

Sorgerecht (Internationales Recht)

Anerkennung und Vollstreckung einer nach spanischem Recht vollstreckbaren einstweiligen Sorgerechtsmaßnahme nach Art. 21 ff Brüssel IIa-V

Art. 2 Nr 4, Art. 20 Abs. 1, Art. 21, 23, 39 Abs. 1 Brüssel IIa-V

BGH 10.06.2009, XII ZB 182/08

Sind die Vorschriften der Art. 21 ff der Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 (Brüssel IIa-V = EuEheV) über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten nach Art. 2 Nr 4 EuEheV auch auf vollstreckbare einstweilige Maßnahmen hinsichtlich des Sorgerechts iSv Art. 20 Brüssel IIa-V anwendbar?

Sachverhalt: I. Die Parteien streiten um die Vollstreckbarkeit einer einstweiligen Maßnahme eines spanischen Gerichts zum Aufenthaltsbestimmungsrecht und zur Kindesherausgabe in Deutschland.

Mitte 2005 zog die Ag zu dem ASt nach Spanien, wo beide dann in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft lebten. Nach einer komplizierten Schwangerschaft wurden am 31.05.2006 die Zwillingkinder der Parteien als Frühgeburt geboren. Der Sohn M konnte das Krankenhaus im September 2006 verlassen. Die Tochter S konnte nach zwischenzeitlich eingetretenen Komplikationen erst im März 2007 entlassen werden.

Zuvor hatte sich das Verhältnis der Parteien deutlich verschlechtert. Die Ag wollte mit ihren Kindern nach Deutschland zurückkehren, während der ASt damit zunächst nicht einverstanden war. Am 30.01.2007 schlossen die Parteien eine notarielle Vereinbarung, wonach die Ag mit den Kindern nach Deutschland zurückkehren durfte und dem ASt ein Umgangsrecht mit den Kindern zustehen sollte. Die Ag beabsichtigte sodann, gemeinsam mit ihrem (aus einer früheren Beziehung hervorgegangenen) Sohn D und den beiden gemeinsamen Kindern nach Deutschland zurückzukehren. Als notwendige Begleitpersonen für den Flug der Kleinkinder waren die Ag einerseits und der Bruder des ASt andererseits vorgesehen.

Als die gemeinsame Tochter S wegen eingetretener Komplikationen und eines notwendigen chirurgischen Eingriffs nicht aus dem Krankenhaus entlassen werden konnte, reiste die Ag am 02.02.2007 mit dem gemeinsamen Sohn M nach Deutschland. Nach ihrem Vortrag sollte die Tochter S nach der Entlassung aus dem Krankenhaus ebenfalls nach Deutschland gebracht werden.

Der ASt, der sich in der Folgezeit nicht mehr an die notarielle Vereinbarung gebunden fühlte, leitete im Juni 2007 in Spanien ein einstweiliges Sorgerechtsverfahren ein. In diesem Verfahren erließ das spanische Gericht erster Instanz in San Lorenzo De El Escorial am 08.11.2007 die hier relevante einstweilige Maßnahme mit folgendem Inhalt:

„Als dringende und sofortige einstweilige Maßnahme wird in Entscheidung des Antrags von G V P gegen Frau B P vorsorglich beschlossen:

1. Die Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts für die beiden Kinder S und M V P an den Vater G V P; die elterliche Gewalt verbleibt bei beiden Elternteilen.

Zur Ausführung dieser Verfügung muss die Mutter den minderjährigen Sohn M seinem in Spanien ansässigen Vater zurückgeben. Es sind geeignete Maßnahmen zu treffen, die es der Mutter ermöglichen, mit dem Jungen zu reisen und S und M zu besuchen, wann immer sie es wünscht, bzw. ist ihr eine Wohnung zur Verfügung zu stellen, die der familiäre Treffpunkt sein kann oder von dem Verwandten oder der dritten Vertrauensperson gestellt werden kann, die bei den Besuchen während der ganzen Zeit, die

die Mutter mit den Kindern verbringt, anwesend sein muss, oder die väterliche Wohnung sein kann, falls beide Parteien dies vereinbaren sollten.

2. Verbot, ohne vorherige gerichtliche Genehmigung mit den beiden Kindern das spanische Hoheitsgebiet zu verlassen.

3. Verbleib der Reisepässe der beiden Kinder in der Gewalt des Elternteils, der das Sorgerecht ausübt.

4. Unterstellung sämtlicher Wohnungswechsel der beiden Kinder S und M unter vorheriger richterlicher Genehmigung.

5. Die Festsetzung einer Unterhaltspflicht zu Lasten der Mutter erfolgt nicht.

Es erfolgt keine Kostenverurteilung.

Dieser Beschluss ist bei Eröffnung eines Hauptverfahrens in die entsprechende Verfahrensakte aufzunehmen.

Dieser Beschluss ist in der gesetzlichen Form und unter Hinweis auf seine Unanfechtbarkeit den Parteien und der Staatsanwaltschaft zuzustellen.“

Nach der Bescheinigung des spanischen Gerichts gem. Art. 39 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 (EuEheV; im Folgenden: HKÜ) ausgelegt ist die einstweilige Maßnahme nach spanischem Recht vollstreckbar.

Schon vor der Entscheidung des spanischen Gerichts hatte die Ag am 20.09.2007 in einem Hauptsacheverfahren vor dem AG Albstadt beantragt, ihr das Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder zu übertragen. Das Sorgerechtsverfahren war vom 19.03. bis zum 28.05.2008 nach Art. 16 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980 (im Folgenden: HKÜ) ausgesetzt und wurde sodann gem. § 13 IntFamRVG an das AG Stuttgart abgegeben. Das AG Stuttgart hat den Erlass einer neuen einstweiligen Anordnung über das Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder abgelehnt. In der Hauptsache hat es noch nicht entschieden, sondern Bedenken gegen seine internationale Zuständigkeit geäußert. Es beabsichtigt eine Aussetzung des Sorgerechtsverfahrens nach Art. 19 Abs. 2 Brüssel IIa-V im Hinblick auf ein in Spanien anhängiges Hauptsacheverfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge.

Im vorliegenden Verfahren hatte der ASt zunächst ua Herausgabe des gemeinsamen Kindes M verlangt und nur vorsorglich die Vollstreckbarerklärung der spanischen Entscheidung beantragt. Später hat er die Vollstreckbarerklärung vorrangig weiterbetrieben. Entsprechend haben das Amtsgericht und das Oberlandesgericht die Entscheidung des spanischen Gerichts mit der Vollstreckungsklausel versehen und ein Ordnungsgeld gegen die Ag angedroht. Gegen diese Entscheidungen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Ag, mit der sie nach wie vor Abweisung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung begehrt.

Aus den Gründen: II. 1. Das Beschwerdegericht hat in der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Gründe, die einer Vollstreckbarkeit der Entscheidung des spanischen Gerichts entgegenstünden, seien nicht ersichtlich. Zwar handele es sich um eine einstweilige Maßnahme des spanischen Gerichts. Die Brüssel IIa-V unterscheide im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten in Art. 2 Nr 4 aber nicht nach der Entscheidungsform, sondern fordere lediglich eine „gerichtliche Entscheidung“. Auch wenn die gemeinsamen Kinder nicht von dem spanischen Gericht angehört worden seien, verletze dies keine wesentlichen verfahrensrechtlichen Grundsätze des deutschen Rechts, zumal die Kinder im Zeitpunkt der Entscheidung erst eineinhalb Jahre alt gewesen seien. Soweit die Ag wegen einer verspäteten Einleitung des Hauptsacheverfahrens die Vollstreckbarkeit der spanischen

Entscheidung in Zweifel stelle, stehe dem die Bescheinigung des spanischen Gerichts nach Art. 39 Brüssel IIa-V entgegen. Auch Versagungsgründe nach Art. 23 Brüssel IIa-V lägen nicht vor. Insbesondere sei kein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* ersichtlich; das rechtliche Gehör der Ag sei durch ihre Ladung zum Termin gewahrt gewesen. Dass sie den Termin nicht persönlich wahrgenommen, sondern sich lediglich anwaltlich habe vertreten lassen, beruhe auf ihrer eigenen Entscheidung. Eine Sachprüfung des in Spanien entschiedenen Sorgerechtsverfahrens sei dem Gericht im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren verwehrt.

2. Die Rechtsbeschwerde der Ag greift die Entscheidung des Oberlandesgerichts mit der Begründung an, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten erfasse nach Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V nicht einstweilige Maßnahmen iSv Art. 20 Brüssel IIa-V, weil diese nicht als „Entscheidungen über die elterliche Verantwortung“ zu qualifizieren seien.

Dafür spreche schon der Erwägungsgrund 16 der Verordnung, wonach die vorliegende Verordnung die staatlichen Gerichte nicht an einstweiligen Maßnahmen hindere. Einstweilige Maßnahmen, die nach Art. 20 Brüssel IIa-V ungeachtet der Bestimmungen der Verordnung zulässig seien, seien vom Regelungsumfang der Verordnung deswegen nicht umfasst.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rs. 125/79 – *Denilauler* = IPRax 1981, 95) seien die Vorschriften des Brüsseler EWG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968 idF des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29.11.1996 (im Folgenden: EuGVÜ) zwar grundsätzlich auch auf einstweilige Maßnahmen anwendbar; dies gelte aber nicht für einstweilige oder auf eine Sicherung gerichtete Maßnahmen, die ohne Ladung der Gegenpartei ergangen seien oder die ohne vorherige Zustellung vollstreckt werden sollen. Dies gelte nach Auffassung des BGH (21.12.2006, IX ZB 150/05 = NJW-RR 2007, 1573) in gleicher Weise für die Art. 32, 34 Abs. 2 der Verordnung EG Nr 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVV; im Folgenden: Brüssel I-V).

Zwar könne diese Rechtsprechung nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragen werden, weil die Brüssel I-V lediglich auf Zivil- und Handelssachen anwendbar sei, während Ehe- und Kindschaftssachen allein dem Anwendungsbereich der Brüssel IIa-V unterlägen. Der Begriff „Entscheidung“ in Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH aber unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Verordnung auszulegen. Die Zielsetzung der Verordnung bilde eine Grenze für eine Auslegung, sodass eine teleologische Auslegung erforderlich sei.

Nach dem Erwägungsgrund Nr 19 der Verordnung komme der Anhörung des betroffenen Kindes eine wichtige Rolle zu, die durch die Anhörung der Eltern nicht ersetzt werden könne. Es sei deswegen geboten, einstweilige Maßnahmen aufgrund ihrer Vorläufigkeit von der erleichterten Anerkennung und Vollstreckung nach der Brüssel IIa-V auszunehmen und die Verordnung einer Vollstreckung von Hauptsach-

cheentscheidungen vorzubehalten. Schließlich verstoße die spanische Entscheidung auch gegen den deutschen *ordre public*.

III. 1. Die Rechtsbeschwerde ist nach Art. 34 Brüssel IIa-V iVm § 28 IntFamRVG und § 574 Abs. 1 Nr 1 ZPO statthaft. Sie ist auch zulässig, weil die Rechtsfrage, ob die Vorschriften der Art. 21 ff Brüssel IIa-V über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten nach Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V auch für einstweilige Maßnahmen iSv Art. 20 Brüssel IIa-V oder nur für Entscheidungen in der Hauptsache gelten, in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist.

2. Auch in der Sache ist die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde von dieser Rechtsfrage abhängig. In der Literatur werden insoweit Rechtsauffassungen vertreten, die vom vollständigen Ausschluss einstweiliger Maßnahmen bis hin zur umfassenden Einbeziehung solcher Entscheidungen in den Anwendungsbereich der Brüssel IIa-V reichen.

a) Teilweise werden – gestützt auf den Wortlaut – einstweilige Maßnahmen iSd Art. 20 Brüssel IIa-V grundsätzlich von dem Anwendungsbereich der Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung nach den Art. 21 ff Brüssel IIa-V ausgenommen. Art. 20 Brüssel IIa-V, der in dringenden Fällen ungeachtet der weiteren Bestimmungen der Verordnung einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats zulässt, wird von den Vertretern dieser Auffassung als reine Zuständigkeitsregelung eingestuft. Dafür könnte auch die Entscheidung des EuGH vom 02.04.2009 sprechen, wonach einstweilige Maßnahmen iSv Art. 20 Brüssel IIa-V vorübergehender Art sein müssen und sich deren Durchführung und Bindungswirkung nach nationalem Recht bestimmt (EuGH, Rs. C-523/07 = FamRZ 2009, 843 Tz 46 ff).

Zwar seien einstweilige Maßnahmen nach stRspr des EuGH vom Regelungsgehalt des EuGVÜ (Art. 24) und der seit dem 01.03.2002 geltenden Brüssel I-V (Art. 31) erfasst, wobei lediglich die ungeschriebenen Einschränkungen zu beachten seien, die der EuGH für die Vollstreckung solcher einstweiliger Maßnahmen vorsehe. Nur Maßnahmen, die ohne vorherige Anhörung des Verfahrensgegners – also nicht in einem kontradiktorischen Verfahren – erlassen seien, blieben von der Anerkennung nach diesen Vorschriften ausgeklammert. Auf den ersten Blick entspreche die Rechtslage für einstweilige Maßnahmen im Rahmen der Brüssel IIa-V zwar derjenigen nach der Brüssel I-V. Indem Art. 20 Abs. 1 Brüssel IIa-V einstweilige Maßnahmen und Schutzmaßnahmen nach dem Recht eines Mitgliedstaats „in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen oder Vermögensgegenstände“ zulasse, erschöpfe sich der Wortlaut aber in einer Konkretisierung der realen Verknüpfung zwischen dem Gegenstand der einstweiligen Maßnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit des Erlassstaats, die der EuGH auch für Art. 24 Brüssel I-V fordere. Aus dem Wortlaut der Art. 2 Nr 4 und Art. 20 Abs. 1 Brüssel IIa-V folge, dass der Geltungsbereich der Verordnung – anders als der nach Art. 25 EuGVÜ und Art. 32 Brüssel I-V – *expressis verbis* auf Entscheidungen iSd Art. 1 Abs. 1 Brüssel IIa-V, mithin auf Entscheidungen in der Hauptsache, beschränkt sei (*Dilger*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und

Handelssachen, Nr 545, Art. 20 Rn 23 f; *Dilger*, Die Regelung zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung [EG] Nr. 2201/2003, Rn 312 ff; *Wannenmacher*, Einstweilige Maßnahmen im Anwendungsbereich von Art. 31 EuGVVO in Frankreich und Deutschland, 16 f; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., Anh. II EG-V Ehesachen, Verfahren betr. elterliche Verantwortung Art. 2 Rn 8 und Art. 20 Rn 13; zur Brüssel II-V vgl *Albers*, in: Baumbach ua, ZPO, 63. Aufl., Anh. I, § 606a EheGVV, Art. 13 Rn 4; für Österreich *Fuchs/Tülk ZfRV* 2002, 95, 101 f).

b) Teilweise wird der Geltungsbereich des Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V auf solche vorläufigen Anordnungen ausgedehnt, die ein zuständiges Gericht innerhalb eines Hauptsacheverfahrens erlässt, soweit das rechtliche Gehör zumindest nachträglich gewährleistet ist. Anders als das EuGVÜ und die Brüssel I-V sei die Brüssel IIa-V nicht auf ein zweiseitiges Rechtsverhältnis ausgerichtet, sondern diene der Handhabung von Dreiecksverhältnissen, bei denen einer dritten Person, nämlich dem Kind, besondere Schutzbedürftigkeit zukomme. Es müsse deswegen sichergestellt werden, dass rechtliches Gehör überhaupt, ggf auch nach Erlass einer einstweiligen Anordnung im Rahmen einer Rechtsbehelfsmöglichkeit, gewährleistet sei. Das entspreche der Rechtsprechung des EuGH (Rs. 166/80 – *Kloms/Michel* = RIW 1981, 781 f), wonach auch eine nachträgliche Anhörung zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens ausreiche (*Holzmann*, Brüssel IIa-VO: Elterliche Verantwortung und internationale Kindesentführungen, 228 ff; *Andrae*, in: AnwK-BGB, Anh. I zum III. Abschnitt, Art. 21 EGBGB Rn 5; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., Art. 21 EuEheV Rn 3; *Dörner*, in: Saenger, Hk-ZPO, 2. Aufl., Art. 2 EheGVV Rn 5 und *Helms FamRZ* 2001, 257, 260 zur Brüssel II-V).

c) Wieder andere Stimmen beschränken die Geltung der Brüssel IIa-V auf einstweilige Maßnahmen, die – ggf in einem kontradiktorischen Verfahren – nach Gewährung rechtlichen Gehörs erlassen worden sind. Eine bloße Nachholung rechtlichen Gehörs könne einstweilige Maßnahmen ohne vorherige Anhörung nicht dem Anerkennungssystem der Brüssel IIa-V unterziehen. Der Grundfehler der Verordnung, die Übernahme der für kontradiktorische Verfahren konzipierten Instrumente für Sorgerechtsachen statt der Übernahme des ausgewogenen Systems des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, könne nicht zum Anlass genommen werden, den Anwendungsbereich der Verordnung zulasten des ausgewogenen Systems auszudehnen (*Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Art. 2 Brüssel IIa-V Rn 15, Art. 20 Rn 18 und Art. 21 Rn 2; vgl auch OLG Schleswig *FamRZ* 2008, 1761, 1762).

d) Schließlich wird auch eine umfassende Einbeziehung einstweiliger Maßnahmen in das System der Brüssel IIa-V zur Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen befürwortet. Teilweise werden einstweilige Maßnahmen nach Art. 20 Brüssel IIa-V als Entscheidungen iSd Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V angesehen, für die die Vorschriften der Art. 21 ff Brüssel IIa-V über die Anerkennung und Vollstreckung gelten (*Spellenberg*, in: Staudinger, BGB, IntVerfR-Ehe [2005], Art. 20 EheGV Rn 51 und Art. 21 Rn 32; *Gruber*, in: AnwK-BGB, Anh. I zum III. Abschnitt, Art. 20 EG-

BGB Rn 12). Teilweise wird von den Vertretern dieser Auffassung sogar vorgebracht, dass einstweilige Maßnahmen iSd Art. 20 Brüssel IIa-V zwar nicht von der Definition in Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V erfasst seien. Gleichwohl seien für solche Maßnahmen die Vorschriften der Art. 21 ff über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten anwendbar (*Gottwald*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl., Bd 3, Art. 20 EheGV Rn 10).

3. Der durch eine Auslegung der Art. 2 Nr 4, Art. 20, 21 ff Brüssel IIa-V zu ermittelnde Anwendungsbereich der Brüssel IIa-V lässt sich danach nicht eindeutig bestimmen.

Folgt man der unter III. 2. a) dargestellten Auffassung, könnte die einstweilige Maßnahme des spanischen Gerichts nicht nach den Art. 21 ff Brüssel IIa-V für vollstreckbar erklärt werden und die Rechtsbeschwerde hätte Erfolg.

Folgt man hingegen den unter III. 2. b) und c) dargestellten Auffassungen, hängt der Erfolg der Rechtsbeschwerde davon ab, ob der Ag im Verfahren der einstweiligen Maßnahme ausreichendes rechtliches Gehör gewährt worden ist. Dafür spricht allerdings, dass sie zu der mündlichen Verhandlung geladen war und die Kinder ein Alter hatten, in dem von einer Anhörung keine weiteren Erkenntnisse erwartet werden konnten (vgl unten 4 c).

Nur auf der Grundlage der unter III. 2. d) dargestellten Auffassung wären die Art. 21 ff Brüssel IIa-V zweifelsfrei auf die einstweilige Maßnahme des spanischen Gerichts anwendbar. Die Rechtsbeschwerde hätte dann – vorbehaltlich der weiteren Ausführungen zur Erheblichkeit – keinen Erfolg.

4. Die Auslegungsfrage ist für die Entscheidung des Rechtsstreits auch erheblich. Wenn die Vorschriften der Art. 21 ff Brüssel IIa-V auch für einstweilige Maßnahmen iSd Art. 20 dieser Verordnung gelten, haben die Instanzgerichte den spanischen Sorgerechtsbeschluss zu Recht mit einer Vollstreckungsklausel versehen. Denn die weiteren Einwände der Ag gegen die angefochtene Entscheidung überzeugen nicht. Insbesondere verletzt die einstweilige Maßnahme des spanischen Gerichts nicht den deutschen *ordre public* (Art. 23, 31 Abs. 2 Brüssel IIa-V).

a) Wenngleich das deutsche materielle Recht eine Übertragung der elterlichen Sorge auf einen nichtehelichen Vater nur mit Zustimmung der Mutter vorsieht, widerspricht das spanische Recht, das auch für nichteheliche Kinder von einem gemeinsamen Sorgerecht der Eltern ausgeht, nicht dem deutschen *ordre public*. Auch das deutsche Recht sieht die Möglichkeit der Übertragung des Sorgerechts auf den nichtehelichen Vater vor (§ 1626a Abs. 1 BGB; vgl auch Senatsbeschl. 26.09.2007, XII ZB 229/06 = *FamRZ* 2007, 1969). Zwar ist die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater von einer Zustimmung der Mutter abhängig. Indem das BVerfG diese Regelung für verfassungsgemäß erachtet hat (BVerfG *FamRZ* 2003, 285), hat es sie jedoch nicht als einzige verfassungsrechtlich zulässige Regelungsmöglichkeit bezeichnet. Vielmehr hat es dem Gesetzgeber aufgegeben, die Entwicklung der zugrunde liegenden gesellschaftlichen Umstände zu beachten. Aus diesem Grund hat das Bundesministerium der Justiz jüngst ein Forschungsvorhaben zum Thema „gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ in Auftrag gegeben.

b) Auch soweit das spanische Gericht seiner einstweiligen Maßnahme den Vortrag des ASt zugrunde gelegt hat, kann dies keine Gründe gegen eine Anerkennung der Entscheidung gem. Art. 23 Brüssel IIa-V rechtfertigen. Denn die Ag war zu der Verhandlung geladen und dabei auch anwaltlich vertreten. Sie hätte rechtzeitig vor Erlass der einstweiligen Maßnahme abweichend vortragen können. Ihr neuer Vortrag im Vollstreckbarkeitsverfahren führt nicht zu einem Verfahrensverstöß durch das spanische Gericht im Ausgangsverfahren iSv Art. 23 Brüssel IIa-V.

c) Zu Recht weist das Beschwerdegericht schließlich darauf hin, dass die fehlende Anhörung des gemeinsamen Kindes nicht zu einem erheblichen Verfahrensverstöß führt. Zwar liegt ein solcher Verstöß nach Art. 23 Ziff. b Brüssel IIa-V dann vor, wenn die Entscheidung – ausgenommen in dringenden Fällen – ergangen ist, ohne dass das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, und damit wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze des Mitgliedstaats, in dem die Anerkennung beantragt wird, verletzt werden. Das Kind war hier im Zeitpunkt der Entscheidung allerdings erst knapp eineinhalb Jahre alt und hätte sich zur Übertragung des Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrechts ohnehin noch nicht äußern können. Eine Anhörung des Kindes wäre deswegen auch im Rahmen eines Sorgerechtsverfahrens in Deutschland unterblieben.

5. Für die Beantwortung der entscheidungserheblichen Rechtsfrage bedarf es einer Auslegung der Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000, die nach Art. 234 EGV dem EuGH obliegt.

Hinweise für die Praxis

Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine in Spanien im Wege der einstweiligen Anordnung ergangene und für vollstreckbar erklärte Sorgerechtsentscheidung in Deutschland gem. Art. 21 ff der Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 (Brüssel IIa-V) anzuerkennen und zu vollstrecken ist. Durch die spanische Entscheidung wurde dem in Spanien lebenden Vater zweier Kinder das alleinige Sorgerecht für beide Kinder übertragen und die mit einem Kind in Deutschland lebende Mutter zur Herausgabe des Kindes verpflichtet.

Die Vorinstanzen hatten die spanische Entscheidung für vollstreckbar gehalten und der Mutter ein Ordnungsgeld für den Fall angedroht, dass sie das Kind nicht an den Vater herausgibt. Hiergegen hatte die Mutter Rechtsbeschwerde eingelegt. Diese wurde damit begründet, die automatische Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten nach Art. 21 ff Brüssel IIa-V gelte gem. Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V nicht für einstweilige Maßnahmen iSv Art. 20 Brüssel IIa-V, da diese keine „Entscheidungen über die elterliche Verantwortung“ im Sinne der Verordnung darstellten.

Der BGH sah sich an einer Endentscheidung gehindert, da die Frage, ob und ggf unter welchen Voraussetzungen einstweilige Maßnahmen, die in einem anderen Staat ergangen sind, nach Art. 21 ff Brüssel IIa-V anerkannt und vollstreckt werden können, in der Verordnung selbst nicht beantwortet wird und auf europäischer Ebene bislang nicht entschieden wurde. Er hat das Verfahren deshalb ausgesetzt und die Frage dem EuGH gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Für eine Erstreckung des Anwendungsbereichs der Art. 21 ff Brüssel IIa-V spricht zunächst, dass Art. 2 Nr 4 Brüssel IIa-V nicht zwischen einstweiligen Maßnahmen und Endentscheidungen unterscheidet, sondern sich – unabhängig von der Bezeichnung – auf alle Sorgerechtsentscheidungen bezieht. Überdies hat der EuGH für den Anwendungsbereich des Brüsseler EWG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968 (EuGVÜ) bereits entschieden, dass dieser grundsätzlich auch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erfasst (EuGH IPrax 1981, 95). Der BGH hat dasselbe für die Anerkennung und Vollstreckung einstweiliger Maßnahmen nach Art. 32, 34 Abs. 2 der Verordnung EG Nr 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVV) angenommen. Die Tendenz scheint also in Richtung Einbeziehung einstweiliger Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Art. 21 ff Brüssel IIa-V zu gehen. Allerdings beziehen sich die genannten Entscheidungen auf Rechtsinstrumente, die allein vermögensrechtliche Streitigkeiten betreffen. Anders als bei Entscheidungen, die die Zahlung von Geldbeträgen oÄ anordnen, kann die Anerkennung und Vollstreckung vorläufiger Sorgerechtsentscheidungen weitreichendere Konsequenzen haben und zB im Fall der Vollstreckung einer Herausgabeanordnung wegen des Kontinuitätsgrundsatzes, der im Hauptsacheverfahren zu berücksichtigen sein wird und wonach dem Kind Aufenthaltswechsel so weit als möglich erspart werden sollen, ggf vollendete Tatsachen für Eltern und Kind schaffen. Die Entscheidung des EuGH bleibt deshalb mit Spannung abzuwarten. (Tr)