

APH-10 81, publiziert August 2010

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Messer sowie Kammerschreiberin Werner-Schmidt

vom 5. Mai 2010

in der Streitsache zwischen

X,

vertreten durch Rechtsanwalt M.,

Gesuchsteller

und

Y.

vertreten durch Rechtsanwalt N.

Gesuchsgegnerin

Regeste:

Art. 20 HKÜ, Gesuch um Rückführung des Kindes Z. abgewiesen aus rechtlichen Gründen. Der Gesuchsgegnerin und dem Kind wurde in der Schweiz Asyl gewährt, weshalb eine Rückführung dem Refoulement-Verbots nach Art. 33 der Flüchtlingskonvention (FK) widersprechen würde.

In Rückführungsverfahren dürfen vom Antragsteller weder die Bezahlung von Verfahrenskosten noch derjenigen Kosten verlangt werden, die gegebenenfalls durch die Beordnung eines Rechtsanwalts entstehen. Da der Staat R. einen Vorbehalt angebracht hat und diese Kosten nur im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung übernimmt, wendet die Schweiz Gegenrecht an. Die Kosten wurden nach den Grundsätzen der unentgeltlichen Prozessführung verteilt.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Y. und ihr Kind Z. wurden von der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt. Aus diesem Grund beschränkte der Referent das Verfahren auf die Frage, ob das Gesuch aufgrund des Flüchtlingsstatus' von Mutter und Kind bereits aus rechtlichen Gründen abgewiesen werden muss.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

1. – 18. (...)

19. Nach Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) ist das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält, als einzige Instanz zuständig für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen, einschliesslich der Massnahmen zum Schutz von Kindern. Das Kind hält sich im Kanton Bern auf, weshalb der Appellationshof des Kantons Bern zur Beurteilung des vorliegenden Rückführungsgesuches örtlich, sachlich und funktionell zuständig ist. Über das Gesuch ist im summarischen Verfahren zu befinden (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE). Auf das Rückführungsgesuch ist damit einzutreten.

II.

1. Das Ziel des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ, SR 0.211.230.02) ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurück gehaltener Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (vgl. Art. 1 HKÜ).

2. – 4. (...)

5. Rückführung

Es wird nachfolgend zu prüfen sein, ob die Rückführung bereits aus rechtlichen Gründen zu verweigern ist.

Die Rückgabe des Kindes nach Art. 12 HKÜ kann abgelehnt werden, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist (Art. 20 HKÜ).

Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 01.142.30) sieht in Art. 33 Abs. 1 (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 AsylG) vor, dass kein vertragsschliessender Staat einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurück stellen darf, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre (Rückschiebeverbot bzw. Non-Refoulement-Gebot).

Auf diese Vorschrift kann sich ein Flüchtling nicht berufen, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist (Art. 33 Abs. 2 FK).

Ein Flüchtling darf nur ausgewiesen werden, wenn er die innere oder äussere Sicherheit gefährdet oder die öffentliche Ordnung „in schwerwiegender Weise“ verletzt hat, insoweit wird die Möglichkeit seiner Ausweisung flüchtlings- bzw. asylrechtlich beschränkt².

² BGE 135 II 110, S. 113, E. 2.2.1.

Das Asylgesetz (AsylG, SR 142.31) sieht in Art. 2 Abs. 1 vor, dass die Schweiz Flüchtlingen auf Gesuch hin Asyl gewährt. Asyl umfasst den Schutz und die Rechtsstellung, die Personen aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft in der Schweiz gewährt werden. Es schliesst das Recht auf Anwesenheit in der Schweiz ein (Art. 2 Abs. 2 AsylG).

Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden (Art. 3 Abs. 1 AsylG). Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 AsylG).

Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt hat oder die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen wurden, gelten gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtlinge im Sinne dieses Gesetzes sowie des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Art. 59 AsylG).

Nach Art. 59 AsylG ist damit die asylrechtliche Beurteilung des Flüchtlingsstatus für alle eidgenössischen und kantonalen Behörden verbindlich³.

Der subjektive Schutzbereich von Art. 20 HKÜ umfasst sowohl das widerrechtlich verbrachte oder zurückgehaltene Kind als auch die Antragsgegnerin. Allerdings ist er auf diejenigen Grundrechte beschränkt, die dem Interesse des Kindes oder der Antragsgegnerin als Mitsorgeberechtigte dienen und im Recht des Zufluchtsstaates anerkannte Grundsätze darstellen, sei es auf dem Weg über das allgemeine Völkerrecht und das Völkervertragsrecht, sei es im Zusammenhang mit dem innerstaatlichen Recht. Somit dürfte die Rückgabe des Kindes dann abgelehnt werden, wenn die vom Zufluchtsstaat anerkannten Grundwerte dies nicht zuliessen⁴. Es muss sich hierbei um die Verletzung fundamentaler Grundsätze handeln bzw. die Rückgabe des Kindes muss zu einer mit dem üblichen Rechtsempfinden unvereinbaren Situation führen⁵.

In Anwendung von Art. 59 AsylG ist der Appellationshof an den Flüchtlingsstatus der Gesuchsgegnerin und des Kindes Z. gebunden. Daher dürfen die Gesuchsgegnerin oder das Kind nicht in ein Land ausgewiesen werden, wo ihr Leben oder ihre Freiheit wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Anschauungen gefährdet wäre. Dass sie gefährdet wären, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass ihnen als Flüchtlinge Asyl gewährt wurde. Also gilt für die Gesuchsgegnerin und das Kind Z. das Rückschiebeverbot. Zu prüfen ist einzig noch, in welches Land die Gesuchsgegnerin und das Kind nicht ausgewiesen werden dürfen. Die Parteien stammen aus R. Der Gesuchsteller ist ein hoher Beamter ausser Dienst und damit sehr eng mit dem (...) Staat [R.] verbunden, weshalb das Kind Z. und

³ BGE 135 II 110, S. 116, E. 3.1.

⁴ ZÜRCHER, Kindesentführung und Kindesrechte, Zürich 2005, § 10, S. 172.

⁵ RASELLI/HAUSSAMANN/MÖCKLI/URWYLER, in: UEBERSAX/RUDIN/HUGI YAR/GEISER (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rn. 16.168.

die Gesuchsgegnerin nicht in diesen Staat zurückgeführt werden können. Die Gesuchsgegnerin und das Kind Z. sind weder eine Gefahr für die Sicherheit der Schweiz noch rechtskräftig verurteilt, weshalb keine Ausnahme vom Rückschiebeverbot vorliegt. Das Gesuch um Rückführung des Kindes Z. nach R. ist damit abzuweisen. Mit einer Rückführung würde der völkerrechtliche Grundsatz des Rückschiebeverbots, welcher als Grundwert im Sinne von Art. 20 HKÜ anzusehen ist, verletzt.

III.

1. Nach Art. 14 BG-KKE sind Art. 26 HKÜ und Art. 5 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (ESÜ, SR 0.211.230.01) in den Kantonen und auf Bundesebene auf die Kosten des Gerichtsverfahrens anwendbar.

Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, vom Antragsteller keine Zahlungen für Massnahmen zu verlangen, die für den Antragsteller aufgrund des Absatzes 1 von der zentralen Behörde des betreffenden Staates getroffen werden; darunter fallen auch die Verfahrenskosten und gegebenenfalls die Kosten für einen Rechtsanwalt, nicht aber die Kosten für die Rückführung des Kindes (vgl. Art. 5 Abs. 3 ESÜ).

Für die nach dem HKÜ gestellten Anträge erheben die zentralen Behörden und andere Behörden der Vertragsstaaten keine Gebühren. Insbesondere dürfen sie vom Antragsteller weder die Bezahlung von Verfahrenskosten noch der Kosten verlangen, die gegebenenfalls durch die Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Ein Vertragsstaat kann jedoch einen Vorbehalt nach Art. 42 HKÜ anbringen und darin erklären, dass er nur insoweit gebunden ist, die sich aus der Beiordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichtsverfahren ergebenden Kosten im Sinne von Art. 26 Abs. 2 HKÜ zu übernehmen, als diese Kosten durch sein System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind (Art. 26 Abs. 3 HKÜ). R. hat einen entsprechenden Vorbehalt angebracht⁶, wonach der Staat nicht verpflichtet werden könne, Gerichtskosten oder Parteientschädigungen zu tragen. Die Schweiz wendet diesfalls das Prinzip der Gegenseitigkeit an (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, SR 0.111). Aus diesem Grund sind in casu die Verfahrenskosten nach uP-Grundsätzen zu verlegen.

2. Die unterliegende Partei ist in der Regel zum vollständigen Ersatz der Prozesskosten an ihren Gegner zu verurteilen (Art. 58 Abs. 1 ZPO).
3. Der Gesuchsteller ist vollständig unterlegen, weshalb er die Gerichtskosten zu tragen hat, unter Vorbehalt des ihm erteilten Rechts zur unentgeltlichen Prozessführung. (...).

Aufgrund seines vollständigen Unterliegens hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin deren Parteikosten zu ersetzen. (...).

(...)

⁶ http://hcch.e-vision.nl/index_de.php?act=status.comment&csid=650&disp=resdn.

Hinweis:

Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten
(Bundesgerichtsentscheid vom 31. Mai 2010, Nr. 5A_391/2010), weshalb der Entscheid in
Rechtskraft erwachsen ist.