

GR_GERICHTE ZK1 2021 95 vom 27. August 2021

GR Gerichte, 2021-08-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_95

FR: GR_GERICHTE ZK1 2021 95 du 27 août 2021

IT: GR_GERICHTE ZK1 2021 95 del 27 agosto 2021

Regeste

Rückführung der Kinder

Erwägungen

E. 1

Zivilkammer (Art. 6 Abs. 1 KGV [BR 173.100]).

E. 2

Vorbemerkungen Die Parteien sind die unverheirateten Eltern der beiden Kinder. Sie haben sich im Jahr 2013 getrennt (act. B.2). Der Sohn B. _____ ist aktuell 11-jährig und die Tochter D. _____ ist 10-jährig. Das Familiengericht E. _____ hat in seinem Urteil vom 15. Dezember 2015 und 2. Oktober 2018 entschieden, dass die Kinder jedes zweite Wochenende und die Hälfte der Schulferien beim Gesuchsgegner verbringen und Auslandsreisen mit den Kindern nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des jeweils anderen Elternteils erlaubt sind. Es hat zudem festgehalten, dass sich der Hauptwohnsitz der Kinder bei der Mutter in E. _____ befindet. Der Entscheid wurde vom Berufungsgericht E. _____ mit Urteil vom 25. Juni 2019 bestätigt (act. B.2; act. B.7). Am 1. September 2020 meldete der Vater seinen und den Wohnsitz der Kinder in M. _____ (Basel-Landschaft) an (act. B.3). Am 1. Dezember 2020 mietete er ein Haus mit Stall in L. _____, Graubünden; (act. B.4) und am 1. April 2021 nahm er die Wohnsitzanmeldung für sich und die Kinder in L. _____ vor (act. B.5) Zwei Tage darauf, am 3. April 2021 holte er

E. 6

/ 21 die Kinder bei der Gesuchstellerin zur Ausübung des Ferienrechts ab, wobei er mit ihr in Abweichung zu der Regelung gemäss Berufungsurteil vereinbarte, die erste Ferienwoche mit den Kindern zu verbringen und diese am 11. April 2021 (Rückgabe der Kinder gemäss Berufungsurteil am 18. April 2021, Schulbeginn der Kinder am 19. April 2021) der Gesuchstellerin zurückzubringen (act. A.1, 12). Der Gesuchsgegner teilte der Gesuchstellerin am 11. April 2021 mit, dass er die Kinder nicht zurückbringen werde (act. B.6 [beigefügter Chatverlauf]). Am 19. April 2021 meldete sich der Gesuchsgegner bei der KESB Nordbünden. Am 27. April 2021 wandte sich die Gesuchstellerin an die Zentralbehörde in Belgien und verlangte die Rückführung der Kinder. Das Bundesamt für Justiz als zentrale Behörde des Bundes übermittelte am 1. Juni 2021 dem Gesuchsgegner eine Mediationsanfrage per E-Mail, die der Gesuchsgegner nicht klar beantwortete. Nach Durchführung eines Abklärungsverfahrens errichtete die KESB Nordbünden mit Entscheid vom 3. Juni 2021 eine Beistandschaft für die Kinder (act. B.17), mit dem Einverständnis beider Elternteile (act. B.17, I.I; KESB act. 58 [Gesuchsgegner], KESB act. 62 [Gesuchstellerin]). Gemäss Angaben der Gesuchstellerin ist ein Verfahren am

Familiengericht E. _____ hängig betreffend die Zuteilung des alleinigen Sorgerechts an die Gesuchstellerin (act. B.6)]. 3. Anwendbarkeit HKÜ: Gewöhnlicher Aufenthalt 3.1. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat ist nach Art. 4 HKÜ eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Übereinkommens und der gewöhnliche Aufenthalt im Herkunftsstaat ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ eine Rückführungsvoraussetzung (BGer 5A_764/2009, 5A_778/2009 v. 11.1.2010 E. 2.1). Negative Anwendungsvoraussetzung ist, dass das Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 4 HKÜ). 3.2. Der gewöhnliche Aufenthalt im Sinne des HKÜ wird vertragsautonom ausgelegt. Es ist darunter der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen (BGE 110 II 119 E. 3; vgl. BGE 117 II 334 E. 4d), welcher sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder aus der voraussichtlichen Dauer des Aufenthaltes und der damit zu erwartenden Integration ergibt (grundlegend: BGer 5P.367/2005 v. 15.11.2005 E. 5.1). Der gewöhnliche Aufenthalt bestimmt sich aufgrund der nach aussen erkennbaren tatsächlichen Umstände; innere Umstände, wie etwa der Wille, sind dabei nicht massgebend. In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen (siehe dazu BGE 129 III 288 E. 4.1 und BGer 5A_427/2009 v. 27.7.2009 E. 3.2; 5A_650/2009 v. 11.11.2009 E. 5.2).

E. 7

/ 21 3.3. Die Kinder haben bisher, und auch unmittelbar vor ihrer Übergabe an den Gesuchsgegner, in Belgien unter der Obhut der Gesuchstellerin und zusammen mit zwei jüngeren Halbgeschwistern gelebt, dort weitere familiäre (Stiefvater, Grosseltern) und freundschaftliche Beziehungen gepflegt und die Schule, Sport- und Musikunterricht besucht (KESB act. 18; KESB act.19). Bis zu den Weihnachtsferien im Jahr 2020 in Sais übte der Gesuchsgegner das Besuchsrecht nach eigenen Angaben ebenfalls in Belgien aus; er reiste nach seinem Umzug in die Schweiz im letzten Jahr jeweils per Flugzeug zurück nach Belgien (KESB act. 14). Die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kinder in Belgien – einem Vertragsstaat des HKÜ – ist somit ohne Weiteres erfüllt und da auch beide Kinder das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, die Anwendbarkeit des HKÜ gegeben. 4. Rückführungstatbestand: Widerrechtliches Verbringen 4.1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 HKÜ kann eine Kindesentführung entweder durch widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten verübt werden. Ein Zurückhalten ist gegeben, wenn das Kind rechtmässig in einen anderen Vertragsstaat gebracht wurde, beispielsweise um einen dort lebenden Elternteil zu besuchen, und nach Ablauf des rechtmässigen Aufenthaltes im Verbringerstaat zurückbehalten wird. Ein Verbringen liegt vor, wenn das Kind vom Herkunftsstaat in einen anderen Vertragsstaat gebracht wird. Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn kumulativ, das Sorgerecht verletzt ist, das dem Berechtigten nach dem Recht des Herkunftsstaates allein oder gemeinsam zusteht (lit. a) und dieses vor der Entführung tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, hätte die Entführung nicht stattgefunden (lit. b). Das Sorgerecht im Sinne des HKÜ umfasst gemäss Art. 5 lit. a HKÜ die Personensorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Es kann gemäss Art. 3 Abs. 3 HKÜ insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen. Legt das Gericht des Herkunftsstaates fest, dass der entführende Elternteil den fraglichen Staat nicht ohne Zustimmung des Gerichts oder des anderen Elternteils verlassen darf, ist dieser Aspekt ausdrücklich geregelt, weshalb es sich rechtfertigt, dies als Sorgerechtsregelung des Herkunftsstaates aufzufassen (Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführung und

Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zürich 2012, N 29 m.w.H. in Fn 49). An das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts (entgegen dem bloss formellen Bestand) sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Zwischen dem zurückbleibenden Elternteil und dem Kind muss

E. 7.1

Mit Bezug auf die Zustimmung und die nachträgliche Genehmigung gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein strenger Beweismassstab; der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Sorgerechtsinhabers muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann (BGer 5A_576/2018 v. 31.7.2018 E. 3.1 m.w.H.). Äusserungen sind dabei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Mazenauer, a.a.O., N 228 ff.). Die Zustimmung zu einem beschränkten Ferienaufenthalt ist nicht als Zustimmung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ zu werten, im Gegenteil ist nach Ablauf dieses Zeitraumes ein widerrechtliches Zurückhalten anzunehmen (Mazenauer, a.a.O., N 236).

E. 7.2

Ob der Gesuchsgegner, wie er es geltend macht (act. A.4, II.B.1), die Kinder mit der Zustimmung der Gesuchstellerin für die Ferien von Belgien in die Schweiz verbrachte, kann offenbleiben. Ebenso, ob die Rückgabe der Kinder gestützt auf die Vereinbarung der Parteien bereits am 11. April 2021 zu erfolgen hatte, wie es die Gesuchstellerin vorbringt (act. A.1, 12). Dass die Gesuchstellerin

E. 8

/ 21 eine emotionale und soziale Bindung bestanden haben, die zum Wohl des Kindes beitrug (Mazenauer, a.a.O., N 207 f.). 4.2. Vorliegend bilden die eingangs erwähnten Urteile der belgischen Gerichte die Sorgerechtsgrundlage (vgl. zur unmittelbaren Berücksichtigung gerichtlicher Entscheidungen des Herkunftsstaates Art. 14 HKÜ). Der Umstand, dass den Eltern die Sorge gemeinsam zusteht (die Obhut hingegen der Gesuchstellerin) schadet nicht; es genügt, dass die berechtigte Person das Sorgerecht allein oder gemeinsam innehat (act. B.2; act. B.7; act. A.4, II.B.4). Zudem stand (auch) der Gesuchstellerin das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu gemäss dem Passus in den Urteilen, wonach Auslandsreisen mit den Kindern nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des jeweils anderen Elternteils erlaubt sind (act. B.2; act. B.7). Die Urteile ergingen des Weiteren vor der Übergabe der Kinder und deren Mitnahme in die Schweiz, womit das Sorgerecht der Gesuchstellerin bereits vor der Entführung (gemeinsam) zustand. Sie übte dieses unbestrittenermassen auch tatsächlich aus (Zusammenleben als starkes Indiz für das Ausüben des Sorgerechts, Mazenauer, a.a.O., N 209; act. A.1, 28; act. A.4, II.B.1). 4.3. Erstellt ist, dass der Gesuchsgegner die Kinder nach Ablauf des allenfalls rechtmässigen Aufenthaltes in der Schweiz am 18. April 2021 nicht der Gesuchstellerin zurückbrachte und es ihr damit verunmöglichte, ihre Rechte wahrzunehmen, insbesondere die Bestimmung des Aufenthaltsortes der Kinder. Es liegt somit eine Verletzung des Sorgerechts bzw. ein widerrechtliches Zurückhalten vor. 4.4. Gemäss Art. 3 HKÜ, der die Widerrechtlichkeit des Verbringens bzw. Zurückhaltens definiert, ist das (Nicht-)Vorliegen einer Zustimmung der sorgeberechtigten Person keine (negative) Voraussetzung für die Annahme der Widerrechtlichkeit. Ob eine Zustimmung der sorgeberechtigten Person vorliegt, ist nach der Konzeption des HKÜ (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ) in einem zweiten Schritt, als Verweigerungsgrund zu prüfen und zudem (anders als die Voraussetzungen

nach Art. 3 HKÜ) vom Gesuchsgegner zu beweisen (zu dieser Subsumtionsproblematik siehe Mazenauer, a.a.O., S. 227 f.). 5. Rechtsfolge 5.1. Gemäss Art. 12 HKÜ ordnet das Gericht die sofortige Rückgabe des widerrechtlich verbrachten oder zurückbehaltenen Kindes an, wenn eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen verstrichen ist. Andernfalls kann von der Rückgabe abgesehen werden, wenn sich das Kind in seine neue Umgebung eingelebt hat.

E. 8.1

Ob die Rückgabe mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder diese das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt, ist allein aus der Perspektive des Kindes zu beurteilen (Mazenauer, a.a.O., N 271). Vorausgesetzt ist, dass die Gefährdung aktueller Natur ist, d.h. bei der Rückkehr noch vorliegt, und eine gewisse Intensität aufweist, wobei nicht bei jedem seelischen Schmerz des Kindes auf die Rückführung zu verzichten ist (Mazenauer, a.a.O., N 283). Die allgemeinen Gefahren des heutigen Grossstadtlebens oder die Möglichkeit von Naturkatastrophen in einem einschlägigen Gebiet begründen für sich allein keine schwerwiegende Gefährdung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ. Eine solche ist jedoch nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet gegeben (BGer 5A_440/2019 v. 2.7.2019 E. 3.4 m.w.H.).

E. 8.2

Der Gesuchsgegner bringt die Gefahr einer Ansteckung mit Covid-19 in E. _____ vor. Ferner macht er geltend, dass die Kinder unter den Massnahmen der dortigen Regierung gelitten hätten (act. A.3, B.3.4.1).

E. 8.3

Bei der auf den Virus Covid-19 zurückzuführenden Krankheit handelt es sich zwar per Definition um eine Seuche (Duden: "sich schnell ausbreitende, gefährliche Infektionskrankheit"), jedoch betrifft diese als Pandemie nicht bloss ein Gebiet und so auch nicht im Speziellen Belgien. Die Rückkehr nach Belgien ist deshalb nicht mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für die Kinder verbunden und bringt diese auch nicht in eine unzumutbare Lage. Auch bei im Vergleich zu der Schweiz unterschiedlichen oder gar keinen (staatlichen) Schutzmassnahmen gegen Covid-19 in Belgien wäre dies nicht der Fall.

E. 8.4

Der Gesuchsgegner erklärt, das Quartier N. _____ sei eine Zone, in welcher der Staat die Kontrolle verloren habe und sich unüberwachbar ausufernde Parallelgesellschaften entwickelt hätten, mit entsprechend hoher Kriminalitätsrate. Die Zone sei von Personen arabischer bzw. nordafrikanischer Herkunft geprägt, was sich in vielen Lebensbereichen und in der Besetzung der Schulklassen

E. 8.5

Die Ausführungen zu der E. _____ Gemeinde N. _____ sind vorliegend nicht von Relevanz, da keine Rückführung in diese Gemeinde in Frage steht bzw. sich der gewöhnliche Aufenthaltsort der Kinder unbestrittenermassen in der Gemeinde O. _____ befindet, die im Übrigen nicht an die Gemeinde N. _____ angrenzt. Unabhängig davon sind erhöhte Kriminalität, die implizierten (vermeintlich) von Personen ausländischer Herkunft ausgehenden Gefahren und auch der von den Kindern angesprochene

Strassenverkehr dem Grosstadt- leben inhärent und begründen wie erwähnt für sich alleine keine akute schwerwie- gende Gefährdung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ.

E. 8.6

Die vom Gesuchsgegner vorgebrachten strafrechtliche Konsequenzen bei einer Einreise nach Belgien stehen der Rückführung ebenfalls nicht entgegen. Die Frage der Regelung des Besuchsrechts und seiner praktischen Umsetzung (freies Geleit bei Einreise nach Belgien etc.) liegt in der Zuständigkeit der belgischen Ge- richte und kann vorliegend nicht entschieden werden. Im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Verweigerungsgründe stellen die Erschwernisse bei der Einreise nach Belgien und die zwangsläufigen Schwierigkeiten bei der Ausübung des Be- suchsrechts jedenfalls keinen Grund dar, die Rückführung der Kinder zu verwei- gern. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die vorliegende Situation durch das Handeln des Gesuchsgegners selbst herbeigeführt worden ist. 9. Gutachtensanträge bzw. Antrag auf Sozialbericht

E. 9

/ 21 5.2. Vorliegend wurden die Kinder im April 2021 in die Schweiz verbracht bzw. zurückgehalten. Das Rückführungsgesuch ist beim Kantonsgericht im Juli 2021 eingegangen. Die Kinder befanden sich zu diesem Zeitpunkt somit erst seit knapp drei Monaten in der Schweiz, weshalb nach dem Gesagten grundsätzlich die so- fortige Rückgabe der Kinder anzuordnen ist. 6. Verweigerungsgründe nach Art. 13 HKÜ Anders zu entscheiden ist, wenn der Gesuchsgegner, als Person, die sich der Rückgabe der Kinder widersetzt, einen Verweigerungsgrund nach Art. 13 HKÜ nachweist. Zum Verweigerungsgrund der fehlenden tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts zur Zeit des Verbringens kann auf die Ausführungen in E. 4.1 verwie- sen werden. Weitere vom Gesuchsgegner nachzuweisende Verweigerungsgründe sind die Zustimmung oder die nachträgliche Genehmigung der Entführung durch den zurückbleibenden Elternteil (lit. a) oder eine mit der Rückgabe verbundene schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens oder einer anderen durch die Rückgabe herbeigeführten für das Kind unzumutbare Lage (lit. b). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die geltend gemachten Verweigerungsgründe anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen (BGer 5A_576/2018 v. 31.7.2018 E. 3.1 m.w.H.; 5A_257/2011 v. 25.5.2011 E. 3). 7. Zustimmung der Gesuchstellerin (lit. a)

E. 9.1

Der Gesuchsgegner stellt den Eventualantrag, es sei ein Gutachten einzu- holen, dass sich zu der mit einer allfälligen Rückführung verbundenen schwerwie- genden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für die Kinder und zu der Frage äussert, ob die Kinder dadurch in eine unzumutbare Lage gebracht werden (act. A.4, I.B.4). Es wird ferner auf den eingangs zitierten Antrag der Kin- desvertreterin auf Einholung eines Sozialberichts verwiesen (lit. C und Q).

E. 9.2

Das Gericht erachtet es weder aufgrund der Behauptungen seitens des Gesuchsgegners noch aufgrund der Akten als glaubhaft, dass die Rückführung die Kinder einer schwerwiegenden Gefährdung aussetzt oder sie in eine unzumutbare Lage bringt. Es besteht kein objektiver Anhaltspunkt, der solches vermuten liesse. Vor diesem Hintergrund sind der Gutachtensantrag und der Antrag auf Einholung

E. 9.3

Dasselbe gilt mit Bezug auf den vom Gesuchsgegner gestellten Antrag auf die Einholung eines Gutachtens, welches sich im Hinblick auf das Kindeswohl zu den Lebensumständen in E._____ und in L._____ sowie zum Verhältnis der Kinder zu den Eltern äussert (act. A.4, III.B). Beide Fragen stellen sich in der vorliegenden Konstellation nicht; die Lebensumstände in L._____ sind zur Beurteilung des Gesuchs nicht von Bedeutung und das Verhältnis der Kinder zu den Eltern wäre nur dann näher zu beleuchten, wenn die Entführung – anders als vorliegend – durch den hauptbetreuenden Elternteil erfolgt wäre und damit eine Rückkehr zum nicht hauptbetreuenden Elternteil in Frage stände. 10. Weitere Ausnahmetatbestände; Widersetzen des Kindes

E. 10

/ 21 einem unbefristeten Aufenthalt der Kinder in der Schweiz zugestimmt oder einen solchen nachträglich genehmigt hätte, wird nicht geltend gemacht. Solches lässt sich auch den Akten nicht entnehmen. Entsprechend ist keine im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ relevante Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung behauptet, geschweige denn nachgewiesen. 8. Schwerwiegende Gefahr / unzumutbare Lage (lit. b)

E. 10.1

Die Anordnung der Rückgabe des Kindes kann auch abgelehnt werden, wenn sich das Kind der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Reife im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung fähig ist, d.h. wenn es seine eigene Situation zu erkennen und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung zu bilden vermag (BGE 131 III 334 E. 5.1) und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheides verstehen kann; dies heisst, dass es insbesondere erkennen können muss, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante geht und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird (BGE 133 III 146 E. 2.4). Im Sinn einer Richtlinie wird bei Kindern ab ungefähr elf bis zwölf Jahren von einer den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ begründenden Willensbildungsfähigkeit ausgegangen, wobei der Wille mit einem gewissen Nachdruck und nachvollziehbaren Gründen geäussert werden muss und er nicht aufgrund elterlicher Manipulation entstanden sein darf (BGer 5A_439/2019 v. 2.7.2019 E. 4.5 Abs. 3 m.w.H.). Zu beachten ist, dass Art. 13 Abs. 2 HKÜ dem Kind kein freies Wahlrecht einräumt, mit welchem es gewissermassen über den Aufenthaltsort der Familie entscheiden könnte, sondern es sich dabei um einen Ausnahmetatbestand vom Grundsatz handelt, wonach widerrechtlich verbrachte Kinder bei entsprechendem Gesuch des anderen Elternteils in den Herkunftsstaat zurückzuführen sind (BGE 134 III 88 E. 4).

E. 10.2

B._____ erklärt anlässlich seiner Anhörung, sich vorstellen zu können wieder in Belgien zu leben, sofern er in die Schweiz in die Ferien fahren und den Gesuchsgegner auch alleine, ohne die Gesuchstellerin sehen dürfte. Die Frage, ob er zurück nach Belgien ginge, wenn das Gericht oder die Eltern es so entscheiden würden, bejaht er (act. H.1, S. 5). D._____ Aussagen sind hauptsächlich persönlich bezogen. So gibt sie an, dass es das Schönste wäre, wenn die Gesuchstellerin und ihre Halbgeschwister in die Schweiz

umziehen würden oder dann für den Fall der Rückkehr nach Belgien, dass der Gesuchsgegner mitkomme. D. _____ interessiert sich zudem für ein Leben auf einem Bauernhof, wo sich dieses abspielt, scheint sekundär zu sein (act. H.1, S. 10).

E. 10.3

Basierend auf den Äusserungen der Kinder anlässlich der Anhörung ist davon auszugehen, dass es ihr (momentaner) Wunsch ist, in der Schweiz zu bleiben. Es reicht jedoch nicht aus, wenn die Kinder es zwar bevorzugen, in der Schweiz zu bleiben, aber auch gegen eine Rückkehr nach Belgien nichts einzuwenden haben; und einer Rückkehr nach Belgien widersetzen sich beide Kinder nicht generell. Bei den weniger deutlichen Aussagen der 10-jährigen D. _____ ist zu berücksichtigen, dass sie aufgrund ihres Alters nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Bezug auf die relevante Fragestellung von vorneherein noch nicht zu autonomer Willensbildung fähig ist.

E. 10.4

Ein qualifiziertes Widersetzen der Kinder im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ, d.h. ein mit Nachdruck geäussertes und mit nachvollziehbaren Gründen unterlegter dahingehender Wille, der eine Ausnahme von dem Grundsatz der Rückkehr begründen würde, liegt nicht vor. 11. Ordre Public

E. 11

/ 21 widerspiegeln. Die Gesuchstellerin habe zusammen mit den Kindern im gleich angrenzenden Quartier O. _____ gelebt. Der Schulweg führe entlang von "Prostituiertenfenstern und durch die Drogenhöhle" E. _____ (act. A.4, B.3.4.2).

E. 11.1

Da kein Verweigerungsgrund bzw. Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 12 f. HKÜ glaubhaft gemacht bzw. gegeben ist, ist der bloss subsidiär anwendbare Art. 20 HKÜ zu prüfen, gestützt auf den die Rückgabe des Kindes abgelehnt werden kann, wenn sie nach den in der Schweiz geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (ordre public) unzulässig ist (Mazenauer, a.a.O., N 98).

E. 11.2

Dem Gesuchsgegner zufolge würde ein Rückführungsentscheid Art. 10 Abs. 2 BV und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 36 BV verletzen (act. A.4, II.B.3.6). Er erklärt nicht, welcher Teilgehalt des in Art. 10 Abs. 2 BV kodifizierten Grundrechts auf persönliche Freiheit verletzt würde.

E. 11.3

Belgien verfügt über ein Rechtssystem, das den ordre public der Schweiz grundsätzlich nicht verletzt. Es bestehen auch vorliegend weder Anhaltspunkte für eine Grundrechtsverletzung noch für eine anderweitige Verletzung des Schweizerischen ordres publics. 12. Verfahrensfehler

E. 12

/ 21 eines Sozialberichts (Art. 7 Abs. 2 lit. d HKÜ i.V.m. Art. 13 Abs. 3 HKÜ) in antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen.

E. 12.1

Der Gesuchsgegner macht geltend, dass die Nichtdurchführung eines Mediationsverfahren entgegen seiner dahingehenden Bereitschaft die Art. 9 BV (Willkürverbot, Treu und Glauben), Art. 29 BV (allgemeine Verfahrensgarantien) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) verletze und aus diesem Grund das Gesuch um Rückführung abzuweisen sei.

E. 12.2

Gemäss Art. 10 HKÜ trifft oder veranlasst die zentrale Behörde des Staates, in dem sich das Kind befindet, alle geeigneten Massnahmen, um die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken. Zu diesem Zweck oder um eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen, kann die zentrale Behörde ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation einleiten (Art. 4 BG-KKE). Vorliegend bat das Bundesamt für Justiz den Gesuchsgegner, sich zu der Durchführung eines Mediationsverfahrens zu äussern. Der Gesuchsgegner erwiderte daraufhin, er könne keine Zusage machen, solange es – sinngemäss – um das HKÜ gehe (act. B.21). Der Verzicht des Bundesamtes für Justiz auf die Durchführung einer Mediation ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Genauso das Vorgehen des Kantonsgerichts gemäss Art. 8 BG-KKG (Einleitung eines Vermittlungsverfahrens oder einer Mediation, "soweit die Zentrale Behörde dies noch nicht veranlasst hat").

E. 12.3

Im Übrigen kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Hauptverhandlung ohne Weiteres als Vermittlungsverhandlung im Sinn von Art. 8 BG-KKE gelten (BGer 5A_535/2010 v. 10.8.2010 E. 3). Die Parteien wurden sodann anlässlich der heutigen Verhandlung in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c HKÜ ausdrücklich auf die Möglichkeit einer gütlichen Einigung hingewiesen, worauf ein dahingehender Versuch unternommen wurde. Vor diesem Hintergrund ist keine Verletzung der angeführten Verfassungs- und Konventionsbestimmungen auszumachen. 13. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend ein widerrechtliches Zurückhalten der Kinder gegeben ist und der Gesuchsgegner weder einen Verweigerungsgrund nachgewiesen (glaubhaft gemacht) hat, noch ein weiterer Ausnahmestandard erfüllt ist, weshalb die sofortige Rückgabe der Kinder an die Gesuch-

E. 13

/ 21

E. 14

/ 21

E. 14.1

Entscheidet sich das Gericht zugunsten der gesuchstellenden Partei für die Rückführung des Kindes, so regelt es auch die Einzelheiten der Vollstreckung auf eine Weise, die kein neues Gerichtsverfahren betreffend die Vollstreckung verlangt (Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 28.2.2007, BBl 2006 2595 ff., S. 2627). Entsprechend ist der Entscheid über die Rückführung des Kindes zur Ermöglichung der direkten Vollstreckung (Art. 337 Abs. 1 ZPO) mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden (Art. 11 Abs. 1 HKÜ; Art. 236 Abs. 3 ZPO).

E. 14.2

Die direkte Vollstreckung kann grundsätzlich auch sofort umgesetzt werden, da der Beschwerde in Zivilsachen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 Abs. 1 BGG). Die sofortige Vollstreckung muss jedoch durch die Umstände des Falles gerechtfertigt und mit dem Wohl des Kindes vereinbar sein (Anna Claudia Alfieri, *Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse*, Bern 2016, S. 118 f.).

E. 14.3

Die Rückführungsvoraussetzungen sind vorliegend klar erstellt. Es liegt im Interesse der Kinder, so bald als möglich nach Belgien zurückzukehren, um am ersten Tag des neuen Schuljahres nach den Sommerferien am 1. September 2021 anwesend zu sein. Der Antritt des neuen Schuljahres in der Schweiz wäre angesichts der Unterbringung der Kinder bei der Gesuchstellerin in einer anderen Gemeinde mit einem Schulhaus- bzw. Klassenwechsel verbunden. Dies und der zwangsläufig innert relativ kurzer Zeit folgende weitere Klassenwechsel aufgrund eines späteren Vollzugs der Anordnung der Rückkehr nach Belgien gilt es zu vermeiden. Schliesslich ist die Gesuchstellerin in die Schweiz gereist, sodass die Kinder bei sofortigem Vollzug in Begleitung der Gesuchstellerin als ihrer Mutter und hauptbetreuenden Bezugsperson nach Belgien zurückreisen können, was angesichts des Alters der Kinder gegenüber einer Fremdbegleitung oder der selbständigen Reise zu bevorzugen ist. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Entscheid möglichst rasch nach seiner Eröffnung umzusetzen.

E. 14.4

Die durch die KESB Nordbünden mit der Betreuung der Kinder während der Gesuchsverhandlung betraute Grossmutter mütterlicherseits, K. _____, ist zu

E. 14.5

Für den Eventualfall ist die mit Verfügung der Geschäftsleitung der KESB Graubünden vom 27. August 2021 vorsorglich mit dem Vollzug beauftragte KESB Nordbünden zu ermächtigen und zu beauftragen, die nötigen Massnahmen zum Schutz der Gesuchstellerin und der Kinder sowie eine allfällige Begleitung zu organisieren.

E. 14.6

Die gestützt auf die Verfügung vom 11. August 2021 bei dem Kantonsgericht von Graubünden hinterlegten schweizerischen Reisepässe und Identitätskarten von B. _____ und D. _____ sind an die Gesuchstellerin auszuhändigen. 15. Verabschiedung Eine persönliche Verabschiedung zwischen dem entführenden Elternteil und dem Kind, durch die signalisiert wird, dass beide Eltern mit der Rückführung bzw. zumindest mit der Wiederherstellung des status quo einverstanden sind, kann das Kind durch Abmilderung des Loyalitätskonflikts entlasten und diesem die Rückkehr ins Herkunftsland erleichtern. Einer Verabschiedung in diesem Sinne steht der Gesuchsgegner gemäss seinen Äusserungen anlässlich der heutigen Gesuchsverhandlung nicht offen gegenüber. Nach der Einschätzung der Gesuchstellerin, ihrer Rechtsvertreterin und der Kindesvertreterin ist eine persönliche Verabschiedung nicht im Interesse der Kinder. Angesichts der Unvorhersehbarkeiten im vorliegenden Fall erachtet auch das Gericht eine solche dem Kindeswohl nicht als zuträglich. Das Wohl der Kinder erscheint hingegen am besten gewahrt, wenn die erstmalige Kontaktaufnahme mit dem Gesuchsgegner mit zeitlichem und räumlichem Abstand stattfindet. Aus diesen Gründen ist die Rückkehr ohne vorgängi-

gem Kontakt zwischen dem Vater und den Kindern zu vollziehen.

E. 15

/ 21 stellerin und deren Rückführung an ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Belgien anzuordnen ist. 14. Vollzug

E. 15.1

Grundsätzlich hat das Gericht nach der Anhörung der Gegenpartei über das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu entscheiden bzw. die angeordneten superprovisorischen Massnahmen aufzuheben, zu ändern oder zu bestätigen (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache fallen Massnahmen von Gesetzes wegen dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO).

E. 15.2

Der vorliegende Entscheid erwächst mit seiner Eröffnung in Rechtskraft (beschwerdefähiger Entscheid). Es kann deklaratorisch festgehalten werden, dass die mit der Verfügung vom 11. August 2021 (ZK1 21 96) superprovisorisch angeordneten Massnahmen entsprechend dahingefallen sind. Insbesondere und explizit aufzuheben sind die superprovisorisch angeordneten Verpflichtungen der Gesuchstellerin gemäss Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 11. August 2021 (ZK1

E. 16

Ausstellung neuer Pässe/Identitätskarten nur mit Einwilligung Auf das anlässlich der heutigen Gesuchsverhandlung gestellte Begehren betreffend die Anweisung des Ausweisenzentrums Chur zur Vormerkung, dass Pässe und Identitätskarten der Kinder nur noch mit dem ausdrücklichen Einverständnis beider Elternteile ausgestellt werden dürfen, ist nicht einzutreten. Es handelt sich hierbei nicht um eine Massnahme zum Schutz der Kinder oder der Gewährleistung ihrer sicheren Rückgabe im vorliegenden Rückführungsverfahren (Art. 6 Abs. 1 BG-KKE; Art. 7 Abs. 2 lit. b und h HKÜ). Die beantragte Massnahme ist vorbeugender Natur und fällt als solche nicht in den auf das HKÜ gestützten Zuständigkeitsbereich. Der Umstand, dass auch die belgischen Gerichte eine solche Vormerkung

E. 16.1

Die Gerichtskosten für das vorsorgliche Massnahmeverfahren (ZK1 21 96) setzen sich zusammen aus der Entscheidgebühr, welche gestützt auf Art. 13a VGZ (BR 320.210) auf CHF 1'500.00 festgesetzt wird, und den Kosten für das Gutachten von CHF 1'950.00 (act. D.14 [ZK1 21 96]). Sie belaufen sich somit auf total CHF 3'450.00. Die Entscheidgebühr für das Rückführungsverfahren (ZK1 21 95) ist gestützt auf Art. 8 VGZ auf CHF 3'000.00 festzulegen.

E. 16.2

Gemäss Art. 26 Abs. 2 HKÜ ist das Rückführungsverfahren – soweit nicht die Vertragsstaaten gestützt auf Art. 26 Abs. 3 HKÜ Vorbehalte zugunsten des System der unentgeltlichen Rechtspflege angebracht haben, was vorliegend weder für Belgien noch für die Schweiz zutrifft – kostenlos und es dürfen keine Kosten für den beigeordneten oder auf freier Mandatsbasis mit der Interessenwahrung betrauten Rechtsanwalt verlangt werden (Art. 26 Abs. 2 HKÜ i.V.m. Art. 14 BG-KKG, BGer 5A_997/2018 V. 11.1.2019 E. 4). Die Rechtsvertreter der Parteien und

18 / 21 die Kindesvertreterin sind entsprechend zulasten des Kantons Graubünden aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts Graubünden zu entschädigen.

E. 16.3

Die Kindesvertreterin macht mit Kostennote vom 26. August 2021 einen Aufwand von 20.9 h geltend (act. G.3.1). Darin enthalten sind die Aufwendungen für das Aktenstudium, für die Kontakte mit den Kindern, für die Stellungnahme zu dem Gesuch betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie für die intensiven Bemühungen einen Rahmen für Vermittlungsgespräche zwischen den Parteien zu schaffen. Dieser Aufwand erscheint angemessen. Hinzuzurechnen sind der Aufwand für die heutige Gesuchsverhandlung und die Urteilsöffnung sowie für den beabsichtigten Kontakt mit den Kindern zwecks eines Abschlussgespräches vor deren Rückführung, was einen zeitlichen Aufwand von zusätzlichen 6 h rechtfertigt. Entsprechend sind pauschal 27 h anwaltlicher Aufwand zu entschädigen, was bei dem geltend gemachten Art. 5 HV (BR 310.250) entsprechenden Stundensatz von CHF 200.00 ein Honorar von gerundet CHF 5'870.00 (CHF 5'400.00 zzgl. Spesen von CHF 50.00 und MwSt. von 7.7% [CHF 419.65]) ergibt.

E. 16.4

Die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin macht mit Kostennote vom 9. August 2021 für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen einen anwaltlichen Aufwand von 13.6 h geltend (act. G.2 [ZK1 21 96]). Die grössten Aufwandspositionen stellen die Redaktion des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen und der Stellungnahme zu der Stellungnahme der Kindesvertreterin dar. Zum Aufwand hinzu kommt der mit Kostennote vom 27. August 2021 (act. G.2) geltend gemachte Aufwand von 28.7 h für das Hauptverfahren. Dieser umfasst die Instruktion, Kontakte mit der KESB Nordbünden, die Redaktion des Gesuches um Rückführung (10-12h) und die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Schliesslich ist der Aufwand für die Gesuchsverhandlung und die Urteilsöffnung anzurechnen. Der resultierende Aufwand von 45.8 h erweist sich insgesamt als angemessen. Bei dem geltend gemachten Art. 5 HV entsprechenden Stundensatz von CHF 200.00 ergibt sich ein Honorar von gerundet CHF 10'139.00 (CHF 9'160.00 zzgl. Kleinspesenzuschlag von CHF 172.20 für das Hauptverfahren bzw. CHF 81.60 für das Nebenverfahren und MwSt. von 7.7% [CHF 724.85]).

E. 16.5

Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners macht mit Kostennote vom

E. 16.6

Art. 26 Abs. 4 HKÜ eröffnet die ermessensweise Möglichkeit, die der gesuchstellenden Partei selbst oder auf ihre Rechnung entstandenen notwendigen Kosten der Partei aufzuerlegen, die das Kind verbracht oder zurückgehalten hat. Davon erfasst sind insbesondere die Reisekosten, die Kosten oder Auslagen für das Auffinden des Kindes, die Kosten für die Rechtsvertretung der gesuchstellenden Partei und die Kosten für die Rückgabe des Kindes.

E. 16.7

Art. 26 Abs. 4 HKÜ gibt keinen unbedingten Anspruch auf Bezahlung aller Kosten durch die Gegenpartei. Es handelt sich um eine "kann-Vorschrift", welche dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum eröffnet; insbesondere dürfte auch von jeglicher Kostenaufgabe an die Gegenpartei abgesehen werden.

E. 16.8

Von der Überbindung der Kosten der Rechtsvertretung ist mit Rücksicht auf die offensichtliche Mittellosigkeit des Gesuchsgegners und die entsprechend erschwerte Einbringlichkeit dieser Kosten abzusehen.

E. 16.9

Die Kosten für die Unterkunft der Gesuchstellerin und der Kinder in der Schweiz während des Verfahrens von CHF 1'512.00 sind ausgewiesen (in EUR 1'396.17, Wechselkurs blieb unbestritten, act. G.3.2). Für die Hin- und Rückreise mit dem Privatauto macht die Gesuchstellerin CHF 1'113.00 geltend; berechnet mit CHF 0.70/km (act. H.2, 4). Der Einwand von Seiten des Gesuchsgegners, dies würden dem Lebenshaltungskostenindex von Belgien nicht entsprechen, ist entgegen zu halten, dass es sich um einen Näherungswert handelt, der Gesuchstellerin zumindest die Benzinkosten zu Schweizer Preisen anfallen werden und die für die Autofahrten zu der Kinderanwältin und zu der Kinderanhörung angefallenen Kosten nicht geltend gemacht werden. Insgesamt erscheinen die Reisekosten somit als angemessen. Sie sind zusammen mit den Kosten für die Unterbringung (insgesamt CHF 2'625.00) ermessensweise dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

20 / 21

E. 17

/ 21 nicht anordnen können, stellt keinen Grund dar, sie im vorliegenden Verfahren vorzunehmen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 5 Ausweisetz (SR 143.1) in Verbindung mit Art. 11 Ausweisverordnung (SR 143.11) beim Antrag um einen Ausweis für Minderjährige neben der schriftlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch die Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen ist, wenn diese aus den Umständen nicht ohne Weiteres vermutet werden kann. 15. Vorsorgliche Massnahmen

E. 21

96). 16. Kosten- und Entschädigungsfolge

E. 26

August 2021 einen Aufwand von 22.25 h geltend (act. G.4). 6 h des Aufwandes entfallen auf die heutige Gesuchsverhandlung sowie eine Besprechung mit dem Gesuchsgegner. Dieser Aufwand erscheint angesichts der vorzunehmenden Verfahrenshandlungen als angemessen. Der geltend gemachte Stundensatz von CHF 200.00 entspricht Art. 5 HV. Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners ist

19 / 21 antragsgemäss mit CHF 4'900.00 zu entschädigen (CHF 4'450.00 zzgl. Spesen von CHF 100.00 und MwSt. von 7.7% [CHF 350.35]).

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