

ZH_OBERGERICHT NH190003 vom 18. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NH190003

FR: ZH_OBERGERICHT NH190003 du 18 décembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT NH190003 del 18 dicembre 2019

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Sowohl Spanien als auch die Schweiz sind Vertragsstaaten dieses Übereinkommens (www.hcch.net). Ziel des Abkommens ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art. 1 lit. a HKÜ). Beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen der Rückführung ist, wer diese verlangt; das ist vorliegend der Kläger. Die Beweislast für einen die Rückführung hindernden Umstand im Sinne des HKÜ liegt bei der Person, die sich der Rückgabe widersetzt (vgl. BGer 5A_58/2016 vom 14. März 2016, E. 2.2), hier also bei der Beklagten.

E. 1.2

Zuständig für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen ist als einzige Instanz das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE). Vorliegend wohnte C._____ im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung mit der Beklagten in E._____. Das Obergericht des Kantons Zürich ist zuständig. Es entscheidet in einem summarischen

- 5 - Verfahren (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE). Es gelten dabei die allgemeinen Grundsätze der ZPO, namentlich die Art. 59 f. ZPO zu den Prozessvoraussetzungen. III.

Anwendbarkeit des HKÜ 1. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat ist nach Art.

E. 1.3

Am 3. September 2019 gelangte der Kläger an das spanische Justizministerium und ersuchte um Rückführung von C._____ (act. 4/5). Dieses Gesuch wurde

- 3 - in der Folge der Zentralbehörde, Eidgenössisches Justizdepartement, Bern, weitergeleitet (act. 4/4). Mit Eingabe vom 7. November 2019 stellte der Vater, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, bei der Kammer gestützt auf das HKÜ das Gesuch um Rückführung von C._____ (act. 2).

E. 2

Prozessgeschichte

E. 2.1

Verletzung des Sorgerechts, Art. 3 lit. a HKÜ

E. 2.1.1

Voraussetzung für eine Rückführung eines Kindes in sein früheres Aufenthaltsland ist, dass es widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbracht oder in einem solchen zurückgehalten wird. Das Verbringen oder Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird (Art. 3 HKÜ). Der Begriff des Sorgerechts im Sinne von Art. 3 HKÜ ist vertragsautonom und weit auszulegen; besonderes Gewicht liegt vor dem Hintergrund des Art. 5 lit. a HKÜ auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, aber geschützt sind auch weitere Personensorgebefugnisse wie Pflege, Erziehung, Aufsicht u.ä. (BGer 5A_982/2018 vom 11. Januar 2019, E. 3.; BGE 136 III 353, E. 3.5; BGer 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1; BGer 5A_577/2014 vom 21. August 2014, E. 3.4).

E. 2.1.2

Die Mutter macht geltend, die elterliche Sorge stehe ihr alleine zu (act. 11 S. 2 Rz 4; act. 19 S. 1 Rz 1). Hiezu wollte sie eine Auskunft beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung einholen lassen (act. 11 S. 3 Rz 7). Davon kann abgesehen werden. Art. 154 Código Civil sieht vor, dass die nicht emanzipierten Kinder unter der elterlichen Gewalt ihrer Eltern stehen. Diese wird von den Eltern gemeinsam ausgeübt oder durch einen Elternteil mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des andern (Art. 156 CC). Leben die Eltern getrennt, so wird die elterliche Gewalt durch denjenigen Elternteil ausgeübt, bei welchem das Kind lebt (Art. 156 CC). Gemeint ist damit offenkundig das Recht, die alltäglichen Befugnisse die Kinder betreffend auszuüben. Dies ergibt sich daraus, dass der Richter auf Antrag des anderen Elternteils im Interesse des Kindes dem Antragsteller die elterliche Gewalt zuerkennen kann, damit er sie zusammen mit dem erstgenannten Elternteil ausübt, oder er zwischen dem Vater und der Mutter die ihrer Ausübung innewohnenden Funktionen aufteilt (Art. 156 CC). Dies entspricht im schweizerischen Recht der gemeinsamen oder alternierenden Obhut. Auch im schweizerischen Recht wird bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Obhut zumeist einem Elternteil übertragen, und zwar in der Regel demjenigen, bei dem das Kind (hauptsächlich) lebt und von dem es zur Hauptsache betreut wird. Die elterliche

- 7 - Sorge des die Obhut nicht innehabenden Elternteils wird dadurch nicht eingeschränkt. Anhand des vorliegenden Entscheides des spanischen Gerichtes vom 25. Januar 2019 steht den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zu. Daneben wird explizit festgehalten, dass weder die klagende Partei (die Mutter) noch die Staatsanwaltschaft beantragt habe, dass das elterliche Überwachungsrecht gemäss Art. 170 CC dem Vater entzogen werde.

Demgemäss ist entgegen der Auffassung der Mutter davon auszugehen, dass dem Vater die elterliche Sorge für C._____ zusteht. Die Beklagte hat C._____ – auch nach eigener Darstellung – eigenmächtig und ohne Wissen und Zustimmung des Klägers von Spanien in die Schweiz und damit in einen anderen Vertragsstaat verbracht (Prot. S. 11). In dem Sinne hat sie das Sorgerecht des Klägers verletzt. Zu berücksichtigen sind allerdings folgende Umstände: der Vater machte an der Verhandlung vom 16. Dezember 2019 geltend, seit 2017 oder 2018 in Spanien wohnhaft zu sein (Prot. S. 14/15, S. 17, 18, 23). Über den Zeitpunkt seiner Abreise aus der Schweiz machte er wenig konsistente Angaben (a.a.O.). Er legte zwar eine Bestätigung der spanischen Behörden vom 8. Februar 2018 vor, wonach er sich angemeldet habe (act. 21). Über den Zeitpunkt seiner Anmeldung in Spanien lässt sich aus dieser Bestätigung allerdings nichts entnehmen. Abklärungen haben sodann ergeben, dass er sich am 19. Februar 2018 von seinem bisherigen Wohnort in D._____/ZH

nach unbekannt abgemeldet und am 28. Mai 2018 wiederum angemeldet hat (act. 23 Rückseite). Dabei ist es geblieben. Zudem ist er seit dem 1. Juli 2007 Mieter einer Wohnung an der ...-strasse ... in D._____/ZH; von einer Untervermietung während der Zeit der Abmeldung ist dem Vermieter nichts bekannt; die Miete werde regelmässig bezahlt (act. 23 Vorderseite). Ausserdem besteht mit der Gemeinde D._____/ZH für die offenen Steuern 2017 ein Zahlungsabkommen ab Dezember 2019 (act. 24). Angesprochen auf diese Umstände meinte der Kläger lediglich, der Wohnsitz in Spanien sei nicht fiktiv und verwies seinerseits auf den von ihm eingereichten Mietvertrag für die Wohnung in Spanien (Prot. S. 28 f. und act. 25 sowie act. 26/1 - 3). Zu den übrigen Umständen äusserte er sich nicht (Prot. S. act. 28 f.). Zudem erklärte er an

- 8 - der Verhandlung vom 16. Dezember 2019, in Spanien noch keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen; er könnte zwar umgehend bei einem Kollegen in einem Restaurantsbetrieb im Service arbeiten, allerdings fehlten ihm vertiefte Spanischkenntnisse, auch sei er die vergangenen 40 Jahre selbständig erwerbstätig gewesen, was er nicht aufgeben wolle (Prot. S. 15, S. 19). Eine selbständige Tätigkeit als Maler/Tapezierer habe er in Spanien noch nicht wirklich etabliert, halte dies aber für realistisch, da er als Handwerker zuverlässig sei (a.a.O.). Weiter erklärte er an der Verhandlung vom 16. Dezember 2019, als Folge eines erlittenen Unfalls eine Rente der SUVA zu beziehen (Prot. S. 16). C.____ erhält in diesem Zusammenhang eine Kinderrente (act. 19 S. 5 Rz 19, act. 20/11). Es ist durchaus denkbar, dass der Kläger sich zeitweise in Spanien aufhält, dort angemeldet ist und eine Wohnung angemietet hat. Er erklärte zudem an der Verhandlung vom 16. Dezember 2019, er sei nach Spanien gegangen, weil sein spanischer Anwalt ihm gesagt habe, er könne im spanischen Verfahren betreffend das Besuchsrecht mehr erreichen, wenn er den Wohnsitz nach Spanien verlegen würde (Prot. S. 18). Dies deutet darauf hin, dass die Anmeldung in Spanien vor diesem Hintergrund zu sehen ist und weniger auf einem Entschluss basierte, der Schweiz den Rücken zu kehren. Anhand dieser erwähnten Umstände muss daher davon ausgegangen werden, dass er seine sprichwörtlichen Zelte in der Schweiz keineswegs abgebrochen hat, sondern ebenso zeitweilig hier lebt und hier nach wie vor (s)einen Lebensmittelpunkt hat. Bei diesen tatsächlichen Verhältnisse, die weder klarerweise für einen ausschliesslichen Wohnsitz in Spanien sprechen noch einen Wohnsitz in der Schweiz ausschliessen, kann nicht als glaubhaft betrachtet werden, dass der Kläger definitiv nach Spanien übersiedelt ist und ausschliesslich dort Wohnsitz verzeichnet. Ist die gemeinsame Tochter C.____ von der Mutter in die Schweiz verbracht worden, wo der Vater zumindest zeitweilig wohnt und lebt, ist kein Rechtsschutzinteresse des Klägers daran auszumachen, dass C.____ nach Spanien zurückgeführt wird, damit der Kläger dort das ihm vom zuständigen spanischen Gericht zugestandene Besuchsrecht ausübt. Stattdessen kann er hierzulande die Vollstreckung des besagten Entscheides verlangen oder bei der hier örtlich zuständigen KESB die Anordnung einer Kontaktregelung beantragen und ein entsprechendes Begehren allenfalls mit einem Gesuch um vorsorgliche

- 9 - Massnahmen verbinden. Die Rückkehr des Kindes nach Spanien anzuordnen, ist nicht angezeigt, und das entsprechende Gesuch erscheint vielmehr als Schikane. Es fehlt dem Gesuch die Prozessvoraussetzung von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO und es ist darauf nicht einzutreten. Angezeigt sind folgende Bemerkungen: C.____ ist mittlerweile 6 1/3jährig und hat ihren Vater - abgesehen vom Besuch am 17. Dezember 2019 - seit drei Jahren nicht mehr gesehen. Die Kindesvertreterin meinte, C.____ sei ein offenes Kind und finde rasch

Kontakt zu anderen Personen, es habe sich anlässlich dieses Besuches aber gezeigt, dass ein Vertrauen zum Vater fehle (Prot. S. 28 f.). Diese Beobachtung oder dieser Befund ist angesichts der langen Dauer des Kontaktunterbruchs nicht verwunderlich. Ein Kind hat das Recht auf Kontakt zu seinen beiden Eltern, und diese sind gehalten, ihm den Kontakt zum Elternteil, bei dem es nicht lebt, zu ermöglichen und zu fördern. Zugleich haben die Eltern alles zu unterlassen, was einem unbeschwertem Kontakt zum andern Elternteil entgegensteht. Dies ist für das gedeihliche Aufwachsen eines Kindes und für seine seelische Gesundheit von zentraler Bedeutung. Verletzen Eltern diese Pflichten, kann sich die Frage nach einer Gefährdung des Kindeswohls und der Abhilfe durch geeignete behördliche Massnahmen stellen. Bestehende Konflikte in der (Paar-) Beziehung haben die Eltern ausserdem vom Kind fernzuhalten, um dieses nicht in einen Loyalitätskonflikt zu bringen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Für Rückführungsgesuche gestützt auf das HKÜ ist weitgehende Kostenlosigkeit vorgesehen (Art. 26 Abs. 1 HKÜ). Gemäss Art. 14 BG-KKE ist Art. 26 HKÜ auch auf das Gerichtsverfahren anwendbar, was sich im Übrigen auch schon aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 HKÜ ergibt. Spanien hat keinen Vorbehalt (i.S.v. Art. 26 Abs. 3 HKÜ) angebracht, der es der Schweiz im Sinne des Gegenseitigkeitsprinzips erlaubte, die Gerichtskosten dem unterliegenden Elternteil aufzuerlegen (vgl. www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=24, letztmals besucht am 13. August 2019; vgl. zur Kostenlosigkeit auch BGer 5A_25/2010 vom 2. Februar 2010 E. 3.4–3.6). Die Gerichtskosten inkl. Dolmetscherkosten und

- 10 - die Kosten der Kindesvertreterin und des Rechtsvertreters des Klägers sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kindesvertreterin und der Rechtsvertreter des Klägers werden nach Vorlage einer Aufwandübersicht mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. 2. Die Beklagte beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Diese ist zu bewilligen, wenn die ansprechende Partei nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen, und dieses nicht aussichtslos ist (Art. 117 ZPO). Zu ihren finanziellen Verhältnissen bringt die Beklagte vor, mit ihren Reinigungsarbeiten monatlich netto rund Fr. 3'000.-- bis Fr. 3'500.-- zu verdienen (act. 19 S. 5 Rz 19). Für C.____ erhält sie eine SUVA-Rente von ca. Fr. 800.-- pro Monat (a.a.O.). Unterlagen dazu legt sie keine vor. Den Bedarf für sich und C.____ beziffert sie auf monatlich gut Fr. 5'000.-- (act. 19 S. 6 Rz 20) Diesen belegt sie teilweise mit Unterlagen (act. 20/12 - 18). Vermögen besitzt sie keines (act. 20/19). Die Mittellosigkeit ist damit ausgewiesen. Rückführungsverfahren können für beide Seiten kaum je als aussichtslos bezeichnet werden. Diese Voraussetzung ist somit ebenfalls erfüllt. Dem Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist stattzugeben. Der Rechtsvertreter der Beklagten wird nach Vorlage seiner Aufwandszusammenstellung mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

- 11 - Es wird beschlossen:

E. 2.2

Am 16. Dezember 2019 fand die Verhandlung über das Rückführungsbegehren mit Anhörung der Parteien statt. Der Rechtsvertreter der Beklagten nahm an dieser nicht teil (Prot. S. 7/8), liess aber die Beklagte seine Notizen samt Bei-

- 4 - lagen einreichen (Prot. S. 22; act. 19 und 20/1 - 19). Die Parteien und die Kindesvertreterin erstatteten ihre Stellungnahmen zu den bisherigen Vorbringen. Die Parteien hielten an ihren Anträgen fest (Prot. S. 20 ff.; act. 19 S. 1). Die Kindesvertreterin hielt die

Voraussetzungen für die Rückführung für gegeben und verneinte das Vorliegen von Verweigerungsgründen, wies jedoch auf die lange Dauer des nicht stattgefundenen Kontaktes zwischen Vater und Tochter hin (act. 17 S. 6 ff., S. 13). Die am selben Nachmittag durchgeführten Vergleichsgespräche blieben in der Hauptsache ergebnislos (Prot. S. 26/27). Vereinbart werden konnte immerhin für den kommenden Nachmittag ein Besuchskontakt zwischen Vater und Tochter (Prot. S. 26). Hierüber berichtete die Kindsvertreterin an der Verhandlung vom 18. Dezember 2019 (Prot. S. 28 f.). In dieser zweiten Verhandlung hatten die Parteien zudem die Möglichkeit, sich dazu sowie zu Weiterem zu äussern.

E. 2.3

Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit das erforderlich ist. II. Prozessuales

E. 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 vom 11. Januar 2011, E. 2.1). C._____ ist in der Schweiz geboren und lebte seit 2017 in Spanien. Bevor sie in die Schweiz kam, hatte sie unbestrittenermassen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien, einem Vertragsstaat des HKÜ (vgl. www.hcch.net; act. 2 S. 5 f., act. 19 S. 2 Rz 11). 2. Sodann wird das Übereinkommen nicht mehr angewendet, wenn das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat (Art. 4 HKÜ). C._____ ist zur Zeit gut sechsjährig und das Übereinkommen unter diesem Gesichtspunkt anwendbar. IV. Voraussetzungen der Rückführung nach HKÜ 1. Vorbemerkungen Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das Rückführungsbegehren; es geht nicht um die Zuteilung der Obhut oder der elterlichen Sorge über das Kind. Es ist somit nicht abzuklären bzw. zu entscheiden, ob es für C._____ besser ist, in der Schweiz bei der Mutter oder in Spanien (beim Vater) aufzuwachsen (vgl. BGer 5A_582/2007 vom 4. Dezember 2007, E. 3). Alleiniges Thema des Rückführungsprozesses ist die Prüfung der Voraussetzungen für die Rückführung und dabei insbesondere das widerrechtliche Verbringen im Sinne von Art. 3 HKÜ. Sind diese erfüllt, ist die Rückführung grundsätzlich anzuordnen, soweit nicht einer der eng gefassten Ausschlussgründe gegeben ist (namentlich Nichtausübung des Sorgerechts, Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des Verbringens oder Zurückhalten des Kindes und Unzumutbarkeit der Rückführung gemäss Art.

- 6 - 13 Abs. 1 HKÜ, sowie Weigerung des Kindes zur Rückkehr nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ).

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