

ZH_OBERGERICHT NH230006 vom 18. Oktober 2023

ZH Obergericht, 2023-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NH230006

FR: ZH_OBERGERICHT NH230006 du 18 octobre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT NH230006 del 18 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte verpflichtet sich, mit C._____, geboren am tt.mm.2017, am 19. Oktober 2023, Abfahrtszeit 10.30 Uhr ab F._____-strasse ... in ... Zürich, mit dem eigenen Fahrzeug nach Italien zurückzukehren. Im Widerhandlungsfall wird sie wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) bestraft.

E. 2

Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich übereinstimmend folgende Vollstreckungsanordnungen zu erlassen:

E. 2.1

Es wird davon Vormerk genommen, dass das Gericht den Parteien, dem Kindsvertreter und der Kantonspolizei Zürich die Abfahrtszeit in Zürich zwecks polizeilicher Begleitung bis an die italienische Grenze bekannt gibt.

E. 2.2

Die beschlagnahmten Identitätskarten und der italienische Reisepass werden der Beklagten durch die Kantonspolizei Zürich am Grenzübergang nach Italien übergeben.

E. 2.3

Die Parteien haben sich mit der Vereinbarung ausdrücklich einverstanden erklärt und diese eigenhändig unterzeichnet.

E. 2.4

Auf eine Anhörung von C._____ im Sinne des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE wurde aufgrund seines Alters (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) verzichtet. II. 1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Da sowohl Italien als auch die Schweiz das Übereinkommen ratifiziert haben, sind die Bestimmungen des HKÜ anwendbar und ist infolgedessen die örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit der Kammer gegeben (Art. 7 Abs. 1 Bundesgesetz über die internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen [BG-KKE]; Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO). Ziel des Abkommens ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art. 1 lit. a HKÜ). Materiellrechtliche Fragen, welche beispielsweise für die Zuteilung der elterlichen Sorge oder der Obhut massgebend sind, sind hingegen nicht zu beurteilen. Darüber werden die Behörden im Rückgabestaat zu entscheiden haben. Die Kammer hat im Rahmen der Rückführung einzig zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Rückführung im Sinne

des HKÜ vorliegen. Die Kammer entscheidet darüber im summarischen Verfahren (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE; BGer 5A_518/2022 vom 2. August 2022 E. 3.1). 2. Das Gericht strebt eine interessenkonforme Vereinbarung der Parteien an. Denn Ziel und Zweck des Gerichtsverfahrens ist primär, eine gütliche Einigung zu finden und allenfalls eine freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen (Art. 10 HÜK, Art. 8 Abs. 1 BG-KKE). Die Parteien haben anlässlich der Verhandlung vom 17. Oktober 2023 eine Vereinbarung über die freiwillige Rückführung von C._____ nach Italien in Begleitung der Beklagten getroffen (act. 31). Die Kammer gelangte aufgrund der Akten sowie der Vergleichsgespräche zur Überzeugung, dass die

- 7 - Parteien die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben. 3. Die Vereinbarung ist im Wortlaut und Sinn klar und im Rahmen des Regelungsbereichs des HKÜ vollständig und angemessen. Deshalb ist die Vereinbarung zu genehmigen und das Rückführungsverfahren entsprechend abzuschreiben (vgl. Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 279 ZPO analog). 4. Die von beiden Parteien beantragten und in der Vereinbarung aufgeführten Vollstreckungsanordnungen erweisen sich als geeignet und verhältnismässig; sie sind zu erlassen. Gemäss Vereinbarung hat die Beklagte mit C._____ am 19. Oktober 2023 um 10.30 Uhr von der F._____ -strasse ... in Zürich aus in ihrem eigenen Fahrzeug ihre Rückfahrt nach Italien zu starten; die Kantonspolizei Zürich wird von der Kammer zwecks Begleitung der Beklagten und C._____ bis an die schweizerisch-italienische Grenze diesbezüglich informiert. Die Polizei wird der Beklagten vor Grenzübertritt den Reisepass und die Identitätskarten von ihr und C._____ übergeben (Vereinbarung Ziff. 1 u. 2.1–2). Der Kläger erklärte sich einverstanden, dass die Beklagte mit C._____ ab der schweizerisch-italienischen Grenze ohne (italienische) polizeiliche bzw. sozialdienstliche Begleitung nach D._____ fährt (Prot. S. 30). Reist die Beklagte mit C._____ nicht wie vereinbart am 19. Oktober 2023 nach Italien zurück, wird das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung, welches für die Vollstreckung der Rückführung zuständig ist (Regierungsratsbeschluss RRB Nr. 1066 vom 1. Juli 2009), beauftragt, die notwendigen Vorkehren zum sofortigen Vollzug der Rückreise von C._____ zu ergreifen. III. 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. Italien 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

- 8 - besucht am 18. September 2023; vgl. zur Kostenlosigkeit auch BGer 5A_25/2010 vom 2. Februar 2010 E. 3.4–3.6). Die Gerichtskosten inkl. Dolmetscherkosten und die Kosten des Kindesvertreters sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Kindesvertreter wird nach Vorlage einer Aufwandübersicht mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. 2. Die Parteien haben gegenseitig auf eine Parteientschädigung verzichtet (Vereinbarung Ziff. 7), wovon hier Vormerk zu nehmen ist.

E. 2.5

Die mit Verfügung vom 19. September 2023 angeordneten Massnahmen, Dispositiv Ziffern 5 bis 8, werden per Ausreise am 19. Oktober 2023 aufgehoben.

E. 2.6

Die mit Verfügung vom 19. September 2023 angeordneten Ausschreibungen im RIPOL und SIS sind im Hinblick auf die tatsächliche Rückführung

- 5 - von C._____ aufzuheben. Die Kantonspolizei Zürich wird mit der Aufhebung der Ausschreibung per Ausreise der Beklagten und C._____ am Donnerstag, 19. Oktober 2023, 13.00 Uhr, beauftragt.

E. 2.7

Falls die Ausreise von C._____ am 19. Oktober 2023 nicht gemäss den vorstehenden Anordnungen erfolgt sein sollte, wird die weitere Begleitung der Rückkehr von C._____ nach Italien – unter Beilage der Akten und der Identitätskarte von C._____ – dem Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich übertragen. Das Amt für Jugend und Berufsberatung wird ersucht, der Kammer von der erfolgten Rückkehr unverzüglich Mitteilung zu machen.

E. 3

Der Kläger verpflichtet sich, die in Italien eingereichte Strafanzeige gegen die Beklagte wegen Kindesentführung zurückzuziehen bzw. eine Desinteresseerklärung sofort nach Rückkehr in D._____ (Donnerstag, 19. Oktober 2023) abzugeben.

E. 3.1

Die Beklagte stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie unentgeltliche Rechtsbeistandung (act. 24 S. 2, S. 17 ff.).

E. 3.2

Soweit das Gesuch sich auf die Gerichtskosten bezieht, ist nicht darauf einzutreten, da die Kosten im vorliegenden Verfahren (Gerichtskosten inkl. Dolmetscherkosten und die Kosten des Kindesvertreters) wie gezeigt mangels eines durch Italien angebrachten Vorbehaltes von vornherein auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. 3.3.1 Soweit sich das Gesuch auf die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeistandung bezieht, ergibt sich das Folgende: 3.3.2 Eine Person hat gestützt auf Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). 3.3.3 Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse (vgl. statt vieler: BGE 142 III 138, E. 5.1 m.w.H.).

- 9 - Vorliegend beantragte die Beklagte die Abweisung des klägerischen Gesuchs um Rückführung von C._____ nach Italien. Zu berücksichtigen ist, dass alleiniges Thema des Rückführungsprozesses die Prüfung der Voraussetzungen der Rückführung laut HKÜ – insbesondere das widerrechtliche Verbringen – sind. Sind diese erfüllt, ist die Rückführung grundsätzlich anzuordnen, soweit nicht einer der eng gefassten Ausschlussgründe gegeben ist (insbesondere Nichtausübung des Sorgerechts, Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des Verbringens oder Zurückhalten des Kindes und Unzumutbarkeit der Rückführung gemäss Art. 13 Abs. 1 HKÜ, sowie Weigerung des Kindes zur Rückkehr

nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Die Beklagte stellte grundsätzlich nicht in Frage, dass die Voraussetzungen für die Rückführung erfüllt seien. Sie machte aber geltend, dass es C._____ in der Schweiz besser gehe, da es hier die Pollen und Gräser, gegen welche er allergisch sei, nicht gebe und er daher weniger unter seiner Allergie leide (vgl. act. 21; Prot. S. 23 f., S. 25 f.). Soweit die Beklagte mit diesem Vorbringen einen Versagensgrund geltend macht und die Abweisung des Rückführungsgesuchs verlangt, muss dieser Standpunkt von Anbeginn an als aussichtslos gewertet werden. So verlangt der hier einzig allenfalls einschlägige Verweigerungsgrund der unzumutbaren Lage für C._____ durch die Rückgabe nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, dass die Rückgabe für das Kind mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden ist oder es auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Allein der Umstand, wonach sich bei einer Rückkehr nach Italien die Allergiesymptome allenfalls verschlechterten – wobei C._____ erst vor kurzen in die Schweiz kam nach sechs Lebensjahren in D._____ –, stellt keinen Versagensgrund dar. Der zudem wiederholt erhobene Vorwurf gegen den Kläger, C._____ trotz seiner Allergie Fisch zu essen zu geben und damit beim Buben allergische Reaktionen auszulösen (act. 21; Prot. S. 27), reicht ebenfalls nicht aus, eine Gefährdung von C._____ im Falle der Rückkehr nach Italien zu begründen. Substantiiert findet sich in den Akten einzig an einer Stelle der Hinweis, dass der Kläger C._____ im März 2022 Fisch (Forelle) zu essen gegeben hatte (vgl. act. 22/E). Damit ist aber weder belegt, dass dies wiederholt der Fall gewesen wäre und entsprechend nach wie vor eine diesbezügliche Gefahr für C._____ besteht, noch dass C._____ nach diesem Vorfall tatsächlich

- 10 - (stark) allergisch reagierte. Alleine deswegen bzw. selbst unter Berücksichtigung der allfälligen Verschlimmerung der Pollenallergie wäre eine Rückkehr von C._____ nach Italien nach den anwendbaren Bestimmungen des HKÜ jedenfalls nicht unzumutbar. Das Begehren bzw. der Standpunkt der Beklagten ist nicht geeignet, einen Versagensgrund gemäss HKÜ zu begründen und muss daher als von Anbeginn an aussichtslos gewertet werden. Die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung fällt bereits aus diesem Grund ausser Betracht. Das Gesuch ist abzuweisen. 3.3.4 Hinzu kommt, dass es bei der Beklagten auch an der Voraussetzung der Mittellosigkeit mangelt. Grundsätzlich gilt eine Person dann 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 (BGE 141 III 369, E. 4.1 m.H.; BGE 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232; BGE 127 I 202 E. 3b S. 205 m.H.). Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (zum Ganzen BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 f., in: Pra 2010 Nr. 25 S. 171 mit Hinweisen). Die Beklagte machte mit Gesuch vom 25. September 2023 geltend, mittellos zu sein. Sie deklarierte ein Einkommen und Auslagen sowie ein Vermögen von rund Fr. 42'000.–, davon rund Fr. 37'000.– Bankguthaben (act. 15). Bereits mit Blick auf dieses beträchtliche Barvermögen ist eine Mittellosigkeit der Beklagten zu verneinen, geht dieser Betrag doch klar über einen üblich zu belassenden Notgroschen – selbst wenn dieser grosszügig festgesetzt würde – hinaus. Hinzu kommt, dass anlässlich der Verhandlung am 17. Oktober 2023 bekannt wurde, dass die Beklagte bis unmittelbar vor der Verhandlung noch eine Eigentumswohnung in D._____ besass. Wenige Tage vor der Verhandlung veräusserte sie diese Wohnung an ihre Mutter, angeblich, um Schulden bei ihrer Mutter zu tilgen (vgl. act. 25 S. 7 u.H.a. act. 26/13; Prot. S. 25, 26; act. 28/N). Weder deklarierte die

Beklagte im Rahmen ihrer Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege indes den

- 11 - Vermögenswert der Eigentumswohnung, noch die angeblich gegenüber ihrer Mutter bestehenden Schulden (vgl. act. 15). Damit zeigt sich, dass die anwaltlich vertretene Beklagte ihre finanziellen Verhältnisse gegenüber dem Gericht nicht offen bzw. nur unvollständig darlegte und damit ihre Mitwirkungspflicht verletzte (vgl. zur Mitwirkungspflicht z.B.: DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 119 N 6; ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6 m.w.H.), was fehlender Mittellosigkeit gleichkommt und zur Abweisung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege führt (vgl. BGE 125 IV 161, E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3a). Es wird beschlossen:

E. 4

Die Parteien verpflichten sich, die Kontaktregelung gemäss ihrer Trennungsvereinbarung vom 1. Oktober 2020 bis zu einer anderslautenden Entscheidung der zuständigen italienischen Behörde einzuhalten. Gleiches gilt für die Schulregelung (Ziffer 3 der Trennungsvereinbarung).

E. 5

Die Parteien kommen überein, dass der Kläger C._____ in der Wohnung der Beklagten heute, dem 17. Oktober 2023, von 17.00 Uhr bis 19.00 Uhr besuchen darf.

E. 6

Der Kläger verzichtet auf die geltend gemachten Auslagen (Fahrkosten und Übernachtungskosten).

E. 7

Die Parteien verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

E. 8

Die Parteien ersuchen das Gericht, diese Vereinbarung zu genehmigen und das hängige Rückführungsverfahren gestützt darauf abzuschreiben.

E. 9

Die Parteien und der Kindesvertreter nehmen davon Kenntnis, dass eine Kopie dieser Vereinbarung je an die Kantonspolizei Zürich und an das Bundesamt für Justiz, Dienste für internationale Kindesentführung, ausgehändigt wird.

- 6 -