

## DIE RECHTSLAGE DER MINDERJÄHRIGEN IM INTERNATIONALEN RECHT UND DIE ENTWICKLUNG IN DIESEM BEREICH

Prof. Dr. Kurt SIEHR\*

### A) PROBLEME

Vor ziemlich genau 40 Jahren, nämlich im Herbst 1956, fand im Haag die 8. Session der Haager Konferenz für internationales Privatrecht statt, die zweite Session nach Ende des Zweiten Weltkrieges. Damit begann die moderne Entwicklung des internationalen Kindesrechts, und zwar mit den Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1958 über das anwendbare Recht auf Unterhaltsansprüche von Kindern<sup>1</sup> und über die Anerkennung von Entscheidungen über Unterhaltsansprüche von Kindern<sup>2</sup>. Seitdem hat die Haager Konferenz sechs weitere Konventionen zum Kindesrecht fertiggestellt, genauer zum Minderjährigenschutz (1961)<sup>3</sup>, zwei Konventionen zum Adoptionsrecht (1965 und 1993)<sup>4</sup>, zwei Übereinkommen zum Unterhaltsrecht (1973)<sup>5</sup> und zur Kindesentführung

---

\* Zürich Üniversitesi Öğretim Üyesi.

1 Übereinkommen vom 24.10.1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht, in : Conférence de La Haye de droit international privé (Hrsg.), Recueil des Conventions (1951-1988), Den Haag 1988, 32.

2 Übereinkommen vom 15.4.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern, in Recueil (oben N. 1) 36.

3 Übereinkommen vom 5.10.1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, in : Recueil (oben N. 1) 42.



(1980)<sup>6</sup>. Gegenwärtig wird eine Revision des Minderjährigenschutzabkommens von 1961 vorbereitet und ist im Herbst 1996 auf der 18. Haager Session abgeschlossen worden<sup>7</sup>.

Doch nicht nur die Haager Konferenz hat sich mit dem Kindesrecht befasst. Ebenfalls der Europarat<sup>8</sup>, die Internationale Zivilstandskommission (CIEC)<sup>9</sup>, die Vereinten Nationen<sup>10</sup> und die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS)<sup>11</sup> haben Übereinkommen zum Kindesrecht ausgearbeitet und den Mitgliedstaaten zur Ratifikation empfohlen. Selbst die EG sind auf dem Gebiet des Unterhaltsrechts tätig geworden<sup>12</sup>. Heute gelten in manchen westeuropäischen Staaten zehn und mehr multilaterale Übereinkommen über das Kindesrecht<sup>13</sup>.

All diese Übereinkommen haben drei grössere Probleme zum Gegenstand: (1) materielles Sachrecht (Europäisches Adoptions-Übereinkommen, UN-Übereinkommen über die Rechte von Kindern), (2) das internationalprivatrechtliche Verweisungsrecht (z.B. viele Haager Übereinkommen) und (3) die internationale Zusammenarbeit als Beispiel für die Durchsetzung kindesrechtlicher Massnahmen (Haager Anerkennungs-Über-

- 
- 4 Übereinkommen vom 15.11.1965 über die behördliche Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Annahme an Kindes Statt, in: *Recueil* (oben N. 1) 64; Übereinkommen vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet internationaler Adoption, *Rev. crit.* 82 (1993) 506.
  - 5 Übereinkommen vom 2.10.1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht und Übereinkommen vom 2.10.1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen, in: *Recueil* (oben N. 1) 218 und 202.
  - 6 Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, in: *Recueil* (oben N. 1) 264.
  - 7 Vgl. *Conférence de La Haye de droit international privé* (Hrsg.), *Revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs. Avantprojet de Convention sur la protection des enfants adopté par la Commission spéciale et Rapport de Paul Lagarde, Document préliminaire No. 7 de mars 1996.* Die fertige Konvention ist abgedruckt in: *Conférence de La Haye de droit international privé* (Hrsg.), *Recueil des Conventions (1951-1996)*, Den Haag 1997, 378. Hierzu *Siehr*, *Rabels Z* 62 (1998) Heft 3.
  - 8 Europäisches Übereinkommen vom 24.4.1967 über die Adoption von Kindern: *European Treaty Series* No. 58; Europäisches Luxemburger Übereinkommen vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen betreffend das Sorgerecht für Kinder und über die Wiederherstellung des Sorgerechts: *European Treaty Series* No. 105.
  - 9 Übereinkommen vom 14.9.1961 über die Erweiterung der Zuständigkeit der Behörden, vor denen nicht-eheliche Kinder anerkannt werden können; Übereinkommen vom 10.9.1970 über die Legitimation durch nachfolgende Ehe, alle Übereinkommen in: *CIEC* (Hrsg.), *Conventions et Recommendations (1956-1980)* (1981) 51, 55 und 104.
  - 10 New Yorker UN-Übereinkommen vom 2.06.1956 über die Geltendmachung von Unterhaltspflichten im Ausland, 268 UNTS 3, 32; 649 UNTS 330; UN-Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 II 121.
  - 11 Zum interamerikanischen Adoptionsübereinkommen vom 24.5.1984, Unterhaltsübereinkommen vom 15.7.1989 und Kindesentführungsübereinkommen vom 15.7.1989 vgl. *RabelsZ* 56 (1992) 45, 157 und 163, und hierzu *Samtleben*, *Neue interamerikanische Konventionen zum IPR*: *RabelsZ* 52 (1992) 1-115 (10-18, 40-52).
  - 12 EWG Übereinkommen vom 6.11.1990 über die Vereinfachung der Verfahren zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, bei: *Jayme/Hausmann*, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 7. Aufl., MünchK 1994, 485.
  - 13 In der Bundesrepublik z.B. gelten heute (1.1.1996) 12 Übereinkommen der oben in N. 1-6, 8-10 aufgezählten Konventionen, in der Schweiz 11 und in Österreich 10.



einkommen, Entführungs-Konventionen, Haager Adoptions-Übereinkommen von 1993). Ich will mich im folgenden mit laufenden Arbeiten der Haager Konferenz für internationales Privatrecht befassen, mit Arbeiten, die sich um die Revision des Haager Minderjährigenschutz-Übereinkommens (MSÜ) bemühen und die dabei fast alle Aspekte des Kindesrechts berühren.

## **B) REVISION DES MSÜ**

### **I. Vorbereitung der 18. Session**

Schon frühzeitig wurde die Revision des MSÜ auf die Tagesordnung der 18. Session der Haager Konferenz gesetzt<sup>14</sup>. Die Arbeiten begannen im Juni 1994 mit der ersten Sitzung der Spezialkommission, die im September 1995 nach drei Sitzungen ihre Arbeit unter Vorsitz des deutschen Ministerialrats Jörg Pirrung und mit Paul Lagarde als Berichterstatter beendete. An den vorbereitenden Sitzungen beteiligten sich von den gegenwärtig Mitgliedstaaten der Haager Konferenz nur 29 Mitgliedstaaten aus allen Erdteilen, 10 Nichtmitgliedstaaten waren durch Repräsentanten vertreten, und 15 internationale und Nichtregierungsorganisationen hatten Beobachter entsandt. Bei der Ausarbeitung des MSÜ nur der 9. Session der Haager Konferenz von 1960 waren nur 17 Staaten vertreten, das waren damals fast alle der 19 Mitgliedstaaten der Haager Konferenz. Dass die heute grössere Zahl der Sessionsteilnehmer Probleme mit sich bringt, versteht sich von selbst. Trotzdem ist es schade, dass nicht alle der über 40 Mitgliedstaaten der Haager Konferenz bei den Sitzungen der Spezialkommission zur Vorbereitung der 18. Session vertreten waren.

### **II. Bisherige Revisionsergebnisse**

Ein wesentliches Charakteristikum des MSÜ soll erhalten bleiben. Auch die revidierte Konvention wird - wie Art. 1 Abs. 1 des Vorentwurfs zum neuen MSÜ (VE) in seinen lit. a-e aufzählt<sup>15</sup> - primär die Zuständigkeit von Kinderschutzbehörden regeln, das von diesen Instanzen anzuwendende Recht und das Statut der gesetzlichen Sorge bestimmen, zur Anerkennung von Schutzmassnahmen verpflichten und Vorschriften über die internationale Zusammenarbeit der Kinderschutzbehörden aufstellen. Gleichwohl soll diese Struktur des Übereinkommens durch zahlreiche Neuerungen ergänzt werden.

<sup>14</sup> Vgl. Actes et documents de la seizième session, 3 au 20 Octobre 1988, hrsg. Conférence de la Haye, de droit international privé I (Den Haag 1991) 34 f.

<sup>15</sup> Der Vorentwurf zum neuen MSÜ (VE) ist in französischer und englischer Fassung abgedruckt in: Document préliminaire No. 7 (oben N. 7) 10-25.



## 1. Anwendungsbereich des neuen MSÜ

Der Anwendungsbereich des geltenden MSÜ wird in zweierlei Hinsicht eingeschränkt, zum einen durch Art. 12 (der Minderjährige muss sowohl nach seinem Heimatrecht als auch nach seinem Aufenthaltsrecht minderjährig sein) und andererseits durch Art. 13 Abs. 1 (der Minderjährige muss in einem Vertragsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben). Diese Einschränkungen beseitigt der VE. Nach Art. 2 VE soll das neue Übereinkommen für alle Kinder seit ihrer Geburt bis zur Vollendung ihres 18. Lebensjahres gelten. Auf eine dem Art. 13 Abs. 1 MSÜ entsprechende Vorschrift wird verzichtet. Vielmehr wird bei jedem der fünf Fragenkomplexe des Art. 1 Abs. 1 VE (Kapitel II-V des VE) gesagt, welche Beziehung zu einem Vertragsstaat bestehen muss.

Diskutiert wurde, ob besondere Vorschriften für Flüchtlingskinder, Kinder aus Regionen innerstaatlicher Unruhen und Kinder ohne gewöhnlichen Aufenthalt aufgenommen werden sollten. Im Ergebnis wurden lediglich besondere Zuständigkeiten für solche Kinder geschaffen (s. unten B II 2).

Der Begriff von Schutzmassnahmen (mesures, measures) bleibt derselbe wie bisher. Art. 4 VE zählt beispielhaft einige typische Schutzmassnahmen auf<sup>16</sup> und Art. 3 VG bestimmt, welche Vorgänge vom VE nicht erfasst werden. Auch hierbei ergibt sich keine Änderung zur heute geltenden Rechtslage.

## 2. Zuständigkeiten

### a) Geltendes Recht und Vorentwurf

Das geltende MSÜ regelt die Zuständigkeiten der Kinderschutzbehörden besonders kompliziert; denn die eingangs formulierte Aufenthaltszuständigkeit (Art. 1) wird einerseits durch Vorbehalte zugunsten gesetzlicher Gewaltverhältnisse (Art. 3) und der Staatsangehörigkeitszuständigkeit (Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 3) eingeschränkt und andererseits für Fälle ernsthafter Gefährdung unabhängig von diesen Einschränkungen wieder erweitert (Art. 8 Abs. 1). Daneben besteht eine Eilzuständigkeit (Art. 9). Dieses Geflecht von Regel, Ausnahmen und Korrekturen ist das Ergebnis von Versuchen, das Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsprinzip miteinander zu versöhnen. Diese Kompromisse haben sich in der Praxis nicht bewährt: Art. 3 MSÜ wird einschränkend ausgelegt<sup>17</sup>, das Evokationsrecht des Heimatstaates (Art. 4 Abs. 1 MSÜ) sowie die Bestandsfestigkeit von Schutzmassnahmen des Heimatstaates (Art. 5 Abs. 3 MSÜ) wirken störend und führen zur Ausdehnung der Gefährdungszuständigkeit.

<sup>16</sup> Art. 4 lit. e VE nennt auch die islamisch-rechtliche kafala als Schutzmassnahme. Das ist wohl richtig; denn sie wird von der Haager Adoptionskonvention von 1993 nicht erfasst.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu zusammenfassend Siehr in Münchener Kommentar zum BGB, 2. Aufl., Bd. 7, München 1990, Anhang zu Art. 19 EGBGB, RdNr. 110-120.



Die Korrektur dieser gegenwärtig geltenden Zuständigkeitsordnung ist eines der Hauptanliegen der Revisionsbestrebungen. Die neue Kompetenzregelung im Kapitel II des Vorentwurfs (Artt. 5-10) sieht folgendes vor: Primär sind die Gerichte und Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zuständig (Art. 5 VE). Diese Instanzen können andere Staaten bitten, tätig zu werden (Artt. 6, 7 VE). Ausserdem gibt es eine Eilzuständigkeit (Art. 8) und eine Zuständigkeit für territorial begrenzte Massnahmen (Art. 9). Im einzelnen bedeutet dies folgendes.

### **b) Aufenthaltszuständigkeit**

Die Gerichte und Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes sind primär für Schutzmassnahmen zugunsten der Person und des Vermögens des Kindes zuständig (Art. 5 Abs. 1 VE). Diese Zuständigkeit gilt uneingeschränkt, wird also weder durch das Bestehen gesetzlicher Gewaltverhältnisse noch durch andere Zuständigkeiten limitiert. Damit sollen zukünftig die Schwierigkeiten mit den Vorbehalten in Art. 1 MSÜ entfallen.

Die Aufenthaltszuständigkeit wird in Art. 5 Abs. 3 VE für Flüchtlingskinder und für Kinder, die wegen innerstaatlicher Unruhen ins Ausland verschlagen werden, ergänzt: Die Gerichte und Behörden des Staates, in dem sich diese Kinder befinden (*sont présents, are present*), sind für Schutzmassnahmen zuständig. Dasselbe gilt für Kinder, deren gewöhnlicher Aufenthalt nicht festgestellt werden kann (Art. 5 Abs. 4 VE). Durch diese beiden Absätze soll verhindert werden, dass sich die Vertragsstaaten des neuen Übereinkommens um gewisse Kinder, die ganz besonders des Schutzes bedürfen, nicht kümmern. Dass es hierbei zur positiven Kompetenzkonflikten zwischen den Aufenthaltsbehörden und den Anwesenheitsinstanzen kommen kann, ist als geringeres Übel hinzunehmen.

Art. 5 Abs. 2 VE stellt sicher, dass mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes die Gerichte und Behörden des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes zuständig werden. Die am alten gewöhnlichen Aufenthalt angeordneten Schutzmassnahmen bleiben jedoch bestehen, bis sie von zuständigen Instanzen verändert, ersetzt oder beendet werden (Art. 10 VE).

### **c) Forum non conveniens, forum conveniens**

Die gestiegene Bedeutung der Aufenthaltszuständigkeit kommt deutlich in den Artt. 6 und 7 VE zum Ausdruck.

#### *(1) Forum non conveniens*

Wenn die Instanzen am gewöhnlichen Aufenthalt meinen, Instanzen in einem anderen Vertragsstaat könnten im Einzelfall das Wohl des Kindes besser beurteilen, dürfen sie entweder diese Instanzen um Übernahme der Angelegenheit bitten oder ihre Ent-



scheidung solange hinausschieben, bis die Parteien selbst sich an diese geeigneteren Instanzen wenden und vor ihnen ein Verfahren beginnen (Art. 6 Abs. 1 VE).

Art. 6 Abs. 2 VE bezeichnet diejenigen Vertragsstaaten, an deren Instanzen sich die Aufenthaltsbehörden oder die Parteien um Übernahme des Falles wenden können: ein Heimatstaat des Kindes; ein Staat, in dem Vermögen des Kindes belegen ist; ein Staat, in dem ein Verfahren auf Scheidung, Trennung, Aufhebung der Ehe der Kindeseltern anhängig ist; ein Staat, zu dem das Kind eine enge Beziehung hat. Erklärt sich ein solcher Staat zur Übernahme der Angelegenheit bereit, ist er anstelle des Aufenthaltsstaates zuständig (Art. 6 Abs. 4 VE).

### (2) *Forum conveniens*

Die in Art. 6 Abs. 2 VE genannten Vertragsstaaten können nicht nur auf Bitten der Aufenthaltsbehörden nach Art. 6 Abs. 1 und 4 VE zuständig werden. Sie dürfen auch von sich aus die Initiative ergreifen und entweder den Aufenthaltstaat um Ermächtigung zur Übernahme der Sache bitten oder ihr eigenes Verfahren aussetzen und die Parteien auffordern, im Aufenthaltsstaat ihre Anträge zu stellen (Art. 7 Abs. 1 VE). Wenn der Aufenthaltsstaat diese Ermächtigung ausspricht oder nach Ablauf von sechs Monaten seit Zugang der Bitte nicht antwortet, so sind die Instanzen des ersuchenden Vertragsstaates international zuständig (Art. 7 Abs. 3 VE).

### (3) *Gemeinsames*

Abweichend von den Artt. 4 Abs. 1, 15 Abs. 1 MSÜ sind die Heimat- und Scheidungsbehörden nicht mehr kraft eigener Entscheidungsgewalt zuständig. Notwendig ist eine ausdrückliche oder zumindest stillschweigende Ermächtigung durch den Aufenthaltstaat. Dies hat Bedeutung für die Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften (Kapitel IV; s. unten B II 4); denn nur bei Fehlen einer solchen Ermächtigung braucht die Entscheidung mangels Anerkennungszuständigkeit nicht anerkannt zu werden (Art. 14 Abs. 2 lit. a VE).

### d) **Eilzuständigkeit**

In Eilfällen (*cas d'urgence*, *cases of urgency*) ist jeder Vertragsstaat zuständig, für das in seinem Staatsgebiet anwesende Kind oder belegene Vermögen die notwendigen Schutzmassnahmen zu treffen (Art. 8 Abs. 1 VE). Diese Schutzmassnahmen entfallen, sobald die normalerweise zuständigen Instanzen (Artt. 5-7 VE) die erforderlichen Massnahmen ergriffen haben (Art. 8 Abs. 2 VE). Diese Vorschrift übernimmt fast wörtlich den Art. 9 MSÜ. Nach dem Vorentwurf wird nun ausdrücklich klargestellt, dass Eilmassnahmen bis zu deren Änderung in allen Vertragsstaaten anzuerkennen sind (Art. 14 Abs. 2 lit. a VE).



### e) Zuständigkeit für vorläufige Massnahmen territorialer Geltung

Neu ist die in Art. 9 Abs. 1 VE geregelte Zuständigkeit für vorläufige Massnahmen territorialer Geltung (*mesures provisoires d'effet territorial, provisional measures of territorial effect*). Jeder Vertragsstaat, auf dessen Territorium sich das Kind aufhält (*se trouve, is present*) oder sich Vermögen des Kindes befindet, kann diese Zuständigkeit in Anspruch nehmen, sofern diese vorläufigen Massnahmen mit solchen der normalerweise zuständigen Instanzen (Artt. 5-7 VE) nicht unvereinbar sind.

Durch diese Zuständigkeitsvorschrift sollen die Vertragsstaaten in die Lage versetzt werden, selbst dann vorläufig und territorial beschränkt zu helfen, wenn - wie z.B. bei Ferienaufenthalt von Kindern - keine Eilfälle zu bewältigen sind. Diese vorläufigen Massnahmen treten wie bei den Eilmassnahmen ausser Kraft, sobald die normalerweise zuständigen Instanzen (Artt. 5-7 VE) die erforderlichen Massnahmen getroffen haben (Art. 9 Abs. 2 VE).

### f) Zwischenergebnis

Die vorgeschlagene Zuständigkeitsordnung des Vorentwurfs ist sehr viel besser als im geltenden MSÜ. Die Artt. 6 und 7 VE (*forum non conveniens, forum conveniens*) mögen wegen der erforderlichen zwischenstaatlichen Kooperation schwierig zu bewältigen sein, sind jedoch sehr viel zutreffender als die Artt. 4 Abs. 1 und 15 Abs. 1 MSÜ, die entweder die Aufenthaltszuständigkeit ganz verdrängen oder mit ihr konkurrieren. Vollständig entfällt im Vorentwurf ein missglückter Kompromiss nach dem Muster von Artt. 1 und 3 MSÜ. Das ist gut so.

## 3. Anwendbares Recht

### a) Geltendes Recht und Vorentwurf

Das MSÜ ist die erste Haager Konvention, welche für Schutzmassnahmen die Anwendung der *lex fori in foro proprio* anordnet (Artt. 2, 4 Abs. 2 MSÜ). Diese einfache und sachgerechte Regelung wird dadurch kompliziert, dass der Art. 3 MSÜ für gesetzliche Gewaltverhältnisse das Heimatrecht des Kindes beruft. Hierauf bestanden seinerzeit gewisse Staaten, die am Staatsangehörigkeitsprinzip festhalten wollten.

Der Vorentwurf in seinem Kapitel III (Artt. 11-13 VE) über das anwendbare Recht hält an der Grundkonzeption des MSÜ fest, korrigiert verunglückte Kompromisse und zieht gewisse Schlüsse aus bisherigen Erfahrungen.



## b) Schutzmassnahmen

Nach Art. 11 Abs. 1 VE bleibt es bei der Anwendung des Sachrechts des Staates, der für die Anordnung von Schutzmassnahmen zuständig ist. Diese bewährte Regelung wird in zweierlei Weise modifiziert. Zum einen erlaubt Art. 11 Abs. 2 VE, dass die zuständigen Instanzen ausnahmsweise das Recht eines Staates anwenden dürfen, mit dem der Fall enge Beziehungen aufweist. Das gilt unter Umständen für den Verkauf von Vermögen, das ausserhalb des Aufenthaltsstaates belegen ist, und die Anwendung der *lex rei sitae* oder für die Person des Kindes und die Anwendung oder Berücksichtigung seines Heimatrechts.

Zum anderen befasst sich Art. 11 Abs. 3 VE mit einem bisher ungeregelten Problem, das bei einem Statutenwechsel auftritt. Zwar bleibt eine Schutzmassnahme nach einem Aufenthaltswechsel solange bestehen, bis die danach zuständigen Instanzen neue Massnahmen treffen. Jedoch sollen die fortbestehenden Schutzmassnahmen nach dem Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthalt angewandt und ausgeübt werden (Art. 11 Abs. 3 VE). Es mag schwierig sein, bei einer Schutzmassnahme deren Bestehen von ihrer Ausübung zu unterscheiden, jedoch dürfte dies einfacher sein als die umfassende Anwendung ausländischen Rechts im Staat des neuen gewöhnlichen Aufenthalts.

## c) Gesetzlich und vereinbarte Gewaltverhältnisse

Anstelle des Art. 3 MSÜ soll nun Art. 12 VE die gesetzlichen Gewaltverhältnisse regeln. Aus der kürzesten Vorschrift des MSÜ ist im Vorentwurf die Norm mit den meisten Absätzen, nämlich sechs Absätzen geworden. Nichts kennzeichnet besser die Schwierigkeit mit gesetzlichen Gewaltverhältnissen in einem Übereinkommen über Kinderschutzmassnahmen.

### (1) Anwendbares Recht

Ein kraft Gesetzes entstehendes oder erlöschendes Gewaltverhältnis untersteht nach Art. 12 Abs. 1 VE dem internen Recht des Staates, in dem das Kind im Zeitpunkt der Erstehung oder des Erlöschens seinen gewöhnlichen Aufenthalt besitzt. Mit diesem Bekenntnis zum Aufenthaltsprinzip auch beim gesetzlichen Gewaltverhältnis vermeidet der neue Art. 12 Abs. 1 VE für die meisten Fälle, dass zwei Rechtsordnungen (Heimat- und Aufenthaltsrecht) gleichzeitig geprüft werden müssen.

Was für gesetzliche Gewaltverhältnisse angeordnet wird, gilt kraft des Art. 12 Abs. 2 VE auch für Gewaltverhältnisse, die durch Vereinbarung oder einseitigen Akt ohne Intervention staatlicher Instanzen begründet oder beendet werden. Hierdurch soll eine bisher bestehende Lücke für diejenigen Rechtsordnungen geschlossen werden, in denen wie z.B. in einigen skandinavischen Rechtsordnungen die Gerichte oder Behörden



manchmal eine Sorgerechtsvereinbarung der Eltern nur zu registrieren, aber nicht zu prüfen haben<sup>18</sup>.

### (2) Statutenwechsel

Im Gegensatz zu Art. 3 MSÜ spielt ein Statutenwechsel bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eine grosse Rolle. Art. 12 Abs. 3 und 4 VE regelt zwei Fragen, die bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zu beantworten sind. Ebenso wie bei Schutzmassnahmen (vgl. Artt. 10 und 11 Abs. 3 VE) bleiben gesetzlich oder vereinbarte Gewaltverhältnisse nach einem Statutenwechsel bestehen und werden lediglich nach dem Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthalt ausgeübt (Art. 12 Abs. 3 VE).

Bestand vor dem Statutenwechsel nach dem alten Aufenthaltsrecht kein Gewaltverhältnis gemäss Art. 12 Abs. 1 oder 2 VE; so gilt nach dem Statutenwechsel hierfür das neue Aufenthaltsrecht (Art. 12 Abs. 4 VE). Diese Vorschrift stellt klar, dass die Negerung eines gesetzlichen oder vereinbarten Gewaltverhältnisses nach altem Recht das neue Aufenthaltsrecht nicht hindert, seine Normen kraft Gesetzes oder Vereinbarung anzuwenden. Ein ähnliches Problem gibt es unter dem MSÜ ganz unabhängig von einem Statutenwechsel: Verneint das Heimatrecht ein gesetzliches Gewaltverhältnis gemäss Art. 3 MSÜ, gilt dann subsidiär das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt für gesetzliche Gewaltverhältnisse?<sup>19</sup> Nach dem Vorentwurf entfällt diese Fragestellung.

### (3) Bestandskraft gesetzlicher oder vereinbarter Gewaltverhältnisse

Da die Zuständigkeiten des Vorentwurfs nicht unter dem Vorbehalt eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses stehen (wie in Art. 1 MSÜ im Hinblick auf Art. 3 MSÜ), kann Art. 12 Abs. 5 VE klarstellend formulieren: Gesetzliche und vereinbarte Gewaltverhältnisse dürfen von zuständigen Instanzen durch Schutzmassnahmen beendet oder hinsichtlich der Ausübung modifiziert werden.

### (4) Vorbehaltsklausel

Wo für das zuständige Gericht durch Art. 12 VE ausländisches Recht berufen wird, darf dessen Anwendung nur dann verweigert werden, wenn dies offensichtlich dem *ordre public*, insbesondere dem Wohl des Kindes widersprechen würde (Art. 12 Abs. 6 VE). Dies ist neben Art. 14 Abs. 2 lit. d VE die einzige Vorbehaltsklausel des Vorentwurfs. Er vermeidet zu Recht eine allgemeine Vorbehaltsklausel nach dem Vorbild des Art. 16 MSÜ.

<sup>18</sup> Eine solche Registrierung gilt nicht als staatliche Intervention im Sinne des Art. 12 Abs. 2 VE: Vgl. *Lagarde*, Rapport de la Commission speciale, Doc.prel. No. 7 (oben N. 7) 27-107 (80 FN. 2).

<sup>19</sup> Vgl. hierzu *Kropholler* bei *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Haager Kindschaftsrecht (1979), Vorbem. zu Art. 18 EGBGB, RdNr. 49 ff.



#### **d) Schutz Dritter**

Neu ist Art. 13 VE über den Schutz Dritter. Schliesst ein Dritter mit einer im Namen des Kindes handelnden Person ein Rechtsgeschäft ab und vertraut er auf deren Vertretungsmacht nach dem Recht am Abschlussort, so macht sich weder der Dritte haftbar, noch kann die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts allein deswegen bestritten werden, es sei denn, dass der Dritte wusste oder wissen musste, dass die Vertretungsmacht von einem anderen Recht gemäss Art. 11 oder 12 VE bestimmt wurde. Diese Regelung dehnt zum ersten Mal auf das kindesrechtliche Vertretungsrecht eine Regelung aus, die bisher nur für die Rechts-, Geschäfts und Handlungsfähigkeit bekannt war<sup>20</sup>.

#### **e) Zwischenergebnis**

Die vorgeschlagenen Regelungen zum anwendbaren Recht sind sehr viel besser als die heute geltenden Vorschriften. Insbesondere ist bei gesetzlichen Gewaltverhältnissen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt zu begrüssen. Dass dieses Verhältnis nach einem Statutenwechsel aufrecht erhalten bleibt, mag für manche Rechtsordnungen neu sein. Gleichwohl ist diese Lösung zusammen mit Art. 12 Abs. 4 VE (neues Aufenthaltsrecht gilt für Person, die bisher keine Gewalt innehatte) sinnvoll und vorzuziehen.

### **4. Anerkennung und Vollstreckung**

#### **a) Geltendes Recht und Vorentwurf**

Das MSÜ mit seinem Art. 7 über die Anerkennung ausländischer Entscheidungen über Schutzmassnahmen ist in zweierlei Hinsicht recht unvollkommen. Zu einem verpflichtet diese Vorschrift nicht zur Anerkennung aller Entscheidungen; denn nach Art. 8 Abs. 2 und 15 Abs. 2 MSÜ brauchen Entscheidungen des Richters mit Gefährdungszuständigkeit und des Ehescheidungsrichters nicht anerkannt zu werden. Zum anderen regelt das MSÜ nicht die Vollstreckung von Kindeschutzmassnahmen (Art. 7 Satz 2 MSÜ).

Diese Unvollkommenheiten will das neue Übereinkommen beseitigen, und zwar in seinem Kapitel IV über die Anerkennung und Vollstreckung (Artt. 14-19 VE).

#### **b) Anerkennung von Schutzmassnahmen**

Nach Art. 14 Abs. 1 VE sind die von einem Vertragsstaat angeordneten Schutzmassnahmen in den anderen Vertragsstaaten automatisch anzuerkennen, und die Anerkennung darf nur wegen der in Art. 14 Abs. 2 VE genannten Gründe abgelehnt werden :

<sup>20</sup> Vgl. etwa Art. 12 EGBGB, Art. 36 schweiz. IPRG, Art. 11 EVÜ.



- fehlende Zuständigkeit der Entscheidungsinstanz nach Kapitel II des Übereinkommens (Art. 14 Abs. 2 lit. a VE),
- abgesehen von Eilmassnahmen, fehlendes rechtliches Gehör für das Kind oder dessen Vertreter (Art. 14 Abs. 2 lit. b VE),
- abgesehen von Eilfällen, fehlendes rechtliches Gehör für eine Person, deren elterliche Gewalt durch die Entscheidung beeinträchtigt wird (Art. 14 Abs. 2 lit. c VE),
- offensichtlicher Verstoss gegen den *ordre public*, und zwar unter Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 14 Abs. 2 lit. d VE),
- Unvereinbarkeit mit einer späteren Entscheidung eines Nichtvertragsstaates am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, wenn diese Entscheidung im ersuchten Staat die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt (Art. 14 Abs. 2 lit. e VE).

Nach Art. 16 VE sind die anerkennenden Instanzen an die Feststellung derjenigen Tatsachen gebunden, mit denen die entscheidende Instanz ihre Zuständigkeit begründet hat. Auch darf die ausländische Entscheidung in der Sache nicht nachgeprüft werden (Art. 18 VE). Trotz der automatischen Anerkennung gemäss Art. 14 Abs. 1 VE kann jede interessierte Person in jedem Vertragsstaat eine Bescheinigung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung verlangen (Art. 15 VE).

### c) Vollstreckung von Schutzmassnahmen

Nach Art. 17 Abs. 1 VE sind Schutzmassnahmen, die in Vertragsstaaten getroffen wurden und die einer Vollstreckung bedürfen, in jedem anderen Vertragsstaat zu vollstrecken. Diese Vollstreckung darf nur aus denselben Gründen abgelehnt werden, die auch zur Ablehnung einer Anerkennung berechtigen (Art. 17 Abs. 3, 14 Abs. 2 VE).

Eine nach dem Verfahren des ersuchten Staates für vollstreckbar erklärte Entscheidung (Art. 17 Abs. 1, 2 VE) soll ebenso vollstreckt werden wie eine Entscheidung des Vollstreckungsstaates (Art. 19 VE).

### d) Zwischenergebnis

Der Vorentwurf verbessert in seinem Kapitel IV über die Anerkennung und Vollstreckung das MSÜ ganz erheblich; denn nun sollen in Zukunft auch vollstreckungsbedürftige Schutzmassnahmen nach dem neuen Übereinkommen durchsetzbar sein. Damit wird der Kinderschutz erheblich verbessert.

## 5. Zwischenstaatliche Zusammenarbeit

### a) Geltendes Recht und Vorentwurf

Die zwischenstaatliche Zusammenarbeit wird im MSÜ nur unvollkommen gere-



gelt. Nach Art. 4 Abs. 1 MSÜ haben Heimatbehörden die Instanzen am gewöhnlichen Aufenthalt zu verständigen. Dasselbe gilt ganz allgemein gemäss Art. 10 MSÜ für die Abänderung oder Aufhebung ausländischer Massnahmen, und nach Art. 11 MSÜ sind getroffene Entscheidungen dem Ausland mit Zuständigkeiten nach dem MSÜ mitzuteilen. Diese Zusammenarbeit dürfte nur in seltenen Fällen funktioniert haben.

Der Vorentwurf für ein neues Übereinkommen widmet sein Kapitel V (Artt. 20-25) der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit (*coopération, co-operation*) und macht allein dadurch bereits deutlich, dass die Zusammenarbeit mehr Bedeutung gewinnen soll und deshalb ausführlicher Regelungen bedarf.

### **b) Zentralbehörden**

Nach Art. 20 VE muss jeder Vertragsstaat eine Zentralbehörde (*Autorité central, Central Authority*) benennen, die alle Aufgaben erfüllen sollen, welche das Übereinkommen den Vertragsstaaten auferlegt. Hierbei können die Mitgliedstaaten der Haager Konferenz bereits auf Erfahrungen und Organisationsstrukturen zurückgreifen, die sie mit dem Haager Entführungsübereinkommen von 1980<sup>21</sup> und dem Haager Adoptionsübereinkommen von 1993<sup>22</sup> gesammelt haben.

### **c) Aufgaben der Zentralbehörden**

Ausser der allgemeinen Pflicht zur Zusammenarbeit (Art. 21 Abs. 1 VE) verpflichtet der Vorentwurf die Vertragsstaaten zur Information :

- über ihr Recht und die Hilfeleistungen für Fälle des Kindesschutzes (Art. 21 Abs. 2 VE);
- über die Adresse eines hilfsbedürftigen Kindes im ersuchten Staat (Art. 22 lit. c VE);
- über Nachrichten, die für das Ergreifen von Schutzmassnahmen im ersuchenden Staat notwendig oder nützlich sind (Art. 23 Abs. 1 VE); diese Auskunft kann jedoch verweigert werden, wenn die Übermittlung der Information das Kind oder eines seiner Familienmitglieder einer Gefahr aussetzen würde (Art. 23 Abs. 2 VE);
- über Gefahren für ein Kind, das seinen Aufenthalt gewechselt hat oder in einem anderen Vertragsstaat anwesend ist (Art. 25 VE).

Hilfspflichten ergeben sich aus verschiedenen Vorschriften :

- Erleichterung der Mitteilungen und Angebot zur Hilfe, wo dies nach den Artt. 6 (*forum non conveniens*), 7 (*forum conveniens*) 23 (Informationen über das Kind) und 24 (Hilfe bei Ausführung von Schutzmassnahmen) VE notwendig ist (Art. 22 lit. a VE);

<sup>21</sup> Vgl. Art. 6 Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 (s. oben N. 6).

<sup>22</sup> Vgl. Art. 6 Haager Übereinkommen 29.5.1993 (oben N. 4).



- Verwirklichung vereinbarter Schutzregelungen durch Vermittlung, Vergleiche oder andere Mittel (Art. 22 lit. b VE);

- Hilfe bei der Realisierung von Schutzmassnahmen, insbesondere bei der wirksamen Ausübung von Besuchsrechten und bei der Aufrechterhaltung direkter und regelmässiger Beziehungen (Art. 24 VE).

#### **d) Zwischenergebnis**

Die zwischenstaatliche Zusammenarbeit wird unter dem neuen Übereinkommen wegen der Zentralbehörden wirksamer sein als bisher. Ausserdem erfordern die neue Zuständigkeitsordnung und die Vollstreckbarkeit von Schutzmassnahmen eine intensivere Zusammenarbeit.

### **6. Allgemeine Vorschriften**

#### **a) Geltendes Recht und Vorentwurf**

Abgesehen von den normalen Schlussvorschriften eines Übereinkommens über dessen Inkrafttreten, erhält das MSÜ nur wenige allgemeine Vorschriften (Artt. 14, 16-18 MSÜ). Das dürfte in der revidierten Konvention nicht anders ein.

#### **b) Ausweis über Rechtsstellung**

Nach Art. 26 Abs. 1 VE können die Vertragsstaaten dem Inhaber elterlicher Gewalt oder Sorge, die übertragen oder von Gesetzes wegen zuerkannt worden ist, einen Ausweis über seine Rechtsstellung ausstellen und darin angeben, welche Befugnisse er hat. Diese Angaben gelten bis zum Beweis des Gegenteils als richtig (Art. 26 Abs. 2 VE). Alle Vertragsstaaten übernehmen es, die für die Ausstellung solcher Ausweise zuständigen Instanzen zu benennen (Art. 26 Abs. 3 VE).

#### **c) Rechtsverkehr zwischen Behörden**

Die ins Ausland übermittelten Dokumente bedürfen keiner Legalisation oder ähnlichen Formalität (Art. 29 VE). Die mitgeteilten persönlichen Angaben sollen nur für Zwecke benutzt werden, für die sie gesammelt und übermittelt werden (Art. 27 VE). Alle Empfängerstaaten sichern in Übereinstimmung mit ihrem Recht die Vertraulichkeit aller Informationen zu (Art. 28 VE).

#### **d) Überprüfung der Anwendung**

Nach Art. 30 VE soll in regelmässigen Abständen eine Spezialkommission die Anwendung des Übereinkommens in der Praxis überprüfen. Ähnliche Spezialkommissionen gibt es bereits für andere neuere Konventionen<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 28 Europäisches Entführungsübereinkommen vom 20.5.1980 (oben N. 8).



### e) Fehlendes

Zu Recht fehlen allgemeine Vorschriften über den räumlichen Geltungsbereich und den *ordre public*; denn diese Fragen werden in den besonderen Kapiteln über die Zuständigkeit, die Anerkennung und die Zusammenarbeit geregelt. Das Übereinkommen kann nur für Vertragsstaaten die Zuständigkeit regeln, und Art. 6 Abs. 2 VE stellt auch sicher, dass lediglich Vertragsstaaten zur Übernahme eines Falles gebeten werden dürfen. Ebenfalls nur diese Staaten kommen als *fora convenientes* in Frage (Art. 7 Abs. 1 VE).

Eine allgemeine Vorschrift über den *ordre public* erübrigt sich angesichts des Art. 12 Abs. 6 VE (fremdes anwendbares Rechts) und des Art. 14 Abs. 2 lit. d VE (Ablehnung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung).

Die neue Konvention soll ein kollisionsrechtliches Übereinkommen werden. Deshalb wurde es absichtlich vermieden, deren Inhalt mit sachrechtlichen Vorschriften zu belasten. Ausnahmen bilden Hinweise auf das Wohl des Kindes (Artt. 6 Abs. 1, 4; 7 Abs. 1; 12 Abs. 6; 14 Abs. 2 lit. d VE). Die Vertragsstaaten des UN-Übereinkommens über Rechte des Kindes<sup>24</sup> müssen ihre übernommenen Pflichten anders erfüllen. Ein IPR-Übereinkommen kann hierbei nicht helfen.

### III. 18. Haager Session

Im Oktober 1996 hat die Haager Konferenz auf ihrer 18. Session die endgültige Fassung des neuen Übereinkommens ausgearbeitet, beschlossen und den Mitgliedstaaten der Haager Konferenz zur Unterzeichnung vorgelegt. Es ist zu hoffen, dass der neuen Konvention ein grösserer Erfolg beschert sein wird als dem MSÜ.

### C) ERGEBNIS

Blickt man auf die vergangenen 40 Jahre zurück und betrachtet man den Vorentwurf zu einem revidierten MSÜ, so hat sich im internationalen Kindesrecht der Haager Konventionen zumindest dreierlei geändert. Das Aufenthaltsprinzip gewinnt immer mehr Einfluss und verdrängt das Staatsangehörigkeitsprinzip; immer wichtiger wird die Regelung der internationalen Zuständigkeit und lässt die Frage des anwendbaren Rechts zurücktreten; die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der zuständigen Instanzen wird ausgebaut und eröffnet neue Dimensionen des internationalen Rechtsverkehrs. Es sieht ganz so aus, als ob das internationale Kindesrecht eine Vorreiterrolle für neues Recht internationaler Konventionen übernimmt.

<sup>24</sup> S. oben N. 10.