

Jahrbuch der
Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf

Heinrich Heine
HEINRICH HEINE
UNIVERSITÄT
DÜSSELDORF

2004

Heinrich Heine

**Jahrbuch der
Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**

2004

**Jahrbuch der
Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf
2004**

**Herausgegeben vom Rektor
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Univ.-Prof. Dr. Dr. Alfons Labisch**

**Konzeption und Redaktion:
em. Univ.-Prof. Dr. Hans Süßmuth**

© Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2005
Einbandgestaltung: Wiedemeier & Martin, Düsseldorf
Titelbild: Schloss Mickeln, Tagungszentrum der Universität
Redaktionsassistentz: Georg Stüttgen
Beratung: Friedrich-K. Unterweg
Satz: Friedhelm Sowa, L^AT_EX
Herstellung: WAZ-Druck GmbH & Co. KG, Duisburg
Gesetzt aus der Adobe Times
ISBN 3-9808514-3-5

Inhalt

Vorwort des Rektors	11
Gedenken	15
Rektorat	17
ALFONS LABISCH (Rektor) Autonomie der Universität – Ein Leitbild für die Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	19
VITTORIA BORSÒ Internationalisierung als Aufgabe der Universität	33
RAIMUND SCHIRMEISTER und LILIA MONIKA HIRSCH Wissenschaftliche Weiterbildung – Chance zur Kooperation mit der Wirtschaft?	51
Medizinische Fakultät	
<i>Dekanat</i>	65
<i>Neu berufene Professorinnen und Professoren</i>	67
WOLFGANG H.M. RAAB (Dekan) Die Medizinische Fakultät – Entwicklung der Lehre	77
THOMAS RUZICKA und CORNELIA HÖNER Das Biologisch-Medizinische Forschungszentrum	81
DIETER HÄUSSINGER Der Forschungsschwerpunkt Hepatologie	87
IRMGARD FÖRSTER, ERNST GLEICHMANN, CHARLOTTE ESSER und JEAN KRUTMANN Pathogenese und Prävention von umweltbedingten Erkrankungen des Immunsystems	101
MARKUS MÜSCHEN Illusionäre Botschaften in der malignen Entartung humaner B-Lymphozyten	115

Mathematisch-Naturwissenschaftliche Fakultät

<i>Dekanat</i>	127
<i>Neu berufene Professorinnen und Professoren</i>	129
PETER WESTHOFF (Dekan)	
Die Mathematisch-Naturwissenschaftliche Fakultät – Was hat das Jahr 2004 gebracht?	141
DIETER WILLBOLD	
Die Rolle des Forschungszentrums Jülich für die Mathematisch-Naturwissenschaftliche und die Medizinische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	147
DAGMAR BRUSS	
Verschränkt oder separabel? Moderne Methoden der Quanteninformationstheorie	155
STEPHANIE LÄER	
Arzneimitteltherapie bei Kindern – Eine Herausforderung besonderer Art für Forschung und Praxis	167
HILDEGARD HAMMER	
„Vor dem Abitur zur Universität“ – Studium für Schülerinnen und Schüler an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	183

Philosophische Fakultät

<i>Dekanat</i>	195
<i>Neu berufene Professorinnen und Professoren</i>	197
BERND WITTE (Dekan)	
Zur Lage von Forschung und Lehre an der Philosophischen Fakultät	203
WOLFGANG SCHWENTKER	
Geschichte schreiben mit Blick auf Max Weber: Wolfgang J. Mommsen	209
DETLEF BRANDES	
„Besinnungsloser Taumel und maßlose Einschüchterung“. Die Sudetendeutschen im Jahre 1938	221
ANDREA VON HÜLSEN-ESCH, HANS KÖRNER und JÜRGEN WIENER	
Kunstgeschichte an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf – Innovationen und Kooperationen	241
GERHARD SCHURZ	
Der Mensch – Ein Vernunftwesen? Kognition und Rationalität aus evolutionstheoretischer Sicht	249

RALPH WEISS	
Medien – Im blinden Fleck öffentlicher Beobachtung und Kritik?	265
REINHOLD GÖRLING	
Medienkulturwissenschaft –	
Zur Aktualität eines interdisziplinären Faches	279
BERND WITTE	
Deutsch-jüdische Literatur und literarische Moderne.	
Prolegomena zu einer deutsch-jüdischen Literaturgeschichte	293
Gastbeitrag	
WOLFGANG FRÜHWALD	
Das Geschenk, „nichts erklären zu müssen“.	
Zur Neugründung eines Instituts für Jüdische Studien	307
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät	
<i>Dekanat</i>	321
<i>Neu berufene Professorinnen und Professoren</i>	323
HEINZ-DIETER SMEETS und H. JÖRG THIEME (Dekan)	
Der Stabilitäts- und Wachstumspakt –	
Lästiges Übel oder notwendige Schranke?	325
GUIDO FÖRSTER	
Verlustverrechnung im Beteiligungskonzern	341
ALBRECHT F. MICHLER	
Die Effizienz der Fiskalpolitik in den Industrieländern	363
GERD RAINER WAGNER, RÜDIGER HAHN und THOMAS NOWAK	
Das „Montréal-Projekt“ – Wirtschaftswissenschaftliche	
Kompetenz im internationalen Studienwettbewerb	381
Juristische Fakultät	
<i>Dekanat</i>	393
<i>Neu berufene Professorinnen und Professoren</i>	395
HORST SCHLEHOFER (Dekan)	
Zehn Jahre Juristische Fakultät – Rückblick und Ausblick	397
ULRICH NOACK	
Publizität von Unternehmensdaten durch neue Medien	405
DIRK LOOSCHELDERS	
Grenzüberschreitende Kindesentführungen im Spannungsfeld	
von Völkerrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und	
nationalem Verfassungsrecht	423

RALPH ALEXANDER LORZ

- Die unmittelbare Anwendbarkeit des Kindeswohlvorzugs nach
Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention im nationalen Recht 437

**Gesellschaft von Freunden und Förderern der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e.V.**

OTHMAR KALTHOFF

- Jahresbericht 2004 459

Forschergruppen der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

SEBASTIAN LÖBNER

- Funktionalbegriffe und Frames – Interdisziplinäre Grundlagenforschung
zu Sprache, Kognition und Wissenschaft 463

HANS WERNER MÜLLER, FRANK BOSSE, PATRICK KÜRY, KERSTIN
HASENPUSCH-THEIL, NICOLE KLAPKA UND SUSANNE GRESCHAT

- Die Forschergruppe „Molekulare Neurobiologie“ 479

ALFONS SCHNITZLER, LARS TIMMERMANN, BETTINA POLLOK,
MARKUS PLONER, MARKUS BUTZ und JOACHIM GROSS

- Oszillatorische Kommunikation im menschlichen Gehirn 495

MARKUS UHRBERG

- Natürliche Killerzellen und die Regulation der KIR-Rezeptoren 509

**Institute an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf –
Das Deutsche Diabetes-Zentrum**

GUIDO GIANI, DIRK MÜLLER-WIELAND und WERNER A. SCHERBAUM
Das Deutsche Diabetes-Zentrum –

- Forschung und Klinik unter einem Dach 521

WERNER A. SCHERBAUM, CHRISTIAN HERDER und STEPHAN MARTIN
Interaktion von Inflammation, Lifestyle und Diabetes:

- Forschung an der Deutschen Diabetes-Klinik 525

DIRK MÜLLER-WIELAND und JÖRG KOTZKA

- Typ-2-Diabetes und Metabolisches Syndrom als Folgen einer
„entgleisten“ Genregulation: Forschung am Institut für Klinische
Biochemie und Pathobiochemie 533

GUIDO GIANI, HELMUT FINNER, WOLFGANG RATHMANN und
JOACHIM ROSENBAUER

- Epidemiologie und Public Health des Diabetes mellitus in Deutschland:
Forschung am Institut für Biometrie und Epidemiologie des Deutschen
Diabetes-Zentrums 537

Universitätsverwaltung

JAN GERKEN und HERMANN THOLE Moderne Universitätsplanung	547
---	-----

**Zentrale Einrichtungen der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf**

JAN VON KNOP und DETLEF LANNERT Gefahren für die IT-Sicherheit und Maßnahmen zu ihrer Abwehr	567
--	-----

MICHAEL WETTERN und JAN VON KNOP Datenschutz im Hochschulbereich	575
---	-----

IRMGARD SIEBERT und KLAUS PEERENBOOM Ein Projekt zur Optimierung der Selbstausleihe. Zur Kooperation der Universitäts- und Landesbibliothek Düsseldorf mit der 3M Deutschland GmbH	591
---	-----

SILVIA BOOCHS, MARCUS VAILLANT und MAX PLASSMANN Neue Postkartenserie der Universitäts- und Landesbibliothek Düsseldorf ...	601
--	-----

Geschichte der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

MAX PLASSMANN Autonomie und ministerielle Steuerung beim Aufbau der neuen Fakultäten der Universität Düsseldorf nach 1965	629
---	-----

Chronik der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

ROLF WILLHARDT Jahreschronik 2004	643
--	-----

Autorinnen und Autoren	657
-------------------------------------	-----

DIRK LOOSCHELDERS

Grenzüberschreitende Kindesentführungen im Spannungsfeld von Völkerrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht

Problemstellung

Scheitert eine Ehe, so wird der Kampf um das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder oft mit sehr großer Härte geführt. Bei gemischtnationalen Ehen kommt es in diesem Zusammenhang nicht selten dazu, dass ein nicht oder nicht allein sorgeberechtigter Elternteil das Kind gegen den Willen des (mit) sorgeberechtigten Elternteils in einen anderen Staat (meist den eigenen Heimatstaat) verbringt. Die Gründe für solche grenzüberschreitenden Kindesentführungen sind vielfältig. Bisweilen mag der „Entführer“ den Aufenthaltsort des Kindes bewusst in den anderen Staat verlegen, weil er hofft, dass dort eine für ihn günstigere Entscheidung über das Sorgerecht ergehen wird. Häufiger beruht die Entführung aber schlichtweg darauf, dass der betreffende Ehegatte (meistens die Ehefrau) zunächst dem anderen Ehegatten in dessen Heimatstaat gefolgt ist und nach dem Scheitern der Ehe aus persönlichen Gründen in seinen eigenen Heimatstaat zurückkehren möchte, ohne das Kind zurückzulassen.¹ Solche internationalen Kindesentführungen begründen für das Wohl des Kindes große Risiken, weil es aus seinem vertrauten räumlichen und kulturellen Umfeld herausgelöst wird und sich mit einer völlig neuen Umgebung (verbunden mit anderen Lebensgewohnheiten, Bezugspersonen, eventuell anderer Sprache und Religion usw.) konfrontiert sieht. In rechtlicher Hinsicht besteht darüber hinaus die Gefahr, dass der Entführer die Entscheidung über das Sorgerecht in seinem Sinne präjudiziert: Hat sich das Kind in der neuen Umgebung eingelebt, so widerspricht eine Entscheidung zugunsten des anderen Elternteils nämlich im Allgemeinen schon deshalb dem Wohl des Kindes, weil damit ein erneuter Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts verbunden wäre. Dies gilt umso mehr, als der Entführer in der Zwischenzeit meist ein besonders enges Vertrauensverhältnis zum Kind aufbauen kann, während dessen Beziehungen zum anderen Elternteil verblasen.² Die unrechtmäßige Entführung hat damit die Tendenz, sich zu einem rechtmäßigen Zustand zu verfestigen. Man spricht daher auch von „legal kidnapping“.³

Um diesen Gefahren zu begegnen, hat eine Vielzahl von Staaten (aktuell mehr als 70)⁴ das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ) ratifiziert, das für die Bundesrepublik Deutschland am 1. Dezember 1990 in Kraft getreten ist.⁵ Das HKÜ beruht auf dem Gedanken, dass Kin-

¹ Vgl. Klosinski (2000: 408); Mäsch (2002: 369) mit weiteren Nachweisen.

² Lüderitz (²⁷1999: Rn. 857).

³ V. Bar (1991: Rn. 335); v. Hoffmann und Thorn (⁸2005: § 8 Rn. 111).

⁴ Vgl. die Nachweise bei Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 59).

⁵ Bundesgesetzblatt 1990-II, 207. Die Problematik der internationalen Kindesentführungen wird außerdem durch das Luxemburger Europäische Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ) vom 20. Mai 1980 (BGBl. 1990-II,

desentführungen möglichst schnell rückgängig gemacht werden müssen, indem das Kind zu dem Elternteil zurückgebracht wird, dessen Sorgerecht durch das widerrechtliche Verhalten des anderen Elternteils verletzt worden ist.⁶ Dahinter steht die Annahme, dass die sofortige Rückführung dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁷ Das HKÜ verwirklicht damit den Auftrag des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Art. 11 Abs. 1) vom 20. November 1989,⁸ das rechtswidrige Verbringen von Kindern ins Ausland effektiv zu bekämpfen.

Neben diesen völkerrechtlichen Regelungen hat man bei grenzüberschreitenden Kindesentführungen das deutsche nationale Verfassungsrecht zu berücksichtigen, nach dem den Grundrechten der betroffenen Kinder ein besonderes Augenmerk zu schenken ist.⁹ Darüber hinaus nimmt in neuerer Zeit auch das Europäische Gemeinschaftsrecht Einfluss. Denn die am 1. März 2005 in Kraft getretene Neufassung der Brüssel-II-Verordnung vom 27. November 2003¹⁰ enthält einige Regeln, die das HKÜ in wesentlichen Punkten ergänzen oder modifizieren.¹¹ Das Zusammenspiel von Völkerrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht wird vor allem in solchen Fällen relevant, in denen man zweifeln kann, ob die sofortige Rückführung dem Kindeswohl wirklich am besten entspricht. Diese Problematik steht daher im Mittelpunkt der nachfolgenden Untersuchung.

Der Grundsatz der sofortigen Rückgabe des Kindes

Die Grundregel ist in Art. 12 Abs. 1 HKÜ normiert. Im Fall einer widerrechtlichen Kindesentführung ordnet das zuständige Gericht des Zufluchtsstaates danach die sofortige Rückgabe des Kindes an, sofern bei Eingang des Antrags auf Rückgabe des Kindes eine Frist von weniger als einem Jahr verstrichen ist. Ist der Antrag erst nach Ablauf der Jahresfrist eingegangen, so kann das Gericht die Rückgabe verweigern, wenn das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat. Dies setzt voraus, dass das Kind sich familiär, sozial und emotional vollständig in sein neues Umfeld eingefügt hat.¹² Im Gegenschluss folgt daraus, dass die Integration in das neue Umfeld der Rückgabe bei rechtzeitigem Eingang

220) geregelt, das für die Bundesrepublik Deutschland am 1. Dezember 1991 in Kraft getreten ist. HKÜ und ESÜ sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Da das HKÜ in der Praxis aber eindeutig im Vordergrund steht, soll auf das ESÜ hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. zum ESÜ etwa v. Bar (1991: Rn. 338); v. Hoffmann und Thorn (⁸2005: § 8 Rn. 119 f.); Kegel und Schurig (⁹2004: 942ff.); Kropholler (⁵2004: 397f.).

⁶ Siehe dazu Pérez-Vera (1989: 38, 47).

⁷ Vgl. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 632); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 65); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 61).

⁸ Bundesgesetzblatt 1992-II, 122. Das Übereinkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 5. April 1992 in Kraft getreten. Zu seiner Bedeutung für das deutsche Familienrecht vgl. Stöcker (1992: 245ff.); Kegel und Schurig (⁹2004: 951f.).

⁹ Vgl. BVerfGE 37, 217, 252; 79, 51, 66f.; BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 632); Klein (1997: 106ff.); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 66).

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Amtsblatt EG 2003 Nr. L 338, 1).

¹¹ Vgl. Schulz (2004: 2); Solomon (2004: 1409, 1416f.).

¹² OLG Karlsruhe, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (1995: 305, 306); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 76); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 84). Zum Sonderproblem des „Einlebens“ bei mehrfachem Aufenthaltswechsel im selben Staat vgl. Schulz (2002: 201ff.).

des Antrags für sich genommen nicht entgegensteht.¹³ Ein Konflikt mit dem Kindeswohl entsteht dadurch nicht. Denn die Integration des Kindes am neuen Aufenthaltsort stellt einen Umstand dar, der bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände (Art. 13, 20 HKÜ) berücksichtigt werden kann.

Die einzelnen Ausnahmetatbestände

Von der Grundregel der sofortigen Rückführung gibt es nur wenige Ausnahmen, die mit Rücksicht auf die Zielsetzung des Übereinkommens restriktiv ausgelegt werden müssen.¹⁴

Art. 13 Abs. 1 lit. a) HKÜ

Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a) HKÜ ist das zuständige Gericht des Zufluchtsstaates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn der Sorgeberechtigte das Sorgerecht zum Zeitpunkt der Entführung tatsächlich nicht ausgeübt hat. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b) HKÜ liegt in diesem Fall schon gar keine widerrechtliche Entführung vor. An die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts sind allerdings keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Sorgeberechtigte in irgendeiner Weise (z. B. durch Besuche oder Telefon) Kontakt zu dem Kind gehalten hat.¹⁵ Maßgeblich ist dabei die Erwägung, dass eine intensivere Ausübung des Sorgerechts bei Getrenntleben der Eltern häufig nicht möglich ist.¹⁶

Das Gericht kann die Rückgabe des Kindes nach Art. 13 Abs. 1 lit. a) HKÜ auch dann ablehnen, wenn der Sorgeberechtigte dem Aufenthaltswechsel zugestimmt oder ihn nachträglich genehmigt hat. Die Zustimmung darf nicht durch Täuschung erwirkt worden sein. Hat der Entführer dem Sorgeberechtigten vorgespiegelt, er wolle mit dem Kind in den Urlaub fahren oder Verwandte besuchen, so greift Art. 13 Abs. 1 lit. a) HKÜ nicht ein.¹⁷

Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ

Allgemeines

Der praktisch wichtigste Ausnahmetatbestand ist in Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ geregelt. Nach dieser Vorschrift kann der Entführer dem Antrag des Sorgeberechtigten entgegenhalten, dass die Rückgabe des Kindes mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Nach dem Zweck des HKÜ ist auch dieser Tatbestand eng auszulegen. Es genügt daher nicht, dass der andere Elternteil besser für das Kind sorgen kann. Denn hierüber hat allein das für den Sorgerechtsstreit zuständige Gericht im

¹³ OLG Hamm, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 370, 371).

¹⁴ Vgl. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1996: 1402); Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 1); v. Bar (1991: Rn. 337); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 65); Münchener Kommentar-Siehr (1998: Anhang II zu Art. 19 EGBGB Rn. 57).

¹⁵ OLG Dresden, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 1136, 1137); OLG Hamm, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 44, 45); OLG Rostock, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 46, 47); Bach und Gildenast (1999: Rn. 82); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 76).

¹⁶ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 3 HKÜ Rn. 18); Bach (1997: 1051, 1057).

¹⁷ OLG Bamberg, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 371).

Herkunftsstaat des Kindes¹⁸ zu entscheiden.¹⁹ Die mit dem erneuten Aufenthaltswechsel verbundenen Belastungen können ebenfalls nicht ausreichen; es muss vielmehr im Einzelfall eine ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohls drohen.²⁰

Kinderpsychologisches Gutachten

Ob das Gericht zur Feststellung einer solchen Beeinträchtigung ein kinderpsychologisches Gutachten einzuholen hat, ist streitig. Die herrschende Meinung lehnt die Einholung eines Gutachtens wegen der damit verbundenen Verlängerung des Verfahrens grundsätzlich ab.²¹ Hierfür spricht, dass die Vertragsstaaten nach Art. 2 S. 2 HKÜ gehalten sind, zur Verwirklichung der Ziele des Übereinkommens ihre schnellstmöglichen Verfahren anzuwenden. Diese Vorgabe wird durch Art. 11 Abs. 3 Unterabsatz 1 Brüssel-II-VO 2003 bekräftigt.²² Gleichzeitig verschärft Art. 11 Abs. 3 Unterabsatz 2 Brüssel-II-VO 2003 den Art. 11 Abs. 2 HKÜ dahin gehend, dass das Gericht seine Anordnung spätestens sechs Wochen nach der Befassung mit dem Antrag zu erlassen hat.²³ In dieser Zeit wird ein kinderpsychologisches Gutachten im Allgemeinen nicht einzuholen sein. Auf der anderen Seite gibt es jedoch immer wieder Fälle, in denen sich die mit der Rückführung des Kindes verbundenen Gefahren für das seelische Wohl des Kindes ohne ein kinderpsychologisches Gutachten nicht sachgemäß einschätzen lassen.²⁴ Hier muss das Interesse an einem möglichst zügigen Verfahren aus verfassungsrechtlichen Gründen gegenüber dem Kindeswohl zurücktreten. Dass sich das betroffene Kind im Kleinkindalter befindet, genügt allein allerdings nicht.²⁵ Es bedarf vielmehr konkreter Anhaltspunkte, die die Einholung eines Gutachtens im Einzelfall unerlässlich erscheinen lassen. Die Sechswochenfrist des Art. 11 Abs. 3 Unterabsatz 2 Brüssel-II-VO 2003 steht dem nicht entgegen, weil sie bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ überschritten werden darf.

Anhörung des Kindes

Art. 11 Abs. 2 Brüssel-II-VO 2003 ergänzt das HKÜ weiter dahin gehend, dass das Kind die Möglichkeit haben muss, während des Verfahrens gehört zu werden, sofern dies nicht aufgrund seines Alters und seines Reifegrades unangebracht erscheint. Dies geht über die verfassungsrechtliche Pflicht der deutschen Gerichte aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG hinaus, den Willen des Kindes bei der Sorgerechtsentscheidung zu berücksichtigen.²⁶ Denn bei dem

¹⁸ Vgl. Art. 10 Brüssel-II-VO 2003.

¹⁹ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 10ff.); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 87); Münchener Kommentar-Siehr (1998: Anhang II zu Art. 19 EGBGB Rn. 61); Soergel-Kegel (1996: Vor Art. 19 EGBGB Rn. 113); Kropholler (⁵2004: 395f.).

²⁰ Vgl. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 632); OLG Hamm, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2004: 723, 724f.); OLG Karlsruhe, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 1141); Bach und Gildenast (1999: Rn. 123); Kropholler (⁵2004: 396); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 87); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 79).

²¹ Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 9); Bach (1997: 1051, 1056); Bach und Gildenast (1999: Rn. 125); Siehr (2002: 199, 200); Staudinger (2000: 194, 199); dagegen Klosinski (2000: 408, 416); Winkler v. Mohrenfels (2002a: 372, 373).

²² Dazu Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 3).

²³ Zum Verhältnis von Art. 11 Abs. 2 HKÜ und Art. 11 Abs. 3 Unterabsatz 2 Brüssel-II-VO 2003 vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 11 HKÜ Rn. 3). Zu den verfahrensrechtlichen Besonderheiten siehe auch § 38 Abs. 1 S. 3 IntFamRVG (in Kraft seit 1. März 2005).

²⁴ Vgl. die eindrucksvollen Darstellungen bei Klosinski (2000: 408, 409ff.).

²⁵ Anderer Ansicht offenbar Winkler v. Mohrenfels (2002a: 372, 373).

²⁶ Dazu BVerfGE 55, 171, 182.

Verfahren nach dem HKÜ geht es gerade nicht um eine Sorgerechtsentscheidung.²⁷ Allerdings ist in der Literatur die Auffassung verbreitet, die Anhörungspflicht folge ohnehin schon aus Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ,²⁸ Art. 6, 8 der Europäischen Konvention zum Schutze des Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) und Art. 12 UN-Kinderschutzkonvention.²⁹ Im Übrigen ist in § 50b des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898 (FGG) eine einfachgesetzliche Anhörungspflicht verankert, die auch für Verfahren nach dem HKÜ gilt.³⁰

Ab welchem Alter die Anhörung des Kindes geboten ist, lässt sich Art. 11 Abs. 2 Brüssel-II-VO 2003 nicht eindeutig entnehmen. Man kann sich aber an den zu § 50b FGG entwickelten Grundsätzen orientieren. Hiernach kommt eine Anhörung schon bei kleineren Kindern (etwa ab dem 3. Lebensjahr) in Betracht.³¹ Solche Kinder mögen zwar nicht die notwendige Reife haben, um ihre Wünsche zum Ausdruck zu bringen. Der Richter kann sich durch die Anhörung aber einen persönlichen Eindruck von den Empfindungen des Kindes verschaffen,³² was für die Entscheidung über das Vorliegen eines Ausnahmestatsbestands nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ bzw. die Notwendigkeit der Einholung eines Gutachtens wichtig ist.

Mögliche Ablehnungsgründe und Schutzmaßnahmen

Die schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens liegt jedenfalls dann vor, wenn dem Kind im Herkunftsland physische oder psychische Misshandlungen, namentlich durch den Sorgeberechtigten selbst, drohen.³³ Ob dies der Fall ist, kann das Gericht des Zufluchtsstaates in dem gebotenen zügigen Verfahren häufig nur schwer einschätzen. Es besteht daher die Gefahr, dass sich das Verfahren entweder über Gebühr verzögert³⁴ oder dass das Gericht eine inhaltlich bedenkliche Entscheidung trifft, sei es, dass es die Rückführung vorschnell ablehnt oder dass es sie nach dem Schutzzweck des HKÜ anordnet, obwohl ernsthafte Risiken für das Wohl des Kindes nicht auszuschließen sind.³⁵ Für solche Fälle schafft Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 im Verhältnis zwischen den EU-Staaten Abhilfe. Das Gericht darf hiernach die Rückgabe des Kindes nicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ verweigern, wenn nachgewiesen ist, dass angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes im Herkunftsland zu gewährleisten. Der europäische Verordnungsgeber zielt damit auf eine – nach Art. 36 HKÜ zulässige – Einschränkung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ ab.³⁶ Die Gerichte des Zufluchtsstaates sollten

²⁷ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 633).

²⁸ Vgl. dazu Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 2) mit weiteren Nachweisen.

²⁹ Coester-Waltjen (2005: 241, 247).

³⁰ Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 28); Schulz (2003: 1351); anderer Ansicht OLG Stuttgart, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 374, 375).

³¹ So auch Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 28).

³² Vgl. die Argumentation von Engelhardt in Keidel *et al.* (¹⁵2003: § 50b FGG Rn. 11).

³³ Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Rn. 8); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 87); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 79); Bach und Gildenast (1999: Rn. 135). Zu Einzelbeispielen vgl. OLG Schleswig, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 1426): sexueller Missbrauch; OLG München, *Der Amtsvormund* (2000: 1157): körperliche Züchtigung.

³⁴ Vgl. zu dieser Problematik OLG Schleswig, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 1426).

³⁵ Bedenklich insoweit OLG München, *Der Amtsvormund* (2000: 1157).

³⁶ Zum Zweck der Vorschrift vgl. Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 4).

diese Möglichkeit aber auch dann nutzen, wenn sie die unbedingte Rückgabe des Kindes ansonsten unter Inkaufnahme bestimmter Risiken angeordnet hätten.

Eine solche Verknüpfung der Rückgabe mit der Vornahme bestimmter Schutzvorkehrungen wird im angloamerikanischen Rechtskreis bereits seit längerem praktiziert (so genannte *undertakings*).³⁷ In den kontinentaleuropäischen Ländern stand dagegen bislang das Alles-oder-nichts-Prinzip im Vordergrund, weil die rechtliche Grundlage für „bedingte“ Rückgabeanordnungen zweifelhaft erschien.³⁸ Nach neuem Recht kann die Rückgabe insbesondere mit der Bedingung verknüpft werden, dass das Gericht des Herkunftslandes dem Antragsteller ein Kontaktverbot mit dem Kind auferlegt, wenn körperliche Misshandlungen oder sexueller Missbrauch nicht auszuschließen sind.³⁹ Die Entscheidung über die Rückgabe wird hierdurch in Grenzfällen beträchtlich erleichtert. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Verknüpfung der Rückgabeentscheidung mit Schutzanordnungen komme auch im Verhältnis zu Nicht-EU-Staaten in Betracht, weil die Rechtsgrundlage letztlich im HKÜ selbst zu finden sei.⁴⁰ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Da die vollständige Verweigerung der Rückgabe nach den Wertungen des HKÜ *Ultima Ratio* ist, sind „bedingte“ Rückgabeanordnungen als milderer Mittel zum Schutz des Kindes wohl zulässig. Praktisch besteht jedoch das Problem, dass die Verwirklichung solcher Anordnungen eine intensive Zusammenarbeit zwischen den Gerichten oder Behörden der beteiligten Staaten voraussetzt, was im Verhältnis zu Drittstaaten nicht immer gewährleistet ist.⁴¹

Ein weiterer möglicher Grund für die Ablehnung der Rückgabe liegt darin, dass es sich bei dem Entführten um ein sehr kleines Kind handelt, das durch die Rückführung von seiner wichtigsten Bezugsperson (regelmäßig die Mutter) getrennt würde, weil diese aus bestimmten Gründen (mangelnde finanzielle Mittel, drohende Strafverfolgung, Furcht vor Gewalttätigkeiten des Antragstellers) nicht bereit oder in der Lage ist, das Kind in das Herkunftsland zu begleiten. Die Rechtsprechung legt insoweit aber sehr strenge Maßstäbe an. Maßgeblich ist die Erwägung, dem Entführer sei die Rückkehr in den Herkunftsstaat grundsätzlich zumutbar. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Bezugsperson bei Rückkehr wegen der Entführung Strafverfolgung oder Haft drohen.⁴² Die restriktive Haltung der Gerichte beruht auf der generalpräventiven Erwägung, der Entführer dürfe sich den Grund für die Ablehnung der Rückgabe nicht selbst schaffen können.⁴³ Gleichwohl bleiben Bedenken, weil das missbräuchliche Verhalten des Entführers keine Beeinträchtigung des verfas-

³⁷ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 19). Ausführlich zu den *undertakings* Mäsch (2002: 1069ff.); vgl. dazu auch Siehr (2002: 199f.).

³⁸ Vgl. Schulz (2003: 1351, 1353).

³⁹ Schulz (2003: 1351, 1353); Gruber (2005: 293, 300).

⁴⁰ So Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 19); Mäsch (2002: 1069, 1072).

⁴¹ Zur Durchsetzung von *undertakings* vgl. Mäsch (2002: 1069, 1073ff.); Winker v. Mohrenfels (2002a: 372, 375).

⁴² Vgl. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1997: 3301, 3302; 1999: 631, 632); OLG Dresden, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 1136, 1138); KG, *Der Amtsvormund* (2000: 1154); OLG Schleswig, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2000: 1426); OLG Zweibrücken, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2001: 643); Münchener Kommentar-Siehr (1998: Anhang II zu Art. 19 EGBGB Rn. 61a); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 79); einschränkend OLG Rostock, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 46, 48); Winkler v. Mohrenfels (2002a: 372ff.).

⁴³ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 14); Bach (1997: 1051, 1056); Staudinger (2000: 194, 196).

sungsrechtlich geschützten Kindeswohls rechtfertigen kann.⁴⁴ Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 eröffnet auch hier neue Möglichkeiten. So kann die Rückgabe des Kindes unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die Behörden des Herkunftsstaates den Haftbefehl gegen den Entführer aufheben⁴⁵ oder ein Kontaktverbot erlassen, das neben dem Kind auch die Mutter vor möglichen Gewalttätigkeiten des Antragstellers schützt.⁴⁶ Die Mutter muss somit nicht mehr darauf verwiesen werden, sich vor Ort selbst um gerichtlichen Schutz vor drohenden Belästigungen durch den Vater des Kindes zu bemühen.⁴⁷ Darüber hinaus kann dem Antragsteller aufgegeben werden, den Entführer im Herkunftsland finanziell zu unterstützen.⁴⁸

Das Problem wechselseitiger Kindesentführungen

Besondere Probleme bereitet die Beurteilung gegenläufiger Rückführungsanträge bei wechselseitigen Kindesentführungen. Hier geht es darum, dass ein mit sorgeberechtigter Elternteil das Kind eigenmächtig in den Herkunftsstaat zurückbringt, aus dem der andere mit sorgeberechtigte Elternteil es zuvor entführt hat. Nach der Rechtsprechung des BVerfG passt der Mechanismus der Art. 12 und 13 HKÜ – Grundsatz der sofortigen Rückgabe mit engen Ausnahmetatbeständen – in diesem Fall nicht, weil die vom HKÜ bezweckte Verstetigung des Kindesaufenthalts durch die hiernach gebotene Befolgung beider Anträge verfehlt würde. Da weitere Ortswechsel des Kindes aus verfassungsrechtlichen Gründen zu vermeiden seien, müsse der Richter prüfen, ob die Rückführung wirklich dem Wohl des Kindes entspricht. Dabei könne er sich ausnahmsweise von sorgerechtlichen Maßstäben leiten lassen.⁴⁹

Der Ansatz des BVerfG ist aus methodischer Sicht problematisch, weil völkerrechtliche Verträge in allen Vertragsstaaten nach einheitlichen Grundsätzen autonom auszulegen sind;⁵⁰ eine Auslegung „im Lichte des nationalen Verfassungsrechts“⁵¹ scheint damit schwer vereinbar.⁵² Der Widerspruch löst sich jedoch auf, wenn man die allgemeinen Regeln der verfassungskonformen Auslegung beachtet. Diese setzt nämlich voraus, dass die für den betreffenden Bereich maßgeblichen methodischen Grundsätze (mindestens) zwei Auslegungsmöglichkeiten zulassen, von denen die eine verfassungswidrig und die andere verfassungskonform ist.⁵³ Für die vorliegende Problematik folgt daraus, dass der Rechtsanwender zunächst feststellen muss, ob nach den bei völkerrechtlichen Verträgen maßgeblichen Auslegungsgrundsätzen mehrere Verständnismöglichkeiten bestehen; so-

⁴⁴ Vgl. Klein (1997: 106, 109); Winkler v. Mohrenfels (2002a: 372, 373).

⁴⁵ Vgl. hierzu schon vor In-Kraft-Treten des Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 OLG Rostock, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002: 46).

⁴⁶ Vgl. Schulz (2003: 1351, 1353; 2004: 2, 3); Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 16).

⁴⁷ So aber noch BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 2173, 2174).

⁴⁸ Zu dieser Möglichkeit Mäsch (2002: 1069, 1070).

⁴⁹ Vgl. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 633; 1999: 2175, 2176); Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 3 HKÜ Rn. 32); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 88); Palandt-Heldrich (2005: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 79); v. Hoffmann und Thorn (⁸2005: § 8 Rn. 118).

⁵⁰ Zur Unabhängigkeit der Auslegung internationalen Einheitsrechts von den nationalen Methodenlehren vgl. Gruber (2004: 62ff.).

⁵¹ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631, 632).

⁵² Kritisch deshalb Staudinger (2000: 194).

⁵³ Anwaltkommentar-Looschelders (2005: Anhang zu § 133 BGB Rn. 28). Ausführlich zu den methodischen Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung Looschelders und Roth (1996: 177ff.).

fern dies der Fall ist, kann die verfassungskonforme Auslegung eingreifen.⁵⁴ Die Verfasser des HKÜ haben das Problem der gegenläufigen Rückführungsanträge nicht gesehen. Insofern besteht also eine Lücke, die nach den Wertungen des deutschen Verfassungsrechts gefüllt werden darf. Es bleibt zwar der Einwand, dass die vom HKÜ intendierte Verfahrensbeschleunigung durch eine ausführliche Prüfung des Kindeswohls verfehlt wird.⁵⁵ Dies muss jedoch zur Vermeidung eines weiteren Hin und Her in Kauf genommen werden.

Die Brüssel-II-VO 2003 trifft für das Problem der gegenläufigen Rückführungsanträge keine eigenständigen Regelungen. Zu beachten ist aber, dass wechselseitige Kindesentführungen in der Praxis vor allem durch unzureichende Kooperation zwischen den Gerichten und Behörden der beteiligten Staaten provoziert werden. Besonders deutlich wird dies in dem bekannten Fall Tiemann, in dem die französischen Gerichte entgegen Art. 16 HKÜ eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten der französischen Mutter getroffen hatten, obwohl in Deutschland ein Sorgerechtsverfahren bereits anhängig war und der deutsche Vater einen Rückgabeantrag gestellt hatte.⁵⁶ Diese Situation kann auf der Grundlage der Brüssel-II-VO 2003 nicht mehr eintreten. Denn zum einen hängt die Zuständigkeit für die Sorgerechtsentscheidung nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel-II-VO 2003 vom gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum *Zeitpunkt der Antragstellung* ab; eine spätere Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts ist also unerheblich.⁵⁷ Fand die Kindesentführung vor Antragstellung statt, so wird die Begründung einer neuen internationalen Zuständigkeit für die Sorgerechtsentscheidung durch Art. 10 Brüssel-II-VO 2003 erschwert.⁵⁸ Der andere Elternteil muss damit nicht fürchten, dass der Entführer durch sein widerrechtliches Verhalten die Zuständigkeit für das Sorgerechtsverfahren beeinflussen kann. Verweigern die Gerichte des Zufluchtsstaates nach Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ die Rückführung des Kindes, besteht außerdem die Möglichkeit, dass die Gerichte des Herkunftsstaates gleichwohl die Rückführung anordnen (Art. 11 Abs. 8 Brüssel-II-VO 2003).⁵⁹ Eine Rückentführung wegen verweigerten Rechtsschutzes im Zufluchtsstaat kommt damit praktisch nicht mehr in Betracht.

Art. 13 Abs. 2 HKÜ

Gemäß Art. 13 Abs. 2 HKÜ kann das Gericht die Rückgabe auch dann ablehnen, wenn das Kind sich dem widersetzt und die Berücksichtigung seiner Meinung nach Alter und Reife gerechtfertigt erscheint. Eine feste Altergrenze lässt sich dabei nicht aufstellen;⁶⁰ entscheidend ist letztlich immer, welche Reife das Kind im Einzelfall erreicht hat.⁶¹ Da es – anders als bei Art. 11 Abs. 2 Brüssel-II-VO 2003 – nicht nur darum geht, dass der Richter sich einen persönlichen Eindruck über das Kind verschafft, muss der Wille von Kleinkindern

⁵⁴ So auch Staudinger (2000: 194, 195).

⁵⁵ V. Hoffmann und Thorn (⁸2005: § 8 Rn. 118).

⁵⁶ Vgl. dazu BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999: 631; 1999: 2165; 1999: 3621); Coester-Waltjen (1999: 462, 464); Staudinger (2000: 194ff.). Zu den divergierenden Entscheidungen der deutschen und französischen Gerichte in diesem Fall vgl. *Deutsches und Europäisches Familienrecht* (1999: 55ff.).

⁵⁷ Vgl. Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anh. I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 8 EheVO 2003 Rn. 3).

⁵⁸ Vgl. Schulz (2004: 2, 4).

⁵⁹ Vgl. Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 8).

⁶⁰ Pérez-Vera (1989: 38, 42); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 89); Soergel-Kegel (1996: Vor Art. 19 EGBGB Rn. 113a).

⁶¹ Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 21, 23); Winkler v. Mohrenfels (2002b: 1527, 1532f.).

aber generell außer Betracht bleiben.⁶² Dagegen kann die Meinung von sieben- bis zehnjährigen Kindern durchaus beachtlich sein.⁶³ Der Richter wird hierdurch aber nicht gebunden, sondern hat selbst zu entscheiden, welche Bedeutung dem Willen des Kindes im Einzelfall zukommt.⁶⁴ Im Konfliktfall hat das Wohl des Kindes den Vorrang.⁶⁵ Im Übrigen kann das Gericht die Rückgabeentscheidung mit zusätzlichen Anordnungen verknüpfen, um den berechtigten Einwänden des Kindes Rechnung zu tragen. Hieran ist etwa zu denken, wenn das Kind nicht ohne den Entführer in den Herkunftsstaat zurückkehren oder nicht in unmittelbarem Kontakt zum Antragsteller treten will. Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 2 HKÜ zwar nicht unmittelbar anwendbar; sein Rechtsgedanke gilt aber auch hier.

Art. 20 HKÜ

Nach Art. 20 HKÜ kann die Rückgabe des Kindes schließlich auch mit Rücksicht auf die im Zufluchtsstaat geltenden Grundwerte über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verweigert werden. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Vorbehaltsklausel, die aber wesentlich enger als Art. 6 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 (EGBGB) auszulegen ist.⁶⁶ Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang insbesondere die Grundrechte und die Menschenrechte der EMRK. Da die Grund- und Menschenrechte des Kindes bereits im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HKÜ zu berücksichtigen sind, kommt Art. 20 HKÜ in der Praxis aber keine große Bedeutung zu.⁶⁷ Art. 13 Abs. 1 lit. b) erfasst allerdings nur den Fall, dass die *Rückgabe* mit Gefahren für das Kind verbunden ist. Steht zu erwarten, dass die Gerichte des Herkunftslandes sich bei der *Entscheidung über das Sorgerecht* nicht am Wohl des Kindes, sondern an grundrechtswidrigen Kriterien (z. B. Diskriminierung des Entführers wegen Staatsangehörigkeit, Geschlecht, Religionszugehörigkeit) orientieren werden, so ist die Vorschrift nicht anwendbar; hier muss daher auf Art. 20 HKÜ zurückgegriffen werden.⁶⁸ Ein Verstoß gegen die Menschenrechte und Grundfreiheiten des Kindes kommt darüber hinaus in Betracht, wenn das Kind gegen seinen Willen in den Herkunftsstaat zurückgebracht werden müsste.⁶⁹ Für diesen Fall hat die speziellere Vorschrift des Art. 13 Abs. 2 HKÜ aber Vorrang.

Ob der Richter im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU auf Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 zurückgreifen kann, wenn die Voraussetzungen des Art. 20 HKÜ vorliegen, erscheint fraglich. Dagegen spricht, dass Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 den Art. 20 HKÜ nicht ausdrücklich in Bezug nimmt. Die Nichterwähnung des Art. 20 HKÜ dürfte jedoch auf der Annahme beruhen, dass ein Verstoß gegen die Menschenrechte und

⁶² Vgl. Bach (1997: 1051, 1057): Keine Berücksichtigung des Willens von vierjährigen Kindern.

⁶³ BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift (1999: 3622); Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Rn. 22); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 89); Winkler v. Mohrenfels (2002b: 1527, 1533); kritisch Staudinger (2000: 194, 200).

⁶⁴ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 13 HKÜ Rn. 23).

⁶⁵ Winkler v. Mohrenfels (2002b: 1527, 1529).

⁶⁶ Vgl. Pérez-Vera (1989: 38, 43); Erman-Hohloch (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 48).

⁶⁷ Vgl. Bach und Gildenast (1999: Rn. 151); Looschelders (2004: Anhang zu Art. 24 EGBGB Rn. 91).

⁶⁸ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2005: Anhang IV zu Art. 24 EGBGB Art. 20 HKÜ Rn. 4).

⁶⁹ So Münchener Kommentar-Siehr (1998: Anhang II zu Art. 19 EGBGB Rn. 79).

Grundfreiheiten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU schwer denkbar ist.⁷⁰ Insbesondere kann davon ausgegangen werden, dass die Sorgerechtsentscheidung in einem rechtsstaatlichen, am Kindeswohl orientierten Verfahren ergeht. Sollten die Voraussetzungen des Art. 20 HKÜ ausnahmsweise doch zu bejahen sein, ist Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 analog anzuwenden.⁷¹ Denn auch mit Blick auf Art. 20 HKÜ gilt der dem Art. 11 Abs. 4 Brüssel-II-VO 2003 zugrunde liegende Grundsatz, dass die Verweigerung der Rückgabe *Ultima Ratio* sein muss.

Verhältnis von Rückführungs- und Sorgeentscheidung

Der heikelste Punkt bei der gemeinschaftsrechtlichen Ergänzung des HKÜ ist das Verhältnis von Rückführungs- und Sorgerechtsentscheidung, das durch Art. 11 Abs. 6-8 Brüssel-II-VO 2003 geregelt wird. Der europäische Verordnungsgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Kindesentführung die Zuständigkeit der Gerichte des Herkunftsstaates für die Sorgerechtsentscheidung grundsätzlich nicht berührt.⁷² Haben die Gerichte des Zufluchtsstaates die Rückgabe des Kindes abgelehnt, so müssen sie den zuständigen Stellen des Herkunftsstaates Mitteilung machen; diese haben die Parteien zu informieren und zur Einreichung von Sorgerechtsanträgen einzuladen. Ordnen die Gerichte des Herkunftsstaates dann im Rahmen der Sorgerechtsentscheidung die Rückgabe des Kindes an, so tritt die auf Art. 13 HKÜ gestützte Ablehnung der Rückgabe durch die Gerichte des Zufluchtsstaates zurück.⁷³ Die Entscheidung der Gerichte des Herkunftsstaates wird im Zufluchtsstaat nach Art. 40 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 Brüssel-II-VO 2003 anerkannt und ist dort vollstreckbar, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf. Während Entscheidungen über die elterliche Verantwortung nach allgemeinen Grundsätzen bei offensichtlichem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gemäß Art. 23 lit. a) Brüssel-II-VO 2003 nicht anerkannt werden, bleibt hier also für die *ordre public*-Prüfung kein Raum.⁷⁴

Der Vorrang der Sorgerechtsentscheidung wird damit gerechtfertigt, dass die Ablehnung der Rückgabe nach Art. 13 HKÜ auf einer summarischen Prüfung beruht, die sich gerade nicht mit der Frage beschäftigt, welcher Elternteil am besten für das Kind sorgen kann.⁷⁵ In der Literatur wird gleichwohl die Gefahr einer Konfrontation zwischen den beteiligten Gerichten gesehen. Maßgeblich ist dabei die Erwägung, dass die Ablehnung der Rückgabe nur aus schwerwiegenden Gründen erfolgen darf, die aus Sicht der Gerichte des Zufluchtsstaates nicht immer entkräftet sein mögen.⁷⁶ Denkbar sei außerdem, dass die Gerichte des Herkunftsstaates dem Willen des Kindes weniger Beachtung schenken als die Gerichte des Zufluchtsstaates.⁷⁷

⁷⁰ Das Gleiche dürfte im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten von Amerika gelten (vgl. OLG Frankfurt am Main, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1994: 1339).

⁷¹ So auch Solomon (2004: 1409, 1416).

⁷² Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 7f.). Zur internationalen Zuständigkeit für die Sorgerechtsentscheidung siehe auch oben bei Fn. 56.

⁷³ Vgl. v. Hoffmann und Thorn (⁸2005: § 8 Rn. 118a); Gruber (2005: 293, 300).

⁷⁴ Vgl. Anwaltkommentar-Benicke (2004: Anh. I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 45 EheVO 2003 Rn. 3).

⁷⁵ Schulz (2004: 2, 3); Solomon (2004: 1409, 1417); siehe dazu auch oben bei Fn. 18.

⁷⁶ So Coester-Waltjen (2005: 241, 247).

⁷⁷ Mc Eleavy (2004: 503, 510).

Diese Bedenken sind gewiss beachtlich. Wenn die internationale Zuständigkeit für die Sorgerechtsentscheidung durch die Kindesentführung unberührt bleibt, so ist es aber nur konsequent, der Sorgerechtsentscheidung Vorrang gegenüber der ablehnenden Rückgabeentscheidung der Gerichte des Zufluchtsstaates einzuräumen. Dies gilt umso mehr, als damit ein gewichtiger Anreiz für wechselseitige Kindesentführungen entfällt.⁷⁸ Zu beachten ist außerdem, dass nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel-II-VO 2003 einige Mindestvoraussetzungen zu wahren sind. So muss dem Kind (soweit angebracht) und den Parteien rechtliches Gehör gewährt worden sein. Erforderlich ist außerdem, dass das Gericht des Herkunftsstaates die Gründe und Beweismittel berücksichtigt hat, die der nach Art. 13 HKÜ ergangenen Entscheidung der Gerichte des Zufluchtsstaates zugrunde liegen. Hier sollten die Gerichte des Herkunftsstaates mit großer Sorgfalt argumentieren, damit ihre Entscheidungen von den Gerichten des Zufluchtsstaates akzeptiert werden können.

Der Vorrang der Sorgerechtsentscheidung im Herkunftsstaat gegenüber der negativen Rückgabeentscheidung im Zufluchtsstaat bezieht sich nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 8 Brüssel-II-VO 2003 nur auf den Fall, dass die Rückgabe des Kindes nach Art. 13 HKÜ verweigert worden ist. Dem ist jedoch der Fall gleichzustellen, dass die Gerichte des Zufluchtsstaates die Rückgabe nach Art. 12 Abs. 2 HKÜ wegen Ablaufs der Jahresfrist abgelehnt haben.⁷⁹ Problematisch ist dagegen, ob Art. 11 Abs. 8 Brüssel-II-VO 2003 auch gegenüber Entscheidungen nach Art. 20 HKÜ Anwendung finden kann. Die herrschende Meinung bejaht dies mit der Erwägung, es fehle an einem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung.⁸⁰ Zu beachten ist jedoch, dass die Rückgabe nach Art. 20 HKÜ nur in besonders schwerwiegenden Fällen – nämlich bei Verletzung von Grund- und Menschenrechten – verweigert werden darf. Hier lässt es sich aus verfassungsrechtlichen Gründen – insbesondere mit Rücksicht auf das Kindeswohl – nicht rechtfertigen, ausländischen Sorgerechtsentscheidungen Vorrang einzuräumen, ohne den eigenen Gerichten die Prüfung zu erlauben, ob ein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt. Bei der gebotenen restriktiven Auslegung des Art. 20 HKÜ dürfte dieser Einschränkung aber keine praktische Bedeutung zukommen. Dass sich die Gerichte des Zufluchtsstaates verstärkt auf Art. 20 HKÜ stützen könnten, um eine Anwendung von Art. 11 Abs. 8 in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 lit. b), 42 Brüssel-II-VO 2003 zu vermeiden, rechtfertigt schon deshalb keine abweichende Beurteilung, weil der Erfolg der Brüssel-II-VO 2003 ohnehin von der loyalen und vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten abhängt. Missbräuche dürfen also weder den Gerichten des Herkunftsstaates noch denen des Zufluchtsstaates unterstellt werden.

Fazit

Die vorstehenden Darlegungen haben gezeigt, dass die Probleme der grenzüberschreitenden Kindesentführungen nur im Zusammenwirken von Völkerrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht gelöst werden können. Alle drei Rechtsmaterien stellen das Kindeswohl in den Vordergrund. Dabei handelt es sich zwar

⁷⁸ Siehe dazu oben bei Fn. 58.

⁷⁹ Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 8); Gruber (2005: 293, 300); Solomon (2004: 1409, 1417).

⁸⁰ Vgl. Anwaltkommentar-Gruber (2005: Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB Art. 11 EheVO 2003 Rn. 8) mit weiteren Nachweisen.

um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der unterschiedlichen Konkretisierungen zugänglich ist. Bei grenzüberschreitenden Kindesentführungen besteht jedoch Übereinstimmung darin, dass die sofortige Rückführung dem Wohl des Kindes regelmäßig am besten entspricht. Im Einzelfall kann diese Leitlinie für die Betroffenen zwar zu Härten führen. Die Brüssel-II-VO 2003 schafft insoweit jedoch einige wesentliche Verbesserungen. Dies gilt insbesondere für die Abkehr vom Alles-oder-nichts-Prinzip bei der Rückgabeentscheidung sowie die Statuierung einer klaren Zuständigkeitsordnung, die divergierende Entscheidungen vermeidet und damit den Anreiz für „Rückentführungen“ nimmt. Positiv zu bewerten ist auch der Vorrang der Sorgerechtsentscheidung im Herkunftsstaat gegenüber der Ablehnung der Rückgabe im Zufluchtsstaat. Eine Ausnahme gilt nach der hier vertretenen Auffassung zwar für den Fall, dass die Ablehnung der Rückgabe auf Art. 20 HKÜ gestützt worden ist. Die Gerichte sind aber gehalten, diesen Vorbehalt im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU besonders zurückhaltend anzuwenden. Von daher ist zu erwarten, dass die Zahl der grenzüberschreitenden Kindesentführungen im Anwendungsbereich der Brüssel-II-VO 2003 künftig weiter abnehmen wird.

Literatur

- BACH, Albert. „Das Haager Kindesentführungsübereinkommen in der Praxis“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (1997), 1051-1059.
- BACH, Albert und Birgit GILDENAST. *Internationale Kindesentführung*. Bielefeld 1999.
- VON BAR, Christian. *Internationales Privatrecht*. Bd. 2: *Besonderer Teil*. München 1991.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar. „Anmerkung zu der Entscheidung des BVerfG vom 29.10.1998 (2 BvR 1206/98)“, *Juristenzeitung* (1999), 462-464.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar. „Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung ‚Brüssel IIa‘“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2005), 241, 248.
- DAUNER-LIEB, Barbara, Thomas HEIDEL und Gerhard RING. *Anwaltkommentar BGB*. Bd. 1: *Allgemeiner Teil mit EGBGB*. Bearbeitet von Christoph BENICKE, Urs GRUBER, Dirk LOOSCHELDERS *et al.* Bonn 2005.
- ERMAN, Walter. *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bearbeitet von Gerhard HOHLOCH *et al.* Münster ¹¹2004.
- GRUBER, Urs. *Methoden des internationalen Einheitsrechts*. Tübingen 2004.
- GRUBER, Urs. „Die neue EheVO und die deutschen Ausführungsgesetze“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2005), 293-300.
- VON HOFFMANN, Bernd und Karsten THORN. *Internationales Privatrecht*. München ⁸2005.
- KEGEL, Gerhard und Klaus SCHURIG. *Internationales Privatrecht*. München ⁹2004.
- KEIDEL, Theodor, Joachim KUNTZE und Karl WINKLER. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*. München ¹³2003.
- KLEIN, Eckart. „Kindesentführung, Kindeswohl und Grundgesetz“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (1997), 106-109.
- KLOSINSKI, Gunther. „Kinderpsychiatrische Begutachtung im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKiEntÜ)“, *Familie und Recht* (2000), 408-416.
- KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. Tübingen ⁵2004.
- LOOSCHELDERS, Dirk und Wolfgang ROTH. *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*. Berlin 1996.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB*. Berlin u. a. 2004.

- LÜDERITZ, Alexander. *Familienrecht*. München ²⁷1999.
- MÄSCH, Gerald. „Grenzüberschreitende‘ Undertakings und das Haager Kindesentführungsabkommen aus deutscher Sicht“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2002), 1069-1078.
- MC ELEAVY, Peter. „Brussels II Bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition“, *The International and Comparative Law Quarterly* (2004), 503-512.
- PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bearbeitet von Andreas HELDRICH *et al.* München ⁶⁴2005.
- PÉREZ-VERA, Elisa. „Erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung“, Drucksache des Deutschen Bundestags 11/5314, 38. Bonn 1989.
- REBMANN, Kurt, Franz Jürgen SÄCKER und Roland RIXECKER (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10. Bearbeitet von Kurt SIEHR *et al.* München ³1998.
- SCHULZ, Andrea. „Zum Aufenthaltswechsel des Antragstellers im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2002), 201-207.
- SCHULZ, Andrea. „Die Zeichnung des Haager Kinderschutz-Übereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel IIA-Verordnung“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2003), 1351-1354.
- SCHULZ, Andrea. „Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel IIA) – eine Einführung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Beilage zu Heft 18 (2004), 2-5.
- SIEHR, Kurt. „Desavouierung des Haager Kindesentführungsübereinkommens“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2002), 199-200.
- SOERGEL, Theodor. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 10: *Einführungsgesetz*. Bearbeitet von Gerhard KEGEL *et al.* Stuttgart u. a. ¹²1996.
- SOLOMON, Dennis. „Brüssel IIA‘ – Die neuen europäischen Regeln zum internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (2004), 1409-1419.
- STAUDINGER, Ansgar. „Die neuen Leitlinien zum Haager Kindesentführungsübereinkommen“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2000), 194-202.
- STÖCKER, Hans A. „Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (1992), 245-252.
- WINKLER VON MOHRENFELS, Peter. „Von der Konfrontation zur Kooperation: Das europäische Kindesentführungsrecht auf neuem Wege“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2002a), 372-375.
- WINKLER VON MOHRENFELS, Peter. „Der Kindeswille im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens“, in: Rolf SCHÜTZE (Hrsg.). *Einheit und Vielfalt des Rechts. Festschrift für Reinhold Geimer*. München 2002b, 1527-1538.

