

BL_GERICHTE 430 21 130 vom 13. August 2021

BL Gerichte, 2021-08-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_430_21_130

FR: BL_GERICHTE 430 21 130 du 13 août 2021

IT: BL_GERICHTE 430 21 130 del 13 agosto 2021

Regeste

Internationale Kindesentführung

Erwägungen

E. 2

Vorliegend ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin das alleinige Sorgerecht für C.____ hat. Ebenfalls unbestritten ist aufgrund des Minor (child) Travel Consent die Einwilligung der Gesuchstellerin zur Einreise des Gesuchsgegners mit C.____ in die Schweiz. Die Gesuchstellerin macht jedoch geltend, der Gesuchsgegner weigere sich, C.____ zu ihr nach Russland zurückzuschicken resp. sie ihr zu übergeben und halte sie somit widerrechtlich in der Schweiz zurück. Deshalb habe sie das vorliegende Rückführungsverfahren initiiert. Sie habe die alleinige elterliche Sorge und Obhut über C.____. Im August 2019 habe sie C.____ dem Kindsvater für ein paar Monate zur Betreuung in Thailand überlassen. Im Oktober 2019 habe sie die beiden in Thailand besucht. Es sei vereinbart worden, dass der Kindsvater über Weihnachten mit C.____ in die Schweiz reise und sie C.____ dort wieder abhole. Aus fadenscheinigen Gründen sei C.____s Nachname in der Geburtsurkunde von D.____ auf E.____ geändert und ihr auf den Namen E.____ ein Schweizerpass ausgestellt worden. Damit sei sie zusammen mit dem Kindsvater in die Schweiz gereist. Obwohl sie mehrmals versucht habe, C.____ in der Schweiz abzuholen, habe der Kindsvater die Rückgabe von C.____ verweigert. C.____ befände sich daher seit Weihnachten 2019 widerrechtlich beim Kindsvater. Aufgrund der Coronapandemie habe C.____ bis August 2020 nicht nach Russland zurückgeführt werden können. Ab diesem Zeitpunkt wäre dies möglich gewesen, sei jedoch vom Kindsvater jeweils unterbunden worden. Die Kindsmutter habe dem Aufenthalt der Tochter C.____ in der Schweiz nicht zugestimmt und seit Weihnachten 2019 eine Rückführung nach Russland beantragt.

E. 3

Der Gesuchsgegner bestreitet die Schilderung der Gesuchstellerin. Bei der Geburt von C.____ sei mit Einverständnis der Gesuchstellerin der Nachname E.____ in die offizielle, amtlich bestätigte Geburtsurkunde eingetragen worden. Auch habe die Gesuchstellerin ihre Einwilligung zur Erstellung des Schweizer Passes für C.____ erteilt und die entsprechenden Dokumente ausgehändigt. Von einem russischen Pass für C.____ habe er keine Kenntnis gehabt und demnach auch nie sein diesbezügliches Einverständnis erteilt. Im Juli 2019 habe die Gesuchstellerin ihn gebeten, C.____ zu sich nach Koh Samui zu nehmen. Im August 2019 habe er C.____ bei der Mutter abgeholt und zu sich nach Thailand genommen. Die Gesuchstellerin habe sie dort im Oktober 2019 besucht. Infolge Ausbruchs der Covid-19-Pandemie habe er sich zum Wohl und zur Sicherheit von C.____ entschlossen, in die Schweiz zurückzukehren. Zu diesem Zweck sei von der Schweizerischen Botschaft in Bangkok ein «Laissez Passer» auf den Namen D.____ ausgestellt worden. Die

Gesuchstellerin habe sich mit diesem Vorgehen explizit einverstanden erklärt, habe sie dafür doch eigens das «Minor (child) Travel Consent» unterzeichnet, welches ihn berechtigte, mit C.____ in die Schweiz zu reisen. Die behauptete Abmachung, wonach C.____ nach Rückkehr in die Schweiz zurück nach Russland hätte gebracht werden müssen, sei nicht getroffen worden. Seither hätten ein- bis zweimal wöchentlich Videotelefonate zwischen Mutter und Tochter stattgefunden. Erst gegen Anfang des Jahres 2021 habe die Gesuchstellerin einen Besuch in der Schweiz angesprochen. Sie sei jedoch nicht in die Schweiz gereist, sondern habe angeblich Freunde, die er nicht kenne, beauftragt, C.____ aus der Schweiz nach Russland zurückzubringen. Mit diesem Vorgehen habe er sich selbstverständlich nicht einverstanden erklären können, zumal C.____ diese Leute nicht kenne und erst zwei Jahre alt gewesen sei. Es sei somit erstellt, dass C.____ von September 2019 bis März 2020 mit Einwilligung der Gesuchstellerin beim Gesuchsgegner in Thailand gelebt habe. Danach habe die Gesuchstellerin der Einreise von C.____ zusammen mit dem Gesuchsgegner in die Schweiz zugestimmt. C.____ halte sich nun seit über einem Jahr in der Schweiz auf und habe sich hier eingelebt. Ihr Lebensmittelpunkt sei in der Schweiz beim Vater und nicht in Russland. Sie spreche auch ausschliesslich Schweizerdeutsch und weder Russisch noch Englisch. Aufgrund der gesuchstellerischen Zustimmung sei erstellt, dass das Verbringen von C.____ in die Schweiz nicht widerrechtlich erfolgt sei. Auch von einer angeblich widerrechtlichen Zurückhaltung von C.____ könne keine Rede sein. Das Gesuch um Rückführung von C.____ nach Russland sei deswegen abzuweisen.

E. 4

Der Kindsvertreter stellte in seiner Stellungnahme vom 27. Juli 2021 zunächst fest, dass folgende Punkte umstritten seien: Widerrechtlichkeit des Umzugs von Thailand in die Schweiz, Sorgerechtsausübung durch die Mutter vor Einreise in die Schweiz sowie Auswirkung des Umstands, dass C.____ seit April 2020 in der Schweiz lebe. Aus den Unterlagen gehe hervor, dass die Gesuchstellerin ihre Zustimmung zur Einreise in die Schweiz erteilt habe, deshalb sei im Verbringen von C.____ in die Schweiz keine Widerrechtlichkeit gegeben. Ferner sei die Gesuchstellerin erst aktiv geworden, nachdem der Gesuchsgegner bei der KESB das gemeinsame Sorgerecht und die Obhut über C.____ beantragt habe. Folglich sei die Situation bezüglich «widerrechtlichem Zurückhalten» unklar bzw. sei ein klarer Antrag auf Rückführung erst erfolgt, nachdem vom Gesuchsgegner ein Sorgerechtsverfahren in der Schweiz anhängig gemacht worden sei. Es deute einiges darauf hin, dass C.____ inzwischen rechtsgültigen Aufenthalt in der Schweiz begründet habe. Überdies sei auch unbestritten, dass sich C.____ seit Juli 2019 in der faktischen Obhut des Gesuchgegners befunden habe. Insofern sei es fraglich, ob die Gesuchstellerin das Sorgerecht gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ ausgeübt habe, was Voraussetzung für den Rückführungsanspruch sei. Es entspreche sicherlich nicht dem Sinn des Übereinkommens, C.____ seiner Hauptbezugsperson zu entreissen, um es zur derzeit juristischen Alleinsorgeberechtigten zurückzuführen, die dieses Sorgerecht über zwei Jahre nicht ausgeübt habe. Letztendlich sei auf Art. 12 HKÜ hinzuweisen, wonach selbst bei einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes bzw. einem Zurückhalten eine Rückführung nur dann zu erfolgen habe, wenn sich das Kind weniger als ein Jahr seit dem Verbringen in einem Vertragsstaat aufhalte. Diese Voraussetzung sei offensichtlich nicht erfüllt, befände sich C.____ doch seit April 2020 in der Schweiz, wohingegen der Rückführungsantrag erst am 15. Juni 2021 eingereicht worden sei. Aus Kindeswohlüberlegungen müsste daher von einer Rückführung abgesehen werden, selbst wenn von einem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten ausgegangen würde.

E. 5

Rückführungsentscheide nach HKÜ betreffen die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung der Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (BGE 133 III 584 E. 1.2 S. 585). Das HKÜ bezweckt die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder (Art. 1 lit. a HKÜ). Wann ein Kind als widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbracht oder dort zurückgehalten zu erachten ist, regelt Art. 3 HKÜ. Im Einzelnen gilt ein Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stellen allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 lit. a HKÜ) und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, sofern das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Art. 3 lit. b HKÜ). Gemäss Art. 5 HKÜ umfasst das Sorgerecht «die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen». Massgeblich ist die Sorgerechtslage, wie sie beim Verbringen bestanden hat; dieser Status quo ante soll wiederhergestellt werden (BGer 5A_257/2011 vom 25. Mai 2011, E. 4.2). Der Nachweis der Voraussetzungen, insbesondere auch der Verletzung des Sorgerechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ, obliegt der Gesuchstellerin (BGer 5A_293/2010 vom 22. Juni 2010, E. 3). Alleiniges Thema des Rückführungsprozesses ist die Prüfung der Voraussetzungen für die Rückführung. Sind diese erfüllt, ist die Rückführung grundsätzlich anzuordnen, soweit nicht einer der in Art. 12, Art. 13 oder Art. 20 HKÜ genannten Ausschlussgründe nachgewiesen ist. 6.1 Nach Art. 12 Abs. 1 HKÜ wird die Rückführung eines Kindes angeordnet, wenn es widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbracht oder dort zurückgehalten worden ist und bei Eingang des Antrages beim zuständigen Gericht eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen oder Zurückhalten verstrichen ist. Nach Ablauf dieser Jahresfrist erfolgt eine Rückführung, sofern nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat (Art. 12 Abs. 2 HKÜ). In der Schweizerischen Praxis wird Art. 12 HKÜ starr ausgelegt: Soweit die Jahresfrist nicht erreicht ist, ist die Rückführung grundsätzlich anzuordnen (BGer 5A_576/2018 vom 31. Juli 2018, E. 4). Eine Prüfung, ob das Kind sich allfällig in der Schweiz eingelebt und Aufenthalt begründet hat, findet regelmässig nicht statt. Umgekehrt wird die Rückführung grundsätzlich verweigert, wenn sich das Kind über ein Jahr in der Schweiz aufhält. Die Gerichte gehen davon aus, dass sich das Kind dann eingelebt und Aufenthalt begründet hat, weshalb eine Rückführung abzulehnen sei (JONAS SCHWEIGHAUSER, Rückführung trotz legalem Aufenthalt von über einem Jahr in der Schweiz, in: Jusletter vom 4. März 2019 Rz 30). 6.2 Das Kind C.____ ist anfangs April 2020 mit dem Gesuchsgegner in die Schweiz eingereist. Das Rückführungsgesuch der Gesuchstellerin datiert vom 15. Juni 2021, mithin 14 Monate nach Einreise in die Schweiz. Die Gesuchstellerin macht zwar geltend, sie habe das Kind immer wieder vom Kindsvater zurückverlangt und sich diesbezüglich in Russland an die zuständige Behörde gewandt. Einen diesbezüglichen Nachweis erbringt die Gesuchstellerin jedoch nicht. Zudem ist für die Bemessung der Jahresfrist gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ ein förmliches Gesuch an die gemäss HKÜ zuständige Behörde am Aufenthaltsort des Kindes massgebend. Somit ist in zeitlicher Hinsicht vom Gesuch vom 15. Juni 2021 auszugehen, womit die Jahresfrist gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ offensichtlich abgelaufen ist. Sowohl die Schweizerische Zentralbehörde als auch das angerufene Gericht haben ihren Betrieb während der

Coronapandemie durchgängig aufrechterhalten. Somit stand einem Rückführungsgesuch seit der Einreise von C._____ in die Schweiz behördenseitig nichts im Wege. Überdies benennt die Gesuchstellerin auch keinerlei konkrete Gründe, weshalb es ihr innert Jahresfrist nicht möglich gewesen sein soll, ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Demzufolge ist das Rückführungsgesuch abzuweisen. Zum selben Ergebnis gelangt man auch nach Überprüfung, ob sich C._____ in der Schweiz eingelebt und hier Aufenthalt begründet hat: C._____ lebt seit August 2019 beim Gesuchsgegner. Damals war sie 1.5 Jahre alt. Ob sich C._____ an die Zeit vor ihrem Zusammenleben mit dem Gesuchsgegner zu erinnern vermag, ist höchst fraglich. Ihre Bezugsperson ist zweifelsohne der Gesuchsgegner. Gemäss Bericht des Kindsvertreters spricht C._____ altersgerecht Schweizerdeutsch, besucht zweimal pro Woche eine Kindertagesstätte und hat bereits zwei gute Freunde gefunden. Die Beziehung zwischen Vater und Tochter sei vertraut und eng. C._____ scheint sich demzufolge gut in der Schweiz eingelebt zu haben und befindet sich in einem stabilen sozialen Umfeld, das ihren Bedürfnissen und ihrem Wohl entsprechend ausgerichtet ist. Den eingereichten KESB-Akten ist zudem zu entnehmen, dass C._____ in der Familie des Gesuchgegners integriert sei. Sie ist somit mit ihrem neuen Wohnort und dem Gesuchsgegner verbunden und verwachsen und mit dem neuen Freundes- und Familienkreis verwurzelt. Eine Rückführung in ein Land, dessen Sprache sie nicht beherrscht, würde einer Entwurzelung gleichkommen und wäre nicht zumutbar. Somit sind die Voraussetzungen von Art. 12 HKÜ gegeben, weshalb eine Rückführung ausgeschlossen ist. Insofern erübrigt sich eine Überprüfung des allenfalls widerrechtlichen Zurückhaltens von C._____ in der Schweiz sowie die Frage nach der Sorgerechtsausübung der Gesuchstellerin vor Verbringen von C._____ in die Schweiz. Auch die Frage nach dem tatsächlichen Aufenthaltsort der Gesuchsgegnerin kann bei diesem Ausgang des Verfahrens offengelassen werden.

7.1 In Rückführungsverfahren werden gestützt auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ grundsätzlich keine Gerichtskosten erhoben und den Parteien keine gegenseitigen Parteikosten auferlegt. Jedoch hat Russland aber einen Vorbehalt im Sinne von Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht und erklärt, nur insoweit gebunden zu sein, die sich aus der Beiordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichtsverfahren ergebenden Kosten zu übernehmen, als diese Kosten durch sein System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind. In einem solchen Fall wendet die Schweiz das Prinzip der Gegenseitigkeit an (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111) und garantiert die Kostenlosigkeit nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem innerstaatlichen Recht (BGer 5A_822/2013 vom 28. November 2013, E. 4.1).

7.2 Die Gesuchstellerin ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Gemäss Art. 117 ff. ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie einerseits nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und andererseits ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie Gerichtskosten. Massgeblich sind die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchstellung (Emmel , in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2016, 3. Aufl., Art. 117 ZPO N 4 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Dem eingereichten Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Gesuchstellerin ist zu entnehmen, dass sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und somit mittellos ist. Bezüglich der fehlenden

Aussichtslosigkeit kommt in familienrechtlichen Streitsachen und Statusprozessen dem Kriterium der materiellrechtlichen Aussichtslosigkeit keine oder jedenfalls nur in exorbitanten Fällen eine gewisse Bedeutung zu. In Kinderbelangen wird gar vollständig auf das Kriterium der Aussichtslosigkeit verzichtet (ALFRED BÜHLER, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 117 N 268). Dementsprechend kann auf die Prüfung der Aussichtslosigkeit verzichtet werden. Die vorliegend zu beurteilende Kindesrückführung greift empfindlich in die Rechtsposition der rechtsunkundigen Gesuchstellerin ein. Überdies ist sie der deutschen Sprache nicht mächtig, weshalb die Notwendigkeit der Vertretung fraglos zu bejahen ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Gesuchstellerin ist folglich zu bewilligen.

E. 8

Angesichts des Verfahrensausgangs hat die Gesuchstellerin als unterliegende Partei für die Gerichtskosten aufzukommen und dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten beinhalten im vorliegenden Verfahren eine Gerichtsgebühr, die Dolmetscherkosten von CHF 332.50 sowie die Kosten für den Kindsvertreter. Die Gerichtsgebühr wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. g und § 14 Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31) auf CHF 2'000.00 festgelegt. Der Vertreter des Kindes macht einen Aufwand von 3.66 Std. à CHF 200.00 ohne Hauptverhandlung sowie Auslagen von CHF 54.30 zuzüglich Mehrwertsteuer geltend bzw. einen Betrag von insgesamt CHF 848.25 inkl. MWST. Für die Hauptverhandlung sind 4 Std. à CHF 200.00 zuzüglich 7.7% MWST, total ausmachend CHF 861.60, hinzuzurechnen, so dass das Honorar für den Kindsvertreter insgesamt CHF 1'709.85 (inkl. Spesen von CHF 54.30 und MWST von CHF 122.25) beträgt. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Gesuchstellerin ist nicht im Anwaltsregister eingetragen, so dass ihm keine Parteientschädigung aus der Gerichtskasse zu bezahlen ist. Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu leisten. Dem obsiegenden Gesuchsgegner wurde bereits in Ziffer 7 der Verfügung vom 1. Juli 2021 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Zuzugle voraussichtlicher Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bei der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners gestützt auf Art. 122 Abs. 2 ZPO vom Kanton angemessen entschädigt. Die Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners macht einen Aufwand von 13 Std. à CHF 200.00 ohne Auslagen geltend, was angemessen und in diesem Umfang zu genehmigen ist. Für die Verhandlung werden 4 Stunden hinzugerechnet, so dass ein Aufwand von insgesamt 17 Std. à CHF 200.00 zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer resultiert. Der Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners wird somit ein Honorar von CHF 3'661.80 inkl. MWST von CHF 261.80 aus der Gerichtskasse entrichtet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.