

Diplomarbeit

zur Erlangung des Grades einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Der Fall Povse

eingereicht von

Katharina GRIESSER

Begutachter: Univ.-Prof. Dr. Hans-Peter Folz

am Institut für Europarecht

Graz, im März 2016

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz, am 21. März 2016

.....

Katharina Grießer

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS..... VI

I EINLEITUNG..... 1

II DER RAUM DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS..... 3

1 ENTSTEHUNG DES RAUMS DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS..... 3

1.1 EWG-Vertrag 3

1.2 Schengener Abkommen 4

1.3 Vertrag über die Europäische Union..... 4

1.4 Vertrag von Amsterdam, Wiener Aktionsplan, Programm von Tampere 5

1.5 Vertrag von Nizza 6

1.6 Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Haager Programm 6

1.7 Vertrag von Lissabon, Programm von Stockholm..... 7

2 BEDEUTUNG DER BEGRIFFE RAUM, FREIHEIT, SICHERHEIT UND RECHT.. 8

2.1 Raum 8

2.2 Freiheit 8

2.3 Sicherheit 9

2.4 Recht 9

3 JUSTIZIELLE ZUSAMMENARBEIT IN ZIVILSACHEN 10

III FUNDAMENTALE GRUNDSÄTZE DES RAUMS DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS 12

| | | |
|-----|---|----|
| 1 | GRUNDSATZ DER GEGENSEITIGEN ANERKENNUNG | 12 |
| 2 | GRUNDSATZ DES GEGENSEITIGEN VERTRAUENS | 14 |
| 2.1 | Konsequenzen fehlenden Vertrauens..... | 15 |
| a | Defizite bei Umsetzung und Vollstreckung..... | 15 |
| b | Vereinheitlichung statt Vielfalt..... | 15 |
| c | Konkretisierung und Standardisierung | 15 |
| 2.2 | Vertrauenssubjekte..... | 16 |
| 2.3 | Vertrauensobjekte | 16 |
| 3 | ZUSAMMENFASSUNG..... | 17 |

IV DER FALL POVSE..... 18

| | | |
|-----|--|----|
| 1 | VORABENTSCHEIDUNGSVERFAHREN IN DER RECHTSSACHE POVSE/ALPAGO | 18 |
| 1.1 | Sachverhalt..... | 18 |
| 1.2 | Rechtlicher Rahmen..... | 22 |
| a | Vorkehrungen statt Rückführungsverweigerung | 23 |
| b | „Overruling“ durch den Ursprungsstaat..... | 24 |
| 1.3 | Das Verfahren in Fällen von Kindesentführung | 25 |
| 1.4 | Entscheidung des EuGH | 28 |
| 1.5 | Zwischenresümee..... | 32 |

| | | |
|----------|---|-------------|
| 2 | SOFIA POVSE UND DORIS POVSE GEGEN ÖSTERREICH | 33 |
| 2.1 | Fortsetzung des Sachverhalts | 33 |
| 2.2 | Vorbringen von Doris Povse | 37 |
| 2.3 | Beurteilung des EGMR | 39 |
| 2.4 | Exkurs: Vermutung der Gleichwertigkeit des EU-Grundrechtsschutzes mit dem Schutz der Konvention | 41 |
| 2.5 | Zwischenresümee | 45 |
| 3 | M. A. GEGEN ÖSTERREICH | 50 |
| 3.1 | Fortsetzung des Sachverhalts | 50 |
| 3.2 | Beurteilung des EGMR | 50 |
| 3.3 | Exkurs: Schutzbereich von Art 8 EMRK | 51 |
| 3.4 | Vom EGMR entwickelte Prinzipien in Kindesentführungsfällen | 52 |
| 3.5 | Anwendung dieser Prinzipien auf den vorliegenden Fall | 55 |
| 3.6 | Haben die österreichischen Gerichte rasche und angemessene Maßnahmen ergriffen? | 56 |
| 3.7 | Gesamtbeurteilung des EGMR | 58 |
| 3.8 | Verhältnis von Art 8 EMRK zu Art 6 EMRK in familienrechtlichen Angelegenheiten | 60 |
| 3.9 | Zwischenresümee | 61 |
| V | SCHLUSSWORTE | 63 |
| | LITERATURVERZEICHNIS | VIII |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|----------------|---|
| ABl | Amtsblatt |
| Abs | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| Art | Artikel |
| BG | Bezirksgericht |
| BMJ | Bundesministerium für Justiz |
| Brüssel IIa-VO | Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 |
| bzgl | bezüglich |
| bzw | beziehungsweise |
| EF-Z | Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuR | Zeitschrift Europarecht |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EvBl | Evidenzblatt |
| f | die folgende |
| ff | die folgenden |
| FN | Fußnote |
| GA | Generalanwalt, Generalanwältin |
| gem | gemäß |
| GPR | Zeitschrift für das Gemeinschaftsprivatrecht |
| GRC | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| HKÜ | Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung |
| Hrsg | Herausgeber |

| | |
|------------|---|
| iFamZ | Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht |
| insb | insbesondere |
| iSd | im Sinne der/des/dieser/dieses |
| it | italienisch, -e, -en, -em |
| iVm | in Verbindung mit |
| KindNamRÄG | Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz |
| LG | Landesgericht |
| lit | litera |
| LMK | Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (juristische Fachzeitschrift) |
| MS | Mitgliedstaat, -es, -en |
| NLMR | Newsletter Menschenrechte |
| Nr | Nummer |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| ÖJZ | Österreichische Juristenzeitung |
| PPU | Procédure préjudicielle d'urgence (Eilverfahren im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 104b der Verfahrensordnung des EuGH) |
| RFSR | Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts |
| Rs | Rechtssache |
| Rsp | Rechtsprechung |
| Rz | Randzahl/-ziffer |
| SA | Schlussantrag |
| StN | Stellungnahme |
| Z | Zahl, Ziffer |
| zB | zum Beispiel |
| ZEuS | Zeitschrift für Europarechtliche Studien |
| Ziff | Ziffer |

I EINLEITUNG

In Zeiten zunehmender Mobilität sind grenzüberschreitende Beziehungen zwischen Personen unterschiedlicher Nationalität freilich keine Seltenheit mehr. Entstammen einer solchen Beziehung gemeinsame Kinder, ergeben sich im Falle einer Trennung häufig Probleme. Fragen nach dem Sorgerecht, dem künftigen Aufenthalt und dergleichen stellen sich, wobei besonders Konflikte zwischen den Eltern ihr Übriges zu solch ohnehin nicht einfachen Situationen beitragen. Ein Elternteil hat dann häufig die Absicht, mit dem Kind in den vormaligen Heimatstaat zurückzukehren, wodurch er Gefahr läuft – trotz allfälliger Mitobsorge – eine „Kindesentführung“ zu begehen.

Die EU trägt der zunehmenden Internationalisierung von Beziehungen Rechnung und bietet ihren Bürgern gem Art 3 Abs 2 EUV einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR). Eine Legaldefinition oder genaue Bestimmung, was darunter zu verstehen ist, gibt es allerdings nicht. Im ersten Teil meiner Arbeit werde ich daher versuchen, diesen doch sehr unklaren Begriff zu definieren.

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts umfasst unter anderem die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht.

Zum Ausbau und zur Weiterentwicklung der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen wurde neben zahlreichen anderen Rechtsakten die Brüssel IIa-VO¹ erlassen. Diese Verordnung ergänzt und modifiziert das HKÜ in Fällen des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens von Kindern.² Sie beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, welcher Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen und außergerichtlichen Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten ist.

Vor allem bei grenzüberschreitenden, familienrechtlichen Streitigkeiten – wie eingangs geschildert – sind diese Grundsätze von immenser Bedeutung. Dies zeigt der Fall Povse in aller Deutlichkeit.

¹ VO (EG) 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABI L 338/1.

² Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013) § 110 AußStrG Rz 69 ff.

Dabei handelt es sich um einen Fall der „Kindesentführung“, welcher nicht nur die österreichischen Gerichte bis zum OGH, sondern auch den EuGH und bereits zweimal den EGMR beschäftigt hat.

Der EuGH war zuerst mit mehreren Fragen bezüglich der Anwendung und Auslegung der Brüssel IIa-VO konfrontiert.

In der Entscheidung *Povse gegen Österreich* machte die entführende Mutter die Verletzung von Art 8 EMRK vor dem EGMR geltend, und zwar durch die Entscheidung der österreichischen Gerichte die Rückführungsanordnung zu vollstrecken. Diese Beschwerde wurde als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.

In der Entscheidung *M.A. gegen Österreich* erhob der Vater des entführten Kindes ebenfalls eine Beschwerde wegen Verletzung von Art 8 EMRK, hier allerdings aufgrund der Nichtvollstreckung der Rückführungsanordnungen durch die österreichischen Gerichte. Dieser Beschwerde wurde stattgegeben und Schadenersatz in der Höhe von € 20.000,- zugesprochen.

Diese drei Entscheidungen werde ich in der folgenden Arbeit näher betrachten und erörtern, insbesondere warum die eine Beschwerde zurückgewiesen wurde, während der anderen vom EGMR stattgegeben wurde.

Die Verwirklichung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens von allen Mitgliedstaaten beachtet werden, ist innerhalb der EU ein großes Anliegen. Aus dem Wortlaut des Art 3 Abs 2 EUV („Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts [...]“) könnte geschlossen werden, dass dieser bereits in vollem Umfang besteht.

Gerade solche Fälle wie der Fall Povse zeigen jedoch, dass dies noch nicht uneingeschränkt zutrifft. Ein gewisses Misstrauen gegenüber den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten stellt in diesem Zusammenhang häufig ein Hindernis dar.

II DER RAUM DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS

1 ENTSTEHUNG DES RAUMS DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS

1.1 EWG-Vertrag

Ziel der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) war vor allem die Errichtung eines gemeinsamen Marktes, um wirtschaftspolitische Vorteile für die einzelnen Mitgliedstaaten zu erzielen. Dieser Schwerpunkt auf wirtschaftliche Belange hatte zur Folge, dass der EWG-Vertrag kein Tätigwerden der Gemeinschaft in den Bereichen der inneren und äußeren Sicherheit vorsah. Nur im Justizbereich konnten einige Vereinbarungen getroffen werden. So enthielt Art 220 EWG-Vertrag zur „Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche“ die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, Verhandlungen zu führen. Diese Vorschrift war Grundlage für das „Brüsseler EWG-Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968 (EuGVÜ)“³. Durch die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁴ wurde dieses Brüsseler EWG-Abkommen später ersetzt.⁵

Die im EWG-Vertrag enthaltenen Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes können aber gewissermaßen als Ursprung des späteren Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gesehen werden. Insbesondere der freie Personenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit stellten fundamentale Grundlagen für die Entwicklung des RFSR dar. Hierbei handelte es sich zunächst allerdings nur um eine Freizügigkeit für wirtschaftliche Zwecke.⁶

Um das Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes und der damit einhergehenden Abschaffung der Personenkontrollen an den Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten zu verwirklichen, kam es zu einer Änderung des EWG-Vertrages durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA)

³ ABi L 1972/299, 32.

⁴ ABi L 2001/12, 1.

⁵ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht/Die EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (2014) Rz 28 ff.

⁶ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 29.

vom 28.02.1986⁷. Auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts waren die Abschaffung der Grenzkontrollen und die damit einhergehenden erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen allerdings nicht zu realisieren. Dies wurde dann durch die Schengener Abkommen erreicht.⁸

1.2 Schengener Abkommen

Bei den Schengener Abkommen handelte es sich um völkerrechtliche Verträge, die von Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden im luxemburgischen Ort Schengen geschlossen wurden. Ziel der Schengener Abkommen war die Beseitigung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen dieser Staaten. Zu Beginn stand das Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14.06.1985⁹. Ein besonders bedeutender Schritt stellte das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) vom 19.07.1990¹⁰ dar. Im SDÜ waren unter anderem die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen sowie Ausgleichsmaßnahmen vorgesehen. Zu diesen Ausgleichsmaßnahmen zählten etwa verstärkte Kontrollen an den Außengrenzen, Regeln über Visa und Asyl im Zusammenhang mit Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, Verpflichtungen zu einer stärkeren polizeilichen Zusammenarbeit sowie das Schengener Informationssystem (SIS) als ein gemeinsames Fahndungssystem.¹¹

Nachdem fast alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Irland und dem Vereinigten Königreich dem Schengener Übereinkommen beigetreten sind, kam es zur Überführung aller Schengener Bestimmungen und Beschlüsse – dem sogenannten „Schengen Besitzstand“ – in den Rahmen der EU.¹²

1.3 Vertrag über die Europäische Union

Durch den Vertrag über die Europäische Union (EUV), der auch als Vertrag von Maastricht bezeichnet wird, wurde die europäische Union im Jahr 1992 gegründet. Mit der Gemeinsamen

⁷ ABI L 1987/169, 1.

⁸ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 32.

⁹ ABI L 2000/239, 13.

¹⁰ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABI L 2000/239, 13.

¹¹ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 35.

¹² *Herrnfeld* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ (2012) Art 67 AEUV Rz 11; *Suhr* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2012) Art 67 AEUV Rz 7.

Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJI) wurden zwei Politikbereiche neu eingeführt, wodurch die Union auf einem sogenannten „Drei-Säulen-Modell“ beruhte. Im Gegensatz zu den Europäischen Gemeinschaften als supranationale Organisationen waren die GASP und die ZBJI von Intergouvernementalismus geprägt. Durch den EUV wurde zudem die EWG in Europäische Gemeinschaft umbenannt und die Unionsbürgerschaft eingeführt.¹³

1.4 Vertrag von Amsterdam, Wiener Aktionsplan, Programm von Tampere

Im Vertrag von Amsterdam wurde die Union erstmals als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bezeichnet. Die Zuständigkeit im Bereich Justiz und Inneres wurde auf die Gemeinschaft übertragen und die bisherige dritte Säule blieb in abgeänderter Form aufrecht, jedoch auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen beschränkt.¹⁴

Nach der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam wurde am 03.12.1998 der sogenannte „Wiener Aktionsplan“¹⁵ von der Ratsformation Justiz und Inneres angenommen. Im ersten Teil werden die Begriffe „Freiheit“, „Sicherheit“ und „Recht“ und die damit verbundenen Ziele behandelt. Der zweite Teil betrifft die Prioritäten und die zu treffenden Maßnahmen. Das Programm von Tampere¹⁶, das am 15. und 16.10.1999 vom Europäischen Rat beschlossen wurde, enthielt mehr als sechzig konkrete Aufträge mit Umsetzungs- und Berichtsfristen, die an die EU-Organe und an die Mitgliedstaaten gerichtet waren.¹⁷

¹³ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 36.

¹⁴ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 40 f.

¹⁵ Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABI C 1999/19, 1.

¹⁶ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 15. und 16.10.1999, Tampere, Ziff 33.

¹⁷ *Suhr in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ Art 67 AEUV Rz 15.

1.5 Vertrag von Nizza

Am 08.12.2000 beim Gipfel von Nizza wurde die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)¹⁸ feierlich proklamiert. Diese erlangte aber erst mit dem Vertrag von Lissabon rechtliche Verbindlichkeit und wurde in den Rang von EU-Primärrecht erhoben. Der Vertrag von Nizza brachte sonst allerdings keine grundlegenden Fortschritte für den RFSR.¹⁹

1.6 Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Haager Programm

Der Vertrag über eine Verfassung für Europa sah grundlegende Änderungen für die Bereiche Justiz und Inneres vor. Die Aufteilung in drei Säulen sollte entfallen und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, welche bisher sehr stark von Zwischenstaatlichkeit geprägt war, sollte der Gemeinschaftsmethode unterworfen werden. Der Vertrag ist allerdings wegen der negativen Ergebnisse der Referenden in Frankreich und den Niederlanden nicht in Kraft getreten.

Einige Tage nach der Unterzeichnung des Vertrags kam es zur Annahme eines neuen Mehrjahresprogramms, dem Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union²⁰ durch den Europäischen Rat am 04. und 05.11.2004.

Das Haager Programm knüpfte an das Programm von Tampere an und sollte die Union auf das Inkrafttreten des Verfassungsvertrages vorbereiten. Das Programm konnte allerdings auch mithilfe der geltenden Verträge umgesetzt werden und enthielt Maßnahmen für den Zeitraum 2005 – 2010. Ziele des Programms waren vor allem die Gewährleistung der Grundrechte und Mindestnormen für den Zugang zur Justiz, Kontrolle der Außengrenzen und Migrationsbewegungen, Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus sowie die Weiterentwicklung der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen. Zur Umsetzung haben Rat und Kommission einen Aktionsplan²¹ angenommen.²²

¹⁸ AB I C 2000/364, 1.

¹⁹ *Suhr in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 67 AEUV Rz 14.*

²⁰ AB I C 2005/53, 1.

²¹ Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, AB I C 2005/198, 1.

²² *Fischer, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 48.*

1.7 Vertrag von Lissabon, Programm von Stockholm

Nachdem der Vertrag über eine Verfassung für Europa gescheitert ist, bildet nun der am 13.12.2007 unterzeichnete und am 01.12.2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon die vertragliche Grundlage für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Die bisherige Drei-Säulen-Struktur der Union gehört der Vergangenheit an.

Nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wurde vom Europäischen Rat am 10./11.12.2009 das Mehrjahresprogramm für die Jahre 2010 – 2014 für den RFSR angenommen, das Stockholmer Programm²³. Vorrangig sind darin die Förderung der Unionsbürgerschaft und der Grundrechte, die Konsolidierung des europäischen Rechtsraums durch Überwindung der derzeitigen Rechtszersplitterung, die Verbesserung der Sicherheitslage, der effektive und effiziente Zugang zu Europa für Drittstaatsangehörige, die Entwicklung einer europäischen Migrationspolitik und eine stärkere Integration der externen Aspekte des RFSR und der allgemeinen Politikbereiche der EU. Der Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms wurde vom Rat aber mangels Übereinstimmung mit dem Programm nicht angenommen.²⁴

Der Vertrag von Lissabon umfasst einerseits den Vertrag über die Europäische Union (EUV) und andererseits den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

In der Präambel des EUV findet sich der politische Wille der vertragsschließenden Staaten, durch den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Freizügigkeit ihrer Bürger unter gleichzeitiger Gewährleistung der Sicherheit zu fördern. Nach Art 3 Abs 2 EUV ist der Aufbau dieses Raums ein Ziel der Union. Dort heißt es: "Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist".

²³ Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl C 2010/115, 1.

²⁴ Suhr in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ Art 67 AEUV Rz 36; *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 50 ff.

Die Einzelheiten zum Aufbau des RFSR enthält der AEUV in Titel V, Art 67 bis 89. Neben allgemeinen Bestimmungen enthält der Titel V besondere Kapitel zu den folgenden Bereichen:

- Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung
- Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen
- Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
- Polizeiliche Zusammenarbeit²⁵

2 BEDEUTUNG DER BEGRIFFE RAUM, FREIHEIT, SICHERHEIT UND RECHT

2.1 Raum

Der Begriff Raum hat zum einen eine territoriale Dimension und umfasst die Staatsgebiete aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die einzelnen Territorien sind zu Gunsten des RFSR zu einem gemeinsamen "EU-Raum" zusammengeführt worden. Zum anderen ist der Begriff Raum auch besonders flexibel und daher gut geeignet, die unterschiedlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Instrumente, Ziele und Ausgestaltungen der verschiedenen Politikfelder unter einem Dach zu vereinen.²⁶

2.2 Freiheit

Nach Art 3 Abs 2 EUV ist die Gewährleistung des freien Personenverkehrs ein Ziel des RFSR. Zur Freiheit gehört somit in erster Linie die Freizügigkeit, wobei darunter die Bewegungsfreiheit von Personen zu verstehen ist. Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen steht es nach Art 21 Abs 1 AEUV zu, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen, frei zu bewegen und aufzuhalten. Unter bestimmten Bedingungen steht dieses Recht auch Staatenlosen und Drittstaatsangehörigen zu.

²⁵Fischer, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 1 ff.

²⁶Monar, Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2009) 756 f.

Es wäre aber falsch "Freiheit" nur auf die Freizügigkeit zu beschränken, zumal die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen nicht in der gesamten Union verwirklicht ist, sondern nur die Schengen-Mitglieder betrifft. Vielmehr ist von einem umfassenden Freiheitsbegriff auszugehen, zu dem der Schutz der Grundrechte, der Schutz der Privatsphäre und der Datenschutz gehören. Durch den Hinweis auf die Grundrechte in Art 67 Abs 1 AEUV wird zudem verdeutlicht, dass die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes für den Einzelnen eine Aufgabe des RFSR ist.²⁷

2.3 Sicherheit

Hinsichtlich des Begriffs "Sicherheit" ist zunächst eine Abgrenzung zwischen innerer und äußerer Sicherheit vorzunehmen. Nach Art 4 Abs 2 EUV achtet die Union die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten. Unter "Sicherheit" im RFSR ist daher vor allem die Abwehr von Bedrohungen, die mit dem freien Personenverkehr und dem Wegfall von Personenkontrollen an den Binnengrenzen einhergehen, zu verstehen. Solche Bedrohungen sind beispielsweise Formen von schwerer grenzüberschreitender Kriminalität oder auch die missbräuchliche Ausnutzung der Freizügigkeit, wie illegale Einwanderung, das Erschleichen von Rechten als Flüchtling oder die Schlepperei.²⁸

2.4 Recht

Der Begriff "Recht" bedeutet nicht, dass die einzelnen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stufenweise durch eine einheitliche europäische Rechtsordnung ersetzt werden sollen. Eine solche Vorgangsweise verbietet bereits Art 67 Abs 1 AEUV, wonach die Achtung der Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist. Diese verschiedenen Rechtsordnungen sollen somit auch im RFSR bestehen bleiben. Primär geht es darum, dass niemand durch die Unterschiede in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten daran gehindert werden soll, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Erreicht

²⁷ Fischer, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 10 ff; Monar in von Bogdandy/Bast 758.

²⁸ Fischer, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 13 f.

werden soll dies vor allem durch einen besseren Zugang zum Recht sowie einer besseren Durchsetzung des Rechts bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten. Dafür ist es unerlässlich, dass richterliche Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten Gültigkeit erlangen, anwendbar und somit vollstreckbar sind. Vor allem die Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art 81 AEUV) und die Zusammenarbeit in Strafsachen (Art 82 - 86 AEUV) sind dem Begriff "Recht" zuzuordnen. Diese beiden Bereiche beruhen auf zwei wesentlichen Grundsätzen, nämlich dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.²⁹

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf den Fall Povse, welchen ich in weiterer Folge genauer betrachten und analysieren werde, ist die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen im RFSR.

3 JUSTIZIELLE ZUSAMMENARBEIT IN ZIVILSACHEN

Grenzüberschreitende Beziehungen nehmen ständig zu und machen es notwendig, dass auch die unterschiedlichen Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union miteinander vernetzt werden. Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit liegt das Hauptaugenmerk vor allem auf der Gewährleistung von Rechtssicherheit und dem effektiven Zugang zu Gerichten. Dafür ist es notwendig, dass leicht festgestellt werden kann, welches Gericht zuständig ist und welches Recht anwendbar ist. Darüber hinaus sind schnelle und effektive Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren unerlässlich.³⁰

Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen beruht im Wesentlichen auf zwei Grundsätzen: Erstens auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen, welcher in Art 81 Abs 1 AEUV normiert ist, und zweitens dem erleichterten Zugang zum Recht, der sich in Art 67 Abs 4 AEUV findet.³¹

Beide Grundsätze ergänzen einander: Der Zugang zum Recht soll durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erleichtert werden, dabei handelt es sich aber lediglich um ein programmatisches Ziel. Art 67 AEUV enthält also keine unmittelbar anwendbare Regelung,

²⁹ *Fischer*, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht Rz 15 ff; *Monar* in *von Bogdandy/Bast* 762; *Weiß/Satzger* in *Streinz*, EUV/AEUV² (2012) Art 67 AEUV Rz 30.

³⁰ *Bux*, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, abrufbar unter:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.5.html (abgefragt am 09.10.2015).

³¹ *Hess* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union⁵⁷ (2015) Art 81 AEUV Rz 31.

die ohne einen einschlägigen Sekundärrechtsakt die Verpflichtung einer gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen und außergerichtlichen Entscheidungen normieren würde.³²

Mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in grenzüberschreitenden Zivilsachen ist auch die Absicht verbunden, auf die Zwischenverfahren im Vollstreckungsstaat zu verzichten. Bereits vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurden mit der Einführung des Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO)³³, dann mit der Einführung des Europäischen Mahnverfahrens (EuMVVO)³⁴ und des Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (EuGFVO)³⁵ erste Schritte gesetzt. Diese Verordnungen sehen kein Exequaturverfahren und auch keine Überprüfung der Vereinbarkeit mit dem *ordre public* des Vollstreckungsstaates vor. Im Gegenzug dafür sind aber Mindeststandards festgelegt, die sicherstellen sollen, dass das Verfahren im Entscheidungsstaat der Rechtsstaatlichkeit und dem europäischen *ordre public* entspricht. Damit kommt es nicht nur zur Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung, sondern auch zur Festlegung bestimmter Mindeststandards und – im Fall der EuMVVO und der EuGFVO – sogar zu einem einheitlichen Verfahren.³⁶

Ziele der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen sind insbesondere folgende:³⁷

- Bei grenzüberschreitenden zivilrechtlichen Streitigkeiten soll ein Höchstmaß an Rechtssicherheit für die Bürger gewährleistet werden.
- Solche Streitigkeiten sollen durch einen effektiven und problemlosen Zugang zu den Gerichten gelöst werden können.
- Die Instrumente für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gerichten sollen optimiert werden.
- Die Ausbildung von Richtern und Justizpersonal soll unterstützt werden.

³² Herrnfeld in Schwarze, EU-Kommentar³ Art 67 AEUV Rz 30.

³³ VO (EG) 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 zur Einführung des europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABI L 2004/143, 15.

³⁴ VO (EG) 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines europäischen Mahnverfahrens, ABI L 2006/399, 1.

³⁵ VO (EG) 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABI L 2007/199, 1.

³⁶ Herrnfeld in Schwarze, EU-Kommentar³ Art 67 AEUV Rz 30.

³⁷ Sy, Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts: Allgemeine Aspekte, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.1.html (abgefragt am 09.10.2015).

III FUNDAMENTALE GRUNDSÄTZE DES RAUMS DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS

1 GRUNDSATZ DER GEGENSEITIGEN ANERKENNUNG

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist seit dem Vertrag von Lissabon im AEUV verankert und bereits im Jahr 1999 vom Europäischen Rat im Mehrjahresprogramm zum RFSR, dem Programm von Tampere³⁸, "zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen innerhalb der Union" erklärt worden. Demnach können alle gerichtlichen Entscheidungen, die in einem Mitgliedstaat ergangen sind, in jedem anderen Mitgliedstaat anerkannt und vollstreckt werden, und zwar ohne weitere Formalitäten und ohne dass die Entscheidungen vom jeweils anderen Mitgliedstaat in der Sache nachgeprüft werden können. Der EuGH hat den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erstmals in der Rechtssache "Cassis de Dijon"³⁹ für den freien Warenverkehr entwickelt und besagt: Jede Ware, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht worden ist, ist in der gesamten Union verkehrsfähig und Handelshemmnisse aufgrund abweichender Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten sind nur dann zu akzeptieren, wenn sie auf zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls beruhen und in Hinblick auf das mit diesen Erfordernissen verfolgte Ziel verhältnismäßig sind. Es gilt somit das Ursprungslandprinzip. Auf den Bereich Justiz übertragen, bedeutet das Prinzip den freien Verkehr von Urteilen, anderen gerichtlichen Entscheidungen und sonstigen Maßnahmen, wie Haftbefehlen und dergleichen im gesamten RFSR.⁴⁰ Letztlich ist die vollständige Abschaffung von Exequaturverfahren das vorrangige Ziel des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung.⁴¹

Der Grundsatz bietet zum einen die Möglichkeit, die Souveränität der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und stellt zum anderen eine Alternative zur völligen Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften dar, wobei eine Harmonisierung gem Art 81 Abs 1 S 1 AEUV nicht völlig ausgeschlossen wird. Sowohl die Harmonisierung als auch der Grundsatz der

³⁸ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 15. und 16.10.1999, Tampere, Ziff 33.

³⁹ EuGH 20.02.1979, 120/78, *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁴⁰ *Fischer*, Justiz und Innere Sicherheit im EU-Recht Rz 22 f.

⁴¹ *Hess in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union⁵⁷ Art 81 AEUV Rz 32.

gegenseitigen Anerkennung bieten Vor- und Nachteile, wobei dem Grundsatz vor allem wegen seiner „praktischen Durchsetzbarkeit“ der Vorrang eingeräumt wurde.⁴²

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erfordert im Wesentlichen drei Voraussetzungen:

Erstens müssen die nationalen Rechtsordnungen, insbesondere der gewährte Rechtsschutz, die Mindestanforderungen eines Rechtsstaates erfüllen. Zweitens müssen die Mitgliedstaaten darauf vertrauen, dass auch die anderen nationalen Rechtsordnungen innerhalb der Union diese rechtsstaatlichen Mindestanforderungen erfüllen. Drittens erfordert der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ein festes System, in dem die Titelfreizügigkeit ohne Exequaturverfahren gewährleistet ist.⁴³

Natürlich hat der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auch seine Grenzen. In der Rechtsprechung des EuGH schränkt die *ordre-public*-Regelung die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von justiziellen Entscheidungen ein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anerkennung und Vollstreckung „*gegen wesentliche Rechtsgrundsätze verstieße und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates stünde*“.⁴⁴

Die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung ist somit jedenfalls dann beschränkt, wenn dies dem Schutz von Verfahrensgrundrechten dient, die auch von der Union anerkannt sind, wie jene, die sich aus Art 6 EMRK und aus Art 47 GRC ergeben. Eine Grundrechtsverletzung im Entscheidungsstaat soll durch die gegenseitige Anerkennung von justiziellen Entscheidungen im Vollstreckungsstaat nicht fortgesetzt werden, weil dieser zu einem „automatischen“ Vollzug verpflichtet ist. Grund für eine *ordre-public*-Prüfung durch den Vollstreckungsstaat bezüglich der Verfahrensgarantien besteht aber nicht, wenn diese durch entsprechende Mindeststandards und vereinheitlichte Verfahren nach Maßgabe des Unionsrechts ausreichend geschützt sind.⁴⁵

⁴² Rossi in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 81 AEUV Rz 6.

⁴³ Rossi in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 81 AEUV Rz 6.

⁴⁴ EuGH 28.03.2000, C-7/98, Krombach Rz 37.

⁴⁵ Herrinfeld in Schwarze, EU-Kommentar³ Art 67 AEUV Rz 32 f.

2 GRUNDSATZ DES GEGENSEITIGEN VERTRAUENS

Voraussetzung für den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens. Seit 2000 wird der Grundsatz in die Erwägungsgründe von Rechtsvorschriften über die justizielle Zusammenarbeit aufgenommen und vom EuGH seit 2003 für die Auslegung der Verordnungen, Richtlinien und Rahmenbeschlüsse über die justizielle Zusammenarbeit herangezogen.⁴⁶

Auch die Brüssel IIa-VO beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, dort heißt es im 21. Erwägungsgrund:

„Die Anerkennung und Vollstreckung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen sollten auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beruhen und die Gründe für die Nichtanerkennung auf das notwendige Minimum beschränkt sein.“

Ohne wechselseitiges Vertrauen können die Regelungen der justiziellen Zusammenarbeit nicht effektiv umgesetzt werden. In letzter Zeit entstehen aber gewisse Zweifel bezüglich der Belastbarkeit des Grundsatzes. Nach wie vor besteht zwar die Überzeugung, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eine fundamentale Bedeutung für den RFSR hat, dennoch sind Maßnahmen zur Vertrauensförderung dringend erforderlich.⁴⁷

Wer auf die Kontrolle von Rechtsakten verzichtet, ohne dass die rechtlichen Grundlagen dafür vollständig harmonisiert wurden, weiß nicht, wie sich nationale Rechtssysteme anderer Mitgliedstaaten künftig entwickeln werden. Es besteht die Hoffnung, dass sich die Entwicklung an bestimmten Grundsätzen und Prinzipien orientieren wird, Gewissheit gibt es darüber aber keine. Daher ist gegenseitiges Vertrauen Voraussetzung für eine funktionierende justizielle Zusammenarbeit im RFSR.⁴⁸

⁴⁶ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen – Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, 408 (412).

⁴⁷ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (417).

⁴⁸ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (421).

2.1 Konsequenzen fehlenden Vertrauens

Besonders die Folgen eines fehlenden Vertrauens führen klar vor Augen, welche Bedeutung der Grundsatz für den RFSR hat.

a Defizite bei Umsetzung und Vollstreckung

Werden ausländische Entscheidungen inhaltlich kontrolliert, Richtlinien nicht umgesetzt oder vereinfachte Verfahren der Zusammenarbeit, beispielsweise bei der Beweisaufnahme, nicht genutzt, kann dahinter durchaus ein gewisses Misstrauen von Mitgliedstaaten gegenüber Rechtssystemen anderer Staaten stecken. Zweifel, ob Verfahren vor ausländischen Gerichten den eigenen nationalen, insbesondere verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen, führen dazu, dass auf aufwendigere und verfahrensverlängernde Instrumente zurückgegriffen wird.⁴⁹

b Vereinheitlichung statt Vielfalt

Besteht kein Vertrauen in die Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen und ist trotzdem eine Zusammenarbeit zwischen den Staaten und ein einheitlicher Rechtsraum gewünscht, kommt es zwangsläufig zur Vereinheitlichung und Harmonisierung. Dadurch wird eine Unabhängigkeit von den nationalen Rechtskulturen erreicht. Regelungen werden dabei häufig weitreichender harmonisiert bzw. vereinheitlicht, als dies für eine gute Zusammenarbeit unbedingt notwendig wäre. Wenn das Vertrauen in die Rechtsanwendung fehlt, ist es auch naheliegend, bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten die Zuständigkeit zur Rsp auf europäische Organe zu übertragen. Für einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem „die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden“, wie es in Art 67 Abs 1 AEUV heißt, ist wechselseitiges Vertrauen somit Voraussetzung.⁵⁰

c Konkretisierung und Standardisierung

Misstrauen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten führt zu Regelungen und Vorgaben, die besonders detailliert sind und so kaum Anwendungsspielraum lassen. Das erforderliche Vertrauen in die Rechtsanwendung durch die einzelnen Mitgliedstaaten wird so auf das Mindestmaß reduziert. Derartige Tendenzen zeigen sich auch im RFSR. Zu zivilrechtlichen Sekundärrechtsakten werden häufig sogenannte „Leitfäden“ veröffentlicht, die von der

⁴⁹ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (422).

⁵⁰ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (423).

Kommission in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen erstellt werden. Diese stellen zwar lediglich Orientierungshilfen in Form eines Kurzkomentars dar und sind rechtlich unverbindlich, haben aber angesichts der oft geringen Erfahrung der Rechtsanwender, der sonst kaum vorhandenen Kommentierungen in den Mitgliedstaaten und der Achtung der Kommission als Autor erheblichen Einfluss auf die Rechtsanwendung.⁵¹

2.2 Vertrauenssubjekte

In erster Linie sind die einzelnen Mitgliedstaaten Subjekte des wechselseitigen Vertrauens, also diejenigen, die Vertrauen aufbringen sollen. Nur wenn die Mitgliedstaaten wechselseitig ihren Rechtssystemen vertrauen, können beispielsweise Rechtsinstrumente beschlossen werden, die ohne vorherige Kontrolle grenzüberschreitend vollstreckt werden können. Aber auch das Vertrauen der nationalen Rechtspflegeorgane ist für eine erfolgreiche justizielle Zusammenarbeit essentiell. So wird Unterstützung bei der Beweiserhebung im Ausland nur angenommen werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die dafür vorgesehen Verfahren den eigenen gleichwertig sind. Aber auch Staatsanwälte, Richter, die Gerichte und alle auf nationaler bzw EU-Ebene Tätigen werden als Vertrauenssubjekte angesehen.⁵²

2.3 Vertrauensobjekte

Darunter sind all jene Handlungen, Prozesse und Systeme zu verstehen, auf die sich die Vertrauenssubjekte ohne genauere Prüfung verlassen. Je weiter die Rechtsharmonisierung vorangeschritten ist, desto geringer ist die Anzahl der Vertrauensobjekte. Vertraut werden soll vor allem auf die Justiz und die Rechtspflegeorgane, die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sowie auf die Rechtssysteme. Diese lassen sich grundsätzlich in zwei Gruppen zusammenfassen:

Überall dort, wo keine Harmonisierung stattgefunden hat und wo bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen auf die Kontrolle verzichtet wird, ist das nationale Recht Objekt des Vertrauens. In solchen Fällen muss das zuständige

⁵¹ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (424).

⁵² Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (425).

Gericht darauf vertrauen, dass das ausländische Recht mit dem eigenen Rechtssystem gleichwertig ist.⁵³

Jedes Mal, wenn ausländische Rechtspflegeorgane an einem gerichtlichen Verfahren beteiligt sind und ihre Entscheidungen einbezogen werden, muss darauf vertraut werden, dass diese Organe das geltende Recht ordnungsgemäß und willkürfrei anwenden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei dem geltenden Recht um europäisches, harmonisiertes oder nationales Recht handelt. Durch die Harmonisierung entfällt zwar die Notwendigkeit des Vertrauens in die Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen, das Vertrauen in die ordnungsgemäße Rechtsanwendung ist aber nach wie vor erforderlich.⁵⁴

3 ZUSAMMENFASSUNG

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens unterscheiden sich voneinander, sind zugleich aber auch eng miteinander verbunden. Ziel der gegenseitigen Anerkennung ist die Integration eines ausländischen Rechtsaktes ohne einen vorhergehenden innerstaatlichen Rechtsakt und ohne Kontrolle durch die nationalen Gerichte. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens geht weiter und sieht die Integration ausländischer Rechtsakte unabhängig vom Harmonisierungsstand der Rechtsordnungen vor. Die Mitgliedstaaten und die nationalen Rechtspflegeorgane müssen also darauf vertrauen, dass die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten gleichwertig sind und dass die Rechtsvorschriften angemessen, ordnungsgemäß und vor allem grundrechtsgemäß angewendet werden. Faktisches Vertrauen führt zur Möglichkeit, Rechtsinstrumente zu schaffen, die auf Kontrollen unabhängig vom Harmonisierungsstand verzichten.⁵⁵

⁵³ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (426).

⁵⁴ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (427).

⁵⁵ Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408 (431).

IV DER FALL POVSE

Der Fall Povse beschäftigte bisher nicht nur die österreichischen Gerichte, sondern war schon Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH. Auch der EGMR hat mittlerweile über zwei Beschwerden – einmal ausgehend von der Mutter Doris Povse und ein anderes Mal vom Vater Mauro Alpago – entschieden.

1 VORABENTSCHEIDUNGSVERFAHREN IN DER RECHTSSACHE POVSE/ALPAGO⁵⁶

1.1 Sachverhalt

Der Vater Mauro Alpago lebte mit seiner österreichischen Lebensgefährtin Doris Povse und der gemeinsamen Tochter Sofia Povse in Italien. Der Vater und die Mutter hatten nach italienischem Recht⁵⁷ die gemeinsame Obsorge über die im Dezember 2006 geborene Tochter. Im Dezember 2007 kam es zu einer gewalttätigen Auseinandersetzung zwischen Povse und Alpago, in der Povse angeblich sogar ins Gesicht geschlagen wurde. Dieser Vorfall wurde von Povse allerdings nicht zur Anzeige gebracht. Im Jänner 2008 kam es neuerlich zu einer Auseinandersetzung, in der Alpago auch gegenüber der gemeinsamen Tochter handgreiflich geworden sein soll, indem er sie gewaltsam schüttelte. Daraufhin verließ die Mutter mit der Tochter die gemeinsame Wohnung.

Am 04.02.2008 beantragte der Vater beim Jugendgericht Venedig die alleinige Obsorge und den Erlass eines Ausreiseverbotes bezüglich der Tochter Sofia. Am 08.02.2008 verließ die Mutter Italien und zog mit ihrer Tochter nach Österreich. Am selben Tag hatte das Jugendgericht Venedig ein Ausreiseverbot bezüglich der Tochter Sofia erlassen.

⁵⁶ EuGH 01.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*.

⁵⁷ Art 317bis des italienischen Zivilgesetzbuchs.

Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ)

Am 16.04.2008 forderte Alpagó vom BG Leoben⁵⁸ die Anordnung der Rückkehr seiner Tochter nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

Am 23.05.2008 wurde vom Jugendgericht Venedig beiden Eltern vorläufig die Obsorge eingeräumt und der Aufenthalt des Kindes bei der Mutter in Österreich genehmigt. Begründet wurde diese Entscheidung mit dem geringen Alter und der engen Beziehung der Tochter zu ihrer Mutter. Zudem wurde ein Sozialhelfer beauftragt, alle notwendigen Informationen, die für eine endgültige Sorgerechtsentscheidung erforderlich sind, zu sammeln. Dem Vater wurde ein Kontaktrecht zugesprochen. Zusätzlich wurde festgehalten, dass die Treffen abwechselnd in Österreich und in Italien stattfinden sollten und diese mit dem Sozialhelfer abzusprechen wären.

Laut dem Vater fand lediglich ein Treffen in Italien statt, zudem unterstützte die Mutter die Organisation der Treffen in keiner Weise. Später hörten die Treffen ganz auf. Am 15.05.2009 erklärte der Sozialhelfer in einem Bericht, dass die Mutter Treffen nur in geringem Ausmaß zugelassen hat und er daher nicht in der Lage sei, seine Aufgabe zum Wohl des Kindes zu erfüllen.

Am 06.06.2008 untersagte das BG Judenburg in einer einstweiligen Verfügung dem Vater die weitere Ausübung des Besuchsrechts für eine Dauer von drei Monaten. Dies erfolgte auf Antrag der Mutter, die vorbrachte, Alpagó hätte ihr über 240 Drohnachrichten gesendet und sie über 50 Mal am Tag angerufen und auch ein Video über die Obduktion einer Frauenleiche geschickt. Alpagó unterließ es zudem, sich zu diesen Vorwürfen zu rechtfertigen.

Laut der österreichischen Regierung fanden zwischen dem Vater und der Tochter fünfzehn Treffen im Familienzentrum in Knittelfeld zwischen Oktober 2008 und Juni 2009 statt. Danach wurden vom Vater angeblich alle weiteren Treffen grundlos verweigert.

Am 03.07.2008 lehnte das BG Leoben Alpagó's Antrag vom 16.04.2008 ab. Aufgrund eines Sachverständigengutachtens und unter Berücksichtigung des geringen Alters der Tochter würde die Rückkehr eine schwerwiegende Gefahr iS des Art 13 lit b HKÜ bedeuten. Das

⁵⁸ Gemäß § 5 Abs 1 BG Kindesentführung (Bundesgesetz vom 9. Juni 1988 zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung) ist das Bezirksgericht am Sitz des Gerichtshofs erster Instanz zuständig, in dessen Sprengel sich das Kind aufhält.

Gutachten ergab, dass zwischen der Mutter und der Tochter eine enge Bindung besteht und die Trennung von der Hauptbezugsperson würde zu einer Traumatisierung und Gefährdung der psychologischen Entwicklung der Tochter führen.

Diese Entscheidung wurde vom Landesgericht Leoben am 01.11.2008 aufgehoben, da Alpage nicht gem Art 11 Abs 5 Brüssel IIa-VO ordnungsgemäß gehört worden war.

Am 21.11.2008 lehnte das BG Leoben den Antrag von Alpage – nachdem dieser gehört worden war – neuerlich ab und verwies auf die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 23.05.2008.

Am 07.01.2009 lehnte das Landesgericht Leoben die Berufung von Alpage mit der Begründung ab, die Rückkehr der Tochter nach Italien und die Trennung von der Mutter würde eine schwerwiegende Gefahr iS des Art 13 lit b HKÜ für das Kind mit sich bringen.

In der Zwischenzeit stellte Povse im März 2009 beim BG Judenburg einen Antrag auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts.

Am 16.05.2009 erklärte sich das BG Judenburg gem Art 15 Abs 5 Brüssel IIa-VO für zuständig und ersuchte das Jugendgericht Venedig, sich für unzuständig zu erklären. Am 25.08.2009 übertrug das BG Doris Povse vorläufig das alleinige Sorgerecht für die Tochter Sofia. Dies wurde mit der engen Verbindung zu Österreich und der Gefahr für das Kindeswohl angesichts einer möglichen Rückkehr nach Italien begründet.

Am 08.03.2010 sprach das BG Judenburg der Mutter das alleinige Sorgerecht für die Tochter Sofia zu.

Verfahren nach der Brüssel IIa-VO in Bezug auf die Entscheidung vom 10.07.2009

In der Zwischenzeit beantragte Alpage am 09.04.2009 beim Jugendgericht Venedig die Rückkehr der Tochter gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO.

Am 10.07.2009 ordnete das Jugendgericht Venedig die Rückführung der Tochter nach Italien an. Das Kind sollte mit der Mutter zusammenleben, falls diese sich entschließen sollte, ebenfalls nach Italien zurückzukehren. In diesem Fall wurde der Sozialdienst der Gemeinde Vittorio Veneto beauftragt, eine Wohnung zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus sollte ein Plan für die Ausübung des Besuchsrechts des Vaters erstellt werden. Sollte die Mutter nicht nach Italien zurückkehren, würde das Kind beim Vater leben.

Das Jugendgericht Venedig sah sich als weiterhin zuständig an, da das BG Judenburg seine Zuständigkeit fälschlich nach Art 15 Abs 5 Brüssel IIa-VO angenommen hatte.

Das Jugendgericht Venedig bemerkte, dass seine frühere Entscheidung vom 23.05.2008 als vorübergehende Maßnahme zu sehen war, um den Kontakt zwischen dem Vater und der Tochter durch ein Besuchsrecht wiederherzustellen. Zudem sollte damit die Grundlage für ein Gutachten geschaffen werden, um eine endgültige Sorgerechtsentscheidung treffen zu können. Die Mutter hatte jedoch jede Kooperation mit dem Sozialhelfer und die Einhaltung des Besuchsplans verweigert. Daraufhin erklärte der Sozialhelfer, nicht in der Lage zu sein, alle Fragen des Kindeswohl betreffend ausreichend beantworten zu können.

Am 21.07.2009 stellte das Jugendgericht Venedig eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach Art 42 der Brüssel IIa-VO aus.

Am 22.09.2009 beantragte Alpago die Vollstreckung der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009.

Das BG Leoben wies den Antrag auf Vollstreckung des Vaters am 12.11.2009 ab, mit der Begründung, die Mutter sei nicht gewillt nach Italien zurückzukehren und die Rückkehr des Kindes ohne seine Mutter wäre mit einer schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens für das Kind iSv Art 13 lit b HKÜ verbunden.

Das LG Leoben hob diesen Beschluss am 20.01.2010 auf und gab dem Vollstreckungsgesuch statt. Das Landesgericht stellte fest, dass gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO eine die Rückkehr verweigernde Entscheidung aus einem Grund nach Art 13 HKÜ unbeachtlich ist, wenn das zuständige Gericht nach der Brüssel IIa-VO in einer späteren Entscheidung die Rückführung angeordnet hat. Das Landesgericht bestätigte, dass das Jugendgericht Venedig für die Entscheidung vom 10.07.2009 zuständig war, da Doris Povse das Kind widerrechtlich nach Österreich verbrachte und der Vater die Rückführung sofort beantragte. Mauro Alpago hat darüber hinaus eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung gem Art 42 Brüssel IIa-VO vorgelegt. Die österreichischen Gerichte haben ihrerseits diese Entscheidung anzuerkennen und zu vollstrecken und nicht aufs Neue zu überprüfen, ob die Rückführung des Kindes dem Kindeswohl entspricht. Es hat zu keiner Zeit Gründe gegeben, die auf eine Änderung der Umstände hingewiesen hätten, seit das Jugendgericht Venedig seine Entscheidung erlassen hat. Das erstinstanzliche Gericht hätte bereits angemessene Maßnahmen zur Vollstreckung setzen müssen.

Doris Povse erhob am 16.02.2010 einen Revisionsrekurs an den OGH, in dem sie insbesondere auf Folgendes hinwies:

Gem Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIA-VO bestand die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte in Obsorgeangelegenheiten bezüglich der Tochter Sofia Povse, da das Jugendgericht Venedig in seiner Entscheidung vom 23.05.2008 den Aufenthalt der Tochter in Österreich genehmigte. Die Rückführungsentscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009 fiel nicht unter Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO, da es sich dabei um keine Sorgerechtsentscheidung gehandelt hatte. Darüber hinaus wurde das Kindeswohl bei dieser Entscheidung nicht ausreichend berücksichtigt. Gem Art 47 Abs 2 Brüssel IIA-VO hinderte die Entscheidung des BG Judenburg vom 26.05.2009 die Vollstreckung der Rückführungsentscheidung. Außerdem haben sich die Umstände seit der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009 geändert, da der Vater sich geweigert hat, sein Besuchsrecht auszuüben. Sofia Povse hat ihren Vater daher seit Mitte 2009 nicht mehr gesehen und die Vollstreckung der Rückführungsentscheidung würde somit das Kindeswohl gefährden.

Daraufhin wandte sich der OGH bezüglich mehrerer Fragen, die die Anwendung der Brüssel IIA-VO betrafen, an den EuGH.

1.2 Rechtlicher Rahmen

Alle Mitgliedstaaten der EU gehören dem HKÜ an. Das HKÜ ist für Rückführungsverfahren zwischen Österreich und einem Vertragsstaat, der nicht Mitglied der EU ist, alleinige Rechtsgrundlage. Zwischen Österreich und einem EU-Staat (ausgenommen Dänemark) finden zusätzlich die Bestimmungen der Brüssel IIA-VO auf Kindesentführungsfälle Anwendung. Gem Art 60 Brüssel IIA-VO sind die Bestimmungen der VO im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten vorrangig vor den Bestimmungen des HKÜ, soweit in der VO geregelte Bereiche betroffen sind. Die Brüssel IIA-VO stellt aber keine eigene Rechtsgrundlage für die Rückführung von widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindern, sondern eine Ergänzung bzw Modifikation des HKÜ dar.⁵⁹

⁵⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 69 ff.

Vorrangiges Ziel des HKÜ ist es, durch die Rückführung das Kindeswohl zu sichern, wobei die Rückführung selbst nie dem Kindeswohl widersprechen darf.⁶⁰

In Bezug auf die Modifikation des HKÜ durch die Brüssel IIA-VO sind insbesondere zwei Punkte hervorzuheben:

a Vorkehrungen statt Rückführungsverweigerung

Die Rückführung darf nicht aufgrund von Art 13 lit b HKÜ verweigert werden, wenn ein Nachweis darüber erbracht wurde, dass angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, die den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr gewährleisten.

Die Idee von derartigen Vorkehrungen entstammt dem anglo-amerikanischen Rechtssystem. Dort wird zwischen undertakings, mirror orders und safe harbour orders unterschieden: Vorkehrungen, sogenannte „undertakings“, sind Versprechen oder Verpflichtungen des Antragstellers dem Gericht gegenüber, die zu erfüllen sind, bevor die Rückführung des Kindes durchgeführt wird. Mirror orders sind „spiegelnde Beschlüsse“, also Beschlüsse des Ursprungsstaates⁶¹, die die Durchsetzung der Entscheidung des Verbringungsstaates gewährleisten sollen, beispielsweise die Erfüllung von undertakings. Safe harbour orders hingegen sind Entscheidungen des Ursprungsstaates, die den zurückgebliebenen Elternteil zu bestimmten Schutzmaßnahmen verpflichten, unabhängig von Entscheidungen im Verbringungsstaat.⁶²

Durch diese Instrumente sollen mögliche Rückführungshindernisse beseitigt werden. Dadurch können beispielsweise strafrechtliche Konsequenzen im Ursprungsstaat für den entführenden Elternteil beseitigt werden, um für das Kind gefährdende Situationen iSd Art 13 lit b HKÜ zu verhindern.⁶³ So könnte das Gericht bei der Staatsanwaltschaft im Ursprungsstaat eine Aussetzung des Haftbefehls erwirken, um die gemeinsame Rückkehr des entführenden Elternteils mit dem Kind zu erreichen.⁶⁴

⁶⁰ Posani, Das Kindeswohl kann der Vollstreckung einer Rückführungsanordnung entgegenstehen, EvBl 2011, 265.

⁶¹ „Ursprungsstaat“ ist jener Staat, in welchem sich das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten aufgehalten hat. Jener Staat, in welchem das Kind widerrechtlich verbracht oder wo es widerrechtlich zurückgehalten wird, wird als „Verbringungsstaat“ oder „Vollstreckungsstaat“ bezeichnet.

⁶² Kaller-Pröll in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2011) Art 11 Brüssel IIA-VO Rz 12; Coester, Kooperation statt Konfrontation: Die Rückgabe entführter Kinder nach der Brüssel IIA-Verordnung, in FS Schlosser (2005) 137.

⁶³ Miklau, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIA/„Nicht ohne meine Tochter“ mitten in Europa – oder die Wiedereinführung der väterlichen Gewalt durch die Hintertür, iFamZ 2010, 133.

⁶⁴ Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 134.

Diese Praxis könnte auf alle Mitgliedstaaten der EU übertragen werden, um so die Zahl der Rückführungen von Kindern in den Herkunftsstaat zu erhöhen. Effektiv sind solche undertakings freilich nur, wenn im Falle der Nichtbefolgung eine zwangsweise Durchsetzung möglich ist, was wiederum eine gute und intensive Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und Strafverfolgungsbehörden erfordert.⁶⁵

b „Overruling“ durch den Ursprungsstaat

Von besonderer Bedeutung sind die Bestimmungen der Art 11 Abs 7 und 8 iVm Art 10 Brüssel IIa-VO, wonach das Gericht des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes die Zuständigkeit für alle Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung behält. Die Rückführungsentscheidung des Ursprungsgerichts ist bei Vorliegen der entsprechenden Vollstreckbarkeitsbescheinigung – trotz vorheriger Rückführungsverweigerung des Verbringungsstaates – unmittelbar vollstreckbar. Die Entscheidungen des Ursprungsgerichts sind gegenüber den Entscheidungen der Gerichte im Verbringungsstaat somit vorrangig.⁶⁶

Im Fall Povse ordnete das zuständige Gericht in Venedig zunächst die Rückkehr der Tochter nach Italien an und stellte für diese Entscheidung eine Bescheinigung aus. Vorläufig sollte das Kind bei der Mutter wohnen. Zu diesem Zweck wurde der Sozialdienst der Gemeinde beauftragt, eine Wohnung für Mutter und Tochter zur Verfügung zu stellen. Sollte die Mutter allerdings nicht bereit sein, nach Italien zurückzukehren, sollte das Kind beim Vater leben. Diese Entscheidung ist in Österreich unmittelbar vollstreckbar.

⁶⁵ Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht 201.

⁶⁶ Miklau, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa/“Nicht ohne meine Tochter“ mitten in Europa – oder die Wiedereinführung der väterlichen Gewalt durch die Hintertür, iFamZ 2010, 133.

1.3 Das Verfahren in Fällen von Kindesentführung

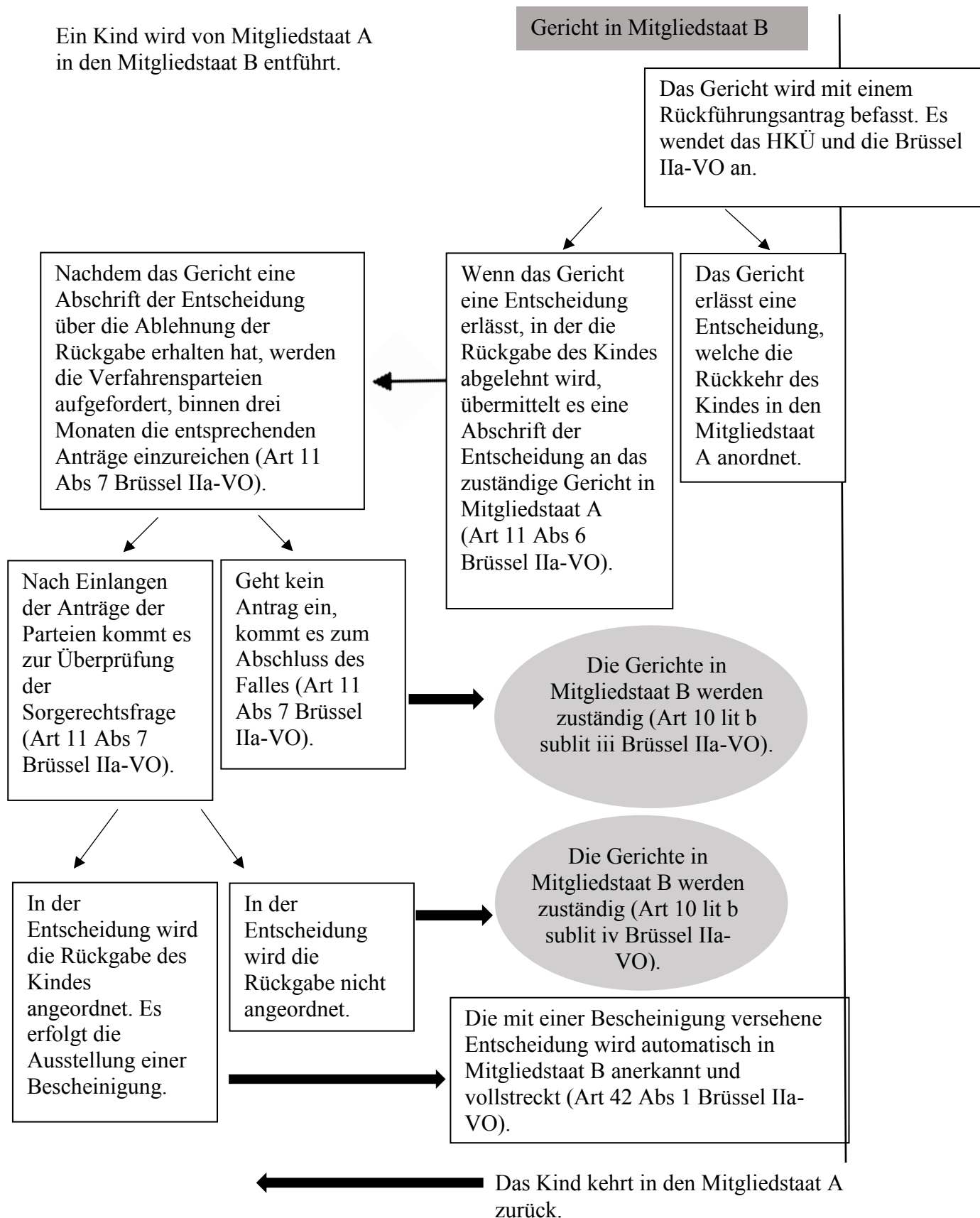
Wurde ein Kind widerrechtlich in einen anderen Mitgliedstaat verbracht, muss der zurückgebliebene Elternteil zunächst einen Antrag nach Art 12 HKÜ im Verbringungsstaat stellen, um so eine Rückführungsanordnung zu erwirken. Die Gerichte im Verbringungsstaat dürfen diesen Antrag nur dann ablehnen, wenn ein Grund vorliegt, der in Art 13 HKÜ aufgezählt ist. Beim Weigerungsgrund des Art 13 lit b HKÜ – die Rückgabe ist mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden oder das Kind wird auf andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht – darf zudem kein Nachweis vorliegen, dass angemessene Vorkehrungen zum Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr getroffen wurden (Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO).

Gem Art 11 Abs 3 Brüssel IIa-VO ist, außer bei außergewöhnlichen Umständen, innerhalb von sechs Wochen eine Entscheidung zu treffen. Eine die Rückgabe verweigernde Entscheidung ist den Gerichten des vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts zu übermitteln und die Parteien müssen die Möglichkeit haben, vom zuständigen Gericht dieses Staates gehört zu werden. Das Gericht im Ursprungsstaat kann gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO die Rückgabe trotz vorheriger Rückgabeverweigerung des Verbringungsstaates anordnen. Wird für diese Entscheidung eine Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIa-VO ausgestellt, ist sie unmittelbar vollstreckbar. Nur wenn alle Gründe und Beweismittel berücksichtigt wurden, die zur Verweigerung der Rückführung geführt haben, darf eine solche Bescheinigung ausgestellt werden. Der Ursprungsstaat hat zudem die Behörden im Verbringungsstaat über die zum Schutz des Kindes getroffenen Maßnahmen zu informieren.⁶⁷

⁶⁷ StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 35.

Verfahren in Fällen von Kindesentführung⁶⁸

Ein Kind wird von Mitgliedstaat A in den Mitgliedstaat B entführt.



⁶⁸ Praxisleitfaden für die Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_de.pdf (abgefragt am 17.12.2015).

Der Brüssel IIa-VO liegen drei wesentliche Grundsätze zugrunde:⁶⁹

1. Das Kindeswohl und die Wahrung der Rechte des Kindes sind in der Verordnung vorrangig. Dieser Grundsatz kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass die Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes Fragen bezüglich des Sorgerechts oder der elterlichen Verantwortung am besten beurteilen und entscheiden können und somit zuständig sein sollten.
2. Ziel der Verordnung ist es, dass jedes widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet, ausgenommen es kommt später zur Billigung durch alle Betroffenen. In diesem Sinn sieht die Verordnung ein System vor, das die unverzügliche Rückgabe des Kindes sicherstellen soll. Die Gründe, wonach es zu einer Zuständigkeitsübertragung von den Gerichten des Ursprungsstaats auf jene des Verbringungsstaats kommt, sind streng begrenzt. Dadurch behalten die Gerichte des Ursprungsstaates auch im Falle einer Rückgabeverweigerung des Verbringungsstaates aus einem Grund nach Art 13 HKÜ das letzte Wort.

Die Verordnung verfolgt somit zwei wichtige Ziele: zum einen die Zuständigkeit des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes und zum anderen die unverzügliche Rückgabe nach einem widerrechtlichen Verbringen. Bleibt das widerrechtlich verbrachte Kind für einen längeren Zeitraum im Verbringungsstaat und erlangt dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt, können diese Ziele einander aber entgegenstehen.

3. Die Verordnung fordert zudem, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten in einem erhöhten Maß beachtet wird. Dadurch sollen die Gründe für die Nichtanerkennung einer Entscheidung eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts auf das notwendige Minimum beschränkt werden und die Anerkennung und Vollstreckung automatisch – ohne Zwischenverfahren – erfolgen.

⁶⁹ StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 28 ff.

Die Brüssel IIa-VO beinhaltet nur Vorschriften über die Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und Verfahren betreffend der elterlichen Verantwortung, inhaltliche Fragen werden von der Verordnung nicht geregelt. Die Verordnung dient lediglich dazu, bei grenzüberschreitenden Sachverhalten das zuständige Gericht festzulegen. Zudem stellt sie sicher, dass alle anderen Gerichte auf die Entscheidung des zuständigen Gerichts vertrauen, da alle Mitgliedstaaten ihre Entscheidungen immer unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl fällen. Wurde ein Kind widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten, fordert die Verordnung ein rasches Handeln. Jede Verzögerung erschwert die Angelegenheit und stört zudem die Anwendung der Verordnung.⁷⁰

1.4 Entscheidung des EuGH

Wie bereits in der Rechtssache *Rinau*⁷¹ blieb der EuGH auch in der vorliegenden Entscheidung bei seiner eher „rückgabefreundlichen“ Auslegung der Brüssel IIa-VO.⁷²

Zuerst hatte sich der EuGH mit der Auslegung von Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIa-VO zu beschäftigen. Nach dieser Bestimmung endet die Zuständigkeit des Staates des vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, wenn eine Sorgerechtsentscheidung erlassen worden ist, in der die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet worden ist.

Der EuGH war mit der Frage konfrontiert, ob nur endgültige Entscheidungen vom Begriff „Sorgerechtsentscheidung“ erfasst sind oder ob auch vorläufige Entscheidungen darunterfallen. Konkret ging es hierbei um die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 23.05.2008, in der das Ausreiseverbot aufgehoben wurde, vorläufig beiden Eltern das Sorgerecht übertragen wurde, dem Vater ein Umgangsrecht eingeräumt wurde und ein Sozialhelfer mit der Erstellung eines Gutachtens betraut wurde, um auf dessen Grundlage eine endgültige Sorgerechtsentscheidung zu treffen.⁷³

Laut EuGH führt eine bloß vorläufige Sorgerechtsentscheidung nicht zu einer Beendigung der Zuständigkeit nach Art 10 Brüssel IIa-VO. Begründet hat er dies mit den Zielsetzungen der Verordnung – unverzügliche Rückführung des Kindes, Bekämpfung von internationalen

⁷⁰ StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 33 f.

⁷¹ EuGH 11.06.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*.

⁷² *Gruber*, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

⁷³ *Gruber*, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

Kindesentführungen – und der Tatsache, dass es sich bei Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIA-VO um eine Ausnahme handelt und somit eng auszulegen ist. In weiterer Folge wies der EuGH darauf hin, dass, wenn durch solche vorläufigen Entscheidungen die Zuständigkeit des Gerichts im Ursprungsstaat wegfallen würde, dieses davon abgehalten werden könnte, eine solche Entscheidung zu treffen, obwohl dies das Wohl des Kindes erfordern würde. Problematisch kann hier allerdings die Abgrenzung zwischen endgültigen und vorläufigen Entscheidungen sein. Eine vorläufige Entscheidung liegt laut EuGH dann vor, wenn diese eine genauere Betrachtung der familiären Beziehungen ermöglicht – beispielsweise durch ein Gutachten – und dadurch die Grundlage für eine spätere Sorgerechtsentscheidung geschaffen wird. Durch eine vorgesehene regelmäßige Überprüfung der Entscheidung verliert diese jedoch nicht zwangsläufig ihren endgültigen Charakter.⁷⁴

Die restlichen Fragen an den EuGH betrafen im Wesentlichen die Vollstreckbarkeit der Rückführungsentscheidung des Ursprungsstaates. Die Frage, ob einer Rückgabeanordnung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO auf einer endgültigen Sorgerechtsentscheidung des zuständigen Gerichts im Ursprungsstaat beruhen muss, wurde vom EuGH verneint. Dabei räumte der EuGH zwar ein, dass der Wortlaut des Art 11 Abs 7 Brüssel IIA-VO auf das Gegenteil hindeuten könnte, trotzdem betonte der Gerichtshof die rechtliche Selbstständigkeit einer Rückgabeentscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO. Der Anwendungsbereich von Art 11 Abs 8, 40 ff Brüssel IIA-VO kann nicht auf Rückkehrentscheidungen beschränkt werden, die auf einer Sorgerechtsentscheidung beruhen. Dies wäre angesichts des Ziels der Bestimmungen – die effektive Bekämpfung von Kindesentführungen – nicht förderlich.⁷⁵

Bevor das Gericht im Ursprungsstaat eine Rückführungsentscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO treffen kann, müssen die Gründe und Beweismittel berücksichtigt werden, die der Entscheidung, die Rückgabe zu verweigern, zugrunde lagen. Dadurch kommt es zu einer zweifachen Prüfung der Rückführung des Kindes, was dem Kindeswohl entspricht. Wenn die Pflicht bestünde, vor der Rückführungsentscheidung eine Sorgerechtsentscheidung zu treffen, könnte das Gericht im Ursprungsstaat dazu gezwungen sein, ohne über alle wichtigen Informationen zu verfügen, eine Entscheidung zu treffen.⁷⁶

⁷⁴ Gruber, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

⁷⁵ Gruber, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

⁷⁶ EuGH 01.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 59 f.

Natürlich bietet eine Entscheidung, die nach einem Verfahren mit sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts ergangen ist, eine größere Richtigkeitsgewähr als eine Entscheidung, die nach einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangen ist. Dennoch bietet das Verfahren nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO ausreichende Sicherheit. Das Gericht des Ursprungsstaates darf nur dann eine Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIA-VO ausstellen, wenn die Gründe und Beweismittel berücksichtigt wurden, die zur Rückgabeverweigerung geführt haben. Das Verlangen einer vorherigen Sorgerechtsentscheidung zeugt von Misstrauen der Gerichte des Verbringungsstaates gegenüber jenen des Ursprungsstaates. Eine derartige Auslegung würde nicht nur den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens verneinen, auch der Vorteil einer doppelten Prüfung der Rückgabe des Kindes ginge verloren.⁷⁷

Die Tatsache, wonach den Gerichten im Ursprungsstaat „das letzte Wort“ zukommt, widerspricht nicht dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens. Die Entscheidung des Ursprungsgerichts nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO muss genau begründet werden und bedeutet nicht, dass den Gerichten des Verbringungsstaates eine unsachliche Vorgehensweise bei der Rückgabeverweigerung unterstellt wird. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens besagt genau das Gegenteil: Gerichte eines Mitgliedstaates dürfen den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates keine unsachlichen Absichten unterstellen, sondern müssen davon ausgehen, dass ihre Entscheidungen in gleicher Weise sachlich begründet sind, wie die eigenen Entscheidungen.⁷⁸

Sollte nach der Rückführung des Kindes in den Ursprungsstaat das Sorgerecht dem entführenden Elternteil im Verbringungsstaat übertragen werden, bedeutet dies einen erneuten Ortswechsel für das Kind. Der EuGH relativierte damit zusammenhängende Bedenken allerdings mit dem Argument, dass eine gut begründete Gerichtsentscheidung über das Sorgerecht, die Bekämpfung von Kindesentführungen sowie das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Eltern gegenüber möglichen Unbequemlichkeiten, die ein Umzug allenfalls mit sich bringt, vorrangig sind.⁷⁹

⁷⁷ StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 68 ff.

⁷⁸ StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Rz 78 f.

⁷⁹ EuGH 01.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago* Rz 63; *Hable/Posch*, Entwicklung im Europarecht 2010/Berichte über die Rechtsentwicklung im öffentlichen Recht in der Europäischen Union, im Bund und in den Ländern im Jahr 2010, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 417 (452 f); *Kaller-Pröll* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² Art 11 EuEheKindVO Rz 25.

Die nächste Frage betraf die Auslegung von Art 47 Abs 2 UA 2 Brüssel IIa-VO. Der EuGH bestätigte, dass die Gerichte des Verbringungsstaates lediglich über die Art und Weise der Vollstreckung zu entscheiden haben. Alle Fragen bezüglich der Begründetheit der Entscheidung fallen in die Zuständigkeit des Ursprungsstaates, dasselbe gilt für einen Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung. Im Vollstreckungsstaat kann somit nicht geltend gemacht werden, dass dort eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten des entführenden Elternteils getroffen worden ist – wenn auch nur eine vorläufige. Art 47 Abs 2 Brüssel IIa-VO bezieht sich nur auf nachfolgende Entscheidungen des Ursprungsstaates und nicht des Verbringungsstaates.⁸⁰ Andernfalls würde Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO seine „praktische Wirksamkeit“ verlieren und dem Vollstreckungsstaat käme in der Sache selbst Zuständigkeit zu.⁸¹

Jede gegenteilige Auslegung würde zu nicht mehr endenden „wechselseitigen Beharrungsketten“ führen, was genau zum Gegenteil des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens führen würde.⁸²

Zuletzt stellte der EuGH noch klar, dass materielle Einwendungen, wie Änderungen der das Kindeswohl betreffenden Umstände, die seit Erlass der Rückführungsanordnung eingetreten sind, nur vor den Gerichten des Ursprungsstaates geltend gemacht werden können. Allein dieses Gericht hat dann über eine Änderung der Entscheidung oder über eine Aussetzung der Vollstreckung zu entscheiden.⁸³

Der EuGH verbietet nicht, eine nachträgliche Änderung der Umstände zu berücksichtigen. Er verpflichtet die Parteien lediglich dazu, solche Einwendungen vor den Gerichten des Ursprungsstaates geltend zu machen.⁸⁴

⁸⁰ Gruber, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

⁸¹ EuGH 01.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago* Rz 78.

⁸² Fucik, VO Brüssel IIa: Rückstellung, Vollstreckung, Zuständigkeit, iFamZ 2010/212; Fucik, Kindesentführungen: Letztes Wort zum letzten Wort des Ursprungsstaates? Zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, Zak 2010, 267.

⁸³ Gruber, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*, GPR 2011, 153.

⁸⁴ Halfmeier, EuGH: Vollstreckbarkeit einer Kinderückgabeentscheidung, LMK 2010, 308104.

1.5 Zwischenresümee

Die vorliegende Entscheidung stellt klar, dass Einwendungen gegen eine Kindesrückführung nur im Ursprungsstaat geltend gemacht werden können. Kommt es zu einer Änderung der das Kindeswohl betreffenden Umstände nach Erlass der Rückführungsanordnung des Ursprungsstaates, müssen diese dort vorgebracht werden, um eine Aufhebung oder Abänderung der Entscheidung zu erreichen. Den Gerichten des Verbringungsstaates kommt nach der Brüssel IIa-VO keinerlei Kompetenz in Sachfragen zu. Nur in dem Fall, dass die Entscheidung durch das Ursprungsgericht selbst aufgehoben oder abgeändert wird, wird die Vollstreckbarkeitsbescheinigung der vorherigen Rückführungsentscheidung wirkungslos.⁸⁵

Die vorliegende Entscheidung stellt für den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in zivilgerichtliche Entscheidungen eines Mitgliedstaates eine Herausforderung dar.⁸⁶

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens ist zwar eine fundamentale Grundlage der Verordnung und Voraussetzung für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, dennoch handelt es sich dabei nicht um ein „blindes Vertrauen“. Es wird von den Gerichten nur verlangt, die „Integrität, Objektivität und Unabhängigkeit eines Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat [...] in der gleichen Weise anzuerkennen und zu respektieren, wie bei Gerichten des eigenen Mitgliedstaats“.⁸⁷

⁸⁵ *Halfmeier*, EuGH: Vollstreckbarkeit einer Kindesrückgabeentscheidung, LMK 2010, 308104.

⁸⁶ *Hable/Posch*, Entwicklungen im Europarecht 2010/Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 417 (453).

⁸⁷ StN GA Sharpston vom 01.07.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*, Rz 96.

2 SOFIA POVSE UND DORIS POVSE GEGEN ÖSTERREICH⁸⁸

2.1 Fortsetzung des Sachverhalts

Am 13.07.2010 wies der OGH den Revisionsrekurs von Doris Povse aufgrund der Vorabentscheidung des EuGH ab. Er stellte fest, dass die einzige Aufgabe der österreichischen Gerichte darin bestand, die Rückführungsentscheidung zu vollstrecken, ohne die Entscheidung inhaltlich zu prüfen. Eine allfällige Änderung der Umstände seit dem Erlass der Entscheidung könnte nur vor dem italienischen Gericht geltend gemacht werden.

Der OGH stellte weiter fest, dass es Aufgabe des erstinstanzlichen Gerichts wäre, die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig zu vollstrecken, wobei zu berücksichtigen sei, dass das italienische Gericht den Verbleib des Kindes bei der Mutter in Italien beabsichtigte und aus diesem Grund den Sozialdienst beauftragte, eine angemessene Unterkunft für beide zur Verfügung zu stellen. Das erstinstanzliche Gericht hatte daher zunächst den Vater dazu aufzufordern nachzuweisen, dass diese Bedingung auch tatsächlich erfüllt worden ist. Dann hätte das erstinstanzliche Gericht die Mutter aufzufordern, binnen zwei Wochen mit dem Kind nach Italien zurückzukehren. Würde sie dem nicht Folge leisten, hat das Gericht – auf Antrag des Vaters – Zwangsmaßnahmen anzuordnen, wobei durch die freiwillige Rückkehr der Mutter mit dem Kind solche Zwangsmaßnahmen abgewendet werden könnten.

Am 31.08.2010 wies das Jugendgericht Venedig den Antrag Povse's auf Aussetzung der Vollstreckung der Entscheidung vom 10.07.2009 ab. Daraufhin beantragte Mauro Alpago beim BG Leoben die Rückkehr seiner Tochter.

Alpago behauptete, er habe angeboten, eine Wohnung für Mutter und Tochter bereitzustellen, das BG Leoben sah dadurch die geforderten Bedingungen aus der Entscheidung vom 10.07.2009 als nicht vollständig erfüllt an.

Am 17.02.2011 forderte das BG Leoben Alpago auf, nachzuweisen, dass eine angemessene Unterkunft für Mutter und Tochter zur Verfügung steht, wie dies in der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009 gefordert worden ist.

Das österreichische BMJ informierte als zentrale Behörde nach dem HKÜ die italienische zentrale Behörde über die noch nicht erfüllten Bedingungen, welche im Urteil des

⁸⁸ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse/Österreich*.

Jugendgerichts Venedig festgelegt worden sind. Weitere derartige Schreiben folgten in den nächsten Monaten.

Verfahren nach der Brüssel IIa-VO in Bezug auf die Entscheidung vom 23.11.2011

Am 23.11.2011 entzog das Jugendgericht Venedig Doris Povse die Obsorge für die gemeinsame Tochter und übertrug diese dem Vater Mauro Alpago. Des Weiteren ordnete das Gericht die Rückführung der Tochter nach Italien an, wo diese beim Vater leben sollte. Der Sozialdienst der Gemeinde Vittorio Veneto wurde damit beauftragt sicherzustellen, dass der Kontakt zwischen dem Kind und der Mutter bestehen bleibt. Um eine gute Integration in die neue familiäre und soziale Umgebung zu gewährleisten, sollte zudem sprachliche und pädagogische Unterstützung erfolgen.

Das Jugendgericht Venedig verwies auf seine Entscheidung vom 23.05.2008, die darauf abzielte, die Beziehung zwischen der Mutter und dem Kind zu erhalten, während zugleich der Kontakt zum Vater wiederhergestellt werden sollte. Aufgrund der mangelnden Kooperationsbereitschaft der Mutter mussten mehrere Versuche einer Wiederherstellung des Kontakts zwischen Vater und Tochter scheitern. Daher hat das Jugendgericht Venedig bereits in seiner Entscheidung vom 10.07.2009 die Rückführung der Tochter nach Italien angeordnet. Zudem wurde angemerkt, dass die Mutter das Kind rechtswidrig nach Österreich verbracht hatte und den Kontakt zwischen Vater und Kind grundlos verhindert hatte. Dadurch hat sie entgegen dem Kindeswohl gehandelt, was die Übertragung des alleinigen Sorgerechts an den Vater rechtfertigte. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass alle bisherigen Annäherungsversuche gescheitert waren, sollte das Kind sofort zum Vater nach Italien zurückkehren.

Das Jugendgericht Venedig räumte zwar ein, dass damit eine gravierende Änderung für das Kind einhergehen würde, der Schaden, welcher durch ein Aufwachsen ohne Vater verursacht werden würde, würde allerdings ungleich schwerer wiegen. Durch die pädagogische und sprachliche Unterstützung sollte dem Kind die Integration in die neue familiäre und soziale Umgebung erleichtert werden und der Sozialdienst hätte darüber hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Kontakt zwischen der Mutter und dem Kind bestehen bleibt. Letztlich stellte das Gericht fest, dass die Rückführung der Tochter keine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind im Sinne des Art 11 Brüssel IIa-VO, der seinerseits auf Art 13 HKÜ verweist, nach sich ziehen würde.

Gegen diese Entscheidung erhob Doris Povse keine Berufung.

Der Vater legte dieses Urteil am 19.03.2012 dem BG Leoben mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach Art 42 Brüssel IIA-VO vor.

Aufgrund des fehlenden Nachweises über eine angemessene Unterkunft wies das BG Leoben den Antrag auf Vollstreckung am 03.05.2012 ab.

Das LG Leoben gab dem Antrag aufgrund eines Rekurses am 15.06.2012 statt und ordnete an, dass die Mutter das Kind innerhalb von 14 Tagen an den Vater zu übergeben hat.

Das Landesgericht bemerkte, dass die Bedingung der angemessenen Unterkunft nicht länger zu erfüllen wäre, da das Jugendgericht Venedig in seiner Entscheidung vom 23.11.2011 dem Vater das alleinige Sorgerecht zusprach und die Rückführung der Tochter anordnete. Mauro Alpagò hatte diese Entscheidung mit der entsprechenden Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach Art 42 Brüssel IIA-VO vorgelegt. Die Verpflichtung für Doris Povse, das Kind nach Italien zurückzugeben, ergab sich somit unmittelbar aus der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig.

Des Weiteren führte das Gericht aus, dass die Sorgerechtsentscheidung des BG Judenburg vom 08.03.2010, der Vollstreckung der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig nicht entgegengehalten werden kann. Das italienische Gericht hat seine Zuständigkeit in Sorgerechtsangelegenheiten behalten, nachdem Doris Povse die Tochter widerrechtlich nach Österreich verbrachte.

Diese Entscheidung des LG Leoben wurde dem Anwalt des Vaters am 27.06.2012 zugestellt. Das bedeutet, dass die Tochter bis spätestens 11.07.2012 zu ihrem Vater nach Italien zurückkehren hätte sollen.

Doris Povse entsprach dieser Rückführungsanordnung nicht und erhob einen außerordentlichen Revisionsrekurs an den OGH. Am 13.09.2012 wies der OGH den Revisionsrekurs zurück, da es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung gehandelt hat. Er bemerkte, dass die Rückführungsanordnung rechtskräftig und vollstreckbar ist. In weiterer Folge wäre es Aufgabe des erstinstanzlichen Gerichts, die weiteren Schritte zur Vollstreckung der Rückgabeanordnung zu setzen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass die Gerichte im Vollstreckungsstaat eine mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung gem Art 42 Brüssel IIA-VO versehene Entscheidung, zu vollstrecken haben. Ob alle Vorkehrungen für eine Rückgabeanordnung getroffen worden sind, ist vor den Gerichten des Ursprungsstaates nach deren Recht geltend zu machen. Auch

eine allfällige Änderung der Umstände, welche das Kindeswohl gefährden könnten, ist bei den Gerichten des Ursprungsstaates vorzubringen. Das Argument der Mutter, die Rückführung wäre mit nachteiligen Folgen für das Kind verbunden und würde eine Verletzung von Art 8 EMRK bedeuten, ist vor den italienischen Gerichten geltend zu machen.

Doris Povse verlegte ihren Wohnsitz in den Sprengel des BG Wiener Neustadt, woraufhin das BG Leoben das Vollstreckungsverfahren an das BG Wiener Neustadt abtrat.

Dieses entschied am 04.10.2012, die Eltern zur Findung einer Lösung zu einer gemeinsamen Anhörung zu laden. Das Gericht bemerkte, dass ein weiteres Festhalten der Eltern an ihrer bisherigen Vorgehensweise zu Lasten des Kindes geht und durch das uneinsichtige Verhalten eine Vollstreckung der Rückgabeanordnung mittels Zwangsmaßnahmen als letzte Möglichkeit folgen wird. Die Eltern wurden aufgefordert, binnen zwei Wochen bekannt zu geben, ob sie bereit wären, an einem solchen Treffen teilzunehmen. Im Fall fehlender Teilnahmebereitschaft werde die zwangsweise Rückführung der Tochter angeordnet.

Am 16.10.2012 informierte der Vater das BG Wiener Neustadt, dass er zu einer Teilnahme nicht bereit sei, aber natürlich an einer Rückführung interessiert sei, die die geringsten negativen Auswirkungen auf seine Tochter hat. Er schlug vor, mit seinen Eltern nach Österreich zu kommen, um die Tochter abzuholen. Ansonsten könnte auch Doris Povse nach Italien reisen, um ihm die Tochter zu übergeben.

Am 23.10.2012 informierte Doris Povse das BG, dass sie bereit wäre, am vorgeschlagenen Treffen teilzunehmen. Zusätzlich informierte sie das Gericht, dass sie gegen die Entscheidung über den Zuständigkeitsübergang an das BG Wiener Neustadt berufen hat und diese somit noch nicht rechtskräftig geworden ist. Sie forderte das BG daher auf, die Entscheidung über ihre Berufung abzuwarten, bevor weitere Schritte gesetzt werden.

Am 04.12.2012 machte der EGMR im zuvor von der Mutter beantragten Verfahren die Empfehlung, vorläufig von einer weiteren Vollstreckung abzusehen. Nachdem der EGMR erforderliche Informationen erhalten hatte, hob er diese vorläufige Maßnahme am 18.02.2013 auf.

Am 04.04.2013 forderte der Anwalt von Alpagó die Fortführung der Vollstreckung, woraufhin am 25.04.2013 das BG Wiener Neustadt die Fortsetzung der Vollstreckung anordnete.

Am 23.05.2013 forderte das BG Wiener Neustadt die Mutter auf, das Kind bis spätestens 07.07.2013 zu übergeben, würde sie dem nicht Folge leisten, werden Zwangsmaßnahmen angeordnet. Dabei blieb es der Mutter überlassen, ob sie ihre Tochter nach Italien begleitet oder einen Zeitpunkt festsetzt, an dem der Vater die Tochter in Österreich abholen kann.

Nachdem Doris Povse diesem Auftrag nicht nachkam, wurde am 24.07.2013 – ohne vorherige Ankündigung – eine Zwangsvollstreckung versucht, die jedoch ohne Erfolg blieb, da Povse und ihre Tochter in der Wohnung nicht angetroffen wurden. Der Vater Mauro Alpago wurde von dieser geplanten Zwangsvollstreckung informiert und war anwesend.

Doris Povse beantragte beim Jugendgericht Venedig am 09.08.2013 die Aussetzung der Vollstreckung des Urteils vom 23.11.2011. Das BG Wiener Neustadt beschloss daraufhin, die Entscheidung des italienischen Gerichts abzuwarten.

In Italien sind zwei Strafverfahren gegen Doris Povse anhängig, wobei eines die Kindesentführung und eines die Nichtbefolgung einer gerichtlichen Anordnung betrifft.

2.2 Vorbringen von Doris Povse

Doris Povse machte die Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens nach Art 8 EMRK geltend. Die Entscheidungen der österreichischen Gerichte, wonach sie nur die Rückführungsanordnung des Jugendgerichts Venedig zu vollstrecken und keine inhaltliche Prüfung vorzunehmen hätten, stellten nach Ansicht von Povse eine Verletzung dar. Die Rückführung des Kindes nach Italien würde das Kindeswohl ernsthaft gefährden und zu einer dauerhaften Trennung zwischen Mutter und Tochter führen. Sofia Povse hätte seit Mitte 2009 keinen Kontakt zu ihrem Vater gehabt und würde auch kein Italienisch sprechen, wobei der Vater auch kein Deutsch sprechen würde. Doris Povse stellte zudem fest, dass von Mai 2008 bis Juli 2009 der Aufenthalt in Österreich vom Jugendgericht Venedig in seiner Entscheidung vom 23.05.2008 genehmigt war. Erst in der Entscheidung vom 10.07.2009 wurde die Rückkehr der Tochter nach Italien angeordnet. In dieser Zeit hatte sich Povse mit ihrer Tochter eine neue Existenz in Österreich aufgebaut, sie fand einen neuen Partner und gebar 2011 einen Sohn. Daher wäre sie nicht in der Lage, ihre Tochter nach Italien zu begleiten oder

ein Besuchsrecht auszuüben, auch ein in Italien gegen sie anhängiges Strafverfahren würde sie daran hindern.⁸⁹

Darüber hinaus wies Povse darauf hin, dass sich der Fall Bosphorus von dem vorliegenden Fall unterscheiden würde, da im Fall Bosphorus der EuGH die Frage nach einer möglichen Grundrechtsverletzung der Bosphorus Airways geprüft hat. Im vorliegenden Fall hat der EuGH nicht geprüft, ob die Vollstreckung der Rückführungsanordnung die in der EMRK garantierten Rechte von ihr oder ihrer Tochter verletzen würde oder nicht. Der EuGH beschäftigte sich ausschließlich mit der Auslegung und Anwendung der Brüssel IIA-VO. Die Vermutung der Gleichwertigkeit des EU-Grundrechtsschutzes mit dem Schutz der Konvention wäre daher widerlegt.⁹⁰

Doris Povse gestand zwar, dass die österreichischen Gerichte in ihrem Vorgehen der Rechtsansicht des EuGH Folge leisteten, welche dieser in seinem Urteil vom 01.07.2010 zum Ausdruck brachte. Dies würde allerdings nichts daran ändern, dass die Vollstreckung der Rückführungsanordnung ohne eine Überprüfung ihrer Einwände eine Verletzung von Art 8 EMRK darstellt.

Was die Möglichkeit betrifft, ihre Einwendungen vor den italienischen Gerichten vorzubringen, machte sie geltend, dass dies bereits bei der Rückführungsanordnung vom 10.07.2009 erfolglos war und sie auch aufgrund fehlender finanzieller Mittel von einer Berufung gegen die Rückführungsanordnung vom 23.11.2011 abgesehen hat. In derartigen Verfahren vor den italienischen Gerichten besteht Anwaltpflicht und Doris Povse behauptete, darauf keinen Anspruch gehabt zu haben.

Durch die Tatsache, dass die österreichischen Gerichte nicht befugt waren, eine Rückführungsanordnung in der Sache zu überprüfen, sondern nur die Aufgabe hatten, diese zu vollstrecken, wurde Povse ihrer Ansicht nach jedes Schutzes ihrer Konventionsrechte beraubt.⁹¹

⁸⁹ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse/Österreich* Rz 64.

⁹⁰ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse/Österreich* Rz 65.

⁹¹ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse/Österreich* Rz 66.

2.3 Beurteilung des EGMR

Der EGMR stellte vorweg klar, dass er sich bei seiner Prüfung auf die Vollstreckung der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 23.11.2011 konzentrieren wird, in der dem Vater das alleinige Sorgerecht übertragen wurde und die Rückkehr der Tochter nach Italien zu ihrem Vater angeordnet wurde. Die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009, in der ebenfalls die Rückkehr der Tochter angeordnet wurde – mit der Wahl bei der Mutter, wenn diese ebenfalls zurückkehren sollte oder alternativ beim Vater zu wohnen – wurde durch die spätere Entscheidung desselben Gerichts ersetzt.

Wenn der EGMR prüft, ob eine Verletzung von Art 8 EMRK vorliegt, hat er im Wesentlichen folgende Fragen zu beantworten:

- Lag ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens vor?
- Beruhte der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage?
- Verfolgte der Eingriff ein legitimes Ziel?
- War der Eingriff notwendig?

Die Entscheidung der österreichischen Gerichte, die Rückführungsanordnung des Jugendgerichts Venedig zu vollstrecken, stellte einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens dar. Jeder Eingriff stellt aber nicht zwangsläufig eine Verletzung dar. Eine Verletzung ist dann nicht gegeben, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, ein in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezähltes, legitimes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen.⁹²

Die Entscheidung über die Vollstreckung der Rückführungsanordnung beruhte auf Art 42 Brüssel IIa-VO, einer in Österreich unmittelbar anwendbaren Bestimmung und somit auf einer gesetzlichen Grundlage.⁹³

Der Eingriff zielte auf die Wiederzusammenführung des Vaters mit seiner Tochter ab und verfolgte das legitime Ziel des Schutzes der Rechte anderer. Darüber hinaus wiederholte der

⁹² EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 70 f.

⁹³ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 72.

EGMR, dass die Befolgung von Unionsrecht durch einen Vertragsstaat ein legitimes Ziel im Allgemeininteresse ist.⁹⁴

Bezüglich der letzten Frage, ob der Eingriff notwendig war, nahm der EGMR auf den Fall *Bosphorus Airways*⁹⁵ Bezug.

⁹⁴ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 73.

⁹⁵ EGMR 30.06.2005, 4036/98, *Bosphorus Airways/Irland*.

2.4 Exkurs: Vermutung der Gleichwertigkeit des EU-Grundrechtsschutzes mit dem Schutz der Konvention

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg wacht über die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention, der alle Mitgliedstaaten der EU angehören. Die Union selbst ist allerdings nicht Mitglied der EMRK, wenngleich ein solcher Beitritt angestrebt wird.

Diese Situation birgt enormes Konfliktpotential: Werden etwa Mitgliedstaaten zu einer unionsrechtlichen Handlung verpflichtet, die laut EuGH auch rechtmäßig ist, jedoch gegen ein in der Konvention gewährleistetes Recht verstößt, befinden sie sich gewissermaßen in der Klemme.⁹⁶

Einerseits müssen die Mitgliedstaaten ihre unionsrechtlichen Verpflichtungen erfüllen, andererseits ergeben sich aber auch aus der EMRK gewisse Verpflichtungen. Je nachdem, wie sich nun ein Mitgliedsstaat entscheidet, kommt es entweder zu einer Verurteilung durch den EuGH oder zu einer Verantwortung vor dem EGMR.

Es stellt sich somit die Frage, welches Gericht in Europa in Angelegenheiten des Grundrechtsschutzes die erforderliche Letztzuständigkeit besitzt.⁹⁷

Der Klärung dieser Frage sind sowohl EuGH als auch EGMR lange Zeit aus dem Weg gegangen, bis zum Jahr 2005 mit der Entscheidung im Fall *Bosphorus Airways*⁹⁸.

Bosphorus Airways war eine kleine türkische Fluggesellschaft, die nur über zwei Flugzeuge verfügte, welche von der früheren Jugislaw Airlines geleast wurden. Während des Jugoslawienkonflikts wurden von der UNO gegen die ehemalige Republik Jugoslawien Sanktionen verhängt, ua eine Sicherheitsratsresolution 820 (1993) über die Beschlagnahme von Flugzeugen. Zur Umsetzung dieser Resolution wurde in der Gemeinschaft die Verordnung 990/30 erlassen. Im Mai 1993 wurden beide Flugzeuge wegen Wartungsarbeiten nach Dublin gebracht. Nach Abschluss der Wartungsarbeiten wurden die Flugzeuge kurz vor ihrem Start von der irischen Regierung auf Grundlage der VO beschlagnahmt. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens bestätigte der EuGH diese Maßnahme. *Bosphorus*

⁹⁶ *Berka*, Grundrechtsschutz durch EuGH und EGMR – Konkurrenz oder Kooperation, ÖJZ 2006/57.

⁹⁷ *Berka*, Grundrechtsschutz durch EuGH und EGMR – Konkurrenz oder Kooperation, ÖJZ 2006/57.

⁹⁸ EGMR 30.6.2005, 45036/98, *Bosphorus Airways/Irland*.

Airlines wendeten sich daraufhin mit einer Beschwerde an den EGMR und machten eine Verletzung von Art 1 ZP zur EMRK geltend.⁹⁹

„equivalent-protection“-Formel des EGMR

Staatliches Handeln zur Umsetzung internationaler Verpflichtungen ist solange menschenrechtlich gerechtfertigt, solange die Grundrechte von der internationalen Organisation in einer Weise geschützt werden, die dem Schutz nach der EMRK zumindest gleichwertig ist. Solange ein solcher gleichwertiger Schutz besteht, gilt die Vermutung, dass das Verhalten eines Konventionsstaates bei Vollzug einer internationalen Verpflichtung der Konvention nicht widerspricht. Diese Rechtsvermutung ist allerdings widerlegbar: Wenn der Schutz der Konvention offensichtlich unzureichend ist, wird der EGMR seiner Kompetenz als Menschenrechtsgerichtshof uneingeschränkt nachkommen und auch Akte kontrollieren, die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen vollziehen.¹⁰⁰

Die Lösung des EGMR umfasst somit drei Prüfschritte:¹⁰¹

- (1) Werden die Grundrechte in der Gemeinschaft sowohl in materieller als auch in prozeduraler Hinsicht gleichwertig geschützt?
- (2) Besteht ein solcher gleichwertiger (nicht identischer) Schutz, gilt die Vermutung, dass ein Vertragsstaat, der seine gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt hat, die EMRK nicht verletzt hat.
- (3) Sollten die Rechte der EMRK allerdings offensichtlich unzureichend geschützt werden, ist diese Vermutung widerlegbar.

Mit dieser Rechtsprechung ist eine Reduktion der Kontrolldichte, eine Vermeidung von Rechtsschutzlücken sowie von Rechtsprechungsdivergenzen verbunden. Es wird das Interesse an einer internationalen Zusammenarbeit mit der Funktion der Konvention als „Verfassungsinstrument des Europäischen *ordre public*“ abgewogen.¹⁰²

In Anwendung dieser Grundsätze stellte der EGMR fest, dass die Vermutung der Gleichwertigkeit des EU-Grundrechtsschutzes mit dem Schutz der Konvention dann gilt,

⁹⁹ Berka, Die Kodifikation der Europäischen Grundrechte: Grundrechtsschutz durch den Reformvertrag von Lissabon 17 ff; Haltern, Europarecht² 576.

¹⁰⁰ Berka, Grundrechtsschutz durch EuGH und EGMR – Konkurrenz oder Kooperation, ÖJZ 2006/57.

¹⁰¹ Haltern, Europarecht² 569 f.

¹⁰² Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 133 f.

wenn die österreichischen Gerichte nichts anderes getan haben, als die rechtlichen Verpflichtungen umzusetzen, die sich aus der Mitgliedschaft Österreichs bei der Europäischen Union ergeben und zwar ohne irgendeine Ermessensausübung. Daher hatte der EGMR zu prüfen, ob Umstände vorlagen, die geeignet waren, diese Vermutung zu widerlegen.¹⁰³

Die Entscheidung, die Rückführungsanordnung zu vollstrecken, beruhte auf Art 42 Brüssel IIa-VO, der bestimmt, dass eine Rückführungsentscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO, für die eine Bescheinigung ausgestellt wurde, in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und vollstreckt wird, ohne dass es einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann. Diese Bestimmung belässt dem Mitgliedstaat keinerlei Ermessen.¹⁰⁴

Der EGMR bemerkte zudem, dass für eine Rückführungsentscheidung gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO nur dann eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung ausgestellt werden darf, wenn sowohl die Parteien als auch das Kind Gelegenheit hatten, gehört zu werden – sofern dies aufgrund von Alter und Reifegrad des Kindes angebracht ist – und die Gründe und Beweismittel berücksichtigt wurden, die der Entscheidung, die Rückgabe des Kindes zu verweigern, zugrunde lagen. Das die Rückkehr anordnende Gericht hat somit eine allfällige, mit der Rückkehr verbundene Kindeswohlgefährdung geprüft.¹⁰⁵

Überdies bemerkte der EGMR, dass der OGH vom im EU-Recht vorgesehenen Kontrollmechanismus Gebrauch gemacht hat, als er sich an den EuGH um eine Vorabentscheidung bezüglich der Vollstreckung der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009, wandte. Das Urteil des EuGH stellte klar, dass eine Rückführungsentscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO, die mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehen ist, ohne inhaltliche Prüfung von den angerufenen Gerichten zu vollstrecken ist. Auch eine Änderung der Umstände seit Erlass der Entscheidung berechtigt diese nicht, die Vollstreckung zu verweigern. Solche Änderungen sind vor den Gerichten des Ursprungsstaates geltend zu machen, die auch über eine Aussetzung der Vollstreckung zu entscheiden haben.¹⁰⁶

¹⁰³ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 78.

¹⁰⁴ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 79.

¹⁰⁵ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 80.

¹⁰⁶ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 81.

Der EGMR kam zu dem Schluss, dass den österreichischen Gerichten kein Ermessen bei der Entscheidung über die Vollstreckung zukam. Österreich hat vielmehr nur jene Verpflichtungen erfüllt, die sich aus der Unionsmitgliedschaft ergeben.¹⁰⁷

Der vorliegende Fall ist somit laut EGMR vom Fall *M.S.S./Belgien und Griechenland*¹⁰⁸ zu unterscheiden, in dem Belgien gemäß der Dublin II-VO Ermessen zukam. Auch vom Fall *Michaud/Frankreich*¹⁰⁹ ist der Vorliegende zu unterscheiden. In diesem hat der EGMR festgestellt, dass die Vermutung der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes widerlegt wurde, insbesondere da der im Unionsrecht vorgesehene Kontrollmechanismus nicht ausgeschöpft wurde. Der französische Conseil d'Etat hatte in diesem Fall ein Vorabentscheidungsverfahren verweigert.¹¹⁰

Zu dem Argument von Povse, dass die Vermutung der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes unter den besonderen Umständen des Falls widerlegt wurde, bemerkte der EGMR, dass sich der EuGH intensiv mit der Anwendbarkeit und der Auslegung der Brüssel IIA-VO unter Berücksichtigung des vorliegenden Falls auseinandergesetzt hat. Aufgabe des EuGH war, durch Auslegung der Brüssel IIA-VO die Zuständigkeit der italienischen und der österreichischen Gerichte klarzustellen. Anders als im Fall *Bosphorus* hatte der EuGH hier nicht über eine Grundrechtsverletzung zu entscheiden. Der EuGH machte klar, dass es Aufgabe der italienischen Gerichte war, die Grundrechte der Parteien zu schützen, folglich sind diese auch vor den italienischen Gerichten geltend zu machen.¹¹¹

Auch dem Argument von Povse, dass durch die Verpflichtung der österreichischen Gerichte, die Rückführungsanordnung vom 23.11.2011 ohne Überprüfung in der Sache selbst zu vollstrecken, sie völlig ihres Grundrechtsschutzes beraubt werden würde, überzeugte den EGMR nicht. Povse steht es offen, ihre Grundrechte vor den italienischen Gerichten geltend zu machen, dies habe sie bisher verabsäumt, da sie gegen die Rückführungsentscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 23.11.2011 nicht berufen hat. Zudem hat Povse es unterlassen, einen Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung bei den italienischen Gerichten zu stellen. Nach dem Vorbringen der italienischen Regierung kann Povse eine zwischenzeitlich eingetretene Änderung der Umstände in einem Antrag auf Überprüfung der Rückgabeanordnung gem Art 724 der italienischen ZPO stellen, auch Verfahrenshilfe stünde

¹⁰⁷ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 82.

¹⁰⁸ EGMR 21.01.2011, 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland*.

¹⁰⁹ EGMR 06.12.2012, 12323/11, *Michaud/Frankreich*.

¹¹⁰ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 83.

¹¹¹ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 84 f.

grundsätzlich zur Verfügung. Im Falle eines Scheiterns der Verfahren vor den italienischen Gerichten besteht immer noch die Möglichkeit, eine Beschwerde gegen Italien an den EGMR zu richten.¹¹²

Im Ergebnis konnte der EGMR keinen Fehler bei den Kontrollmechanismen für die Einhaltung der Konventionsrechte feststellen und somit wurde die Vermutung der Gleichwertigkeit des EU-Grundrechtsschutzes nicht widerlegt. Österreich hat nur seine Verpflichtungen aus der Unionsmitgliedschaft erfüllt. Die Beschwerde war daher offensichtlich unbegründet und wurde als unzulässig zurückgewiesen.¹¹³

2.5 Zwischenresümee

Die unmittelbare Vollstreckbarkeit von Rückführungsentscheidungen ohne vorherige Prüfung – wenn eine entsprechende Bescheinigung ausgestellt worden ist – wurde im konkreten Fall somit vom EGMR auf seine Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK geprüft und bestätigt. Solange eine Änderung der Umstände und eine dadurch bedingte Gefährdung des Kindeswohls tatsächlich vor den Gerichten des Ursprungsstaats geltend gemacht werden kann, liegt ein gerechtfertigter Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens vor.¹¹⁴

Es ist Aufgabe des Ursprungsstaates, die Rechte der EMRK zu garantieren und nicht die des Vollstreckungsstaates.¹¹⁵ Sollte das Verfahren vor den Gerichten des Ursprungsstaates erfolglos sein, kann nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges gegen diesen der EGMR angerufen werden.¹¹⁶

Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gilt die Vermutung, dass die Grundrechte von allen Mitgliedstaaten beachtet werden. Dies ist nämlich Voraussetzung dafür, dass eine gerichtliche Entscheidung ohne Exequaturverfahren anerkannt werden kann und im Vollstreckungsstaat nicht mehr gesondert geprüft werden muss.¹¹⁷

¹¹² EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 86.

¹¹³ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 87 ff.

¹¹⁴ *Hau/Eichel*, Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union in den Jahren 2013 und 2014, GPR 2015, 95 (102).

¹¹⁵ *Siehr*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ X Art 11 EuEheVO Rz 10.

¹¹⁶ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 86; *Netzer* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*³ (2016) Art 40 Brüssel IIa-VO Rz 1.

¹¹⁷ *Callewaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ZEuS 1/2014, 79 (80).

Völlig im Zeichen des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im RFSR bestimmt die Brüssel IIA-VO, dass aufgrund einer Rückführungsentscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO, für die eine Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIA-VO ausgestellt wurde, die Rückführung des Kindes vom Verbringungsstaat nicht mehr abgelehnt werden kann, solche Entscheidungen sind unmittelbar vollstreckbar. Der eine solche Bescheinigung ausstellende Richter ist somit allein für den Grundrechtsschutz des Kindes zuständig.¹¹⁸

Hierbei kommt es zur Verlagerung und zeitlichen Verschiebung der Einzelfallbetrachtung, da diese allein Aufgabe des Ursprungsmitgliedstaates ist. Es gilt die Vermutung, dass die Anforderungen der GRC und der EMRK durch den individuellen Grundrechtsschutz des Ursprungsstaates erfüllt werden. Sollte sich diese Vermutung allerdings als falsch herausstellen, kann sich der Einzelne mit einer Beschwerde an den EGMR wenden.¹¹⁹ Auf diese Möglichkeit weist der EGMR in der Entscheidung *Povse/Österreich* auch ausdrücklich hin.¹²⁰

Die Gefahr, dass sich das Ziel der Brüssel IIA-VO – dem Ursprungsstaat kommt das letzte Wort zu – durch die Anrufung des EGMR als absurd herausstellt, scheint damit beseitigt zu sein. Eine erfolgreiche Anrufung des EGMR ist nämlich nur möglich, wenn der Ursprungsstaat seiner Verpflichtung zum Schutz der Konventionsrechte nicht nachkommt.¹²¹

Als weiterer Punkt ist folgendes zu beachten: Bringt der entführende Elternteil beim zuständigen Gericht einen Ausnahmetatbestand des HKÜ vor, der die Abweisung einer Rückgabeanordnung rechtfertigen würde, darf eine inhaltliche Prüfung nicht deshalb verweigert werden, weil der entführende Elternteil rechtswidrig gehandelt hat. Trotz rechtswidrigem Handeln ist die Berufung auf seine Grundrechte und die der eigenen Kinder zulässig. Die zuständigen Gerichte haben sich ernsthaft mit den potenziellen Gefahren einer Rückführung für ein Kind auseinanderzusetzen.¹²²

In diesem Zusammenhang stellen sich trotzdem noch mehrere Fragen:

Es wird nicht in allen Fällen unbedeutend sein, in welchem Mitgliedstaat eine allfällige Grundrechtsverletzung einer Person geprüft wird. Sprachliche Barrieren, hohe

¹¹⁸ *Callewaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung, ZEuS 1/2014, 79 (84).

¹¹⁹ *Callewaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung, ZEuS 1/2014, 79 (85).

¹²⁰ EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Povse/Österreich* Rz 86.

¹²¹ *Siehr*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ X Art 11 EuEheVO Rz 10.

¹²² *Miklau*, Wandel der EGMR Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2.

Verfahrenskosten und Rechtsunkenntnis können hier beispielsweise massive Hindernisse darstellen und Fragen der Zumutbarkeit aufwerfen.¹²³

Andererseits ist Povse in Italien freiwillig eine Beziehung mit Alpagò eingegangen, aus der die gemeinsame Tochter Sofia Povse hervorging. Mit der bewussten Entscheidung sich in Italien niederzulassen, ist gewissermaßen auch das Einverständnis verbunden, sich der Jurisdiktion dieses Landes zu unterwerfen. Angesichts der geltenden Regelungen wird teilweise kritisiert, dass diese einem faktischen Wegzugsverbot entsprechen würden, welches zu der in der Europäischen Union geltenden Personenfreizügigkeit völlig widersprüchlich wäre.¹²⁴

Die Gründe, welche zu einer Kindesentführung führen, sind vielfältig. In den überwiegenden Fällen versucht der entführende Elternteil einen Vorteil zu erlangen. Es besteht die Hoffnung, durch die Schaffung vollendeter Tatsachen und durch Zeitablauf faktisch eine Entscheidung zu erwirken bzw die Legitimation des Verhaltens zu erreichen.¹²⁵ Häufig besteht auch die Befürchtung, im Ursprungsstaat aufgrund der Herkunft gegenüber dem anderen Elternteil benachteiligt zu werden.

Die Brüssel IIa-VO versucht zu verhindern, dass durch das widerrechtliche Verbringen eines Kindes die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates erreicht werden kann. Dadurch wird vermieden, dass der entführende Elternteil – eben durch die Schaffung vollendeter Tatsachen – über die Zuständigkeit entscheiden kann und für sein widerrechtliches Handeln auch noch belohnt wird.¹²⁶

Zu der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 10.07.2009, in der die Rückkehr des Kindes mit der Mutter der Vorrang eingeräumt wurde, ist folgendes anzumerken: Der entführende Elternteil kann nicht dazu verpflichtet werden, das Kind in den Ursprungsstaat zu begleiten. Mit Begleitung ist nicht bloß eine kurze Reisebegleitung gemeint, sondern das längerfristige Verbleiben im Ursprungsstaat bis eine endgültige Entscheidung getroffen worden ist, was mitunter Monate, wenn nicht Jahre dauern kann. Weder das HKÜ noch eine

¹²³ *Callewaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung, ZEuS 1/1014, 79 (85).

¹²⁴ So auch Doris Povse in einem Interview mit der österreichischen Tageszeitung *Kurier*, abrufbar unter: <http://kurier.at/chronik/oesterreich/der-fall-sofia-interview-mit-doris-povse-kinderrechte-mit-fuessen-getreten/59.323.202> (abgefragt am 15.01.2016).

¹²⁵ Vgl StN GA Sharpston vom 01.07.2008, C-195/08, *Rinau*, FN 6.

¹²⁶ *Miklau*, Wandel der EGMR Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2.

andere Rechtsquelle auf internationaler, europarechtlicher oder nationaler Ebene enthalten eine derartige Verpflichtung.¹²⁷

¹²⁷ *Miklau*, Wandel der EGMR Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2; *Keese*, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht 134 f.

Fazit: Der EGMR fordert im Ergebnis eine inhaltliche Kindeswohlprüfung, wohingegen der EuGH stets den verfahrensrechtlichen Aspekt des HKÜ und der Brüssel IIa-VO hervorhebt. Effizienz, gegenseitiges Vertrauen und Entführungsprävention stehen bei der Rsp des EuGH an oberster Stelle, wohingegen beim EGMR als oberste Maxime das Kindeswohl und das Familienleben stehen. Vom EGMR werden die Grundrechte des entführenden Elternteils von Anfang an in die Prüfung miteinbezogen, da der Gerichtshof in jeder Rückgabeentscheidung einen Eingriff in Art 8 EMRK sieht. Ein Eingriff liegt sowohl aufseiten des Kindes als auch aufseiten des entführenden Elternteils vor.¹²⁸

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wird vom EGMR nicht angezweifelt. Der Grundsatz darf allerdings nicht soweit führen, dass die Grundrechte – zur Wahrung des Systems – nicht beachtet werden.¹²⁹

¹²⁸ *Miklau*, Wandel der EGMR Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2; *Sigmund/Fucik*, EMRK und Kindeswohlprüfung in (HKÜ-)Rückstellungsverfahren, iFamZ 2014/1.

¹²⁹ *Callewaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung, ZEuS 1/2014, 79 (90).

3 M. A. GEGEN ÖSTERREICH¹³⁰

3.1 Fortsetzung des Sachverhalts

Gemäß den Informationen von Alpago vom 17.11.2014 fanden vor dem Jugendgericht Venedig im Januar und April 2014 Anhörungen unter Anwesenheit beider Elternteile statt, zusätzlich wurden Treffen zwischen Alpago und seiner Tochter festgelegt. Diese Treffen fanden zwischen Februar und Mai in einem Abstand von drei Wochen statt. Die Treffen für Juli und August 2014 fanden aufgrund der Weigerung der Mutter, die Tochter nach Italien zu bringen, nicht statt. In einer weiteren Anhörung am 29.09.2014 legte das Jugendgericht Venedig weitere Treffen in Italien für Dezember 2014 und Januar 2015 fest.

Das Verfahren vor den italienischen Gerichten ist nach wie vor anhängig.

Der Vater Mauro Alpago wandte sich zwischenzeitlich an den EGMR und machte eine Verletzung von Art 8 EMRK – das Recht auf Achtung des Familienlebens – geltend. Österreich habe es verabsäumt, die Rückführungsanordnungen des Jugendgerichts Venedig zu vollstrecken.

3.2 Beurteilung des EGMR

Zunächst stellte der EGMR in seiner Entscheidung klar, dass die Beziehung zwischen der Tochter Sofia Povse und ihrem Vater Mauro Alpago Familienleben iS des Art 8 EMRK darstellt. Bis zum Alter von einem Jahr und zwei Monaten lebte die Tochter in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Vater. Nachdem die Mutter Italien mit der Tochter verlassen hatte, besuchte Alpago diese von Oktober 2008 bis Mitte 2009 regelmäßig. Obwohl bis Februar 2014 kein weiterer Kontakt mehr zwischen Vater und Tochter bestand, ist das Vorliegen eines Familienlebens nicht zweifelhaft.¹³¹

¹³⁰ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich*.

¹³¹ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 103.

3.3 Exkurs: Schutzbereich von Art 8 EMRK

Nur Mitglieder einer Familie haben das Recht auf Achtung des Familienlebens, es wird also eine bereits bestehende Familie vorausgesetzt. Der reine Wunsch zur Familiengründung ist nicht geschützt, obwohl es sich um einen sehr weiten Familienbegriff handelt. Unter den Begriff Familie fallen grundsätzlich verheiratete Paare, mit oder ohne minderjährigen Kindern. Darunter ist die sogenannte Kernfamilie zu verstehen. Eine Ehe ist aber keineswegs Voraussetzung für das Vorliegen einer Familie, vielmehr kommt es auf ein faktisch vorhandenes Familienleben an. Maßgeblich sind hierbei Kriterien wie gemeinsames Wohnen, Art der Beziehung, Länge der Beziehung sowie die interne Bindung aneinander.¹³²

Ob die Eltern die biologischen, rechtlichen, Stief- oder Pflegeeltern sind, ist dabei nicht beachtlich. Im Falle einer Trennung bildet jeder Elternteil mit dem Kind eine Familie. Rein aufgrund der biologischen Vaterschaft kommt es nicht zur Begründung einer Familie, in solchen Fällen ist eine zusätzliche enge Beziehung erforderlich, die sich etwa aus einem Zusammenleben oder einem Vaterschaftsanerkentnis ergibt. Bei adoptierten Kindern ist der Familienbegriff bereits dann erfüllt, wenn sie mit ihren Eltern noch nicht zusammenleben. Ein Recht auf die Adoption eines Kindes ist nach Art 8 EMRK allerdings nicht gegeben.¹³³

Wenn Personen faktisch die Elternrolle übernehmen, ist ebenfalls von einer Familie auszugehen. Auch bereits erwachsene Kinder können mit ihren Eltern und Geschwistern eine Familie bilden, wobei ein Zusammenleben und ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis erforderlich sind. Wenn sich die Beziehung zwischen einem Elternteil und seinem Kind ohne ihr Verschulden noch nicht entwickeln konnte, besteht dennoch die Möglichkeit, sich auf Art 8 EMRK zu berufen. Ehepaare können auch ohne gemeinsame Kinder eine Familie bilden. Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften erfüllten in der Vergangenheit nur verschiedengeschlechtliche Partnerschaften den Familienbegriff, durch die zunehmende Akzeptanz gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften hat der EGMR seine Rechtsprechung¹³⁴ dahingehend geändert, dass auch gleichgeschlechtliche Paare das Recht auf Achtung des Familienlebens für sich beanspruchen können. Auch zwischen weiteren Verwandten, wie zwischen Kindern, Großeltern, Nichten bzw Neffen, Onkeln bzw Tanten,

¹³² *Grabenwarter/Prabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 235 f.

¹³³ *Pätzold in Karpenstein/Mayer*, EMRK² Art 8 Rz 41 ff; *Grabenwarter/Prabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 235 ff.

¹³⁴ EGMR 07.11.2013 (GK), 29381/09, 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*; EGMR 15.03.2012, 25951/07, *Gas und Dubois/Frankreich*.

kann eine Familie im Sinne von Art 8 EMRK bestehen, wobei hier aber eine Bindung erforderlich ist, die über eine übliche gefühlsmäßige Bindung hinausgeht.¹³⁵

3.4 Vom EGMR entwickelte Prinzipien in Kindesentführungsfällen

In der Entscheidung M.A. gegen Österreich weist der EGMR explizit auf folgende Grundsätze hin, die sich aus seinen bisherigen Entscheidungen in Kindesentführungsfällen ergeben:

- Primär ist Art 8 EMRK als Abwehrrecht konzipiert, dass vor willkürlichen Eingriffen des Staates in das Familienleben des Einzelnen schützen soll. Das Recht auf Achtung des Familienlebens beinhaltet darüber hinaus aber auch positive Gewährleistungspflichten für Staaten.¹³⁶

Jedem Staat steht dabei ein gewisser Ermessensspielraum zu. Bei Ausübung dieses Ermessensspielraums muss ein fairer Ausgleich zwischen den verschiedenen, entgegenstehenden Interessen gefunden werden. Zu berücksichtigen sind die Interessen des Kindes, der beiden Eltern und des *ordre public*, wobei dem Kindeswohl der Vorrang zukommt.¹³⁷

- Der betroffene Elternteil hat ein Recht auf Wiederzusammenführung mit seinem Kind. Der Staat hat sich an der Suche nach dem entführten Kind zu beteiligen und auch sonst alles Erforderliche zu unternehmen, um Kindesentführungen zu beenden und zu einer Wiederzusammenführung zu verhelfen. Unterlässt der Staat es, alle erforderlichen und effektiven Maßnahmen zu ergreifen, führt dies zur Verletzung seiner Gewährleistungspflichten und letztlich zu einer Verletzung von Art 8 EMRK.¹³⁸
- Die Geltung dieser Pflichten ist allerdings nicht uneingeschränkt und absolut, vielmehr sind die individuellen Gegebenheiten zu berücksichtigen und auf das Kindeswohl Bedacht zu nehmen. Häufig kann eine Wiederzusammenführung nicht sofort erfolgen,

¹³⁵ Pätzold in Karpenstein/Mayer, EMRK² Art 8 Rz 41 ff; Grabenwarter/Prabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 235 ff.

¹³⁶ Raptis, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34; EGMR 15.01.2015, 4097/13, M.A./Österreich Rz 104.

¹³⁷ Miklau, Wandel der EGMR-Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2.

¹³⁸ Raptis, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34; EGMR 15.01.2015, 4097/13, M.A./Österreich Rz 105.

weil gewisse vorbereitende Maßnahmen zu treffen sind. Der Umfang solcher Vorbereitungen hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab und erfordert die Zusammenarbeit aller Betroffenen. Es ist Aufgabe der nationalen Behörden, eine solche Zusammenarbeit zu ermöglichen, wobei die Anwendung von Zwang in diesen Angelegenheiten auf ein Minimum beschränkt werden muss, da die Interessen, Rechte und Freiheiten aller Betroffenen berücksichtigt werden müssen. Wenn der Kontakt zwischen einem Elternteil und dem Kind das Kindeswohl gefährden könnte oder ein Recht nach Art 8 EMRK verletzen könnte, sind die nationalen Behörden verpflichtet, einen fairen Ausgleich zwischen allen betroffenen Interessen zu finden.¹³⁹

- Zwangsvollstreckungen bei Kindesentführungsfällen sind besonders heikel, sie müssen die Rechte und Freiheiten aller Betroffenen achten und das Kindeswohl besonders berücksichtigen.¹⁴⁰
- Die EMRK muss im Einklang mit den anderen Bestimmungen des internationalen Rechts – insbesondere jenen, die den internationalen Schutz der Menschenrechte betreffen – ausgelegt werden, insbesondere dem HKÜ, der UN-Kinderrechtskonvention und den einschlägigen Vorschriften und Grundsätzen des Völkerrechts.¹⁴¹
- Nicht nur die Angemessenheit und die Effektivität entscheiden darüber, ob eine Maßnahme den Anforderungen von Art 8 EMRK entspricht, sondern auch die Raschheit ihrer Umsetzung. Gerade in Fällen internationaler Kindesentführung führt eine lange Verfahrensdauer zu irreversiblen Beeinträchtigungen der Eltern-Kind-Beziehung. Art 8 EMRK impliziert daher auch die Pflicht zur raschen Verfahrensführung. Eine staatliche Entscheidung darf nicht auf Umstände gestützt werden, die sich durch die Untätigkeit von Behörden geändert haben. In einem solchen Fall liegt eine Verletzung von Art 8 EMRK vor.¹⁴²

Die Haager Konvention trägt diesem Erfordernis der raschen Rückführung Rechnung. Art 11 HKÜ sieht vor, dass in Kindesentführungsfällen mit gebotener Eile zu handeln

¹³⁹ *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34; EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 106.

¹⁴⁰ *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34; EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 107.

¹⁴¹ Miklau, Wandel der EGMR-Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2; EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 108.

¹⁴² *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34.

ist und jede Verzögerung von mehr als sechs Wochen schafft das Recht, eine Darstellung der Gründe für die Verzögerung zu verlangen.¹⁴³

Über die in der vorliegenden Entscheidung hervorgehobenen Prinzipien hinaus, hat der EGMR bereits in der Entscheidung *Neulinger und Shuruk gegen Schweiz*¹⁴⁴ einige Prinzipien im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zu internationalen Kindesentführungen herausgearbeitet.¹⁴⁵

- Aufgabe des EGMR ist es, zu überprüfen ob die Garantien der EMRK von den Gerichten bei der Anwendung und Interpretation des HKÜ sichergestellt werden.
- Das Kindeswohl beinhaltet im Wesentlichen zwei Teile:
Zum einen soll die Bindung an die Familie aufrechterhalten werden und zum anderen soll sich das Kind in einem stabilen Umfeld entwickeln dürfen. Die persönliche Entwicklung ist von zahlreichen Faktoren abhängig, wie dem Alter und der Reife des Kindes, dem Umfeld und den Erfahrungen des Kindes oder der Gegenwart seiner Eltern.
- Nur weil das HKÜ anwendbar ist, darf es nicht zu einer automatischen Rückgabeeinrichtung kommen. Das Gericht hat die Umstände des Einzelfalls zu würdigen und die im HKÜ selbst vorgesehenen Ausnahmen entsprechend zu berücksichtigen.
- Die nationalen Behörden haben, im Einklang mit dem Kindeswohl und unter Ausnutzung des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums, eine Entscheidung zu treffen, wobei der EGMR diese Entscheidung in Bezug auf die EMRK prüft.
- Der EGMR prüft insbesondere, ob das Verfahren fair war und alle Betroffenen gehört wurden, um ihre Standpunkte vorzubringen. Die nationalen Gerichte sind zu einer tiefgreifenden Prüfung der Gesamtsituation in faktischer, emotionaler, psychologischer, materieller und medizinischer Hinsicht verpflichtet. Zwischen

¹⁴³ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 109.

¹⁴⁴ EGMR 06.07.2010 (GK), 41615/07, *Neulinger und Shuruk/Schweiz*.

¹⁴⁵ Miklau, Wandel der EGMR-Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2.

Interessen der Betroffenen muss ein vernünftiger Ausgleich gefunden werden, wobei dem Kindeswohl stets Vorrang zukommt.

3.5 Anwendung dieser Prinzipien auf den vorliegenden Fall

Die wesentliche Frage, die es im vorliegenden Fall zu beurteilen galt, war, ob die österreichischen Gerichte alle Maßnahmen, die vernünftigerweise von ihnen erwartet werden konnten, ergriffen haben, um die Rückführung der Tochter nach Italien sicherzustellen. Der Gerichtshof betonte in seiner Entscheidung, dass es sich um einen Kindesentführungsfall zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union handelt und daher die Brüssel IIA-VO zur Anwendung kommt, welche auf der Haager Kindesentführungskonvention beruht. Beide Rechtsgrundlagen sehen bei Entscheidungen in Verbindung mit Kindern das Kindeswohl als absolut vorrangig an.¹⁴⁶

Sowohl das HKÜ als auch die Brüssel IIA-VO zielen in Fällen internationaler Kindesentführung auf die Wiederherstellung des status quo ab, indem das widerrechtlich verbrachte Kind sofort in den Staat seines ursprünglichen Aufenthalts zurückkehrt. Dabei wird aber auch berücksichtigt, dass manchmal aus objektiven Gründen eine Rückführung des Kindes nicht dem Kindeswohl entspricht. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn die Rückführung mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder die Rückführung das Kind sonst in eine unzumutbare Lage bringen würde (Art 13 lit b HKÜ).¹⁴⁷

Die Brüssel IIA-VO beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Die Kompetenz zur Entscheidung, ob ein Absehen von der Rückführung dem Kindeswohl entspricht, verteilt sich wie folgt: Der Verbringungsstaat kann die Rückkehr in gerechtfertigten Fällen verweigern. Der Ursprungsstaat kann gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIA-VO eine derartige, die Rückgabe verweigernde Entscheidung nach Art 13 HKÜ, außer Kraft setzen. Ist eine solche Entscheidung mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung gemäß Art 42 Brüssel IIA-VO versehen, ist sie vom Verbringungsstaat zu vollstrecken. Für die Vollstreckung ist allein das Recht des Vollstreckungsstaates maßgeblich.¹⁴⁸

¹⁴⁶ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 111 f.

¹⁴⁷ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 113.

¹⁴⁸ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 114.

Der EGMR hatte somit zu beurteilen, ob die österreichischen Gerichte rasche und angemessene Maßnahmen ergriffen haben, um die Rückführung der Tochter sicherzustellen. Die entscheidende Frage war, ob die österreichischen Gerichte bei der Wahl und Umsetzung der Vollstreckungsmaßnahmen einen fairen Ausgleich zwischen den einander gegenüberstehenden Interessen getroffen haben, nämlich jenen des Kindes, der beiden Eltern und der öffentlichen Ordnung. Darüber hinaus ist jedoch zu beachten, dass dem Kindeswohl vorrangige Bedeutung zukommt und die Ziele der Prävention und der sofortigen Rückkehr dem speziellen Konzept des Kindeswohls entsprechen.¹⁴⁹

3.6 Haben die österreichischen Gerichte rasche und angemessene Maßnahmen ergriffen?

Der Gerichtshof wies in seiner Entscheidung zuerst darauf hin, dass im ersten Verfahren die Entscheidungen in vernünftigen Abständen getroffen wurden. Der Fall warf neue Fragen bezüglich der Anwendung der Brüssel IIa-VO auf und wurde auf drei Ebenen der Gerichtsbarkeit behandelt. Zusätzlich fand ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH statt. Die Anrufung des EuGH war ein notwendiger Schritt, um den im EU-Recht vorgesehenen Kontrollmechanismus in Gang zu setzen. Bis zum 31.08.2010, als der Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung von Doris Povse vom Jugendgericht Venedig abgewiesen wurde, konnte der EGMR keine Versäumnis seitens der österreichischen Gerichte feststellen.¹⁵⁰

Die nachfolgende Phase war allerdings stark durch Untätigkeit geprägt. Obwohl seit dem Rückführungsantrag von Alpago mehr als ein Jahr vergangen war, blieb das BG Leoben fünfeinhalb Monate bis Mitte Februar 2011 untätig, bis es zuerst Alpago und dann die italienische Zentrale Behörde kontaktierte, um festzustellen, ob eine angemessene Unterkunft für die Mutter und ihre Tochter zur Verfügung stehen würde. Da die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig zwei Möglichkeiten vorsah, nämlich die Rückkehr der Tochter mit oder ohne Mutter, konnte der EGMR zwar verstehen, dass die österreichischen Gerichte der ersten Alternative den Vorzug einräumten, da diese einen weniger drastischen Eingriff in das Familienleben zwischen Mutter und Tochter darstellen würde. Dennoch gab es seitens des BG Leoben keine Erklärung für die lange Untätigkeit. Der EGMR betonte auch, dass in

¹⁴⁹ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 115.

¹⁵⁰ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 127.

Rückführungsverfahren weit kürzere Verzögerungen Grund zur Sorge sind. Nach dem HKÜ kann bei jeder Verzögerung von mehr als sechs Wochen eine Begründung verlangt werden. Die vorliegende Verzögerung wog besonders schwer, da seit Mitte 2009 kein Kontakt mehr zwischen dem Vater und der Tochter bestand und dem BG daher klar sein musste, dass jede weitere Verzögerung nicht wieder gutzumachende Folgen für deren Beziehung haben würde.¹⁵¹

Anschließend warteten die österreichischen Behörden und Gerichte zwischen März und November 2011 vergeblich auf eine Antwort der italienischen Behörden. Nachdem das Verfahren zum Stillstand gekommen war, kann es Alpago nicht verübelt werden, dass er eine neue Entscheidung des Jugendgerichts Venedig erzielen wollte, welche er am 23.11.2011 erhielt. Die Vollstreckung dieser Entscheidung beantragte Alpago allerdings erst am 19.03.2012. Dieser Antrag wurde vom BG Leoben abgewiesen. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung im Rechtsmittelverfahren ein gewöhnlicher Vorgang ist. Dennoch ermöglichte die Entscheidung des Bezirksgerichts einen neuerlichen Rechtszug an das LG Leoben, welches zugunsten von Alpago entschied und so Povse die Möglichkeit einer Revision an den OGH eröffnete, obwohl alle relevanten Rechtsfragen bereits im ersten Verfahrensgang geklärt worden sind.¹⁵²

Als das BG Wiener Neustadt im Oktober 2012 für den Fall zuständig wurde, waren drei Jahre vergangen, seit Alpago die Vollstreckung der ersten Rückführungsentscheidung des Jugendgerichts Venedig beantragte. Dieser Zeitablauf war teilweise der fehlenden Raschheit bei der Verfahrensführung durch die österreichischen Gerichte zuzurechnen. In diesem Zeitraum fand auch kein Kontakt zwischen Alpago und seiner Tochter statt. In diesem Zusammenhang merkte der EGMR an, dass das anwendbare Recht den Gerichten scheinbar keine angemessenen Maßnahmen bot, um den Kontakt während des Verfahrens wiederherzustellen.¹⁵³

Der Gerichtshof bemerkte aber auch, dass das Bezirksgericht angemessene Schritte ergriff um die Kooperation der Parteien zu erreichen, um im Interesse des Kindes Zwangsmaßnahmen zu vermeiden. Im November 2012 und zwischen Februar und April 2013 erkannte der Gerichtshof dennoch Verzögerungen, die für sich genommen allerdings nicht entscheidend waren. Angesichts des unbeugsamen Verhaltens der Eltern entschied sich das BG für Zwangsmaßnahmen. Obwohl der Versuch einer Vollstreckung am 24.07.2013 erfolglos blieb,

¹⁵¹ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 128.

¹⁵² EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 129.

¹⁵³ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 130.

sah der EGMR kein Verschulden auf Seiten der österreichischen Behörden, wie von Alpago behauptet wurde.¹⁵⁴

3.7 Gesamtbeurteilung des EGMR

Der Gerichtshof sah die Verzögerungen, welche durch das BG Leoben im ersten Verfahrensgang verursacht wurden, zwar als erheblich an, übersah dabei allerdings nicht die Schwierigkeiten, die mit dem Fall verbunden waren. Zunächst fehlte jegliche Antwort der italienischen Behörden im ersten Verfahren. Die Entscheidung von Alpago, die Vollstreckung der zweiten Rückführungsentscheidung des Jugendgerichts Venedig zu beantragen, bedeutete, dass den Parteien neuerlich alle Rechtsmittel zur Verfügung standen. Auch die Tatsache, dass der Kontakt zwischen Alpago und seiner Tochter seit Mitte 2009 unterbrochen war, erschwerte die Lage. Die unnachgiebige Haltung der Eltern führte zu zusätzlichen Schwierigkeiten. Dies zeigte sich vor allem im zweiten Verfahren, als das BG Wiener Neustadt versuchte, die Kooperation der Eltern zu erreichen, um Zwangsmaßnahmen zu verhindern. Nichtsdestotrotz wiederholte der Gerichtshof, dass eine fehlende Kooperation zwischen getrennt lebenden Elternteilen keinen Grund darstellt, der die Behörden und Gerichte von ihren positiven Verpflichtungen nach Art 8 EMRK befreien würde.¹⁵⁵

Der Gerichtshof fügte folgende Überlegungen hinzu: Obwohl Alpago den österreichischen Gerichten bereits im September 2009 eine rechtskräftige und vollstreckbare Rückführungsentscheidung vorgelegt hat, waren diese bis heute nicht in der Lage, eine Vollstreckung dieser Rückführungsanordnung oder der darauf folgenden zu Stande zu bringen. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass bis heute keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, nach der die Rückgabe nicht dem Kindeswohl entsprechen würde. Ein Verfahren zur Klärung der Frage, ob sich die Umstände zwischenzeitlich in einer Weise geändert haben, dass die Vollstreckung der Rückführungsanordnung nicht mehr gerechtfertigt wäre, ist vor dem Jugendgericht Venedig anhängig.¹⁵⁶

Der effektive Schutz des Rechts auf Achtung des Familienlebens erfordert es, dass die künftige Beziehung zwischen den Eltern und ihrem Kind nicht faktisch durch Zeitablauf

¹⁵⁴ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 131.

¹⁵⁵ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 132.

¹⁵⁶ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 133.

geregelt wird. Gerade in Kindesentführungsfällen führt der Ablauf von Zeit zu nicht wiedergutzumachenden Folgen für die Beziehung zwischen dem Kind und dem getrennt lebenden Elternteil. Dies eröffnete die Frage, ob der vorliegende verfahrensrechtliche Rahmen Alpagos die Möglichkeit bot, seine Rechte effektiv zu wahren.¹⁵⁷

In Bezug auf Rückführungsverfahren betonte der EGMR, dass jeder Vertragsstaat angemessene und effektive Mittel schaffen muss, um seine positiven Verpflichtungen aus Art 8 EMRK erfüllen zu können. Darüber hinaus hat der EGMR zuletzt in einem HKÜ-Fall¹⁵⁸ geprüft, ob der zur Verfügung gestellte verfahrensrechtliche Rahmen eines Staates angemessen war, um Ziel und Zweck des Übereinkommens zu erreichen. Ähnliche Überlegungen sind nach Ansicht des EGMR im vorliegenden Fall anzustellen.¹⁵⁹

Spezielle straffe Verfahren können für Rückführungsentscheidungen – nach dem HKÜ oder der Brüssel IIa-VO – aus verschiedenen Gründen erforderlich sein. Ohne zu übersehen, dass das Vollstreckungsverfahren die Rechte aller Betroffenen, vorrangig das Kindeswohl, schützen muss, betonte der Gerichtshof, dass es in der Natur solcher Verfahren liegt, dass der Zeitablauf die Position des getrennt lebenden Elternteils unwiederbringlich beeinträchtigt. Solange die Rückführungsentscheidung in Kraft ist, gilt die Vermutung, dass diese auch dem Kindeswohl entspricht. Das Verfahren, welches dem Vater im vorliegenden Fall zur Verfügung stand, folgte dem gewöhnlichen Ablauf eines Vollstreckungsverfahrens. Spezielle Regelungen oder Mechanismen zur Beschleunigung des Verfahrens waren dabei nicht vorgesehen. Die Behörden und Gerichte hatten anscheinend auch keine angemessenen Mittel zur Verfügung, um den Kontakt zwischen dem Vater und der Tochter während des anhängigen Verfahrens wiederherzustellen und zu erhalten.¹⁶⁰

Im Ergebnis hielt der Gerichtshof fest, dass es die österreichischen Gerichte insbesondere im ersten Verfahren verabsäumten, schnell zu handeln. Der zur Verfügung stehende verfahrensrechtliche Rahmen bot keine Möglichkeit zur schnellen und effizienten Verfahrensführung. Alpagos hatte daher keinen effektiven Schutz des Rechts auf Achtung des Familienlebens. Daher lag ein Verstoß gegen Art 8 EMRK vor.¹⁶¹

Der Gerichtshof sprach Alpagos für den immateriellen Schaden Schadenersatz in der Höhe von € 20.000,- zu, da dieser durch die Versäumnisse der österreichischen Gerichte bei der

¹⁵⁷ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 134.

¹⁵⁸ EGMR 03.06.2014, 10280/12, *Lopez Guio/Slowakei*.

¹⁵⁹ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 135.

¹⁶⁰ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 136.

¹⁶¹ EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 137.

Vollstreckung der Rückführungsanordnung über einen langen Zeitraum des Kontaktes zu seiner Tochter beraubt wurde. Zudem wurden Alpagó € 5.000,- für die Verfahrenskosten zuerkannt.¹⁶²

Im Hinblick auf Menschenrechtsverletzungen durch eine lange Verfahrensdauer liegt es auch nahe, an Art 6 EMRK zu denken, der ausdrücklich das Recht beinhaltet, dass „innerhalb einer angemessenen Frist“ über eine Sache entschieden wird.

3.8 Verhältnis von Art 8 EMRK zu Art 6 EMRK in familienrechtlichen Angelegenheiten

Lange Verfahren haben vor allem in familienrechtlichen Angelegenheiten besonders negative Auswirkungen auf die Entwicklung familiärer Beziehungen und sind daher möglichst zu vermeiden. Art 8 EMRK verfügt nach europäischer Rechtsprechung über einen prozeduralen Charakter und verpflichtet die Mitgliedstaaten, Verfahren rasch und zügig zu führen.

In der Praxis kann dies zu einer zweiteiligen Prüfung führen: Zunächst erfolgt eine Prüfung nach Art 6 EMRK und bei familienrechtlichen Angelegenheiten noch eine Prüfung nach Art 8 EMRK. Für Art 8 EMRK existieren aber keine dem Art 6 EMRK entsprechenden Kriterien bezüglich der Angemessenheit der Verfahrensdauer, dies hängt vielmehr vom Einzelfall ab. Allerdings werden die Kriterien des Art 6 EMRK auch bei einer Prüfung in Familienangelegenheiten herangezogen, wobei längere Phasen der Untätigkeit besonders negativ zu berücksichtigen sind.¹⁶³

Wenn Art 6 EMRK verletzt ist, kann in Kindschaftssachen aufgrund seines prozeduralen Charakters somit auch eine Verletzung von Art 8 EMRK gegeben sein. Die Ziele sowie die geschützten Interessen von Art 6 EMRK und Art 8 EMRK sind allerdings verschieden. Der EGMR betonte auch im Fall *M.A./Österreich*, dass Art 6 EMRK einen verfahrensrechtlichen Schutz bietet, welcher das Recht einschließt, dass über „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen [...] innerhalb angemessener Frist“ verhandelt wird. Art 8 EMRK, dem verfahrensrechtliche Anforderungen inhärent sind, verfolgt den weitreichenderen Zweck des Schutzes des Familienlebens.

¹⁶² EGMR 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich* Rz 140 ff.

¹⁶³ *Simma*, Angemessene Verfahrensdauer, EF-Z 2014/175.

Daraus ergibt sich in gewissen Fällen die Notwendigkeit, eine Tatsache unter Bedachtnahme auf beide Artikel zu prüfen. Wenn der EGMR jedoch eine Verletzung von Art 8 EMRK festgestellt hat, prüft er die Beschwerde nach Art 6 EMRK nicht gesondert, wenn sich die Beschwerde nach Art 6 EMRK im Wesentlichen auf dieselben Beschwerdepunkte stützt.¹⁶⁴

3.9 Zwischenresümee

In erster Linie wird vom EGMR nicht das Fehlverhalten der österreichischen Gerichte, sondern vielmehr der ihnen zur Verfügung stehende verfahrensrechtliche Rahmen gerügt. Zwar besteht seit dem KindNamRÄG 2013 die Möglichkeit von vorläufigen und vorläufig vollstreckbaren Obsorge- und Kontaktrechtsentscheidungen, ein rascheres Verfahren für Kindesentführungsfälle gibt es allerdings nach wie vor nicht.¹⁶⁵

Art 11 Abs 3 Brüssel IIa-VO bestimmt ausdrücklich, dass das Gericht, bei dem die Rückgabe eines Kindes beantragt worden ist, sich mit gebotener Eile mit dem Antrag zu befassen hat und sich dabei dem zügigsten Verfahren des nationalen Rechts zu bedienen hat. Art 11 HKÜ verlangt von den Behörden des Zufluchtsstaats mit der gebotenen Eile zu handeln. Diese Beschleunigungsgebote gelten auch für das Vollstreckungsverfahren. Eine Nichtbeachtung kann eine Verletzung von Art 6 und Art 8 EMRK bedeuten.¹⁶⁶

Würde der Kontakt zwischen dem Kind und dem getrennt lebenden Elternteil auch während des Verfahrens bestehen bleiben bzw wiederhergestellt werden können, wäre der mit dem Verfahren verbundene Zeitablauf nicht als so gravierend anzusehen, wie etwa im vorliegenden Fall. In Zeiten von sozialen Netzwerken, Skype und Videotelefonie kann auch ohne physische Anwesenheit das Gefühl vermittelt werden, am Leben des Kindes teilzuhaben.¹⁶⁷

Besonders schwierig sind Fälle, bei denen der entführende Elternteil den Kontakt zum anderen Elternteil boykottiert und dadurch eine Entfremdung herbeiführt. Auch Doris Povse hat Treffen zwischen ihrer Tochter und dem Vater nur widerwillig geduldet oder sogar gänzlich verweigert. Eine Wiederezusammenführung erscheint hier oftmals sogar nachteilig

¹⁶⁴ Meyer-Ladewig, EMRK³ Art 6 Rz 258.

¹⁶⁵ Fucik, Zur Achtung des Familienlebens gehört auch die aktive Verpflichtung zu einem effektiv durchsetzbaren Rückstellungsverfahren, iFamZ 2015/81.

¹⁶⁶ OGH 6 Ob 75/13t EF-Z 2013/126.

¹⁶⁷ Fucik, Zur Achtung des Familienlebens gehört auch die aktive Verpflichtung zu einem effektiv durchsetzbaren Rückstellungsverfahren, iFamZ 2015/81.

und führt im Ergebnis dazu, dass der entführende Elternteil für seine Tat, allein durch Zeitablauf, sogar noch belohnt wird. Um derartige Konstellationen zu verhindern, hat der Staat vorbeugende Maßnahmen zu treffen, um einer Entfremdung vorzubeugen.¹⁶⁸

Immer wieder werden Stimmen nach einer amtswegigen Vollstreckung laut, um Verfahren zu beschleunigen. Eine solche Vorgehensweise scheint allerdings wenig praxistauglich. Was passiert etwa, wenn der betroffene Elternteil das Kind nicht abholt? Zwischen den zwei Extremen, einerseits im Vollstreckungsverfahren überhaupt keine Rechtsmittel zuzulassen und andererseits der maßlosen Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen, muss ein vernünftiger Ausgleich gefunden werden, bei dem bereits Vorgebrachtes von tatsächlich Neuem rasch unterschieden werden kann.¹⁶⁹

Die Kommission hat in ihrem Bericht über die Anwendung der Brüssel IIA-VO ebenfalls Probleme bezüglich der Vollstreckung festgestellt. Einige nationale Rechtsordnungen sehen keine Sonderregelungen für die Vollstreckung von familienrechtlichen Entscheidungen vor. Dies hat zur Folge, dass auf die gewöhnlichen Verfahren zurückgegriffen werden muss, welche in Zivil- und Handelssachen zur Anwendung kommen. In diesen Verfahren werden die Besonderheiten, welche im Bereich der elterlichen Verantwortung bestehen, nicht berücksichtigt. Insbesondere auf die Tatsache, dass eine lange Trennung nicht wiedergutzumachende Auswirkungen auf die Eltern-Kind-Beziehung hat, wird nicht Bedacht genommen. Durch die unterschiedlichen Verfahren in den einzelnen MS ist eine rasche und effektive Vollstreckung nur schwer zu verwirklichen. Ein wichtiges politisches Ziel der Union im Zivilprozessrecht ist es, dass die Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten kein Hindernis für die Vollstreckung von zivilrechtlichen Entscheidungen darstellen. In diesem Zusammenhang wird die Kommission die Einführung von gemeinsamen Mindestnormen überprüfen, um insbesondere im sensiblen und kritischen Bereich der Kindesrückführung eine wirksame Anwendung der Verordnung sicherzustellen.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Raptis*, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34.

¹⁶⁹ *Fucik*, Zur Achtung des Familienlebens gehört auch die aktive Verpflichtung zu einem effektiv durchsetzbaren Rückstellungsverfahren, iFamZ 2015/81.

¹⁷⁰ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der VO (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, COM(2014), 225 final.

V SCHLUSSWORTE

Öffentlichkeitswirksam war der Fall Povse allemal: So kehrte Doris Povse mit ihrer Tochter Sofia im Privatjet des Milliardärs Frank Stronach nach Österreich zurück, später schrieb sie ein Buch über die Flucht mit ihrer Tochter und die damit verbundenen Strapazen, zahlreiche Zeitungsartikel und Fernsehinterviews folgten.

Der vorliegende Fall führt abermals vor Augen, dass Kindesentführungsfälle stets heikel sind und auch durch eine völlig strikte und klare Zuständigkeitsverteilung, wie sie die Brüssel IIa-VO bietet, nicht problemlos geklärt werden können.

Die Verordnung beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und setzt das Bestehen eines solchen voraus. In der Praxis zeigt sich allerdings, dass ein völliges Vertrauen in die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten nach wie vor utopisch ist.

Trotz bestehender Regelungen, sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf internationaler Ebene, ist bei schwierigen Kindesentführungsfällen keine angemessene und vor allem rasche Lösung garantiert.

Probleme ergeben sich insbesondere aus der langen Verfahrensdauer und der Zweigleisigkeit. Während im Verbringungsstaat das Rückgabeverfahren läuft, wird im Ursprungsstaat ein Sorgerechtsverfahren anhängig gemacht, was nicht selten zu divergierenden Entscheidungen führt.

Die Gerichte des Ursprungsstaates haben gem Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO das letzte Wort, wobei diese häufig nicht in der Lage sind, sich ein eigenes Bild von der aktuellen Situation zu machen, da sich das Kind mit dem entführenden Elternteil meist schon längere Zeit im Verbringungsstaat aufhält. Das Treffen einer fundierten Entscheidung, in der alle Umstände gebührende Berücksichtigung finden, ist daher schwierig.

Besonders die Vollstreckung stellt ein Problem dar. Auch wenn Rückgabeentscheidungen relativ rasch getroffen werden, vergehen bis zur tatsächlichen Vollstreckung der Entscheidung oft Jahre. Da sich die Vollstreckung nach dem Recht des Verbringungsstaates (Art 47 Brüssel IIa-VO) richtet, bereiten selbst unmittelbar vollstreckbare Entscheidungen nach der Brüssel IIa-VO (Art 40, 42 Brüssel IIa-VO) Probleme.

Im Vordergrund sollte immer das Kindeswohl stehen und nicht die Rückgabe des Kindes unter allen Umständen. Dies kann in gewissen Fällen auch dazu führen, dass ein rechtswidrig verbrachtes Kind nicht mehr in den Ursprungsstaat zurückkehren muss, wenn es sich im Verbringungsstaat bereits eingelebt und einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt hat. In solchen Konstellationen wird der entführende Elternteil zwar nicht mit den Konsequenzen seines Handelns konfrontiert, zum Wohl des Kindes muss dies im gewissen Fällen jedoch in Kauf genommen werden.

In seiner Entscheidung machte der EuGH unmissverständlich klar, wie die Regelungen der Brüssel IIa-VO auszulegen sind. Der EGMR hat die Vereinbarkeit des Systems der Brüssel IIa-VO – und somit auch den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens – mit der EMRK bestätigt, woraufhin die Beschwerde von Povse gegen Österreich als unzulässig zurückgewiesen wurde.

Tenor: Sofia Povse kann eine vermeintliche Grundrechtsverletzung vor den zuständigen italienischen Gerichten geltend machen, erst wenn dieser Weg erfolglos geblieben ist, besteht die Möglichkeit sich an den EGMR zu wenden. Der Vorwurf der völligen Grundrechtsberaubung ist daher absurd.

Dem Vater Mauro Alpago hingegen wurde Schadenersatz zugesprochen, da durch die Säumnis der österreichischen Gerichte bei der Vollstreckung der Rückführungsentscheidung eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens vorlag.

Die Angelegenheit ist damit allerdings noch nicht erledigt, da das Verfahren vor den italienischen Gerichten nach wie vor anhängig ist. Man darf also weiter gespannt sein.

Dieser Fall zeigt in aller Deutlichkeit, wie wichtig gegenseitiges Vertrauen ist, um einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts faktisch und nicht nur theoretisch zu schaffen. Ohne gegenseitiges Vertrauen ist eine wirksame justizielle Zusammenarbeit nicht möglich. Ohne wirksame justizielle Zusammenarbeit – insbesondere ohne automatische Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen eines anderen Mitgliedstaates – kann von einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und Rechts nicht gesprochen werden. Die Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten dürfen kein Hindernis für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen sein.

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentare

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011).

Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze, 2. Auflage (2011).

Gitschthaler/Höllwerth, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013).

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage (2012).

Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. Auflage (2015).

Karpenstein/Mayer, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2015).

Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Auflage (2016).

Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage (2011).

Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage (2012).

Siehr, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, 6. Auflage (2013).

Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage (2012).

Beiträge in Zeitschriften und Sammelbänden

Berka, Grundrechtsschutz durch EuGH und EGMR – Konkurrenz oder Kooperation, ÖJZ 2006/57.

Callewaert, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ZEuS 1/2014, 79.

Coester, Kooperation statt Konfrontation: Die Rückgabe entführter Kinder nach der Brüssel IIa-Verordnung, in FS Schlosser (2005).

Fucik, Kindesentführungen: Letztes Wort zum letzten Wort des Ursprungsstaates? Zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, Povse/Alpago, Zak 2010, 267.

Fucik, VO Brüssel IIa: Rückstellung, Vollstreckung, Zuständigkeit, iFamZ 2010/212.

Fucik, Zur Achtung des Familienlebens gehört auch die aktive Verpflichtung zu einem effektiv durchsetzbaren Rückstellungsverfahren, iFamZ 2015/81.

Gruber, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung bei Kindesentführungen/Anmerkung zu EuGH 1.7.2010, C-211/10 PPU, Povse/Alpago, GPR 2011, 153.

Hable/Posch, Entwicklung im Europarecht 2010/Berichte über die Rechtsentwicklung im öffentlichen Recht in der Europäischen Union, im Bund und in den Ländern im Jahr 2010, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 417.

Halfmeier, EuGH: Vollstreckbarkeit einer Kindesrückgabeentscheidung, LKM 2010, 308104.

Hau/Eichel, Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union in den Jahren 2013 und 2014, GPR 2015, 95.

Kaufhold, Gegenseitiges Vertrauen – Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, 408.

Miklau, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa/“Nicht ohne meine Tochter“ mitten in Europa – oder die Wiedereinführung der väterlichen Gewalt durch die Hintertür, iFamZ 2010, 133.

Miklau, Wandel der EGMR-Judikatur in Kindesentführungssachen, iFamZ 2012/2.

Möckli, Zum Kindeswohl als Leitmaxime bei Rückführungsanordnungen/Wird endlich gut, was lange währt? – Besprechung von EGMR (Große Kammer) 6.7.2010, Appl Nr 41615/07, Neulinger und Shuruk gegen Schweiz, iFamZ 2011, 124.

Monar, Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts, in: *von Bogdandy/Bast (Hrsg): Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage (2009).

Posani, Das Kindeswohl kann der Vollstreckung einer Rückführungsanordnung entgegenstehen, EvBl 2011, 265.

Raptis, Schutzpflichten des Staates in Fällen internationaler Kindesentführung, EF-Z 2007/34.

Sigmund/Fucik, EMRK und Kindeswohlprüfung in (HKÜ-)Rückstellungsverfahren, iFamZ 2014/1.

Simma, Angemessene Verfahrensdauer, EF-Z 2014/175.

Lehrbücher und Monografien

Fischer, Justiz und innere Sicherheit im EU-Recht/Die EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (2014).

Haltern, Europarecht/Dogmatik im Kontext, 2. Auflage (2007).

Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht (2011) 201.

Berka, Die Kodifikation der Europäischen Grundrechte: Grundrechtsschutz durch den Reformvertrag von Lissabon (2009).

Internetquellen

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.1.html
(09.10.2015).

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.5.html
(09.10.2015).

Praxisleitfaden für die Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_de.pdf (17.12.2015).

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der VO (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, COM(2014), 225 final, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial_act_part1_v3_de.pdf (17.12.2015).

Sonstiges

StN GA Sharpston vom 01.07.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*.

StN GA Sharpston vom 16.06.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*.

Judikatur

EuGH

EuGH 20.02.1979, 120/78, *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

EuGH 28.03.2000, C-7/98, *Krombach*.

EuGH 10.06.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*.

EuGH 01.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse/Alpago*.

EuGH 15.01.2015, 4097/13, *M.A./Österreich*.

EGMR

EGMR 30.06.2005, 4036/98, *Bosphorus Airways/Irland*.

EGMR 06.07.2010 (GK), 41615/07, *Neulinger und Shuruk/Schweiz*.

EGMR 21.01.2011, 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland*.

EGMR 15.03.2012, 25951/07, *Gas und Dubios/Frankreich*.

EGMR 06.12.2012, 12323/11, *Michaud/Frankreich*.

EGMR 18.06.2013, 3890/11, *Sofia Povse und Doris Povse/Österreich*.

EGMR 07.11.2013 (GK), 29381/09, 32684/09, *Valliantos ua/Griechenland*.

EGMR 03.06.2014, 10280/12, *Lopez Guio/Slowakei*.

OGH

OGH 6 Ob 75/13t EF-Z 2013/126.