Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
vom 20. September 2018 [1]

Rechtssache C-393/18 PPU

UD
gegen
XB

(Vorabentscheidungsersuchen des High Court of Justice [England & Wales] Family Division [Hoher Gerichtshof (England und Wales), Abteilung für Familiensachen, Vereinigtes Königreich])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – Zuständigkeit in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung – Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 – Art. 8 Abs. 1 – Begriff ‚gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes' – Geburt und dauernder Aufenthalt eines Säuglings in einem Drittstaat gegen den Willen der Mutter – Keine körperliche Anwesenheit des Säuglings in einem Mitgliedstaat – Situation, die aufgrund des vom Vater ausgeübten Zwangs und einer möglichen Verletzung der Grundrechte der Mutter und des Säuglings entstanden ist – Keine Regel, wonach ein Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat haben kann, in dem es niemals körperlich anwesend war"

I. Einleitung

1. Mit seinem Vorabentscheidungsersuchen ersucht der High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen, Vereinigtes Königreich) den Gerichtshof um Auslegung von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung [2] (im Folgenden: Brüssel-IIa-Verordnung)

2. Dieses Ersuchen ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der Mutter – einer bangladeschischen Staatsangehörigen – und dem Vater – einem britischen Staatsangehörigen – eines Kindes, das zum Zeitpunkt der Anrufung des vorlegenden Gerichts ungefähr ein Jahr alt war. Dieses Kind wurde in Bangladesch gezeugt und geboren und lebte ständig dort. Die Mutter behauptet, der Vater halte sie gegen ihren Willen in diesem Drittstaat fest, wohin sie sich, nachdem sie sich etwa sechs Monate mit dem Vater im Vereinigten Königreich aufgehalten habe, für einen vorübergehenden Besuch begeben habe. Sie sei wegen des vom Vater ausgeübten Zwangs genötigt gewesen, in Bangladesch zu gebären und dort mit dem Kind zu bleiben. Die Mutter hat beim vorlegenden Gericht beantragt, das Kind unter dessen Vormundschaft zu stellen sowie anzuordnen, dass sie selbst und das Kind nach England und Wales zurückkehren, um an dem Gerichtsverfahren teilnehmen zu können.

1 Originalsprache: Französisch.

2 Verordnung des Rates vom 27. November 2003 zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. 2003, L 338, S. 1).

3. Nach Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung ist das vorlegende Gericht für die Entscheidung über diesen Antrag nur zuständig, wenn das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung beim vorlegenden Gericht seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich hatte. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob der Umstand, dass das Kind in diesem Mitgliedstaat niemals körperlich anwesend war, zwangsläufig ein Hindernis dafür darstellt, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Es möchte vom Gerichtshof außerdem wissen, welche Bedeutung in diesem Kontext der Tatsache zukommt, dass die Nichtanwesenheit im Gebiet des Vereinigten Königreichs eine Folge des Zwangs ist, den der Vater möglicherweise unter Missachtung der Grundrechte von Mutter und Kind auf die Mutter ausgeübt hat.

4. In meiner Analyse werde ich zu dem Ergebnis kommen, dass die Tatsache, dass sich ein Kind niemals in einem Mitgliedstaat befunden hat, nicht zwangsläufig ein Hindernis dafür darstellt, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ich werde auch die Gesichtspunkte benennen – darunter den Grund, weshalb die Mutter und das Kind nicht im Gebiet dieses Mitgliedstaats anwesend sind –, die bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens zu berücksichtigen sind.

II. Rechtlicher Rahmen

5. Im zwölften Erwägungsgrund der Brüssel-IIa-Verordnung heißt es:

„Die in dieser Verordnung für die elterliche Verantwortung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften wurden dem Wohle des Kindes entsprechend und insbesondere nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet. Die Zuständigkeit sollte vorzugsweise dem Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorbehalten sein …“

6. Nach Art. 8 („Allgemeine Zuständigkeit“) Abs. 1 dieser Verordnung sind „[f]ür Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, … die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“.

III. Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

7. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens (UD), eine bangladeschische Staatsangehörige, schloss im Jahr 2013 mit dem Beklagten des Ausgangsverfahrens (XB), einem britischen Staatsangehörigen, eine arrangierte Ehe. Die Klägerin und der Beklagte des Ausgangsverfahrens sind Mutter bzw. Vater eines kleinen Mädchens, das im Mai 2016 in Bangladesch gezeugt wurde.

8. Im Juni oder Juli 2016 begab sich UD in das Vereinigte Königreich, um dort mit XB zu leben. Sie verfügt über ein vom United Kingdom Home Office (Innenministerium des Vereinigten Königreichs) erteiltes Ehegattenvisum mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2016 bis 1. April 2019.

9. UD wirft XB und seiner Familie häusliche Gewalt, sowohl physischer als auch psychischer Art, vor. Sie sei auch zweimal von XB vergewaltigt worden. XB bestreitet diese Anschuldigungen.

10. Am 24. Dezember 2016 reiste UD, die zu diesem Zeitpunkt hochschwanger war, mit XB nach Bangladesch, wo das Kind am 2. Februar 2017 zur Welt kam. UD und das Kind sind seither dort geblieben. Anfang Januar 2018 kehrte XB nach England und Wales zurück.

11. Die Parteien des Ausgangsverfahrens schildern die Umstände ihrer Reise nach Bangladesch und die nachfolgenden Ereignisse unterschiedlich.

12. UD behauptet, sie sei von XB gegen ihren Willen mit ihrem Kind rechtswidrig in Bangladesch festgehalten worden. Sie sei unter Verstoß gegen ihre Grundrechte und die des Kindes nach den Art. 3 und 5 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) gezwungen worden, dort zu gebären und zu bleiben. XB habe sie im Dorf ihres Vaters zurückgelassen und gesagt, er werde in einer Woche zu ihr zurückkehren. Er sei jedoch nie zurückgekehrt und habe ihr ihren Reisepass und andere Dokumente weggenommen, damit sie Bangladesch nicht verlassen könne. UD behauptet, sie hätte sich niemals dorthin begeben, wenn sie die wahren Absichten von XB gekannt hätte. Sie verfüge in dem betreffenden Dorf weder über Gas, Elektrizität oder Trinkwasser noch über irgendein Einkommen. Die Dorfgemeinschaft stigmatisiere sie wegen ihrer Trennung von XB.

13. XB bestreitet dieses Vorbringen in seiner Gesamtheit. Ihm zufolge hätten sie sich auf Wunsch von UD nach Bangladesch begeben, weil UD im Vereinigten Königreich unglücklich gewesen sei. Es sei auch auf Wunsch von UD gewesen, dass er allein in diesen Mitgliedstaat zurückgekehrt sei.

14. Am 20. März 2018 hat UD beim High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen) Klage erhoben. Sie hat dort erstens beantragt, das Kind unter die Vormundschaft dieses Gerichts zu stellen, und zweitens, anzuordnen, dass Mutter und Kind nach England und Wales zurückkehren, um an dem Gerichtsverfahren teilnehmen zu können.

15. Bei einer Anhörung, die am selben Tag stattfand, hat UD geltend gemacht, dass das vorlegende Gericht für die Klage zuständig sei. Sie beruft sich in erster Linie darauf, dass das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung beim vorlegenden Gericht seinen gewöhnlichen Aufenthalt in England und Wales gehabt habe. Hilfsweise trägt UD vor, das vorlegende Gericht verfüge über eine *Parens-patriae* -Zuständigkeit (d. h. eine Zuständigkeit aufgrund der britischen Nationalität oder Staatsangehörigkeit) hinsichtlich des Kindes und müsse diese ausüben.

16. Bei einer Anhörung, die am 16. April 2018 stattfand, bestritt XB die Zuständigkeit des High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen). Seiner Ansicht nach hatte das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung im Ausgangsverfahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Bangladesch. Das vorlegende Gericht verfüge auch über keine *Parens-patriae*-Zuständigkeit hinsichtlich des Kindes, da dieses kein britischer Staatsbürger sei. Jedenfalls dürfe das vorlegende Gericht, selbst wenn es eine solche Zuständigkeit besäße, diese im vorliegenden Fall nicht ausüben.

17. In seiner Vorlageentscheidung weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass es keine Tatsachenfeststellungen getroffen habe, da es es als erforderlich ansieht, vorab über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Seiner Ansicht nach muss festgestellt werden, ob das Kind im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung zum Zeitpunkt der Antragstellung bei Gericht seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich hatte, bevor irgendeine andere Grundlage für seine Zuständigkeit geprüft wird.

18. Insoweit hält das vorlegende Gericht ein Vorabentscheidungsersuchen für erforderlich, um zu klären, ob sich ein gewöhnlicher Aufenthalt eines Kindes in einem Mitgliedstaat feststellen lässt, in dem es sich niemals körperlich befunden hat. Das vorlegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob dies der Fall sein kann, wenn die Mutter behauptet, dass das Kind zwar in einem Drittstaat geboren und aufhältig sei, aber bei den Eltern, die Träger der elterlichen Verantwortung seien, kein gemeinsamer Wille bestehe, in diesem Drittstaat zu wohnen, und der Vater Mutter und Kind dort zwangsweise widerrechtlich festhalte. Dem vorlegenden Gericht zufolge würde das Verhalten von XB, wenn es bewiesen wäre, wohl die Grundrechte von Mutter und Kind nach den Art. 3 und 5 der EMRK verletzen.

19. Unter diesen Umständen hat der High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen), beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist die körperliche Anwesenheit eines Kindes in einem Staat ein unabdingbarer Bestandteil des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von Art. 8 der Brüssel-IIa-Verordnung?

2. Hat in dem Fall, dass beide Eltern Träger der elterlichen Verantwortung sind, die Tatsache, dass eine Mutter in einen anderen Staat gelockt und danach in diesem Staat vom Vater unter Zwang oder durch eine andere rechtswidrige Handlung widerrechtlich festgehalten wurde, so dass sie gezwungen war, das Kind in diesem Staat auf die Welt zu bringen, irgendeinen Einfluss auf die Antwort auf die erste Frage, wenn womöglich die Rechte der Mutter und/oder des Kindes im Sinne der Art. 3 und 5 der EMRK oder sonstige Menschenrechte verletzt worden sind?

20. Das vorlegende Gericht hat beantragt, das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen dem in Art. 107 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vorgesehenen Eilverfahren zu unterwerfen. Die erste Kammer des Gerichtshofs hat am 5. Juli 2018 auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts entschieden, diesem Antrag stattzugeben.

21. UD, XB, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Vorgenannten sowie die tschechische Regierung waren in der mündlichen Verhandlung am 7. September 2018 vertreten.

IV. Analyse

A. Zur Zulässigkeit

22. Die Regierung des Vereinigten Königreichs wendet ein, die Vorlagefragen seien unzulässig, weil Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung allein Zuständigkeitskonflikte zwischen Gerichten der Mitgliedstaaten regele. Nach Art. 61 Buchst. c EG – dem nunmehrigen Art. 67 AEUV – der eine der Rechtsgrundlagen für diese Verordnung sei, sei deren geografischer Anwendungsbereich auf Situationen beschränkt, in denen Anknüpfungspunkte zu zwei oder mehr Mitgliedstaaten bestünden. Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung finde daher keine Anwendung bei einem Rechtsstreit, der Anknüpfungspunkte zu einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat aufweise.

23. Dem Wortlaut dieser Vorschrift zufolge sind die Gerichte eines Mitgliedstaats zuständig, „in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“, ohne diese Zuständigkeit auf Rechtsstreitigkeiten zu begrenzen, die Anknüpfungspunkte zu einem anderen Mitgliedstaat aufweisen.

24. Art. 61 Buchst. a der Brüssel-IIa-Verordnung bestätigt dieses Verständnis. Nach dieser Bestimmung ist die Brüssel-IIa-Verordnung im Verhältnis zum am 19. Oktober 1996 in Den Haag unterzeichneten Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (im Folgenden: Haager Übereinkommen von 1996)[3] anwendbar, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet eines Mitgliedstaats hat. Die

3 Das Haager Übereinkommen von 1996 ersetzt das am 5. Oktober 1961 in Den Haag geschlossene Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (im Folgenden: Haager Übereinkommen von 1961). Zwar ist die Europäische Union nicht Vertragsstaat des Haager Übereinkommens von 1996, alle Mitgliedstaaten haben es aber unterzeichnet.

Brüssel-IIa-Verordnung geht somit diesem Übereinkommen immer dann vor, wenn dieses Kriterium erfüllt ist, ohne dass es darauf ankommt, ob in dem Rechtsstreit möglicherweise ein Zuständigkeitskonflikt zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat, der Vertragsstaat dieses Übereinkommens ist, besteht.

25. Im Übrigen soll Art. 12 Abs. 4 dieser Verordnung, der unter bestimmten Umständen eine Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaats, die über den Antrag auf Ehescheidung der Eltern entschieden haben, auch dann zulässt, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in diesem Mitgliedstaat hat, die Situation eines Kindes erfassen, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hat, der das Haager Übereinkommen von 1996 nicht unterzeichnet hat. Diese Vorschrift findet also speziell auf solche Streitigkeiten Anwendung, die Anknüpfungspunkte zu einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat aufweisen [4].

26. Eine teleologische Auslegung von Art. 8 Abs. 1 dieser Verordnung bringt mich ebenfalls zu der Annahme, dass die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaats vorliegt, sofern das Kind dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, auch wenn keine Anknüpfungspunkte zu einem anderen Mitgliedstaat bestehen.

27. Insoweit hat der Gerichtshof im Urteil Owusu [5] klargestellt, dass das Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [6] (im Folgenden: Brüsseler Übereinkommen) – die Vorgängerregelung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [7] (im Folgenden: Brüssel-I-Verordnung) – das Funktionieren des Binnenmarkts dadurch erleichtern sollte, dass Zuständigkeitsregeln für die damit zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten erlassen und die Schwierigkeiten bei der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen vermindert wurden. Nach Auffassung des Gerichtshofs trägt die Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregeln für Rechtsstreitigkeiten, die einen Anknüpfungspunkt zu einem Drittstaat aufweisen, zur Verwirklichung dieses Ziels bei, da sie ermöglicht, die Hemmnisse, die sich aus den Unterschieden in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ergeben können, zu beseitigen. Der Gerichtshof hat daraus abgeleitet, dass die Anwendung der Regel in Art. 2 des Brüsseler Übereinkommens, der die allgemeine Zuständigkeit den Gerichten des Mitgliedstaats zuweist, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, nicht voraussetzt, dass ein Rechtsverhältnis vorliegt, das einen Bezug zu mehreren Vertragsstaaten dieses Übereinkommens aufweist [8].

28. Meines Erachtens gelten die Erwägungen in diesem Urteil auch im Kontext von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung. Denn nach Art. 67 Abs. 4 AEUV fördert die Union die gegenseitige Anerkennung der Entscheidungen der Gerichte der Mitgliedstaaten in sämtlichen Zivilsachen [9]. Die Harmonisierung der Regeln über die internationale Zuständigkeit soll, indem sie für Rechtssicherheit sorgt, ein Klima des gegenseitigen Vertrauens schaffen, das die Aufstellung von Regeln für eine

4 Allerdings setzen bestimmte Vorschriften der Brüssel-IIa-Verordnung, wie sich ihrem Wortlaut entnehmen lässt, notwendigerweise einen potenziellen Zuständigkeitskonflikt zwischen den Gerichten von zwei oder mehr Mitgliedstaaten voraus (vgl. Art. 9, 10, 15, 19 und 20). Ferner gelten die Bestimmungen dieser Verordnung über die Anerkennung und Vollstreckung nur für Urteile, die von den Gerichten der Mitgliedstaaten erlassen werden (vgl. Beschluss vom 12. Mai 2016, Sahyouni, C-281/15, EU:C:2016:343, Rn. 19 bis 22, und Urteil vom 20. Dezember 2017, Sahyouni, C-372/16, EU:C:2017:988, Rn. 27). Unstreitig ist ebenfalls, dass Art. 11 dieser Verordnung, in dem es um die Rückgabe des Kindes geht, voraussetzt, dass das Verbringen oder Zurückhalten von einem Mitgliedstaat in einen anderen erfolgt ist. Zusammengefasst geht es nicht darum, den geografischen Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-Verordnung als Ganzes festzustellen, sondern um die Anwendbarkeit ihrer einzelnen Bestimmungen.

5 Urteil vom 1. März 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, Rn. 33).

6 ABl. 1972, L 299, S. 32.

7 Verordnung des Rates vom 22. Dezember 2000 (ABl. 2001, L 12, S. 1).

8 Urteil vom 1. März 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, Rn. 34 und 35). Vgl. auch Gutachten 1/03 (zum neuen Übereinkommen von Lugano) vom 7. Februar 2006 (EU:C:2006:81, Rn. 146 bis 148).

9 So sieht Art. 81 Abs. 2 AEUV den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen für die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, „*insbesondere* wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist“, vor (Hervorhebung nur hier).

automatische Anerkennung ermöglicht [10]. Im Hinblick darauf ermöglicht die Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregeln für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, die einen Anknüpfungspunkt zu einem Drittstaat aufweisen, Hindernisse für die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in sämtlichen Zivilsachen, einschließlich Familiensachen, zu beseitigen.

29. Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch der Auffassung zum Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung, der sowohl in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte [11] als auch in der Lehre [12] vertreten wird.

30. Der vom Vereinigten Königreich hinsichtlich der Vorlagefragen geltend gemachte Unzulässigkeitsgrund ist folglich zu verwerfen.

31. Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass die Zulässigkeit der Vorlagefragen auch nicht mit der Begründung in Frage gestellt werden kann, dass sie sich auf einen Sachverhalt beziehen, der von dem vorlegenden Gericht nicht festgestellt wurde, sondern lediglich auf den Behauptungen der Mutter beruht [13].

B. Zur Beantwortung der Vorlagefragen

1. Einleitende Erwägungen

32. Als zentrales Element der Brüssel-IIa-Verordnung und der internationalen Übereinkünfte, an denen sich diese orientiert, erfüllt der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes“ im Kontext dieser Rechtsinstrumente eine zweifache Funktion.

33. Erstens begründet der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung nach Art. 8 Abs. 1 dieser Verordnung die allgemeine Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaats für die Entscheidung über Fragen, die die elterliche Verantwortung betreffen [14]. Diese Bestimmung hat den gleichen Inhalt wie Art. 5 Abs. 1 des Haager Übereinkommens von 1996.

10 Vgl. Nr. 13 des erläuternden Berichts von A. Borrás (ABl. 1998, C 221, S. 27), der im Rahmen des Verfahrens zur Annahme des in Brüssel am 28. Mai 1998 geschlossenen Übereinkommens aufgrund von Art. K3 des [EUV] über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen (ABl. 1998, C 221, S. 1, sogenanntes „Brüssel-II-Übereinkommen) verfasst wurde.

11 Vgl. u. a. Cour de Cassation, 1ère chambre civile (Kassationshof, Erster Zivilsenat, Frankreich), 13. Mai 2015, Nr. 15-10.872, Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, Abschnitt 29, sowie High Court of Ireland (Hoher Gerichtshof für Irland) O'K v A, 1. Juli 2008, [2008] IEHC 243, Abschnitt 5.8.

12 Vgl. u. a. Gallant, E., „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale“, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, Rn. 24 ff., sowie Magnus, U., und Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, S. 21.

13 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass ein nationales Gericht eine Auslegungsfrage „auch dann“ vorlegen kann, „wenn es das Vorbringen einer Partei zugrunde legt, dessen Richtigkeit es noch nicht geprüft hat, sofern es in Anbetracht der Umstände der Rechtssache eine Vorabentscheidung für erforderlich hält, um seine Entscheidung erlassen zu können, und die Vorabentscheidungsfragen, die es dem Gerichtshof vorlegt, zweckdienlich sind“ (Urteil vom 9. Dezember 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657, Rn. 27). Im vorliegenden Fall hält das vorlegende Gericht die Beantwortung seiner Fragen durch den Gerichtshof für erforderlich, um über seine Zuständigkeit zu entscheiden, wobei sich die Beweisanforderungen in Bezug auf die maßgeblichen Tatsachen, die insoweit erfüllt sein müssen, von den Anforderungen an die Feststellung des Sachverhalts im Rahmen der Begründetheit unterscheiden. Hierzu hat der Gerichtshof im Urteil vom 28. Januar 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, Rn. 59 bis 63), festgestellt, dass der Umfang der Kontrollpflichten, die den nationalen Gerichten bei der Überprüfung ihrer internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel-I-Verordnung obliegen, Sache des innerstaatlichen Verfahrensrechts ist, soweit die praktische Wirksamkeit dieser Verordnung gewahrt bleibt. Dem Gerichtshof zufolge muss das nationale Gericht ohne Schwierigkeiten über seine eigene Zuständigkeit entscheiden können, ohne gezwungen zu sein, in eine Sachprüfung einzutreten, bei der es ein umfassendes Beweisverfahren zu den sowohl für die Zuständigkeit als auch für die Begründetheit relevanten Tatsachen durchführt. Diese Erwägungen gelten meines Erachtens auch für die von der Brüssel-IIa-Verordnung vorgesehenen Zuständigkeitsregeln.

14 Es ist unstreitig, dass Gegenstand des Ausgangsverfahrens Fragen sind, die die elterliche Verantwortung im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Brüssel-IIa-Verordnung betreffen.

34. Zweitens ist der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ des Kindes das Kernstück des Rückgabeverfahrens, das das am 25. Oktober 1980 in Den Haag geschlossene Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (im Folgenden: Haager Übereinkommen von 1980, zusammen mit dem Haager Übereinkommen von 1996: die Haager Übereinkommen) [15] vorsieht. Dieses Verfahren findet in seiner durch die Bestimmungen der Brüssel-IIa-Verordnung, insbesondere ihrem Art. 11, ergänzten Form in den von dieser Verordnung geregelten Bereichen weiterhin Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten [16]. Im Wesentlichen ist das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes widerrechtlich, wenn es unter Verletzung des Sorgerechts erfolgt, das nach dem Gesetz des Mitgliedstaats besteht, in dem das Kind unmittelbar vor diesem Ereignis seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte [17]. Wenn das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich ist, muss die Rückgabe des Kindes in diesen Mitgliedstaat grundsätzlich unverzüglich angeordnet werden [18].

35. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes“ in beiden Kontexten dieselbe Bedeutung [19]. Dies erklärt sich insbesondere dadurch, dass sowohl Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung als auch das Rückgabeverfahren bezwecken, dass Streitigkeiten über die elterliche Verantwortung von den Gerichten des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes entschieden werden, von denen angenommen wird, dass sie am besten in der Lage sind, das Kindeswohl zu schützen [20].

36. Speziell aus dem zwölften Erwägungsgrund dieser Verordnung geht hervor, dass sich die in ihrem Art. 8 Abs. 1 vorgesehene Regel über die allgemeine Zuständigkeit am Kriterium der räumlichen Nähe orientiert, mit dem der Gesetzgeber das Ziel, das Kindeswohl zu schützen, umsetzen wollte. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass die Gerichte des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes dessen Situation im Verfahren in der Sache aufgrund ihrer räumlichen Nähe zu dem sozialen und familiären Umfeld des Kindes am besten beurteilen können [21], gegebenenfalls nachdem die Rückgabe des Kindes in diesen Mitgliedstaat nach den Bestimmungen des Haager Übereinkommens von 1980, ergänzt durch die Bestimmungen der Brüssel-IIa-Verordnung, stattgefunden hat. Diese Zuständigkeitsregel sowie das Rückgabeverfahren beruhen somit auf einer bestimmten Auffassung vom Kindeswohl im Allgemeinen [22]. Die einzelfallbezogene Konkretisierung des Kindeswohls erfolgt später im Stadium des Verfahrens zur materiell-rechtlichen Klärung der Fragen in Bezug auf die elterliche Verantwortung [23].

37. Weder die Haager Übereinkommen noch die Brüssel-IIa-Verordnung definieren den Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes“. Unter diesen Bedingungen sah sich der Gerichtshof – ebenso wie die Gerichte der Staaten, die diese Übereinkommen unterzeichnet haben – veranlasst, einen Rahmen für einen Test zur einzelfallbezogenen Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im jeweiligen Einzelfall herauszuarbeiten. Dies erfordert einen Ausgleich zwischen mehreren Erfordernissen.

15 Das Haager Übereinkommen von 1980 ist von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet worden. Die Union ist ihm allerdings nicht beigetreten. Die Republik Bangladesch hat im Übrigen weder das Haager Übereinkommen von 1980 noch das von 1996 unterzeichnet.

16 Vgl. Art. 62 Abs. 2 und 17. Erwägungsgrund der Brüssel-IIa-Verordnung. Nach Art. 60 Buchst. e dieser Verordnung gehen ihre Bestimmungen denen des Haager Übereinkommens von 1980 vor. Vgl. Urteil vom 5. Oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, Rn. 36).

17 Vgl. Art. 3 des Haager Übereinkommens von 1980 und Art. 2 Nr. 11 der Brüssel-IIa-Verordnung.

18 Vgl. Art. 12 des Haager Übereinkommens von 1980 und Art. 11 der Brüssel-IIa-Verordnung.

19 Urteile vom 9. Oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, Rn. 54), und vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 41).

20 Vgl. den erläuternden Bericht von E. Pérez-Vera, *Actes et documents de la XIV*ème *session* (1980), Bd. III (im Folgenden: Pérez-Vera-Bericht), Rn. 16, 19 und 66. Insbesondere in Rn. 16 dieses Berichts wird deutlich, dass die Unmöglichkeit, im Übereinkommen Zuständigkeitsregeln für den Bereich des Sorgerechts festzulegen, zu der Entscheidung geführt hat, den Weg über das Rückgabeverfahren zu beschreiten, mit dem, „obgleich ein Umweg, in den meisten Fällen ermöglicht wird, dass die anschließende Entscheidung über das Sorgerecht von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vor seiner Verbringung getroffen wird“.

21 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. November 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, Rn. 84).

22 Vgl. Rn. 24 und 25 des Pérez-Vera-Berichts sowie Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

23 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 66).

38. Zum einen muss dieser Test hinreichend flexibel sein, damit die Gerichte ihre Entscheidungen an die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls anpassen können, um dem Kriterium der räumlichen Nähe bestmöglich zu entsprechen. Aus den Vorarbeiten zu den Haager Übereinkommen geht hervor, dass ihre Verfasser bewusst auf eine Definition des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes“ verzichtet haben. Nach deren Auffassung sind mit diesem Begriff Tatsachenfeststellungen verbunden, und er sollte nicht durch strenge Rechtsregeln eingegrenzt werden wie die, die für die Feststellung des Wohnsitzes gelten [24].

39. Der gewählte Test muss zum anderen einen gewissen Grad an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleisten, indem er den Beurteilungsspielraum durch hinreichende Orientierungsmarken begrenzt. Diese Anforderung wird auch dem Ziel einer einheitlichen Anwendung der Brüssel-IIa-Verordnung und der Haager Übereinkommen gerecht: Je genauer und klarer die Anhaltspunkte sind, desto vorhersehbarer und damit einheitlicher sind die Ergebnisse bei den verschiedenen betroffenen Gerichten.

40. Ich halte es hier für angezeigt, die Bedeutung einer kohärenten und einheitlichen Anwendung des Kriteriums des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes sowohl innerhalb der Union als auch in sämtlichen Vertragsstaaten der Haager Übereinkommen hervorzuheben. Die Herausforderung besteht darin, Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und den Gerichten anderer Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens von 1996 zu verhindern und einen reibungslosen Ablauf des mit dem Haager Übereinkommen von 1980 geschaffenen Rückgabeverfahrens zu ermöglichen [25]. In Anbetracht dessen halte ich es für angebracht, bei meiner Analyse einige Entscheidungen von Gerichten aus Drittstaaten, die diese Übereinkommen unterzeichnet haben, zu berücksichtigen [26].

2. Zur Notwendigkeit der körperlichen Anwesenheit des Kindes in einem Mitgliedstaat, um dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen

a) Vorbemerkungen

41. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es für einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in einem Mitgliedstaat im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung unverzichtbar ist, dass dieses Kind dort, sei es auch nur in der Vergangenheit und für einen begrenzten Zeitraum, körperlich anwesend war.

42. Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, ist der Hintergrund dieser Frage eine Meinungsverschiedenheit zwischen Richtern des Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) im Rahmen eines Rechtsstreits, dessen Sachverhalt Gemeinsamkeiten mit dem der vorliegenden Rechtssache aufweist. Im Urteil A v A (Children: Habitual

24 Seit der Annahme des Haager Übereinkommens von 1961 ist dem Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes der Vorzug gegeben worden sowohl gegenüber dem Kriterium der Staatsangehörigkeit, das traditionell die Zuständigkeit für das Statut von Personen begründete, aber als obsolet angesehen wurde, als auch gegenüber dem Kriterium des Wohnsitzes, bei dem es sich um einen Rechtsbegriff handelte, der in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich definiert wurde. Der gewöhnliche Aufenthalt wurde als „Tatsachenbegriff“ gewertet, der dem „tatsächlichen Lebensmittelpunkt des Minderjährigen“ entspricht (erläuternder Bericht von M. W. de Steiger, *Actes et documents de la IX*ème *session* [1960], Bd. IV, S. 9, 13 und 14). In den Vorarbeiten zum Haager Übereinkommen von 1980 heißt es erneut, dass es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt im Gegensatz zum Konzept des „Wohnsitzes“ um einen „reinen Tatsachenbegriff“ handelt (Pérez-Vera-Bericht, Rn. 66). Während der Vorarbeiten zum Haager Übereinkommen von 1996 wurde ein Vorschlag, eine Definition dieses Begriffs aufzunehmen, mit der Begründung verworfen, dass eine solche Definition der Auslegung der zahlreichen anderen Übereinkommen, in denen derselbe Begriff verwendet wird, abträglich sein kann (erläuternder Bericht von P. Lagarde, *Actes et documents de la XVIII*ème *session* [1996], Bd. II, Rn. 40). Diese Berichte können auch über die Internetseite https://www.hcch.net/de/instruments abgerufen werden.

25 Vgl. hierzu Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache A (C-523/07, EU:C:2009:39, Nrn. 26 und 30).

26 Ich folge damit dem Beispiel u. a. der britischen und kanadischen Gerichte, in deren Rechtsprechung sich zahlreiche Verweise auf die Entscheidungen von Gerichten anderer Vertragsstaaten des Haager Übereinkommen von 1980 sowie unseres Gerichtshofs finden. Vgl. u. a. Cour suprême du Canada (Oberster Gerichtshof Kanadas), Balev, 2018 SCC 16, Rn. 40 bis 57, sowie Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs), A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, Rn. 46 ff.

Residence)[27] musste dieses Gericht eine Entscheidung zum gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes treffen, das in Pakistan geboren wurde und niemals den Boden des Vereinigten Königreichs betreten hatte. Dessen Mutter hatte sich, nachdem sie mehrere Jahre im Vereinigten Königreich verbracht hatte, wo sie bereits drei Kinder geboren hatte, vor der Zeugung eines vierten Kindes für einen vorübergehenden Besuch nach Pakistan begeben. Anschließend wurde sie dort mit ihren ersten drei Kindern vom Vater, der u. a. ihre Pässe weggenommen hatte, festgehalten und gezwungen, ihr viertes Kind dort zu gebären.

43. Die Mehrheit, angeführt von Lady Hale, tendierte unter Berufung auf die Rechtsprechung unseres Gerichtshofs, wonach es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes um einen Tatsachenbegriff handelt[28], dazu, die körperliche Anwesenheit des Kindes im Vereinigten Königreich als Voraussetzung dafür anzusehen, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Die Richtermehrheit ließ jedoch diese Frage letztlich offen, da sie erkannte, dass sie nicht ohne eine Klärung durch den Gerichtshof im Wege einer Vorabentscheidung gelöst werden könne, und machte die Zuständigkeit der britischen Gerichte an einem anderen Zuständigkeitsgrund fest, der *Parens-patriae* -Zuständigkeit[29]. In einem abweichenden Votum vertrat Lord Hughes, ebenfalls vom Tatsachenansatz des Gerichtshofs ausgehend, die Auffassung, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich habe, wenn die Mitglieder des Familienverbands, zu dem es gehöre, dort hinreichend ansässig seien, um dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt zu haben, und das Kind dort nur wegen des von dem Vater ausgeübten Zwangs nicht anwesend gewesen sei[30].

44. Die in der ersten Vorlagefrage angesprochene Problematik hat auch die französischen Gerichte beschäftigt. Die Cour de Cassation (Kassationshof, Frankreich) musste sich mit einem Fall befassen, in dem eine Mutter, die in den Vereinigten Staaten von Amerika mit dem Vater und ihrem ersten Kind lebte, mit diesem Kind für einen vorübergehenden Besuch nach Frankreich gereist war. Die Mutter war anschließend im französischen Hoheitsgebiet geblieben, gebar dort das zweite Kind und beschloss einseitig, die beiden Kinder nicht in die Vereinigten Staaten von Amerika zurückzubringen. Unter diesen Umständen entschied die Cour de Cassation (Kassationshof, Frankreich), dass die beiden Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten von Amerika hätten, obwohl sich das Neugeborene niemals dorthin begeben habe[31].

45. Unser Gerichtshof hat zwar mehrfach hervorgehoben, dass die körperliche Anwesenheit des Kindes in einem bestimmten Staat *nicht ausreicht*, um dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen; er hat aber meines Erachtens noch nicht die Frage beantwortet, ob die körperliche Anwesenheit eine *notwendige* Voraussetzung hierfür darstellt[32]. Ich werde zunächst auf diese Rechtsprechung und die rechtlichen Kriterien, die sich aus ihr ergeben, eingehen (Abschnitt b). Danach werde ich die Gründe darstellen, weshalb ich in Anbetracht der Grundsätze, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung ableiten, sowie der Ziele und des Kontexts der Brüssel-IIa-Verordnung der Ansicht bin, dass die körperliche Anwesenheit eines Kindes in einem bestimmten Staat keine Vorbedingung für die Festlegung seines gewöhnlichen Aufenthalts in diesem Staat darstellt (Abschnitt c).

27 [2013] UKSC 60.

28 Vgl. Nrn.47 ff. der vorliegenden Schlussanträge.

29 [2013] UKSC 60, Rn. 55 bis 58.

30 Vgl. insbesondere [2013] UKSC 60, Rn. 82 bis 93. Zudem hat das vorlegende Gericht bei Vorliegen besonderer Umstände, die denen der Rechtssache A v A (Children: Habitual Residence) vergleichbar waren, angenommen, dass ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich hatte, obwohl es dorthin niemals „seine Füße gesetzt“ hatte. Vgl. High Court of Justice (England & Wales) Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen), B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation, 1ère chambre civile (Kassationshof, Erster Zivilsenat, Frankreich), 26. Oktober 2011, Nr. 10-19.905 (Bulletin 2011, I, Nr. 178).

32 Vgl. Nrn. 47 sowie 54 bis 63 der vorliegenden Schlussanträge.

b) Zu den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien

46. Im Lauf seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof einen Test entwickelt und verfeinert, mit der sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes anhand eines tatsächlichen und einzelfallbezogenen Ansatzes bestimmen lässt. Er hat damit eine Konkretisierung des vom Gesetzgeber unter Berufung auf das Kindeswohl gewählten Kriteriums der räumlichen Nähe angestrebt.

47. Nach ständiger Rechtsprechung ist unter dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes der Ort zu verstehen, der Ausdruck „einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld ist“ [33] oder – wie es in dem vor Kurzem ergangenen Urteil HR heißt – der „Ort seines tatsächlichen Lebensmittelpunkts“ [34]. Die Anwendung dieses rechtlichen Tests erfordert eine Tatsachenbewertung, um diesen Ort unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Dabei sind [„n]eben der körperlichen Anwesenheit des Kindes in einem Mitgliedstaat … andere Faktoren heranzuziehen, die belegen können, dass es sich nicht nur um eine vorübergehende oder gelegentliche Anwesenheit handelt und dass der Aufenthalt des Kindes Ausdruck einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld ist“ [35] oder – um die im Urteil Mercredi verwendete Formulierung aufzugreifen – „einer gewissen Beständigkeit oder Regelmäßigkeit“ [36].

48. Zu diesen Faktoren gehören u. a. die Dauer, die Regelmäßigkeit, die Umstände des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des oder der betreffenden Mitgliedstaaten sowie die Gründe für diesen Aufenthalt, die Staatsangehörigkeit des Kindes [37], Ort und Umstände seiner Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Beziehungen des Kindes in diesem bzw. diesen Mitgliedstaaten [38]. Die elterliche Absicht in Bezug auf den Aufenthalt stellt, wenn sie sich in äußeren Umständen manifestiert (wie dem Erwerb oder der Anmietung einer Wohnung), ein zusätzliches Indiz dar [39]. Das relative Gewicht dieser Anhaltspunkte hängt von den Umständen ab, die den jeweiligen Einzelfall kennzeichnen [40].

49. Bei der Anwendung dieses Tests zum Zweck der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Säuglings [41] hat der Gerichtshof erstmalig im Urteil Mercredi [42] anerkannt, dass die Entwicklung der Integration des Kindes in ein soziales und familiäres Umfeld nicht von den Umständen des Aufenthalts der Personen losgelöst werden kann, von denen es abhängt. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass das Umfeld eines Kindes von geringem Alter weitgehend ein familiäres Umfeld ist

33 Vgl. u. a. Urteile vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, Rn. 38), vom 22. Dezember 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 47), und vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 42).

34 Urteil vom 28. Juni 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 42). Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache A (C-523/07, EU:C:2009:39, Nr. 38). Dieses Kriterium entspricht dem des „tatsächlichen Lebensmittelpunkts des Minderjährigen“, das in den Vorarbeiten zu dem Haager Übereinkommen von 1961 genannt wird (vgl. Fn. 24 der vorliegenden Schlussanträge).

35 Urteile vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, Rn. 38), und vom 9. Oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, Rn. 51). Vgl. auch Urteile vom 22. Dezember 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 49), vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 43), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 41).

36 Urteil vom 22. Dezember 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 44).

37 Gegen die Einbeziehung dieses Kriteriums wird eingewandt, die Staatsangehörigkeit des Kindes sei eigenständiger Anknüpfungspunkt rechtlicher Art, auf den die Verfasser der Haager Übereinkommen (an dem sich die Brüssel-IIa-Verordnung orientiert) gerade zugunsten des tatsächlichen Kriteriums des gewöhnlichen Aufenthalts verzichtet haben (vgl. Fn. 24 der vorliegenden Schlussanträge). Vgl. Lamont, R., Anmerkung zum Urteil vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), *Common Market Law Review* 47, 2010, S. 241. In dieser Hinsicht kann die Staatsangehörigkeit nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie ein Indiz darstellt, das die soziale Wirklichkeit des Umfelds des Kindes widerspiegelt. Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 57 bis 60).

38 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, Rn. 39), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 43).

39 Vgl. Urteile vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, Rn. 40), vom 22. Dezember 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 50), vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 46), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 46).

40 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 48), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 49).

41 Nach dem französischsprachigen *Dictionnaire Larousse* bezeichnet der Begriff „Säugling“ („nourrisson“) Kinder ab dem Ende der neonatalen Periode bis zum Alter von zwei Jahren, während der Begriff „Neugeborenes“ („nouveau-né“) Kinder bezeichnet, die höchstens 28 Tage alt sind. Der Einfachheit halber werde ich den Ausdruck „Säugling“ für beide Kategorien sehr junger Kinder verwenden. Das kleine Mädchen, um das es im Ausgangsverfahren geht, war zum Zeitpunkt der Anrufung des vorlegenden Gerichts ein Säugling.

42 Urteil vom 22. Dezember 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

und durch die Bezugsperson oder -personen bestimmt wird, mit denen es zusammenlebt, die es tatsächlich betreuen und für es sorgen [43] – in der Regel seine Eltern [44]. Wenn folglich ein solches Kind im Alltag bei seinen Eltern lebt, hängt die Feststellung seines gewöhnlichen Aufenthalts von der Feststellung des Ortes ab, an dem sich die Eltern dauerhaft und regelmäßig in ein soziales und familiäres Umfeld integriert aufhalten [45].

50. Dieser Ort muss anhand einer nicht abschließenden Liste von Indizien derselben Art bestimmt werden wie denen, die die Integration des Kindes in ein solches Umfeld belegen. Zu diesen Indizien gehören die Dauer, die Regelmäßigkeit, die Umstände des Aufenthalts der Eltern in dem oder den betreffenden Mitgliedstaaten und die Gründe für diesen Aufenthalt, ihre Sprachkenntnisse, ihre geografische und familiäre Herkunft sowie die familiären und sozialen Beziehungen, die sie dort pflegen [46]. Die elterliche Absicht, sich mit dem Kind an einem bestimmten Ort niederzulassen, wird insoweit berücksichtigt, als in ihr die tatsächliche Integration der Eltern (und damit des Kindes) in ein soziales und familiäres Umfeld zum Ausdruck kommt [47]. In Anbetracht dessen stellt diese elterliche Absicht einen zwar wichtigen, aber nicht notwendigerweise ausschlaggebenden Faktor dar [48]. Das Gewicht, das den mit der Integration der Eltern zusammenhängenden Gesichtspunkten beigemessen wird, hängt vom Grad der Abhängigkeit des Kindes von den Eltern ab, der je nach Alter des Kindes unterschiedlich ist.

51. Die Logik dieses Ansatzes ist am offensichtlichsten, wenn es um den gewöhnlichen Aufenthalt eines Neugeborenen geht. Wenn allein objektive Anhaltspunkte zählten, die die Integration betreffen, die sich im Verlauf des Aufenthalts des Kindes an einem bestimmten Ort herausgebildet haben, hätte kein Neugeborenes, das naturgemäß noch keine Zeit hatte, sich an einem Ort zu integrieren, einen gewöhnlichen Aufenthalt. Demzufolge wäre kein Neugeborenes durch das Rückgabeverfahren geschützt, das das Haager Übereinkommen von 1980 vorsieht und die Brüssel-IIa-Verordnung vervollständigt.

52. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Gerichtshof einen sogenannten „hybriden“ Ansatz vorgegeben hat, wonach sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zum einen aufgrund objektiver Faktoren bestimmt, die den Aufenthalt des Kindes an einem bestimmten Ort kennzeichnen, und zum anderen aufgrund der Umstände, die mit dem Aufenthalt seiner Eltern zusammenhängen, sowie deren Absichten, was den Aufenthaltsort des Kindes betrifft. Zwar stellt der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ insoweit auf das Kind ab, als er den Ort bezeichnet, an dem dieses tatsächlich seinen Lebensmittelpunkt hat; doch dieser Ort wiederum hängt in einem je nach Alter des Kindes unterschiedlichen Maße von dem Ort ab, an dem sich der effektive Lebensmittelpunkt seiner Eltern oder derjenigen, die es erziehen möchten, befinden.

43 Urteil vom 22. Dezember 2010, Mercredi, (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 52 bis 54). Vgl. auch Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 45).

44 Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 44).

45 Vgl. Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 45).

46 Urteile vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 45), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 45). Vgl. auch Urteil vom 22. Dezember 2010, Mercredi, (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 55 und 56).

47 Vgl. in diesem Sinne Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, Rn. 23: „[I]t is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another.“

48 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 47 und 50), und vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 64).

53. Wie das oberste Gericht Kanadas, gestützt auf zahlreiche Urteile aus Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens von 1980, hervorgehoben hat[49], entspricht der hybride Ansatz, dem gegenüber dem Ansatz, der allein auf die „Akklimatisierung" des Kindes abstellt[50], und dem, wonach die elterliche Absicht den Ausschlag gibt[51], der Vorzug gegeben wird, nunmehr einer Tendenz, die in der Rechtsprechung zu diesem Übereinkommen international sichtbar wird.

c) Zu den Erkenntnissen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der Frage, ob die körperliche Anwesenheit unverzichtbar ist oder nicht, ableiten lassen

1) Zu der Auffassung, dass der Gerichtshof diese Frage bereits entschieden habe

54. Keiner der Beteiligten bestreitet, dass die umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls in der Praxis generell zu der Schlussfolgerung führt, dass sich der Lebensmittelpunkt des Kindes – und damit sein gewöhnlicher Aufenthalt – an einem Ort befindet, an dem das Kind bereits körperlich anwesend war. UD, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die tschechische Regierung sind jedoch – im Gegensatz zu XB und der Kommission – der Ansicht, dass unter bestimmten außergewöhnlichen Umständen diese umfassende Würdigung die Annahme rechtfertigen kann, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat haben kann, in den es sich niemals begeben hat.

55. Insoweit enthält die vorstehend angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs – wie XB und die Kommission geltend gemacht haben – einige Passagen, die auf den ersten Blick für die Schlussfolgerung sprechen, dass der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes in einem Mitgliedstaat voraussetzt, dass es dort körperlich anwesend war. Liest man diese Passagen jedoch in ihrem Kontext, scheint Vorsicht geboten, bevor man aus ihnen eine solche Schlussfolgerung ableitet.

56. Zunächst könnte die wiederholte Verwendung der Formulierung „neben der körperlichen Anwesenheit"[52], die der Nennung anderer einschlägiger Faktoren vorangestellt ist, den Gedanken nahelegen, dass dieser Parameter ein notwendiger Bestandteil für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ist. Der Gerichtshof hat jedoch in Anbetracht der Sachverhalte der bei ihm anhängig gemachten Rechtssachen nie speziell die Frage geprüft, ob die körperliche Anwesenheit unverzichtbar ist oder nicht. Wie UD und die Regierung des Vereinigten Königreichs geltend gemacht haben, lässt sich aus der Verwendung dieser Formulierung lediglich ableiten, dass die körperliche Anwesenheit *nicht genügt*, um den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu begründen. Es lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass sie ein *notwendiges* Tatbestandsmerkmal ist.

57. Auch die Passage des Urteils W und V[53], wonach „die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes in einem bestimmten Mitgliedstaat zumindest [erfordert], dass das Kind [dort] körperlich anwesend war", führt nicht zu diesem Ergebnis. Dieser Einschub ist nämlich im Kontext des Sachverhalts der diesem Urteil zugrunde liegenden Rechtssache zu verstehen. Ein Elternteil hatte nämlich angegeben, das Kind habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Litauen, obwohl dessen Staatsangehörigkeit den einzigen Berührungspunkt mit diesem Mitgliedstaat bildete. Der Gerichtshof hat daher darauf hingewiesen, dass die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats allein nicht das Fehlen

49 Vgl. Cour suprême du Canada (Oberster Gerichtshof Kanadas), 20. April 2018, Balev, 2018 SCC 16, Rn. 50 bis 57.

50 Vgl. United States Court of Appeals, 6th Circuit (Bundesberufungsgericht für den 6. Bezirk, Vereinigte Staaten von Amerika), Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) und Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007), sowie Cour d'appel de Montréal (Berufungsgericht Montreal, Kanada), 8. September 2000, Nr. 500-09-010031-003.

51 Vgl. u. a. United States Court of Appeals, 9th Circuit (Bundesberufungsgericht für den 9. Bezirk, Vereinigte Staaten von Amerika), Mozes v Mozes, 239 F 3d 1067 (2001), sowie United States Court of Appeals, 11th Circuit (Bundesberufungsgericht für den 11. Bezirk, Vereinigte Staaten von Amerika), Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

52 Vgl. Nr. 47 der vorliegenden Schlussanträge.

53 Urteil vom 15. Februar 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, Rn. 61).

äußerer Anknüpfungspunkte zu diesem Mitgliedstaat ausgleichen kann, wenn das Kind dorthin niemals „seine Füße gesetzt“ hatte [54]. Der Gerichtshof wurde nicht mit der Frage befasst, ob solche Anknüpfungspunkte, wenn sie vorliegen, in bestimmten Fällen die mangelnde körperliche Anwesenheit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausgleichen können.

58. Schließlich stützt auch das Urteil OL [55] nicht die von XB und der Kommission vertretene Auffassung. In der Rechtssache, die zu diesem Urteil führte, ging es um das Kind einer griechischen Mutter und eines italienischen Vaters, die beide vor seiner Geburt in Italien lebten. Dem Vater zufolge waren sie übereingekommen, dass das Kind in Griechenland zur Welt kommen sollte und das Kind und die Mutter anschließend nach Italien zurückkehren sollten – ein Plan, dessen Umsetzung sich die Mutter verweigert habe. Der Vater machte vor einem griechischen Gericht geltend, dass die Mutter das Kind in einem anderen Mitgliedstaat (Griechenland) festgehalten habe als dem, in dem es, unmittelbar bevor es im Sinne von Art. 11 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung zurückgehalten worden sei, seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe (Italien). Das griechische Gericht musste deshalb prüfen, ob das Kind zum maßgeblichen Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hatte, obwohl es sich niemals dorthin begeben hatte.

59. In diesem Kontext hatte das griechische Gericht den Gerichtshof gefragt, ob die körperliche Anwesenheit eines Kindes in einem Mitgliedstaat eine Vorbedingung dafür ist, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Wäre der Gerichtshof der Auffassung gewesen, dass diese Frage bereits durch die frühere Rechtsprechung bejaht worden sei, hätte er sich darauf beschränken können, das vorlegende Gericht darauf hinzuweisen – was ihm eine einfache Entscheidung in der bei ihm anhängigen Rechtssache ermöglicht hätte. Generalanwalt Wahl hatte dem Gerichtshof übrigens auf der Grundlage des Urteils W und V [56] vorgeschlagen, so zu verfahren [57].

60. Der Gerichtshof hat jedoch die Vorlagefrage so umformuliert, dass vermieden wurde, sie allgemein und abstrakt zu beantworten, gleichzeitig aber das betreffende Gericht bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zweckmäßig unterstützt [58]. Der Gerichtshof ist speziell auf die in diesem Rechtsstreit in Rede stehende Situation eingegangen, in der ein Kind im Einklang mit dem gemeinsamen Willen seiner Eltern in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Eltern vor seiner Geburt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, geboren wurde und sich dort mehrere Monate lang ununterbrochen mit seiner Mutter aufgehalten hat. Der Gerichtshof hat geprüft, ob in einer solchen Situation die ursprüngliche Intention der Eltern, dass die Mutter mit dem Kind in den früheren Aufenthaltsstaat der Eltern zurückkehren sollte, ein ausschlaggebenden Faktor dafür ist, dass das Kind dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ungeachtet dessen, dass es dort nie körperlich anwesend war.

61. Bei der Beantwortung der so umformulierten Frage hat der Gerichtshof zum einen darauf verzichtet, eine allgemeine Regel aufzustellen, wonach die gemeinsame Absicht der Träger der elterlichen Verantwortung, wonach das Kind in einen Mitgliedstaat zurückkehren soll, ausschlaggebend ist und automatisch gegenüber der körperlichen Anwesenheit des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat den Vorrang erhält. Es gibt auch keine absolute Regel, wonach der gewöhnliche Aufenthalt sich zwangsläufig nach dem seiner Eltern richtet und nicht einseitig von einem Elternteil, der Träger der elterlichen Verantwortung ist, gegen den Willen des anderen geändert werden kann [59].

54 Vgl. hierzu Fn. 37 der vorliegenden Schlussanträge.

55 Urteil vom 8. Juni 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

56 Urteil vom 15. Februar 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Schlussanträge in der Rechtssache OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, Nrn. 57 und 61). In den Nrn. 81 bis 83 weicht Generalanwalt Wahl allerdings ein wenig von diesem Standpunkt ab, indem er die Auffassung vertritt, dass nicht ausgeschlossen werden könne, unter außergewöhnlichen Umständen das Kriterium der körperlichen Anwesenheit außer Acht zu lassen, sofern es zu einem Mitgliedstaat, in den sich das Kind niemals begeben habe, eine greifbare Verbindung gebe. Eine solche Verbindung müsste zum Wohle des Kindes auf „starken tatsächlichen Indizien“ beruhen, die die körperliche Anwesenheit überwögen.

58 Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 35).

59 Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 50 ff.).

62. Zum anderen hat der Gerichtshof geprüft, ob der Sachverhalt, den ihm das nationale Gericht mitgeteilt hatte, die Annahme erlaubte, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Mitgliedstaat hatte, in dem die Eltern ursprünglich mit ihm zu leben beabsichtigt hatten (Italien) – eine Prüfung, die der Gerichtshof hätte für überflüssig halten können, wenn für ihn eindeutig gewesen wäre, dass die mangelnde körperliche Anwesenheit des Kindes in Italien genügte, um auszuschließen, dass das Kind dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Ergebnis dieser Prüfung stellte der Gerichtshof fest, dass das Kind in diesem Mitgliedstaat nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben konnte, da es sich seit mehreren Monaten in Griechenland aufhielt und dort entsprechend dem gemeinsamen Willen seiner Eltern geboren worden war [60]. Er hat in keiner Weise ausgeschlossen, dass ein nationales Gericht unter anderen Umständen, insbesondere wenn der Ort der Geburt nicht den gemeinsamen Willen der Eltern widerspiegelt, zu der Feststellung gelangen kann, dass sich der tatsächliche Lebensmittelpunkt des Kindes in Anbetracht sämtlicher einschlägiger Faktoren in einem Mitgliedstaat befindet, in dem es sich niemals aufgehalten hat.

2) Zur Wahl einer Herangehensweise, die sich am besten mit der Rechtsprechung und den Zielen von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung vereinbaren lässt

63. Da der Gerichtshof somit die Frage, ob für die Feststellung, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat, seine körperliche Anwesenheit dort unverzichtbar ist oder nicht, noch nicht entschieden hat, muss geprüft werden, mit welcher der beiden von den Verfahrensbeteiligten vorgeschlagenen Lösungen sich der am Kriterium der räumlichen Nähe orientierte Tatsachenansatz der Rechtsprechung besser in Einklang bringen lässt.

64. Nach Ansicht von UD, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der tschechischen Regierung würde der tatsächliche Charakter des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes“ schlecht zur Aufstellung einer Regel passen, wonach die körperliche Anwesenheit in einem Mitgliedstaat eine *conditio sine qua non* dafür sein soll, dass dort der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes begründet wird. Sie betonen insbesondere die Bedeutung der Faktoren, die die Integration des Elternteils betreffen, dem die tatsächliche Sorge für ein Kleinkind obliegt. XB und die Kommission hingegen sind der Auffassung, dass ein Kind logischerweise nicht an einem Ort integriert sein könne, an den es sich niemals begeben habe, und infolgedessen die Feststellung, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt an diesem Ort habe, eine Fiktion darstelle, die mit dem Tatsachencharakter des in Rede stehenden Begriffs unvereinbar sei.

65. Meines Erachtens ist die erste dieser Auffassungen eher mit dem Tatsachenansatz des Gerichtshofs vereinbar. Die mangelnde körperliche Anwesenheit zum Ausschlusskriterium zu erheben, liefe darauf hinaus, ein rechtliches Unterkriterium zu schaffen, da bei Nichterfüllung der Vorbedingung der körperlichen Anwesenheit keiner der anderen einschlägigen Faktoren geprüft werden könnte. Eine solche allgemeine und abstrakte Regel würde zu einem Verlust an Flexibilität führen, die es ermöglicht, das Kriterium der räumlichen Nähe im Interesse des Kindeswohls zu materialisieren. Denn, wie sich aus der vorstehend angeführten Rechtsprechung ergibt, bezieht sich dieses Kriterium nicht so sehr auf die räumliche Nähe des Kindes zu einem bestimmten Ort, sondern eher auf die räumliche Nähe des Kindes zu einem sozialen und familiären Umfeld, das an einem bestimmten Ort angesiedelt ist.

66. Es bedarf eines flexiblen Ansatzes, insbesondere für die Spezialfälle von Säuglingen, die in einem anderen Land, als dem, in dem ihre Eltern aufgrund ihrer familiären und sozialen Bindungen ihren tatsächlichen Lebensmittelpunkt haben, zur Welt kommen und sich dort aufhalten. Ich erinnere insoweit daran, dass der Gerichtshof angenommen hat, dass der tatsächliche Lebensmittelpunkt von Säuglingen, da diese naturgemäß unabhängig von ihren Eltern keine tatsächlichen Bindungen an

60 Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 49 und 50).

irgendeinem Ort entwickeln konnten, in der Praxis von dem ihrer Eltern abhängt[61]. Diese soziale und familiäre Realität zu ignorieren, hätte noch artifiziellere Resultate zur Folge, als die Tatsache anzuerkennen, dass ein Säugling in Ausnahmefällen seinen gewöhnlichen Aufenthalt an einem Ort haben kann, an dem er niemals anwesend war.

67. Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Säuglings erfordert daher die Berücksichtigung nicht nur der objektiven Parameter, die mit der Anwesenheit des Säuglings in dem Land, in dem er sich befindet, zusammenhängen, sondern auch von Indizien hinsichtlich der Integration der Eltern oder des Elternteils, von denen bzw. dem es abhängt, in ein soziales und familiäres Umfeld in einem anderen Land. In diesem Kontext kommt den Gründen für die Anwesenheit des Säuglings und der Eltern oder des Elternteils, von denen bzw. dem er abhängt, im ersten Land – und dementsprechend für ihre Nichtanwesenheit in dem zweiten Land – bei seiner Geburt und während seines kurzen Lebens eine besondere Bedeutung zu.

68. Meines Erachtens hat ein Säugling, wenn er infolge von Umständen, die dem Willen der Eltern oder des Elternteils, von denen bzw. dem er abhängt, entzogen sind – etwa infolge eines Zufalls oder höherer Gewalt –, außerhalb des Staates geboren wurde und lebt, in dem der von seinen Eltern bzw. dem betreffenden Elternteil gegründete Familienverband, dem er angehört und der gegebenenfalls weitere Mitglieder umfasst, dauerhaft und regelmäßig ansässig ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat. Der Lebensmittelpunkt dieses Säuglings befindet sich *de facto* dort, wo er in diesen Familienverband integriert werden soll und wo er sich bereits hätte befinden müssen, wenn solche äußeren Umstände nicht vorgelegen hätten.

69. Ich möchte dies an einem Beispiel erläutern, das sich an den Beispielen orientiert, die sich in der Entscheidung des Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) in der Rechtssache A v A (Children: Habitual Residence)[62] sowie in den Erklärungen der Regierung des Vereinigten Königreichs und der tschechischen Regierung finden. Nehmen wir an, dass ein Paar, das dauerhaft und regelmäßig in Deutschland ansässig ist, in die Ferien nach Frankreich fährt, wo die Mutter das Kind vorzeitig zur Welt bringen muss. Ist davon auszugehen, dass das Kind unmittelbar nach seiner Geburt seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort hat, wo seine Eltern (und gegebenenfalls seine älteren Geschwister) wohnen, wo es leben soll und wo seine Wiege auf es wartet (nämlich in Deutschland), oder hat es, bevor es nach Deutschland gelangt, überhaupt keinen gewöhnlichen Aufenthalt[63]?

70. Meines Erachtens kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Ergebnis, wonach das Kind unmittelbar nach seiner Geburt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, die tatsächliche Integration des Kindes in ein soziales und familiäres Umfeld am besten widerspiegeln würde[64].

71. Diese Erwägungen gelten selbstverständlich unbeschadet der Möglichkeit, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Laufe der Zeit und infolge einer Änderung der objektiven Umstände verlagert. Somit hat das Kind, das durch eine Notgeburt außerhalb des Staats zur Welt gekommen ist, in dem der Familienverband ansässig ist, zu dem es gehört, seinen gewöhnlichen Aufenthalt zwar in diesem Staat; dies gilt jedoch nur so lange, wie die Dauer des Aufenthalts des Kindes in dem Staat seiner Geburt und die sich daraus ergebenden kulturellen und sozialen

61 Vgl. Nrn. 49 bis 50 der vorliegenden Schlussanträge.

62 [2013] UKSC 60, Rn. 42.

63 Ein dritter Ansatz, wonach das Kind allein aus dem Grund, dass es sich seit seiner Geburt in Frankreich befindet, seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort haben soll, ist von vornherein ausgeschlossen, weil seine zufällige Anwesenheit dort nicht die für die Begründung seines gewöhnlichen Aufenthalts erforderliche Beständigkeit und Regelmäßigkeit aufweisen kann.

64 Anders als Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, Nr. 85) meint, würde der von mir vorgeschlagene Ansatz keineswegs auf die Annahme hinauslaufen, dass das Kind bereits vor seiner Geburt einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könnte und demzufolge in den Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-Verordnung fallen könnte. Der hier befürwortete Ansatz beschränkt sich darauf, die soziale Realität widerzuspiegeln, wonach ein Säugling nicht autonom und losgelöst von den Personen, die sich im Alltag um ihn kümmern, in ein familiäres und soziales Umfeld integriert werden kann.

Bindungen das Pendel nicht in Richtung der Feststellung ausschlagen lassen, dass das Kind dort *de facto* seinen Lebensmittelpunkt gefunden hat. Mit Ablauf der Zeit werden die tatsächlichen Bezüge des Kindes zu dem Staat, in dem es in ein soziales und familiäres Umfeld integriert werden sollte, schwächer und irgendwann zu einer Fiktion.

72. Im Übrigen wird durch die von mir befürwortete Auslegung nicht in Frage gestellt, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes *in den meisten Fällen* mit einem Ort übereinstimmt, an dem es körperlich anwesend war. Sie bedeutet lediglich, dass die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes seine tatsächliche Integration in ein soziales und familiäres Umfeld widerspiegeln muss, ohne insoweit durch strikte Rechtsvorschriften beschränkt zu sein. In den Säuglinge betreffenden Sonderfällen kann die Würdigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls zum Ergebnis haben, dass das Kind *de facto* seinen Lebensmittelpunkt in einem Land hat, in dem es nie gewesen ist.

73. Einige Richter des Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) haben hierzu sehr erhellende Ausführungen gemacht. Diese haben wiederholt bemerkt, dass sich die Gewichtung der Faktoren, die die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ermöglichen, zwar nicht durch Rechtsvorschriften festlegen lässt, ihr aber durch bestimmte „Tatsachenverallgemeinerungen" ein zweckmäßiger Rahmen gesetzt werden kann. Mit anderen Worten, bestimmte Lösungsansätze stehen im Allgemeinen, wenn auch nicht unveränderlich, im Einklang mit der tatsächlichen Situation, in der sich das Kind befindet[65].

74. Dies gilt für den Lösungsansatz, wonach sich der gewöhnliche Aufenthalt des Säuglings von dem der Eltern oder des Elternteils, von denen bzw. dem der Säugling abhängt[66], ableitet, und insbesondere auch für den Lösungsansatz, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes eine gewisse körperliche Anwesenheit in dem betreffenden Land voraussetzt[67]. Die Tatsache, dass die beiden Lösungsansätze zu Ergebnissen führen können, die einander widersprechen (wie das vorstehende Beispiel zeigt), belegt, dass es unmöglich ist, sie zu absoluten Rechtsvorschriften zu machen.

75. Dieses Ergebnis wird meines Erachtens auch nicht durch Erwägungen in Frage gestellt, die sich auf die Erfordernisse der Vorhersehbarkeit, der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit der Lösungen innerhalb der Europäischen Union beziehen.

76. Die Indizienmethode, für die die Rechtsprechung seit dem Urteil A[68] optiert, geht zwangsläufig – als Begleiterscheinung des Beurteilungsspielraums, die sie den nationalen Gerichten einräumen – mit einem gewissen Risiko einher, dass die Lösungen der verschiedenen Gerichte für vergleichbare Fälle uneinheitlich ausfallen[69]. Dieser „zu zahlende Preis" wird im Allgemeinen wegen der Flexibilität akzeptiert, die die für das Kindeswohl erfolgende Konkretisierung des Kriteriums der räumlichen Nähe zum sozialen und familiären Umfeld des Kindes erfordert. Ich sehe nicht, weshalb die Sonderfälle von Säuglingen, die in einem anderen Land als dem, in dem sich *de facto* der

65 Vgl. A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, Rn. 44 (Mehrheitsurteil) und 73 bis 75 sowie Rn. 83 und 84 (abweichende Meinung). Vgl. auch Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, Rn. 21.

66 Vgl. Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 50), und Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, Rn. 21: „[T]he proposition … that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, which will usually but not invariably be true, rather than a proposition of law". Vgl. auch Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten), Delvoye v. Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: „There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian."

67 Vgl. hierzu das abweichende Votum von Lord Hugues in der Rechtssache A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, Rn. 92.

68 Urteil vom 2. April 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Allerdings ermöglicht Art. 19 Abs. 2 der Brüssel-IIa-Verordnung die Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten. In dieser Bestimmung heißt es: „Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Verfahren bezüglich der elterlichen Verantwortung für ein Kind wegen desselben Anspruchs anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist."

Lebensmittelpunkt ihrer Eltern befindet, geboren werden und aufhältig sind – die einzigen Szenarien, bei denen vorstellbar ist, dass ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat, in den es sich niemals begeben hat –, im Gegensatz zu allen anderen Fallgestaltungen unflexibel gehandhabt werden sollten.

77. Schließlich überzeugt mich das Argument der Kommission nicht, dass ein flexibler Ansatz in dieser Art von Fällen nicht erforderlich sei, sofern sich das Kind in einem Mitgliedstaat befinde. Die Kommission weist darauf hin, dass Art. 13 der Brüssel-IIa-Verordnung bei Fehlen eines gewöhnlichen Aufenthalts eine nachrangige Zuständigkeit vorsieht, die sich auf die Anwesenheit des Kindes gründet. Diese Zuständigkeitsregel, die nur die geografische Dimension des Kriteriums der räumlichen Nähe verkörpert, weist kein Merkmal der Beständigkeit auf, weshalb sie Auffangcharakter hat [70]. Somit ist die Anwendung von Art. 13 dieser Verordnung auf Ausnahmefälle beschränkt, in denen es sich als unmöglich erweist, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes festzustellen [71]. Zudem kommt der Problematik – wie die Regierung des Vereinigten Königreichs betont hat – im Rahmen des Rückgabeverfahrens noch grundsätzlichere praktische Bedeutung zu. Denn falls sich in dem oben angeführten Beispiel ein Elternteil weigern würde, mit dem Neugeborenen nach Deutschland zurückzukehren, könnte das Rückgabeverfahren nur eingeleitet werden, soweit davon ausgegangen wird, dass das Neugeborene dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

78. Schließlich bezweifle ich, dass eine Regel, wonach der Aufenthalt eines Kindes zwingend eine Form der körperlichen Anwesenheit erfordert, in jedem Fall zu mehr Rechtssicherheit führt. Die in Deutschland aufhältigen Eltern des aufgrund höherer Gewalt in Frankreich geborenen Kindes können nämlich berechtigterweise erwarten, dass die deutschen Gerichte jeden Rechtsstreit über die elterliche Verantwortung entscheiden. Aus dem Blickwinkel der Eltern wäre eine Regel, nach der die Gerichte sich allein deshalb für unzuständig erklären müssten, weil sich das Kind wegen eines unvorhersehbaren und unbeabsichtigten Ereignisses noch nicht in Deutschland befindet, eine Quelle der Rechtsunsicherheit [72].

79. Nach alledem kann dem Kriterium der körperlichen Anwesenheit nicht automatisch ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden. Die körperliche Anwesenheit des Kindes in einem Mitgliedstaat stellt somit keine Vorbedingung für die Annahme dar, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung hat.

3. Zur Auswirkung der Zwangs auf die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (zweite Frage)

a) Vorbemerkungen

80. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, welchen Einfluss es auf die Beantwortung der Frage hat, ob ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat, obwohl es dort niemals körperlich anwesend war, wenn die Mutter ihren Angaben zufolge von dem Vater in einen Drittstaat gelockt und anschließend dort von diesem rechtswidrig festgehalten wurde,

70 Vgl. hierzu Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache A (C-523/07, EU:C:2009:39, Nrn. 20 und 21).

71 Urteil vom 2. April 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, Rn. 43). Art. 13 der Brüssel-IIa-Verordnung erfasst insbesondere die Ausnahmefälle bestimmter Umzüge, bei denen das Kind in einer Übergangsphase seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Staat des Wegzugs verloren hat, ohne bereits einen gewöhnlichen Aufenthalt im Zuzugsstaat erworben zu haben. Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache A (C-523/07, EU:C:2009:39, Nr. 45) sowie *Praxisleitfaden für die Anwendung der Brüssel-IIa-Verordnung* (im Internet verfügbar unter https://publications.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-de, S. 30).

72 Zudem würde in Fällen dieser Art dem Gericht durch eine solche Regel die Möglichkeit genommen, eine einfache Schlussfolgerung zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unter Berücksichtigung sämtlicher anderer einschlägiger Gesichtspunkte zu ziehen.

so dass sie gezwungen war, dort zu gebären. Das vorlegende Gericht führt ergänzend aus, dass diese Situation einer Verletzung der Grundrechte von Mutter und Kind nach den Art. 3 und 5 der EMRK gleichkommen kann, deren Inhalt in den Art. 4 und 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) übernommen wurde.

81. Mit dieser Frage wird der Gerichtshof ersucht, klarzustellen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Anwesenheit der Mutter und des Kindes in Bangladesch zum Zeitpunkt der Klageerhebung – und dementsprechend ihre Nichtanwesenheit im Vereinigten Königreich – eine Folge allein des vom Vater ausgeübten Zwangs gewesen sein soll. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass UD im Wesentlichen geltend macht, ihre ursprüngliche Absicht – von der sie geglaubt habe, dass es auch die von XB (der gemeinsam mit ihr die elterliche Verantwortung innehabe) gewesen sei, als sie nach Bangladesch aufgebrochen seien – sei gewesen, im Vereinigten Königreich zu gebären und sich dort mit dem Kind aufzuhalten [73]. Das einschüchternde Verhalten von XB habe jedoch die Verwirklichung dieser Absicht vereitelt.

82. Eine solche Konstellation scheint leider kein vereinzelter Ausnahmefall zu sein. Wie die Regierung des Vereinigten Königreichs hervorhebt, handelt es sich um ein Phänomen, das bereits in anderen Rechtssachen vor den Gerichten des Vereinigten Königreichs aufgetreten ist und überdies debattiert wurde [74].

83. Ich werde zunächst versuchen, zu bewerten, inwieweit die Dimension des oben genannten Zwangs bei der Anwendung der aus der bestehenden Rechtsprechung abgeleiteten Grundsätze berücksichtigt werden muss (Abschnitt b). Danach werde ich auf die Frage eingehen, ob das Kindeswohl und die Grundrechte nach der Charta in einer Situation wie der, um die es im Ausgangsverfahren geht, die Anwendung anderer Grundsätze erfordern (Abschnitt c).

b) Zur Anwendung der aus der bisherigen Rechtsprechung abgeleiteten Grundsätze

84. Nach dem Tatsachenansatz des Gerichtshofs ist der Umstand, dass die Mutter nur wegen des vom Vater ausgeübten Zwangs das Kind in einem Drittstaat geboren hat und dort mit ihm geblieben ist, meines Erachtens ein einschlägiger Gesichtspunkt für die Bewertung der Beziehungen des Kindes sowohl mit dem Drittstaat, in dem es sich tatsächlich befindet, als auch mit dem Mitgliedstaat, in dem es ohne diesen Zwang geboren worden wäre und gelebt hätte [75].

85. Dieser Gesichtspunkt gehört zum einen zu den „Umständen und Gründen“ des Aufenthalts von Mutter und Kind in diesem Drittstaat im Sinne der Rechtsprechung [76]. Er kann ein Indiz dafür sein, dass der Aufenthalt des Kindes in Bangladesch kein gewöhnlicher ist, obgleich es zwangsläufig sämtliche Bezugspunkte in diesem Land hat, in dem es seit seiner Geburt lebt und an das sich seine geografische und kulturelle Herkunft knüpft.

73 Es sind allerdings Zweifel daran erlaubt, dass die Mutter nicht damit gerechnet hatte, das Kind in Bangladesch zur Welt zu bringen, da sie, als sie dorthin reiste, den siebten Schwangerschaftsmonat bereits überschritten hatte. Da jedoch das vorlegende Gericht darauf hinweist, dass es seine Zuständigkeit anhand des Vorbringens der Mutter, sie sei vom Vater gezwungen worden, in Bangladesch zu gebären, bestimmen müsse, werde ich bei meiner Analyse von dieser Prämisse ausgehen.

74 Vgl. Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs), A v A (Children), [2013] UKSC 60, sowie High Court of Justice (England & Wales) Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen), B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

75 Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, muss das vorlegende Gericht aufgrund bestimmter Tatsachen, die die Mutter vorgetragen hat und noch nicht nachgewiesen sind, über seine Zuständigkeit entscheiden (vgl. Nrn. 17 und 31 der vorliegenden Schlussanträge). Unter diesen Bedingungen sollen die nachfolgenden Ausführungen dem vorlegenden Gericht helfen, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei einem Sachverhalt zu bestimmen, der dieser Tatsachendarstellung entspricht, ohne der Tatsachenwürdigung durch das vorlegende Gericht in der Sache vorzugreifen.

76 Vgl. Nr. 48 der vorliegenden Schlussanträge.

86. Das Umfeld dieses Kindes wird angesichts seines geringen Lebensalters im Wesentlichen durch das Umfeld der Person oder der Personen bestimmt, von der bzw. denen es abhängt – also wahrscheinlich aufgrund des in der Vorlageentscheidung geschilderten Sachverhalts das Umfeld seiner Mutter (denn sein Vater ist ins Vereinigte Königreich zurückgekehrt). UD trägt vor, das einschüchternde Verhalten von XB hindere sie daran, zu entscheiden, wo sie mit ihrem Säugling lebe, und zwinge sie, in einem Dorf zu bleiben, in dem sie von der örtlichen Gesellschaft stigmatisiert werde und keinen Zugang zur Grundversorgung und kein Einkommen habe. Ich zweifele daran, dass der unfreiwillige und prekäre Aufenthalt von Mutter und Kind in einem Drittstaat eine Beständigkeit und Regelmäßigkeit aufweist, die ausreicht, um dort den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anzunehmen. Denn lässt sich wirklich von einer Integration in ein soziales und familiäres Umfeld sprechen, wenn die Bindungen des Säuglings an diesen Drittstaat nur wegen einer Situation geknüpft werden konnten, die eine Folge des von seinem Vater ausgeübten Zwangs ist[77]?

87. Diese Erwägungen werden nicht durch die Tatsache entkräftet, dass UD aus Bangladesch stammt und dort im Dorf ihrer Familie wohnt. Denn die geografische und familiäre Herkunft des Elternteils, der für das Kind Sorge trägt, ist – ebenso wie die sich daraus ergebenden kulturellen und familiären Bindungen des Kindes – nur einer der Faktoren, der in die umfassende Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls einfließen kann[78]. Dieser Faktor vermag nicht andere objektive Umstände zu verdrängen, wie die Tatsache, dass die Mutter in Bangladesch mit ihrer Tochter mutmaßlich zwangsweise festgehalten wird.

88. Unbeschadet dessen genügt zum anderen die Erwägung, dass das Kind ohne das einschüchternde Verhalten des Vaters in dem betreffenden Mitgliedstaat geboren worden wäre und dort nach seiner Geburt gelebt hätte, nicht, um den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in diesem Mitgliedstaat zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hätte selbst die körperliche Anwesenheit des Kindes hierfür nicht genügt. Es wäre außerdem erforderlich, dass tatsächliche Bezüge des Kindes zu dem Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats die Annahme erlauben, dass das Kind dort *de facto* seinen Lebensmittelpunkt hat.

89. Wie ich vorstehend ausgeführt habe[79], hat ein Säugling, der einem Familienverband angehört, dessen Mitglieder ihren tatsächlichen Lebensmittelpunkt in einem Mitgliedstaat haben, dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt, auch wenn dieser Säugling aufgrund von Umständen, die nicht vom Willen der Eltern oder des Elternteils, von denen bzw. dem er abhängig ist, abhängen, dort nicht geboren wurde und noch nicht dorthin gelangt ist. Es wird Sache des vorlegenden Gerichts sein, unter Berücksichtigung aller einschlägigen Umstände zu beurteilen, ob es sich bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Situation um eine solche Fallgestaltung handelt. Die vorstehend dargestellten Erwägungen könnten hierbei eine Orientierungshilfe für das vorlegende Gericht sein.

77 Demselben Ansatz folgend haben einige Gerichte der Vereinigten Staaten von Amerika bei der Bestimmung des Aufenthalts des Kindes den auf dessen Mutter ausgeübten Zwang berücksichtigt. So hat der District Court of Utah (Bundesbezirksgericht Utah, Vereinigte Staaten von Amerika) entschieden, dass ein Kind, obwohl es sich in Deutschland befand, dort nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, weil Mutter und Kind wegen verbaler, emotionaler und physischer Nötigung durch den Vater gehindert waren, dieses Land zu verlassen (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 [1993]). Der District Court of Washington (Bundesbezirksgericht Washington, Vereinigte Staaten) ist davon ausgegangen, dass die Mutter der in Rede stehenden Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Griechenland hatte, wo sie mit diesen sozial isoliert und unselbständig lebte, ohne die kulturellen Normen oder die Sprache zu kennen, nur eingeschränkten Zugang zu Finanzquellen hatte und Opfer von Gewalt durch den Vater war (Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045 [2001]). Der District Court of Minnesota (Bundesbezirksgericht Minnesota, Vereinigte Staaten von Amerika) hat den Umstand, dass der Vater die Mutter daran gehindert hatte, das Gebiet Israels zu verlassen, dessen Staatsangehörigkeit beide besaßen und wo die Mutter elf Monate mit dem Vater und ihren Kindern verbrachte hatte, berücksichtigt, um den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder in diesem Staat auszuschließen (Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313).

78 Vgl. Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 52 bis 58).

79 Vgl. Nrn. 65 bis 71 der vorliegenden Schlussanträge.

90. An erster Stelle werden die *Anhaltspunkte, die den Aufenthalt der Mutter im Vereinigten Königreich kennzeichnen*, und die sozialen und familiären Bindungen, die sie dort unterhalten hat, eine besondere Aufmerksamkeit verdienen. Denn der Lebensmittelpunkt des Kindes kann sich nur dann dort befinden, wenn seine Mutter, von dem es abhängt, dort selbst in ein soziales und familiäres Umfeld integriert ist. Hierbei werden u. a. die Dauer des Aufenthalts von UD im Vereinigten Königreich, die Gültigkeit ihres Ehegattenvisums, ihre Sprachkenntnisse und ihre eventuellen sozialen und kulturellen Bindungen in diesem Mitgliedstaat zu berücksichtigen sein.

91. In diesem Kontext stellt sich die Frage, inwieweit die *Absicht* von UD – von der sie nach ihrer Aussage glaubte, es sei auch die Absicht von XB, wonach das Kind nach seiner Geburt im Vereinigten Königreich leben sollte – berücksichtigt werden müsste. Insoweit weise ich darauf hin, dass der elterlichen Absicht hinsichtlich des Aufenthaltsorts des Kindes nicht zwangsläufig Vorrang gegenüber den tatsächlichen Bezügen des Kindes zu einem anderen Ort zukommt [80]. Welches Gewicht diesem Faktor beizumessen ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.

92. Meines Erachtens kann, wenn das Kind abweichend von der ursprünglichen Absicht der Eltern – oder des Elternteils, der die elterliche Sorge ausüben möchte [81] –, sich mit dem Kind an einem bestimmten Ort niederzulassen, und entgegen dem Willen des Elternteils, von dem es abhängt, an einem anderen Ort geboren wird und lebt, dem Merkmal der Absicht besondere Bedeutung zukommen. Das gilt dann, wenn in einer solchen Situation die objektiven Merkmale im Zusammenhang mit dem Aufenthalt des Kindes und dieses Elternteils in dem Land, in dem sich beide befinden, unzulängliche Anhaltspunkte für den Ort sind, an dem sie tatsächlich in ein familiäres und soziales Umfeld integriert sind. Die Absicht, wonach sich der Aufenthaltsort des Kindes in einem bestimmten Staat befinden soll, ist, sofern sie sich in äußeren Umständen manifestiert, somit ein Faktor, dem gegenüber diesem objektiven Merkmal Vorrang zukommen kann, weil er die Integration des Elternteils, von dem das Kind abhängt, in diesen Staat untermauert, obschon er seit der Geburt des Kindes dort nicht anwesend war.

93. Eventuelle Indizien dafür, dass von den Eltern oder der Mutter allein vor ihrer Abreise nach Bangladesch Schritte eingeleitet wurden, um das Kind im Vereinigten Königreich zur Welt kommen zu lassen, es in diesem Mitgliedstaat in einer dauerhaften Wohnung unterzubringen und sich im Alltag um es zu kümmern, müssten daher bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes besonders sorgfältig berücksichtigt werden.

94. Was an zweiter Stelle die mit der *Integration des Vaters* in den betreffenden Mitgliedstaat zusammenhängenden Umstände angeht, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Elternteil, der die Sorge für das Kind nicht tatsächlich ausübt (auch wenn er Träger der elterlichen Verantwortung ist) nur insoweit zu dessen familiären Umfeld gehört, als das Kind immer noch regelmäßigen Kontakt zu ihm hat [82]. In dem Fall aber, dass der Vater in diesen Mitgliedstaat zurückkehrt und die Mutter

80 Urteil vom 8. Juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, Rn. 48). Vgl. Nr. 60 der vorliegenden Schlussanträge.

81 Nach Ansicht der Kommission vermag die einseitige Absicht von lediglich einem der beiden Elternteile, die gemeinsam die elterliche Verantwortung innehaben, in keinem Fall die mangelnde körperliche Anwesenheit des Kindes in dem betreffenden Mitgliedstaat auszugleichen. Diese Ansicht ist in Anbetracht des Urteils vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 63), abzulehnen, aus dem hervorgeht, dass die Absicht des Elternteils, der, obschon Inhaber eines Sorgerechts, die Sorge tatsächlich nicht ausübt, nur insoweit zu berücksichtigen ist, als er sein Sorgerecht ausüben möchte. Folglich kann die einseitige Absicht des einzigen Elternteils, der sein Sorgerecht tatsächlich ausüben möchte, berücksichtigt werden. Diese Lösung steht im Übrigen im Einklang mit dem Rückgabeverfahren, das das Haager Übereinkommen von 1980 vorsieht und die Brüssel-IIa-Verordnung vervollständigt. Art. 3 Buchst. b dieses Übereinkommens, dessen Inhalt in Art. 2 Nr. 11 Buchst. b dieser Verordnung übernommen wird, sieht vor, dass das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes nur widerrechtlich ist, wenn das Sorgerecht nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verletzt wird und dieses Sorgerecht zum Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens *tatsächlich ausgeübt wurde* oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte.

82 Vgl. Urteil vom 28. Juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, Rn. 48).

daran hindert, mit ihrem Kind dorthin zurückzukommen, besteht ein solcher Kontakt nicht mehr. Der Aufenthalt und die Integration des Vaters in dem betreffenden Mitgliedstaat zum Zeitpunkt der Klageerhebung bieten unter diesen Bedingungen keine angemessenen Hinweise auf den Ort, an dem sich *de facto* der Lebensmittelpunkt des Kindes befindet.

95. An dritter Stelle wird auch der *Zeitraum*, der zwischen der Geburt des Kindes und der Anrufung des vorlegenden Gerichts liegt, zu berücksichtigen sein. Die Dauer des Aufenthalts in einem bestimmten Staat ist im Allgemeinen ein Faktor, der geeignet ist, die Integration des Kindes in diesen Staat und dementsprechend das Fehlen greifbarer Verbindungen zu einem anderen Staat widerzuspiegeln. Seine Bedeutung bei der Gesamtwürdigung der einschlägigen Umstände fällt jedoch ebenfalls je nach Einzelfall unterschiedlich aus [83].

96. Dieser Faktor spiegelt somit nicht automatisch die tatsächliche Integration des Kindes wider, wenn die ununterbrochene Dauer seines Aufenthalts in einem Staat und dementsprechend seiner Nichtanwesenheit in einem anderen Staat die Folge von Zwang ist. Wenn der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt" nicht von der Wirklichkeit losgelöst werden soll, verliert natürlich ein Kind, das in dem Staat aufwächst und Bindungen entwickelt, in dem es zum Aufenthalt gezwungen ist, ohne irgendwelche Bezüge zu dem Staat aufzubauen, in dem es sich ohne den Zwang befunden hätte, zu einem bestimmten Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem letztgenannten Staat [84]. Dies ist jedoch bei einem Kind, das – wie in der vorliegenden Rechtssache – zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch ein Säugling war, nicht zwangsläufig der Fall. Folglich sollte die Dauer des Aufenthalts des Kindes in Bangladesch meines Erachtens als solche kein Hindernis dafür sein, dass sein gewöhnlicher Aufenthalt im Vereinigten Königreich begründet wird.

97. All diese Erwägungen führen in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in der das Kind wegen des vom Vater ausgeübten Zwangs in einem Drittstaat geboren wurde und daran gehindert ist, sich mit seiner Mutter in einen Mitgliedstaat zu begeben, und zum Zeitpunkt der Anrufung des vorlegenden Gerichts noch ein Säugling war, zu folgendem Ergebnis: In einer solchen Situation hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung nur insoweit, als es ohne den Zwang dauerhaft und regelmäßig anwesend und als Mitglied eines Familienverbands integriert gewesen wäre, dessen anderes Mitglied oder andere Mitglieder *de facto* ihren Lebensmittelpunkt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat bzw. haben. Die Erfüllung dieser Bedingung setzt voraus, dass die Mutter in ein soziales und familiäres Umfeld in dem betreffenden Mitgliedstaat integriert ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies in Anbetracht sämtlicher einschlägiger Umstände der Fall ist; zu diesen Umständen gehören die objektiven Faktoren im Zusammenhang mit dem früheren Aufenthalt und der Integration der Mutter in diesem Mitgliedstaat sowie die äußerlich erkennbaren Bekundungen ihrer Absicht in Bezug auf den Aufenthaltsort des Kindes.

c) Zur Berücksichtigung der Grundrechte von Mutter und Kind

98. Der Vollständigkeit halber halte ich es für angezeigt, klarzustellen, dass, falls sich in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens anhand des Tests zur Feststellung des „tatsächlichen Lebensmittelpunktes des Kindes" keine allgemeine Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaats begründen ließe, der Schutz des in Art. 24 der Charta gewährleisteten Kindeswohls und der in den Art. 4 und 6 der Charta verankerten Grundrechte [85] kein anderes Ergebnis rechtfertigen würde.

83 Aus dem Urteil vom 22. Dezember 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, Rn. 51), geht hervor, dass der Aufenthalt des Kindes in dem fraglichen Mitgliedstaat zwar „grundsätzlich von gewisser Dauer sein muss", die Brüssel-IIa-Verordnung aber keine Mindestdauer vorsieht und die Aufenthaltsdauer nur ein Indiz unter mehreren darstellt.

84 Vgl. Nr. 71 der vorliegenden Schlussanträge.

85 Vgl. Erwägungsgründe 12 und 33 der Brüssel-IIa-Verordnung; dem letztgenannten Erwägungsgrund zufolge steht diese Verordnung im Einklang mit den von der Charta gewährleisteten Grundrechten und achtet diese.

99. Dieser Test spiegelt, wie bereits gesagt, das Kriterium der räumlichen Nähe wider, auf dem Art. 8 Abs. 1 dieser Verordnung aufbaut und mit dem der Gesetzgeber das Kindeswohl allgemein schützen wollte [86]. Die folgenden Erwägungen sprechen meines Erachtens dagegen, dass die Gerichte ein Ausnahmekriterium schaffen, das von diesem Kriterium abweicht, wenn das im Einzelfall festgestellte Wohl des Kindes und seine anderen Grundrechte in dem Drittstaat, in dem es sich befindet, bedroht sind.

100. Erstens dehnt die Charta gemäß ihrem Art. 51 Abs. 2 „den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus“. Somit hat der Gerichtshof im Licht der Charta das Unionsrecht in den Grenzen der der Union übertragenen Zuständigkeiten zu prüfen [87]. Die Union und ihre Mitgliedstaaten sind nach dem Unionsrecht oder aufgrund der EMRK nicht verpflichtet, ihre Hoheitsgewalt auf Sachverhalte auszuüben, die sich in Drittstaaten zutragen, ohne dass es einen vom Unionsrecht oder der EMRK in ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung aus Straßburg vorgesehenen Anknüpfungspunkt gibt [88].

101. Zweitens sieht die Brüssel-IIa-Verordnung bereits einen Mechanismus vor, der die Mitgliedstaaten ermächtigt, das Wohl eines Kindes auch dann zu schützen, wenn es keinen unionsrechtlichen Anknüpfungspunkt gibt. Soweit sich aus den Artikeln 8 bis 13 der Brüssel-IIa-Verordnung keine Zuständigkeit eines Gerichts eines Mitgliedstaats ergibt, sieht ihr Art. 14 vor, dass die Mitgliedstaaten ihren Gerichten eine Restzuständigkeit aufgrund ihres jeweiligen nationalen Rechts zuweisen können. Es ist daher jedem Mitgliedstaat unbenommen, wenn es anhand der auf das Kriterium der räumlichen Nähe gestützten Bestimmungen nicht möglich ist, die Gerichte irgendeines Mitgliedstaats als zuständig zu bestimmen, die Zuständigkeit seiner eigenen Gerichte nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu begründen, die von diesem Kriterium abweichen.

102. Im vorliegenden Fall gibt es in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs eine solche Restzuständigkeit in der Gestalt der *Parens-patriae*-Zuständigkeit der Gerichte dieses Mitgliedstaats. Wie sich aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten ergibt, ist die Anwendung dieser Zuständigkeitsregel allerdings auf britische Staatsangehörige beschränkt und in das Ermessen der nationalen Gerichte gestellt.

103. Im Übrigen macht XB geltend, dass sich UD gegebenenfalls an die Gerichte von Bangladesch wenden könne, insbesondere falls das Recht dieses Drittstaats Zuständigkeitsvorschriften vorsehe, die sich auf die Anwesenheit des Kindes gründeten. Insoweit bemerkt das vorlegende Gericht zwar, dass UD und das Kind dadurch, dass sie von XB festgehalten würden, in ihren Grundrechten verletzt sein könnten; es erwähnt aber nicht ausdrücklich Vorbringen, wonach die Republik Bangladesch ihrer bestehenden Verpflichtung, diese Rechte – u. a. durch die Gerichte – zu schützen [89], nicht nachgekommen sei. Unter diesen Umständen halte ich es für unangebracht, die vorliegende Analyse auf derartige Hypothesen zu stützen.

86 Vgl. Nr. 36 der vorliegenden Schlussanträge.

87 Vgl. Urteil vom 5. Oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, Rn. 51).

88 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) ist die Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten im Sinne von Art. 1 der EMRK grundsätzlich auf ihr eigenes Hoheitsgebiet beschränkt. Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es nur bei Vorliegen genau bestimmter Umstände, die auf den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache nicht zutreffen. Vgl. u. a. EGMR, Urteil vom 7. Juli 2011, Al-Skeini u. a./Vereinigtes Königreich (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, § 130 bis 142 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

89 Die Republik Bangladesch wird zwar weder durch die EMRK noch durch die Charta gebunden; die Art. 7 und 9 des am 16. Dezember 1966 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommenen und am 23. März 1976 in Kraft getretenen Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte – dem die Republik Bangladesch beigetreten ist – gewährleisten aber vergleichbare Rechte wie die, die in den Art. 3 und 5 der EMRK und den Art. 4 und 6 der Charta vorgesehen sind.

104. Jedenfalls bringt Art. 14 der Brüssel-IIa-Verordnung meines Erachtens offenbar die Idee zum Ausdruck, dass es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist, gegebenenfalls im Hinblick auf „Comity"-Erwägungen (das „gute Einvernehmen zwischen den Nationen") zu entscheiden, ob die Befürchtung, dass die Gerichte eines Drittstaats der Mutter und dem Kind nicht den Schutz zuteilwerden lassen, der den Rechten und Werten entspricht, die in dem betreffenden Mitgliedstaat gelten, die Schaffung einer speziellen Zuständigkeitsvorschrift in seinem nationalen Recht rechtfertigt oder nicht [90].

105. Folglich kann Art. 8 Abs. 1 der Brüssel-IIa-Verordnung auch dann, wenn das Wohl und die Grundrechte des Kindes in einem Drittstaat möglicherweise missachtet werden, nicht dahin ausgelegt werden, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes anhand von Kriterien festgestellt wird, die von dem Kriterium der räumlichen Nähe abweichen, das sich in dem Test zur Feststellung des „tatsächlichen Lebensmittelpunktes des Kindes" materialisiert.

V. Ergebnis

106. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des High Court of Justice (England & Wales) Family Division (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung für Familiensachen, Vereinigtes Königreich), wie folgt zu beantworten:

1. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 ist der Ort, an dem das Kind *de facto* seinen Lebensmittelpunkt hat. Dieser Ort ist anhand sämtlicher Umstände zu bestimmen, die den jeweiligen Einzelfall kennzeichnen. In bestimmten Ausnahmefällen kann die Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände zu der Annahme führen, dass das Kind seinen Lebensmittelpunkt *de facto* an einem Ort hat, an dem es niemals körperlich anwesend war. Die körperliche Anwesenheit des Kindes auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats kann daher keine Vorbedingung dafür sein, dass es dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

2. Der Umstand, dass die Mutter eines Säuglings, die tatsächlich für ihn sorgt, vom Vater gezwungen wurde, in einem Drittstaat zu gebären und dort mit dem Säugling nach seiner Geburt zu bleiben, wobei er diese dabei gegebenenfalls in eine Situation versetzt, die den in den Art. 4 und 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten widerspricht, ist ein Gesichtspunkt, der bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2201/2003 einschlägig ist.

   In einer solchen Situation kann der Säugling allerdings seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat ungeachtet der Tatsache, dass er dort niemals körperlich anwesend war, nur dann haben, wenn seine Mutter dort *de facto* ihren Lebensmittelpunkt hat, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist. Insoweit kommt den eventuellen familiären, sozialen und kulturellen Bindungen der Mutter in diesem Mitgliedstaat sowie eventuellen äußerlich erkennbaren Bekundungen der Absicht der Mutter, dort mit dem Kind ab seiner Geburt zu leben, besondere Bedeutung zu.

90 Vgl. hierzu das abweichende Votum von Lord Sumption in der Rechtssache Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, Rn. 66 und 76. Er vertritt dort die Auffassung, dass die bloße Ablehnung der Vorschriften, die nach dem Recht des Landes, in dem das Kind anwesend sei, Anwendung fänden, nicht ausreichen könne, um die Zuständigkeit der Gerichte des Vereinigten Königreichs zu begründen.