



5A_997/2018

Urteil vom 11. Januar 2019
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Katharina Stucki,
Beschwerdeführer,

gegen

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Kai Burkart,
Beschwerdegegnerin,

C. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Linggi.

Gegenstand

Unentgeltliche Rechtspflege (Rückführung eines Kindes),

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts
Schwyz, 2. Zivilkammer, vom 27. November 2018
(ZK2 2018 73).

Sachverhalt:

A.

B._____ und A._____, beides chilenische Staatsangehörige, sind die nicht verheirateten Eltern der am 2010 geborenen Tochter C._____.

Im Herbst 2016 ersuchte die Mutter beim Familiengericht in Santiago de Chile um Erlaubnis, das Land mit C._____ zu verlassen und in Spanien zu leben. Am 3. März 2017 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, wonach die Mutter mit C._____ während zwei bestimmten Zeitperioden in der Schweiz leben durfte.

Unbekümmert um die am 3. März 2017 geschlossene Vereinbarung betreffend Aufenthaltsperioden des Kindes in der Schweiz, welche eine Rückkehr des Kindes nach Chile spätestens am 14. Juli 2018 vorsah, verblieb die Mutter mit dem Kind in der Schweiz.

B.

Mit Gesuch vom 19. September 2018 beantragte der Vater die Rückführung des Kindes nach Chile.

Mit Beschluss vom 27. November 2018 ordnete das Kantonsgericht Schwyz die Rückführung des Kindes nach Chile an. Mit Verweis auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ erhob es keine Gerichtskosten bzw. belastete die auf Fr. 11'867.70 bestimmten Gerichtskosten (inkl. Entschädigung des Kindesvertreters) der Staatskasse (Ziff. 7). Indes verpflichtete es die Mutter gestützt auf Art. 26 Abs. 4 HKÜ, dem antragstellenden Vater eine auf Fr. 9'600.-- bestimmte Parteientschädigung (Ziff. 8) und die Reisekosten von Fr. 2'446.-- zu bezahlen (Ziff. 9). Sodann schrieb es das Gesuch des Vaters um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos ab (Ziff. 10).

C.

Mit Beschwerde vom 5. Dezember 2018 hat der Vater Ziff. 10 des Dispositives angefochten und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das kantonale Rückführungsverfahren verlangt. Ferner ersucht er auch für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege.

Am 10. Dezember 2018 reichte das Kantonsgericht seine Vernehmung ein. Mit Schreiben vom 20. bzw. vom 27. Dezember 2018

verzichteten die Mutter und der Kindesvertreter je auf eine Vernehmung.

D.

Bereits am 29. November 2018 hatte die Mutter ihrerseits in der Hauptsache, d.h. betreffend die Rückführung, eine Beschwerde eingereicht; diese bildet Gegenstand des Verfahrens 5A_982/2018.

Erwägungen:

1.

Im Streit um Nebenpunkte, namentlich hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsfolgen, folgt der Rechtsweg an das Bundesgericht demjenigen der Hauptsache, soweit dafür keine besonderen Verfahrenswege vorgeschrieben sind (BGE 134 I 159 E. 1.1 S. 160; 134 V 138 E. 3 S. 143 f.; Urteile 5A_952/2015 vom 17. Juni 2016 E. 1; 4A_362/2017 vom 26. Oktober 2017 E. 1.1). Die Beschwerde in Zivilsachen steht somit offen.

2.

Der Beschwerdeführer macht vor dem Hintergrund, dass weder Chile noch die Schweiz einen Kostenvorbehalt im Sinn von Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht haben, eine Verletzung von Art. 26 Abs. 2 HKÜ geltend, indem das Kantonsgericht zufolge Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Leistung eines Parteikostenersatzes sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos erklärt habe. Damit werde ihm konventionswidrig das Inkassorisiko aufgebürdet, welches vorliegend durchaus bestehen könnte, weil die Mutter für den Rückführungsfall ihre eigene Rückkehr nach Chile in Aussicht gestellt habe, es aber angesichts ihres "expat-Lebens" auch möglich sei, dass sie mit ihrem Ehemann in ein anderes Land ziehe, so dass die Einforderung der zugesprochenen Entschädigung mit Schwierigkeiten verbunden sein könnte.

3.

Das Kantonsgericht hält fest, dass es den Vorgaben von Art. 26 Abs. 2 HKÜ, wonach beim gesuchstellenden Teil keine Gebühren oder Kosten erhoben werden dürften, nachgelebt habe. Im Übrigen vermenge der Beschwerdeführer die Konventionsbestimmungen mit dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben Fr. 350'000.-- im Jahr verdiene. Ferner bestehe auf Seiten der Beschwerdegegnerin

kein Inkassorisiko; sie habe eigenes Vermögen von ca. Fr. 1 Mio und mit ihrem Ehemann, welcher ein Jahreseinkommen von ca. Fr. 1 Mio erziele, ein gemeinsames eheliches Vermögen von ca. Fr. 20 Mio.

4.

Die konventionsweise vorgesehene grundsätzliche Kostenlosigkeit des Rückführungsverfahrens besteht unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Parteien und darf nicht mit dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege vermennt werden:

Gemäss Art. 26 Abs. 2 HKÜ ist – soweit nicht die Vertragsstaaten gestützt auf Art. 26 Abs. 3 HKÜ Vorbehalte zugunsten des System der unentgeltlichen Rechtspflege angebracht haben, was vorliegend weder für Chile noch für die Schweiz zutrifft – das Rückführungsverfahren kostenlos und dürfen keine Kosten für die Beiordnung eines Anwaltes verlangt werden (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Über den strikten Wortlaut hinaus wendet das Bundesgericht die Bestimmung gemäss ihrem Sinn und Zweck (vgl. dazu Explanatory Report von PÉREZ-VERA, Rz. 135) dahingehend an, dass es die beteiligten Rechtsanwälte auch dann aus der Bundesgerichtskasse entschädigt, wenn diese nicht beigeordnet, sondern von den Parteien auf freier Mandatsbasis mit der Interessenwahrung beauftragt worden sind. Dies gilt grundsätzlich auch für die kantonalen Gerichte, wobei sie diesbezüglich – obwohl es wie gesagt nicht um unentgeltliche Rechtspflege geht – reduzierte Tarife anwenden dürfen (Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 E. 6).

Als Alternative zur Bestreitung sämtlicher Kosten aus der Gerichtskasse eröffnet Art. 26 Abs. 4 HKÜ dem Sachgericht – wobei diesem hierbei viel Ermessen zukommt (vgl. Explanatory Report, Rz. 136; Urteil 5A_429/2015 vom 22. Juni 2015 E. 7) – die Möglichkeit, die Vertretungskosten des gesuchstellenden Teils dem zur Rückführung verpflichteten Elternteil aufzuerlegen. Diesfalls kann eine prozessarme Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen, in dessen Rahmen aber nur die Kosten der eigenen Vertretung (vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO), nicht auch die übrigen in Art. 26 Abs. 4 HKÜ erwähnten Kosten übernommen werden können (Urteil 5A_429/2015 vom 22. Juni 2015 E. 7).

Sieht aber Art. 26 Abs. 4 HKÜ ausdrücklich die Möglichkeit einer entsprechenden Kostenüberbindung vor, so kann der Beschwerdeführer für den betreffenden Fall nicht eine Verletzung von Art. 26 Abs. 2 HKÜ anrufen, denn Abs. 2 wird offensichtlich nicht verletzt, wenn das Sachgericht Abs. 4 zur Anwendung bringt. Einzig könnte er, wie erwähnt,

mit Blick auf eine Kostenüberbindung nach Art. 26 Abs. 4 HKÜ ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Kosten der eigenen Vertretung stellen. Dies setzt aber Prozessarmut voraus. Dass diese vorliegend bestünde und im kantonalen Rückführungsverfahren dargelegt worden wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

Auch das – angesichts der konkreten Vermögensverhältnisse auf der Gegenseite kaum bestehende – Inkassorisiko könnte der Beschwerdeführer einzig im Zusammenhang mit einem allfälligen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ins Spiel bringen (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO; sodann spezifisch für das Kindesrückführungsverfahren: Urteil 5A_550/2012 vom 10. September 2012 E. 5.2 und Dispo-Ziff. 5). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege nicht erfüllt, bleibt das Inkassorisiko bestehen; dieses ergibt sich aber zwangsläufig aus Art. 26 Abs. 4 HKÜ und insofern ist keine Konventionswidrigkeit auszumachen.

Aus den gesamten vorstehenden Ausführungen erhellt, dass sich das Kantonsgericht vielleicht etwas unpräzise ausgedrückt hat, wenn es das Gesuch des Beschwerdeführers als gegenstandslos bezeichnete statt es wegen fehlender Prozessarmut abzuweisen und festzustellen, dass zufolge Kostenüberbindung nach Art. 26 Abs. 4 HKÜ eine auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ gestützte Honorierung des Rechtsvertreters aus der Gerichtskasse ausser Betracht fällt. Indes erwächst dem Beschwerdeführer daraus kein ersichtlicher Nachteil.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde im Ergebnis abzuweisen ist. Vorliegend geht es – im Unterschied zum Verfahren 5A_982/2018 – nicht um die Rückführung des Kindes, sondern um einen etwas seltsamen Streit einer finanzkräftigen Partei über die unentgeltliche Rechtspflege, für dessen Austragung vor Bundesgericht der Beschwerdeführer keine auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ gestützte Übernahme seiner Anwaltskosten durch die Gerichtskasse beanspruchen kann. Was ferner sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren anbelangt, wird Prozessarmut nicht ansatzweise dargetan, ja nicht einmal behauptet; abgesehen davon war die Beschwerde, wie die voranstehenden Erwägungen zeigen, von Anfang an offensichtlich aussichtslos, weshalb es zusätzlich auch an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt und das betreffende Gesuch abzuweisen ist (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Frage der Tragung von Kosten der Gegenpartei stellt sich

nicht, weil zufolge Verzichts auf Stellungnahmen kein entschädigungs-
pflichtiger Aufwand entstanden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Es werden weder Kosten erhoben noch Entschädigungen gesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, C._____, dem Kantonsgericht
Schwyz, 2. Zivilkammer, und dem Bundesamt für Justiz, Zentralbe-
hörde für Kindesentführungen, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Januar 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

Möckli