



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 4 UF 10/13 = 58 F 3768/12 Amtsgericht Bremen

B e s c h l u s s

In der Familiensache

1. [...], Türkei,

das Verfahren Betreffende,

2. Kindesvater: [...], Bremen,

Antragsteller

Verfahrensbevollmächtigter zu 2:

Rechtsanwalt [...]

gegen

3. Kindesmutter: [...], Türkei

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte zu 3:

Rechtsanwältin [...]

hat der 4. Zivilsenat - Senat für Familiensachen - des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts

Wever, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Röfer und den Richter am Oberlandesgericht Küchelmann

am 05.03.2013 beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Kindesmutter wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen vom 07.01.2013 abgeändert und der Antrag des Kindesvaters auf Erteilung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art. 15 HKÜ zurückgewiesen.
2. Der Kindesvater trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich des Beschwerdeverfahrens. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.
3. Der Kindesmutter wird für das Beschwerdeverfahren ratenfreie Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwältin [...], Bremen, gewährt.
4. Dem Kindesvater wird für das Beschwerdeverfahren ratenfreie Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt [...], Bremen, gewährt.
5. Der Verfahrenswert wird auf 3.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Kindeseltern haben am 7.7.2010 in der Türkei geheiratet. Der Kindesvater ist türkischer Staatsangehöriger und reiste am 3.12.2010 seiner Ehefrau, die bereits seit ihrem 14. Lebensjahr in Deutschland lebt und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, nach Deutschland nach. Am 20.09.2011 wurde die gemeinsame Tochter N. geboren. Am 21.10.2011 verwies der Kindesvater nach einem Streit die Kindesmutter samt Kind aus der bisherigen gemeinsamen Wohnung in Bremerhaven. Die Kindesmutter zog mit dem einen Monat alten Säugling zunächst zu ihrem Vater, erhielt aber aufgrund eines Wohnungszuweisungsverfahrens (GeschäftsNr. 58 F 4070/11 EAWH) die Ehwohnung vorläufig zur Nutzung, weshalb sie dort später wieder mit dem Kind

einzog. Zwischen den Kindeseltern wurden nach der Trennung weitere Gerichtsverfahren anhängig, so u.a. ein Gewaltschutzverfahren (GeschäftsNr. 58 F 3939/11 EAGS), das durch Antragsrücknahme – wohl Anfang Dezember 2011 – beendet worden ist. Seit dem 1.7.2012 lebt die Kindesmutter mit dem gemeinsamen Kind dauerhaft in der Türkei, womit der mitsorgeberechtigte Kindesvater nicht einverstanden ist. Er hat am 2.8.2012 beantragt, im einstweiligen Anordnungsverfahren der Kindesmutter das Sorgerecht für die gemeinsame Tochter zu entziehen und auf ihn allein zu übertragen (GeschäftsNr. 58 F 2597/12 EASO). Dieses Verfahren ist vor dem Amtsgericht Bremen mit dem Beschluss vom 26.09.2012 beendet worden, das Verfahren werde zuständigkeithalber an das zuständige Amtsgericht am Wohnort der Kindesmutter in der Türkei abgegeben, da die gemeinsame Tochter der Beteiligten ihren Lebensmittelpunkt am Wohnort der Kindesmutter in der Türkei habe.

Mit dem nicht weiter begründeten Antrag des Kindesvaters vom 26.10.2012, eine „Rechtswidrigkeitsbescheinigung“ auszustellen, ist das vorliegende Verfahren vor dem Amtsgericht Bremen eingeleitet worden (GeschäftsNr 58 F 3768/12 SO). Auf Anfrage des Amtsgerichts, ob denn ein Rückführungsverfahren betrieben werde, gab der Kindesvater an, ein solches sei über das Bundesamt für Justiz eingeleitet worden und werde dort unter dem Aktenzeichen II 3 – SR2a – A – 429/12 geführt. Die Kindesmutter hat sich gegen den Erlass der vom Kindesvater beantragten Bescheinigung gewandt, da die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1b des Haager Übereinkommens vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (im Folgenden: HKÜ) insofern nicht vorlägen, als dass der Kindesvater sein Sorgerecht für N. seit der Geburt bis zur Ausreise des Kindes tatsächlich nicht ausgeübt habe. Er habe auch keine Umgangskontakte mit dem Kind wahrgenommen.

Das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen hat mit Beschluss vom 07.01.2013 festgestellt, dass das Zurückhalten des Kindes N. in der Türkei durch die Kindesmutter widerrechtlich gemäß Art. 3 HKÜ ist. Gegen diesen, ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 10.01.2013 zugestellten Beschluss hat die Kindesmutter mit an das Beschwerdegericht adressiertem Schriftsatz vom 18.01.2013 am selben Tag sofortige Beschwerde eingelegt und diese auch sogleich begründet. Der Kindesvater hat die Zurückweisung der Beschwerde beantragt.

Ein am 28.02.2013 von der Berichterstatterin mit dem Bundesamt der Justiz geführtes Telefonat hat ergeben, dass ein türkisches Gericht am 22.02.2013 die Rückführung Ns nach Deutschland beschlossen hat. Der amtsgerichtliche Beschluss vom 07.01.2013

war zuvor durch das Bundesamt für Justiz an die Türkei übermittelt worden. Gegen die Entscheidung des türkischen Gerichts vom 22.02.2013 hat die Kindesmutter Rechtsmittel eingelegt.

II.

Die sofortige Beschwerde gegen die angefochtene Entscheidung vom 07.01.2013 ist nach § 40 Abs. 1 und 2 IntFamRVG statthaft. Sie ist auch innerhalb der Frist von 2 Wochen (§ 40 Abs. 2 S. 2 IntFamRVG) beim Beschwerdegericht eingegangen. Allerdings leidet die Beschwerde an einem Formmangel insofern, als dass sie beim Beschwerdegericht und nicht bei dem erstinstanzlichen Gericht eingereicht worden ist. Letzteres wäre der richtige Adressat der Beschwerde gewesen, weil sich das Beschwerdeverfahren gemäß § 40 Abs. 2 IntFamRVG nach Unterabschnitt 1 des Abschnitts 5 des Buches 1 des FamFG richtet, so dass gemäß § 64 Abs. 1 FamFG die Beschwerde beim Amtsgericht Bremen hätte eingelegt werden müssen (so auch OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 1575). Dieser Formmangel der Beschwerdeeinlegung ist hier allerdings durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom Amts wegen zu beheilen (§§ 17, 18 FamFG). Denn die Kindesmutter trifft an der nicht formgerechten Einlegung der sofortigen Beschwerde kein Verschulden. Ob dieses schon nach § 17 Abs. 2 FamFG zu vermuten ist, weil dem angefochtenen Beschluss die nach § 39 FamFG erforderliche Rechtsmittelbelehrung fehlt, kann dahin stehen. Denn in jedem Fall hat sich ihr eventuelles Verschulden bei der fehlerhaften Wahl des Beschwerdegerichts für ihre Beschwerdeeinlegung nicht mehr ausgewirkt, nachdem das Beschwerdegericht den Beschwerdeschriftsatz versehentlich nicht an das nach § 64 Abs. 1 FamFG zuständige Amtsgericht weitergeleitet hat, wozu es aufgrund des Grundsatzes des fairen Verfahrens verpflichtet war (vgl. BGH, MDR 2013, 240 m.w.N.). Die Kindesmutter konnte darauf vertrauen, dass das Beschwerdegericht die bereits am 18.01.2013 eingereichte Beschwerdeschrift an das erstinstanzliche Gericht im normalen Geschäftsgang weiterleitet. Da die Beschwerdeeinlegungsfrist erst am 24.01.2013 ablief, wäre die Beschwerdeschrift im Falle ihrer Weiterleitung an das Amtsgericht dort noch fristgerecht eingegangen. Das Beschwerdegericht ist dieser Verpflichtung hier nicht nachgekommen, was zur Folge hat, dass sich das Verschulden der Kindesmutter bzw. ihrer Verfahrensbevollmächtigten hinsichtlich der fehlerhaften Wahl des Adressaten der Beschwerde nicht mehr auswirkt (BGH, a.a.O.). Eine nochmalige Vorlage der Beschwerde beim Amtsgericht war entbehrlich, da dem Amtsgericht gemäß §§ 14 Nr. 2 IntFamRVG, 68 Abs. 1 S. 2 FamFG ohnehin keine Abhilfemöglichkeit offen steht (so auch OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 1575).

Die somit zulässige sofortige Beschwerde ist auch begründet. Das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen hat zu Unrecht eine sog. Widerrechtlichkeitsbescheinigung gemäß Art. 15 HKÜ erlassen. Die Voraussetzungen des Art. 3 HKÜ liegen nicht vor.

Das HKÜ ist seit dem 1.12.1990 in Deutschland und seit dem 01.08.2000 in der Türkei in Kraft. Es ist daher im vorliegenden Fall, in dem der Kindesvater die Rückgabe der zurzeit in der Türkei lebenden N. nach Deutschland betreibt, anwendbar. Nach Art. 15 HKÜ kann das Gericht oder die Verwaltungsbehörde eines Vertragsstaates vor der Anordnung der Rückgabe des Kindes anordnen, dass der Antragsteller eine Bescheinigung der Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorlegt, aus der hervorgeht, dass das Verbringen bzw. Zurückhalten des Kindes widerrechtlich i.S.d. Art. 3 HKÜ war. Ob es im vorliegenden Fall überhaupt ein derartiges Verlangen der türkischen Seite gab, wofür sich weder aus den vorliegenden Akten noch nach der Rücksprache mit dem Bundesamt für Justiz Anhaltspunkte ergeben, bedarf hier keiner weiteren Aufklärung. Denn es fehlt in jedem Fall an der Widerrechtlichkeit des Zurückhaltens Ns in der Türkei i.S.d. Art. 3 HKÜ.

Das Amtsgericht hat in dem angefochtenen Beschluss zwar zu Recht die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 a HKÜ festgestellt, nämlich dass die Kindesmutter durch das Zurückhalten von N. in der Türkei ohne das Einverständnis des auch sorgeberechtigten Kindesvaters diesen von der Ausübung des nach §§ 1626, 1687 BGB bestehenden Sorgerechts ausgeschlossen hat. Allerdings enthält der Beschluss keine Feststellungen dazu, dass der Kindesvater sein Mitsorgerecht zum Zeitpunkt des widerrechtlichen Zurückhaltens der Tochter in der Türkei auch tatsächlich ausgeübt hat. Diese weitere Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 b HKÜ ist hier nicht erfüllt, weshalb der Antrag auf Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung gemäß Art. 15 HKÜ abzulehnen war.

An die Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts nach Art. 3 Abs. 1 b HKÜ sind nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. So ist es schon als ausreichend angesehen worden, dass der Sorgeberechtigte regelmäßigen persönlichen und telefonischen Kontakt zu seinem Kind gehalten hat (vgl. OLG Dresden, FamRZ 2002, 1136) bzw. sein Umgangsrecht mit dem Kind wahrgenommen hat (OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 1575). Durch das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung sollen die Sorgerechtsverhältnisse ausgeschlossen werden, bei denen die gesetzlichen oder vereinbarten Rechte und

Pflichten überhaupt nicht, auch nicht hin und wieder oder in Ansätzen auch im Umfang eines Umgangsrechtes wahrgenommen werden (KG, FamRZ 1996, 691; OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 1575 Rz. 35; Henrich, Zum Tatbestand der Kindesentführung, Festschrift für Meo-Micaela Hahne, S. 87 ff.). Denn das HKÜ bezweckt nicht, allein formale Rechtspositionen der Eltern zu schützen, sondern soll dazu dienen, das Recht des Kindes auf Beachtung seines Lebensgleichgewichts zu wahren, insbesondere dadurch, dass seine emotionalen, sozialen und anderen Bindungen, unter denen sich sein Leben bisher abgespielt hat, nicht tatsächlich beeinträchtigt werden (vgl. KG, a.a.O.).

Im vorliegenden Fall kann nicht festgestellt werden, dass hier ein Sorgerechtsverhältnis vorliegt, das vom Kindesvater tatsächlich ausgeübt wurde (Art. 3 Abs. 1 b HKÜ). Nach unwidersprochen gebliebener Darstellung der Kindesmutter hat der Kindesvater, der das Kind von Anfang an nicht gewollt habe, seine im Zeitpunkt der Trennung gerade erst einen Monat alte Tochter seit dem 21.10.2011 nicht mehr gesehen. Während des einmonatigen Zusammenlebens mit dem Kind hat er sich nach Darstellung der Kindesmutter nicht um die gemeinsame Tochter gekümmert, sie vielmehr nur einmal auf dem Arm gehalten und sich ansonsten beschwert, dass sie zu laut sei. Die nach der Trennung zwischen den Familien der Eheleute stattgefundenen Treffen haben der außergerichtlichen Erledigung der von der Kindesmutter anhängig gemachten Gerichtsverfahren dienen sollen; die Regelung von Umgangskontakten zwischen dem Kindesvater und dem Baby seien nicht Gegenstand gewesen.

Der Kindesvater ist dem detaillierten Vortrag der Kindesmutter nicht konkret entgegen getreten. Er hat nur behauptet, dass er sich nach der Trennung um Umgang mit seinem Kind bemüht habe. Diese Bemühungen bestanden allerdings nur in zwei anwaltlichen Schreiben seines jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten vom 18.03.2012 (Bl. 39 f d. A.) sowie 03.04.2012 (Bl. 41 d. A.). Diese Schreiben seiner Rechtsanwälte, die von der Gegenseite unverzüglich beantwortet wurden, können angesichts des geringen Lebensalters der Tochter nicht ausreichen, die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts bzw. ihre Verhinderung allein durch die Mitnahme des Kindes in die Türkei im Juli 2012 gemäß Art. 3 Abs. 1 b HKÜ anzunehmen. Zum Zeitpunkt des ersten Anwaltsschreibens u.a. wegen Umgangs mit dem Kind waren seit der Trennung der Kindeseltern bereits 5 Monate vergangen, in denen sich der Kindesvater unstreitig nicht um einen Kontakt zu seiner Tochter bemüht hatte. Soweit er diesbezüglich auf das Gewaltschutzverfahren verweist, angesichts dessen sein Verfahrensbevollmächtigter von einer Kontaktaufnahme abgeraten habe, ist dies nicht

überzeugend. In dem Gewaltschutzverfahren war bereits am 14.11.2011 ein Verhandlungstermin angesetzt worden, zu dem der Kindesvater nicht erschienen ist, weshalb eine Terminsverlegung auf den 4.12.2011 vorgenommen wurde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt wird es zur vom Kindesvater vorgetragenen Antragsrücknahme durch die Kindesmutter gekommen sein, so dass einer Kontaktaufnahme zur Kindesmutter wegen Umgangskontakten zum Kind das Gewaltschutzverfahren nicht mehr entgegenstand. Im Übrigen hätte das Gewaltschutzverfahren einer anwaltlichen Anfrage, wie sie hier durch Schreiben vom 18.03.2012 letztlich nur vorgenommen wurde, von vornherein nicht entgegen gestanden. Aber nicht nur der Zeitablauf von 5 Monaten bis zu einer ersten Anfrage wegen eines Umgangskontaktes, sondern auch der Inhalt des Umgangsbegehrens vom 18.03.2012 spricht dafür, dass es dem Kindesvater mit der Anfrage um die Geltendmachung einer formalen Rechtsposition und nicht um die erstmalige Herstellung einer Beziehung zu seinem Kind ging. Das Schreiben ist nach Durchstreichen von Satzteilen und handschriftlichen Randnotizen bereits inhaltlich unverständlich. Es ist hieraus allein zu entnehmen, dass der Kindesvater N. für 3 Stunden sehen möchte. Allerdings wird nicht erläutert, wie sich der Kindesvater die praktische Ausgestaltung eines derartigen Umgangs mit dem ihm gänzlich unbekanntem Kleinstkind, das bisher ausschließlich von der Kindesmutter betreut wurde, vorstellt. Auch die nächste Anfrage vom 03.04.2012 enthält keine Angaben dazu, wie das „Sehen“ des Kindes am Sonntag von 15:00 bis 18:00 Uhr gestaltet werden soll. In ihrem Antwortschreiben vom 05.04.2012 hat sich die Kindesmutter vor dem Hintergrund des bisherigen Verhaltens des Kindesvaters gegenüber N. gegen „unbegleitete Umgangskontakte“ gewandt (Bl. 39 d. beigez. A.). Der Kindesvater nahm dieses Antwortschreiben aber nicht zum Anlass, sich nun um einen begleiteten Umgang mit seinem Kind zu kümmern. Die von ihm behauptete Kontaktaufnahme zum Jugendamt, um mit dessen Hilfe Umgangskontakte herzustellen, hat das Jugendamt in seinem Bericht vom 22.08.2012 (Bl. 58 d. beigez. A.) nicht bestätigt. Es ist also nichts dafür ersichtlich, dass die tatsächliche Sorgerechtsausübung durch den Kindesvater am 01.07.2012 nur deshalb unterblieben ist, weil die Kindesmutter mit dem Kind in die Türkei verzogen ist. Dass es dem Kindesvater hinsichtlich der erstrebten Rückkehr Ns nach Deutschland nicht um die (Wieder-)Herstellung eines tatsächlich ausgeübten Sorgerechts für das Kind geht, wird auch aus der Äußerung seines Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht am 26.09.2012 deutlich. Dort hat er eingeräumt, dass nach Trennung der Eheleute der Aufenthalt des Kindesvaters in Deutschland von dem Aufenthalt der Tochter in Deutschland abhängt (Bl. 76 d. beigez. A.). Aus alledem wird deutlich, dass es im vorliegenden Fall gerade nicht darum geht, mit Hilfe der

Rückführung des in der Türkei zurückbehaltenen Kindes eine zuvor bestehende, tatsächliche Sorge zwischen Kindesvater und Kind wiederherzustellen. Der Kindesvater hat sich vielmehr vor der Ausreise der Kindesmutter mit dem Kind in die Türkei nicht ernsthaft um die Herstellung eines ersten Kontaktes zu seinem Kind gekümmert und daher auch bis zum 1.7.2012 kein tatsächliches Sorgerecht ihm gegenüber ausgeübt. Die Kindesmutter hat durch ihren Verbleib mit dem Kind in der Türkei daher nur formal in das Sorgerecht des Kindesvaters eingegriffen.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach den §§ 43, 14 Nr. 2 IntFamRVG, 81 Abs. 1 S. 1 FamFG.

Der Kindesmutter war gemäß § 43 IntFamRVG, §§ 114 ff. ZPO Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen. Die Verfahrenskostenhilfebewilligung für den Kindesvater richtet sich nach § 43 IntFamRVG, §§ 114, 115, 119 Abs. 1 S. 2 ZPO.

Die Festsetzung des Verfahrenswerts beruht auf den §§ 14 Nr. 2 IntFamRVG, 42 Abs. 3 FamGKG.

gez Wever

gez. Dr. Röfer

gez. Küchelmann