



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 4 UF 20/17 = 58 F 5636/16 Amtsgericht Bremen

erlassen durch Übergabe an die Geschäftsstelle:  
Bremen, 21.06.2017

gez. [...], Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## B e s c h l u s s

In der Familiensache

betreffend das minderjährige Kind  
X [...], geb. am [...] 2014

weitere Beteiligte:

1. Kindesmutter  
[...],

Verfahrensbevollmächtigter zu 1:  
Rechtsanwalt [...]

2. Kindesvater:  
[...], MEXIKO,

Verfahrensbevollmächtigte zu 2:  
Rechtsanwältin [...],

3. Amt für Soziale Dienste [...],

hat der 4. Zivilsenat - Senat für Familiensachen - des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Haberland, den Richter am Oberlandesgericht Küchelmann und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Röfer

am 20.6.2017 beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Kindesmutter wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen vom 16.12.2016 und das ihm zugrunde liegende Verfahren aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen zurückverwiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden zwischen den Kindeseltern gegeneinander aufgehoben. Ihre im Beschwerdeverfahren angefallenen außergerichtlichen Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst.
3. Der Kindesmutter wird Gelegenheit gegeben, binnen 2 Wochen eine aktuelle Erklärung über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (§ 117 ZPO) nebst Belegen zur Akte zu reichen.
4. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000 € festgesetzt.
5. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Es geht um das Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn der miteinander verheirateten Kindeseltern.

Die getrenntlebenden Kindeseltern hatten zuletzt mit dem am [...] 2014 in Tuscaloosa/USA geborenen Sohn X in Mexiko gelebt. Anfang Juli 2016 ist die Kindesmutter von einem mit X und ihrer weiteren Tochter aus einer anderen Beziehung angetretenen Urlaub in Spanien nicht wieder nach Mexiko zurückgekehrt, sondern nach Bremen gereist. Der hiermit nicht einverständene Kindesvater hat am 29.9.2016 einen Antrag auf Rückführung des Sohnes nach dem Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980 (im Folgenden: HKÜ) gestellt. Das daraufhin beim Amtsgericht – Familiengericht – Bremen unter der Geschäftsnummer 60 F 5416/16 HK geführte Rückführungsverfahren führte zur mit amtsgerichtlichem Beschluss vom 4.11.2016 ausgesprochenen Verpflichtung der Kindesmutter, das Kind nach Mexiko zurückzuführen bzw. an den Kindesvater herauszugeben. Diese amtsgerichtliche Entscheidung hat der Senat nach Beschwerde

der Kindesmutter mit Beschluss vom 16.12.2016 bestätigt (Geschäftsnummer 4 UF 139/16).

Bereits am 23.10.2016 hatte die Kindesmutter einen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für einen beabsichtigten Antrag auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für X auf die Kindesmutter beim Amtsgericht Bremen gestellt. Mit Beschluss vom 26.10.2016 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussicht des beabsichtigten Sorgerechtsantrags abgelehnt. Die Regelung des Art. 16 HKÜ stehe einer sorgerechtlichen Entscheidung entgegen. Die hiergegen am 7.12.2016 eingelegte sofortige Beschwerde der Kindesmutter ist mit Beschluss der Einzelrichterin vom 3.1.2017 zurückgewiesen worden (Geschäftsnummer 4 WF 133/16). Ebenfalls am 7.12.2016 hat die Kindesmutter schriftsätzlich erklärt, sie wolle das Sorgerechtsverfahren auch ohne die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe durchführen und bitte um Zustellung des Antrags an den Kindesvater. Letzteres ist nicht erfolgt.

Mit Beschluss vom 16.12.2016 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen den Antrag der Kindesmutter vom 23.10.2016 als unzulässig zurückgewiesen, da einer Sachentscheidung über das Sorgerecht weiterhin der Art. 16 HKÜ als Verfahrenshindernis entgegenstehe.

Gegen diesen, dem Verfahrensbevollmächtigten der Kindesmutter am 23.12.2016 zugestellten Beschluss hat die Kindesmutter am 23.1.2017 Beschwerde eingelegt. Sie beantragt, unter Aufhebung des Beschlusses des Familiengerichts vom 16.12.2016 die elterliche Sorge für X auf die Kindesmutter allein zu übertragen. Zugleich hat sie die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten sowie die Zulassung der Rechtsbeschwerde beantragt.

Der Kindesvater hat zur Beschwerde der Kindesmutter keine Stellungnahme abgegeben.

II.

Die statthafte (§ 58 FamFG), form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Kindesmutter gegen den amtsgerichtlichen Beschluss vom 16.12.2016 ist zulässig und

hat - zumindest vorläufig - Erfolg. Gemäß § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG ist die Sache an das Amtsgericht Bremen zurückzuverweisen.

1.

a) Das Familiengericht hat den Sorgerechtsantrag der Kindesmutter mit dem angefochtenen Beschluss vom 16.12.2016 zu Recht als unzulässig zurückgewiesen, da am 16.12.2016 eine Sachentscheidung über das Sorgerecht für das gemeinsame Kind der Art. 16 HKÜ entgegenstand. Aus der Regelung des Art. 16 HKÜ ergibt sich bereits nach seinem Wortlaut, dass eine Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat erst getroffen werden darf, wenn entschieden ist, dass das Kind aufgrund des Übereinkommens nicht zurückzugeben ist, oder wenn innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung gemäß Art. 3 HKÜ kein Antrag nach dem Übereinkommen gestellt wird. Zu Recht hat das Amtsgericht am 16.12.2016 ausgesprochen, dass noch keine rechtskräftige Entscheidung über die Rückführung getroffen worden sei. Davon, dass der Senat am selben Tag über die Beschwerde der Kindesmutter entschieden hat, hatte das Amtsgericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung noch keine Kenntnis.

b) Zudem kann dahinstehen, ob zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen amtsgerichtlichen Entscheidung der Senat bereits über die Beschwerde entschieden hatte oder nicht. Denn die „Sperrwirkung“ des Art. 16 HKÜ war auch nicht dadurch beendet, dass am 16.12.2016 in zweiter Instanz über die Rückführung des Kindes entschieden worden ist. Art. 16 HKÜ greift vielmehr solange ein, bis entschieden ist, dass das Kind aufgrund des Haager Kindesentführungsübereinkommens nicht zurückzugeben ist. Seine Sperrwirkung ist zudem erst dann beendet, wenn innerhalb angemessener Frist nach Mitteilung an das Gericht gemäß Art. 3 HKÜ kein Antrag nach dem Übereinkommen gestellt wird oder das Kind aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung in seinen Heimatstaat zurückgekehrt, die Rückführungsentscheidung also vollzogen worden ist.

Im vorliegenden Fall hat der Kindesvater bereits im September 2016 einen Rückführungsantrag beim Amtsgericht gestellt, so dass ein Antrag nach dem HKÜ-Verfahren innerhalb angemessener Frist gestellt worden ist und die Voraussetzung fehlender Antragstellung nicht vorliegt. Auch die erstgenannte Voraussetzung, nämlich eine die Rückführung des Kindes ablehnende Entscheidung, ist hier nicht gegeben. Vielmehr ist die Rückführung des Kindes durch das Amtsgericht angeordnet worden, was der Senat durch die Zurückweisung der Beschwerde der Kindesmutter mit

Beschluss vom 16.12.2016 bestätigt hat. Es besteht allerdings Einigkeit darüber, dass der Art. 16 HKÜ einer Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat jedenfalls so lange entgegensteht, wie der Antragsteller den Vollzug dieser Rückführungsanordnung nachdrücklich betreibt und der Umstand, dass die Rückgabe noch nicht erfolgt ist, z.B. auf verzögerter Bearbeitung durch die Vollstreckungsorgane beruht. So hat der BGH in seinem Beschluss vom 16.8.2000 (FamRZ 2000, 1502) ausgesprochen, dass es dem Wortlaut des Art. 16 HKÜ und auch dem Zweck des Übereinkommens widersprechen würde, wenn eine Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtsstaat auch nach Rechtskraft einer die Rückgabe des Kindes anordnenden Entscheidung sogleich wieder zulässig sein würde. Es erscheine allenfalls erwägenswert, ein Sorgerechtsverfahren wieder zuzulassen, wenn der durch die Rückgabeeanordnung begünstigte Elternteil die Vollstreckung daraus nicht dem Charakter eines Eilverfahrens entsprechend betreibt bzw. die Anordnung nicht binnen angemessener Frist vollzogen werde. Letztlich kommt der BGH in der vorgenannten Entscheidung zu dem Schluss, dass Art. 16 HKÜ dahin auszulegen sei, dass eine Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat auch nach einer rechtskräftigen Rückgabeeanordnung weiterhin jedenfalls so lange unzulässig bleibe, wie der Antragsteller deren nach wie vor möglichen Vollzug nachdrücklich betreibt und der Umstand, dass die Rückgabe bislang noch nicht erfolgt sei, im Wesentlichen auf verzögerter Bearbeitung durch die Vollstreckungsorgane oder Versuche des entführenden Elternteils, die Vollstreckung zu vereiteln, zurückzuführen sei (vgl. auch Schweppe in: Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, Art. 16 HKÜ Rn. 5).

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist für den vorliegenden Fall davon auszugehen, dass bis zum 5.1.2017, dem Tag der Übergabe des Kindes an den Kindesvater in Bremen, eine Sachentscheidung über das Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn X durch Art. 16 HKÜ blockiert war.

c) Wie die Zulässigkeit einer Sachentscheidung über das Sorgerecht allerdings dann zu beurteilen ist, wenn das Kind aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung im HKÜ-Verfahren wieder in seinen Heimatstaat zurückgeführt worden ist, ist bisher nach Kenntnis des Senats nicht entschieden worden. Bei einer derartigen Fallkonstellation kann der Art. 16 HKÜ nach Auffassung des Senats kein Verfahrenshindernis mehr darstellen (so auch Staudinger/Jörg Pirrung (2009) D. HKÜ, Art. 16 HKÜ). Denn mit der Übergabe und somit Rückführung des Kindes in den Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltes ist das HKÜ-Verfahren zu einem Abschluss gelangt, da der Status quo wiederhergestellt wurde, was alleiniger Zweck des HKÜ-Verfahrens ist. Die

sich nach wie vor über den Aufenthaltsort des Kindes uneinigen Kindeseltern müssen nun die Möglichkeit haben, die sorgerechtliche Situation gerichtlich klären zu lassen, um eine verlässliche sorgerechtliche Regelung zu erhalten.

Im vorliegenden Fall ist daher das sich aus Art. 16 HKÜ ergebende Verfahrenshindernis für eine sorgerechtliche Entscheidung im Zufluchtsstaat, also Deutschland, mit Übergabe des Kindes an den Kindesvater als Antragsteller im HKÜ-Verfahren entfallen. Nach einem derartigen Abschluss des HKÜ-Verfahrens ist daher die Zuständigkeit des Amtsgerichtes – Familiengericht – Bremen für den Sorgerechtsantrag der Kindesmutter neu zu prüfen. Die nach dem 5.1.2017 eingetretene Konstellation, die vom Beschwerdegericht als zweiter vollwertige Tatsacheninstanz seiner Entscheidung zugrunde zu legen ist (vgl. Althammer in: Johannsen/Henrich, Familienrecht, 6. Aufl., § 65 FamFG Rn. 6), unterscheidet sich nicht von derjenigen, bei der die Kindesmutter alleine nach Deutschland gekommen wäre und nun das Aufenthaltsbestimmungsrecht bzw. die alleinige Sorge für ihren Sohn, der bei seinem Vater in Mexiko lebt, vor einem deutschen Gericht erstreiten möchte.

## 2.

Für das von der Kindesmutter betriebene Sorgerechtsverfahren besteht nach der aktuellen Sachlage bei dem Amtsgericht Bremen die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit, weshalb der Antrag der Kindesmutter nicht mehr als unzulässig zu verwerfen ist.

a) Die internationale Zuständigkeit des Amtsgerichtes Bremen ergibt sich aus § 99 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Das gemeinsame Kind der miteinander verheirateten Eltern besitzt unstreitig die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Regelung des § 99 FamFG nach § 97 Abs. 1 FamFG vorgehende völkerrechtliche Vereinbarungen bestehen im vorliegenden Fall nicht. Mexiko ist weder Vertragsstaat des Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ) noch des Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961 (MSA). Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich mangels eines (gewöhnlichen) Aufenthalts des Kindes in Deutschland weder aus Art. 8 Abs. 1 noch aus Art. 13 EuEheVO. Da Mexiko nicht der europäischen Union angehört, fehlt es auch an einem von den Artikeln 9 bis 12

EuEheVO vorausgesetzten „Mitgliedstaat“, aus dem das Kind nach Deutschland verbracht wurde. Über die in Art. 14 EuEheVO geregelte „Restzuständigkeit“ bestimmt sich die Zuständigkeit deutscher Gerichte daher nach dem deutschen Recht und somit nach § 99 FamFG. Dass das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, ist für die Anwendbarkeit des § 99 FamFG unerheblich. Denn die Regelungen in den Nrn. 1 und 2 des § 99 Abs. 1 FamFG stehen in einem fakultativen Verhältnis.

b) Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes Bremen ergibt sich aus § 152 Abs. 3 FamFG. Die Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes nach § 152 Abs. 1 und 2 FamFG ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Der Auffangtatbestand des § 152 Abs. 3 FamFG entspricht der Regelung in § 99 Abs. 1 S. 2 FamFG und kommt dann in Betracht, wenn sich der Aufenthalt des Kindes noch nicht zu einem gewöhnlichen Aufenthalt verdichtet hat, wenn ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Inland nicht feststellbar ist oder im Ausland liegt oder wenn der Aufenthalt des Kindes unbekannt ist. Die Vorschrift ist weit auszulegen. Denn insbesondere in Kindschaftssachen sollen negative Kompetenzkonflikte durch zügiges und fürsorgeorientiertes Tätigwerden des Gerichts tunlichst vermieden werden (Keuter in: Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 1. Aufl. 2015, § 152 FamFG Örtliche Zuständigkeit). Der für die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit maßgebliche Zeitpunkt richtet sich danach, wann das Gericht mit der Sache befasst worden ist. In Antragsverfahren wird der Zeitpunkt daher durch den Eingang des Antrags bestimmt (vgl. Büte in: Johannsen/Henrich, a.a.O., § 152 FamFG, Rn. 2). Nach dem Grundsatz der perpetuatio fori bleibt die einmal gegebene Zuständigkeit gemäß § 2 Abs. 2 FamFG bei Veränderung der sie begründenden Umstände erhalten (vgl. Engelhardt in: Keidel, FamFG, 19. Aufl., § 152 Rn. 2).

Im Zeitpunkt der Antragstellung durch die Kindesmutter am 7.12.2016 - zuvor hatte die Kindesmutter nur einen Verfahrenskostenhilfeantrag gestellt, was für § 152 FamFG nicht ausreicht (vgl. Keuter, a.a.O., § 152 FamFG Rn. 2) - befand sich das Kind mit ihr in Deutschland, wo es allerdings angesichts des vom Kindsvater betriebene Rückführungsverfahrens nach dem HKÜ nicht zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes kommen konnte. Da sich die Kindeseltern über den Aufenthalt des Kindes in Deutschland oder Mexiko nicht einig waren, bestand grundsätzlich ein Regelungsbedürfnis zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die Kindesmutter, weshalb hier eine örtliche Zuständigkeit wegen des Bedürfnisses der

Fürsorge gemäß § 152 Abs. 3 FamFG besteht. Dies muss ebenso gelten, wenn auf den Zeitpunkt nach Übergabe des Kindes an den Kindesvater am 5.1.2017 abgestellt würde, da auch aktuell keine Einigkeit zwischen den Kindeseltern hinsichtlich des Aufenthaltsortes des Kindes zu bestehen scheint.

c) Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts Bremen für die Entscheidung über einen Sorgerechtsantrag ergibt sich aus § 23a Abs. 1 Nr. 1 GVG i.V.m. § 151 Nr. 1 FamFG.

d) Das Sorgerechtsverfahren ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig. So ist nichts dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass von den Kindeseltern in Mexiko bereits ein Sorgerechtsverfahren hinsichtlich der Übertragung der alleinigen Sorge für den gemeinsamen Sohn geführt wird. Das von der Kindesmutter vor dem Amtsgericht Bremen angestrebte Sorgerechtsverfahren ist somit nicht wegen des Vorhandenseins eines vorgreiflichen Verfahrens auszusetzen bzw. wegen doppelter Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog) abzuweisen.

3.

Da durch das Familiengericht noch keine Entscheidung in der Sache ergangen ist, weil das Amtsgericht - Familiengericht - Bremen zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zu Recht eine Sachentscheidung wegen des Eingreifens des Verfahrenshindernisses des Art. 16 HKÜ abgelehnt hat, liegen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung gemäß § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG vor. Denn eine solche ist auch möglich, wenn die Zulässigkeit erst in der Beschwerdeinstanz eintritt (vgl. Keidel/Sternal, a.a.O., § 69 Rn. 14 und 14a sowie zu § 538 ZPO Prütting/Gehrlein/Oberheim, ZPO, 9. Aufl., § 538 Rn. 23). Von dieser Zurückverweisungsmöglichkeit war im vorliegenden Fall insbesondere deshalb Gebrauch zu machen, weil angesichts des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in Mexiko eine aufwändige Sachaufklärung nötig sein wird. Im Übrigen müsste zunächst geklärt werden, welches materielle Recht für die zu treffende Sachentscheidung anzuwenden ist. Hier könnte gemäß Art. 21 EGBGB das mexikanische materielle Recht zur Anwendung kommen, was die nähere Aufklärung der mexikanischen Rechtslage – eventuell mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens - erforderlich machen würde.

4.

Der Senat hat von einer mündlichen Anhörung der Beteiligten gemäß § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG abgesehen, da es vorliegend nur um die Rechtsfrage der Zuständigkeit des



Amtsgerichts Bremen für den von der Kindesmutter gestellten Sorgerechtsantrag geht und von einer mündlichen Anhörung der Verfahrensbeteiligten keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Zu dem künftigen Aufenthalt von X konnten sich die Kindeseltern erstinstanzlich bereits ausführlich mündlich äußern, wenn auch im HKÜ-Verfahren und nicht in dem zeitgleich anhängigen vorliegenden Sorgerechtsverfahren.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 FamFG. Die Verfahrenswertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 40, 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG.

6.

Der Antrag der Kindesmutter auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten konnte noch nicht beschieden werden, da die vorgelegten Unterlagen sowie die Erklärung gemäß § 117 Abs. 2 ZPO nicht mehr aktuell sind. Es war daher eine Nachfrist zur Beibringung aktueller Unterlagen zu setzen.

7.

Dem Antrag der Kindesmutter entsprechend ist im vorliegenden Fall gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen, da die Rechtsfrage, ob der Art. 16 HKÜ einer Sachentscheidung über das Sorgerecht im (ehemaligen) Zufluchtsstaat auch dann noch entgegensteht, wenn das Kind nach einem rechtskräftigen Beschluss über seine Rückführung bereits in den Heimatstaat zurückgeführt worden ist, noch nicht obergerichtlich entschieden worden ist.

gez. Dr. Haberland

gez. Küchelmann

gez. Dr. Röfer