufgetreten ist, das sie verpflichtet, eine Entscheidung in Frage zu stellen, die nicht wirksam oder auf der Grundlage von Zuständigkeitsmißbrauch erlassen ist oder schließlich die nicht die Verteidigungsrechte aller betroffenen Parteien beachtet. Da im übrigen die Entscheidung über die Rückgabe des Kindes die Sachentscheidung über das Sorgerecht nicht betrifft, beschränken sich die Gründe der Entscheidung, die in Betracht gezogen werden können, auf den Bereich, der die „Anwendung des Übereinkommens“ betrifft. Die Situation, die durch eine Entscheidung der Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vor seinem „Verbringen“ geschaffen worden ist, welche dem „Entführer“ das Sorgerecht einräumt, wäre normalerweise durch die Anwendung des Artikels 3 des Übereinkommens zu lösen, weil das Bestehen des geltend gemachten Sorgerechts nach dem Recht des genannten Staates beurteilt werden muß.

Artikel 19 – Tragweite der Entscheidungen über die Rückgabe des Kindes

124. Diese Bestimmung drückt den Gedanken aus, der dem gesamten Übereinkommen zugrunde liegt; tatsächlich hat sich dieser Bericht bereits wiederholt sowohl mit seiner Begründung wie mit seiner Kommentierung befaßt. Der Artikel beschränkt sich darauf, die Tragweite der Rückgabe des Kindes genau zu bestimmen, die das Übereinkommen zu gewährleisten sucht; eine Rückgabe, die, damit sie „unmittelbar“ oder „schnell“ erfolgen kann, der Sachentscheidung über das Sorgerecht nicht vorgehen darf und die gerade zu verhindern sucht, daß eine spätere Entscheidung über dieses Recht durch einseitige Veränderung der Umstände durch eine der Parteien beeinflusst werden kann.

Kapitel IV – Recht zum persönlichen Umgang

Artikel 21

125. Vor allem muß anerkannt werden, daß das Übereinkommen nicht versucht, das Recht zum persönlichen Umgang erschöpfend zu regeln, was zweifellos über den Rahmen der Übereinkommensziele hinausgegangen wäre. Auch wenn die

⁴⁶⁾ Arb. Dok. Nr. 53 Absatz 2 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs), Nr. 32 Artikel XG (Vorschlag der Delegation der Niederlande) und Nr. 19 (Vorschlag der japanischen Delegation) sowie Protokoll Nr. 12.

⁴⁷⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 77 (Vorschlag des Vorsitzenden, unterstützt von der Berichterstatterin und den Delegationen der Bundesrepublik Deutschland, Australiens, Kanadas, Spaniens, Finnlands, Frankreichs, Irlands, des Vereinigten Königreichs und der Schweiz) und Protokoll Nr. 17.

Aufmerksamkeit, die dem Recht zum persönlichen Umgang gewidmet wird, in der Tat der Überzeugung entspricht, daß es die normale Folge des Sorgerechts sein muß, reichte es für die Zwecke des Übereinkommens aus, die Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden zur Durchführung und zum Schutz der tatsächlichen Ausübung dieses Rechts zu gewährleisten. Wie groß die Übereinstimmung in dieser Hinsicht war, geht im übrigen am besten aus der besonders kurzen Zeit hervor, welche die Erste Kommission diesem Recht gewidmet hat.

126. Wie gerade ausgeführt, bildet die Zusammenarbeit der zentralen Behörden die Grundlage des gesamten Artikels. Ein Vorschlag, einen neuen Absatz aufzunehmen, wonach die Behörden und das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes auf dem Gebiet des Rechts zum persönlichen Umgang ausschließlich zuständig sein sollten, wurde mit großer Mehrheit zurückgewiesen.⁴⁸⁾ Die Durchführung und Gewährleistung der tatsächlichen Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang werden somit im Übereinkommen immer als eine wesentliche Aufgabe der zentralen Behörden angesehen. Absatz 1 enthält in diesem Sinn zwei wichtige Punkte: einerseits die Freiheit der Einzelpersonen, sich an die zentrale Behörde ihrer Wahl zu wenden; andererseits kann Zweck der Antragstellung bei der zentralen Behörde entweder die Durchführung eines Rechts zum persönlichen Umgang sein, d. h. seine Begründung, oder die Gewährleistung der Ausübung eines schon bestimmten Rechts zum persönlichen Umgang. Nun wird man häufig auf rechtliche Verfahren zurückgreifen müssen, vor allem wenn der Antrag auf Durchführung des geltend gemachten Rechts gerichtet ist oder wenn der Sorgeberechtigte sich seiner Ausübung widersetzt; zu diesem Zweck sieht Absatz 3 vor, daß die zentralen Behörden die Einleitung solcher Verfahren unmittelbar oder mit Hilfe anderer vorbereiten oder unterstützen können.

127. Die in Absatz 2 angeschnittenen Probleme sind ganz anderer Art. Es handelt sich darum, die ungestörte Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang sicherzustellen, ohne daß sie das Sorgerecht gefährdet. In diesem Sinn enthält diese Bestimmung wichtige Elemente für das Erreichen dieses Ziels. In den Mittelpunkt der skizzierten Lösung ist einmal mehr die Zusammenarbeit zwischen zentralen Behörden zu stellen, eine Zusammenarbeit, die darauf ausgerichtet ist, sowohl die Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang zu erleichtern als auch die Erfüllung aller Bedingungen zu gewährleisten, denen die Ausübung dieses Rechts unterliegt.

Unter den konkreten Mitteln zur Sicherstellung der Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang enthält Artikel 21 nur eines, wenn er darauf hinweist, daß die zentrale Behörde versuchen muß, „soweit wie möglich alle Hindernisse auszuräumen, die der Ausübung dieses Rechts entgegenstehen“; Hindernisse, die insbesondere rechtlicher Art sein oder sich aus eventueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit ergeben können. Alles übrige wird der Zusammenarbeit zwischen zentralen Behörden überlassen, die für die beste Methode gehalten wird, um zu erreichen, daß die Bedingungen beachtet werden, die bei der Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang auferlegt werden. Allein diese Beachtung gibt dem Sorgeberechtigten in der Tat die Garantie, daß eine solche Ausübung seinen eigenen Rechten nicht abträglich ist.

128. Zu der Frage, wie die zentralen Behörden diese Zusammenarbeit durchführen, um die „gutgläubige“ Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang sicherzustellen, führt das Übereinkommen keine Beispiele an, denn sie hätten eng ausgelegt werden können. Man kann andeutungsweise erwähnen, wie es der Bericht zum Vorentwurf tat,⁴⁹⁾ daß es zweckmäßig ist zu vermeiden, daß das Kind im Paß der Person erscheint, die das Recht zum persönlichen Umgang innehat, und daß es im Fall eines „grenzüberschreitenden“ Besuchs angezeigt wäre, daß diese Person sich gegenüber der zentralen Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verpflichtet, es zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzugeben und dabei den Ort

oder die Orte anzugeben, an denen sie mit dem Kind zu wohnen beabsichtigt. Eine Abschrift einer solchen Erklärung würde dann sowohl der zentralen Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Umgangsberechtigten als auch derjenigen des Staates übermittelt, in dem er sich nach seiner Erklärung mit dem Kind aufhalten will. Dies würde es erlauben, jederzeit den Ort zu kennen, wo sich das Kind befindet, und unmittelbar nach Ablauf der festgelegten Frist das Verfahren zu seiner Rückgabe einzuleiten. Selbstverständlich kann keine dieser Maßnahmen allein sicherstellen, daß das Recht zum persönlichen Umgang ordnungsgemäß ausgeübt wird; in jedem Fall wird aber in diesem Bericht nicht darüber hinausgegangen werden können: Die konkreten Maßnahmen, welche die betreffenden zentralen Behörden ergreifen können, werden von den Umständen jedes konkreten Einzelfalls und der Handlungsfähigkeit abhängen, die jeder zentralen Behörde zuerkannt wird.

Kapitel V – Allgemeine Bestimmungen

129. Dieses Kapitel enthält eine Reihe von Vorschriften, die sich, je nach der Materie, mit der sie sich befassen, unterscheiden und außerhalb der vorstehenden Kapitel zu behandeln waren. Es geht einerseits um gewisse gemeinsame Verfahrensvorschriften sowohl für Verfahren zur Rückgabe des Kindes als auch zur Durchführung des Rechts zum persönlichen Umgang; andererseits um die Regelung der Probleme, die sich aus der Anwendung des Übereinkommens in Staaten mit mehr als einem Rechtssystem ergeben, sowie um seine Beziehungen zu anderen Übereinkommen und seinen zeitlichen Anwendungsbereich.

Artikel 22 – Sicherheitsleistung für Verfahrenskosten

130. Entsprechend der klaren Tendenz zugunsten der Beseitigung für Ausländer diskriminierender verfahrensrechtlicher Maßnahmen durch Übereinkünfte erklärt diese Bestimmung, daß im Rahmen des Übereinkommens keine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, gleich welcher Bezeichnung, auferlegt werden darf. Zu dem Text sind zwei kurze Kommentierungen zu geben. Die erste betrifft den persönlichen Anwendungsbereich des angeordneten Verbots: Die zu diesem Punkt gewählte Lösung ist sehr großzügig, wie es ein Übereinkommen forderte, das auf dem Grundgedanken des Schutzes der Kinder aufgebaut ist.⁵⁰⁾ Zweitens sind die Sicherheitsleistung und Hinterlegung, von denen Ausländer freigestellt sind, solche, die in den Rechtssystemen unter verschiedenen Bezeichnungen gewährleisten sollen, daß Ausländer den Inhalt von Entscheidungen über die Zahlung von Kosten und Auslagen beachten, die sich aus einem Verfahren ergeben. Folgerichtig bestimmt der Artikel, daß die Regel nur in bezug auf „gerichtliche oder behördliche Verfahren“ gilt, „die unter dieses Übereinkommen fallen“, wobei eine weitere Formel vermieden wird, die dahin gehend hätte ausgelegt werden können, daß sie beispielsweise auf Verfahren anzuwenden wäre, die unmittelbar zu einer Sachentscheidung zum Sorgerecht führen sollen. Andererseits ist aus den vorangegangenen Ausführungen klar zu schließen, daß das Fordern möglicher anderer Sicherheitsleistungen oder Hinterlegungen nicht untersagt ist, vor allem von Sicherheitsleistungen, die auferlegt werden, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang zu garantieren.

Artikel 23 – Befreiung von der Legalisation

131. Dieser Artikel wiederholt Wort für Wort den Text des entsprechenden Artikels des Vorentwurfs, der sich darauf beschränkte, in einer gesonderten Vorschrift einen Gedanken auszudrücken, der in allen Haager Übereinkommen enthalten ist und die Übermittlung von Schriftstücken zwischen Vertragsstaaten betrifft. Aus der weiten Fassung ergibt sich, daß er nicht nur die „diplomatischen Legalisationen“, sondern auch jede andere

⁴⁸⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 31 (Vorschlag der dänischen Delegation) und Protokoll Nr. 13.

⁴⁹⁾ Siehe Bericht der Sonderkommission, Nr. 110.

⁵⁰⁾ Siehe die restriktivere Formulierung in Artikel 14 des „Übereinkommens zur Erleichterung des internationalen Zugangs zu den Gerichten“, ein Übereinkommen, das ebenfalls während der Vierzehnten Tagung der Konferenz angenommen wurde.

Forderung dieser Art verbietet; indessen bleibt die mögliche Forderung nach Bestätigung der Echtheit von Abschriften oder privaten Schriftstücken nach dem innerstaatlichen Recht der betreffenden Behörden außerhalb dieser Vorschrift

Artikel 24 – Übersetzung von Schriftstücken

132 In bezug auf die in den Beziehungen zwischen zentralen Behörden zu verwendenden Sprachen hat das Übereinkommen die Lösung des Vorentwurfs beibehalten, wonach die Schriftstücke in ihrer Ursprungssprache übermittelt werden und eine Übersetzung in eine der Amtssprachen des ersuchten Staates oder, falls die Beschaffung einer solchen Übersetzung sich als schwierig erweist, eine Übersetzung in die französische oder englische Sprache beizufügen ist.⁵¹⁾ Hierzu läßt im übrigen das Übereinkommen die Möglichkeit zu, einen Vorbehalt nach Artikel 42 zu machen, wonach ein Vertragsstaat der Verwendung einer der Ersatzsprachen widersprechen kann, der Vorbehalt kann selbstverständlich nicht den Gebrauch beider Sprachen ausschließen. Schließlich ist einerseits zu unterstreichen, daß das vorgesehene System ein System von Mindesterleichterungen sein will, das durch andere Übereinkommen verbessert werden kann, die zwischen den Vertragsstaaten jede Forderung nach Übersetzung ausschließen; andererseits bezieht es sich nur auf Mitteilungen zwischen zentralen Behörden Anträge oder sonstige Schriftstücke, die an innerstaatliche Gerichte oder Verwaltungsbehörden gerichtet werden, müssen daher den Regeln entsprechen, die das Recht jedes Staates auf dem Gebiet der Übersetzung aufstellt.

Artikel 25 – Prozeßkosten- und Beratungshilfe

133 Die Vorschrift zu diesem Punkt erweitert den Anwendungsbereich der Prozeßkostenhilfe in zweifacher Hinsicht einerseits durch die Einbeziehung neben den Angehörigen der Vertragsstaaten auch von Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesen Staaten haben, als mögliche Nutznießer, andererseits durch die Ausdehnung der Hilfe auf die Beratungshilfe, ein Aspekt, der von den verschiedenen staatlichen Systemen der Prozeßkostenhilfe nicht immer erfaßt ist.⁵²⁾

Artikel 26 – Kosten bei der Anwendung des Übereinkommens

134 Dem in Absatz 1 ausgedrückten Grundsatz, wonach jede zentrale Behörde ihre eigenen Kosten trägt, die bei der Anwendung des Übereinkommens entstehen, begegnete kein Widerspruch. Er besagt hauptsächlich, daß eine zentrale Behörde die Erstattung dieser Kosten nicht von einer anderen zentralen Behörde verlangen kann. Um welche Kosten es sich hier handelt, hängt jedoch von den tatsächlichen Dienstleistungen der einzelnen zentralen Behörde ab, die sie in Übereinstimmung mit den ihr durch das innerstaatliche Recht des betreffenden Staates übertragenen Möglichkeiten wahrnimmt.

135 Dagegen bezieht sich Absatz 2 auf einen der strittigsten Punkte während der Vierzehnten Tagung, ein Punkt, der schließlich durch die Übernahme des Vorbehalts in Absatz 3 dieses selben Artikels entschieden wurde. Tatsächlich konnte die Kontroverse zwischen den Delegationen, die sicherstellen wollten, daß der Antragsteller von sämtlichen Kosten bei der Anwendung des Übereinkommens freigestellt wurde (einschließlich der Befreiung von den nicht unter das System der Prozeßkosten- und Beratungshilfe fallenden Kosten, die sich aus einem möglichen Verfahren ergeben, oder gegebenenfalls von den Kosten, die durch die Beteiligung eines Rechtsanwalts entstehen), und den Delegationen, die für die gegenteilige, im Vorentwurf⁵³⁾ enthaltene Lösung waren, nur durch die Aufnahme eines Vorbehalts zugunsten der letzteren beendet werden. Der Grund hierfür ist, daß deswegen

weil die verschiedenen Kriterien ihre Grundlage in der Struktur der betroffenen Rechtssysteme hatten, jeder Versuch, einer Einstellung gegenüber der anderen absoluten Vorrang einzuräumen, automatisch zum Ausschluß einer gewissen Zahl von Staaten von dem Übereinkommen geführt hätte; ein solches Ergebnis wünschte aber niemand.⁵⁴⁾ Es bestand jedoch völlige Übereinstimmung hinsichtlich der im letzten Satz des Absatzes 2 enthaltenen Regel, welche die zentralen Behörden ermächtigt, „die Erstattung der Auslagen zu verlangen, die durch die Rückgabe des Kindes entstanden sind oder entstehen“.

136 Absatz 4 verkörpert eine Vorschrift von ganz anderer Art, nach der die zuständigen innerstaatlichen Behörden dem „Entführer“ oder demjenigen, der die Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang verhindert, die Erstattung gewisser Kosten auferlegen können, die dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstanden sind, „dazu gehören insbesondere die Reisekosten, alle Kosten oder Auslagen für das Auffinden des Kindes, Kosten der Rechtsvertretung des Antragstellers und Kosten für die Rückgabe des Kindes“. Da es sich aber um eine einfache Kannbestimmung handelt, die den konkreten Beurteilungsspielraum der Gerichte in jedem Einzelfall anerkennt, scheint ihre Bedeutung vor allem symbolischer Art zu sein, nämlich diejenige eines eventuellen Abschreckungselements vor einem Verhalten, das der Zielsetzung des Übereinkommens zuwiderläuft.

Artikel 27 – Möglichkeit, einen Antrag zurückzuweisen

137. Der gesunde Menschenverstand legt es nahe, daß die zentralen Behörden nicht gezwungen werden können, Anträge anzunehmen, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens liegen oder offensichtlich unbegründet sind. In diesen Fällen besteht die einzige Verpflichtung der zentralen Behörde, die ihnen den Antrag übermittelt hat, umgehend ihre Gründe mitzuteilen. Das bedeutet, daß ein Antrag sowohl von der zentralen Behörde, an die sich der Antragsteller unmittelbar gewandt hat, als auch von einer zentralen Behörde abgelehnt werden kann, an die sich ursprünglich eine andere zentrale Behörde gewandt hat.

Artikel 28 – Von der zentralen Behörde verlangte Vollmacht

138 Die in diesem Artikel enthaltene Vorschrift ist nur ein weiteres Beispiel für die Einstellung des Übereinkommens in bezug auf die Organisation und die Zuständigkeiten der zentralen Behörden. Weil man vermeiden will, von den Staaten eine Änderung ihres Rechts zu verlangen, um das Übereinkommen annehmen zu können, zieht es die Tatsache in Betracht, daß nach dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten der Konferenz die zentrale Behörde eine Vollmacht des Antragstellers benötigen kann. Tatsächlich fuhr das „Musterformblatt“ als Beispiel für Schriftstücke die dem Antrag beigefügt sein können (Fußnote zu IX), einen Hinweis auf die „Vollmacht für die zentrale Behörde für den Antragsteller tätig zu werden“ an eine Vollmacht, die daher immer, wenn eine zentrale Behörde sie verlangt, den in Artikel 8 aufgeführten Angaben und Anlagen sowie den in Artikel 21 gestellten Anträgen beizufügen ist.

Artikel 29 – Unmittelbare Inanspruchnahme der zuständigen innerstaatlichen Behörden

139 Das Übereinkommen versucht nicht, ein ausschließliches System zwischen den Vertragsstaaten einzurichten, um die Rückgabe der Kinder zu erwirken. Es versteht sich vielmehr als zusätzliches Instrument bei der Absicht, den Personen zu helfen, deren Sorgerecht oder Recht zum persönlichen Umgang verletzt worden ist. Diese Personen haben daher die Wahl entweder die zentralen Behörden anzurufen – d. h. die im Übereinkommen vorgesehenen Mechanismen zu gebrauchen – oder den Weg zu

⁵¹⁾ Eine teilweise andere Lösung ist in Artikel 7 des oben erwähnten „Übereinkommens zur Erleichterung des internationalen Zugangs zu den Gerichten“ enthalten.

⁵²⁾ Siehe in ähnlichem Sinn das oben erwähnte Übereinkommen zur Erleichterung des internationalen Zugangs zu den Gerichten.

⁵³⁾ Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a des Vorentwurfs der Sonderkommission.

⁵⁴⁾ Siehe Art. 5¹⁾ und 6¹⁾ (Vorschläge der belgischen Delegation und Nr. 57 und 67 Vorschläge der Delegationen der Vereinigten Staaten, Kanadas und der Niederlande sowie die Protokolle Nr. 11 und 14).

wählen, sich unmittelbar an die zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Sorge und des Rechts zum persönlichen Umgang in dem Staat zu wenden, in dem sich das Kind befindet. Im zweiten Fall, wenn also die betreffenden Personen sich dafür entscheiden, sich unmittelbar an die fraglichen Behörden zu wenden, haben sie eine zweite Wahlmöglichkeit, nämlich ihren Antrag „in Anwendung des Übereinkommens oder unabhängig davon“ zu stellen. Im letzten Fall sind die Behörden selbstverständlich nicht verpflichtet, die Übereinkommensbestimmungen anzuwenden, es sei denn, der Staat hat sie in sein innerstaatliches Recht übernommen, indem er insoweit Artikel 2 des Übereinkommens gefolgt ist.

Artikel 30 – Zulässigkeit von Schriftstücken

140. Durch diese Vorschrift wollte das Übereinkommen das Problem lösen, das in einigen Mitgliedstaaten der Konferenz hinsichtlich der Zulässigkeit von Schriftstücken besteht. Es handelt sich daher einfach darum, die Zulassung von Anträgen, die unmittelbar oder über eine zentrale Behörde eingereicht werden, durch die Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Vertragsstaaten zu erleichtern, ferner diejenige von Schriftstücken, die von den zentralen Behörden beigelegt oder vorgelegt werden können. Dieser Artikel darf daher nicht so ausgelegt werden, als enthalte er eine Regel über die Beweiskraft, die diesen Schriftstücken zugesprochen ist; dieses Problem liegt völlig außerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens.⁵⁷⁾

Artikel 31 bis 33 – Anwendung des Übereinkommens im Hinblick auf Staaten mit mehr als einem Rechtssystem

141. Diese drei Artikel regeln die Anwendung des Übereinkommens im Hinblick auf Staaten mit nicht vereinheitlichten Rechtssystemen. Nach dem Vorbild der neueren von der Haager Konferenz ausgearbeiteten Übereinkommen wird zwischen den Staaten, die mehrere Rechtssysteme in verschiedenen Gebiets-einheiten haben, und den Staaten unterschieden, die mehrere Rechtssysteme haben, welche auf verschiedene Personenkreise anzuwenden sind. Genauer werden die erzielten Lösungen von denjenigen in den Übereinkommen inspiriert, die während der Dreizehnten Tagung der Konferenz ausgearbeitet worden sind.⁵⁸⁾

Im Hinblick auf die erste Gruppe von Staaten bestimmt Artikel 31, wie einerseits die Verweisung auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und andererseits die Verweisung auf das Recht des Staates eines solchen Aufenthalts zu verstehen ist.

Hinsichtlich der zweiten Gruppe von Staaten überläßt Artikel 32 die Bestimmung des Rechts, das zu berücksichtigen ist, den in jedem Staat geltenden Regeln.

Schließlich ist zum Inhalt dieser beiden Artikel zu unterstreichen, daß sich das Interesse an ihnen nicht auf die unmittelbar angesprochenen Staaten beschränkt; in der Tat sind die fraglichen Normen von jedem Vertragsstaat in seinen Beziehungen mit ihnen in Betracht zu ziehen, beispielsweise immer dann, wenn ein Kind von einem dieser Staaten in einen anderen Staat mit einem einheitlichen oder nicht vereinheitlichten Rechtssystem verbracht wird.

142. Andererseits bestimmt Artikel 33 die Fälle, in denen die Staaten mit mehreren Rechtssystemen verpflichtet sind, das Übereinkommen anzuwenden, indem er die Situationen ausschließt, in denen ein Staat mit einheitlichem Rechtssystem nicht gehalten wäre, es zu tun. Kurz gesagt beschränkt sich dieser Artikel auf die Erklärung, daß das Übereinkommen nur auf die internationalen Beziehungen anzuwenden ist, und qualifiziert gleichzeitig als interne Beziehungen alle solchen, die sich innerhalb eines Staates abspielen, gleich ob er mehrere Rechtssysteme hat oder nicht.

⁵⁶⁾ Siehe Artikel 26 des Vorentwurfs, Arb. Dok. Nr. 49 (Vorschlag der Delegation der Vereinigten Staaten) und Protokoll Nr. 11.

⁵⁸⁾ Siehe insbesondere den Bericht von von Overbeck über das Übereinkommen über das auf die Ehegüterstände anwendbare Recht, Actes et documents de la Treizième session, Band II, S. 374 ff.

Artikel 34 – Beziehungen zu anderen Übereinkommen

143. Dieser Artikel ist im ersten Teil dieses Berichts kommentiert worden (Nr. 39 und 40).

Artikel 35 – Der zeitliche Anwendungsbereich des Übereinkommens

144. Zu der Frage, ob das Übereinkommen auf Entführungen anzuwenden ist, die zwischen zwei Vertragsstaaten vor seinem Inkrafttreten geschehen sind, oder nur auf solche, die nach diesem Zeitpunkt stattgefunden haben, wurden während der Vierzehnten Tagung verschiedene Lösungen vorgeschlagen. Die erste war ohne Zweifel am großzügigsten, da sie die Anwendung des Übereinkommens auf jede „Entführung“ unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Vornahme vorsah.⁵⁷⁾ Dieser Entscheidung folgte jedoch später die Annahme der Möglichkeit für jeden Vertragsstaat, eine Erklärung abzugeben, um den Anwendungsbereich des Übereinkommens auf „Entführungen“ zu beschränken, die nach seinem Inkrafttreten in diesem Staat stattgefunden haben.⁵⁸⁾ Die Situation blieb daher weitgehend offen, wobei ungeachtet dessen jedem Staat die Möglichkeit zuerkannt war, den Anwendungsbereich des Übereinkommens einzuschränken, wenn er dies für erforderlich hielt. Es ist klar, daß die Wirkung solcher Erklärungen im Rahmen eines Übereinkommens mit eindeutig bilateraler Anwendung einige technische Probleme aufwarf. Um diesen zu begegnen, sprach sich die Erste Kommission schließlich für die der zuerst angenommenen Lösung entgegengesetzte aus, d. h. die restriktivste Lösung. Diese erscheint in Artikel 35, wonach das Übereinkommen zwischen den Vertragsstaaten „nur auf ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten“ Anwendung findet, „das sich nach seinem Inkrafttreten in diesen Staaten ereignet hat“.⁵⁹⁾ Andererseits ergibt sich aus der Gesamtheit der Übereinkommensbestimmungen (und vor allem aus Artikel 12 Absatz 2), daß es keine Beschränkung für die Einleitung des Verfahrens gibt, solange das Kind das Alter von 16 Jahren noch nicht erreicht hat, Artikel 4. Der Eingang des Antrags nach Ablauf der in Artikel 12 Absatz 1 vorgesehenen Jahresfrist ändert in der Tat die Verpflichtung zur Rückgabe nur geringfügig, indem anerkannt wird, daß die Pflicht nicht besteht, wenn dargelegt ist, daß das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat.

145. Die Bestimmung hat ohne Zweifel den Vorzug, klar zu sein. Es kann jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß ihre Anwendung die berechtigten Erwartungen der betroffenen Personen enttäuschen muß. Da sie aber letzten Endes eine Einschränkung der Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes darstellt, hindert nichts daran, daß zwei oder mehr Staaten untereinander vereinbaren, gemäß Artikel 36 von ihr abzuweichen, d. h. daß sie Einvernehmen darüber erzielen, das Übereinkommen rückwirkend anzuwenden.

Die Vorschrift betrifft im übrigen nur die Übereinkommensbestimmungen, die sich mit der Rückgabe des Kindes befassen. Tatsächlich kann die Übereinkommensregelung des Rechts zum persönlichen Umgang der Natur der Sache nach nur hinsichtlich einer Verweigerung seiner Ausübung geltend gemacht werden, die nach Inkrafttreten des Übereinkommens geschehen ist oder fort dauert.

Artikel 36 – Möglichkeit, durch Vereinbarung die Einschränkungen für die Rückgabe des Kindes zu begrenzen

146. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens und auf der Grundlage der Erfahrung mit ande-

⁵⁷⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 53 (Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs) sowie Protokoll Nr. 13.

⁵⁸⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 68 (Vorschlag der Delegation Kanadas) sowie Protokoll Nr. 15.

⁵⁹⁾ Siehe Arb. Dok. Nr. 81 (Vorschlag des Präsidenten mit Unterstützung der Delegationen Österreichs, der Bundesrepublik Deutschland, der Schweiz und des Vereinigten Königreichs) sowie Protokoll Nr. 18. Ein mündlicher Vorschlag der Berichterstatterin, das Übereinkommen auf Situationen zu erstrecken, die im Laufe des Jahres vor seinem Inkrafttreten entstanden sind, wurde nicht angenommen.

ren Übereinkommen der Haager Konferenz⁸⁰⁾ läßt dieser Artikel die Möglichkeit zu, daß zwei oder mehr Vertragsstaaten übereinkommen, untereinander von solchen Vorschriften des Übereinkommens abzuweichen, die Einschränkungen für die Rückgabe der Kinder bedeuten können, vor allem die in Artikel 13 und 20 vorgesehenen. Dies zeigt einerseits den kompromißhaften Charakter einiger Übereinkommensbestimmungen und die Möglichkeit, für das Hauptziel des Übereinkommens günstigere Kriterien in den Beziehungen zwischen Staaten anzunehmen, die ähnliche Rechtsauffassungen haben, und andererseits, wie wiederholt im Verlauf dieses Berichts hervorgehoben, daß das Übereinkommen keinerlei Anspruch auf Ausschließlichkeit in seinem Anwendungsbereich erhebt. Wenn nun solche zusätzlichen Übereinkünfte zustande kommen, muß eine negative Wirkung vermieden werden, die einige der Delegationen befürchteten: Der Umstand, daß außerhalb des geographisch beschränkten Anwendungsbereichs solcher Übereinkünfte die Vertragsstaaten versucht sein könnten, den in diesem Übereinkommen enthaltenen Einschränkungen eine so weite Auslegung zu geben, daß seine Tragweite geschwächt würde.⁸¹⁾

Kapitel VI – Schlußbestimmungen

147. Die in den Artikeln 37 bis 45 des Übereinkommens enthaltenen Schlußbestimmungen wurden in Übereinstimmung mit den während der letzten Tagungen der Haager Konferenz hierzu angenommenen Vorschriften formuliert. Es ist daher nicht notwendig, ausführlich darauf einzugehen, und einige kurze Bemerkungen werden dazu ausreichen.

Die erste betrifft die Anpassung der Schlußbestimmungen an die Entscheidung hinsichtlich der bedingten Öffnung des Übereinkommens für Staaten, die nicht Mitglieder der Konferenz waren. Da dieser Punkt bereits früher behandelt worden ist,⁸²⁾ genügt es, hier zu unterstreichen, daß der halb geschlossene Charakter des Übereinkommens sich aus dem Mechanismus der Annahmeerklärung durch die Vertragsstaaten ergibt und nicht aus dem Bestehen irgendeiner Beschränkung in bezug auf die Staaten, die ihm beitreten können (Artikel 38).

148. Hinsichtlich des „Grades“ der Annahme des Übereinkommens durch die Staaten, die aus zwei oder mehr Gebietseinheiten bestehen, in denen für die in dem Übereinkommen behandelten Angelegenheiten unterschiedliche Rechtssysteme gelten, sieht Artikel 40 vor, daß sie – bei der Unterzeichnung, der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt – erklären

können, daß das Übereinkommen auf alle Gebietseinheiten oder nur auf eine oder mehrere davon erstreckt wird. Diese Erklärung kann durch eine neue umfassendere Erklärung jederzeit geändert werden. Eine Änderung der Erklärung mit dem Ziel, die Anwendung des Übereinkommens einzuschränken, müßte dabei als teilweise Kündigung im Sinn des Artikels 44 Absatz 3 angesehen werden.

Nach Artikel 39 gilt dieselbe Lösung für die Hoheitsgebiete, deren internationale Beziehungen von bestimmten Staaten wahrgenommen werden; obwohl solche Situationen als logische Folge der fortschreitenden Anwendung des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Völker in Zukunft wegfallen sollten, hielt die Konferenz es für wünschenswert, eine Klausel beizubehalten, die sich noch als nützlich erweisen kann.

149. Schließlich sollte noch etwas zu Artikel 41 gesagt werden. Einer völlig neuen Bestimmung in einem Haager Übereinkommen wie wurde, ebenso übrigens wie in dem anderen auf der Vierzehnten Tagung angenommenen Übereinkommen, nämlich dem Übereinkommen zur Erleichterung des internationalen Zugangs zu den Gerichten, auf ausdrücklichen Wunsch der australischen Delegation aufgenommen.

Das Ziel dieses Artikels ist es klarzustellen, daß die Ratifikation des Übereinkommens durch einen Staat keinen Einfluß auf die interne Gliederung der Behörden dieses Staates in der Verteilung der vollziehenden, rechtsprechenden und gesetzgebenden Gewalt hat.

Dies mag selbstverständlich erscheinen, und in diesem Sinn ist auch die Intervention des Leiters der kanadischen Delegation während der Debatten der Vierten Kommission zu verstehen, in deren Verlauf beschlossen wurde, diese Bestimmung in beide Übereinkommen aufzunehmen (siehe Protokoll Nr. 4 der Plenarsitzung), die kanadische Delegation, welche die Meinung einer großen Anzahl von Delegationen offen ausdrückte, sah die Aufnahme dieses Artikels in die beiden Übereinkommen als unzweckmäßig an. Artikel 41 wurde trotzdem angenommen, weitgehend deshalb, um die australische Delegation zufriedenzustellen, für die das Fehlen einer solchen Bestimmung eine unüberwindliche Verfassungsschwierigkeit zur Folge zu haben schien.

150. In bezug auf das Problem der Vorbehalte läßt das Übereinkommen nur diejenigen zu, die in den Artikeln 24 und 26 vorgesehen sind. Kein anderer Vorbehalt ist zulässig. Artikel 42 enthält andererseits die übliche Bestimmung, daß ein Staat „jederzeit einen von ihm angebrachten Vorbehalt zurücknehmen kann“.

151. Schließlich ist noch im Zusammenhang eines Übereinkommens wie diesem die Bedeutung der Notifizierungsverpflichtung zu unterstreichen, die das Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande übernommen hat (Artikel 45), und zwar vor allem auf Grund der Rolle, welche die Erklärungen zur Annahme eventueller Beitritte spielen.

⁸⁰⁾ Z. B. das Übereinkommen über den Zivilprozeß vom 1. März 1954.

⁸¹⁾ Siehe zu diesem Artikel Arb. Dok. Nr. 70 (Vorschlag der belgischen, französischen und luxemburgischen Delegation) und 80 (Vorschlag der Delegation der Vereinigten Staaten) sowie Protokolle Nr. 15 und 18.

⁸²⁾ Siehe oben Nr. 42.

Madrid, April 1981

Elisa Pérez-Vera