



**Das Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die  
zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und die  
(rechtlichen) Möglichkeiten der Einbeziehung von Mediation**

Diplomarbeit  
zur Erlangung des akademischen Grades  
Mag.<sup>a</sup> iur. der Rechtswissenschaften  
im Diplomstudium  
Rechtswissenschaften

Eingereicht von:  
Kathrin Blaim

Angefertigt am:  
Institut für Europarecht

Beurteiler:  
Assoz. Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler

April 2015

## Eidstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

April 2015

.....

Kathrin Blaim

# Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>Definition „internationale Kindesentführung“ iSd HKÜ</b> .....	<b>6</b>
<b>III.</b>	<b>Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung von 1980</b> .....	<b>8</b>
	A. Zielsetzung des HKÜ .....	8
	B. Anwendungsbereich .....	10
	1. Persönlicher Anwendungsbereich.....	10
	2. Räumlicher Anwendungsbereich .....	10
	3. Sachlicher Anwendungsbereich.....	11
	4. Definition des Anwendungserfordernisses „gewöhnlicher Aufenthalt“ .....	12
	5. Definition des Anwendungserfordernisses „tatsächliche Ausübung des (Mit)Sorgerechts“ .....	15
	6. Exkurs: Umzug eines Elternteils mit Kind von Österreich ins Ausland - § 162 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 in Zusammenhang mit dem HKÜ .....	17
	7. Abgrenzung zur Brüssel IIa-Verordnung .....	17
	8. Abgrenzung zum Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) .....	18
	9. Abgrenzung zum Europäischen Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ).....	20
	C. Überblick über das Verfahren und die Zuständigkeiten .....	21
	1. Antragstellung .....	21
	2. Zuständigkeiten.....	22
	a. Zuständigkeiten und Verfahren für aus dem Ausland eingehende Anträge .....	22
	b. Zuständigkeiten und Verfahren für in das Ausland gerichtete Anträge .....	23
	D. Mögliche Ausnahmen von der Verpflichtung zur sofortigen Rückführung.....	25
	1. Art 13 Abs 1 lit a HKÜ.....	27
	2. Art 13 Abs 1 lit b HKÜ.....	28
	a. Schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ.....	30
	b. Materielle Nachteile im Rückführungsstaat .....	31
	c. Nachteile für den verbringenden/zurückhaltenden Elternteil durch die gemeinsame Rückkehr mit dem Kind .....	32
	d. Unfähigkeit der antragstellenden Person, das Kind zu versorgen.....	34
	e. Häusliche Gewalt/sexueller Missbrauch im Herkunftsstaat .....	34
	f. Rückführungsbedingte Trennung des verbrachten/zurückgehaltenen Kindes von dessen Geschwistern .....	38
	g. Rückführungsbedingte Trennung des verbrachten/zurückgehaltenen Kindes von dessen „Entführer“ bzw „Entführerin“ .....	40
	h. Rückkehrbedingte psychische Probleme des Kindes .....	42
	3. Art 13 Abs 2 HKÜ .....	43
	4. Art 20 HKÜ.....	45
	E. Undertakings, safe harbour orders und mirror orders .....	45
	F. Vollstreckung der Rückführungsanordnung .....	49
<b>IV.</b>	<b>Mediation im Rahmen von Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung</b> .....	<b>52</b>
	A. Einführung .....	52
	B. Regelungen zur grenzüberschreitenden Mediation in Österreich .....	56
	1. Rechtsquellen der grenzüberschreitenden Mediation.....	56

2.	Pflichten des Mediators bzw der Mediatorin gegenüber den Parteien.....	59
3.	Hemmung von Verjährungsfristen.....	61
4.	Vollstreckbarmachung des Mediationsvergleichs.....	63
C.	Beispiele aktiver Förderung der Mediation bei grenzüberschreitender elterlicher Kindesverbringung.....	65
1.	„Guide to Good Practice“ für Mediation im Anwendungsbereich des HKÜ und KSÜ .....	65
2.	Mediatorin des Europäischen Parlaments für grenzüberschreitende elterliche Kindesentführung .....	65
3.	Der Malta-Prozess.....	66
D.	Besonderheiten und Herausforderungen des Mediationsverfahrens in der Praxis .....	67
1.	Erheblicher Zeitdruck .....	67
2.	Hohe Anforderungen an die Mediatoren und Mediatorinnen.....	68
3.	Zeitrahmen der Mediation.....	69
4.	Geeigneter Ort für die Mediation.....	69
5.	Einbindung der Mediationsergebnisse in das gerichtliche Verfahren .....	70
6.	Kostentragung der Mediation im Rahmen des HKÜ-Verfahrens.....	71
<b>V.</b>	<b>Resümee .....</b>	<b>73</b>
<b>VI.</b>	<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>76</b>

## I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit gibt einen Überblick über das Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) zur Rückführung von verbrachten und anschließend zurückgehaltenen Kindern, dessen Grundlagen und Ziele.

Die folgenden Ausführungen haben grds die Fälle elterlicher Kindesverbringung im Blick, obwohl auch abweichende Konstellationen von zurückgelassenen und verbringenden Personen bestehen können.

Anhand von einigen Beispielen der internationalen Judikatur in Rückführungsverfahren nach dem HKÜ werden die möglichen Ausnahmen vom Grundsatz der sofortigen Rückführung des Kindes ins Herkunftsland erörtert und dargestellt sowie der Versuch, eine derzeit herrschende Judikaturlinie auszumachen, unternommen.

Dem anschließend wird umrisshaft erörtert, wie Zusicherungen der antragstellenden Person gegenüber dem zuständigen Gericht mit dem Ziel, die unverzügliche Rückführung zu gewährleisten, rechtlich begegnet werden kann (sog undertakings).

Ein Abriss über die rechtlichen Grundlagen der Vollstreckung einer Rückführungsanordnung in Österreich sowie Darstellungen zur möglichen Vorgehensweise runden den Überblick über das HKÜ-Verfahren ab.

Das HKÜ hat grundsätzlich die sofortige Rückführung des Kindes zum Ziel – auf konkrete Bedürfnisse und Interessen der beteiligten Personen, insb denen des Kindes, wird im Rahmen des Rückführungsverfahrens nicht (umfassend) eingegangen.

Daher befasst sich ein Teil dieser Arbeit mit den Fragen, ob Konflikten bei elterlicher Kindesverbringung grds durch Mediation aus rechtlicher Sicht begegnet werden kann, welche gesetzlichen Grundlagen zu beachten sind und was es bedarf, damit eine erzielte Mediationsvereinbarung auch rechtlich durchsetzbar ist.

Darüber hinaus sollen ausgewählte Beispiele der aktiven Förderung der Mediation im Rahmen von HKÜ-Verfahren den derzeitigen Stellenwert und die Akzeptanz dieser Art der außergerichtlichen Konfliktlösung aufzeigen.

Abschließend wird in komprimierter Form auf einige spezielle Eigenarten und Herausforderungen der grenzüberschreitenden Mediation bei HKÜ-Verfahren unter Zuhilfenahme der Erkenntnisse von internationalen Mediationsprojekten eingegangen.

## II. Definition „internationale Kindesentführung“ iSd HKÜ

Bringt eine Person (zB ein Elternteil) ein Kind<sup>1</sup> ohne Zustimmung der (mit)sorgeberechtigten Person (zB des anderen Elternteils) in einen anderen Vertragsstaat des HKÜ oder hält es dort nach einem Auslandsaufenthalt zurück und wird damit das Sorgerecht<sup>2</sup> einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle verletzt, spricht man von „Kindesentführung“ iSd HKÜ.<sup>3</sup>

Der Begriff der „Kindesentführung“ könnte im Anwendungsbereich des HKÜ missverstanden werden, wird doch assoziiert, das Kind sei mit Gewalt oder nach gefährlicher Drohung unter Gefahr für sein Leben im Sinne des Strafrechts entführt worden.<sup>4</sup> Studien zu diesem Themenkreis haben deutlich gezeigt, dass man in Bezug auf die rechtlichen Verhältnisse, die zwischen dem Kind und der Person, die das Kind verbringt oder zurückhält, bestehen sowie aufgrund der Absicht dieser Person, in den meisten Fällen sehr weit von den Tatbeständen einer Entführung nach allgemeinem, aber auch rechtlichem Begriffsverständnis entfernt ist.<sup>5</sup>

Da das HKÜ keinerlei strafrechtliche Sanktionen enthält und eine strafrechtliche Wertung vermieden werden möchte, wird als Alternative zum Begriff der „Kindesentführung“ auch von „Kindesentziehung“<sup>6</sup>, „Kindesmitnahme“<sup>7</sup> oder „Kindesverbringung“<sup>8</sup> gesprochen.

---

<sup>1</sup> Gemäß Art 4 HKÜ ist das Übereinkommen nicht mehr anzuwenden, sobald das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat.

<sup>2</sup> Ein Mitsorgerecht genügt; vgl *Nehls*, Rechtliche Grundlagen bei internationaler Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 13; OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g.

<sup>3</sup> Vgl *Mosser*, Internationale Kindesentführung - eine differenzierte Betrachtung, *juridikum* 2006, 159.

<sup>4</sup> Vgl *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 99.

<sup>5</sup> Vgl *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, *iFamZ* 2010, 133; *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 53.

<sup>6</sup> Vgl *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 35.

<sup>7</sup> Vgl *Wolf-Almanasreh*, Kindesmitnahme durch einen Elternteil, 1988, 70.

<sup>8</sup> Vgl *Schwepppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001) 20.

Bei der Erarbeitung des HKÜ war man sich der Problematik der Terminologie durchaus bewusst.<sup>9</sup> Die Formulierung „Kindesentführung“ wird ausschließlich im Titel des Übereinkommens verwendet, die Übereinkommensbestimmungen greifen auf Umschreibungen wie „widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten“ zurück.<sup>10</sup>

Auch wenn sich die allgemeine Bezeichnung „Kindesentführung“ weitgehend durchgesetzt hat, scheint vor allem dann, wenn ein mitsorgeberechtigter Elternteil das Kind widerrechtlich verbracht hat oder es zurückhält, ein sensibler Umgang mit den Begrifflichkeiten angebracht.<sup>11</sup>

Das HKÜ selbst definiert, in welchen Fällen das Zurückhalten oder Verbringen eines Kindes als widerrechtlich anzusehen und daher von einer Kindesentführung iSd Übereinkommens auszugehen ist. Demnach muss das Sorgerecht, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt<sup>12</sup> hatte, verletzt sein. Darüber hinaus muss das Sorgerecht zum Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt worden sein<sup>13</sup> bzw ausgeübt werden hätte können, wenn das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte.<sup>14</sup> Das Sorgerecht kann auf Gesetz, gerichtlicher oder behördlicher Entscheidung oder auf einer Vereinbarung beruhen, sofern der betreffende Staat es gelten lässt.<sup>15</sup>

Diese sachlichen Anwendungsvoraussetzungen müssen stets kumulativ vorliegen<sup>16</sup> und werden eingehend in den nächsten Kapiteln behandelt.

---

<sup>9</sup> Vgl *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 53.

<sup>10</sup> Die Wahl des Begriffs „Kindesentführung“ im Titel des Übereinkommens erschien den Verfassern jedoch zweckmäßig; Erklärungen dazu bei *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 53.

<sup>11</sup> Vgl *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 99.

<sup>12</sup> Vgl OGH 24.10.2013, 180/13h; OGH 16.02.2012, 6 Ob 26/12k.

<sup>13</sup> Vgl OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g.

<sup>14</sup> Vgl Art 3 Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

<sup>15</sup> Vgl Art 3 Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung; *Schellhammer*, Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen<sup>4</sup> (2006) 477 Rn 1198.

<sup>16</sup> Vgl OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g.

### III. Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung von 1980

Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) wurde am 25.10.1980 von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht beschlossen und stellt einen völkerrechtlichen Staatsvertrag dar. Bisher haben 93 Staaten das Übereinkommen ratifiziert.<sup>17</sup> Das HKÜ trat in Österreich am 01.10.1988 in Kraft.<sup>18</sup>

Alle Übereinkommen der Haager Konferenz haben gemeinsam das Ziel, ein vereinheitlichtes Kollisionsrechts zu schaffen, welches versuchen soll, Kulturkonflikte zu bewältigen sowie die kulturelle Identität der Personen zu wahren.<sup>19</sup>

Durch die Übereinkommen der Haager Konferenz wird derselbe Sachverhalt in verschiedenen Staaten nach demselben Recht beurteilt. Dadurch soll sowohl die Rechtsanwendung als auch die Rechtsberatung erleichtert werden, da für die Vertragsstaaten als Rechtsgrundlage nur der Text des Übereinkommens dient.<sup>20</sup> Besonders das HKÜ dient als Beispiel für die erfolgreiche Arbeit der Haager Konferenz und die Wirksamkeit des Übereinkommens.<sup>21</sup>

Seit 2007 ist auch die Europäische Union Mitglied der Haager Konferenz und nimmt dadurch Anteil an ihrer Arbeit.

#### A. Zielsetzung des HKÜ

Das HKÜ wurde entwickelt, um Kinder zu schützen, die widerrechtlich durch Verletzung des Sorgerechts in einen anderen Vertragsstaat gebracht oder dort

---

<sup>17</sup> Der Homepage der Haager Konferenz [www.hcch.net](http://www.hcch.net) ist die Liste der aktuellen Mitgliedsstaaten zu entnehmen.

<sup>18</sup> Vgl. Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 1988/512.

<sup>19</sup> Vgl. Pape, Internationale Kindesentführung, Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation (2010) 12.

<sup>20</sup> Vgl. Wagner, die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern, ZKJ 2008, 353.

<sup>21</sup> Vgl. Jayme, Zum Jahrtausendwechsel: das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRax 2000, 165.



zurückgehalten werden.<sup>22</sup> Das Übereinkommen soll internationale Kindesentführung so stark wie möglich beschränken, aber auch bereits präventiv wirksam werden, um mögliche Kindesentführungen durch die Verpflichtungen, die die Vertragsstaaten übernommen haben, zu verhindern.<sup>23</sup>

Ausdrückliche Ziele des Übereinkommens sind die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder und die Beachtung des bestehenden Sorgerechts und Rechts zum persönlichen Umgang in den anderen Vertragsstaaten.<sup>24</sup>

Die angeführten Ziele sind als ein einziges Ziel mit verschiedenen Aspekten zu verstehen und können daher nicht voneinander getrennt betrachtet werden. Das Wohl des Kindes soll durch die rasche Rückführung gewahrt werden.<sup>25</sup>

Primär ist daher im Übereinkommen die schnellstmögliche Rückführung des Kindes zur Wiederherstellung des status quo ante vorgesehen und damit verbunden die Sorgerechtsentscheidung der Gerichte in jenem Staat, in dem das Kind vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.<sup>26</sup>

Die Entscheidung der Rückführung ist keine Entscheidung über das Sorgerecht. Betreffend des Sorgerechts enthält Art 16 HKÜ eine sog „Sperrwirkung“. Demnach ist es den Gerichten im Zufluchtsstaat untersagt, nach Eingang einer Mitteilung über eine widerrechtliche „Kindesentführung“ iSd Art 3 HKÜ eine Sachentscheidung über das Sorgerecht zu treffen.<sup>27</sup> Bereits anhängige Sorgerechtsverfahren sowie Entscheidungen über das Aufenthaltsrecht als Teil des Sorgerechts im Zufluchtsstaat

---

<sup>22</sup> Vgl *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 8, OGH 16.02.2012, 6 Ob 26/12k.

<sup>23</sup> Vgl *Zürcher*, Kindesentführung und Kindesrechte, Verhältnis des Rückführungsrechts nach dem HKÜ vom 25. Oktober 1980 zur UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (2005) 19.

<sup>24</sup> Die Bestimmung „sofortige Rückgabe“ bzw „return forthwith“ wird in den Mitgliedstaaten unterschiedlich streng ausgelegt. Zu beachten sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalls. Denkbar ist eine Rückgabe binnen sieben Tagen (vgl D.I Petitioner [1999] Green’s Family Law Report 126, INCADAT HC/E/UKs 352) genauso wie eine Rückführung innerhalb von 90 Tagen (vgl Sampson v. Sampson, 267 Kan. 175, 975 P.2d 1211 (Kan. App. Apr. 16, 1999), INCADAT HC/E/USs 226).

<sup>25</sup> Vgl *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 41.

<sup>26</sup> Vgl *Schweppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001) 43.

<sup>27</sup> Die Sperrwirkung gilt solange, bis entschieden ist, dass das Kind gem HKÜ nicht zurückzuführen ist oder binnen angemessener Frist nach der Mitteilung kein Antrag auf Rückführung nach dem HKÜ eingeht. Vgl OGH 27.04.2011, 7 Ob 234/10b; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.20.

sind jedenfalls auszusetzen.<sup>28</sup> Ist trotz Sperrwirkung eine Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtsstaat ergangen und dem verbringenden/zurückhaltenden Elternteil die (vorläufige) Obsorge zuerkannt worden, so stellt dies keinen Grund dar, die Rückgabe aus diesem Grund zu verweigern.<sup>29</sup> Die Sperrwirkung des Art 16 HKÜ bezieht sich nicht auf Sorgerechtsentscheidungen im Herkunftsstaat.<sup>30</sup>

Die Rückgabe iSd HKÜ bedeutet nicht zwangsläufig eine Rückgabe oder Übergabe an den anderen Elternteil, sondern grundsätzlich bloß eine Rückkehr in das Land, in dem das Kind vor der Verbringung bzw Zurückhaltung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.<sup>31</sup>

## B. Anwendungsbereich

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des HKÜ ist, dass das betreffende Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.<sup>32</sup> Auf die Staatsangehörigkeit des Kindes oder der Eltern kommt es allerdings nicht an.<sup>33</sup>

### 2. Räumlicher Anwendungsbereich

Für die Anwendbarkeit des Übereinkommens ist es erforderlich, dass die betreffenden Staaten Vertragsstaaten des HKÜ sind und der Beitritt zum HKÜ gegenseitig angenommen worden ist.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.20.; *Fucik*, Sperrwirkung des Art 16 HKÜ, iFamZ 2011, 185; *Vomberg/Nehls*, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung (2002) 34; OGH 18.06.2013, 4 Ob 70/13t.

<sup>29</sup> Vgl *Gitschthaler*, Trotz Obsorge kein Aufenthaltsbestimmungsrecht des Entführers, EF-Z 2010, 91; OGH 11.02.2010, 5 Ob 260/09k; OGH 20.04.2010, 4 Ob 58/10y.

<sup>30</sup> Wird im Herkunftsstaat eine Sachentscheidung über das Sorgerecht getroffen und fällt diese zugunsten des zurückhaltenden/verbringenden Elternteils aus, so ist der Rückführungsantrag abzuweisen. Vgl *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.20.

<sup>31</sup> Vgl *Carl*, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 1.

<sup>32</sup> Vgl Art 4 letzter Satz Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

<sup>33</sup> Vgl *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 122.

<sup>34</sup> Vgl *Pietsch*, Kindesentführung in das Ausland, FamRZ 2009, 1730; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 123.

Die Verbringung oder Zurückhaltung des Kindes muss sich nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens zwischen den beiden betroffenen Staaten ereignet haben.<sup>35</sup> Erforderlich ist daher, dass das Kind unmittelbar vor der Mitnahme den gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatte und sich danach in einem anderen Vertragsstaat aufhält.<sup>36</sup> Wesentlich ist, dass das HKÜ nur für „Entführungsfälle“ mit Auslandsbezug anwendbar ist und nicht für reine Inlandsfälle herangezogen werden kann.<sup>37</sup>

### 3. Sachlicher Anwendungsbereich

Eine weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer „Kindesentführung“ iSd Art 3 HKÜ. Dabei muss es sich um eine widerrechtliche Verbringung oder Zurückhaltung eines Kindes außerhalb des Herkunftslandes handeln.<sup>38</sup>

Dies ist dann der Fall, wenn die Verbringung oder Zurückhaltung des Kindes ein Sorgerecht im Ursprungsstaat verletzt, das zum Entführungszeitpunkt tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, wenn die Verbringung oder Zurückhaltung des Kindes dies nicht verhindern würde.<sup>39</sup>

Wurde ein Kind durch einen Elternteil aus dem Staat, in dem es den gewöhnlichen Aufenthalt hatte, ohne Einverständnis des verbliebenen Elternteils in einen anderen Staat verbracht oder dort zurückgehalten, so muss daher zur Klärung der Anwendbarkeit des HKÜ geprüft werden, ob die Verbringung oder Zurückhaltung ein kraft Gesetz oder aufgrund einer gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Entscheidung bestehendes Sorgerecht verletzt, wobei auch die Verletzung des Sorgerechts eines mitobsorgeberechtigten Elternteils genügt.<sup>40</sup>

Welcher Person das Sorgerecht zukommt, ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Kind unmittelbar vor dem Zurückhalten oder Verbringen

---

<sup>35</sup> Vgl Art 35 HKÜ.

<sup>36</sup> Vgl Keese, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilrecht (2011) 121; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.03; OGH 18.07.2002, 8 Ob 122/02b.

<sup>37</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art 1a HKÜ, der von „Herkunftsland“ und „Fluchtstaat“ spricht; vgl Keese, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilrecht (2011) 121.

<sup>38</sup> Vgl OGH 11.05.2005, 3 Ob 89/05t; OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g.

<sup>39</sup> Vgl OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g; *Nehls*, Rechtliche Grundlagen bei internationaler Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 14.

<sup>40</sup> Vgl *Pietsch*, Kindesentführung in das Ausland, FamRZ 2009, 1730.

seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.<sup>41</sup> Die Voraussetzungen eines bestehenden Sorgerechts und dessen tatsächlicher Ausübung müssen kumulativ im Zeitpunkt der Entführung vorliegen.<sup>42</sup>

Ob die Verbringung oder das Zurückhalten als Verstoß gegen ein bestehendes Sorgerecht und somit als widerrechtlich anzusehen ist, hat hingegen das Gericht im Zufluchtsstaat zu beurteilen.<sup>43</sup> Dieses kann die Möglichkeit einer sog. Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ in Anspruch nehmen und vom ersuchenden Staat („Heimatstaat“) eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung der Behörden verlangen, soweit dies dort möglich ist, aus der hervorgeht, dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich iSd Artikel 3 HKÜ war. Zu beachten ist, dass die Bescheinigung nur für das Bestehen des Sorgerechts maßgebend ist, nicht aber dafür, ob dieses auch tatsächlich ausgeübt wurde. Die Beurteilung der tatsächlichen Ausübung hat von den Behörden des Entführungsstaates zu erfolgen.<sup>44</sup>

#### 4. Definition des Anwendungserfordernisses „gewöhnlicher Aufenthalt“

Das HKÜ enthält keine Legaldefinition des Begriffes „**gewöhnlicher Aufenthalt**“<sup>45</sup>, sondern stellt lediglich auf den gewöhnlichen Aufenthalt unmittelbar vor der Verbringung oder Zurückhaltung ab. Die Definition des Begriffs hat sich daher an den Zielen des HKÜ zu orientieren und ist autonom auszulegen,<sup>46</sup> unabhängig von den teilweise unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Konzepten.<sup>47</sup>

Die Begriffsauslegung ist faktisch zu verstehen, wonach es nicht auf die Absicht ankommt, sich dauerhaft an einem Ort zu befinden, sondern darauf, ob es sich um

---

<sup>41</sup> Vgl. OGH 25.01.2001, 1 Ob 219/10b.

<sup>42</sup> Vgl. OGH 16.04.1998, 8 Ob 368/97v; OGH 10.07.2003, 6 Ob 135/03a; OGH 12.02.1997, 7 Ob 35/97s; OGH 11.05.2005, 3 Ob 89/05t; 20.03.2013, 6 Ob 39/13y.

<sup>43</sup> Vgl. OGH 13.10.2009, 1 Ob 176/09b.H 20.03.2013, 6 Ob 39/13y.

<sup>44</sup> Vgl. *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) 09.05.

<sup>45</sup> Auch das Unionssekundärrecht enthält keine Konkretisierung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person; vgl. dazu *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Personen im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8.

<sup>46</sup> Vgl. *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Personen im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8; *Pape*, Internationale Kindesentführung (2001) 61; *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 18.

<sup>47</sup> Vgl. *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 18; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 122.

den jeweiligen Lebensmittelpunkt der betreffenden Person handelt.<sup>48</sup> Der Daseinsmittelpunkt wird regelmäßig dort angenommen, wo der Schwerpunkt der sozialen Beziehungen und wirtschaftlichen Existenz liegt. Ausschlaggebend sind die tatsächlichen dauerhaften Beziehungen der Person zu ihrem Aufenthaltsort und nicht allein die Dauer des Aufenthalts, die aber ein wichtiges Indiz darstellen kann.<sup>49</sup>

Geht der Aufenthalt über sechs Monate hinaus, so wird in der Regel die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts anzunehmen sein,<sup>50</sup> wodurch aber keinesfalls die genaue Prüfung der tatsächlichen Umstände entfällt, vor allem dann nicht, wenn der Aufenthalt des Kindes mehr oder weniger zwangsweise begründet wurde.<sup>51</sup>

Bei der Frage des Lebensmittelpunkts ist vorwiegend auf qualitative Aspekte abzustellen, dh es bedarf einer besonderen Qualität der sozialen Integration des betreffenden Kindes.<sup>52</sup> Auch in diesem Fall kann die Aufenthaltsdauer ein Indiz für soziale Integration darstellen. Je länger der Aufenthalt dauert, umso eher kann soziale Integration erfolgt sein.<sup>53</sup>

Da die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts maßgeblich auf den tatsächlichen Lebensmittelpunkt ankommt, kann dieser daher auch gegen den Willen eines Sorgeberechtigten und durch widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten entstehen.<sup>54</sup> Hat sich das Kind sozial integriert und liegt ein Aufenthalt über einen längeren Zeitraum vor, so darf das Bestehen eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht mehr verneint werden.<sup>55</sup> Aber auch die bereits erfolgreiche soziale Integration des Kindes im Entführungsstaat hindert die Anordnung der Rückführung nach dem HKÜ nicht, sofern der Rückführungsantrag binnen eines Jahres eingebracht worden ist.

---

<sup>48</sup> Vgl EuGH 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Slg 2010, I-14309 Rz 57; *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO, GPR 2001, 209; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 122; *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 41; OGH 16.02.2012 6 Ob 26/12k, OGH 26.06.2013, 1 Ob 91/13h, OLG Frankfurt NJW 2006, 938.

<sup>49</sup> Vgl EuGH 02.04.2009, C-523/07, *Korkein*, Slg 2009, I-2805, I-2847, Rz 37.

<sup>50</sup> Vgl *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 122; OGH 24.10.2013, 6 Ob 180/13h.

<sup>51</sup> Vgl OGH 16.02.2012 6 Ob 26/12k.

<sup>52</sup> Vgl OGH 26.08.2009 9 Ob 59/09f; *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO, GPR 2001, 209.

<sup>53</sup> Vgl *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO, GPR 2001, 209.

<sup>54</sup> Vgl OGH 24.10.2013, 6 Ob 180/13h; OGH 26.06.2013, 1 Ob 91/13h; OGH 16.02.2012 6 Ob 26/12k; OGH 20.05.2009, 2 Ob 78/09y; OGH 25.10.2002, 1 Ob 220/02p.

<sup>55</sup> Vgl OGH 26.06.2013, 1 Ob 91/13h; OGH 20.05.2009, 2 Ob 78/09y; OGH 25.10.2002, 1 Ob 220/02p; vgl auch OGH 24.10.2013, 6 Ob 180/13h ein sorgeberechtigter Elternteil stimmte der Übersiedelung des anderen sorgeberechtigten Elternteils mit den Kindern für eine verabredete Zeit zu, nach Ablauf der vereinbarten Zeit war eine Rückführung der Kinder iSd HKÜ nicht mehr zulässig, da sich diese bereits umfassend sozial integriert haben und nach einem Jahr ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet hatten.

Hat sich das Kind im Entführungsstaat noch nicht sozial integriert, so ist auch nach Ablauf eines Jahres eine Rückgabe anzuordnen. ISd HKÜ kann daher ein „entführtes“ Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Entführungsstaat innerhalb eines Jahres nach der „Entführung“ erlangen, was aber der Rückführung nicht entgegensteht.<sup>56</sup>

Nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs, der den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne der Brüssel IIa-VO auszulegen hatte, ist als gewöhnlicher Aufenthaltsort jener Ort zu verstehen, welcher Ausdruck einer gewissen familiären und sozialen Integration des Kindes ist. Es sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und der Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Beziehungen des Kindes zu beachten.<sup>57</sup> Die Staatsangehörigkeit ist lediglich als ein mögliches Indiz zu verstehen, welches sich im begrenzten Maße auf die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts auswirken kann.<sup>58</sup>

Zur Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts muss jedenfalls der Wille zur zeitnahen Rückkehr in den bisherigen Aufenthaltsort fehlen.<sup>59</sup> Bei der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes ist alleine die Perspektive des Kindes maßgebend, nicht die der Eltern.<sup>60</sup>

In jedem Fall bedarf es immer einer genauen Gesamtbetrachtung des Einzelfalles.<sup>61</sup> Zuständig für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes sind die nationalen Gerichte, die alle tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zu prüfen haben.<sup>62</sup>

Die Frage, ob es möglich sein kann, mehrere gewöhnliche Aufenthalte zu haben, ist heftig umstritten und wird hier nicht behandelt.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> Vgl. *Nademleinsky*, Unterhalt des Kindes bei Kindesentführung, EF-Z 2013, 187.

<sup>57</sup> Vgl. EuGH 02.04.2009, C-523/07, *Korkein*, Slg. 2009 I-02805, Rz 37; EuGH 22.12.2010, C-497/10, *Mercredi/Chaffe*, Slg. 2010 I-14309, Rz 57.

<sup>58</sup> Vgl. *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO, GPR 2001, 209.

<sup>59</sup> Vgl. *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO, GPR 2001, 209.

<sup>60</sup> Vgl. *GA Pedro Cruz Villalón*, Schlussanträge in der Rs. C-497/10 PPU vom 06.12.2010 Nr 93.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH 02.04.2009, C-523/07, *Korkein*, Slg. 2009, I-2805, Rz 37.

<sup>62</sup> Vgl. OGH 16.02.2012, 6 Ob 26/12k.

## 5. Definition des Anwendungserfordernisses „tatsächliche Ausübung des (Mit)Sorgerechts“

Als Rückführungsvoraussetzung des HKÜ muss die Verletzung eines tatsächlich ausgeübten Obsorge- oder Mitobsorgerechts vorliegen.<sup>64</sup> Das Bestehen des Sorgerechts ist nach dem Recht des Staates, in dem das Kind vor der Verbringung oder Zurückhaltung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zu beurteilen.<sup>65</sup> Das Gericht des Zufluchtsstaates muss daher anhand der Rechtslage des Heimatstaates feststellen, ob ein Sorgerecht besteht.<sup>66</sup> Ob dieses auch tatsächlich ausgeübt worden ist, ist gesondert zu beurteilen. Die tatsächliche Ausübung der Obsorge wird vermutet, demgemäß wird durch Art 13 HKÜ Abs 1 lit a dem Entführer die Beweislast aufgetragen.<sup>67</sup>

Die Behörden im Zufluchtsstaat haben autonom zu beurteilen, ob die Verbringung oder Zurückhaltung einen Verstoß gegen dieses bestehende (Mit)Obsorgerecht darstellt und somit als widerrechtlich iSd Art 3 HKÜ zu qualifizieren ist.<sup>68</sup> Es besteht gemäß Art 14 HKÜ die Möglichkeit einer sog Widerrechtlichkeitsbescheinigung, wodurch die gerichtlichen Entscheidungen zur Widerrechtlichkeit im Herkunftsstaat berücksichtigt werden können, ohne sie jedoch anerkennen zu müssen. Diese Möglichkeit zum vereinfachten Nachweis des Rechts des Herkunftsstaates ist besonders im Hinblick auf das Eilgebot des HKÜ zu berücksichtigen.<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> Vgl *Nademleinsky*, Das Shuttle Custody Agreement im HKÜ, EF-Z 2014, 159; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 122.

Strittig ist im Rahmen des HKÜ vor allem, ob der Anwendungsbereich eröffnet ist, wenn ein Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten gleichzeitig hat – es stellt sich die Frage, ob in solch einer Konstellation überhaupt ein Staat als „Herkunftsstaat“ und der andere als „Zufluchtsstaat“ angesehen werden kann. So OLG Frankfurt FPR 2001, 233, während *Baetge*, IPRax 2005, 335 auch dann den Anwendungsbereich des HKÜ eröffnet sieht, falls ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt vorliegen sollte, was die hM in Rechtsprechung und Schrifttum jedoch ausgeschlossen hält; vgl *Rieck*, FPR 2001, 183. Vgl zum Streitstand die Nachweise bei *Holzmann*, 114f und *Baetge*, IPRax 2005, 335. Für das HKÜ lehnt das OLG Stuttgart FamRZ 2003, 959 einen mehrfachen gewöhnlichen Aufenthalt ab, wenn das Kind regelmäßig zwischen 2 Staaten hin- und her wechselt, so wohl auch OLG Rostock FamRZ 2001, 642 = IPRax 2001, 588 mit kritischer Anmerkung *Baetge*, IPRax 2001, 573; bejahend hingegen OLG Frankfurt PFP 2001, 233.

<sup>64</sup> Vgl OGH 20.03.2013, 6 Ob 39/13y, OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g.

<sup>65</sup> Vgl OGH 25.01.2011, 1 Ob 219/10b.

<sup>66</sup> Vgl *Zürcher*, Kindesentführung und Kinderrechte, Verhältnis des Rückführungsrechts nach dem HKÜ vom 25. Oktober 1980 zur UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (2005) 22.

<sup>67</sup> Vgl *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 16.

<sup>68</sup> Vgl OGH 30.09.2008, 1 Ob 167/08b.

<sup>69</sup> Vgl *Bach/Gildenast*, Internationale Kindesentführung (1999) Rn 69.

ISd HKÜ umfasst das „Sorgerecht“ die Sorge für die Person des Kindes sowie insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wohingegen unter dem „Recht zum persönlichen Umgang“ das Recht zu verstehen ist, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen.<sup>70</sup>

Die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts unter Mitobsorgeberechtigten erfüllt diese Tatbestandsvoraussetzung.<sup>71</sup> Bei einer Trennung der Eltern soll die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts oder Mitsorgerechts idR nur der Elternteil erfüllen, bei dem das Kind wohnt. Die bloße Ausübung des Umgangsrechts soll aber nicht ausreichen.<sup>72</sup>

Demgegenüber steht aber der Gedanke, dass die tatsächliche Ausübung der (Mit)Obsorge iSd Art 3 HKÜ nur dann zu verneinen sein sollte, wenn sich ein (mit)sorgeberechtigter Elternteil objektiv nicht mehr für das Kind interessiert.<sup>73</sup>

Beispielsweise wurde die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts im Fall eines Vaters verneint, welcher seine Besuchskontakte alle ein bis zwei Monate wahrgenommen hatte, aber sonst am Leben des Kindes nicht teilnahm, keine Entscheidungen das Kind betreffend traf und sein bestehendes Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nicht ausübte.<sup>74</sup> Ein „*über das gewöhnliche Maß hinausgehendes Besuchsrecht*“ wurde bei einem Vater angenommen, der berechtigt war jedes Wochenende mit den Kindern zusammen zu sein. Darüber hinaus bestand ein detailliertes Ferien- und Feiertagsbesuchsrecht, von welchem der Vater Gebrauch gemacht hatte.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Vgl Art 5 HKÜ.

<sup>71</sup> Vgl OGH 20.03.2013, 6 Ob 39/13y.

<sup>72</sup> Vgl OGH 14.03.2013, 6 Ob 36/13g; OGH 19.12.2012, 6 Ob 230/12k; OGH 19.04.2012, 6 Ob 73/12x.

<sup>73</sup> Vgl *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.07; *Nademleinsky*, Das HKÜ und die „tatsächliche Ausübung“ des Sorgerechts, EF-Z 2013, 155; *Baetge*, Haager Kindesentführungsübereinkommen – Sorgerechtsverletzung und Widerrechtlichkeit der Entführung, IPRax 2000, 146.

<sup>74</sup> Vgl OGH 19.07.2010, 6 Ob 139/10z.

<sup>75</sup> Vgl OGH 20.03.2013, 6 Ob 39/13y.



## 6. Exkurs: Umzug eines Elternteils mit Kind von Österreich ins Ausland - § 162 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 in Zusammenhang mit dem HKÜ

Dieser kurze Abschnitt soll vereinfacht aufzeigen, wann ein Umzug aus Österreich ins Ausland uU eine Kindesentführung iSd HKÜ darstellen kann.

Für die Anwendbarkeit des HKÜ muss, wie oben dargestellt, ein rechtswidriges Verbringen oder Zurückhalten vorliegen und dadurch ein tatsächlich ausgeübtes (Mit)Obsorgerecht verletzt werden. ISd § 162 ABGB ist zu beurteilen, ob der Wohnortwechsel widerrechtlich war.

Verlegt ein Elternteil, der alleine mit der Obsorge betraut ist, mit dem Kind den Wohnort ins Ausland, so stellt dies grds keine Entführung iSd HKÜ dar, da kein Sorgerechtsbruch erfolgt ist. Eine Ausnahme stellt aber ein wirksames gerichtliches Umzugsverbot vor dem Wohnortwechsel dar.<sup>76</sup>

Ein Wohnortwechsel durch einen nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil ist hingegen als widerrechtlich iSd HKÜ zu beurteilen.

Sind die Eltern gemeinsam mit der Obsorge betraut und liegt keine Domizilbestimmung vor, so muss grds eine Zustimmung des zurückgelassenen Elternteils vorliegen. Ist der Elternteil, der den Wohnsitz verlegen will, ein Domizilelternteil iSd § 162 Abs 2 ABGB, so ist der andere Elternteil zu verständigen und darf grds nicht widersprechen.<sup>77</sup>

## 7. Abgrenzung zur Brüssel Ila-Verordnung

Zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Dänemark) gilt ergänzend zum HKÜ seit 01.03. 2005 die sog Brüssel Ila-Verordnung.<sup>78</sup> Sie stellt eine einheitliche Regelung innerhalb der Union bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit, der Anerkennung und Vollstreckung und der Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden für sämtliche Zivilverfahren, welche die

---

<sup>76</sup> Vgl *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ, iFamZ 2013, 31.

<sup>77</sup> Vgl *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ, iFamZ 2013, 31.

<sup>78</sup> 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 vom 27.11.2003 (ABI EG 2003, Nr L 338, 1).

Zuweisung, die Ausübung, die Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung betreffen, dar.<sup>79</sup> Die Verordnung ist in allen Teilen verbindlich und gilt für gerichtliche Verfahren, öffentliche Urkunden sowie für Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien, die nach dem 01.03.2005 eingeleitet, aufgenommen oder getroffen wurden.<sup>80</sup> Der Begriff der elterlichen Verantwortung umschließt die gesamten Rechte und Pflichten eines Trägers der elterlichen Verantwortung gegenüber dem Kind oder dem Vermögen des Kindes.<sup>81</sup> Die Verordnung enthält überdies Regelungen zum Umgangsrecht und zur Kindesentführung. Im Bereich der Kindesentführung gilt im Verhältnis der Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Rückführung des Kindes nach wie vor das HKÜ, welches aber seit 01.03.2005 durch die Brüssel IIa-VO ergänzt wird.<sup>82</sup> Vor allem hinsichtlich der Regelungen des HKÜ betreffend die Rückführung entführter Kinder enthält die Brüssel IIa-VO wesentliche Ergänzungen.

#### 8. Abgrenzung zum Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)

Das Haager Übereinkommen vom 19.10.1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und die Maßnahmen zum Schutz von Kindern (im Folgenden KSÜ genannt)<sup>83</sup> ist in Österreich am 01.04.2011 in Kraft getreten und seither direkt anwendbar. Derzeit umfasst das Übereinkommen 39 Mitgliedstaaten<sup>84</sup>, wobei hervorzuheben ist, dass bereits Staaten aller Kontinente vertreten sind, wodurch künftig Sorgerechts- und Herausgabeentscheidungen leichter anerkannt und ggf vollstreckt werden können.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> Vgl *Holzmann*, Brüssel IIa - VO: Elterliche Verantwortung und internationale Kindesentführungen (2008) 68.

<sup>80</sup> Vgl *Europäische Kommission*, Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II (2005) 7, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide\\_new\\_brussels\\_ii\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_new_brussels_ii_de.pdf) (23.02.2015).

<sup>81</sup> Vgl *Europäische Kommission*, Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II (2005) 10, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide\\_new\\_brussels\\_ii\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_new_brussels_ii_de.pdf) (23.02.2015).

<sup>82</sup> Vgl *Bundesamt für Justiz*, Hinweise zur Rückführung entführter Kinder und zu grenzüberschreitenden Umgangs- und Sorgerechtskonflikten, [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html) (23.02.2015).

<sup>83</sup> Das Übereinkommen ist auf der Internetseite der Haager Konferenz für internationales Privatrecht ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) in der Rubrik „Übereinkommen“ verfügbar.

<sup>84</sup> Die aktuelle Liste der Mitgliedsstaaten ist der Internetseite der Haager Konferenz für internationales Privatrecht zu entnehmen <http://www.hcch.net>.

<sup>85</sup> Vgl *Bundesamt für Justiz*, Hinweise zur Rückführung entführter Kinder und zu grenzüberschreitenden Umgangs- und Sorgerechtskonflikten,

Das KSÜ regelt ähnlich wie die Brüssel IIa-VO unter anderem die Pflicht, in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidungen in einem anderen Vertragsstaat anzuerkennen und zu vollstrecken. Zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Dänemark) bleibt aber die Brüssel IIa-VO für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer EU-Staaten weiterhin anwendbar und verdrängt dahingehend das KSÜ.<sup>86</sup> Das Übereinkommen bestimmt auch, welches Recht anwendbar ist.<sup>87</sup>

Der weite Anwendungsbereich des KSÜ beinhaltet Maßnahmen zum Schutz von Kindern bis zum vollendeten 18. Lebensjahr sowie deren Vermögen, als auch Vorgaben bezüglich der internationalen Zuständigkeit, insbesondere betreffend internationaler Streitigkeiten über das Sorge- und das Umgangsrecht.<sup>88</sup>

Ziel des Übereinkommens ist gemäß Art 1 Maßnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen, wobei Art 3 nur beispielhaft mögliche Anwendungsbereiche anführt, die also keineswegs abschließend zu verstehen sind.<sup>89</sup> Durch das KSÜ wurde zum ersten Mal vereinbart, dass die Regelungen, die Kinder und Familien betreffen, das Kindeswohl als Priorität setzen und das Harmonisierungsbedürfnis der Staaten sekundär ist. Die Wirkung des HKÜ soll durch das KSÜ verstärkt werden.<sup>90</sup>

Der Art 7 KSÜ enthält im Falle einer Kindesentführung eine spezielle Zuständigkeitsregel, wonach die Gerichte des Herkunftsstaates für das Sorgerechtsverfahren bis zur Erfüllung von bestimmten Voraussetzungen zuständig bleiben.<sup>91</sup> Demzufolge bedarf der Aufenthalt des Kindes im Zufluchtsstaat der nachträglichen Legitimierung durch die Zustimmung beider Sorgeberechtigten oder eines mindestens einjährigen Aufenthalts des Kindes im Zufluchtsstaat während

---

[https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html)  
(23.02.2015).

<sup>86</sup> Vgl. *Bundesamt für Justiz*, Hinweise zur Rückführung entführter Kinder und zu grenzüberschreitenden Umgangs- und Sorgerechtskonflikten,

[https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html)  
(23.02.2015).

<sup>87</sup> Vgl. *Wagner/Janzen*, Die Anwendung des Haager Kinderschutzübereinkommens in Deutschland, FÜR 2011, 110.

<sup>88</sup> Vgl. *HCCH Publications*, Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (2014) Rn 3.10 ff <http://www.hcch.net/upload/handbook34en.pdf> (06.02.2015).

<sup>89</sup> Vgl. *HCCH Publications*, Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (2014) Rn 2.2 ff <http://www.hcch.net/upload/handbook34en.pdf> (06.02.2015).

<sup>90</sup> Vgl. *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 27.

<sup>91</sup> Vgl. *Wagner*, Die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern, ZKJ 2008, 353.

dessen sich das Kind in seine neue Umgebung eingelebt hat und kein Rückführungsverfahren anhängig ist, auch wenn der andere Sorgeberechtigte den Kindesaufenthalt kannte oder hätte kennen müssen.<sup>92</sup> Dadurch soll bei gleichzeitiger Anwendbarkeit des HKÜ und KSÜ vermieden werden, dass es zu einer negativen Kompetenz kommt. Die Regelung im KSÜ belässt den Gerichten des Herkunftsstaates die Aufenthaltszuständigkeit iSd Art 16 HKÜ, wodurch den Gerichten des Zufluchtsstaates ein vorübergehendes Entscheidungshemmnis auferlegt werden kann.<sup>93</sup> Wird aber eine Rückführung des Kindes unter Berufung auf einen Ausnahmetatbestand des HKÜ nicht angeordnet, so ist eine Sorgerechtsregelung im Zufluchtsstaat nur möglich, wenn die oben genannten Voraussetzungen des Art 7 KSÜ vorliegen. Dadurch wird Art 16 HKÜ indirekt geändert, denn gemäß Art 16 HKÜ kann das Gericht des Zufluchtsstaates eine Entscheidung über das Sorgerecht bei Ablehnung der Rückführung treffen. Die Arbeit des zuständigen Gerichts, welches die Sorgerechtsentscheidung zu treffen hat, wird aber, wenn sich das Kind noch im Zufluchtsstaat befindet, erschwert werden, da die Beteiligung der Eltern und des Kindes für die Entscheidung über das Sorgerecht erforderlich ist.<sup>94</sup> Obwohl gemäß Art 23 ff des KSÜ Gerichtsentscheidungen anderer Vertragsstaaten des KSÜ automatisch anzuerkennen sind, ist es fraglich, ob die Gerichte des Zufluchtslandes einer im Herkunftsland getroffenen Gerichtsentscheidung im Fall der Ablehnung der Rückführungsanordnung nachkommen werden, vor allem, wenn sich diese nicht in der EU befinden.<sup>95</sup>

## 9. Abgrenzung zum Europäischen Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ)<sup>96</sup>

Das vom Europarat ausgearbeitete Europäische Sorgerechtsübereinkommen hat derzeit 37 Vertragsstaaten<sup>97</sup> und ist in Österreich seit 01.08.1985 in Kraft.

---

<sup>92</sup> Vgl *Lagarde*, Erläuternder Bericht zu dem KSÜ, Rn 46.

<sup>93</sup> Vgl *Holl*, Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen, zugleich Diss.iur. Heidelberg 1999, 143.

<sup>94</sup> Vgl *Schweppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001) 157.

<sup>95</sup> Vgl *Schweppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001) 158.

<sup>96</sup> Europäisches Übereinkommen vom 20.05.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, BGBl 1985/321 Europäisches Sorgerechtsübereinkommen.

Durch das ESÜ sollen verletzte Sorgerechtsverhältnisse wieder hergestellt, von den Mitgliedstaaten gelassene Lücken in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht geschlossen<sup>98</sup> und Möglichkeiten zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen geboten werden.<sup>99</sup> Das ESÜ wurde aber im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Dänemark) zum größten Teil durch die Brüssel IIa-VO ersetzt.<sup>100</sup>

## C. Überblick über das Verfahren und die Zuständigkeiten

### 1. Antragstellung

Für die Einleitung eines Verfahrens nach dem HKÜ bedarf es eines Antrags. Regelmäßig wird der zurückgelassene Elternteil diesen Antrag stellen, wobei aber auch Behörden oder sonstige Stellen antragsberechtigt sind.<sup>101</sup> Aufgrund des Beschleunigungsgebots des HKÜ hat das Rückführungsverfahren in einem weitgehend entformalisierten Schnellverfahren zu erfolgen, wobei auf aufwendige Nachweise und Urkunden weitgehend verzichtet werden kann. Notwendige Angaben des Antrages sind die Identität des Kindes und der Person, die es verbracht hat oder zurückhält, das Geburtsdatum des Kindes, Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe geltend macht sowie alle verfügbaren Angaben zum Aufenthaltsort des Kindes und zu der Person, bei der es sich befindet.

Die zuständigen Behörden im Zufluchtsstaat haben darüber hinaus gemäß Art 15 HKÜ das Recht, vom Antragsteller eine Bescheinigung über die Widerrechtlichkeit der Verbringung bzw Zurückhaltung des Kindes zu verlangen.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> Aktueller Stand der ESÜ-Mitgliedstaaten unter

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=105&CM=&&DF=06/02/2015&CL=GER> (06.02.2015).

<sup>98</sup> Vgl *Dornblüth*, Die Europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen (2003) 9.

<sup>99</sup> Vgl OGH 18.07.2011, 6 Ob 103/11g.

<sup>100</sup> Vgl *Bundesamt für Justiz*, Hinweise zur Rückführung entführter Kinder und zu grenzüberschreitenden Umgangs- und Sorgerechtskonflikten,

[https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html) (06.02.2015).

<sup>101</sup> Vgl Art 8 HKÜ; vorausgesetzt die Behörde oder sonstige Stelle kann die Verletzung eines tatsächlich ausgeübten Sorgerechts geltend machen.

<sup>102</sup> Vgl *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 126.

## 2. Zuständigkeiten

### a. Zuständigkeiten und Verfahren für aus dem Ausland eingehende Anträge<sup>103</sup>

Wird ein Kind nach Österreich widerrechtlich verbracht oder in Österreich zurückgehalten, so ist für Rückstellungsanträge das Bezirksgericht am Sitz des Landesgerichts zuständig, in dessen Sprengel sich das Kind aufhält (in Wien beim Bezirksgericht Innere Stadt Wien, in Graz das Bezirksgericht Graz-Ost).<sup>104</sup>

Für Anträge auf Durchführung oder wirksame Ausübung des Rechts zum persönlichen Umgang iSd Art 21 HKÜ sind gemäß § 109 JN beim zuständigen Pflegschaftsgericht (Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw hatte) einzubringen.<sup>105</sup>

Das Übereinkommen verpflichtet in Art 2 die Vertragsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen und hierzu ihre schnellstmöglichen Verfahren anzuwenden. In Österreich ist hierfür das Außerstreitverfahren vorgesehen.<sup>106</sup>

Die Rückgabeverfahren sind von den Gerichten in gebotener Eile zu behandeln.<sup>107</sup> Wurde nicht binnen sechs Wochen ab Eingang des Antrags eine Entscheidung durch das zuständige Gericht getroffen, so sieht Artikel 11 HKÜ vor, dass die antragstellende Person oder die zentrale Behörde des zuständigen Staates eine Darstellung der Gründe für die Verzögerung verlangen kann.

Für die Einbringung eines Antrags auf Rückstellung sieht Art 12 HKÜ eine Antragsfrist von einem Jahr vor. Langt binnen dieser Frist der Rückstellungsantrag ein, kann die Rückgabe grundsätzlich nur verweigert werden, wenn eine Ausnahme

---

<sup>103</sup> Vgl § 5 Abs 2 DurchführungsG zum Haager Kindesentführungsübereinkommen idF AußStr-BegleitG.

<sup>104</sup> Vgl OGH 13.07.2010, 4 Ob 58/10y.

<sup>105</sup> Vgl *Bundesministerium für Justiz*, Leitfaden Kindesentführung, <http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.0/informationen.pdf> (06.02.2015).

<sup>106</sup> Vgl § 5 Abs 3 DurchführungsG zum Haager Kindesentführungsübereinkommen BGBl 1988/513 idF BGBl I 2003/112; § 111a AußStrG.

<sup>107</sup> Vgl OGH 22.04.2013, 6 Ob 75/13t; OGH 08.05.2013, 6 Ob 86/13k; *Fucik*, Eilgebot bei Kindesentführung, iFamZ 2013, 157; Verstöße gegen das Beschleunigungsgebot können unter Umständen Art 6 und 8 EMRK verletzen, vgl dazu EGMR Sylvester, 24.04.2003, 36812/97, 40104/98=ÖJZ 2004, 113; *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007, 34.

des Rückführungsgrundsatzes gemäß Art 13 vorliegt.<sup>108</sup> Ist hingegen die Frist von einem Jahr vor Antragstellung bereits verstrichen, so kann die Rückführung verweigert werden, soweit das Kind im Entführungsstaat bereits sozial integriert ist und sich in die neue Umgebung eingelebt hat.

Als zentrale Behörde Österreichs nimmt das Bundesministerium für Justiz die durch das Übereinkommen übertragenen Aufgaben wahr.<sup>109</sup> Dazu zählen gemäß Art 7 Abs 2 HKÜ unter anderem die Aufenthaltsermittlung und Rechtsauskünfte, keinesfalls aber darf in das Verfahren oder die Entscheidung der Rechtsprechung eingegriffen werden. Die zentrale Behörde kann in Fällen von widerrechtlicher Kindesverbringung oder Zurückhaltung niemals entscheiden, sondern lediglich bei der Bewältigung der gerichtlichen Aufgaben unterstützen sowie die zwischenstaatliche Übermittlung der Anträge und die Weiterleitung an die Gerichte vornehmen.<sup>110</sup>

#### b. Zuständigkeiten und Verfahren für in das Ausland gerichtete Anträge<sup>111</sup>

Hat (hatte) ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich und wurde widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbracht oder wird dort zurückgehalten, so ist grundsätzlich jedes zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen berufene Bezirksgericht für Anträge auf Rückstellung aus dem Ausland nach Österreich und Anträge auf Ausübung des Besuchsrecht iSd Art 21 HKÜ zuständig. Es ist aber empfehlenswert, die Anträge beim Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Kind vor der Verbringung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw hatte, einzubringen. Die Anträge<sup>112</sup> können schriftlich beim zuständigen Bezirksgericht eingebracht oder zu Protokoll gegeben werden.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Die Ausnahmen vom Rückführungsgrundsatz werden im Kapitel D noch eingehend dargestellt.

<sup>109</sup> Vgl § 1 Durchführungsgesetz zum Haager Kindesentführungsübereinkommen BGBl 1988/513 idF des AußerStr-BegleitG.

<sup>110</sup> Vgl Mosser, Internationale Kindesentführung – eine differenzierte Betrachtung, *juridicum* 2006, 159; Der „Guide to Good Practice“, abrufbar unter <http://www.hcch.net>, enthält umfassende Ausführungen zur Vorgehensweise und Behandlung von „incoming abduction applications“ und „outgoing abduction applications“ für die zuständigen zentralen Behörden; vgl HCCH Publications, Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part I – Central Authority Practice (2003) 33.

<sup>111</sup> Vgl § 2 DurchführungsgG zum Haager Kindesentführungsübereinkommen.

<sup>112</sup> Formblätter für Rückgabeanträge, Besuchsrechtsanträge und Vollmachten stehen auf der Internetseite des Bundesministeriums für Justiz (<http://www.justiz.gv.at>) unter der Rubrik Bürgerservice/Formulare/Familienrecht mit Auslandsbezug/Kindesentführung zum Download zur Verfügung.

Der Antrag und alle beizulegenden Schriftstücke<sup>114</sup> sind mit einer Übersetzung in die Amtssprache des ersuchenden Staates zu versehen.<sup>115</sup>

Das zuständige Bezirksgericht hat sodann den eingebrachten Antrag samt Beilagen auf Vollständigkeit zu prüfen und kann etwaige Ergänzungen veranlassen, bevor sie die Unterlagen dem Bundesministerium für Justiz vorzulegen hat. Im Ministerium wird der Antrag erneut auf Vollständigkeit hin geprüft und nach Anschluss einer Amtsbestätigung über den Inhalt der maßgeblichen Regelungen im ABGB die Obsorge betreffend an die ausländische zentrale Behörde übermittelt. Die weitere Aufgabe des Bundesministeriums für Justiz besteht in der amtswegigen Überwachung des Verfahrensfortgangs, nicht aber in der Rechtsvertretung der antragstellenden Person gegenüber den ausländischen Gerichten und Behörden.<sup>116</sup>

---

<http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.html?highlight=true> (06.02.2015).

<sup>113</sup> Vgl. *Fucik*, Checkliste für Entführungsfälle,

<http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.0/checklist.hk%C3%BC.pdf> (06.02.2015).

<sup>114</sup> Eine genaue Auflistung der nötigen Beilagen steht auf der Internetseite des Bundesministeriums für Justiz unter der Rubrik Bürgerservice/Formulare/Familienrecht mit Auslandsbezug/Kindesentführung/Kurzleitfaden: Behandlung von Anträgen in das Ausland zum Download zur Verfügung,

<http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.html?highlight=true> (06.02.2015), Artikel 8 HKÜ.

<sup>115</sup> Vgl. *Bundesministerium für Justiz*, Leitfaden Kindesentführung,

<http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.0/hk%C3%BC.pdf> (06.02.2015).

<sup>116</sup> Vgl. *Bundesministerium für Justiz*, Leitfaden Kindesentführung,

<http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a4768d17701477d5710960395.de.0/hk%C3%BC.pdf> (06.02.2015).



## D. Mögliche Ausnahmen von der Verpflichtung zur sofortigen Rückführung

Die sofortige Rückgabe von widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder iSd Art 12 HKÜ ist Ziel und wichtigster Grundsatz des HKÜ. Dem zugrunde liegt der Gedanke, dass durch die rasche Rückführung dem Wohl der Kinder am besten gedient ist,<sup>117</sup> denn sie sind die wirklichen Opfer der „Entführung“.<sup>118</sup>

„Sofortige Rückgabe“ bedeutet die Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat, dh in den Staat, in welchem das Kind zuvor den gewöhnlichen Aufenthalt hatte, um dort der antragstellenden Person die Möglichkeit zu geben, sein/ihr Sorgerecht zum Wohl des Kindes ausüben zu können und eine endgültige Sorgerechtsentscheidung der zuständigen Gerichte zu ermöglichen.<sup>119</sup> Dies hat nicht zwangsläufig die „Rückgabe“ des Kindes an den antragstellenden Elternteil zur Folge.<sup>120</sup> Das HKÜ selbst enthält keine Regelung betreffend des konkreten Rückführungsortes, der Person, an die das Kind nach der Rückstellung zu „übergeben“ ist oder in welcher Form die Rückführung anzuordnen ist. Grundsätzlich ist die Begleitung des Kindes bei der Rückführung durch den zurückgelassenen Elternteil selbst, eine von ihm benannte Person oder durch den verbringenden/zurückhaltenden Elternteil (der aber durch die Rückführungsanordnung nicht zur Begleitung verpflichtet werden kann) denkbar.<sup>121</sup> Nach erfolgter Rückführung kann das Kind, je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls, direkt an die antragstellende Partei übergeben werden oder an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts (der Ort, an dem das Kind bis zur Verbringung/Zurückhaltung gelebt hat) gebracht werden. Die Rückführung hat auch zu erfolgen, wenn der zurückgelassene Elternteil den Wohnort innerhalb des Staatsgebietes geändert hat und daher uU nicht mehr am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes wohnt.<sup>122</sup> Die Rückführung hat auch nicht notwendigerweise

---

<sup>117</sup> Vgl *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 16; EGMR 22.06.2006, Appl Nr 7548/04, *Bianchi gg Schweiz*, Rz 83; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>118</sup> Vgl OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>119</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.10.

<sup>120</sup> Vgl OGH 13.10.2009, 2 Ob 103/09z; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rz 09.10.; *Pape*, Internationale Kindesentführung (2010) 9.

<sup>121</sup> Vgl OGH 11.05.2005, 3 Ob 89/05t; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; *Pape*, Internationale Kindesentführung (2010) 9.

<sup>122</sup> Vgl *Bach/Gildenast*, Internationale Kindesentführung, Rz 100-103; *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 10.

zur Folge, dass das Kind bei der antragstellenden Person wohnen muss.<sup>123</sup> Auch eine alternative Unterbringung bei Dritten bis zur endgültigen Sorgerechtsentscheidung, ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen.<sup>124</sup>

*„Bei der Schaffung des Übereinkommens war man sich aber auch bewusst, dass das Verbringen eines Kindes gelegentlich aus objektiven Gründen gerechtfertigt sein kann, die entweder seine Person oder seine nächste Umgebung berühren; das Übereinkommen lässt daher bestimmte Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung der Staaten zu, die sofortige Rückgabe der widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kinder sicherzustellen.“<sup>125</sup>*

Demgemäß gibt es nur wenige Ausnahmen, die ein Abgehen vom Grundsatz der sofortigen Rückführung rechtfertigen können.

Geht der Rückführungsantrag erst nach Verstreichen der in Art 12 Abs 1 HKÜ bezeichneten Jahresfrist ein, ist die Rückgabe ebenfalls anzuordnen, außer es gilt als erwiesen, dass sich das Kind bereits in seiner neuen Umgebung eingelebt hat.<sup>126</sup>

Das ersuchte Gericht ist darüber hinaus, auch bei fristgerechtem Einbringen des Rückführungsantrages, gemäß Art 13 HKÜ nicht verpflichtet, die Rückführung des Kindes anzuordnen, wenn einer der folgenden Versagungsgründe vorliegt:

- Tatsächliche Nichtausübung des Sorgerechts zur Zeit der Verbringung oder des Zurückhaltens sowie nachträgliche Zustimmung oder Genehmigung des Verbringens oder Zurückhaltens (Art 13 Abs 1 lit a HKÜ)
- Die Rückführung mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind durch die Rückführung auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht wird (Art 13 Abs 1 lit b HKÜ)
- Weigerung des ausreichend reifen Kindes (Art 13 Abs 2 HKÜ)

---

<sup>123</sup> Vgl. Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte (2005) 14; Pantani, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 10.

<sup>124</sup> Vgl. Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte (2005) 14.

<sup>125</sup> OGH 4 Ob 538/92, 01.09.1992.

<sup>126</sup> Vgl. Fucik, Rückführung in das Ursprungsland, nicht zum zurückgebliebenen Elternteil, iFamZ 2009, 216; Nehls, Rechtliche Grundlagen bei internationalen Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in Paul/Kiesewetter (Hrsg.), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 13.

Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von Rückführungshindernissen obliegt jener Person, die das Kind verbracht hat bzw zurückhält und sich der Rückführung widersetzt.<sup>127</sup> Eine Pflicht zur amtswegigen Erforschung besteht nicht.<sup>128</sup> Die Anwendung der Ausnahmebestimmungen liegt im Ermessen des zuständigen Gerichts und bedarf stets der Betrachtung des konkreten Einzelfalls.<sup>129</sup>

#### 1. Art 13 Abs 1 lit a HKÜ

Die Zustimmung bzw nachträgliche Genehmigung gemäß Art 13 Abs 1 lit a hat in der Regel schriftlich zu ergehen, wobei aber auch eine stillschweigende Genehmigung möglich ist.<sup>130</sup> Voraussetzung ist jedenfalls, dass die Zustimmung klar und eindeutig erfolgt.<sup>131</sup> Erforderlich ist auch, dass sich die Zustimmung auf eine dauerhafte Aufenthaltsänderung durch die (mit-)sorgeberechtigte Person bezieht. Nicht ausreichend hingegen ist die bloße Zustimmung bzw nachträgliche Genehmigung zum vorläufigen Verbleib des Kindes beim verbringenden/zurückhaltenden Elternteil. Der Antragsgegner bzw die Antragsgegnerin trägt dafür die Beweislast.<sup>132</sup>

Ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit a HKÜ stellt auch die tatsächliche Nichtausübung des Sorgerechts zum Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens dar.<sup>133</sup> Bereits Art 3 HKÜ stellt auf das Vorliegen der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts durch den zurückgelassenen Elternteil als Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit der Verbringung/Zurückhaltung ab. Für die Anforderungen an die tatsächliche Ausübung des (Mit-)Sorgerechts wird auf die Darstellungen dazu in Kapitel III. B. 5. verwiesen.

---

<sup>127</sup> Vgl OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m, OGH 08.10.2003, 9 Ob 102/03w; OGH 19.06.1997, 6 Ob 183/97y.

<sup>128</sup> Vgl OGH 13.09.2012, 6 Ob 150/12w, OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/114.

<sup>129</sup> Vgl OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

<sup>130</sup> Vgl OGH 20.10.2005, 3 Ob 210/05m; *Nademleinsky/Neumayer*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.09.

<sup>131</sup> Vgl OGH 29.01.2010, 1 Ob 256/09t.

<sup>132</sup> Vgl OGH 91.04.2008, 5 Ob 17/08y.

<sup>133</sup> Eine Erklärung für die doppelte Bezugnahme auf die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts und das Verhältnis von Art 3 Abs 1 lit b zu Art 13 Abs 1 lit a bei *Schoch*, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 104.

## 2. Art 13 Abs 1 lit b HKÜ

Das Verfahren nach dem HKÜ sieht die Rückkehr des Kindes in den Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts vor, nicht aber die zwangsläufige Übergabe an die antragstellende Person oder die Trennung vom verbringenden/zurückhaltenden Elternteil.<sup>134</sup> Auch eine Trennung von Geschwistern muss nicht notwendigerweise mit der Rückführungsanordnung verbunden sein.<sup>135</sup> Der zurückgelassene Elternteil soll durch die Rückführung wieder die Möglichkeit haben, sein/ihr (Mit-)Sorgerecht ausüben zu können. Darüber hinaus soll die Rückkehr eine endgültige Entscheidung über das Sorgerecht der zuständigen Gerichte im Herkunftsstaat gewährleisten.<sup>136</sup> Die schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens oder die unzumutbare Lage iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ muss daher bei der Rückführung in den ursprünglichen Aufenthaltsstaat vorliegen und nicht nur bei einer möglichen Rückgabe an die antragstellende Person gegeben sein.<sup>137</sup>

Die mit der Rückführung verbundene Gefährdung des Kindeswohls iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ („*schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind*“) ist nach der Rechtsprechung sehr eng auszulegen und nur auf wirklich schwerwiegende Gefahren, die besonders erheblich, konkret und aktuell sind, zu beschränken.<sup>138</sup> Ebenfalls sehr eng auszulegen ist die Beurteilung einer möglichen „*unzumutbaren Lage*“ iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ, in die das Kind durch die Rückführung gelangen könnte.<sup>139</sup>

*„Eine zu weite Auslegung des Art 13 Abs 1 lit b HKÜ würde den Zielen des Übereinkommens entgegenstehen, zu einer Entscheidung über das Sorgerecht führen und dem entführenden Elternteil unberechtigte Vorteile aus dessen Rechtsbruch verschaffen.“<sup>140</sup>*

---

<sup>134</sup> Vgl. *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133; *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 35.

<sup>135</sup> Vgl. OGH 24.11.2001, 6 Ob 230/11; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>136</sup> Vgl. OGH 16.07.2009, 2 Ob 103/09z.

<sup>137</sup> Vgl. OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

<sup>138</sup> Vgl. OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 13.09.2012, 6 Ob 150/12w; OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; OGH 16.07.2009, 2 Ob 103/09z; BVerfG 29.10.1998, BvR 1206/98, Rz 48.

<sup>139</sup> Vgl. *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.11.; OGH 07.12.2000, 2 Ob 291/00h; Demnach reichen zur Beurteilung als „unzumutbare Lage“ weder erzieherische oder wirtschaftliche Nachteile, die durch die Rückführung des Kindes entstehen noch der Abbruch der Beziehungen zur Umwelt und der Familie aus.

<sup>140</sup> OGH 16.07.2009, 2 Ob 103/09z; OGH 30.09.2008, 1 Ob 182/08h.

Die Person, die sich der Rückführung widersetzt, trifft die volle Behauptungs- und Beweislast. Für das Vorliegen dieser Rückführungshindernisse besteht keine Pflicht zur amtswegigen Erforschung.<sup>141</sup> Kommen aber im Laufe des Verfahrens Umstände hervor, die das Vorliegen eines Rückführungshindernisses zumindest nicht unwahrscheinlich erscheinen lassen, so kommt es auf Tatsachenbehauptungen nicht an.<sup>142</sup>

Die Beurteilung, ob eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens besteht, ist stets von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen.<sup>143</sup> Dafür bedarf es einer Prognose über die durch die Rückkehr entstehende Situation für das Kind. Einer solchen Prognoseentscheidung legen die Gerichte nur die Fakten zugrunde, die zum Zeitpunkt der Entscheidung gegeben sind.<sup>144</sup> Da es sich beim Rückführungsverfahren nach dem HKÜ nicht um eine Sorgerechtsentscheidung handelt, sind Sachverständigengutachten grundsätzlich nicht einzuholen, da dies der Verpflichtung zur Beschleunigung des Verfahrens entgegenstehen würde.<sup>145</sup> Sollte aber im Einzelfall ein kinderpsychologisches Gutachten als unerlässlich erscheinen, so steht der Einholung nichts entgegen.<sup>146</sup>

Der Wortlaut „*schwerwiegend*“ bezieht sich auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes durch die Rückkehr und nicht auf das Ausmaß der möglichen Schädigung. Voraussetzung für ein mögliches Rückführungshindernis, sowohl für eine schwerwiegende Gefahr als auch für eine andere unzumutbare Lage, ist daher, dass eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts vorliegt.<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> Vgl OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

<sup>142</sup> Vgl OGH 30.09.2008, 1 Ob 182/08h; OGH 08.10.2003, 9 Ob 102/03w.

<sup>143</sup> Vgl OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; Der EGMR setze sich bereits mehrmals mit der Frage auseinander, ob die Rückführung gem HKÜ das Recht auf ein geschütztes Familienleben gem Art 8 EMRK verletzt bzw ob der staatliche Eingriff der Rückführung den Eingriffsvoraussetzungen entspricht und wie der Begriff des Kindeswohls zu interpretieren sei: „...*It follows from Article 8 that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable. The child's best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences. For that reason, those best interests must be assessed in each individual case.*“ EGMR 06.07.2010, 41615/07 Rz 138.

<sup>144</sup> Vgl Schoch, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 151.

<sup>145</sup> Vgl OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; OGH 18.07.2002, 8 Ob 122/02b; Schoch, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 259.

<sup>146</sup> Vgl OGH 08.10.2003, 9 Ob 102/03w, *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.18.

<sup>147</sup> Vgl Schoch, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 147; Der EGMR stellt fest, dass Art 13 HKÜ in Übereinstimmung mit Art 8 EMRK auszulegen ist: „...*the Court takes the view that Article 13 should be interpreted in conformity with the Convention.*“ EGMR 06.07.2010, 41615/07 Rz 137.

a. Schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ

Um den Grundsatz der sofortigen Rückführung, der durch die Wiederherstellung des status quo dem Kindeswohl am besten entsprechen soll, nicht zu unterlaufen, ist Art 13 Abs 1 lit b HKÜ restriktiv auszulegen.<sup>148</sup> Demzufolge haben mögliche psychische Belastungen oder Traurigkeitsgefühle des Kindes verbunden mit seiner Rückkehr, wenn zu erwarten ist, dass das Kind nach einer „gewissen Eingewöhnungszeit seine seelische Ausgeglichenheit wieder finden wird“, unberücksichtigt zu bleiben.<sup>149</sup> Auch müssen alle unvermeidbaren negativen Folgen, die typischerweise mit einer erneuten Aufenthaltsänderung (also der Rückführung) verbunden sind, bei der Entscheidung über den Rückführungsantrag außer Acht bleiben.<sup>150</sup> Als Beispiele hierfür sind der Wechsel der Bezugsperson, weite Entfernung zum Heimatstaat, Wechsel des Sprachgebietes und der Schulwechsel zu nennen.<sup>151</sup> Wirtschaftliche oder erzieherische Nachteile, die eine Rückführung mit sich bringen kann, haben für die Rückführungsentscheidung grundsätzlich auch unberücksichtigt zu bleiben.<sup>152</sup>

Ebenso zählt eine bereits gelungene soziale Integration des Kindes im aktuellen Aufenthaltsstaat nicht zu den Ausnahmetatbeständen des Art 13 und steht daher einer Rückführung, sofern der Rückführungsantrag vor Verstreichen der Jahresfrist gem Art 12 gestellt wurde, nicht entgegen.<sup>153</sup>

Obwohl Art 13 Abs 1 lit b HKÜ restriktiv auszulegen ist, ergibt sich aus dieser Bestimmung aber, dass „das konkrete Kindeswohl den Vorzug vor dem vom Übereinkommen angestrebten Ziel, Kindesentführungen ganz allgemein zu unterbinden hat“.<sup>154</sup> Das bedeutet auch, dass das konkrete Kindeswohl aus rein generalpräventiven Gründen keiner schwerwiegenden Gefahr iSd Art 13 ausgesetzt werden darf, „nur um den Eindruck zu verhindern, Kindesentführungen würden sich doch lohnen“.<sup>155</sup>

---

<sup>148</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w.

<sup>149</sup> OGH 08.10.2003, 9 Ob 102/03w.

<sup>150</sup> Vgl BVerfG FamRZ 1996, 405; OLG Zweibrücken 5 UF 112/00, FamRZ 2001, 643; OGH 12.05.2009, 5Ob 47/09m; OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001), 132.

<sup>151</sup> Vgl Bach, Das Haager Kindesentführungsübereinkommen in der Praxis, FamRZ 1997, 1051.

<sup>152</sup> Vgl OGH 07.12.2000, 2 Ob 291/00h.

<sup>153</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 13.10.2009, 1 Ob 176/09b.

<sup>154</sup> OGH 29.05.2000, 7 Ob 123/00i.

<sup>155</sup> OGH 18.12.2009, 6 Ob 242/09w.

## b. Materielle Nachteile im Rückführungsstaat

Was die Situation im Rückführungsstaat aus materieller Sicht betrifft, so wird von den Gerichten grundsätzlich auf eine generelle Unbeachtlichkeit für ein Rückführungshindernis gem Art 13 Abs 1 lit b HKÜ entschieden. Weder der zu erwartende Lebensstandard noch die persönlichen finanziellen Verhältnisse im Rückführungsstaat sind als Ausnahme vom Rückführungsgrundsatz zu werten. Einwände des entführenden Elternteils, im Rückführungsstaat keine ausreichenden finanziellen Möglichkeiten für den Lebensunterhalt zu haben, wurden von den Gerichten regelmäßig abgelehnt.<sup>156</sup> So wurde beispielsweise auch der Einwand einer Mutter, die nach einem Besuch in Kanada mit ihrem Kind nicht mehr zum Vater in die USA zurückkehrte, sie dürfe in den USA nicht arbeiten und erhalte für das Kind keine staatlichen Unterstützungen oder medizinische Versorgung, vom zuständigen Gericht mit der Begründung abgelehnt, dass sie bereits vor der Kindesverbringung unter gleichen Bedingungen für einige Zeit in den USA gewohnt hatte.<sup>157</sup>

Soll die Rückführung in einen Mitgliedstaat erfolgen, in dem Kriegsverhältnisse bestehen oder außergewöhnlich instabile Verhältnisse vorherrschen, so kann im Einzelfall ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ vorliegen.<sup>158</sup>

Die konkrete Einzelfallbeurteilung mit Ermessensspielraum obliegt den jeweiligen Gerichten und kann, wie im Folgenden kurz dargestellt, unterschiedlich erfolgen.

Gegen Vorliegen eines Rückführungshindernisses sprach sich ein US-amerikanisches Gericht bei der Beurteilung der Lage in Israel 2002 aus. Demzufolge handle es sich um kein Kriegsgebiet, da Läden geöffnet haben, an den Schulen unterrichtet wird und das Land problemlos verlassen werden kann, was unter Kriegswirren nur erschwert möglich sei.<sup>159</sup> Dagegen befand ein australisches Gericht die Rückführung der Kinder nach Israel im selben Jahr als zu gefährlich, bezog sich auf eine Reisewarnung des australischen Außenministeriums und lehnte die Rückführung ab.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> Vgl Re M. (Abduction: Undertakings) [1995] 1 FLR 1021, INCADAT HC/E/UKe 20; Police Commissioner of South Australia v. H., 6 August 1993, transcript, Family Court of Australia (Adelaide), INCADAT HC/E/AU 260.

<sup>157</sup> Vgl J.S.S. v. P.R.S., [2001] 9 W.W.R.581 (Sask,Q.B.), INCADAT HC/E/CA 755.

<sup>158</sup> Vgl Schoch, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 164.

<sup>159</sup> Vgl Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313, INCADAT HC/E/USf 481.

<sup>160</sup> Vgl Janine Claire Genish-Grant and Director-General Department of Community Services [2002] FamCA 346, INCADAT HC/E/AU 458.

Häufig wird die Rückführung in Krisengebiete mit der Begründung angeordnet, die Eltern des Kindes haben sich vor der Entführung für ein Leben in diesem Land in Kenntnis der bestehenden Gefahr entschieden und sich in Bewusstsein der vorherrschenden Verhältnisse dort niedergelassen. Damit haben sie ein Leben unter diesen Bedingungen akzeptiert und können sich daher nicht auf das Vorliegen eines Rückführungshindernisses berufen.<sup>161</sup> Mit dieser Begründung ordnete zB ein dänisches Gericht die Rückführung nach Israel an, obwohl eine Reisewarnung des britischen Außenministeriums vorlag.<sup>162</sup> Ebenso wenig stelle die Bedrohung durch terroristische Anschläge ein Rückführungshindernis dar, da weltweit eine wachsende Gefahr durch Terrorismus gegeben sei.<sup>163</sup>

c. Nachteile für den verbringenden/zurückhaltenden Elternteil durch die gemeinsame Rückkehr mit dem Kind

Keht der verbringende/zurückhaltende Elternteil mit dem Kind in den „Herkunftsstaat“ zurück, wird er/sie möglicherweise mit strafrechtlicher Verfolgung konfrontiert. In den meisten HKÜ Mitgliedstaaten stellt die „Entführung“ eines Kindes eine Straftat dar. Ob die Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung des „entführenden“ Elternteils bei der Rückkehr einen Ausnahmetatbestand iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellt und daher ein Rückführungshindernis vorliegt, ist umstritten.

Die internationale Judikatur lehnt die Beachtung einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung des „entführenden“ Elternteils grundsätzlich überwiegend ab, da es der verbringenden/zurückhaltenden Person nicht ermöglicht werden solle, durch sein/ihr eigenes rechtswidriges Verhalten die Rückführung zu verhindern und sich selbst Vorteile zu verschaffen. Das eigene illegale Verhalten habe als notwendige Folge eine mögliche strafrechtliche Verfolgung, die idR keine Ausnahme vom Rückführungsgrundsatz darstellen dürfe. Würde man in diesen Fällen ein Rückführungshindernis sehen, so käme das HKÜ im Verhältnis zu Mitgliedstaaten, die Freiheitsstrafen vorsehen, nie zur Anwendung.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Vgl 1 F 3709/00, Familiengericht Zweibrücken (Family Court), 25 January 2001, INCADAT HC/E/DE 392; A. v. A., INCADAT HC/E/AR 487; CA Aix en Provence, 8 octobre 2002, No de RG 02/14917, L. c. Ministère Public, Mme B et Mesdemoiselles L, INCADAT HC/E/FR 509.

<sup>162</sup> Vgl V.L.K., 11. Januar 2002, 13. afdeling, B-2939-01, INCADAT HC/E/DK 519.

<sup>163</sup> Vgl A. v. A., INCADAT HC/E/AR 487.

<sup>164</sup> Vgl OGH 20.10.2005, 3 Ob 210/05m; *Siehr*, Desavouierung des Haager Kindesentführungsübereinkommens, IPRax 2002, 119; BVerfG 18.07.1997, 2 BvR 1126/97, FamRZ



Es bleibt aber stets der konkrete Einzelfall zu beachten und zu beurteilen. Beispielsweise wurde vom zuständigen Gericht in einem konkreten Fall ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ in der Tatsache gesehen, dass gegen die Mutter, welche ihr Kind ins Ausland verbracht hatte, bereits ein Haftbefehl im Herkunftsstaat wegen Kindesentführung vorlag. Durch die gemeinsame Rückreise wäre mit der Festnahme der Mutter und folglich der Trennung des Kindes von ihr als wichtigste Bezugsperson zu rechnen gewesen, was im konkreten Fall eine psychischen Gefährdung des Kindes in erheblichem Ausmaß dargestellt hätte.<sup>165</sup> Der Rückführungsantrag wurde, in Anbetracht der Umstände des konkreten Einzelfalls, abgewiesen.<sup>166</sup> Das Gericht bekannte sich zwar zur generellen Nichtbeachtung von strafrechtlicher Verfolgung des „entführenden“ Elternteils bei der Rückkehr in den Rückführungsstaat, stellte aber klar, dass dies dann nicht gelten dürfe, wenn das Kindeswohl durch eine tatsächliche Strafverfolgung des „entführenden“ Elternteils beeinträchtigt werde.<sup>167</sup>

Einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung des verbringenden/zurückhaltenden Elternteils, verbunden mit einer drohenden schwerwiegenden Gefahr für das Kind, kann uU durch sog „mirror orders“ entgegengewirkt werden, was aber im Vorfeld eine genaue Prüfung der Rechtslage in den betreffenden Mitgliedsstaaten erfordert.<sup>168</sup>

---

1997, 1269; AG Darmstadt 53 F 925/93, FamRZ 1994, 184; Tabacchi v. Harrison, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.), INCADAT HC/E/USf 465; Re L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings) [1999] 1 FLR 433, INCADAT UC/E/UKe 358; kritisch dazu hingegen *Nademleinsky/Neumayer*, internationales Familienrecht (2007) Rn 09.10.

<sup>165</sup> Vgl OGH 27.10.1993, 7 Ob 596/93; ganz ähnlich auch OLG Rostock 10 UF 81/01, FamRZ 2002, 46.

<sup>166</sup> Eine Rückführung hätte in jedem Fall eine Trennung des Kindes von der Mutter als Hauptbezugsperson bedeutet; entweder wegen der Verweigerung der Mitreise (aus Angst vor der Verhaftung) oder wegen der tatsächlichen Verhaftung nach der gemeinsamen Rückkehr in den Herkunftsstaat; vgl dazu *Coester*, Kooperation statt Konfrontation, in FS Schlosser (2005) 135; *Coester* sieht daher in einem Haftbefehl, der sich gegen den „Entführer“ als Hauptbezugsperson eines kleinen Kindes richtet ein mögliches entscheidendes Rückführungshindernis, wenn die Trennung das Kind schwer schädigen würde. Es ginge allein um das Kind, das sich ein Fehlverhalten seines Elternteils nicht entgegenhalten lassen müsse.

<sup>167</sup> Vgl OLG Rostock 10 UF 81/01, FamRZ 2002, 46.

<sup>168</sup> Das Gericht im Zufluchtsstaat kann nicht die Aufhebung eines Haftbefehls im Herkunftsstaat anordnen. Aber es kann/soll durch Einbeziehung der zentralen Behörden abklären, ob tatsächlich eine Verhaftung droht. Die zentrale Behörde oder das Gericht im Zufluchtsstaat können versuchen eine Aufhebung des Haftbefehls im Herkunftsstaat zu erwirken – erzwingbar ist dies aber nicht. Ausführlich dazu vgl *Coester*, Kooperation statt Konfrontation, in FS Schlosser (2005) 135; vgl dazu auch Kapitel III. E. dieser Arbeit.

#### d. Unfähigkeit der antragstellenden Person, das Kind zu versorgen

Das Rückstellungsverfahren nach dem HKÜ ist kein Sorgerechtsverfahren, sondern hat die Rückstellung des Kindes in das Staatsgebiet des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts zum Ziel.<sup>169</sup> Demnach geht es bei der Behandlung eines Rückführungsantrags nicht um die Beurteilung, bei welchem mitobsoorgeberechtigten Elternteil das Kind am besten aufgehoben ist oder wer sich besser um das Kind kümmern kann. Dies sind Fragen, die im nationalen Sorgerechtsverfahren im Rückführungsstaat zu klären sind. Daher stellt ua die Lebens- und Erziehungsweise des zurückgelassenen Elternteils grundsätzlich kein Rückführungshindernis dar<sup>170</sup>, da die Rückführung nicht die „Rückgabe“ an die antragstellende Person vorsieht, sondern die Rückstellung an den gewöhnlichen Aufenthalt vor der Verbringung.<sup>171</sup>

#### e. Häusliche Gewalt/sexueller Missbrauch im Herkunftsstaat

Die Gefahr für das Kind von häuslicher Gewalt oder sexuellem Missbrauch im Staat des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts wird unterschiedlich beurteilt. In vielen Fällen wird kein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ angenommen und damit argumentiert, der Schutz des Kindes bzw die Gefahrenabwehr läge im Zuständigkeitsbereich des Rückführungsstaates.<sup>172</sup> Ausschlaggebend ist grundsätzlich nicht, ob die Gewalt vom zurückgelassenen Elternteil oder von einer dritten Person ausgeht oder ob sie sich gegen das Kind oder die verbringende/zurückhaltende Person richtet.

Daher wird trotz der Gefahr von (erneuter) häuslicher Gewalt oder (erneutem) sexuellem Missbrauch oft eine Rückführung des Kindes angeordnet.<sup>173</sup> Einerseits ist

---

<sup>169</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 30.09.2013, 6 Ob 171/13k; OGH 08.07.2010, 2 Ob 90/10i; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.10.; *Bach/Gildenast*, Internationale Kindesentführung (1999) Rz 100.

<sup>170</sup> Vgl *Emmet and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener)* (1996) 92-645, INCADAT HC/E/AU 280; in Fällen einer Drogen- oder Alkoholabhängigkeit der antragstellenden Person wurde in einigen Fällen ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ gesehen, sofern durch die suchtbedingten Verhaltensweisen eine schwerwiegende Kindeswohlgefährdung glaubhaft gemacht werden konnte: vgl OGH 19.06.1997, 6 Ob 183/97y; 10.03.1998; *Autorité de surveillance des tutelles (child protection agency)*, decision of 10 March 1998, 115/98, INCADAT HC/E/CH 432; *MacMillan v. MacMillan* 1989 SLT 350, INCADAT HC/E/UKs 25.

<sup>171</sup> Vgl OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>172</sup> Vgl *Schweppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001), 164.

<sup>173</sup> Vgl OLG München 2 UF 1174/00 (Schlagen des Kindes mit einem Gürtel durch den zurückgebliebenen Elternteil wurde in diesem Fall nicht als ein Rückführungshindernis gem Art 13 Abs

es dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin oft nicht möglich, bereits erfolgte Misshandlungen am Kind ausreichend beweisen zu können, andererseits verweisen die Gerichte auf die Zuständigkeit und die Möglichkeit von nötigen Schutzvorkehrungen im Rückführungsstaat.

Teilweise befassen sich die Gerichte nicht mit dem Vorwurf der Kindesmisshandlung mit der Begründung, dass per se kein Rückgabeverweigerungsgrund vorläge und dass Vorkehrungen, die auf den Entfall der Rückführungshindernisse iSd Art 13 wirken, veranlasst werden können.<sup>174</sup> Verwiesen wird auch auf die im Rückführungsstaat möglichen Sicherheits- und Schutzmaßnahmen der dortigen Behörden, um erneute Misshandlungen des Kindes zu verhindern. Auch wird darauf hingewiesen, dass die Rückführung des Kindes nicht die „Rückgabe“ an den anderen Elternteil bedeute.<sup>175</sup>

Daher kommt es auch trotz erwiesener Gewalttätigkeit des zurückgelassenen Elternteils gegenüber dem Kind (und gegenüber dem anderen Elternteil) meist zu einer Rückführung, mit der Begründung, die Behörden im Rückführungsstaat seien in der Lage, das Kind ausreichend zu schützen.<sup>176</sup> Die Zusage des Rückführungsstaates, die Kinder nach Rückstellung für die Dauer des Sorgerechtsstreits in einer Pflegefamilie unterzubringen, reicht aus, um dadurch ihr körperliches Wohlergehen sicherzustellen. Ein damit verbundener psychischer Leidensdruck der Kinder sei kein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ.<sup>177</sup>

---

1 lit b HKÜ gewertet, da sich das Züchtigungsmittel im Rahmen des mit dem Erziehungszweck gebotenen Maßstab gehalten habe); Re H.B. (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 392, INCADAT HC/E/UKe 18 (auch in diesem Fall wurde wiederholtes Schlagen des Kindes durch den zurückgebliebenen Elternteil nicht als ein Rückführungshindernis gewertet, da es sich nicht um „absichtlichen Missbrauch“ gehandelt habe).

<sup>174</sup> Vgl OGH 16.07.2009, 2 Ob 103/09z.

<sup>175</sup> Vgl OGH 16.07.2009, 2 Ob 103/09z.

<sup>176</sup> Vgl U. v. D. [2002] NZFLR 529, INCADAT HC/E/NZ 472; Tabacchi v. Harrison, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.), INCADAT HC/E/USf 465; D.I. Petitioner, [1999] Green's Family Law Reports 126, INCADAT HC/E/UKs 352.

<sup>177</sup> Vgl In the Matter of L.L. (Children), 22 May 2000, Family Court of New York, INCADAT HC/E/USs 273; Aus Überlegungen zum Kindeswohl scheint eine Unterbringung bei Dritten aber sehr problematisch; Kann das Kind im Rückführungsstaat nicht vom antragstellenden Elternteil wegen der Gefahr einer schwerwiegenden Misshandlung betreut werden und kann es auch nicht vom „entführenden“ Elternteil begleitet werden, so scheint eine Ablehnung der Rückführung iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ angebracht, da eine Unterbringung bei Dritten selbst eine Gefahr für das Kindeswohl darstellen würde; vgl dazu Keese, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 135; Schoch, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 161; Vomberg/Nehls, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung (2002) 58.

Auch das Verhalten der Beteiligten vor einer Kindesverbringung/Kindeszurückhaltung kann für die Beurteilung eines möglichen Rückführungshindernisses ausschlaggebend sein. Wurde zuvor dem im Rückführungsverfahren als gewalttätig bezeichneten anderen Elternteil regelmäßiger und fortdauernder Kontakt zum Kind gestattet, so wird von den Gerichten überwiegend angenommen, dass keine Gefahr iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ vorläge.<sup>178</sup> Selbst wenn bereits vor der Verbringung/Zurückhaltung des Kindes nur mehr ein überwachter Kontakt zum anderen Elternteil sattgefunden hat, um so das Kind vor Gewaltanwendung zu schützen, bestünde keine Gefahr iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ, weil die bisherige Vorgehensweise des überwachten Kontakts auch nach der Rückkehr beibehalten werden könne.<sup>179</sup>

Unter ganz ähnlichen Gesichtspunkten führt auch ein sexueller Missbrauch des Kindes vor der Verbringung/Zurückhaltung überwiegend nicht zu einem Rückführungshindernis gem Art 13 Abs 1 lit b HKÜ. Einerseits fehlen oftmals ausreichende Beweise für einen tatsächlichen Missbrauch, andererseits wird betont, dass die Rückführung keine zwangsläufige Rückstellung an den antragstellenden Elternteil oder die Trennung des hauptsächlich betreuenden Elternteils zur Folge haben muss.<sup>180</sup> Auch in Fällen des Missbrauchs wird grundsätzlich auf die Möglichkeiten zum Schutz des Kindes durch die Behörden des Herkunftsstaates verwiesen und eine Rückführung angeordnet.<sup>181</sup>

Zu beurteilen ist auch, wie sich Gewalttätigkeiten des antragstellenden Elternteils gegenüber dem Elternteil, der das Kind verbracht hat oder zurück hält, im Rückführungsverfahren auswirken bzw ob dadurch ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ gegeben sein kann.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass Gewalttätigkeiten, die sich „nur“ gegen den „entführenden“ Elternteil richten, keine ausreichende Gefahr für das Kind iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellen, da die Gewalteinwirkungen nicht das Kind selbst betreffen. Auch wird darauf verwiesen, dass die Behörden im Rückführungsstaat ausreichend Möglichkeiten zum Schutz der Kinder und Hilfestellungen für den

---

<sup>178</sup> Vgl Re N. (Abduction: Habitual Residence), [2002] 2 FLR 899, INCADAT HC/E/UKe 302; In the Marriage of S.S. and D.K. Bassi (1994) FLC 92-4, INCADAT HC/E/AU 292.

<sup>179</sup> Vgl Re M. (Abduction: Acquiescence) [1999] 1 FLR 315, INCADAT HC/E/UKe 21.

<sup>180</sup> Vgl OGH 22.03.2002, 1 Ob 51/02k.

<sup>181</sup> Vgl N. v N. (Abduction: Article 13 Defence) [1995] 1 FLR 107, INCADAT HC/E/UKe 19; M. v H., 30 June 1994, transcript, District Court of New Zealand at Christchurch, INCADAT HC/E/NZ 247; A.S. v. P.S. (Child Abduction), [1998] 2 IR 244, INCADAT HC/E/IE 389.

rückkehrenden Elternteil haben. In einigen Fällen wird zusätzlich auf abgegebenen Zusicherungen des antragstellenden Elternteils verwiesen (sog „undertakings“<sup>182</sup>) sowie auf die Tatsache, dass dem Kind auch vor der Verbringung Kontakt zum zurückgelassenen Elternteil gewährt wurde. Dies ließe die Annahme zu, dass selbst der Elternteil, gegen den sich die Gewalt gerichtet hat, keine Gefahr für das Kind angenommen habe.<sup>183</sup>

Vertreten wird aber auch die Ansicht, dass Kinder, die Gewalttätigkeiten zwischen den Eltern mehrfach miterleben müssen, schwere psychische Beeinträchtigungen erleiden können und eine Rückführung daher bereits bestehende seelische Schäden vertiefen könne. Daher bestünde ein Rückführungshindernis gem Art 13 Abs 1 lit b HKÜ, obwohl sich die Gewalt nicht direkt gegen das Kind richtet.<sup>184</sup> Hingegen wurde aber die Rückführung eines Kindes in einem konkreten Fall beispielsweise mit der Begründung angeordnet, der das Kind verbringende Elternteil habe ohnedies nicht vor, zum zurückgelassenen Elternteil zurückzukehren, wonach nicht zu befürchten sei, dass das minderjährige Kind nach der Rückführung erneut Streitigkeiten zwischen den Eltern ausgesetzt sei.<sup>185</sup>

Auf die Zuständigkeit des Herkunftsstaates betreffend geeigneter Schutzmaßnahmen nach der Rückkehr kann dann nicht mehr abgestellt werden, wenn bereits getroffene behördliche Sicherheitsmaßnahmen (zB Betretungsverbot der Familienwohnung für den gewalttätigen Elternteil) im Rückführungsstaat vor der Kindesverbringung ohne Erfolg geblieben sind. Mit der Wiederherstellung der früheren Verhältnisse wären in solchen Fällen gravierende seelische Schäden des Kindes iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ zu befürchten, womit die Rückführung, unter Verweis auf die behördlichen Schutzmaßnahmen im Herkunftsstaat, nicht angeordnet werden kann.<sup>186</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Gewalttätigkeiten des antragstellenden Elternteils gegen den anderen Elternteil, der (daraufhin) das Kind verbracht hat oder es zurückhält und auch die Hauptbezugsperson des Kindes ist, überwiegend keinen die Rückführung ausschließenden Grund iS einer

---

<sup>182</sup> Vgl dazu Kapitel III. E. dieser Arbeit.

<sup>183</sup> Vgl Falconer, Commissioner, Western Australian Police v. O.S., 12 June 1998, transcript, Family Court of Western Australia, INCADAT HC/E/AU 227; Tabacchi v. Harrison, 2000 WL 190576 (N.D.III), INCADAT HC/E/USf 465; Re Slamen 1991 GWD 34-2041, INCADAT HC/E/UKs 190.

<sup>184</sup> Vgl OGH 02.04.2003, 9 Ob 23/03b.

<sup>185</sup> Vgl OGH 17.03.1998, 4 Ob 69/98w.

<sup>186</sup> Vgl Walsh v. Walsh, No.99-1747 (1st Cir. July 25 2000), INCADAT HC/E/USf 326, OGH 19.06.1997, 6 Ob 183/97y; Q., Petitioner, 2001 SLT 243, INCADAT HC/E/UKs 341.

schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schaden des Kindes nach Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellt.

f. Rückführungsbedingte Trennung des verbrachten/zurückgehaltenen Kindes von dessen Geschwistern

Im Rückführungsverfahren ist uU auch zu beurteilen, wie vorzugehen ist, wenn mehrere gemeinsame Kinder verbracht oder zurückgehalten werden, wobei ein Kind oder mehrere Kinder bereits das 16. Lebensjahr erreicht haben oder ein Ausnahmetatbestand des Art 13 HKÜ nicht für alle Kinder gleichermaßen anzuwenden ist.

Für Kinder, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, kommt das HKÜ gem Art 4 nicht zur Anwendung, womit sie von einer etwaigen Rückführungsanordnung, die möglicherweise die Rückkehr der jüngeren Geschwister vorsieht, nicht erfasst sind. Ähnlich ist die Situation, wenn sich Kinder, welche ein Alter und eine Reife erreicht haben, angesichts deren es angebracht erscheint, die vorgebrachte Meinung zu berücksichtigen, der Rückführung gem Art 13 Abs 2 HKÜ widersetzen, jüngere Geschwister aber rückzuführen wären.

Überwiegend wird bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für ein Kind auch gegen eine Rückführung der anderen Geschwister iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ entschieden, da bei einer Trennung der Geschwister psychische Schäden zu befürchten seien.<sup>187</sup> Es sei überdies allgemein anerkannt, *„dass der Kontinuität der Geschwisterbeziehung besonders große Bedeutung zukommt, wenn die Elternbeziehung zerrüttet ist und sich das gemeinsame Zusammenleben mit diesen trennungsbedingt aufgelöst hat.“*<sup>188</sup>

Daher kommt es nur in Ausnahmefällen zu einer Rückführung trotz damit verbundener Trennung der Geschwister.

Beispielsweise ordnete der OGH in einem konkreten Fall die Rückführung der jüngeren Geschwister an, obwohl dies eine Trennung vom Bruder, der aufgrund der

---

<sup>187</sup> Vgl OGH 05.02.1992, 2 Ob 596/91; OGH 29.05.2000, 7 Ob 123/00i; OLG Frankfurt 3 UF 239/95, FamRZ 1996, 689; OLG Celle 19 UF 134/94, FamRZ 1995, 955; Urness v. Minto, 1994 SC 249, INCADAT HC/E/UKs 79; Secretary for Justice v. Penny, ex parte Calabro, [1995] NZFLR 827, INCADAT HC/E/NZ 67.

<sup>188</sup> OLG Frankfurt 3 UF 239/95, FamRZ 1996, 689; ähnlicher Ansicht: *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 54; *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 138; *Vomberg/Nehls*, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung (2002) 60.

Altersregel nicht mehr vom HKÜ erfasst wurde, bedeutete (laut dem vom Gericht festgestellten Sachverhalt gefährdet aber die Trennung der jüngeren Geschwister vom älteren Bruder deren Wohl).<sup>189</sup> Darüber hinaus gaben die jüngeren Geschwister an, nicht „zum Vater“ zurückkehren zu wollen und teilweise Angst vor ihm zu haben. Der OGH sah die Äußerungen der Kinder als nicht ausreichend für eine Verweigerung des Rückführungsantrages an, da diese *„unter der Prämisse es stehe eine Rückgabe an den Vater in Aussicht“*<sup>190</sup> zu Stande gekommen seien. Das Gericht stellte sodann klar, dass es sich nicht um eine Rückstellung an den Vater handle, sondern um die Rückführung in den Herkunftsstaat, wonach die Mutter nach der Rückkehr weiterhin die Kinder betreuen könne. Mit der Rückführungsanordnung sei *„nicht notwendigerweise die Trennung des Kindes vom „Entführer“ oder von anderen Geschwistern, die aufgrund Erreichung des 16. Lebensjahres nicht mehr von den Bestimmungen des HKÜ erfasst sind, verbunden“*.<sup>191</sup> Eine Trennung der Kinder zu vermeiden obliege daher der Obsorgepflicht der Mutter. Auch eine Trennung der Kinder von der Mutter brauche nicht zu erfolgen, da es der Mutter zugemutet werden könne, gemeinsam mit (allen) Kindern in den Herkunftsstaat zurückzukehren.<sup>192</sup> Faktisch bedeutet dies, dass der 16-Jährige gegen seinen Willen zurückkehren muss, um weder von seinen Geschwistern noch von der Mutter getrennt zu werden.<sup>193</sup>

Auffallend ist, dass die mit einer aufgrund der Rückführung verbundenen Trennung der Geschwister einhergehende Gefahr von psychischen Schäden offenbar anders beurteilt wird, wenn es sich um Halbgeschwister handelt, die nicht vom Rückführungsantrag erfasst sind.<sup>194</sup> Teilweise wird darauf hingewiesen, dass die verbringende/zurückhaltende Person freiwillig mit den von der Rückführung nicht

---

<sup>189</sup> Vgl. 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; anders die bisherige Rsp des OGH: OGH 05.02.1992, 2 Ob 59/91; OGH 29.05.2000, 7 Ob 123/00i.

<sup>190</sup> OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>191</sup> OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>192</sup> Vgl. OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; mit ähnlichen Begründungen: Re H. (Abduction: Child of 16) [2002] 2 FLR 51, INCADAT HC/E/UK 476; Whallon v. Lynn, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000), INCADAT HC/E/USf 388.

<sup>193</sup> Vgl. Miklau, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133.

<sup>194</sup> Vgl. In the Matter of L.L.(Children), 22 May 2000, Family Court of New York, INCADAT HC/E/USs 273; Freier v. Freier, 969 F. Supp. 436 (E.D.Mich. 1996), INCADAT HC/E/USf 133; Whallon v. Lynn, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000), INCADAT HC/E/USf 388.

erfassten Halbgeschwistern ebenfalls in den Herkunftsstaat zurückkehren kann, um so eine Trennung der Kinder zu vermeiden.<sup>195</sup>

- g. Rückführungsbedingte Trennung des verbrachten/zurückgehaltenen Kindes von dessen „Entführer“ bzw „Entführerin“

Die zuständigen Gerichte haben im Rückführungsverfahren auch zu beurteilen, ob eine durch die Rückführung des Kindes entstehende Trennung von Kind und verbringenden/zurückhaltenden Elternteil eine schwerwiegende Gefahr iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellt.

Eine Rückführungsentscheidung ordnet die Rückführung des Kindes in den Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts an, nicht aber auch die Rückkehr der verbringenden/zurückhaltenden Person. Der zur Rückkehr des Kindes angehaltene Elternteil kann nicht verpflichtet werden selbst ebenfalls in den Ursprungsstaat zurückzukehren, um das Kind zu begleiten.<sup>196</sup>

Zu beachten ist die Tatsache, dass überwiegend Mütter als betreuender Elternteil und Hauptbezugsperson ihre Kinder verbringen oder zurückhalten und Rückführungsanträge daher gegen sie gerichtet sind.<sup>197</sup> Das HKÜ wurde jedoch unter der Annahme konzipiert, dass es sich bei der verbringenden/zurückhaltenden Person um den nicht mit dem Sorgerecht betrauten Elternteil handle.<sup>198</sup> Daher ging man bei der Erarbeitung des HKÜ davon aus, dass das Kind durch die widerrechtliche Verbringung oder Zurückhaltung von der Hauptbezugsperson getrennt würde und das Kind durch die Rückführung wieder mit seiner Hauptbezugsperson zusammengebracht werde.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl In the Matter of L.L. (Children), 22 May 2000, Family Court of New York, INCADAT HC/E/USs 273; Whallon v. Lynn, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000), INCADAT HC/E/USf 388; kritisch zur Differenzierung, vor allem zur Gefahrensituation für das rückzuführende Kind: *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133.

<sup>196</sup> Vgl OGH 13.10.2009, 1 Ob 176/09b; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133; *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.10.

<sup>197</sup> In Österreich wird in ca.60% aller HKÜ-Verfahren das Kind von der mitsorgeberechtigten und das Kind hauptbetreuenden Mutter verbracht; vgl dazu *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133; Allgemeinere Nachweise auch bei *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 132; *Schwepe*, Kindesentführung und Kinderinteressen (2001) 45; *Fucik*, Neues zu Kindesentführungen, ÖJZ 2010, 74; *Beaumont/McEleavy*, The Hague Convention on International Child Abduction (1999) 138.

<sup>198</sup> Vgl *Fucik*, Neues zu Kindesentführungen, ÖJZ 2010, 74.

<sup>199</sup> Vgl *Keese*, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 132.



Überwiegend ist das nicht der Fall.<sup>200</sup> Bei der Verbringung/Zurückhaltung durch die Hauptbezugsperson kann es durch die Rückstellung des Kindes in den Ursprungsstaat möglicherweise zu einer Trennung vom hauptbetreuenden Elternteil, der selbst aus unterschiedlichen Gründen nicht zurückkehren kann bzw will, kommen. Diese Trennung kann zu einer schwerwiegenden Gefahr oder unzumutbaren Lage iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ für das Kind führen.

Läge aber durch die Trennung von Kind und verbringenden/zurückhaltenden Elternteil stets ein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ vor, wäre das System des HKÜ größtenteils wirkungslos.<sup>201</sup> Der zur Rückstellung angehaltene Elternteil könnte durch die einseitige Verbringung/Zurückhaltung des Kindes und die anschließende Weigerung das Kind zurückzubegleiten einseitig Tatsachen schaffen und so die Grundsätze des HKÜ umgehen.<sup>202</sup>

Im Gegensatz zur älteren Rsp<sup>203</sup> sieht die derzeitige Rsp der Mitgliedstaaten in der Trennung des Kindes von der Hauptbezugsperson grundsätzlich kein Rückführungshindernis iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ.<sup>204</sup>

Begründet wird dies damit, dass es dem verbringenden/zurückhaltenden Elternteil, der oft zugleich auch Hauptbezugsperson ist, freistünde, das Kind zu begleiten und so die für das Kind befürchteten schwerwiegenden Nachteile aufgrund einer möglichen Trennung zu vermeiden und das Wohl des Kindes zu sichern.<sup>205</sup> Mit der Rückkehr verbundene eigene Nachteile habe der verbringende/zurückhaltende Elternteil in Kauf zu nehmen. Die Situation wurde durch das eigenmächtige widerrechtliche Vorgehen selbst geschaffen, wonach es nicht möglich sein dürfe sich zu eigenen Gunsten auf mögliche nachteilige Folgen des eigenen widerrechtlichen

---

<sup>200</sup> Vgl dazu die ausführliche Statistikanalyse zu Anträgen nach dem HKÜ von 2008: HCCH Publications, *Lowe*, A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction (Part I – Global Report), Preliminary Document No 8 A - update, 2011. Die statistischen Erhebungen beinhalteten für 2003 und 2008 erstmals auch die Frage nach der Verbringung/Zurückhaltung von Kindern durch den sogenannten „primary carer“ bzw „primary caretaker“.

<sup>201</sup> Vgl *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133.

<sup>202</sup> Vgl *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133.

<sup>203</sup> Vgl OGH 11.11.1999, 6 Ob 294/99z; OGH 15.10.1996, 4 Ob 2288/96s; OGH 27.10.1993, 7 Ob 596/93; vgl auch die ausführlichen Belege aus der INCADAT bei *Glawatz*, Internationale Rechtsprechung (2008) 60.

<sup>204</sup> Vgl ausführliche Nachweise zur Rechtsprechung in *Glawatz*, Internationale Rechtsprechung (2008) 65ff; *Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, iFamZ 2010, 133.

<sup>205</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 30.09.2013, 6 Ob 171/13k; OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

Handelns berufen zu können.<sup>206</sup> Maßgebend sei stets das Wohl des Kindes, dem durch eine rasche Rückführung am besten entsprochen werden könne, und nicht das Wohl des verbringenden/zurückhaltenden Elternteils.<sup>207</sup>

Auf die Beurteilung der Frage nach möglichen Auswirkungen von drohenden Freiheitsstrafen im „Herkunftsstaat“ für die verbringende/zurückhaltende Person bei gemeinsamer Rückkehr mit dem Kind wurde bereits in vorangegangenen Ausführungen eingegangen.<sup>208</sup>

Da die mögliche Trennung des Kindes vom verbringenden/zurückhaltenden Elternteil (auch wenn dieser Hauptbezugsperson ist) idR keinen Rückführungsverweigerungsgrund nach Art 13 HKÜ darstellt, ist auch hier auf die Möglichkeit von „undertakings“ zu verweisen, um dadurch der verbringenden/zurückhaltenden Person die gemeinsame Rückkehr mit dem Kind zu erleichtern und das Kind möglichst wenig zusätzlicher Belastung auszusetzen.<sup>209</sup>

#### h. Rückkehrbedingte psychische Probleme des Kindes

Ist anzunehmen, dass das Kind in Folge der Rückkehr an psychischen Problemen leiden müssen, die so massiv sind, dass sie eine schwerwiegende Gefahr oder eine unzumutbare Lage iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellen, so ist in diesem Umstand grds ein Rückführungshindernis zu sehen. Zu beachten bleibt aber, dass stets auf den konkreten Einzelfall abzustellen ist und das entscheidende Gericht über einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung verfügt.

Ausschlaggebend ist die Gefährdung des Kindes durch die Rückkehr oder eine damit verbundene unzumutbare Lage. Auf die konkreten Umstände der schwerwiegenden Gefährdung oder unzumutbaren Lage kommt es aber nicht an. Beispielsweise

---

<sup>206</sup> Vgl *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.10.; *Fucik*, Gefährdungseinwand bleibt Ausnahme, iFamZ 2013, 245; OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m.

<sup>207</sup> Vgl OGH 16.04.2014, 6 Ob 66/14w; OGH 12.05.09, 5 Ob 47/09m; *Fucik*, Gefährdungseinwand bleibt Ausnahme, iFamZ 2013, 245; *Gitschtaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Band Ia (2013) § 162 Rn 18.

<sup>208</sup> Vgl dazu Kapitel III. D. 2. c. dieser Arbeit.

<sup>209</sup> Vgl dazu Kapitel III. E. dieser Arbeit; kritisch wird teilweise gesehen, dass das HKÜ die „Zerstörung der Betreuungskontinuität in Kauf“ nimmt. Aus bindungstheoretischen Gesichtspunkten schein dies einer gesunden Entwicklung des Kindes entgegenzustehen; vgl *Balloff*, Der Kindeswohlgefährdungsbegriff bei internationalen Rückführungsfällen im HKÜ Verfahren aus rechtspsychologischer Sicht, FPR 2004, 309; *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren, (2012) 52.

können sich gravierende psychische Probleme durch ein Wiederaufleben von bestehenden Traumata<sup>210</sup>, durch die Trennung von der Hauptbezugsperson<sup>211</sup>, Fremdunterbringung bzw Fremdbetreuung, durch Verhaltensweisen des antragstellenden Elternteils<sup>212</sup> oder durch die Rückkehr in ein dem Kind fremdes Umfeld ergeben.<sup>213</sup>

### 3. Art 13 Abs 2 HKÜ

Nach Art 13 Abs 2 HKÜ kann die Rückgabe des Kindes abgelehnt werden, wenn sich das Kind der Rückführung widersetzt. Zu beachten ist der Wille des Kindes, wenn es *„ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen“*.<sup>214</sup> Dadurch soll das Kind die Möglichkeit erhalten, die eigenen Interessen zu vertreten.<sup>215</sup>

Die Entscheidung über die Berücksichtigung im Rückführungsverfahren bleibt im Ermessen des zuständigen Gerichts und stellt eine typische Einzelfallbeurteilung dar.<sup>216</sup> Daher kann die Rückführung trotz einer gegenläufigen Äußerung des Kindes angeordnet werden.<sup>217</sup>

---

<sup>210</sup> Vgl OGH 24.09.2009, 1 Ob 163/09s; OGH 18.12.2009, 6 Ob242/09w; haben Kinder vor oder bei ihrer Verbringung/Zurückhaltung bereits „schlechte Erfahrungen“ gemacht, so besteht die Gefahr, dass durch eine Rückkehr diese Traumata wieder aufleben bzw sie erneut diesen, bereits erlebten, Gefahren ausgesetzt sind (beispielsweise sexueller Belästigung, psychischer und physischer Gewalt).

<sup>211</sup> Vgl OGH 18.12.2009, 6 Ob 242/09w; in diesem Fall bestand die Gefahr, dass die Mutter bei gemeinsamer Rückkehr mit den Kindern gänzlich von der Betreuung und dem Schutz der Kinder ausgeschlossen werden könnte, da dem zurückgebliebenen Vater der Kinder die Obsorge zugesprochen wurde. Beide Kinder litten unter psychischen Belastungsstörungen, die auch auf frühere Gewaltausbrüche des Vaters und mit hohem Maß an Wahrscheinlichkeit auch auf sexuelle Belästigungen durch den Vater zurückzuführen waren. Die Trennung der Kinder von der Mutter, sie lehnte ein Zusammenleben mit dem Vater ab, eine mögliche Fremdunterbringung, aber auch eine Rückführung in die Obhut des Vaters hätten die ohnehin schon labile Verfassung der Kinder geschädigt und ihre psychische und psychosexuelle Gesundheit gefährdet. Die Rückführung in die USA wurde daher abgelehnt.

<sup>212</sup> Vgl OGH 24.09.2009, 1 Ob 163/09s; OGH 18.12.2009, 6 Ob 242/09w.

<sup>213</sup> Vgl OGH 01.09.1992, 4 Ob 538/92; OGH 29.05.2000, 7 Ob 123/00i; Zu berücksichtigen sind auch Gefahrensituationen die sich erst aus einem längeren Aufenthalt im Zufluchtsstaat ergeben haben und das konkrete Kindeswohl betreffen (zB bereits erfolgter erfolgreicher Aufbau von wichtigen sozialen Beziehungen, stabiles familiäres und soziales Umfeld oder Entfremdung vom zurückgelassenen Elternteil).

<sup>214</sup> OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; OGH 29.03.2010, 5 Ob 227/10h.

<sup>215</sup> Vgl *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 38; *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 58.

<sup>216</sup> Vgl OGH 29.04.1992, 2 Ob 537/92; OGH 29.03.2011, 5 Ob 227/10h; OGH 15.12.2014, 6 Ob 217/14a.

<sup>217</sup> Vgl OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; trotz negativer Äußerungen der minderjährigen Kinder gegenüber einer Rückführung wurde diese mit der Begründung angeordnet, *„Art 13 Abs 2 HKÜ gebiete es nicht, die Ablehnung der mj Kinder als Grund für die Abweisung des Rückführungsantrags zu werten, kamen diese Äußerungen doch unter der falschen Prämisse, es stehe eine Rückgabe an den Vater in Aussicht, zu Stande“*.

Das HKÜ selbst enthält keine Vorschriften über ein bestimmtes zu erreichendes Alter des Kindes, ab dem es über die „nötige Reife“ verfügt und überlässt die Beurteilung den nationalen Behörden.<sup>218</sup> Die österreichische Rechtsprechung nimmt die nötige Reife etwa ab dem 10. Lebensjahr an, betont aber auch, dass es keine konkrete Altersgrenze für die Berücksichtigung der Äußerungen des Kindes gibt und einem Kind nicht allein auf Grund des Alters die nötige Reife abgesprochen werden kann.<sup>219</sup> Eine Befragung des Kindes hat aber ua dann zu unterbleiben, wenn eine „überlegte Äußerung nicht zu erwarten“ ist.<sup>220</sup> Regelmäßig wird dies bei Kindern bis zum 5. oder 6. Lebensjahr angenommen.<sup>221</sup>

Anhaltspunkt für die nötige Reife des Kindes, die ausschlaggebend für die Beachtung des Kindeswillens ist, kann eine ernstlich, sachlich motivierte und selbstständige Entscheidung sein, die keine Beeinflussung durch die verbringende/zurückhaltende Person oder andere Personen vermuten lässt.<sup>222</sup>

Die Anhörung des Kindes verlangt ein deutliches Ergebnis.<sup>223</sup> Der bloße Wunsch des Kindes mit dem verbringenden/zurückhaltenden Elternteil (weiterhin) zusammenleben zu wollen, stellt kein Rückführungshindernis dar.<sup>224</sup>

Das Kind ist darüber zu befragen, ob es den Aufenthalt in der derzeitigen oder der alten Umgebung bevorzugt, nicht aber, mit welchem Elternteil es zusammenleben möchte.<sup>225</sup> Es entspricht der herrschenden Auffassung, „dass der Wunsch der Kinder

---

<sup>218</sup> Vgl. *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Rn 56; Verhandlungen über ein einheitliches Mindestalter für die Berücksichtigung der Ansicht des Kindes schlugen fehl, da alle Zahlen „einen künstlichen, wenn nicht willkürlichen Charakter“ hätten; so auch OGH 30.05.2006, 5 Ob 76/06x.

<sup>219</sup> Vgl. *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.13; OGH 29.04.1992, 2 Ob 537/92; OGH 29.06.2004, 3 Ob 131/04t; in diesem Fall wurde einem 9-jährigen Kind die nötige Reife zugesprochen; für Deutschland: das BVerfG hat einen „Richtwert“ von 8 Jahren vorgegeben und betont, dass der Wille eines 8-jährigen Kindes nicht von vornherein ignoriert werden darf; die landesgerichtliche Rechtsprechung geht aber bei der Einzelfallprüfung eher davon aus, dass die nötige Reife ab einem Alter von 10 Jahren anzunehmen sei; vgl. dazu BVerfG, Beschl. Vom 03.05.1999, 2 BvR 6/99, FamRZ 1999, 1053; OLG Karlsruhe, Beschl. Vom 23.02.2006, 2 UF 2/06, FamRZ 2006, 1403; *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 59. Beispiele für internationale Rechtsprechung: *Glawatz*, Die Internationale Rechtsprechung (2008) 125ff.

<sup>220</sup> OGH 22.04.2013, 6 Ob 75/13t.

<sup>221</sup> Vgl. OGH 22.04.2013, 6 Ob 75/13t.

<sup>222</sup> Vgl. OGH 29.06.2004, 3 Ob 131/04t; *Schoch*, die Auslegung der Ausnahmetatbestände des HKÜ (2004) 301.

<sup>223</sup> Vgl. OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.13; OGH 15.12.2014, 6 Ob 217/14a.

<sup>224</sup> Vgl. OGH 12.05.2009, 5 Ob 47/09m; Auch der bloße Wunsch in der bisherigen Umgebung bleiben zu wollen sowie die Äußerung des Kindes bei einer Rückkehr „traurig“ zu sein, stellen kein „Widersetzen“ iSd Art 13 Abs 2 HKÜ dar; vgl. dazu: OGH 15.12.2014, 6 Ob 217/14a.

<sup>225</sup> Vgl. *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.39.

*für das Gericht nicht bindend ist, sondern nur einen im Rahmen einer gesamthaften Interessenabwägung zu berücksichtigenden Faktor darstellt.*<sup>226</sup>

#### 4. Art 20 HKÜ

Eine weitere Ausnahme von der sofortigen Rückführung stellt Art 20 HKÜ dar. Demzufolge kann die Rückgabe des Kindes vom Zufluchtsstaat abgelehnt werden, wenn die Rückführung gegen Grundwerte über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verstößt. Umfasst ist die Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die UN-Konvention über die Rechte der Kinder und die im ersuchten Staat geltenden Grundrechte.<sup>227</sup> *„Vorrangig sind in der Regel die Grundrechte der Kinder zu beachten. Die Person die das Kind widerrechtlich verbracht hat oder zurückhält hat die widerrechtliche Situation selbst verursacht wonach dessen Grundrechte hinter die des Kindes treten.“*<sup>228</sup>

Da diese Fallkonstellationen auch unter die Ausnahmetatbestände von Art 13 subsumiert werden können, spielt Art 20 in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle.<sup>229</sup>

#### E. Undertakings, safe harbour orders und mirror orders

Das entformalisierte Schnellverfahren des HKÜ hat die rasche Rückführung des Kindes in dessen Herkunftsstaat zum Ziel. Damit sei dem Kindeswohl am besten gedient. Im Rahmen des Rückführungsverfahrens wird nicht auf konkrete Interessen und Bedürfnisse der Betroffenen eingegangen. Auch das konkrete Kindeswohl kann nur begrenzt im Rahmen des HKÜ berücksichtigt werden, da die Rückführung selbst dem Kindeswohl am ehesten entspreche und darüber hinaus die Klärung von Sorgerechtsfragen im Herkunftsstaat stattzufinden hat.

Um zusätzlichen Konflikten im Rückführungsverfahren entgegenwirken zu können oder um Rückführungshindernisse zu beseitigen, werden in den Common-Law-

---

<sup>226</sup> OGH 15.12.2014, 6 Ob 217/14a.

<sup>227</sup> Vgl. *Nehls*, Rechtliche Grundlagen bei internationalen Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 17.

<sup>228</sup> Vgl. *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 65.

<sup>229</sup> Vgl. *Schweppe*, Kindesentführung und Kindesinteressen (2001) 70.

Staaten seit Jahren, ohne dass dafür eine ausdrückliche Rechtsgrundlage bestünde, vielfach sog „undertakings“ angeordnet.<sup>230</sup>

„Undertakings“ sind Zusicherungen<sup>231</sup> von einem oder beiden Elternteilen gegenüber dem zuständigen Gericht, um die unverzügliche Rückkehr des Kindes in sein Herkunftsland zu gewährleisten.<sup>232</sup>

Das HKÜ erwähnt „undertakings“ nicht ausdrücklich, wonach fraglich ist, ob Zusicherungen von der antragstellenden Person auch verlangt werden können. Teilweise wird vertreten, dass eine derartige Zusicherung eingefordert werden kann, wenn diese notwendig und geeignet scheint, um eine schwerwiegende Gefahr für das Kind iSd Art 13 HKÜ abzuwenden.<sup>233</sup>

Problematisch stellt sich die Durchsetzbarkeit von abgegebenen, aber nicht eingehaltenen Zusicherungen dar. „Undertakings“ sind im Herkunftsland nicht durchsetzbar, solange sie nicht von den dortigen Behörden oder Gerichten für verbindlich erklärt worden sind.<sup>234</sup> Einfacher sind hingegen Zusicherungen, die bereits vor der Rückführung des Kindes erfüllt sein müssen.<sup>235</sup>

Um eine schwerwiegende Gefahr für das Kind iSd Art 13 HKÜ auszuschließen, hat das mit dem Rückführungsverfahren betraute Gericht auch die Möglichkeit auf den

---

<sup>230</sup> Vgl. *Schlosser*, Common Law Undertakings aus deutscher Sicht, RIW 2001, 81.

<sup>231</sup> Diese können sich auf Handlungen oder Unterlassungen beziehen; Beispiele für mögliche Zusicherungen: Beteiligung an den Kosten für die Rückreise, vorläufige Regelung des Kindes- und /oder Ehegattenunterhalts, Regelung über die Nutzung der Ehewohnung, Vereinbarung über die Betreuungssituation nach der Rückreise, Zusage, dass das Kind nach der Rückführung weiterhin in der Obhut des „entführenden“ Elternteils bleiben kann, Verzicht bzw Rücknahme von Strafanträgen, etc.; vgl. *Keese*, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2001) 134.

<sup>232</sup> Vgl. *Mäsch*, „Grenzüberschreitende“ Undertakings und das Haager Kindesentführungsübereinkommen aus deutscher Sicht, FamRZ 2002, 1069; *Carl*, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 1.

<sup>233</sup> Vgl. *Nehls*, Rechtliche Grundlagen bei internationalen Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 13; OLG Stuttgart, FamRZ 2002, 1138-1141; teils aA *Keese*, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 134; verwiesen wird hier ausdrücklich auf die Freiwilligkeit der Zusicherung und den Umstand, dass es keinesfalls möglich sei, den „entführenden“ Elternteil zu einer gemeinsamen Rückkehr mit dem Kind zu verpflichten. Eine gewaltsame Vollstreckung der vom „Entführer“ abgegebenen Zusicherung zur freiwilligen Rückkehr scheide aus – Rechtsfolge sei die Rückführung des Kindes ohne Begleitung.

<sup>234</sup> Vgl. *Nehls*, Rechtliche Grundlagen bei internationalen Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 22; auch bei Rückführungsverfahren innerhalb der Common-Law-Staaten besteht die Problematik der begrenzten Wirksamkeit von „undertakings“ bei Nichteinhaltung der abgegebenen Zusage; vgl. *Schoch*, Auslegung der Ausnahmetatbestände (2004) 274.

<sup>235</sup> zB Vorlage der bereits bezahlten Flugtickets vom Antragsteller.

Erlass von sog „safe harbour orders“ hinzuwirken. „Safe harbour orders“ bezeichnen Verpflichtungen, die der antragstellende Elternteil einget, um die Rückkehr des Kindes in den Herkunftsstaat und den anschließenden dortigen Verbleib zu gewährleisten. Sie werden nur vom zuständigen Gericht im Herkunftsstaat erlassen und sind aufgrund der dortigen gerichtlichen Anordnung durchsetzbar.<sup>236</sup> Das mit der Rückführung befasste Gericht im Zufluchtsstaat kann, sofern es den Erlass von „safe harbour orders“ für notwendig hält, die zentrale Behörde um Unterstützung und Vermittlung bitten oder selbst unmittelbar mit dem zuständigen Gericht im Herkunftsstaat in Kontakt treten.<sup>237</sup> Die in diesem Rahmen erlassenen Verpflichtungen können sich grds auf dieselben Regelungsgegenstände beziehen wie „undertakings“.<sup>238</sup>

Eine weitere Möglichkeit, um die Durchsetzbarkeit von eingegangenen Verpflichtungen zu sichern, stellen die sog „mirror orders“ dar. Dabei handelt es sich um identische Anordnungen von Gerichten der beiden am Rückführungsverfahren beteiligten Staaten oder um eine die Zusicherung („undertaking“) „spiegelnde“ gerichtliche Anordnung im Herkunftsstaat. Sofern es die jeweiligen Prozessordnungen erlauben, sind dadurch die eingegangenen Verpflichtungen auch nach der Rückstellung im Herkunftsstaat durchsetzbar und somit in beiden Staaten in gleichem Umfang vollstreckbar.<sup>239</sup>

Sowohl für die Anordnung von „safe harbour orders“ als auch für die Anordnung von „mirror orders“ bedarf es einer verstärkten und umfassenden Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen den Gerichten und zentralen Behörden der HKÜ-Vertragsstaaten.<sup>240</sup> Obwohl keine Kooperationspflicht zwischen den zuständigen

---

<sup>236</sup> Vgl *Carl*, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 9.

<sup>237</sup> Gem Art 7 HKÜ haben die zentralen Behörden zusammenzuarbeiten sowie die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden ihrer Staaten zu fördern. Sie haben alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um weitere Gefahren von dem Kind oder Nachteile von den betroffenen Parteien abzuwenden, indem sie vorläufige Maßnahmen treffen oder erlassen sowie alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die freiwillige Rückgabe des Kindes sicherzustellen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen.

<sup>238</sup> Soll beispielsweise der Kindes- und/oder Ehegattenunterhalt geregelt werden, so kann als sog „safe harbour order“ im Herkunftsstaat eine vollstreckbare Urkunde darüber errichtet werden.

<sup>239</sup> Vgl *Coester*, *Kooperation statt Konfrontation*, in FS Schlosser (2005) 135.

<sup>240</sup> Der „Guide to good practice“ abrufbar unter <http://www.hcch.net> verweist ausdrücklich auf die Bedeutung guter Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden: „Co-operation between Central Authorities is essential to the effective working of the Convention. Lack of co-operation between Central Authorities leads to a lack of confidence, misunderstandings and mistrust between the Central

Gerichten oder anderen Behörden besteht, ist doch die mögliche deeskalierende Wirkung obiger Maßnahmen zu beachten sowie die dadurch gegebene Chance, eine freiwillige Rückgabe oder eine gütliche Regelung im Einverständnis beider Elternteile zu erreichen. Dieses Vorgehen ist idR für das Kind am wenigsten belastend und ergibt die günstigsten Zukunftsaussichten für die künftige Beziehung zwischen allen Beteiligten.<sup>241</sup>

Die Brüssel IIa-VO trägt diesem Gedanken Rechnung und setzt in diesem Bereich neue Akzente.<sup>242</sup> Aus Art 11 Abs 4 der Brüssel IIa-VO folgt, dass ein Gericht die Rückführung bei Vorliegen eines Rückführungsausschlussgrundes gem Art 13 Abs 1 lit b HKÜ nur dann ablehnen kann, wenn zuvor sichergestellt wurde, dass keine geeigneten Vorkehrungen getroffen werden können, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten.<sup>243</sup>

Im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO kann daher das Gericht die Anordnung der Rückführung an zuvor zu erfüllende Bedingungen knüpfen sowie die antragstellende Person zu bestimmten Handlungen verpflichten.<sup>244</sup> Auch der Richter bzw die Richterin selbst kann unmittelbar durch Kontaktaufnahme mit den Behörden im Herkunftsland darauf hinwirken, dass das Rückgabehindernis entfällt und so die Rahmenbedingungen günstig beeinflussen.<sup>245</sup>

Aufgrund des Umstandes, dass eigenverantwortlich zustande gekommene Konfliktlösungen am ehesten akzeptiert und eingehalten werden und das HKÜ selbst die Vorrangigkeit von freiwilliger und gütlicher Konfliktlösung betont, ist an dieser

---

*Authority personnel, with subsequent difficulties in the implementation of the Convention in each Contracting State. The importance of co-operation is highlighted by the specific inclusion in Article 7 of an obligation to co-operate.*“ HCCH Publications, Guide to Good Practice: Part I – Central Authority Practice (2003) 1.2.

<sup>241</sup> Vgl Carl, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 1.

<sup>242</sup> Vgl Coester, Kooperation statt Konfrontation, in FS Schlosser (2005) 135.

<sup>243</sup> Vgl OGH 28.08.2013, 6 Ob 134/13v; Die Gerichte haben von Amts wegen vorzugehen. Die (Schutz)vorkehrungen sind ausschließlich nur in den Fällen zu treffen, in welchen eine schwerwiegende Gefahr für das Kindeswohl iSd Art 13 Abs 1 lit b HKÜ gegeben ist und Vorkehrungen notwendig erscheinen. Vgl OGH 13.10.2009, 1 Ob 176/09b.

<sup>244</sup> Vgl Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.26.

<sup>245</sup> Vgl OGH 13.10.2009, 1 Ob 176/09b; diese Entscheidung erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit von „undertakings“ und „safe harbour orders“ im Rahmen des Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO.



Stelle auf die Möglichkeiten der Mediation in diesem Zusammenhang in Kapitel IV zu verweisen.<sup>246</sup>

## F. Vollstreckung der Rückführungsanordnung

Das Rückführungsverfahren ist in Österreich nach dem Außerstreitgesetz durchzuführen.<sup>247</sup> Da das HKÜ selbst keine Regelungen über die Art und Weise der Vollstreckung enthält, ist nach dem Prozessrecht der Mitgliedstaaten vorzugehen. Die Ziele des HKÜ sind bei dessen Anwendung und Auslegung aber stets zu beachten.<sup>248</sup> Auch im Vollstreckungsverfahren ist mit gebotener Eile iSd Beschleunigungsgebots des HKÜ zu verfahren.<sup>249</sup>

Den Gerichten bleibt es überlassen, ob die Rückführung durch die antragstellende Person, den verbringenden/zurückhaltenden Elternteil oder durch Dritte erfolgt.<sup>250</sup>

Für die Durchsetzung der Rückführungsentscheidung stehen dem Gericht die Zwangsmittel gem § 79 Abs 2 AußStrG zur Verfügung. Das jeweils angemessene Zwangsmittel ist von Amts wegen anzuordnen.<sup>251</sup> Es sind alle notwendigen Schritte zur Erleichterung der Vollstreckung zu setzen, die unter den besonderen Umständen des Einzelfalles erwartet werden können.<sup>252</sup>

Auch im Vollstreckungsverfahren ist grds das konkrete Kindeswohl zu beachten und *„hat Vorrang vor dem vom Übereinkommen angestrebten Ziel, Kindesentführungen ganz allgemein zu unterbinden.“*<sup>253</sup>

---

<sup>246</sup> Vgl Coester, Kooperation statt Konfrontation, in FS Schlosser (2005) 135; Carl, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 9.

<sup>247</sup> Vgl § 5 Abs 3 DGHKÜ, § 111a AußStrG; Vgl OGH 30.07.2014, 6Ob 113/14g; Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2006)<sup>3</sup> 151.

<sup>248</sup> Vgl OGH 17.02.2010, 2 Ob 8/10f; Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht (2007) Rn 09.19; Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 138.

<sup>249</sup> Verstöße können unter Umständen Art 6 und/oder Art 8 EMRK verletzen Vgl EGMR 24.04.2003, Appl Nr 36812/97 and 40104/98, Sylvester v. Austria Rz 60ff.

<sup>250</sup> Vgl OGH 11.05.2005, 3 Ob 89/05t.

<sup>251</sup> Vgl OGH 17.02.2010, 2 Ob 8/10f; als Zwangsmittel gem § 79 Abs 2 AußStrG kommen Verweise, Ermahnungen, Geldstrafen oder Beugehaft in Betracht.

<sup>252</sup> „...the national authorities have taken all the necessary steps to facilitate execution as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case.“ EGMR 24.04.2003, Appl Nr 36812/97 and 40104/98, Sylvester v. Austria, Rz 59; Dies ergibt sich aus Art 8 EMRK und der positiven Verpflichtung des Staates rasch effektive Maßnahmen zu setzen, um den zurückgebliebenen Elternteil wieder mit seinem Kind zusammenzuführen, um negative Auswirkungen aufgrund langer Verfahrensdauer auf die Eltern-Kind-Beziehung zu vermeiden.

<sup>253</sup> OGH 30.07.2014, 6Ob 113/14g; ständige Rsp des OGH RS0106455.

Bei der Anwendung von Zwangsmitteln gem § 79 Abs 2 AußStrG ist auf das Kindeswohl aber nur dann abzustellen, wenn „zwischen der Anordnung der Rückführung und den Vollstreckungsmaßnahmen eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist.“<sup>254</sup> Eine Fortführung des Vollstreckungsverfahrens hängt davon ab, ob durch die Fortführung der Vollstreckungsmaßnahmen das Kindeswohl infolge der eingetretenen Änderungen der Verhältnisse seit Ergehen der Rückführungsentscheidung schwerwiegend gefährdet wäre.<sup>255</sup> Diese Änderung der Verhältnisse darf aber „nicht durch das Versäumnis der innerstaatlichen Behörden, alle vernünftigerweise zu erwartenden Maßnahmen zur Erleichterung der Vollstreckung zu ergreifen, bewirkt worden sein.“<sup>256</sup>

Um der Rückgabeanordnung nachzukommen, ist als ultima ratio auch die Anwendung von unmittelbarem Zwang möglich.<sup>257</sup> Dabei soll bei „der Entfernung des Minderjährigen aus seinem bisherigen Lebensbereich durch Kindesabnahme, da dies einen sehr massiven Eingriff in dessen persönliche Sphäre bedeutet, äußerst behutsam vorgegangen werden.“<sup>258</sup> Der Gerichtsvollzieher/die Gerichtsvollzieherin hat das zurückgehaltene Kind der Person, bei der es sich befindet, ggf unter Zuziehung eines Kinderpsychologen/einer Kinderpsychologin und Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes abzunehmen. Hat das Gericht den Jugendwohlfahrtsträger gem § 110 Abs 4 AußStrG bei der Durchführung der

---

<sup>254</sup> OGH 30.07.2014, 6Ob 113/14g; vgl ständige Rsp des OGH RS0106454; Beispielsweise stellt die „Eingewöhnung“ des Kindes im Zufluchtsstaat, sofern sie zum größten Teil erst nach der Rückführungsanordnung erfolgt ist, eine derartige Änderung der Verhältnisse dar. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn trotz (rascher) Rückführungsanordnung die tatsächliche Rückführung nicht bzw nicht „zeitgerecht“ erfolgt. Vgl dazu OGH 28.08.2013, 6 Ob 134/13v.

<sup>255</sup> Vgl OGH 30.07.2014, 6 Ob 113/14g.

<sup>256</sup> EGMR 24.04.2003, Bsw. 28342/95 und Bsw. 40104/98, NL 2003, 89; „The court accepts that a change in the relevant facts may exceptionally justify the non-enforcement of a final return order. However, having regard to the State’s positive obligations under Article 8 and the general requirement of respect for the rule of law, the Court must be satisfied that the change of relevant facts was not brought about by the State’s failure to take all measures that could reasonably be expected to facilitate execution of the return order.“ EGMR 24.04.2003, Appl Nr 36812/97 and 40104/98, Sylvester v. Austria, Rz 63.

<sup>257</sup> Bei der Anordnung einer zwangsweisen Vollstreckung sind die Rechte und Freiheiten aller Betroffenen zu berücksichtigen und besonders das Kindeswohl zu beachten; vgl *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007, 34.

<sup>258</sup> OGH 17.02.2010, 2 Ob 8/10f; In der deutschen Rechtsprechung und Lehre hat sich der Grundsatz entwickelt, dass im Zuge der Vollstreckung der Rückführung grds auch gegen Kinder Gewaltanwendung zulässig ist, diese aber nur dann rechtmäßig ist, sofern es keine mildereren Mittel gibt und unter Berücksichtigung des konkreten Kindeswohls gerechtfertigt ist. Vgl Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 141.

Rückgabe um Unterstützung ersucht, so ist das Kind diesem zur Rückführung zu übergeben.<sup>259</sup>

Von einer Fortsetzung der Vollstreckung ist gem § 110 Abs 3 AußStrG über Antrag oder von Amts wegen nur dann abzusehen, wenn und solange das Wohl des Kindes durch die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens schwerwiegend gefährdet ist.<sup>260</sup> Noch im Vollstreckungsverfahren kann daher in Ausnahmefällen die angeordnete Rückführung des Kindes an dessen massivem Widerstand scheitern.<sup>261</sup> Die Rückführungsentscheidung kann grds nachträglich aufgehoben werden.<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Vgl OGH 17.02.2010, 2 Ob 8/10f; Kommt der Antragsgegner/die Antragsgegnerin dem Rückführungsbeschluss nicht nach, so beschließt das Gericht idR die Anwendung von Zwangsmitteln zur Vollziehung des rechtskräftigen Rückführungsbeschlusses und ordnet die zur Durchführung der Anordnung nötigen Verfügungen an: zB Assistenzleistung der zuständigen Sicherheitsbehörden, Beiziehung eines Schlossers/einer Schlosserin, Beiziehung eines Vertretungsorgans der Jugendwohlfahrt. Die Kindesabnahme hat idR „in den frühen Morgenstunden“ zu erfolgen; vgl BG Graz, 08.05.1996, GZ 17 P 146/95-30.

<sup>260</sup> Vgl OGH 30.07.2014, 6 Ob 113/14g; OGH 17.02.2010, 2 Ob 8/10f.

<sup>261</sup> Der heftige Widerspruch des Kindes gegen eine Rückführung hat grundsätzlich im Rahmen des Art 13 HKÜ Berücksichtigung zu finden. Ist aber im Vollstreckungsverfahren der Widerstand des Kindes derart massiv, dass Gewaltanwendung erforderlich wäre, um die Rückführung zu vollstrecken, kann dies ein deutlicher Hinweis darauf sein, dass die Gerichte den Sachverhalt und/oder die konkrete Situation des Kindes falsch beurteilt haben (zB weil es dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin nicht möglich war, die konkrete schwerwiegende Gefährdung des Kindes zu beweisen). Vgl Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 141.

<sup>262</sup> Beispielsweise wurde eine Rückführung für undurchführbar erklärt, nachdem die Kinder die begleitenden Beamten vor dem geplanten Abflug am Flughafen angriffen und sich der geplanten Rückführung massiv widersetzen: Re B. (Children) (Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531, INCADAT HC/E/UK 420; weitere ähnliche Beispiele bei Glawatz, Internationale Rechtsprechung (2008) 112ff.

#### IV. Mediation im Rahmen von Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung

##### A. Einführung

Das HKÜ selbst verweist in Art 7 und Art 10 darauf, dass die zentrale Behörde des Zufluchtsstaates alle geeigneten Maßnahmen zu treffen hat, um „*die freiwillige Rückgabe des Kindes sicherzustellen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen*“. Als geeignete Maßnahme iSd Art 7 Abs 1 lit c HKÜ ist auch die Mediation als eine Form der außergerichtlichen Streitbeilegung zu verstehen.<sup>263</sup>

Da in Österreich das Rückführungsverfahren als Verfahren außer Streitsachen durchzuführen ist,<sup>264</sup> sind daher auch die Regelungen des AußStrG, die sich mit Mediation auseinandersetzen, zu beachten.<sup>265</sup> Gem § 13 Abs 3 AußStrG hat das Gericht „*in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien hinzuwirken*.“ Mit dem Verfahren kann gem § 29 Abs 1 AußStrG innegehalten werden, sofern eine „*einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien, insbesondere mit Unterstützung einer dafür geeigneten Einrichtung zu erwarten*“ ist und „*dadurch nicht Belange einer Partei oder der Allgemeinheit gefährdet werden, deren Schutz Zweck des Verfahrens ist*.“ Als eine mögliche Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls kann das Gericht gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation anordnen.<sup>266</sup>

Die Richtlinien, Konventionen und Empfehlungen der internationalen Institutionen wie der Europäischen Union, des Europarates und der Haager Konferenz lassen erkennen, dass in binationalen Kindschaftskonflikten zunehmend mehr Wert auf einvernehmliche Lösungen gelegt wird und das Mediationsverfahren als Alternative zum gerichtlichen Verfahren eine immer wichtigere Rolle einnimmt.<sup>267</sup>

---

<sup>263</sup> Vgl HCCH Publications, Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Mediation (2012) 12; *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 43.

<sup>264</sup> Vgl dazu Kapitel III. F. dieser Arbeit.

<sup>265</sup> Vgl *Fucik*, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/) (22.01.2015).

<sup>266</sup> Vgl § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG idF KindNamRÄG 2013, § 111a AußStrG.

<sup>267</sup> Beispielsweise RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21.05.2008 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:De:PDF> 05.02.2015); „Handbook“ der Mediatorin des Europäischen Parlaments für grenzüberschreitende elterliche

In der Mediation unterstützt ein neutraler Dritter (=Mediator/Mediatorin) die sich in einem Konflikt befindenden Parteien (=Medianten/Mediantinnen) dabei, eigenverantwortlich gemeinsam Problemlösungen zu finden, die für alle am Konflikt beteiligten Personen zufriedenstellend und langfristig tragbar sind.<sup>268</sup> Der Mediator bzw die Mediatorin ist grds zur Verschwiegenheit verpflichtet und hat übergebene Unterlagen vertraulich zu behandeln, da nur so eine vertrauensvolle Atmosphäre entstehen kann, die unerlässlich für ein offenes Gespräch ist.<sup>269</sup>

Voraussetzung für die Mediation ist die Freiwilligkeit<sup>270</sup> der an der Mediation beteiligten Konfliktparteien und die grundsätzliche Bereitschaft, sich kooperativ, aktiv und eigenverantwortlich mit der Bearbeitung des Konflikts auseinanderzusetzen. Der Mediator bzw die Mediatorin leitet diesen Konfliktbearbeitungsprozess systematisch, fördert die aktive Auseinandersetzung mit elementaren Hintergründen und ermöglicht so den Aufbau von wechselseitigem Verständnis.<sup>271</sup> Eine Mediation ist dabei

---

#### Kindesentführung

([http://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator\\_children/Child\\_abduction\\_handbook\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_de.pdf) 05.02.2015); Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Mediation

([http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=5568](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5568) 05.02.2015); Declaration of the Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues from March, 26th 2009 Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law ([www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46) 05.02.2015), The sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and 1996 Hague Child Protection Convention, Part II, 25-31 January 2012

([http://hcch.net/upload/index\\_en.php?act=publications.details&pid=6225](http://hcch.net/upload/index_en.php?act=publications.details&pid=6225) 05.02.2015; deutsche Übersetzung *Fucik*, Praktische Anwendung der Haager Übereinkommen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Spezialkommission (25. bis 31.01.2012), *iFamZ* 2012, 213); auf die Entwicklung und Bedeutung der Mediation in der Praxis bezugnehmend vgl *Fucik*, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/) (22.01.2015); *Paul/Kiesewetter*, Vorwort, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009).

<sup>268</sup> Vgl *Drexler/Hauska*, Was ist Mediation?, *mediation aktuell* 2014/2, 8.

<sup>269</sup> Zu beachten sind die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Verschwiegenheit der Mediatoren/der Mediatorinnen (unterschiedlich) regeln. Vgl *HCCH Publications*, *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Mediation* (2012) Rn 205; für Österreich: vgl EU-MediatG und ZivMediatG.

<sup>270</sup> Vgl *Ferz/Filler*, *Mediation Gesetzestexte und Kommentare* (2003) 26; *Drexler/Hauska*, Was ist Mediation?, *mediation aktuell* 2014/2, 8.

<sup>271</sup> Vgl *Drexler/Hauska*, Was ist Mediation?, *mediation aktuell* 2014/2, 8; das ZivMediatG sowie das EU-MediatG enthalten jeweils Legaldefinitionen des Begriffs „Mediation“ und „Mediator“; deutlicher Unterschied besteht in der Definition des Mediators/der Mediatorin, der nach dem ZivMediatG ein „fachlich ausgebildeter Vermittler“ ist, das EU-MediatG aber nur auf eine „sachkundige“ Durchführung durch „den Mediator“ abstellt.

strukturiert<sup>272</sup>, aber flexibel und kann so auf die Erfordernisse des Einzelfalls und die Bedürfnisse der Konfliktparteien angepasst werden.<sup>273</sup>

Dabei ist die Mediation nicht auf bestimmte (rechtliche) Themenbereiche beschränkt, sondern kann alle Facetten eines Konflikts behandeln, auch jene die bei einer Gerichtsverhandlung nicht zur Sprache kämen.<sup>274</sup>

Die Gerichte haben idR für eine Rückführung des Kindes zu entscheiden. Darauf können Beschwerdeverfahren sowie langwierige Sorge- und Umgangsverfahren im Herkunftsstaat folgen. Die ohnehin schon belastende Situation für beide Elternteile, aber vor allem für die Kinder, wird dadurch meist noch verschärft, was die Möglichkeit einer „gütlichen“ Einigung in diesem Stadium immer schwerer macht.<sup>275</sup> Daher sollte die Chance auf eine Einigung und eine nachhaltige Regelung im Zuge einer Mediation (spätestens) im Rahmen des HKÜ-Verfahrens jedenfalls unterstützt werden.<sup>276</sup>

Die Konfliktparteien sind nicht verpflichtet an der Mediation teilzunehmen und können diese grds auch jederzeit (einseitig) beenden. Den umfassenden Interessen und Bedürfnissen des Kindes werden die Eltern in einer gemeinsamen Lösungssuche aber eher entsprechen können als die zuständigen Gerichte, die im HKÜ-Verfahren mit gebotener Eile vorzugehen haben und das Wohl des Kindes nur sehr begrenzt berücksichtigen können.

---

<sup>272</sup> Vgl *Frauenberger-Pfeiler*, Der prätorische Vergleich, ÖJZ 2012, 87.

<sup>273</sup> Vgl *HCCH Publications*, Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Mediation (2012) Rn 34; *Ferz/Filler*, Mediation Gesetzestexte und Kommentare (2003) 26.

<sup>274</sup> Vgl *HCCH Publications*, Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Mediation (2012) Rn 182.

<sup>275</sup> Streit zwischen den Eltern ist einer der größten Belastungsfaktoren für die von der Trennung ihrer Eltern betroffenen Kinder. Vgl *Kiesewetter/Carl*, Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33; Eine ausführliche Darstellungen zu den unterschiedlichen möglichen (teils massiven) psychischen Auswirkungen der Verbringung/Zurückhaltung aber auch der Rückführung vgl *Klosinski*, Internationale Kindesentführung aus der Sicht des Kindes – Versuch einer Annäherung aus kinderpsychiatrischer Sicht, FPR 2001, 206.

<sup>276</sup> Vgl *Kiesewetter/Carl*, Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33; Die Haager Konferenz betont, dass die Förderung freiwilliger Vereinbarungen und die Erleichterung von Mediation in Bezug auf Fragen des Sorgerechts oder persönlichen Umgangs eine spätere „Entführung“ verhindern können. Mediation sei wahrscheinlich eine der wichtigsten Maßnahmen, um „Entführungen“ im Vorfeld zu verhindern. Vgl *HCCH Publications*, Guide to Good Practice: Part III – Preventive Measures (2005) Rn 2.f.f.; Für Österreich ist auf das Angebot der „geförderten Familienmediation“ sowie auf die Möglichkeit eines verpflichtenden Erstgesprächs über Mediation gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG zu verweisen.

Selbst wenn es im Rahmen der Mediation zu keiner Regelung kommt, so wirken sich die gemeinsamen Gespräche meist positiv auf die zukünftige Kommunikation aus.<sup>277</sup>

Das Mediationsverfahren kann grds von der zentralen Behörde, dem Gericht oder den Anwälten und Anwältinnen vorgeschlagen werden. Zuvor sollte jeder Einzelfall auf seine Mediationstauglichkeit geprüft werden, um Verzögerungen zu vermeiden.<sup>278</sup>

Es ist grds möglich, die Mediation sowohl vor<sup>279</sup> als auch parallel<sup>280</sup> zum HKÜ-Verfahren zu führen, wobei das HKÜ-Verfahren erforderlichenfalls in dieser Zeit ausgesetzt werden kann.<sup>281</sup>

Um die Antragstellung innerhalb der Einjahresfrist zu sichern, kann der zurückgelassene Elternteil auch nach Beginn der Mediation den Antrag auf Rückführung gem HKÜ stellen. Das Eilgebot des HKÜ gilt auch für die Mediation, da diese nicht dazu dienen darf, die Rückführung zu verzögern.<sup>282</sup>

---

<sup>277</sup> Vgl *Carl/Alles*, Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation – Entwicklung, Evaluation und Perspektiven, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 117.

<sup>278</sup> Vgl *HCCH Publications*, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 148; Die Feststellung der Mediationstauglichkeit erfolgt idealerweise durch einen Mediator oder eine Mediatorin im Rahmen eines Einzelgesprächs mit jedem Elternteil. Dadurch haben die Eltern die Möglichkeit sich zu informieren - der Mediator kann beurteilen, ob der konkrete Einzelfall für eine Mediation geeignet ist und ob besondere Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind. Vgl detaillierte Länderprofile unter [http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=24](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=24) (06.02.2015); Mögliche Umstände die die Mediationstauglichkeit negativ beeinträchtigen könnten sind zB Anzeigen häuslicher Gewalt, Handlungs- oder Geschäftsunfähigkeit einer Partei aufgrund von Alkohol- oder Drogenmissbrauch, Anzeichen für eine Kindesmisshandlung.

<sup>279</sup> Schweizer Gerichte sind dazu verpflichtet, vor dem Rückführungsverfahren nach dem HKÜ ein Schlichtungs- oder Mediationsverfahren zu eröffnen, sofern dies nicht schon von der Zentralen Behörde in die Wege geleitet wurde. Vgl Art 8 Schweizer Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 21.12.2007; Details über die Handhabung in den einzelnen Mitgliedstaaten sind in den jeweiligen Länderprofilen zu entnehmen:

[http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=24](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=24) (06.02.2015).

<sup>280</sup> In Deutschland läuft, nach Empfehlung einer eigens eingesetzten Arbeitsgruppe, die Mediation grds neben dem Gerichtsverfahren ab und soll zu keinen Verzögerungen führen. Es besteht auch die Möglichkeit, das Gerichtsverfahren in Hinblick auf die Mediation ruhend zu stellen oder die Verhandlung zu vertagen; Ausführlich bezugnehmend auf die deutsche Praxis *Carl/Erb-Klünemann*, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 53; für die Praxis in Großbritannien *Carter*, Das englische reunite-Projekt, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 135.

<sup>281</sup> Vgl *HCCH Publications*, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 61; für die deutsche Praxis vgl *Carl/Erb-Klünemann*, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 53.

<sup>282</sup> Vgl *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 46.

Auch nach Abschluss des HKÜ-Verfahrens verbunden mit einer gerichtlichen Anordnung kann eine Mediation sinnvoll sein, um eigenverantwortlich Umgangs- und Sorgerechtsvereinbarungen für die Zukunft zu treffen.<sup>283</sup>

## **B. Regelungen zur grenzüberschreitenden Mediation in Österreich**

### **1. Rechtsquellen der grenzüberschreitenden Mediation**

Bis zum 21.05.2011 war die RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (MediationsRL) vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen umzusetzen.

Österreich hat schon Jahre davor durch das Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG), das mit 01.05.2004 in Kraft trat, umfassend die Mediation in zivilrechtlichen Angelegenheiten geregelt.<sup>284</sup>

Die Umsetzung der MediationsRL erfolgte in Österreich nicht durch die Novellierung des ZivMediatG, sondern durch die Schaffung des Bundesgesetzes über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-MediatG), das mit 01.05.2011 in Kraft trat sowie der Einführung des § 433a ZPO über den Mediationsvergleich.<sup>285</sup>

Durch die Festlegung von gemeinsamen Mindestnormen über die wesentlichen Aspekte der Mediation verfolgt die MediationsRL das Ziel, den Zugang zu Mediation als alternative Streitbeilegungsmöglichkeit zu fördern sowie einen funktionierenden Zusammenhang zwischen Gerichtsverfahren und Mediation zu gewährleisten.<sup>286</sup> Die RL enthält keine Vorschriften betreffend des Mediationsverfahrens selbst, sondern regelt vornehmlich die Verschwiegenheit der Mediatoren und Mediatorinnen, die Auswirkung eines Mediationsverfahrens auf Verjährungsfristen und die Durchsetzung des Mediationsvergleiches.<sup>287</sup>

Anders als das ZivMediatG sieht die MediationsRL weder konkrete Ausbildungs-, Qualitäts- oder Zulassungskriterien für die Mediatoren und Mediatorinnen vor, noch werden die Rechte und Pflichten der Mediatoren und Mediatorinnen genau

---

<sup>283</sup> Vgl. *Pantani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 45.

<sup>284</sup> BGBl I Nr 29/2003, 06.06.2003.

<sup>285</sup> BGBl I Nr 21/2011, 28.04.2011.

<sup>286</sup> Vgl. *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119.

<sup>287</sup> Vgl. *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.



festgeschrieben.<sup>288</sup> Um die umfassenden hohen österreichischen Standards des ZivMediatG zu wahren, wurde die Umsetzung der MediationsRL daher nur auf das zwingend erforderliche Ausmaß, nämlich für grenzüberschreitende Sachverhalte im EU-Raum, beschränkt.<sup>289</sup>

Der Anwendungsbereich des EU-MediatG bezieht sich daher ausschließlich auf grenzüberschreitende zivil- oder handelsrechtliche Streitigkeiten<sup>290</sup> zwischen Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt jeweils in einem anderen Mitgliedstaat der EU haben.<sup>291</sup> Aus zeitlicher Hinsicht ist das EU-MediatG gem § 7 Abs 1 auf Mediationsverfahren anzuwenden, die nach dem 30.04.2011 eingeleitet wurden.

Wesentlich ist die Regelung des § 5 EU-MediatG. Demgemäß scheidet die Anwendbarkeit des EU-MediatG in grenzüberschreitenden Mediationen dann aus, wenn diese durch einen eingetragenen Mediator oder eine eingetragene Mediatorin iSd § 13 ZivMediatG durchgeführt wird. Bei Mediationsverfahren durch einen eingetragenen Mediator oder eine eingetragene Mediatorin ist daher sowohl in innerstaatlichen als auch in grenzüberschreitenden Zivilrechtssachen (umfasst sind auch Fälle mit Bezug zu Drittstaaten) das ZivMediatG anzuwenden.<sup>292</sup>

Wird ein Mediationsteam (sog Co-Mediation) in einem grenzüberschreitenden Mediationsverfahren tätig, das sowohl aus einem eingetragenen Mediator oder einer eingetragenen Mediatorin als auch einem nicht eingetragenen Kollegen oder einer nicht eingetragenen Kollegin besteht, so ist zu beachten, welche gesetzlichen Regelungen für welche Person zur Anwendung kommen. Hinsichtlich der

---

<sup>288</sup> 2004 wurde von Experten/Expertinnen und Mediationsverbänden mit Unterstützung der Europäischen Kommission der „Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren“ entwickelt, dem sich Mediatoren und Mediatorinnen freiwillig und eigenverantwortlich verpflichten können; vgl [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf) (13.01.2015).

<sup>289</sup> Vgl Kloiber, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119; Scheuer, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197; Lenz, The EU-Directive on mediation – the implementation in Austria and the preparations in Germany, Jahrbuch International Arbitration 2012, 375.

<sup>290</sup> Ausdrücklich vom sachlichen Anwendungsbereich des EU-MediatG ausgenommen sind gem § 1 Abs 1 „Streitigkeiten über Rechte und Pflichten, über die die Parteien nach dem anwendbaren Recht nicht verfügen können, sowie über die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte (acta iure imperii)“.

<sup>291</sup> Vgl Frauenberger-Pfeiler, Der prätorische Vergleich, ÖJZ 2012, 798; Fucik, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 941; Gem Art 1 Abs 3 MediationsRL gilt diese nicht in Dänemark. Das EU-MediatG kommt aber auch dann zur Anwendung, wenn eine der (Streit)Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Dänemark hat. Vgl Kloiber, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119.

<sup>292</sup> Vgl Scheuer, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197; Kloiber, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119.

Verschwiegenheit gelten für das tätig gewordene Mediationsteam unterschiedliche Vorschriften. Gem § 5 Abs 1 EU-MediatG gilt für eingetragene Mediatoren und Mediatorinnen § 18 ZivMediatG, für nicht eingetragenen Mediatoren und Mediatorinnen hingegen § 3 EU-MediatG. Für die Beurteilung der Fristenhemmung ist § 22 ZivMediatG anzuwenden, sobald ein eingetragener Mediator oder eine eingetragene Mediatorin an einer Co-Mediation mitwirkt.<sup>293</sup>

Demnach bleibt die Anwendbarkeit des EU-MediatG auf Mediationsverfahren von nicht eingetragenen Mediatoren und Mediatorinnen beschränkt, die sich auf grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen innerhalb des EU-Raums beziehen. Gem § 5 Abs 2 EU-MediatG hat der Mediator oder die Mediatorin darüber zu informieren, dass das ZivMediatG (samt all seinen Vorteilen) nicht zur Anwendung kommt.<sup>294</sup>

Das ZivMediatG gilt ausdrücklich nur für Mediationen in Zivilrechtssachen<sup>295</sup> die von einem eingetragenen Mediator oder einer eingetragenen Mediatorin durchgeführt werden.

Nach § 1 Abs 1 ZivMediatG ist Mediation *„eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.“* § 3 Abs 1 Z 2 stellt klar, dass unter „Mediator“ iSd ZivMediatG nur eingetragene Mediatoren und Mediatorinnen zu verstehen sind.

Eingetragener Mediator oder eingetragene Mediatorin ist gem § 8 ZivMediatG nur, wer in der „Liste der Mediatoren“ des Bundesministers für Justiz eingetragen ist. Die Aufnahme in die „Liste der Mediatoren“ erfolgt auf Antrag gem § 11 ZivMediatG und nach Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen. Die Eintragung ist begrenzt für fünf Jahre und kann um jeweils weitere zehn Jahre verlängert werden.

---

<sup>293</sup> Vgl Scheuer, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>294</sup> Vgl Frauenberger-Pfeiler, Der prätorische Vergleich, ÖJZ 2012, 798.

<sup>295</sup> § 3 Abs 1 Z 1 ZivMediatG; Gem § 1 Abs 2 ZivMediatG ist eine *„Mediation in Zivilrechtssachen eine Mediation zur Lösung von Konflikten, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind“*; ausreichend ist dabei die abstrakte Möglichkeit der Entscheidung durch ein ordentliches Gericht. Es kommt nicht darauf an, ob ein Streitiges oder außerstreitiges Verfahren bei Gericht anhängig ist. Vom ZivMediatG nicht umfasst sind Streitigkeiten, die in anderen Verfahrensarten, zB im Verwaltungsrecht, zu entscheiden sind oder für die überhaupt kein behördliches Verfahren zur Verfügung steht. Vgl Roth/Markowetz, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296.

Um in die „Liste der Mediatoren“ eingetragen zu werden ist nachzuweisen, dass man das 28. Lebensjahr vollendet hat<sup>296</sup>, fachlich qualifiziert<sup>297</sup> und vertrauenswürdig<sup>298</sup> ist sowie eine Haftpflichtversicherung nach § 19 ZivMediatG abgeschlossen hat.

Im Gegensatz dazu enthält das EU-MediatG weder Bestimmungen über ein erforderliches Mindestalter, fachliche Qualifikationen oder die Vertrauenswürdigkeit des Mediators oder der Mediatorin, noch besteht die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung.

## 2. Pflichten des Mediators bzw der Mediatorin gegenüber den Parteien

Gem §§ 16 ff ZivMediatG treffen den eingetragenen Mediator und die eingetragene Mediatorin besondere Pflichten gegenüber den Parteien.

Wesentliche Elemente der Mediation sind die Freiwilligkeit der Parteien sowie die Verschwiegenheit des Mediators bzw der Mediatorin. Daher darf eine Mediation gem § 16 Abs 2 ZivMediatG nur mit Zustimmung der Parteien erfolgen. Die absolute Verschwiegenheit des eingetragenen Mediators und der eingetragenen Mediatorin ergibt sich aus § 18 ZivMediatG. Demnach besteht die absolute Pflicht zur Verschwiegenheit über Tatsachen, die dem Mediator oder der Mediatorin im Zuge der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden.<sup>299</sup> Auch Unterlagen, die aufgrund der Mediation übergeben oder erstellt wurden, sind vertraulich zu behandeln. Diese Pflichten gelten auch für Hilfspersonen des eingetragenen Mediators oder der eingetragenen Mediatorin sowie für Personen, die im Zuge einer Praxisausbildung bei einem Mediator oder einer Mediatorin unter Anleitung tätig sind. Anders als das EU-MediatG, von dessen Anwendung wie bereits erläutert grenzüberschreitende Mediationen durch eingetragene Mediatoren und Mediatorinnen ausgenommen sind, sieht das ZivMediatG keine rechtswirksame

---

<sup>296</sup> Dieses Erfordernis soll gewährleisten, dass der eingetragene Mediator oder die eingetragene Mediatorin persönliche Reife und Lebenserfahrung aufweist. Vgl EBRV 24 BgNR 22. GP 24.

<sup>297</sup> Gem § 10 ZivMediatG ist fachlich qualifiziert, wer „auf Grund entsprechender Ausbildung (§ 29) über Kenntnisse und Fertigkeiten der Mediation verfügt sowie mit den rechtlichen und psychosozialen Grundlagen vertraut ist.“ Die Ausbildung ist in einer Einrichtung zu absolvieren, die in der „Liste der Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge für Mediation in Zivilrechtssachen“ eingetragen ist. Der konkrete Umfang und Inhalt der Ausbildung wurde gem § 29 ZivMediatG per Verordnung festgelegt. Vgl Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator vom 22.01.2004, BGBl II Nr 47/2004.

<sup>298</sup> Zur Prüfung der Vertrauenswürdigkeit ist gem § 11 Abs 2 ZivMediatG ein Strafregisterauszug vorzulegen. Die Vorlage des Strafregisterauszugs, der nicht älter als drei Monate sein darf, ist nicht erforderlich, sofern die Vertrauenswürdigkeit gesetzliche Voraussetzung der sonstigen beruflichen Tätigkeit des Bewerbers ist.

<sup>299</sup> Vgl Kloiber, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119; Hopf, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 41.

Entbindung des Mediators oder der Mediatorin von der Verschwiegenheitspflicht durch die Parteien vor.<sup>300</sup> Gem § 31 ZivMediatG ist der Verstoß gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit iSd § 18 ZivMediat G gerichtlich strafbar.

Im Zivilprozess besteht gem § 320 Z 4 ZPO ein Vernehmungsverbot, wodurch eingetragene Mediatoren und Mediatorinnen über Tatsachen, die im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden, nicht als Zeugen vernommen werden. Gem § 157 Abs 1 Z 3 StPO besteht im Strafprozess ein Aussageverweigerungsrecht des eingetragenen Mediators oder der eingetragenen Mediatorin.<sup>301</sup>

Für nicht eingetragenen Kollegen oder Kolleginnen, die in grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen tätig sind und daher vom Anwendungsbereich des EU-MediatG erfasst sind, ist § 3 EU-MediatG über die Vertraulichkeit anzuwenden. Demgemäß hat der Mediator oder die Mediatorin in Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen die Aussage über Tatsachen, die im Rahmen der Mediation anvertraut oder bekannt wurden, zu verweigern. Den Parteien steht es aber gem § 3 EU-MediatG frei, den Mediator oder die Mediatorin sowie andere in die Mediation eingebundenen Personen von der Verschwiegenheitspflicht zu befreien, womit Aussagepflicht gegeben ist.<sup>302</sup> Eine Aussagepflicht besteht aber unabhängig davon auch immer in den Fällen, in welchen die Aussage gem § 3 Z 1 EU-MediatG aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) geboten ist, insbesondere um den Schutz des Kindeswohls zu gewährleisten oder eine Beeinträchtigung der psychischen oder physischen Integrität einer Person abzuwenden, oder gem § 3 Z 2 EU-MediatG, wenn die Offenlegung des Inhalts der Mediationsvereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung derselben erforderlich ist. Unabhängig von § 3 EU-MediatG können uU auch gesetzliche Verschwiegenheitspflichten für den konkreten Mediator oder die konkrete Mediatorin bestehen, die von § 321 ZPO erfasst sind.

Aus den §§ 16 ff ZivMediatG ergeben sich für den eingetragenen Mediatoren und die eingetragene Mediatorin weitere Pflichten gegenüber den Parteien. Beispielsweise darf gem § 16 Abs 1 ZivMediatG eine Person nicht als Mediator oder Mediatorin tätig

---

<sup>300</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>301</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>302</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 10.

werden, wenn sie im zu mediierenden Konflikt selbst Partei, Parteienvertreter, Berater oder Entscheidungsträger ist oder gewesen ist. Dadurch sollen Interessenskonflikte vermieden werden, die der Pflicht zur Neutralität (sog Allparteilichkeit) des Mediators bzw der Mediatorin gegenüber den Parteien iSd § 16 Abs 2 ZivMediatG entgegenstehen könnten. Die Parteien sind gem § 16 Abs 3 ZivMediatG über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation aufzuklären sowie auf einen möglichen Bedarf an rechtlicher Beratung hinzuweisen. Auch hat der Mediator bzw die Mediatorin die Parteien gem § 16 Abs 3 ZivMediatG auf die Form hinzuweisen, in die sie das Mediationsergebnis fassen müssen, um die gewünschte Umsetzung zu gewährleisten. Trotz des generellen Beratungs- und Vertretungsverbots iSd § 16 Abs 1 ZivMediatG darf der Mediator bzw die Mediatorin jedoch gem § 16 Abs 1 letzter Satz ZivMediatG nach Beendigung der Mediation und mit Zustimmung aller betroffenen Parteien im Rahmen der sonstigen beruflichen Befugnisse (zB Notar/Notarin, Rechtsanwalt/Rechtsanwältin) zur Umsetzung des Mediationsergebnisses tätig werden (zB Aufsetzen von Schriftstücken, notariellen Urkunden).<sup>303</sup>

Die Mediation ist vom Mediator bzw der Mediatorin stets persönlich und unmittelbar sowie nach bestem Wissen und Gewissen und unter Beachtung der Allparteilichkeit gegenüber den Parteien durchzuführen. Der Beginn der Mediation, die Umstände, aus denen sich ergibt, ob die Mediation gehörig fortgesetzt wird sowie das Ende der Mediation sind vom Mediator bzw der Mediatorin iSd § 17 Abs 1 ZivMediatG für Beweissicherungszwecke zu dokumentieren und gem § 17 Abs 3 sieben Jahre lang nach Beendigung der Mediation aufzubewahren. Ein konkretes Ergebnis der Mediation sowie die erforderlichen Schritte zu dessen Umsetzung ist gem § 17 Abs 2 ZivMediatG nur auf Verlangen der Parteien festzuhalten.

### 3. Hemmung von Verjährungsfristen

Der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation durch einen eingetragenen Mediator oder eine eingetragene Mediatorin hemmen gem § 22 Abs 1 ZivMediatG Anfang und Fortlauf von Verjährung sowie sonstige Fristen zur Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen, die von der Mediation betroffen sind.

---

<sup>303</sup> Vgl EBRV 24 BlgNR 22. GP 13, 23f.

Anders als die RL oder das EU-MediatG beschreibt das ZivMediatG in § 17 Abs 1, was als Beginn oder als Ende der Mediation zu verstehen ist. Demnach beginnt eine Mediation mit dem Zeitpunkt, in dem die Parteien beschließen, den Konflikt durch Mediation zu lösen. Eine Mediation endet, wenn ein Ergebnis erzielt wurde sowie wenn eine Partei oder der Mediator bzw die Mediatorin die Mediation nicht mehr fortsetzen will.<sup>304</sup> Wie bereits erläutert ist der eingetragene Mediator bzw die eingetragene Mediatorin daher gem § 17 Abs 1 ZivMediatG verpflichtet, den Beginn sowie das Ende der Mediation zu dokumentieren, um den Fristenlauf korrekt berechnen zu können. Für nicht eingetragene Kollegen bzw Kolleginnen sieht das EU-MediatG eine solche Dokumentationspflicht hingegen nicht vor.

Bei der Fristenhemmung des ZivMediatG handelt es sich um eine Fortlaufshemmung, die Verjährungs- und Ausschlussfristen umfasst, nicht aber verfahrensrechtliche Fristen.<sup>305</sup> Von der Hemmungswirkung erfasst sind nur die zwischen den Parteien der Mediation bestehenden Rechtsverhältnisse, die von der Mediation betroffen sind, nicht aber die gegenüber Dritten.<sup>306</sup>

Im Anwendungsbereich des ZivMediatG können die Parteien gem § 22 Abs 2 die Fristenhemmung auch für zwischen ihnen bestehende Ansprüche, die nicht von der Mediation betroffen sind, schriftlich festlegen. Bei Mediationen in Familienrechtssachen sind gem § 22 Abs 2 ZivMediatG auch ohne einer solchen schriftlichen Vereinbarung alle zwischen den Parteien bestehenden Rechte und Ansprüche familienrechtlicher Art von der Fristenhemmung umfasst, auch wenn diese nicht von der Mediation direkt betroffen sind.<sup>307</sup> Den Parteien steht es aber frei, die Hemmungswirkung der Mediation auf bestimmte Rechte und Ansprüche zu beschränken oder sie ganz auszuschließen.<sup>308</sup>

Durch die Fristenhemmung ist es den Konfliktparteien möglich, sich im Mediationsverfahren außergerichtlich zu einigen, ohne Ansprüche gerichtlich geltend machen zu müssen, um sie nicht zu verlieren.<sup>309</sup>

---

<sup>304</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 11.

<sup>305</sup> Vgl *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBI 2004, 296.

<sup>306</sup> Vgl EBRV 24 BlgNR 22. GP 31.

<sup>307</sup> Vgl *Kloiber*, die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 127.

<sup>308</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>309</sup> Vgl *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBI 2004, 296.

Die Ablaufshemmung des EU-MediatG sieht vor, dass der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation den Ablauf der Verjährung sowie sonstige Fristen zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche (zB Präklusionsfrist gem § 95 EheG), hemmen. Nach dem EU-MediatG ist es den Medianten bzw Mediantinnen aber nicht möglich, die Hemmung auch für andere zwischen ihnen bestehende Ansprüche zu vereinbaren, so wie es das ZivMediatG vorsieht.<sup>310</sup>

#### 4. Vollstreckbarmachung des Mediationsvergleichs

Nach den Vorgaben der MediationsRL hatte jeder Mitgliedstaat sicherzustellen, dass eine zwischen den Parteien eines Mediationsverfahrens getroffene schriftliche Vereinbarung vollstreckbar gemacht werden kann. Ausgenommen nach Art 6 Abs 1 MediationsRL sollen jedoch Vereinbarungen sein, deren Inhalt dem Recht des Mitgliedstaates, in dem der Antrag gestellt wurde, entgegensteht oder das Recht des Mitgliedstaates die Vollstreckbarkeit des Inhaltes der Vereinbarung nicht vorsieht. Zur Antragstellung sollen alle Parteien oder eine Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der übrigen Parteien berechtigt sein. Durch die Regelungen zur Vollstreckbarmachung in der MediationsRL soll erreicht werden, dass das Mediationsverfahren eine vollwertige Alternative zu Gerichtsverfahren darstellt und die im Mediationsverfahren erarbeiteten Vereinbarungen wenn nötig auch gerichtlich durchsetzbar sind und nicht (nur) vom guten Willen der Parteien abhängig sind.<sup>311</sup>

In Österreich wurde den Vorgaben der MediationsRL durch die Schaffung des § 433a ZPO zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels mittels „prätorischem Mediationsvergleichs“ entsprochen.

Vor Einführung des § 433a ZPO war ein prätorischer Vergleich gem § 433 ZPO und damit die Erlangung eines vollstreckbaren Titels nicht möglich, wenn bereits eine außergerichtliche Einigung zustande gekommen ist.<sup>312</sup> Damit war es den Parteien eines Mediationsverfahrens, die bereits eine schriftliche Vereinbarung getroffen hatten, nicht möglich, diese mittels prätorischem Vergleich gem § 433 ZPO

---

<sup>310</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 11; *Kloiber*, die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 127.

<sup>311</sup> Vgl Erwägungsgrund 19 MediationsRL; *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>312</sup> Vgl *Fucik* in *Rechberger* (Hrsg), Zivilprozessordnung<sup>4</sup> (2014) § 433 Rn 6.

vollstreckbar zu machen.<sup>313</sup> Ein vollstreckbarer Titel konnte aber durch Aufnahme eines Notariatsakts erlangt werden. Dabei kann die Vereinbarung erst unmittelbar vor dem Notar geschlossen werden oder eine bereits bestehende schriftliche Vereinbarung gem § 54 NO durch Solennisierung zu einer öffentlichen Urkunde gemacht werden.<sup>314</sup> Diese Möglichkeit, die Mediationsvereinbarung vollstreckbar zu machen, besteht weiterhin.<sup>315</sup>

§ 433a ZPO ermöglicht nun zusätzlich aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung<sup>316</sup> einen prätorischen Mediationsvergleich zu schließen, um einen vollstreckbaren Titel iSd § 1 Z 5 EO zu erlangen.<sup>317</sup> Dieser prätorische Mediationsvergleich iSd § 433a ZPO kann vor jedem Bezirksgericht über den Inhalt einer in einem Mediationsverfahren über eine Zivilsache<sup>318</sup> erzielten schriftliche Vereinbarung getroffen werden.<sup>319</sup> Von dieser Regelung erfasst sind sowohl innerstaatliche als auch grenzüberschreitende Mediationsverfahren, unabhängig davon, ob der Mediator oder die Mediatorin in der Liste des BMJ eingetragen ist.<sup>320</sup>

Vom Anwendungsbereich des § 433a und des § 433 ZPO ausgeschlossen sind nach österreichischem Recht bspw ein Vergleich über Ansprüche aus unerlaubten oder verbotenen Geschäften und im Eheverfahren.<sup>321</sup> Ein Protokollierungsverbot besteht nach herrschender Ansicht für Vereinbarungen, die gegen materielles Recht oder die guten Sitten verstoßen.<sup>322</sup>

---

<sup>313</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>314</sup> Vgl *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798; *Kloiber*, die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 127.

<sup>315</sup> Zur Frage, warum dies noch keine gänzliche Umsetzung von Art 6 MediationsRL darstellt, vgl *Frauenberger-Pfeiler*, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 242.

<sup>316</sup> Es ist nicht Aufgabe des Mediators oder der Mediatorin einen Vergleich aufzunehmen oder einen Vertrag aufzusetzen. Gem § 16 Abs 3 ZivMediatG hat der Mediator oder die Mediatorin die Parteien darauf hinzuweisen, in welche Form sie das Ergebnis der Mediation fassen müssen, um die Umsetzung sicherzustellen. Auf Verlangen der Parteien hat der Mediator oder die Mediatorin gem § 17 Abs 2 ZivMediatG das Ergebnis der Mediation sowie die zu dessen Umsetzung erforderlichen Schritte schriftlich festzuhalten. Der Mediator oder die Mediatorin sind nicht Berater insb Rechtsberater der Parteien in ihrem Konflikt. Vgl 24 BlgNR 22. GP 20; *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798.

<sup>317</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 11.

<sup>318</sup> Zur Frage, welche Zivilrechtssachen von § 433a ZPO erfasst sind vgl *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798; ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 12.

<sup>319</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>320</sup> Vgl *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>321</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 12; *Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 941.

<sup>322</sup> Vgl *Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011/97, 941; *Frauenberger-Pfeiler*, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 242;



## C. Beispiele aktiver Förderung der Mediation bei grenzüberschreitender elterlicher Kindesverbringung

### 1. „Guide to Good Practice“ für Mediation im Anwendungsbereich des HKÜ und KSÜ

Das Ständige Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht veröffentlichte 2012 den „Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Mediation“<sup>323</sup>. Dieser rechtlich unverbindliche Leitfaden mit konsultativem Charakter steht in allen Amtssprachen der Europäischen Union sowie in Arabisch und Russisch zur Verfügung.<sup>324</sup> Erklärtes Ziel ist es, den Einsatz von Mediation oder anderer Verfahren zur Herbeiführung gütlicher Regelungen in internationalen Kindschafts- und Familienkonflikten, nicht nur im Anwendungsbereich des HKÜ, zu fördern.<sup>325</sup> Umfassend wird auf die Besonderheiten und Chancen der einvernehmlichen Konfliktbeilegung bei Kindesentführungen und Streitigkeiten über das Umgangs- und Kontaktrecht im Anwendungsbereich des HKÜ, auf Grundsätze, Modelle und Methoden der Mediation sowie Qualitätsstandards und angemessene Vorgehensweisen eingegangen. Weitere „Leitfäden für eine angemessene Vorgehensweise nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen“ sind „Teil I – Zentrale Behörden“, „Teil II – Implementierende Maßnahmen“, „Teil III – Vorbeugende Maßnahmen“ und „Teil IV – Vollstreckung“. Ebenfalls auf das HKÜ (sowie auf das KSÜ) bezieht sich die Veröffentlichung „Grenzüberschreitender Kontakt mit Kindern – Allgemeine Grundsätze und Praxisleitfaden.“<sup>326</sup>

### 2. Mediatorin des Europäischen Parlaments für grenzüberschreitende elterliche Kindesentführung

Ebenfalls zur Förderung der Mediation beitragen soll die „Mediatorin des Europäischen Parlaments für grenzüberschreitende elterliche Kindesentführung.“ Derzeit übt dieses Amt Mairead McGuinness aus. Ihre Aufgabe ist es, „*im Falle einer*

---

Scheuer, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

<sup>323</sup> [http://www.hcch.net/upload/guide28mediation\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf) (13.01.2015).

<sup>324</sup> [http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=publications.details&pid=5568](http://www.hcch.net/index_de.php?act=publications.details&pid=5568) (13.01.2015).

<sup>325</sup> Vgl. HCCH Publications, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 32ff.

<sup>326</sup> Alle Dokumente stehen auf der Webseite der Haager Konferenz ( <http://www.hcch.net> ) unter der Rubrik Veröffentlichungen/Leitfaden zur besten Praxis zum Download bereit.

*Kindesentführung durch einen Elternteil im Anschluss an die Trennung der Ehe-/Lebenspartner, die unterschiedliche Staatsangehörigkeiten haben oder in zwei verschiedenen Ländern leben, eine für beide Seiten annehmbare Lösung zu finden, bei der das Wohl des Kindes an erster Stelle steht.*<sup>327</sup> Die Mediatorin des Europäischen Parlaments (bzw Mitarbeiter des Amtes der Mediatorin) informiert und berät über die Möglichkeiten der Mediation und leitet nach der Prüfung des Antrages eines Unionsbürgers förmlich ein Mediationsverfahren ein.<sup>328</sup> Die Mediationssitzungen werden von Mitarbeitern des Amtes der Mediatorin geleitet und finden idR in den Räumlichkeiten des Europäischen Parlaments statt (ggf sind auch Video- oder Telefonkonferenzen möglich, die ausgehend von einer offiziellen Einrichtung geführt werden, zB Botschaft, Büro einer Vertretung der EU oder Konsulat).

### 3. Der Malta-Prozess

Im Rahmen des Malta-Prozesses führen HKÜ-Vertragsstaaten und Nicht-Vertragsstaaten, insb aus dem arabischen Raum, Dialog über die möglichen Verbesserungen der rechtlichen Rahmenbedingungen bei grenzüberschreitenden Familienrechtsstreitigkeiten.<sup>329</sup> Im Fokus der dritten Malta Konferenz 2009 standen ua die Sicherung besseren Schutzes für grenzüberschreitende Besuchsrechte zwischen Eltern und ihren Kindern, die Herausforderungen internationaler Kindesentführung sowie die Mediation bei grenzüberschreitenden Familienkonflikten.<sup>330</sup> Im Zuge der Empfehlung der dritten Malta Konferenz wurde eine Arbeitsgruppe geschaffen, die Strukturen für internationale Familienmediation erarbeiten soll.<sup>331</sup>

---

<sup>327</sup> <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/de/000c205a13/Mediatorin-f%C3%BCr-Kindesentf%C3%BChrungen.html> (05.02.2015).

<sup>328</sup> Detaillierte Informationen über Mediation allgemein aber auch über den konkreten Aufgabenbereich der Mediatorin des Europäischen Parlaments sowie Antragstellung und Mediationsablauf finden sich im Handbuch „Mediatorin des Europäischen Parlaments für grenzüberschreitende elterliche Kindesentführung – Vademecum“: [http://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator\\_children/Child\\_abduction\\_handbook\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_de.pdf) (13.01.2015).

<sup>329</sup> Der Malta-Prozess begann mit der ersten Konferenz vom 14.-17.03.2004 in St.Julian´s in Malta; eine zweite (19.-22.03.2006) und eine dritte Konferenz (23.-26.03.2009) folgten.

<sup>330</sup> Erklärung der dritten Malta Konferenz abrufbar in englischer, französischer und arabischer Sprache unter [http://hcch.net/index\\_en.php?act=events.details&year=2009&varevent=161](http://hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2009&varevent=161) (05.02.2015); deutsche Fassung *Fucik*, Erklärung der 3. Richterkonferenz für grenzüberschreitende Familienangelegenheiten, iFamZ 2011, 49.

<sup>331</sup> Vgl. „Working Party on Mediation in the Context of the Malta Process“ [http://hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46#malta](http://hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46#malta) (05.02.2015).

## D. Besonderheiten und Herausforderungen des Mediationsverfahrens in der Praxis

Mediationen im internationalen Kontext, vor allem im Zusammenhang mit HKÜ-Verfahren, unterscheiden sich teilweise erheblich von Mediationen bei nationalen Familienrechtskonflikten.<sup>332</sup> Das Zusammenspiel verschiedener Rechtssysteme, unterschiedlicher Kulturen und Sprachen macht das Mediationsverfahren komplexer und stellt alle Beteiligten vor besondere Herausforderungen. Durch verschiedene Modellprojekte zur Mediation bei internationaler Kindesverbringung/Kindeszurückhaltung konnten die besonderen Herausforderungen erkannt und analysiert werden sowie Grundsätze zur Lösung von bi-nationalen Kindschaftskonflikten mit Hilfe der Mediation erarbeitet werden.<sup>333</sup>

Folgender Überblick über einige ausgewählte Besonderheiten der Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten im Rahmen des HKÜ Verfahrens soll die speziellen Herausforderungen, insb für alle an der Mediation beteiligten Personen, darstellen.

### 1. Erheblicher Zeitdruck

In Verfahren nach dem HKÜ spielt der Zeitfaktor eine bedeutende Rolle. Gem Art 11 HKÜ haben die mit der Sache befassten Gerichte oder Verwaltungsbehörden mit gebotener Eile vorzugehen und möglichst innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Antrages eine Entscheidung über die Rückführung zu treffen. Wie bereits ausführlich dargestellt ist das Verfahrensziel die unverzügliche Rückstellung des Kindes.

Auch bei Einsatz der Mediation im Rahmen des HKÜ-Verfahrens soll es zu keiner Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens kommen. Die Rückstellung des Kindes

---

<sup>332</sup> Vgl *Kiesewetter/Paul*, Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 33, *HCCH Publications*, *Guide to Good Practice: Mediation* (2012) Rn 51.

<sup>333</sup> Basierend auf den gewonnenen Erfahrungen aus den deutsch-französischen, den deutsch-amerikanischen und dem deutsch-polnischen bi-nationalen Mediationen wurde im Rahmen des zweiten Treffens der deutsch-polnischen Arbeitsgruppe am 08.10.2007 die sog. „Breslauer Erklärung zur bi-nationalen Kindschaftsmediation“ verfasst, die Empfehlungen zu Mediationsverfahren enthält. Abrufbar unter [www.mikk-ev.de/deutsch/kodex-und-erklarungen/breslauer-erklarung/](http://www.mikk-ev.de/deutsch/kodex-und-erklarungen/breslauer-erklarung/) (28.01.2015); auch das Ständige Büro verweist in seinem Leitfaden auf die deutschen Modellprojekte und empfiehlt ebenfalls (samt zahlreichen ausführlichen Ergänzungen zur „Breslauer Erklärung“) die vorgeschlagene Vorgehensweise; vgl *HCCH Publications*, *Guide to Good Practice: Mediation* (2012) Rn 49 ff.

darf durch die Mediation nicht verzögert werden oder sonstigen „taktischen Überlegungen“ der Eltern dienen.<sup>334</sup>

## 2. Hohe Anforderungen an die Mediatoren und Mediatorinnen

Als sehr erfolgreich hat sich die sog binationale Co-Mediation herausgestellt.<sup>335</sup> Das Team soll sich aus einer Frau und einem Mann zusammensetzen, wobei eine Person aus der psychologischen/pädagogischen Berufsgruppe und die andere Person aus der juristischen Berufsgruppe kommen soll. Darüber hinaus gilt als sehr wichtig, dass das die Mediation leitende Team beide kulturellen Hintergründe bzw Nationalitäten der Kindeseltern widerspiegelt.<sup>336</sup> Der Mediator und die Mediatorin sollten daher nicht nur zwei- oder mehrsprachig<sup>337</sup> sein, sondern auch einen persönlichen Zugang zur jeweils anderen Kultur haben.<sup>338</sup> Im Idealfall sollte daher beispielsweise bei einem britisch-österreichischem Fall von elterlicher Kindesverbringung/Kindeszurückhaltung ein Mediator oder eine Mediatorin aus England und ein Kollege oder eine Kollegin aus Österreich an der Mediation beteiligt sein.<sup>339</sup>

Eine unverzichtbare Anforderung an den Mediator oder die Mediatorin ist darüber hinaus langjährige Erfahrung mit Familienmediation sowie das Wissen<sup>340</sup> um die

---

<sup>334</sup> Vgl *Patani*, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 46; *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 116; *HCCH Publications*, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 56.

<sup>335</sup> Vgl *Kiesewetter/Paul*, Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33; *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011/4, 116.

<sup>336</sup> Vgl *Paul/Walker*, Family Mediation in International Child Custody Conflicts, *American Journal of Family Law* 2008/22, 42; Vgl *Kiesewetter/Paul*, Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33; *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011/4, 116; *HCCH Publication*, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 72.

<sup>337</sup> Die Wahl der Sprache in der Mediation ist von essentieller Bedeutung. Unterschiedlichste Varianten und Ausgestaltungen sind möglich: Jeder Elternteil spricht in seiner Muttersprache, die bisher überwiegend gesprochene Sprache des Paares wird gesprochen, die Eltern kommunizieren während der Mediation in einer dritte Sprache, der sog „lingua franca“, aber auch die Einbeziehung von Dolmetschern ist möglich. Über die Auswirkungen der Sprachwahl *Kriegel*, Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 91.

<sup>338</sup> Vgl *Paul/Walker*, Family Mediation in International Child Custody Conflicts, *American Journal of Family Law* 2008, 42.

<sup>339</sup> Vgl *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011/4, 116; Vgl *Kiesewetter/Paul*, Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33.

<sup>340</sup> Eingehende Darstellung der Notwendigkeit von speziellen Trainings- und Fortbildungsmaßnahmen: *HCCH Publication*, Guide to Good Practice: Mediation (2012) Rn 90 ff.

rechtlichen und kulturellen Besonderheiten von Mediationen bei internationaler Kindesverbringung/Kindeszurückhaltung.<sup>341</sup> Durch die geringe zur Verfügung stehende Zeit ist Flexibilität in hohem Maße erforderlich. Für die Mediatorinnen und Mediatoren muss es möglich sein, innerhalb von ein bis zwei Wochen nach Auftragserteilung für die Durchführung der Mediation zur Verfügung zu stehen.<sup>342</sup>

### 3. Zeitrahmen der Mediation

Es empfiehlt sich, die Mediation en bloc abzuhalten.<sup>343</sup> Dabei werden zwei oder drei mehrstündige Mediationssitzungen an mindestens zwei Tagen durchgeführt.<sup>344</sup> Bei der Terminisierung ist auf ausreichend Zeit für die rechtliche Beratung der Parteien durch ihren Rechtsbeistand sowie die Koordination mit dem Gerichtsverfahren zu achten.<sup>345</sup>

### 4. Geeigneter Ort für die Mediation

Vorzugsweise findet die Mediation an jenem Ort statt, an dem sich das gemeinsame Kind mit dem verbringenden/zurückhaltenden Elternteil aufhält.<sup>346</sup> So besteht einerseits die Möglichkeit, die Mediationssitzungen mit den Gerichtsverhandlungen

---

<sup>341</sup> Vgl. *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 116.

<sup>342</sup> Vgl. *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 119.

<sup>343</sup> Vgl. *Sievers/Benisch*, Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangskonflikten, *Kind-Prax* 2005, 126; *Paul/Walker*, Family Mediation in International Child Custody Conflicts, *American Journal of Family Law* 2008, 42; *Kiesewetter/Paul*, Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 33.

<sup>344</sup> Auch das Konzept der sog. „Kurz Mediation“ bietet sich an. Dieses Mediationsverfahren soll in einem zeitlich klar definierten Rahmen von zwei bis acht Stunden an einem oder maximal zwei Tagen abgeschlossen sein; vgl. *Sievers/Benisch*, *Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangskonflikten*, *Kind-Prax* 2005, 126.

<sup>345</sup> Um dem Verfahrensbeschleunigungsgebots des HKÜ-Verfahrens gerecht zu werden, Verzögerungen entgegenzuwirken und um zusätzliche Kosten für die An- und Abreise der Parteien zu vermeiden, ist die Mediation in engem zeitlichen Zusammenhang mit den Gerichtsverhandlungen anzuberaumen; vgl. für die deutsche Praxis *Carl/Erb-Klünemann*, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 53.

<sup>346</sup> Vgl. *Kiesewetter/Paul*, *Mediationen bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten*, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten* (2009) 33; Es ist aber stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls einzugehen. In manchen Fällen scheint ein „neutraler Ort“ für die Mediation besser geeignet zu sein; vgl. *Paul/Walker*, *Family Mediation in International Child Custody Conflicts*, *American Journal of Family Law* 2008, 42.

im HKÜ-Verfahren zeitlich eng zu kombinieren<sup>347</sup>, andererseits kann bereits während des laufenden Mediations- bzw Gerichtsverfahrens mit Unterstützung der Mediatorin und des Mediators Kontakt zwischen dem Kind und dem angereisten Elternteil stattfinden. „Dies führt in vielen Fällen zu einer Entspannung und Entlastung bei den Eltern“<sup>348</sup>, was sich positiv auf den folgenden Mediationsverlauf auswirken kann.<sup>349</sup> Zugleich kann sich das Kind vor und nach den Kontakten mit dem „zurückgelassenen“ Elternteil wieder bei dem (derzeit) betreuenden Elternteil in der derzeitigen Umgebung aufhalten, womit die Belastung so gering wie möglich gehalten wird.<sup>350</sup>

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, das Kind, soweit es vom Co-Mediationsteam als sinnvoll erachtet wird, auf geeignete Weise direkt in die Mediation einzubeziehen.<sup>351</sup>

## 5. Einbindung der Mediationsergebnisse in das gerichtliche Verfahren

Eine gute Koordination zwischen Mediations- und Gerichtsverfahren ist aufgrund der verfahrensrechtlichen Besonderheiten und des enormen Zeitdrucks unerlässlich.<sup>352</sup> Konnte im Rahmen des Mediationsverfahrens eine gemeinsame Lösung erarbeitet werden, so ist diese, nach Rücksprache der Parteien mit den jeweiligen Rechtsanwälten, dem Gericht alsbald zur Kenntnis zu bringen. Eine inhaltliche Zusammenarbeit zwischen Gericht und den Mediatorinnen oder den Mediatoren findet nicht statt.<sup>353</sup> Das Gericht hat die von den Parteien getroffene Vereinbarung zu

---

<sup>347</sup> Beispiel für die deutsche Praxis: Die Gerichtsverhandlung im HKÜ-Verfahren wird für Donnerstag sowie für den folgenden Montag oder Dienstag anberaumt, Freitag bis Sonntag findet die Mediation statt. Das erarbeitete Mediationsergebnis wird von den Rechtsvertretern der Parteien überprüft und die zweite Gerichtsverhandlung kann im Idealfall mit der Protokollierung der durch die Parteien gemeinsam getroffenen Vereinbarung zu Ende gehen. Vgl. *Fucik*, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/) (22.01.2015).

<sup>348</sup> *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 116.

<sup>349</sup> Fallbeschreibung bei *Paul/Walker*, Family Mediation in International Child Custody Conflicts, American Journal of Family Law 2008, 42.

<sup>350</sup> Vgl. *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 119.

<sup>351</sup> Vgl. *Carl/Erb-Klünemann*, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, ZKM 2011, 119.

<sup>352</sup> Vgl. *Kiesewetter/Paul*, Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 33.

<sup>353</sup> Vgl. *Carl/Erb-Klünemann*, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 53.

prüfen und anschließend einen vollstreckbaren Titel zu schaffen.<sup>354</sup> Darüber hinaus sind alle juristischen Maßnahmen zu setzen, die sicherstellen, dass das Mediationsergebnis auch im Herkunftsstaat anerkannt wird, nötigenfalls die Rückkehr des Kindes und des verbringenden/zurückhaltenden Elternteils erleichtern sowie den Verbleib im Herkunftsland sichern (abhängig von der jeweiligen Mediationsvereinbarung).<sup>355</sup>

## 6. Kostentragung der Mediation im Rahmen des HKÜ-Verfahrens

Bei der Entscheidung der Konfliktparteien für oder gegen eine Mediation spielt in vielen Fällen die Finanzierungsfrage eine entscheidende Rolle.<sup>356</sup>

Art 26 HKÜ, der die grundsätzliche Kostenfreiheit eines Rückführungsantrages vorsieht, enthält keine Vorgaben betreffend der Kostentragung einer eventuellen Mediation.<sup>357</sup> Regelungen über etwaige Kostenbeihilfen für die Inanspruchnahme eines Mediationsverfahrens obliegen den Mitgliedstaaten, wodurch sich teilweise erhebliche Unterschiede ergeben.<sup>358</sup>

Nach österreichischem Recht lassen sich die Mediationskosten nicht durch Verfahrenshilfe<sup>359</sup> finanzieren und sind daher grds von den Parteien selbst zu tragen.<sup>360</sup>

---

<sup>354</sup> Vgl dazu Kapitel IV. B. 4. dieser Arbeit.

<sup>355</sup> Vgl *Carl*, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 1; beispielsweise kann es erforderlich sein, für den Erlass von „safe harbour orders“ sowie einer Außervollzugsetzung eines bestehenden Haftbefehls im Herkunftsland zu sorgen.

<sup>356</sup> Vgl *Schmiedel*, Rechtsgrundlagen und Infrastruktur der Mediation in Kindschaftssachen in den Vertragsstaaten des HKÜ – ein Ländervergleich, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 71; detaillierte Kostenaufstellung und Vergleich der Gerichts- und Mediationskosten bei *Carl/Erb-Klünemann*, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 53.

<sup>357</sup> Vgl *Schmiedel*, Rechtsgrundlagen und Infrastruktur der Mediation in Kindschaftssachen in den Vertragsstaaten des HKÜ – ein Ländervergleich, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 71.

<sup>358</sup> Ländervergleich und Informationen betreffend möglicher Kostenbeihilfen für zahlreiche Mitgliedstaaten vgl *Schmiedel*, Rechtsgrundlagen und Infrastruktur der Mediation in Kindschaftssachen in den Vertragsstaaten des HKÜ – ein Ländervergleich, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 71.

<sup>359</sup> Ausführliche Darstellung der Verfahrenshilfe und der Möglichkeit psychosozialer Prozessbegleitung in Rückstellungsverfahren nach dem HKÜ bei *Fucik*, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 308.

<sup>360</sup> Vgl *Fucik*, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/) (22.01.2015).

In Österreich besteht gem § 39c FLAG<sup>361</sup> grds die Möglichkeit der sog. „geförderten Familienmediation“ bei familien- und kindschaftsrechtlichen Konfliktfällen.<sup>362</sup> Gefördert werden aber ausschließlich Co-Mediationen in Österreich, wobei das konkrete Mediatoren- bzw Mediatorinnenteam auf der Liste des Bundesministeriums für Familie und Jugend geführt werden muss.<sup>363</sup> Ein Rechtsanspruch auf Gewährung der Förderung besteht gem § 39c Abs 4 FLAG nicht.

---

<sup>361</sup> Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF BGBl I/136/1999.

<sup>362</sup> Zu den Fördervoraussetzungen *Graf*, Die geförderte Familienmediation, Mediation Aktuell 2014/1, 8; Tariftabelle mit Übersicht über den Selbstbehalt, Richtlinien zur Förderung von Mediation sowie die Listen der Mediatoren und Mediatorinnen zum Download unter <http://www.bmfj.gv.at/familie/trennung-scheidung/mediation.html> (05.02.2015).

<sup>363</sup> Schriftliche Auskunft per E-Mail vom 18.02.2015 vom Bundesministerium für Familie und Jugend, Abteilung 2 – Kinder- und Jugendhilfe.



## V. Resümee

Erklärtes Ziel des HKÜ ist die sofortige Rückführung des widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes in jenen Staat, in welchem es zuvor seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Essentiell ist, dass damit grds nicht die „Rückgabe“ an die zurückgelassene Person zu verstehen ist.

Der Grundsatz der sofortigen Rückführung des Kindes soll dem Kindeswohl dienen und nicht der „Sanktionierung“ des elterlichen Verhaltens. Weder das Sorge- und Umgangsrecht eines Elternteils noch das Recht des Kindes auf *„regelmäßige persönliche Beziehung und direkten Kontakt zu beiden Elternteilen“* dürfen verletzt werden.<sup>364</sup>

Das HKÜ-Verfahren hat ausschließlich die Rückführung des Kindes zu behandeln, nicht aber über das Sorge- und Umgangsrecht auszusprechen. Diese Entscheidung obliegt dem Gericht des „Herkunftsstaates“ als dafür zuständiges Gericht.

Für Einzelfälle sieht das HKÜ Ausnahmetatbestände vor, die der sofortigen Rückführung entgegenstehen können. Die Anwendung dieser Ausnahmetatbestände erfolgt in der internationalen Judikatur äußerst restriktiv, bezieht sich immer ausschließlich auf den konkreten Einzelfall und liegt im Ermessen des Gerichts. Obwohl es sich stets um die Beurteilung des konkreten Einzelfalls handelt, konnte anhand der internationalen Judikatur festgestellt werden, dass in vielen Fällen weder die Weigerung des zurückhaltenden Elternteils das Kind zurück zu begleiten, noch Umstände, die in der Person des zurückgelassenen Elternteils liegen, für eine Ablehnung des Rückführungsantrages vom Gericht als ausreichend erachtet wurden. Ebenso wenig stellte die „Weigerung“ des Kindes zwangsläufig ein Rückführungshindernis dar.

Das HKÜ hat zwar grds das allgemeine Kindeswohl im Interesse, kann aber weder das konkret Wohl des Kindes, noch dessen Bedürfnisse in umfassender Weise beachten. Auch die (möglicherweise hinter der Kindesverbringung stehenden) Konflikte und Bedürfnisse der Eltern spielen im Verfahren nach dem HKÜ keine Rolle.

---

<sup>364</sup> Art 2 Abs 2 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I Nr 4/2011 *„Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkten Kontakt zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.“*

Die Mediation stellt ein gesetzlich anerkanntes und geregeltes Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung dar, das es ermöglicht, umfassend und themenübergreifend Konflikte der Eltern strukturiert zu behandeln und auf individuelle Bedürfnisse einzugehen. Die Bearbeitung bestehender Konflikte kann darüberhinaus möglichen zukünftigen Differenzen entgegenwirken, was sich in Folge positiv auf das Kindeswohl auswirken kann.

Es besteht die Möglichkeit, langwierige und kostspielige Berufungsverfahren im Zuge des HKÜ-Verfahrens zu vermeiden sowie sich bereits im Vorfeld über sorge- und umgangsrechtliche Fragen zu verständigen.

Die Mediation im Rahmen des HKÜ-Verfahrens hat das Wohl des Kindes zu beachten. Die Eltern können gemeinsam eigenverantwortlich und selbstbestimmt zukunftsorientierte Vereinbarungen treffen, ohne auf ein schlichtes „Kind zurück“ oder „Kind nicht zurück“, wie es im HKÜ Verfahren der Fall ist, beschränkt zu sein. Unabdingbar ist es dabei, die jeweiligen Rechtsordnungen der betreffenden Staaten zu berücksichtigen, um die von den Parteien erarbeitete Mediationsvereinbarung auch gerichtlich vollstreckbar zu machen.

Zahlreiche Internationale Projekte sowie Erfahrungen bei der Anwendung von Mediation im Zuge von HKÜ-Verfahren (zB in Deutschland, England, den USA oder der Schweiz) haben gezeigt, dass mit durchaus erfreulichen Erfolgchancen gerechnet werden kann.<sup>365</sup> Bedauerlicherweise ist es aber in der österreichischen Rückführungspraxis noch zu keiner einzigen Mediation gekommen.<sup>366</sup>

Es ist zu wünschen, dass Mediation in Rahmen von HKÜ-Verfahren nicht nur weiterhin in einschlägigen Fachkreisen besprochen bleibt, sondern auch bald in der öffentlichen Wahrnehmung Einzug hält und Akzeptanz findet. Vor allem im Interesse der betroffenen Kinder sollte von Anwälten/Anwältinnen, den Gerichten sowie der zentralen Behörde nicht darauf verzichtet werden, die Eltern über die Möglichkeit der

---

<sup>365</sup> Vgl. *Carl/Alles*, Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation – Entwicklung, Evaluation und Perspektiven, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 117; *Carter*, Das englische reunite-Projekt, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 135; *Carl/Paul/Walker*, das deutsch-amerikanische Mediationsprojekt, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 147; *Kiesewetter/Kleim/Paul*, Das deutsch-polnische Mediationsprojekt, in *Paul/Kiesewetter* (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (2009) 161.

<sup>366</sup> Vgl. *Fucik*, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/) (22.01.2015).

Mediation aufzuklären und für vertiefende Informationen an qualifizierte Mediatoren und Mediatorinnen zu verweisen.

Darüber hinaus könnte sich fachliche Unterstützung bei der Suche nach geeigneten und qualifizierten Mediatoren und Mediatorinnen als äußerst hilfreich erweisen. Um auch finanzschwachen Familien den Zugang zu einer konsensuellen Vereinbarung zum Wohl des Kindes im Rahmen einer Mediation zu erleichtern, wäre uU eine finanzielle Unterstützung, unabhängig vom Ort der Mediation und der Zusammensetzung des Mediatoren- bzw Mediatorinnenteams, denkbar.

Im Zentrum sollte stets das Kind und nicht der Elternkonflikt stehen.<sup>367</sup>

---

<sup>367</sup> Vgl *Pantani*, die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren (2012) 69.

## VI. Literaturverzeichnis

**Bach** Albert/**Gildenast** Birgit, Internationale Kindesentführung: das Haager Kindesentführungsübereinkommen und das Europäische Sorgerechtsübereinkommen, 1999, Giesecking Verlag, Bielefeld.

**Baetge** Dietmar, Haager Kindesentführungsübereinkommen – Sorgerechtsverletzung und Widerrechtlichkeit der Entführung, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2000, 146.

**Baetge** Dietmar, Kontinuierlicher, mehrfacher oder alternierender gewöhnlicher Aufenthalt bei Kindesentführungen, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2005, 335.

**Baetge** Dietmar, Zum gewöhnlichen Aufenthalt bei Kindesentführungen, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2001, 573.

**Balloff** Rainer, Der Kindeswohlgefährdungsbegriff bei internationalen Rückführungsfällen im HKÜ Verfahren aus rechtspsychologischer Sicht, in: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2004, 309.

**Beaumont** Paul R./**McEleavy** Peter E., The Hague Convention on International Child Abduction, 1999, Oxford University Press, Oxford.

**Carl** Eberhard, Möglichkeiten der Verringerung von Konflikten in HKÜ-Verfahren, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009 Verlag C.H.Beck, München.

**Carl** Eberhard/**Alles** Sonia, Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation – Entwicklung, Evaluation und Perspektiven, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Carl** Eberhard/**Erb-Klünemann** Martina, Bi-nationale Mediation bei grenzüberschreitenden Kindschaftskonflikten, in: Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2011/4, 116.

**Carl** Eberhard/**Erb-Klünemann** Martina, Die Einbeziehung von Mediation in das gerichtliche Verfahren, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Carl** Eberhard/**Paul** Christoph C./**Walker** Jamie, Das deutsch-amerikanische Mediationsprojekt, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Carter** Denise, Das englische reunite-Projekt, in: Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München

**Coester** Michael, Kooperation statt Konfrontation, in: Bachmann (Hrsg), Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen.

**Dornblüth** Susanne, Die Europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen, 2003, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen

**Drexler** Herbert/**Hauska** Elvira, „Was ist Mediation?“, in: mediation aktuell 2014/2, 8.

**Ferz** Sascha/**Filler** Ewald, Mediation Gesetzestexte und Kommentare , 2003, Facultas Verlag, Wien.

**Frauenberger-Pfeiler** Ulrike, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen, in: Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 237.

**Frauenberger-Pfeiler** Ulrike/**Risak** Martin, Der prätorische Mediationsvergleich, in: Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2012, 798.

**Fucik** Robert, Eilgebot bei Kindesentführung, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2013, 157.

**Fucik** Robert, Erklärung der 3. Richterkonferenz für grenzüberschreitende Familienangelegenheiten, ausgerichtet von der Regierung Maltas in Zusammenarbeit mit der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2011, 49.

**Fucik** Robert, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, in: Österreichischer Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2011, 941.

**Fucik** Robert, Gefährdungseinwand bleibt Ausnahme, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2013, 245.

**Fucik** Robert, Mediation in grenzüberschreitenden Familien-Konflikten, insb im Entführungsfall, in: Veranstaltungsreihe Mediation Aktiv, 2014, [http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall\\_robert-fucik/](http://www.jusportal.at/mediation-in-grenzueberschreitenden-familien-konflikten-insb-im-entfuehrungsfall_robert-fucik/).

**Fucik** Robert, Neues zu Kindesentführungen, in: Österreichischer Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2010, 74.

**Fucik** Robert, Praktische Anwendung der Haager Übereinkommen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Spezialkommission (25. bis 31.01.2012), in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2012, 213.

**Fucik** Robert, Rückführung in das Ursprungsland, nicht zum zurückgebliebenen Elternteil, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2009, 216.

**Fucik** Robert, Sperrwirkung des Art 16 HKÜ, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2011, 185.

**Fucik** Robert, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, in: Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ) 2013, 308.

**Fucik** Robert, in: Rechberger (Hrsg), Zivilprozessordnung - 4. Auflage, 2014, Verlag Österreich, Wien

**Fucik** Robert/**Miklau** Christine, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2013, 31.

**Gitschthaler** Edwin, Trotz Obsorge kein Aufenthaltsbestimmungsrecht des Entführers, in: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2010, 91.

**Gitschtaler** Edwin, in: Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar 4. Auflage, Band 1a Ergänzungsband zu Band 1, 1. Auflage, 2013, Verlag LexisNexis, Wien

**Glawatz** Luise, Die internationale Rechtsprechung zu Art 13 Haager Kindesentführungsabkommen, Diss.iur., 2008, Wien.

**Graf** Ilse, Die geförderte Familienmediation, in: mediation aktuell 2014/1, 8.

**HCCH Publications**, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: Mediation, 2012, Den Haag.

**HCCH Publications**, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: Part I – Central Authority Practice, 2003, Den Haag.

**HCCH Publications**, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: Part III – Preventive Measures, 2005, Den Haag.

**HCCH Publications**, Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, 2014, Den Haag.

**HCCH Publications, Lowe** Nigel, A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction (Part I – Global Report), Preliminary Document No 8 A – update, 2011, Den Haag.

**Hilbig-Lugani** Katharina, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Personen im jüngeren EuPR und EuZVR, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2014, 8.

**Holl** Volker, Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen, 2001, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main.

**Holzmann** Christiane, Brüssel Ila-VO: Elterliche Verantwortung und internationale Kindesentführungen, 2008, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena.

**Hopf** Gerhard, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, in: Österreichischer Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2004, 41.

**Jayme** Erik, Zum Jahrtausendwechsel: das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax) 2000, 165.

**Keese** Nina, die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht, 2011, Universitätsverlag Göttingen.

**Kiesewetter** Sybille/**Kleim** Magdalena/**Paul** Christoph C., Das deutsch-polnische Mediationsprojekt, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H. Beck, München.

**Kiesewetter** Sybille/**Paul** Christoph C., Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten: Handwerkszeug und Besonderheiten, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H. Beck, München.

**Kloiber** Barbara, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, in: Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleich (ZfRV) 2011, 119.

**Klosinski** Gunther, Internationale Kindesentführung aus der Sicht des Kindes – Versuch einer Annäherung aus kinderpsychiatrischer Sicht, in: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2001, 206.

**Kriegel** Katharina, Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Lagarde** Paul, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über den Schutz von Kindern, HCCH Publications, 1998, Den Haag.

**Lenz** Christina, The EU-Directive on mediation – the implementation in Austria and the preparations in Germany, in: Jahrbuch International Arbitration 2012, 375.

**Mankowski** Peter, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel Ila-VO, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2001.

**Mäsch** Gerald, „Grenzüberschreitende“ Undertakings und das Haager Kindesentführungsübereinkommen aus deutscher Sicht, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentliches Recht (FamRZ) 2002.

**Mayr** Peter/**Fucik** Robert, Das neue Verfahren außer Streitsachen, 2006, 3. Auflage, Facultas Verlag, Wien.

**Mosser** Christian, Internationale Kindesentführung - eine differenzierte Betrachtung, in: juridikum 2006, 159.

**Miklau** Christine, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel Ila, „Nicht ohne meine Tochter“ mitten in Europa – oder die Wiedereinführung der väterlichen Gewalt durch die Hintertür, in: Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2010.

**Nademleinsky** Marco, Das HKÜ und die „tatsächliche Ausübung“ des Sorgerechts, in: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2013, 155.

**Nademleinsky** Marco, Das Shuttle Custody Agreement im HKÜ, in: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2014, 159.

**Nademleinsky** Marco, Unterhalt des Kindes bei Kindesentführung, in: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2013, 187.

**Nademleinsky** Marco/**Neumayr** Matthias, Internationales Familienrecht, 2007, Facultas Verlag, Wien.

**Nehls** Kyra, Rechtliche Grundlagen bei internationaler Kindesentführungen sowie bei internationalen Sorge- und Umgangsverfahren, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Pantani** Alessandra, Die Frage des Kindeswohls im HKÜ-Verfahren , 2012, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main.

**Pape** Isabel, Internationale Kindesentführung, Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, 2010, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main.

**Paul** Christoph/**Walker** Jamie, Family Mediation in International Child Custody Conflicts, in: American Journal of Family Law 2008, 42.

**Perez-Vera** Elisa, Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, 1982, Den Haag.

**Pietsch** Peter, Kindesentführung in das Ausland, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht (FamRZ) 2009, 1730.

**Raptis** Julia LEMONIA, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, in: Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht (EF-Z) 2007, 34.

**Rieck** Jürgen, Kindesentführung – Rechtsregeln und Normenkonkurrenz, in: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2001, 183.

**Roth** Marianne/**Markowetz** Klaus, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, in: Juristische Blätter (JBl) 2004, 296.

**Scheuer** Ursula, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, in: Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197.

**Schlosser** Peter, Common Law Undertakings aus deutscher Sicht, in: Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2001, 81.

**Schmiedel** Liane, Rechtsgrundlagen und Infrastruktur der Mediation in Kindschaftssachen in den Vertragsstaaten des HKÜ – ein Ländervergleich, in Paul/Kiesewetter (Hrsg), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, Verlag C.H.Beck, München.

**Schoch** Sonja, Auslegung der Ausnahmetatbestände – Ein Vergleich der US-amerikanischen und deutschen Rechtsprechung, 2004, Herbert Utz Verlag, München.

**Schwepe** Katja, Kindesentführung und Kindesinteressen – Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland, 2001, Verlag Votum, Münster.

**Siehr** Kurt, Desavouierung des Haager Kindesentführungsübereinkommens, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2002, 119.

**Sievers** Britta/**Benisch** Sabine, Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangskonflikten, in: Kindschaftsrechtliche Praxis (Kind-Prax) 2005, 126.

**Vomberg** Wolfgang/**Nehls** Kyra, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung, 2002, Verlag C.H.Beck, München.

**Wagner** Rolf, Die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern, in: Kindschafts-, Familien- und Jugendhilferecht für die Praxis (ZKJ) 2008, 353.

**Wagner** Rolf/**Janzen** Ulrike, Die Anwendung des Haager Kinderschutzübereinkommens in Deutschland, in: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2011, 110.

**Wolf-Almanasreh** Rosi, Kindesmitnahme durch einen Elternteil, Ursachen Lösungsmöglichkeiten und Prävention; Bestandsaufnahme nach fünfzehnjähriger Beratungsarbeit mit bi-nationalen Familien, 1988, IAF Interessengemeinschaft der mit Ausländern verheirateten Frauen, Frankfurt am Main.

**Zürcher** Raphaela, Kindesentführung und Kindesrechte, Verhältnis des Rückführungsrechts nach dem HKÜ vom 25. Oktober 1980 zur UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989, Diss.iur., 2005, Zürich.