

GR_GERICHTE ZK1 2016 120 vom 13. Februar 2017

GR Gerichte, 2017-02-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2016_120

FR: GR_GERICHTE ZK1 2016 120 du 13 février 2017

IT: GR_GERICHTE ZK1 2016 120 del 13 febbraio 2017

Regeste

Rückführung eines Kindes

Erwägungen

E. 2

Die Anordnung der Rückgabe sei im Unterlassungsfall mit Strafandro- hung gemäss Art. 292 StGB zu verbinden.

E. 3

Für den Fall, dass die Gesuchsgegnerin die Rückführung des Kindes gemäss Ziff. 1 des Rechtsbegehrens nicht innert sehr kurzer richterlich zu bestimmender Frist vornimmt, sei die Geschäftsleitung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anzuweisen, den Entscheid zwangs- weise zu vollstrecken, indem das Kind A._____ an die Adresse des Gesuchstellers zurückgeführt wird oder durch den Gesuchsteller in der Schweiz abgeholt werden kann.

E. 4

Es seien für die Dauer des Verfahrens folgende Schutzmassnahmen zugunsten des Kindes A._____ gerichtlich anzuordnen: a) Die Gesuchsgegnerin sei unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verpflichten, den Schweizer Pass und den deutschen Pass sowie die Schweizer Identitätskarte und der deutsche Personalausweis

Seite 3 — 18 von A._____ beim Kantonsgericht von Graubünden zu hinterlegen und den mit dem Vollzug betrauten Polizeibeamten auf erste Auf- forderung hin auszuhändigen. b) Der Gesuchsgegnerin sei unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verbieten, A._____ aus dem Kanton Graubünden wegzubringen oder wegbringen zu lassen.

E. 5

Rechtsbegehren Ziff. 4 sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin su- perprovisorisch zu verfügen und die Polizei richterlich anzuweisen, Rechtsbegehren Ziff. 4 zu vollstrecken und die Pässe bei der Ge- suchsgegnerin zuhanden des Kantonsgerichts von Graubünden einzu- ziehen.

E. 6

Sollte ein Umgangskontakt aus Krankheitsgründen nicht stattfinden, ist dies rechtzeitig dem anderen Elternteil anzuzeigen und durch ärztliches Attest zu belegen. Die Kosten dieser Vereinbarung werden gegeneinander aufgehoben." H. Mit Verfügung vom 26. September 2016 erstreckte die Vorsitzende der I. Zivilkammer dem Gesuchsteller die Frist für die Stellungnahme betreffend ver- späteter Eingabe und Fortsetzung des Verfahrens auf dessen Gesuch hin zunächst bis zum 3. Oktober 2016 und sodann aufgrund eines weiteren Frister-

streckungsgesuchs bis zum 18. Oktober 2016. I. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2016 liess X._____ dem Kantonsgericht mitteilen, dass A._____ am 10. Oktober 2016 im Kantonsspital hospitalisiert und erst am 17. Oktober 2016 wieder entlassen worden sei. Deswegen habe er seinen Sohn nicht wie vereinbart am 12. Oktober 2016 in O.3_____ abholen können. Aus

Seite 6 — 18 diesem Grund ersuche er, die ablaufende Frist zur Einreichung einer Stellungnahme nochmals um 10 Tage zu erstrecken. Diesem Gesuch entsprach die Vorsitzende der I. Zivilkammer sodann mit Verfügung vom 19. Oktober 2016. J. Am 21. Oktober 2016 leitete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Nordbünden eine Gefährdungsmeldung des Kantonsspitals Graubünden weiter. Der Leiter der Kinderschutzgruppe teilte mit, dass A._____ aufgrund chronischer intermittierender Durchfällen mit krampfartigen Bauchbeschwerden am 10. Oktober 2016 habe hospitalisiert werden müssen. Ein möglicher Hintergrund der Beschwerden sei die schwierige Trennungssituation der Eltern. Aufgrund dessen bestehe eine akute Gefährdung des Kindeswohls. K. Mit Stellungnahme vom 28. Oktober 2016 liess X._____ um Fortführung des Verfahrens unter Festhalten an den Anträgen ersuchen. Von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich nicht erfasst gewesen sei die Ankündigung der deutschen Vertreterin des Gesuchstellers, der Rückführungsantrag werde bei Funktionieren des Umgangsrechts zurückgenommen. Die Gesuchsgegnerin unterstütze den Kontakt zwischen ihm und A._____ nicht und stürze das Kind in einen schweren Loyalitätskonflikt. Daher sei A._____ nach Deutschland zurückzuführen und das in Deutschland vor Amtsgericht O.1_____ geführte Verfahren werde nach dessen Rückkehr fortgeführt. Im Rahmen jenes Verfahrens seien die Fragen betreffend Obhut und Besuchsrecht zu klären. L. Mit Schreiben vom 15. November 2016 teilte die Vorsitzende der I. Zivilkammer den Parteien mit, dass das Rückführungsverfahren aufgrund von Problemen bei der Umsetzung des vereinbarten Ferienrechts auf Antrag von X._____ weitergeführt werde. Das weitere Verfahren richte sich nach den Vorgaben des HKÜ. Dabei werde in rechtlicher Hinsicht auch die Frage zu klären sein, ob mit der im deutschen Sorgerechtsverfahren erklärten Zustimmung des Vaters zum Verbleib von A._____ in der Schweiz ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ eingetreten sei. Falls der Gesuchsteller zur Minimierung seines Kontroversitätsrisikos an einer vorläufigen Beschränkung des Verfahrens auf diese Frage interessiert sei, sei dies dem Kantonsgericht bis zum 21. November 2016 mitzuteilen. Mit Schreiben vom 15. November 2016 liess X._____ den Antrag stellen, das Verfahren vorläufig auf die Frage eines Ausschlussgrundes zu beschränken und den Parteien Frist für die Stellungnahmen anzusetzen.

Seite 7 — 18 M. Mit Stellungnahme vom 28. November 2016 liess X._____ zur Frage des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ folgenden Antrag stellen: "Es sei durch das angerufene Gericht beim Oberlandesgericht O.2_____ rechtshilfweise eine schriftliche Auskunft im Verfahren 10 UF 119/16 einzuholen zu den Fragen, ob der Gesuchsteller im Rahmen des erzielten Vergleichs einem bedingungslosen Rückzug des Gesuches betreffend Rückführung eines Kindes zugestimmt hat und ob der Gesuchsteller bedingungslos mit dem Verbleib seines Sohnes in der Schweiz einverstanden war." X._____ bestreitet, eine vorbehaltlose Genehmigung des Zurückhaltens von A._____ abgegeben zu haben. Vielmehr gehe aus dem Entscheid des Oberlandesgerichts O.2_____ hervor, dass er dem Verbleib von A._____ in der Schweiz nur unter der Voraussetzung zugestimmt habe, dass das Umgangsrecht und die Telefonkontakte

reibungslos funktionieren würden. Somit liege kein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ vor. N. Y. _____ liess in ihrer Stellungnahme vom 28. November 2016 ausführen, in der durch das deutsche Gericht genehmigten Vereinbarung werde unter Ziffer 2 festgehalten, dass sich der Kindsvater ausdrücklich einverstanden erklärt habe, dass A. _____ seinen ständigen Lebensmittelpunkt bei der Kindesmutter in der Schweiz habe. Damit sei ein Ausschlussgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ gegeben, weshalb keine Rückweisung des Kindes anzuordnen sei. Ein Widerruf einer nachträglich erteilten Genehmigung ändere nichts an der Tatsache, dass der Gesuchsteller dem Zurückhalten des Kindes ausdrücklich zugestimmt habe. Ausserdem könne der Kindesmutter nicht vorgeworfen werden, dass sie die Besuchsferien vereitelt oder gar Einfluss auf A. _____ genommen habe. Die vereinbarten Besuchsferien seien aufgrund des Gesundheitszustandes und des unmissverständlichen Willens von A. _____ gescheitert. Es bestehe offensichtlich ein massiver Vertrauensverlust zwischen A. _____ und seinem Vater. Diesen Vertrauensverlust könne man nur langsam und kontinuierlich unter Beihilfe von Fachpersonen beheben. Das Kind gegen dessen ausdrücklichen Willen und unter allfälligem Beizug der Polizei zu zwingen, mit dem Vater nach Deutschland gehen zu müssen, könne nicht im Kindeswohl liegen und sei vielmehr kindeswohlgefährdend. O. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 liess X. _____ erklären, die Behauptung der Gesuchsgegnerin, wonach er sich ausdrücklich einverstanden erklärt habe, dass A. _____ seinen ständigen Lebensmittelpunkt bei der Kindesmutter habe, sei falsch und aktenwidrig. Mit Beschluss des Familiengerichts O.1 _____ vom 22. Juli 2016 sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht für A. _____ einstweilig auf den

Seite 8 — 18 Kindsvater übertragen worden. Die Kindesmutter habe diesen Entscheid nicht akzeptiert und an das Oberlandesgericht O.2 _____ weitergezogen. Vor dem Oberlandesgericht O.2 _____ hätten die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht beim Gesuchsteller verbleibe. Mit dem Antrag auf Weiterführung des vorliegenden Verfahrens habe er aufgrund des nicht funktionierenden Umgangskontakts von dem ihm zustehenden Recht, den Aufenthalt von A. _____ zu bestimmen, Gebrauch gemacht. P. Am 23. Dezember 2016 übermittelte die KESB Nordbünden den von ihr am 15. Dezember 2016 getroffenen Entscheid betreffend vorsorgliche Sistierung des Ferienrechts. Darin erkannte die Kollegialbehörde wie folgt: "1. Das einvernehmlich zwischen den Eltern vereinbarte und gerichtlich genehmigte Ferienrecht gemäss Entscheid des 10. Zivilsenats des Oberlandgerichts O.2 _____ vom 19. September 2016 wird vorsorglich im Sinne der Erwägungen sistiert (Art. 445 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 274 Abs. 2 ZGB). Die Sistierung ist bis zum Vorliegen eines Rückführungsentscheids des Kantonsgerichts von Graubünden befristet. 2. (Kosten). 3 (Rechtsmittelbelehrung). 4. (Mitteilung)." Die KESB Nordbünden begründete ihren Entscheid damit, dass sich A. _____ gemäss Angaben der Mutter nach wie vor konstant weigere, Ferien in Deutschland zu verbringen. Um den auf ihm lastenden Druck zu minimieren und ihn nicht einem noch grösseren Loyalitätskonflikt auszusetzen beziehungsweise um nicht Gefahr zu laufen, dass sich sein Gesundheitszustand jedes Mal vor bevorstehenden Ferien beim Vater wiederum stark verschlechtere, sei es dringend angezeigt, das Ferienrecht vorsorglich zu sistieren. Q. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2016 hielt Y. _____ an ihren bisherigen Ausführungen fest und verwies auf den Vermerk im Entscheid des Oberlandesgerichts O.2 _____, wonach die deutsche Rechtsanwältin des Gesuchstellers erklärt habe, dass der vom Kindsvater gestellte Antrag auf Rückführung des Kindes zurückgenommen werden könne. Für die Parteien wie aber auch für das

Oberlandesgericht O.2 _____ habe ausser Frage gestanden, dass das Verfahren vor dem Kantonsgericht Graubünden betreffend Rückführung des Kindes infolge Rückzugs und/oder Einwilligung abzuschreiben sein werde. Auf die weitere Begründung der Anträge der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Seite 9 — 18 II. Erwägungen 1.a) Im vorliegenden Verfahren zu beurteilen ist ein Begehren um Rückführung eines Kindes im Sinne des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ; SR 0.211.230.02). Dabei geht es um die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (vgl. BGE 133 III 584 E. 1.2 S. 584 f.). Die Hilfeleistung erfolgt vorab durch die zentrale Behörde jenes Staates, in welchem das Kind entführt worden ist oder in welchem es zurückbehalten wird und zwar gestützt auf einen bei ihr direkt eingereichten oder durch Vermittlung einer anderen Behörde zugegangenen Antrag (vgl. Art. 9 HKÜ). Die innerstaatliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen, einschliesslich der Massnahmen zum Schutz von Kindern, richtet sich in der Schweiz nach dem Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE; SR 211.222.32). Dieses sieht als einzige Instanz das obere Gericht des Kantons vor, in dem sich das Kind zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE). Da sich A. _____ zurzeit in O.3 _____ aufhält, ist demzufolge das Kantonsgericht von Graubünden für die Beurteilung des Rückführungsbegehrens von X. _____ zuständig. Auf das Rückführungsgesuch ist damit einzutreten. Über das Gesuch ist gemäss Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO sowie Art. 8 Abs. 2 BG-KKE im summarischen Verfahren zu befinden. b) Vorliegend wurde das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien vorläufig auf die Frage beschränkt, ob mit der im deutschen Sorgerechtsverfahren erklärten Zustimmung des Vaters zum Verbleib von A. _____ in der Schweiz ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ eingetreten ist. Alleiniger Gegenstand des vorliegenden Entscheides ist damit, ob die im Rahmen des Sorgerechtsverfahrens vor dem Oberlandesgericht O.2 _____ zwischen den Parteien abgeschlossene Vereinbarung eine Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des Zurückhaltens und damit ein Ausschlussgrund für die Rückführung des Kindes darstellt. 2. Im Rahmen der einstweiligen Anordnungssache betreffend das minderjährige Kind A. _____ fand am 19. September 2016 eine Anhörung vor dem Oberlandesgericht O.2 _____ statt. Anlässlich dieses Termins schlossen die Parteien eine Vereinbarung, wonach sie sich zum einen darauf einigten, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht beim Kindsvater verbleibt und zum anderen der Kindsvater

Seite 10 — 18 ausdrücklich sein Einverständnis erklärt, dass A. _____ seinen ständigen Lebensmittelpunkt bei der Kindsmutter, derzeit in O.3 _____, hat. Des Weiteren regelten die Parteien einvernehmlich die Umgangs- und Telefonkontakte zwischen Vater und Kind. Schliesslich hielten sie fest, dass das Einverständnis zum Aufenthalt von A. _____ in der Schweiz davon abhängt, dass die vereinbarten Umgangs- und Telefonkontakte reibungslos stattfinden. Wie sich danach zeigte, konnte insbesondere das vereinbarte Ferienrecht nicht umgesetzt werden. Da sich A. _____ gemäss Angaben der Mutter konstant weigere, Ferien bei seinem Vater in Deutschland zu verbringen, sistierte die KESB Nordbünden schliesslich vorsorglich das zwischen den Parteien vereinbarte und gerichtlich genehmigte Ferienrecht, befristet bis zum Vorliegen eines Rückführungsentscheids des Kantonsgerichts von

Graubünden. Es stellt sich nun die Frage, ob die in der Vereinbarung enthaltene Zustimmung des Kindsvaters zum Aufenthalt des Kindes bei der Kindsmutter trotz der gescheiterten Umgangskontakte eine nachträgliche Genehmigung des Verbringens des Kindes und damit einen Ausschlussgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ darstellt, welcher eine Ablehnung der Rückführung ermöglicht. a) Ist ein Kind im Sinne von Art. 3 HKÜ widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden, so ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn nachgewiesen wird, dass der Gesuchsteller dem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat. Anders als die Zustimmung führt die Genehmigung gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ zum nachträglichen Wegfall der ursprünglichen Widerrechtlichkeit. Sie kann, ebenso wie die Zustimmung, formlos erteilt werden. Erklärungen des Antragstellenden Elternteils während des Rückgabeverfahrens können nur in besonderen Fällen als Genehmigung verstanden werden. Schon die Betreuung des Rückführungsverfahrens steht der vorschnellen Annahme einer Genehmigung objektiv entgegen (Albert Bach/Birgit Gildenast, Internationale Kindesentführung, Bielefeld 1999, N. 118 ff.). Die vertragsautonome Auslegung des Begriffes der nachträglichen Genehmigung wird den Gerichten überlassen. Wird beispielsweise eine Vereinbarung geschlossen, wonach das Kind im Zufluchtsstaat zu belassen sei oder spielt der Antragsteller sogar eine aktive Rolle bei Massnahmen, die zur langfristigen Planung der Zukunft des Kindes in einem Verfahren vor den Gerichten des Zufluchtsstaates führen, dürfte das Gericht von einer Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung ausgehen. Gleichwohl müssen Worte, Handlungen oder Verhaltensweisen des beraubten Elternteils als Ganzes zweifellos darauf

Seite 11 — 18 hinweisen, dass er mit dem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes einverstanden war und dass er keine Rückführung desselben angestrebt hatte (Raphael Zürcher, Kindesentführung und Kinderrechte, Zürich 2005, S. 87 f.). Dabei sind das Verhalten und die Äusserungen des zurückbleibenden Elternteils nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es ist die Sicht des objektiven Empfängers ausschlaggebend und Willenserklärungen sind so zu deuten, wie sie dieser in guten Treuen verstehen durfte und musste. Zudem ist nicht auf das vom Erklärenden Gewollte abzustellen, sondern massgebend, ob der entführende Elternteil aus dem Verhalten des zurückbleibenden Elternteils auf eine Zustimmung oder Genehmigung schliessen durfte oder er hätte erkennen müssen, dass dieser mit dem Verbringen beziehungsweise Zurückhalten nicht einverstanden war (Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen - Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zürich 2012, N. 228). Hat sich der zurückbleibende Elternteil mit dem Verbringen oder Zurückhalten einverstanden erklärt, ist diese Entscheidung endgültig und kann im Nachhinein nicht widerrufen werden. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass sich das Kind und der entführende Elternteil auf eine einmal geäusserte Zustimmung oder Genehmigung (und damit auf eine neue Situation) verlassen können. Einerseits wird damit dem Bedürfnis des Kindes nach Stabilität Rechnung getragen und andererseits zwischen den Interessen der Eltern für Ausgleich gesorgt. Denn stimmt der zurückbleibende Elternteil der Entführung zu oder genehmigt er sie, verzichtet er auf den Schutz durch das HKÜ und die Rechtsposition des entführenden Elternteils gewinnt an Gewicht. Schliesslich reduziert sich durch die fehlende Widerrufsmöglichkeit die Gefahr des Rechtsmissbrauchs durch den zurückbleibenden Elternteil, indem verunmöglicht wird, dass dieser den Widerruf der

Zustimmung beziehungsweise Genehmigung an eine Bedingung knüpft (Lucie Mazenauer, a.a.O., N. 269). b) Im vorliegenden Fall erklärte sich X._____ in der vor dem Oberlandesgericht O.2_____ geschlossenen Vereinbarung ausdrücklich mit dem Verbleib von A._____ in der Schweiz für einverstanden. Er stimmte damit einer dauerhaften Aufenthaltsänderung seines Sohnes zu. Dass es sich dabei nicht bloss um eine zeitweilige Hinnahme des Aufenthalts in der Schweiz handelte, zeigt sich bereits daran, dass in der Vereinbarung zwischen den Eltern das Ferienrecht über mehrere Jahre geregelt wurde. Der Kindsvater gab somit sein Einverständnis, dass A._____ seinen Lebensmittelpunkt längerfristig in die Schweiz verlegt. Zwar wurde in der genannten Vereinbarung festgehalten, dass diese Zustimmung von der reibungslosen Durchführung der geregelten Umgangs- und Telefonkontakte abhängt. Jedoch kann dieser Zusatz nicht - wie der Gesuchsteller sinngemäss geltend

Seite 12 — 18 macht - als Bedingung angesehen werden, deren Nichterfüllung die erteilte Zustimmung ohne weiteres unwirksam werden liesse. Von Bedeutung ist zunächst, dass die in Frage stehende Vereinbarung nicht etwa aussergerichtlich - im Sinne einer versuchsweisen einvernehmlichen Regelung - abgeschlossen wurde und die endgültige Erledigung des hängigen Gerichtsverfahrens nach dem Verständnis beider Parteien von der (vorgängigen) Bewährung dieser Regelung hätte abhängen sollen. Vielmehr handelt es sich um eine auf Vorschlag des zuständigen (zweitinstanzlichen) Gerichts zustande gekommene Vereinbarung, mit welcher eine unmittelbare Beendigung der gerichtlichen Verfahren um den Aufenthaltsort des Kindes bezweckt wurde. Bei den in der Vereinbarung enthaltenen Willenserklärungen der Parteien handelt es sich mithin um Prozessklärungen, die ihrer Natur nach bedingungsfeindlich sind. Die Vereinbarung der Parteien wurde vom Gericht gebilligt und das Beschwerdeverfahren zugleich für allseits erledigt erklärt. Die vorsitzende Richterin des Oberlandesgerichts O.2_____ teilte der Vorsitzenden der I. Zivilkammer im Anschluss an die Anhörung vom 19. September 2016 telefonisch mit, dass der Kindsvater als Folge der getroffenen Aufenthaltsregelung sein Gesuch um Rückführung des Kindes nach Deutschland zurückziehen werde (act. D.11). Gleiches ergibt sich auch aus dem gleichentags erlassenen Beschluss des Oberlandesgerichts O.2_____ (act. D.16.b), in welchem explizit festgehalten wird, dass die Rechtsvertreterin des Kindsvaters erklärt habe, der von ihm gestellte Antrag auf Rückführung des Kindes werde zurückgenommen. Somit ging auch das deutsche Gericht davon aus, dass der Kindsvater dem Aufenthalt von A._____ in der Schweiz rechtswirksam zugestimmt hatte und sein Rückführungsgesuch hinfällig geworden ist. Dass Ziffer 5 der Vereinbarung als Bedingung für die Wirksamkeit der Aufenthaltsregelung zu verstehen wäre und die Zustimmung des Vaters bei Problemen mit der Umsetzung des vereinbarten Umgangsrechts nachträglich noch unwirksam werden könnte, hat das deutsche Gericht offensichtlich gar nicht in Betracht gezogen. In Anbetracht dieser eindeutigen Mitteilung über das Ergebnis der Anhörung erübrigt sich auch die Einholung einer schriftlichen Auskunft des Oberlandesgerichts O.2_____ über Sinn und Tragweite des vom Gesuchsteller erklärten Einverständnisses zum Verbleib seines Sohnes in der Schweiz, wie sie seitens des Gesuchstellers beantragt wurde. c) Nachdem die Bedeutung der Vereinbarung für das Rückführungsverfahren zwischen den Parteien umstritten ist und sie dieselbe unterschiedlich verstanden haben, ist deren objektiver Gehalt durch Auslegung zu ermitteln. Klar ist, dass eine relativ grosszügige Regelung des Ferienrechts Teil der gerichtlich genehmigten Vereinbarung bildete und der Gesuchsteller die Vereinbarung ohne diese Um-

Seite 13 — 18 gangsregelung nicht abgeschlossen hätte. Insofern stellte die Umgangsregelung für ihn zweifellos ein wesentliches Element der Vereinbarung dar. Dies heisst in- dessen nicht, dass die reibungslose Umsetzung der Umgangsregelung zu einer eigentlichen Bedingung für die Wirksamkeit der Zustimmung des Kindsvaters zum Aufenthalt des Kindes in der Schweiz hätte erklärt werden sollen. Gegen eine sol- che Auslegung spricht bereits der Umstand, dass damit ein Schwebezustand (von unbestimmter Dauer) geschaffen worden wäre, der nicht bloss der beabsichtigten Erledigung des Rechtsstreits, sondern - wegen der damit verbundenen Unsicher- heit - auch dem Kindeswohl widersprochen hätte. Wäre eine derartige Lösung (quasi als Erprobungsphase für die vereinbarte Umgangsregelung) gewollt gewe- sen, wäre dies zweifellos mit der erforderlichen Klarheit festgehalten worden. Stattdessen wurde unter Ziffer 2 der Vereinbarung - im Anschluss an die Einigung der Beteiligten, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht beim Vater verbleibt - ein vorbehaltloses Einverständnis des Gesuchstellers zum Verbleib des Kindes in der Schweiz statuiert. Erst in den folgenden Ziffern wurde das Umgangs- und Kontakt- recht des Vaters geregelt und schliesslich festgehalten, dass sich "die Beteiligten darüber einig sind", dass die Regelungen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht bzw. zum Aufenthalt von A. _____ von der reibungslosen Durchführung der Umgangs- und Telefonkontakte abhängen. Dieser Aufbau wie auch die gewählte Formulie- rung lassen darauf schliessen, dass mit der in Frage stehenden Klausel lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, welche Erwartung der Vereinbarung zu- grunde lag (nämlich dass die vereinbarte Umgangsregelung auch vollzogen wer- den kann), damit aber weder ein Aufschub der Wirksamkeit der vorangegangenen Erklärung zum Aufenthaltsort des Kindes bis zur erstmaligen Aus-übung des Um- gangsrechts beabsichtigt war noch die Wirksamkeit der Erklärung nachträglich dahinfallen sollte, wenn bei der Umsetzung des Umgangsrechts Schwierigkeiten auftreten sollten. Hätte letzteres dem gemeinsamen Willen der Parteien wie auch dem Verständnis des deutschen Gerichts entsprochen, hätte dessen Vorsitzende anlässlich ihrer telefonischen Orientierung über die erzielte Einigung ohne Zweifel auf die fragliche Klausel hingewiesen und hätte nicht davon gesprochen, dass mit der Vereinbarung beide Gerichtsverfahren hätten erledigt werden können. Steht damit fest, dass Ziffer 5 der Vereinbarung lediglich die Bedeutung einer (gemein- samen) Grundlage der Aufenthaltsregelung zukommt, ist dem Gesuchsteller zwar darin beizustimmen, dass er auf seine Zustimmung zurückkommen und eine ge- richtliche Neubeurteilung der Obhutsfrage beantragen kann, wenn sich in der Fol- ge Probleme bei der Umsetzung des Umgangsrechts ergeben und sich die Ver- hältnisse damit anders entwickeln, als dies bei Abschluss der Vereinbarung erwar- tet werden durfte. Dabei handelt es sich indessen um einen Grund für die allfällige

Seite 14 — 18 Abänderung der getroffenen Vereinbarung (mit Wirkung für die Zukunft), nicht aber für eine nachträgliche Unwirksamkeit der erteilten Zustimmung. Mit dieser Zustimmung hat er das Verbringen des Kindes in die Schweiz genehmigt und sei- nen Rückführungsanspruch verwirkt. Daran kann der spätere Eintritt eines Abän- derungsgrundes, auch wenn er sich wie vorliegend schon kurze Zeit nach Ab- schluss der Vereinbarung offenbart, nichts mehr ändern, kann doch die einmal erteilte Genehmigung nicht mehr rückwirkend widerrufen werden. Ein Wiederauf- leben des Rückführungsanspruches ist ausgeschlossen, auch wenn sich die ver- einbarte Umgangsregelung bis heute noch nicht hat umsetzen lassen. Ob und in welcher Hinsicht die vereinbarte Aufenthaltsregelung deswegen anzupassen ist, wird daher nicht mehr durch die deutschen Gerichte, sondern durch das zuständi- ge Zivilgericht am neuen Aufenthaltsort

des Kindes zu entscheiden sein. d) Dass mit dem Ausbleiben des Umgangskontakts das Einverständnis nicht automatisch als zurückgezogen zu gelten hatte, lässt sich auch daraus ableiten, dass die Parteien ausdrücklich vereinbarten, es sei dem anderen Elternteil rechtzeitig anzuzeigen und durch ärztliches Attest zu belegen, wenn ein Umgangskontakt aus Krankheitsgründen nicht stattfindet (vgl. Vereinbarung Ziff. 6). Im vorliegenden Fall waren es gerade gesundheitliche Probleme von A._____, welche dazu führten, dass die Besuchskontakte nicht vereinbarungsgemäss durchgeführt werden konnten und schliesslich durch die KESB Nordbünden vorerst sistiert wurden. Dies ergibt sich sowohl aus dem Austrittsbericht und der Gefährdungsmeldung des Kantonsspitals Graubünden (vgl. act. C.7 und C.10) wie auch aus dem Entscheid der KESB Nordbünden vom 15. Dezember 2016 (act. D.28). Der Kindsvater wurde über den Spitalaufenthalt seines Kindes - wie sich dem Entscheid der KESB Nordbünden entnehmen lässt (act. D.28 S. 3) - von der Kindsmutter in Kenntnis gesetzt. Zu einem weiteren Ferienbesuch kam es nicht, weil die KESB Nordbünden noch vor den Weihnachtsferien 2016 die Ferienkontakte vorerst sistierte. Dass der vereinbarte telefonische Kontakt zwischen Vater und Kind nicht stattfindet, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Vielmehr verweist die KESB Nordbünden auf die Aussagen der Kindsmutter, wonach der telefonische Austausch vereinbarungsgemäss stattfindet. Somit kann der Kindsmutter im konkreten Fall nicht vorgeworfen werden, sich nicht an die Vereinbarung zu halten. Auch aus diesem Grund ist der Kindsvater weiterhin darauf zu behaften. e) Wird eine Kindesentführung im Nachhinein durch den zurückbleibenden Elternteil genehmigt, war das Verbringen beziehungsweise Zurückhalten im Zeitpunkt des Geschehens widerrechtlich und wird durch die Genehmigung rechtmässig. Mit der Vereinbarung vom 19. September 2016 liegt damit ein die ursprüngli-

Seite 15 — 18 che Widerrechtlichkeit des Verbringens ausschliessendes Einverständnis des Kindsvaters vor, dass sich A._____ bei seiner Mutter in der Schweiz aufhalten darf. Der Widerruf einer bereits erteilten Genehmigung fällt - wie bereits ausgeführt wurde - aufgrund des Vertrauensprinzips ausser Betracht. Das Kind muss sich darauf verlassen können, dass es infolge von Meinungswechseln nicht ständig hin- und hergeschoben wird. Selbst wenn der zurückbleibende Elternteil sein Einverständnis zurückziehen würde, könnte ein solcher Rückzug nur für die Zukunft wirken und keine Rückwirkung entfalten, also das Verbringen ins Ausland nicht nachträglich erneut widerrechtlich machen (vgl. hierzu auch den Beschluss des OLG Nürnberg vom 1. September 2008 Az. 7UF835/08; Bach/Gildenast, a.a.O., N. 118). f) Zusammenfassend steht fest, dass die Kindsmutter aufgrund des Verhaltens und der Äusserungen des Kindsvaters anlässlich des in Deutschland geführten Verfahrens davon ausgehen durfte, dass er die ursprünglich widerrechtliche Verbringung von A._____ in die Schweiz nachträglich genehmigte. Gründe, weshalb dieses Einverständnis nachträglich unwirksam geworden sein soll, sind nicht erkennbar. Somit liegt ein Ausschlussgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ vor, weshalb das angerufene Gericht nicht verpflichtet ist, die Rückgabe des Kindes anzuordnen. Das Gesuch vom 15. August 2016 wird demzufolge abgewiesen und die mit Verfügung vom 16. August 2016 superprovisorisch angeordneten Massnahmen werden aufgehoben. 3.a) In Rückführungsverfahren werden gestützt auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ grundsätzlich keine Gerichtskosten erhoben und den Parteien - abgesehen von der Ausnahme bei einer Rückführungsverpflichtung (Art. 26 Abs. 4 HKÜ) - keine gegenseitigen Parteikosten auferlegt. Nun hat die Bundesrepublik Deutschland aber einen Vorbehalt im Sinne von Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht. Sie erklärt, die sich aus der Beiordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichtsverfahren ergebenden Kosten im

Sinn von Art. 26 Abs. 2 HKÜ nur soweit zu übernehmen, als diese Kosten durch ihre Vorschriften über die Prozesskosten und Beratungshilfe gedeckt sind (also im System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung). 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_822/2013 vom 28. November 2013 E. 4.1, betreffend die Vereinigten Staaten).

Seite 16 — 18 b) Angesichts des Verfahrensausgangs sind die Prozesskosten gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich dem Gesuchsteller als unterliegende Partei aufzuerlegen. Jedoch kann das Gericht insbesondere in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO), da hier nicht sinnvoll von obsieger und unterliegender Partei gesprochen werden kann. Eine Verteilung nach Ermessen ist ferner dann zulässig, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Im konkreten Fall gilt es zu berücksichtigen, dass das Verbringen von A._____ in die Schweiz offensichtlich in rechtswidriger Weise erfolgt ist und das Verhalten der Kindsmutter damit ursächlich für die Einleitung des Rückführungsverfahrens war. Der Gesuchsteller hatte damals aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Einreichung eines Rückführungsgesuches, welches schliesslich lediglich infolge seiner nachträglichen Genehmigung des Verbringens des Kindes in die Schweiz abgewiesen wurde. Da der Gesuchsteller aber auch nach Erteilung seiner Zustimmung zum Verbleib des Kindes bei der Kindsmutter an seinem Rückführungsgesuch festhielt, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'000.-- den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Der auf X._____ entfallende Teil der Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- wird mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.-- wird ihm erstattet. c) Da Y._____ mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 7. September 2016 (ZK1 16 127) für das vorliegende Rückführungsverfahren mit Wirkung ab Gesuchseinreichung die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin MLaw Ana Marija Veselic zur Rechtsvertreterin ernannt worden ist, gehen die ihr hälftig auferlegten Gerichtskosten und die Kosten ihrer Rechtsvertretung zu Lasten des Kantons Graubünden (Art. 122 ZPO) und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Es ist somit nachfolgend die Höhe der Entschädigung festzulegen. Die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin reichte am 21. September 2016 eine Honorarnote über Fr. 5'307.-- inklusive Mehrwertsteuer und Spesen zu den Akten (act. D.12). Der zeitliche Aufwand belief sich demgemäss bis zum 21. September 2016 auf 23 Stunden und 35 Minuten, wobei 4.5 Stunden aus Kulanz nicht in Rechnung gestellt wurden. Dennoch erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand aufgrund der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als zu hoch. Zunächst wurde der Aufwand für die Erstellung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit 2 Stunden verrechnet. Das Gesuch umfasst 5 Seiten, obwohl die Mittellosigkeit von Y._____ bereits durch den Sozialhilfebezug

Seite 17 — 18 ausgewiesen war und bezüglich der Aussichtslosigkeit auf die Stellungnahme im Hauptverfahren hätte verwiesen werden können. Der entsprechende Aufwand ist daher auf eine Stunde zu kürzen. Für das Verfassen der zehneitigen Stellungnahme vom 26. August 2016 wurden 12 Stunden in Rechnung gestellt. Zwei Seiten

befassten sich mit dem Antrag auf Kindesanhörung, obwohl eine solche vom BG-KKE als Regelfall vorgesehen ist. Diese Position ist daher auf 10 Stunden zu kürzen. Ferner wurden im Zusammenhang mit dem Verfahren in Deutschland und der damit verbundenen Aushändigung der Ausweispapiere insgesamt 1.5 Stunden verrechnet. Hier ist der zeitliche Aufwand auf 0.5 Stunden zu beschränken, zumal lediglich die Kenntnisnahme des entsprechenden Schreibens der Vorsitzenden der I. Zivilkammer angerechnet werden kann. Schliesslich wurden für die Stellungnahme vom 21. September 2016 1.5 Stunden verbucht, obwohl diese nur rund 1 Seite umfasste. Dementsprechend ist der Aufwand auf 1 Stunde zu kürzen. Nicht zu entschädigen ist das geltend gemachte Honorar für die Abklärungen betreffend den Zeitpunkt der polizeilichen Aushändigung der prozessleitenden Verfügung vom 16. August 2016, da es sich hierbei um vermeidbaren Aufwand handelte. Zusammenfassend ist somit die Honorarnote vom 21. September 2016 um 5 Stunden auf 14 Stunden zu kürzen. Trotz entsprechender Aufforderung in der URP-Verfügung reichte die Rechtsvertreterin nach Abschluss des Schriftenwechsels keine nachgeführte Honorarnote mehr ein, weshalb der Aufwand ab 22. September 2016 nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist. Am 28. November 2016 sowie am 27. Dezember 2016 reichte die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin eine Stellungnahme respektive ergänzende Bemerkungen hierzu zu den Akten. Unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwands und der Schwierigkeit der Sache erscheint hierfür die Abgeltung von 4 Stunden als angemessen. Insgesamt ist nach dem Gesagten ein Zeitaufwand von 18 Stunden zu entschädigen, was bei einem Stundenansatz von Fr. 200.-- (vgl. Art. 5 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]) zu einem Honoraranspruch von Fr. 3'600.-- führt. Hinzu kommt die in Rechnung gestellte Pauschale von 3% für Kleinstauslagen. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 8% resultiert somit eine Entschädigung von gerundet Fr. 4'000.--, welche aus der Gerichtskasse bezahlt wird. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

Seite 18 — 18 III.

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