

INSTITUT FÜR ZIVILRECHT
UNIVERSITÄT WIEN
ASS.-PROF. DR. BARBARA BECLIN

1010 Wien, Schottenbastei 10-16
Tel.: +43/1/4277/34843
Fax.: +43/1/4277/34893

Wien, am 26. Mai 2017

Stellungnahme zum Entwurf eines KindRückG 2017

1. Weder die EGMR-Entscheidung, die Anlass für diesen Entwurf war, noch andere völkerrechtliche Verpflichtungen Österreichs erfordern die im einzelnen im Entwurf vorgeschlagenen Verschärfungen bei der Kindesrückführung. Den österreichischen Gerichten stehen nach geltendem Recht zahlreiche Maßnahmen zur Verfügung, um der Dringlichkeit des HKÜ-Verfahrens Rechnung zu tragen. Der Entwurf schießt in seiner Reaktion auf die E des EGMR übers Ziel hinaus.

Anlass für die Neuregelung ist die E des EGMR im Verfahren M. A. gegen Österreich, Beschwerde Nr. 4097/13. Darin stellte der EGMR zwar fest, dass für die Vollstreckung von Rückgabeanordnungen nach dem HKÜ oder der Brüssel IIa-VO „aus einer Reihe von Gründen besondere, gestraffte Verfahren erforderlich sein könnten“, und dass der in Ö verfügbare verfahrensrechtliche Rahmen im konkreten Fall die zügige und effiziente Führung des Rückgabeverfahrens erschwert habe, er regte aber keine konkreten Maßnahmen für eine Straffung des Verfahrens an.

Der Entwurf schlägt nun eine Reihe derartiger Maßnahmen zur Beschleunigung der Rückführung vor, von denen einige jedoch übers Ziel schießen. So soll nun im Regelfall die Anordnung der Rückführung bereits mit der Vollstreckungsanordnung verbunden werden (§ 111c Abs 5 AußStrG), obwohl nur das Gericht im Einzelfall entscheiden kann, ob vor Vollstreckung etwa noch das Kindeswohl sichernde Maßnahmen zu setzen sind. Hat das Gericht die beiden Beschlüsse getrennt, soll es überhaupt kein Ermessen mehr haben, die vorläufige Vollstreckbarkeit auszuschließen (§ 111d Abs 2 AußStrG). Diese Beschränkung des richterlichen Ermessens ist nicht sachlich begründet. Jedenfalls überschießend ist auch die Beschränkung der Einwendungsmöglichkeiten wegen Gefährdung des Kindeswohls in derselben Bestimmung (dazu unten 3!).

Auch die Befugnis des Justizministeriums, „alle erforderlichen Maßnahmen zur Aufenthaltsermittlung“ zu treffen, geht viel zu weit (s. § 111c Abs 2 AußStrG). In den wenigen Fällen, in denen der Aufenthaltsort des Kindes bei Antragstellung aus dem Ausland nicht bekannt ist, kann wohl zunächst mit *weniger grundrechtssensiblen Maßnahmen* – als einer kriminalpolizeilichen Fahndung! – vorgegangen werden. Wird etwa ein Termin für einen Schlichtungsversuch oder Besuchskontakt im Zielland festgesetzt und dem „entführenden“ Elternteil gleichzeitig zugesichert, dass es *nicht* sogleich zu einer Rückführungsvollstreckung kommen wird, so wird dieser den Termin wohl ohnedies wahrnehmen. Erst bei Fehlschlägen derartiger Versuche sollten – gesetzlich konkret festgelegte – Fahndungsschritte erfolgen.

2. Das HKÜ-Verfahren orientiert sich weitgehend nicht am *konkreten Kindeswohl*, sondern explizit an einem *abstrakten „Wohl des Kindes“*, das in der Rückführung in das Land, in dem sich der andere Elternteil aufhält, gesehen wird. Diese „Rückführung“ wird im HKÜ zudem pauschal, ohne angemessene Differenzierungen, angeordnet und demgemäß mit zT unverhältnismäßigen Mitteln durchgesetzt. Der Gesetzgeber müsste zum Ausgleich den Gerichten so weit wie möglich das Differenzieren im Einzelfall gestatten. Stattdessen verschärft der vorliegende Entwurf die unter dem Gleichheitsgesichtspunkt ohnedies bedenklichen pauschalierenden, pönalisierenden und speziell Frauen benachteiligenden Tendenzen des HKÜ-Verfahrens noch weiter, auch zu Lasten des konkreten Kindeswohls.

Das HKÜ ist heute (in seiner durch die Brüssel-IIa-VO verschärften Form) seinem ursprünglichen Zweck entfremdet: Es dient anders als früher nicht mehr in erster Linie der Rückgabe eines entführten Kindes an die/den Obsorgeberechtigte/n – also der *Wiederherstellung* der Betreuungssituation –, sondern im Gegenteil *der Trennung des Kindes vom betreuenden Elternteil* (der völlig unpassend als „Entführer“ bezeichnet wird) *zugunsten des Kontaktrechts des anderen Elternteils*. Diese Entwicklung liegt darin begründet, dass in vielen EU-Ländern nunmehr automatisch oder zumindest im Regelfall *beiden* Eltern die Obsorge zukommt, auch wenn sie getrennt leben. Verlässt nun ein Elternteil mit dem Kind das Land, so liegt darin, selbst wenn bisher ausschließlich dieser Elternteil mit dem Kind zusammenwohnte und es betreute, eine Kindesentführung, weil es daneben noch einen zweiten Obsorgebefugten gibt, dessen Sorgerecht iSd HKÜ verletzt sein kann.

Dem HKÜ liegt die Annahme zugrunde, dass dem Kindeswohl nach einer Ausreise gegen den Willen eines Obsorgeberechtigten am besten durch eine Rückkehr in das Land, in dem sich dieser aufhält, gedient ist. Das HKÜ differenziert bei dieser Annahme jedoch nicht danach, ob das Kind überhaupt je mit diesem Elternteil, der nun seine Rückkehr beantragt, zusammengelebt hat, ja nicht einmal, ob es auch nur regelmäßig von ihm besucht wurde. Erst ein nachgewiesenes „Desinteresse“ des antragstellenden Elternteils an seinem Kind ist ein Grund, die Rückführung zu verweigern.¹ Da es also in vielen Fällen gar nicht um eine „Rückkehr“ zum anderen Elternteil geht, ersetzt der Entwurf konsequent das bisherige Wort „Rückgabe“ des Kindes durch „Rückführung“. Diese erfolgt mitunter sogar durch eine Unterbringung des Kindes in einem Heim des Ursprungsstaates!

Zudem differenziert das HKÜ auch nicht nach dem Alter des Kindes, obwohl für ein sehr junges Kind die Hauptbezugsperson eine viel größere Bedeutung hat als andere Kontaktpersonen oder gar das sonstige Umfeld; auch ein Stillkind darf daher nach dem HKÜ die Mutter bei der Ausreise nicht mitnehmen. Aufgrund der mangelnden Differenzierung des HKÜ nach der Staatsbürgerschaft ist sogar eine Rückkehr der Mutter mit dem Kind in die eigene Heimat unzulässig. Der Antrag auf Rückführung hat zudem noch bis ein Jahr nach der Ausreise gute Aussicht auf Erfolg, unabhängig davon, ob das Kind sich im Zielland eingelebt hat und unabhängig davon, ob sich der zurückgebliebene Elternteil in dieser Zeit um den Kontakt bemüht hat. „Echte“ Entführungsfälle werden vom HKÜ also mit minderschweren Verletzungen des Kontaktrechts des zweiten Obsorgeberechtigten gleichgesetzt. Erst eine „schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind“ (Art 13 Abs 1 HKÜ), die auch nicht durch entsprechende Vorkehrungen beseitigt werden kann (Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO), führt zum Kippen der Abwägung zugunsten des *konkreten* Kindeswohls.

Wie in Österreich widmen sich in den meisten EU-Ländern immer noch vorwiegend Frauen der Betreuung und Erziehung der Kinder, insbesondere nach einer Trennung. Während der betreuende Elternteil also nicht ohne Zustimmung des anderen Elternteils mit dem Kind das Land verlassen darf, bevor ihm das örtliche Pflegschaftsgericht dies gestattet, hat der andere Elternteil volle Freiheit bei der Wahl seines Wohnsitzes in der EU. Er kann entscheiden, ob er durch eigene Ausreise den Kontakt mit dem Kind faktisch beendet. Er kann auch im Fall der Ausreise des betreuenden Elternteils entscheiden, ob er dieser zustimmt und damit auf sein Kontaktrecht verzichtet. In beiden Fällen erhält das Kind keine Hilfe durch das HKÜ gegen

¹ ZB OGH 6 Ob 167/14y.

den Kontaktverlust. Hier geht es also nicht in erster Linie um das Kontaktrecht des Kindes, sondern um das *Recht eines Elternteils*, dem anderen (meist dem betreuenden) den Verbleib im Land vorzuschreiben. Nur in einem Viertel der Fälle richten sich die in Ö einlangenden Anträge gegen Väter, zu drei Vierteln gegen Mütter. Die faktische Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern führt hier zu einer (mittelbaren) **Diskriminierung von Frauen**: Diese haben zur höheren Betreuungslast und damit verbundenen Schlechterstellung am Arbeitsmarkt nun auch noch bei der Wahl ihres Wohnsitzes mit der Abhängigkeit vom Willen ihres Ex-Partners zu kämpfen, der seinen Antrag auf Rückführung des Kindes nicht einmal mit eigenen Betreuungsleistungen untermauern muss (zT wird daher mit Anträgen nach dem HKÜ wohl sehr effizient Rache oder Macht ausgeübt). Zutreffend wurde das Regime des HKÜ iVm der Brüssel IIaVO daher als „Müttergefängnis“ bezeichnet.

Angesichts der geringen Voraussetzungen auf Seiten des Antragstellers ist der Eingriff in das Privat- und Familienleben des ausreisenden Elternteils und des Kindes durch das HKÜ-Verfahren in vielen Fällen daher schon jetzt als unverhältnismäßig einzustufen, etwa wenn es zur gewaltsamen Abnahme eines Kleinkindes führt, das im Ursprungsstaat noch nie mit dem anderen Elternteil zusammengelebt hat. Je kleiner das Kind ist, umso größer wirkt der faktische Zwang gegen den betreuenden Elternteil, auch selbst den Wohnsitz im Ursprungsland zu belassen.

Vor diesem Hintergrund sind daher die im Entwurf ohne Rücksicht auf den Einzelfall verschärften Maßnahmen, wie die Fahndung durch die Sicherheitsbehörden ohne Vorliegen eines Straftatbestandes (**§ 111c Abs 2 AußStrG**), die sofortige Vollstreckungsanordnung der Rückführung (**§ 111c Abs 5 AußStrG**), die vom Gericht nicht aussetzbare vorläufige Vollstreckbarkeit (**§ 111d Abs 2 AußStrG**) äußerst problematisch, da sie die Unverhältnismäßigkeit in weniger gravierenden „Entführungsfällen“ sowohl hinsichtlich des konkreten Kindeswohls als auch hinsichtlich der Rechte des „entführenden“ Elternteils noch steigern.

Zudem fördern drakonische Maßnahmen eine Eskalation der Situation. Je strenger und starrer das Rückführungsregime, desto eher werden Kinder im Zielland vor den Behörden versteckt werden und eine Fahndung überhaupt erst „erforderlich“. Dem Kindeswohl ist nicht mit noch weiter zugespitzten, traumatisierenden Situationen gedient, sondern mit deeskalierenden Maßnahmen, wie Schlichtungsversuchen und Besuchskontakten (dazu unten 4.).

3. Die Ersetzung des § 110 Abs 3 AußStrG, der vorsieht, dass eine Gefährdung des Kindeswohls auch noch im Vollstreckungstadium zu berücksichtigen ist, für den Bereich des HKÜ-Verfahrens durch den neu vorgeschlagenen § 111d Abs 2 ist ebenfalls als besonders problematisch einzustufen. Dadurch würde die Vollstreckung der Rückführungsanordnung selbst dann fortgesetzt, wenn sie eine Kindeswohlgefährdung darstellt, nur weil zB die diesbezügliche Einwendung von der Mutter zu spät erhoben wurde.

Die Opferung des Kindeswohls auf dem Altar der Effizienz der Vollstreckung des Rückführungsbeschlusses ist symptomatisch für den Verlust des Augenmaßes im HKÜ-Verfahren. Eine Fortsetzung der Vollstreckungsmaßnahmen trotz dadurch drohender Kindeswohlgefährdung würde ja ein *dem konkreten Kindeswohl übergeordnetes* Interesse voraussetzen. Ein solches kann schon deshalb nicht in der Rückführung des Kindes an sich liegen, weil diese Maßnahme ihrerseits ja nur auf der abstrakten (und zudem fragwürdigen) Annahme der Förderlichkeit für das Kindeswohl fußt!

§ 110 Abs 3 AußStrG, dem hier derogiert werden soll, ist nach der inneren Systematik eine der zentralsten Normen des Obsorgeverfahrens, weil sie deutlich macht, dass das Verfahren *in jedem Stadium, also auch bei der Vollstreckung*, sofort zu stoppen ist, wenn es eine Gefährdung des Kindeswohls herbeiführt. Nach **§ 111d Abs 2 AußStrG** sollen künftig nur mehr jene Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung zulässig sein, die nicht schon früher erhoben hätten werden können. Damit soll offenbar der „entführende“ Elternteil für die Verfahrensverzögerung bestraft werden, tatsächlich „bestraft“ wird aber auch das Kind, das nun explizit sogar eine Kindeswohlgefährdung hinnehmen muss, obwohl es an der Verspätung keine Schuld trägt. Eine derartige Regelung, die die Berufung auf das Kindeswohl nur mehr eingeschränkt zulässt, kommt wohl sogar mit Artikel 3 Abs 1 der UN-Kinderrechtskonvention² in Konflikt. § 111d Abs 2 AußStrG sollte daher gestrichen werden.

² Danach ist bei allen gerichtlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen.

4. Ohne Einschränkung positiv sind zwei Bestimmungen des Entwurfs hervorzuheben: der Hinweis auf den Versuch einer gütlichen Einigung, zu der tunlichst beide Elternteile vor Gericht erscheinen sollen, und die Pflicht des Gerichts, in jeder Lage des Verfahrens Maßnahmen zu setzen, um den Kontakt des zurückgelassenen Elternteils zum Kind zu gewährleisten (§ 111c Abs 5 und Abs 6 AußStrG).

Diese Neuregelungen könnten helfen, das Regime des HKÜ-Verfahrens wieder vom Kopf auf die Füße zu stellen! Wie oben erläutert, ist die Rückführung des Kindes ins Ausgangsland in vielen Fällen ein unverhältnismäßiges Mittel zur Erreichung des Zwecks der Wiederherstellung des Kontakts zum zweiten Elternteil. Dagegen ermöglichen es die beiden vorliegenden Normen dem Gericht, schon im Rahmen des Verfahrens über die Rückführung gezielt einem Kontaktabbruch entgegen zu wirken und das eigentliche HKÜ-Ziel – die Aufrechterhaltung des Kontakts zum zweiten Elternteil – *mit angemessenen und das Kindeswohl fördernden Mitteln* zu verfolgen.

Der EGMR bemängelte im Anlassfall ua, dass den Gerichten keine angemessenen Mittel zur Verfügung gestanden seien, um sicherzustellen, dass der Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter während des anhängigen Verfahrens wiederhergestellt und aufrechterhalten wurde. Dieses Manko wird durch **§ 111c Abs 6 AußStrG** behoben.

Die Chancen auf eine gütliche Beilegung des Streits (die dem Kindeswohl wohl am besten entspräche) steigen, wenn gemäß **§ 111c Abs 5 AußStrG** *beide* Eltern zu einem Schlichtungsversuch geladen werden. Zudem ist es dem antragstellenden Elternteil wohl eher zumutbar, einen oder zwei Besuchstermine im (EU)Ausland wahrzunehmen, als es dem Kind zumutbar ist, (uU allein und auf unbestimmte Dauer) zurückzukehren. Die Schieflage zwischen dem geringen Aufwand des antragstellenden Elternteils und den meist gravierenden Auswirkungen des Antrags für den ausgereisten Elternteil und das Kind wird so gemildert. Zugleich kann sich das Gericht, wenn es auch den zurückgelassenen Elternteil zu einem Vergleichsgespräch lädt oder ihm den Kontakt zum Kind ermöglicht, selbst davon überzeugen, ob und in welchem Ausmaß dessen Obsorge im Ausgangsland *tatsächlich ausgeübt* wurde und ob das Interesse am Kontakt zum Kind tatsächlich fortbesteht. Die Ausübung der Obsorge vor der Entführung ist nämlich Voraussetzung für die Rückführungsanordnung, konnte aber bisher vom Gericht im Zufluchtland nur schwer überprüft werden.

Nach Kenntnisnahme von den Lebensumständen des Kindes im aktuellen Aufenthaltsland kann der antragstellende Elternteil auch besser beurteilen, welche Kontaktmöglichkeiten für ihn in Zukunft in Frage kommen, und ob er dem Umzug nicht doch nachträglich zustimmen kann. Letztlich ist aber auch eine Rückführung, falls es doch dazu kommen muss, ein weniger gravierender Einschnitt für das Kind, wenn es in der Zwischenzeit weiter Kontakt zum anderen Elternteil hatte.

Wien, am 26. Mai 2017

Dr. Barbara Beclin