

SO_GERICHTE VWBES.2019.387 vom 14. November 2019

SO Obergericht, 2019-11-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.387_d20191114

FR: SO_GERICHTE VWBES.2019.387 du 14 novembre 2019

IT: SO_GERICHTE VWBES.2019.387 del 14 novembre 2019

Regeste

Wohnsitznahme in der Schweiz

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 20. September 2019 ersuchte die aus Spanien eingereiste A.____ (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Thal-Gäu/Dorneck-Thierstein um Feststellung, dass es ihr erlaubt sei, mit ihrem Sohn B.____, geb. [...]2012, in der Schweiz, insbesondere in [...], zu leben.

E. 2

Die KESB trat mit Präsidialentscheid vom 30. September 2019 nicht auf das Gesuch ein, da sie ihre Zuständigkeit verneinte. Ein gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurde wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen.

Zur Begründung wurde angegeben, die Kindseltern, die nie miteinander verheiratet gewesen seien, hätten bis anhin in Spanien gelebt. Sie würden die gemeinsame elterliche Sorge ausüben, weshalb der Kindsvater zustimmen müsse, dass die Beschwerdeführerin mit dem Kind nun in der Schweiz wohnen dürfe. Eine einfache Erklärung reiche dazu nicht aus, sondern es bedürfe einer zivilrechtlichen Regelung. Zuständig zu dieser Regelung sei nach Art. 7 des Haager Kindesschutzübereinkommens Spanien.

E. 3

Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2019, vertreten durch Rechtsanwalt Oliver Wächter, Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und folgende Rechtsbegehren stellen:

E. 4

Die KESB ist auf das Gesuch nicht eingetreten, indem sie ihre (örtliche und sachliche) Zuständigkeit verneint und die Beschwerdeführerin an die spanischen Behörden verwiesen hat. Die Beschwerdeführerin bestreitet diesen Entscheid, weshalb zu prüfen ist, ob die KESB vorliegend örtlich zuständig ist.

E. 5

Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) gilt für den Schutz von Kindern in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, auf das anwendbare Recht sowie auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht,

die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011). Die Schweiz und Spanien sind diesem Übereinkommen beide beigetreten.

Nach Art. 5 HKsÜ sind die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen (Abs. 1). Vorbehaltlich des Artikels 7 sind bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig (Abs. 2).

Nach Art. 7 Abs. 1 HKsÜ bleiben bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und:

Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt laut Abs. 2 dann als widerrechtlich, wenn:

Solange die in Absatz 1 genannten Behörden zuständig bleiben, können laut Abs. 3 die Behörden des Vertragsstaats, in den das Kind verbracht oder in dem es zurückgehalten wurde, nur die nach Artikel 11 zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes erforderlichen dringenden Massnahmen treffen.

E. 6

Somit ist zu prüfen, ob das Kind rechtmässig (Art. 5 HKsÜ) oder widerrechtlich (Art. 7 HKsÜ) in die Schweiz gebracht worden ist. Bei rechtmässigem Vorgehen wären die Schweizer Behörden zuständig, bei widerrechtlichem Vorgehen blieben die spanischen Behörden zuständig.

E. 6.1

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haager Kindesschutzübereinkommen, um dessen Anwendung und die daraus abgeleitete Zuständigkeit es vorliegend geht, ist bezüglich Zustimmung des anderen Elternteils nicht gleichlautend mit der migrationsrechtlichen Rechtsprechung zum Familiennachzug. Zur Anwendung des Haager Kindesschutzübereinkommens hält das Bundesgericht fest, für die Zustimmung bzw. Genehmigung gelte ein strenger Beweismassstab und der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Elternteils müsse sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben könne (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_982/2018 vom 11. Januar 2019 E. 4, 5A_576/2018 vom 31. Juli 2018 E. 3, 5A_822/2013 vom 28. November 2013 E. 3.2 und 3.3, 5A_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 3).

Eine notarielle Beglaubigung oder ein Gerichtsurteil wird also nach internationalem Zivilrecht nicht verlangt, damit der Wechsel des Aufenthaltsorts als rechtmässig gilt, sodass am neuen Aufenthaltsort eine Zuständigkeit der Behörden nach Art. 5 HKsÜ gebildet wird. Die Zustimmung kann sich auch aus den Umständen ergeben. Es gilt aber ein strenger Beweismassstab, und der Wille des zustimmenden Elternteils muss sich klar manifestiert haben.

E. 6.2

Im vorliegenden Fall schilderte die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch an die Vorinstanz, dass sie und der Kindsvater sich im Jahr 2017 getrennt hätten. Der Kindsvater habe nicht regelmässig Unterhalt für B.____ bezahlt, und sie hätte sich mit Gelegenheitsjobs durchschlagen müssen. Per August 2018 habe sie ihre Stelle verloren und keine neue Anstellung gefunden. Sie habe sich dann entschieden, in der Schweiz Arbeit zu suchen. Im Februar 2019 sei sie in die Schweiz gekommen und habe per 1. März 2019 eine Arbeitsstelle antreten können. Während dieser Startphase habe sich B.____ noch während vier Monaten bei der Grossmutter väterlicherseits aufgehalten. Die Beschwerdeführerin habe dem Kindsvater mitgeteilt, dass sie B.____ nach Ablauf der Probezeit in die Schweiz holen wolle. Der Kindsvater habe daraufhin sein mündliches Einverständnis gegeben, und es sei vereinbart worden, dass B.____ ab 12. August 2019 die Schule in [...] besuche. Als Beleg liess die Beschwerdeführerin folgende Übersetzungen von Whatsapp-Nachrichten einreichen:

28. Mai 2019:

Kindsmutter: Schau mal, wir haben darüber gesprochen, dass ich ihn im Juni holen werde, oder?

Kindsvater: Ja, so ist es und ich muss es akzeptieren, klar.

29. Mai 2019:

Kindsvater: Wenn du der Meinung bist, dass er die Schule dort (in der Schweiz) beginnen soll, muss ich das hier (in Spanien) in der Schule kommunizieren.

Obwohl ich mich darüber nicht sehr freue.

Kindsmutter: (audio)

Kindsvater: Ich streite nicht. Was soll ich machen? Ich teile es der Schule mit?

Kindsmutter: Ich dachte, wir hätten darüber gesprochen, aber du erzählst mir wieder Blödsinn.

Kindsvater: Wir haben darüber gesprochen, aber es gefällt mir nicht. Ich kann nichts machen. Aber ich möchte es so für B.____, weisst du? Ich will keinen Krieg mit seiner Mutter. Ruhig, es ist wie es ist. Ich gehe zur Lehrerin und sage es ihr.

13. Juni 2019:

Kindsvater: Morgen, A.____.

Ich denke, wir müssen keine schriftliche Vereinbarung treffen, die von uns beiden und einem Anwalt unterzeichnet wird, oder? Wir haben vereinbart, dass der Junge, wenn er Ferien hat, (in der Schweiz), dann zu mir hierher (Spanien) kommt.

Kindsmutter: Natürlich müssen wir das nicht.

Guten Morgen

Bitte sende mir das (Geburtsurkunde).

Kindsvater: Ich möchte, dass du mir das schriftlich und unterschrieben gibst. Ganz ruhig, dann werde ich zum Gericht gehen, um die Geburtsurkunden zu beantragen.

Kindsmutter: Mach es und ich werde es unterschreiben.

Kindsvater: Nein, mach du es, da du schöner schreiben kannst, A.____.

undatiert:

Kindsvater: (Bild der Geburtsurkunde)

Kindsmutter: Super

Scanne sie mir beide und sende sie mir.

Vielen Dank.

Es ist in Französisch?

Auf Deutsch gab es das nicht?

19. Juni 2019:

Kindsvater: Am Freitag nehme ich B.____ mit zu meinen Eltern, um mich zu verabschieden okay? Ich werde feiern.

30. Juni 2019:

Kindsvater: Aber komm nicht mit C.____ oder seiner verdammten Mutter, der dich fickt. Weil ich ihn kaputt machen werde. Ich sage dir, du hast mich noch nie richtig sauer gesehen. Aber ich bin jetzt auf mich alleine gestellt.

Eine Umarmung und viel Liebe A.____. Ich liebe dich so sehr. Gib B.____ viele Küsse. Lass mich heute Nacht oder später wissen, dass ich mit ihm sprechen muss. Mal sehen, ob ich jetzt schlafen kann.

3. Juli 2019:

Kindsvater: Nein, ich finde es nicht normal.

Du sagtest mir, wir würden es so machen. Dass er (B.____) dort (in der Schweiz) in die Schule geht und hier (in Spanien) sein wird, wann immer er Ferien hat, bleiben wir dabei.

Und es ist jetzt noch keine Schule.

Das war der Deal.

Es würde mehr oder weniger so aufgeteilt werden, oder?

Übrigens, du informierst mich nicht.

So war der Deal nicht. Am Anfang hast du mir gesagt, dass es kein Problem wäre, dass er viele Ferien hat, und wenn er Ferien hätte er dann bei mir wäre. Deshalb haben wir eine Einigung erzielt.

E. 6.3

Unter diesen Umständen erscheint eine Abgrenzung, ob es sich um einen rechtmässigen oder um einen unrechtmässigen Aufenthalt des Kindes in der Schweiz handelt, nicht ganz einfach. Zwar kann auf den ersten Blick aus den Whatsapp-Nachrichten gelesen werden, dass sich der Kindsvater der Ausreise wohl nicht wirklich widersetzte, obwohl er die Ausreise eigentlich nicht wollte. Dass sich seine Zustimmung aber «klar manifestiert» hätte, und die Whatsapp-Nachrichten einem «strengen Beweismass» standhalten würden, kann schwerlich behauptet werden. Betrachtet man die Textnachrichten genauer, geht aus ihnen nicht explizit hervor, dass der Kindsvater einem Verbringen ausser Landes zugestimmt

hätte. Die Länderangaben in Klammern wurden bloss in der Übersetzung eingefügt. Es könnte sich bei der Konversation auch um einen Umzug innerhalb des Landes handeln.

Dass die Whatsapp-Nachrichten nicht genügen, um eine Zustimmung des Kindsvaters zu belegen, ergibt sich im Weiteren auch aus der letzten Nachricht vom 3. Juli 2019. Aus dieser muss geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin B.____ nicht für die Sommerferien nach Spanien gebracht hat. Ein solches Vorgehen wäre vom Einverständnis des Kindsvaters auf keinen Fall gedeckt. Sein Einverständnis ist an die Bedingung geknüpft, dass B.____ sämtliche Schulferien bei ihm verbringen würde.

Die Beschwerdeführerin vermag somit nicht darzutun, dass sich B.____ rechtmässig in der Schweiz befindet. Es handelt sich also um einen widerrechtlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 7 Abs. 2 HKsÜ. Die Schweizer Behörden sind nicht zuständig. Die Beschwerdeführerin hat sich für einen entsprechenden Rechtstitel an die spanischen Behörden zu wenden.

E. 7

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat A.____ grundsätzlich die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidegebühr auf CHF 800.00 festzusetzen sind.

8.1 Die Beschwerdeführerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel für die Prozessführung verfügt, kann laut § 76 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 124.11) die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangen, wenn der Prozess nicht als aussichtslos oder mutwillig erscheint. Wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, kann sie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands verlangen.

8.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die unentgeltliche Rechtspflege kann verweigert werden, wenn der monatliche Einkommensüberschuss es der gesuchstellenden Partei ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres und bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1 S. 371 mit Hinweisen).

Derjenige, der um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, hat seine finanziellen Verhältnisse und insbesondere seine Verpflichtungen umfassend darzulegen und wenn möglich zu belegen (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.). Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn der anwaltlich vertretene Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_44/2018 vom 5. März 2018 E. 5.3; 5A_502/2017 vom 15. August 2017 E. 3.2 f.; 5A_327/2017 vom 2. August 2017 E. 4.1.3; 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2; 4D_69/2016 vom 28. November 2016 E. 5.4.3; 5A_142/2015 vom 5. Januar 2016 E. 3.7; 5A_380/2015 vom 1. Juli 2015 E. 3.2.2).

8.3 Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 3'300.00 angegeben und die Lohnabrechnungen der ersten drei Monate ihres

Arbeitsverhältnisses (Probezeit) mit einem Auszahlungsbetrag von CHF 3'233.95 eingereicht. Aus dem Arbeitsvertrag geht hervor, dass ihr Bruttolohn nach Ablauf der Probezeit um CHF 200.00 erhöht würde, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass ihr Nettolohn seither rund CHF 3'400.00 beträgt. Zudem hat sie Anspruch auf CHF 200.00 Kinderzulagen und es ist der 13. Monatslohn (vgl. Arbeitsvertrag vom 8. Februar 2019) anteilmässig anzurechnen. Es ist somit von einem monatlichen Nettoeinkommen von rund CHF 3'880.00 auszugehen.

Bezüglich Ausgaben gibt die Beschwerdeführerin an, sie lebe mit ihrem Lebenspartner zusammen, weshalb ein Grundbetrag von CHF 1'000.00 für sie, und CHF 400.00 für das Kind, zuzüglich 20 % zivilprozessualer Zuschlag (CHF 280.00) anzunehmen ist. An die Wohnungsmiete von insgesamt CHF 1'970.00 gibt die Beschwerdeführerin an, CHF 1'150.00 zu bezahlen. Für die Krankenkassenprämien kann nur der Anteil für die Grundversicherung (KVG) berücksichtigt werden, für die Beschwerdeführerin also CHF 267.00 und für ihren Sohn CHF 104.00. Für den kurzen Arbeitsweg von 3.3 km (gemäss Google Maps) können der Beschwerdeführerin keine Berufsauslagen für Arbeitsweg und auswärtige Verpflegung angerechnet werden. Somit ergibt sich folgende Berechnung:

1. Verfügbare Mittel:

Nettoeinkommen	CHF 3'400.00
Anteil 13. Monatslohn	CHF 283.00
Familienzulage	CHF 200.00
Total	CHF 3'883.00

2. Zivilprozessualer Zwangsbedarf:

Grundbetrag	CHF 1'000.00
Zuschlag für Kind	CHF 400.00
Zivilprozessualer Zuschlag	CHF 280.00
Miete	CHF 1'150.00
Krankenkassenprämie KVG	CHF 267.00
Krankenkassenprämie KVG Kind	CHF 104.00
Abonnement für Telefon, Radio u. Fernsehen:	CHF 35.00
Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherung:	CHF 15.00
Total	CHF 3'251.00

3. Berechnung Anspruch:

Verfügbare Mittel (Ziffer 1):	CHF 3'883.00
abzüglich Zwangsbedarf (Ziffer 2):	CHF 3'251.00
Überschuss:	CHF 632.00
[pro Jahr]	CHF 7'584.00

Die Beschwerdeführerin gilt somit nicht als bedürftig im Sinne des Gesetzes, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege weder für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht noch für das Verfahren vor der Vorinstanz bewilligt werden kann. Die Frage der Aussichtslosigkeit kann offen bleiben.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Gesuch um Gewährung der integralen unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

3.A. ___ hat die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht von CHF 800.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Kaufmann

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