

XKL.2022.1

Art. 47

Entscheid vom 25. August 2022

Besetzung Oberrichter Lindner, Vizepräsident
 Oberrichter Holliger
 Oberrichterin Vasvary
 Gerichtsschreiberin Schwarz

Gesuchsteller **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch MLaw E._____, Rechtsanwalt,
 [...]

Gesuchs- **B.**_____,
gegnerin [...]
 vertreten durch lic. iur. Oliver Bulaty, Rechtsanwalt,
 [...]

Betroffene **C.**_____,
Person 1 [...]

Betroffene **D.**_____,
Person 2 [...]
 1 und 2 vertreten durch lic. iur. Fabienne Brunner, Rechtsanwältin,
 [...]

Gegenstand Klageverfahren betreffend Kindsrückführung

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

C., geboren am tt.mm.2017, und D., geboren am tt.mm.2021, sind die Kinder der verheirateten Eltern A. (Gesuchsteller) und B. (Gesuchsgegnerin). Die Kinder sind in Polen geboren und aufgewachsen. Die Gesuchsgegnerin begab sich mit den Kindern am 23. März 2022 in die Schweiz, wo sie sich seither befinden. Seit dem 4. April 2022 ist sie in Q. angemeldet.

2.

2.1.

Mit Rückführungsgesuch gemäss dem Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) vom 13. Juli 2022 stellte der Vater folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin die gemeinsamen Kinder der Parteien, C., geb. tt.mm.2017, und D., geb. tt.mm.2021, seit dem 23. März 2022 widerrechtlich im Sinne von Art. 3 HKÜ in der Schweiz zurückhält.

2.

Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung des polizeilichen Vollzugs und der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten, C. und D., innert fünf Tagen nach Rechtskraft des Urteils zum Gesuchsteller nach Polen zurückzubringen.

3.

Im Sinne einer **superprovisorischen Massnahme** sei

Der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB unverzüglich und ohne vorgängige Anhörung zu verbieten, C. und D. für die Dauer des Verfahrens ins Ausland zu verbringen oder verbringen zu lassen, mit Ausnahme eines Zurückbringens nach Polen.

die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB unverzüglich anzuweisen, sämtliche temporären und definitiven Ausweispapiere von C. und D. für die Dauer des Verfahrens beim Gericht zu hinterlegen.

4.

Dem Gesuchsteller sei ein Dolmetscher in den Sprachen Russisch und Deutsch beizugeben.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer). Insbesondere sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller gemäss Art. 26 Abs. 4 HKÜ die ihr durch das widerrechtliche Zurückhalten von C. und

D. in der Schweiz entstandenen Reisekosten, Kosten für die Rechtsvertretung im vorliegenden Verfahren durch Leistung eines Prozesskostenvorschusses an den Gesuchsteller zu übernehmen und ihm Kosten für die Rückgabe der Kinder zu ersetzen. Eventualiter sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der unterzeichnende Anwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter einzusetzen."

2.2.

Mit Instruktionsrichterverfügung vom 15. Juli 2022 wurde die polizeiliche Zustellung des Gesuchs mit vorsorglicher Einziehung der Reisepässe der Gesuchsgegnerin sowie von C. und D., das Verbot für die Gesuchsgegnerin zum Verlassen des Kantons zusammen mit C. und oder D. sowie eine Kindesvertretung angeordnet. Die Polizei konnte die Reisepässe der Kinder in der Folge zuhanden des Obergerichts einziehen, während die Gesuchstellerin ihren eigenen Reisepass nicht aushändigen wollte.

2.3.

Die Gesuchsgegnerin liess sich mit Eingaben vom 20., 21. und 26. Juli 2022 zum Rückführungsgesuch vernehmen.

2.4.

Nach schriftlicher Gewährung des rechtlichen Gehörs ordnete der Instruktionsrichter mit Verfügungen vom 22. und 28. Juli 2022 eine Mediation an, welche gemäss telefonischer Mitteilung der Mediatorin vom 3. August 2022 gescheitert ist.

2.5.

Mit Verfügung vom 28. Juli 2022 zog der Instruktionsrichter den "Kurzbericht Vorabklärung" der jfb R. an das Familiengericht R. vom 27. Juli 2022 bei.

2.6.

Mit unaufgefordert eingereicherter Eingabe vom 3. August 2022 hielt der Gesuchsteller an seinen Anträgen fest.

2.7.

Mit Verfügung vom 4. August 2022 verpflichtete der Instruktionsrichter die Gesuchsgegnerin zur Bestellung eines Anwalts. Dieser Verpflichtung ist sie fristgerecht nachgekommen.

2.8.

Mit Eingaben vom 18. August 2022 berichteten die Parteien auf Aufforderung des Instruktionsrichters über den Stand des Scheidungsverfahrens in Polen.

2.9.

An der Verhandlung vom 25. August 2022 nahmen die Gesuchsgegnerin und die Kindsanwältin zum Rückführungsgesuch Stellung, wurde die Parteibefragung durchgeführt und die Parteien sowie die Kindsvertreterin konnten abschliessend Stellung nehmen. Der Gesuchsteller hielt an seinen Anträgen fest. Die Kindsvertreterin verzichtete auf die Stellung von Anträgen.

Die Gesuchsgegnerin stellte folgende Anträge:

- " 1.
Das Rückführungsgesuch sei abzuweisen.
2.
Die vorsorglich angeordneten Massnahmen des Obergerichts Aargau gemäss Verfügung vom 15. Juli 2022 (Ziff. 1, 2 und 5) seien aufzuheben, insbesondere die Eintragung im RIPOL zu löschen, die KESB Baden zu informieren und es seien die Reisedokumente der Kinder an die Gesuchsgegnerin auszuhändigen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers."

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25. Oktober 1980 (HKÜ, SR 0.211.230.02) und als Folge davon das Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) werden auf jedes Kind angewendet, das unmittelbar vor einer Verletzung des Sorge- und Besuchsrechts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatte, und welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 4 HKÜ).

1.2.

Die fünfjährige C. und der einjährige D. lebten vor der Einreise in die Schweiz in Polen. Sowohl die Schweiz als auch Polen sind Vertragsstaaten des HKÜ. Dieses sowie das BG-KKE finden somit auf das eingereichte Gesuch um Rückführung Anwendung.

2.

2.1.

Zuständig für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen, einschliesslich der Massnahmen zum Schutz von Kindern, ist als einzige Instanz das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE).

2.2.

C. und D. halten sich aktuell in Q. auf, weshalb das Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, zur Beurteilung des Rückführungsgesuchs zuständig ist (§ 10 Abs. 1 lit. b EG ZPO). Auf das Rückführungsgesuch ist einzutreten.

2.3.

Gemäss Art. 9 Abs. 2 BG-KKE hört das Gericht das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson, soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. In seinem Leitentscheid zur Kindesanhörung ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass diese im Sinn einer Richtlinie ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist, wobei es nicht ausgeschlossen ist, je nach den konkreten Umständen auch ein etwas jüngeres Kind anzuhören, etwa wenn bei Geschwistern das jüngere kurz vor dem genannten Schwellenalter steht (BGE 131 III 553 E. 1.2.3). Vorliegend ist C. gerade 5-jährig geworden; D. ist einjährig. Die Kindsvertreterin hat sich mit C. getroffen, ist aber zum Schluss gelangt, dass eine Anhörung von C. durch das Gericht insbesondere aufgrund ihres jungen Alters nicht sinnvoll ist (Plädoyer, S. 5). Entsprechend ist auf eine Kinderanhörung zu verzichten.

3.

3.1.

Ziel des HKÜ ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (Art. 1 HKÜ). Beim Rückführungsentscheid ist weder über die elterliche Sorge noch über die Obhut zu befinden. Vielmehr bleibt die betreffende Entscheidung dem Gericht im Herkunftsland vorbehalten (Art. 16 und 19 HKÜ). Alleiniges Thema des Rückführungsprozesses ist die Prüfung der Voraussetzungen für die Rückführung; sind diese gegeben, muss die Rückführung ohne materielle Prüfung angeordnet werden, soweit nicht ausnahmsweise einer der Ausschlussgründe (Art. 12, 13 und 20 HKÜ) gegeben ist.

3.2.

3.2.1.

Als widerrechtlich gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 lit. a HKÜ), und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Art. 3 lit. b HKÜ). Das genannte Sorgerecht kann insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen (Art. 3 Abs. 2 HKÜ). Mit Sorgerecht ist die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht gemeint, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Art. 5 lit. a HKÜ).

3.2.2.

Die Parteien heirateten noch vor Geburt des älteren Kindes (vgl. die Heiratsurkunde, Gesuchsbeilage 3) und sind noch immer verheiratet. In Polen ist die Scheidungsklage (Gesuchsbeilage 4) hängig; das Scheidungsgericht hat jedoch noch keine Anordnungen zur elterlichen Sorge oder zum Aufenthaltsbestimmungsrecht getroffen (vgl. Eingaben der Parteien vom 18. August 2022). Im polnischen Recht ist die elterliche Sorge im Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch vom 25. Februar 1964 (Kodeks rodzinny i opiekuńczy) geregelt (für eine deutsche Übersetzung vgl. DE VRIES, in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Polen, 243. Lieferung, S. 55 ff.) Gemäss Art. 93 § 1 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch wird die elterliche Sorge von beiden Elternteilen ausgeübt. Steht die elterliche Sorge beiden Elternteilen zu, so ist jeder von ihnen zu ihrer Ausübung berechtigt und verpflichtet. Jedoch haben die Eltern in wesentlichen Angelegenheiten des Kindes gemeinschaftlich zu entscheiden; wird kein Einverständnis zwischen ihnen erzielt, so entscheidet das Vormundschaftsgericht (Art. 97 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch).

3.2.3.

Demgemäss steht den Parteien nach polnischem Recht die gemeinsame elterliche Sorge zu. Die Verlegung des Wohnsitzes der Kinder ins Ausland ist zweifellos eine wesentliche Angelegenheit gemäss Art. 97 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch, und die Gesuchsgegnerin durfte diese nur im Einverständnis mit dem Gesuchsteller oder gestützt auf einen gerichtlichen Entscheid vornehmen. Sofern die Gesuchsgegnerin im März 2022 die Kinder ohne Einverständnis des Gesuchstellers in die Schweiz verbrachte (dazu unten E. 3.3.2.), liegt mangels gerichtlicher Genehmigung ein widerrechtliches Verbringen im Sinne von Art. 3 HKÜ vor.

3.3.

3.3.1.

Ist ein Kind im Sinn von Art. 3 HKÜ widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden und ist bei Eingang des Antrags beim Gericht des Vertragsstaates, in dem sich das Kind befindet, eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen oder Zurückbehalten verstrichen, so ordnet das zuständige Gericht die sofortige Rückgabe des Kindes an, ohne zu prüfen, ob sich das Kind in seiner neuen Umgebung eingelebt hat (Art. 12 HKÜ). Vorliegend ist noch kein Jahr seit der Verbringung in die Schweiz verstrichen, weshalb grundsätzlich vorbehaltlich des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes die Rückgabe des Kindes anzuordnen ist.

3.3.2.

3.3.2.1.

Von einer Anordnung der Rückgabe des Kindes kann abgesehen werden, wenn die sorgeberechtigte Person das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ). Unumstritten ist im vorliegenden Fall, dass der Gesuchsteller sein Sorgerecht vor der Abreise der Kinder in die Schweiz tatsächlich ausgeübt hat; strittig ist jedoch, ob er dem Verbringen in die Schweiz zugestimmt hat.

Für die Annahme einer Zustimmung bzw. Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ gelten hohe Anforderungen. Der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Sorgerechtsinhabers muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlich oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann. Art. 13 Abs. 1 HKÜ auferlegt die Beweislast für Umstände, welche der Rückführung entgegenstehen, derjenigen Person, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt. Die betreffenden Umstände sind anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen (Urteil des Bundesgerichts 5A_467/2021 vom 30. August 2021 E. 2.2.).

3.3.2.2.

Unumstritten ist vorliegend, dass der Gesuchsteller und die Gesuchsgegnerin zusammen mit den betroffenen, gemeinsamen Kindern bis am 17. März 2022 zusammen in S. lebten. Ab dem 15. März 2022 kam es zu heftigem Streit zwischen den Parteien, in dessen Verlauf der Gesuchsteller infolge einer Anzeige der Gesuchsgegnerin wegen häuslicher Gewalt auch für einen Tag in Haft versetzt worden ist. Die Gesuchsgegnerin reiste mit den Kindern am 23. März 2022 in die Schweiz.

Unumstritten ist weiter, dass die Parteien vor dem Ausbruch des erwähnten Streits und vor ihrer Trennung geplant hatten, dass sie zusammen mit den Kindern in die Schweiz ziehen würden; die Parteien hatten bereits eine Wohnung gemietet (vgl. Beilage 1 zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom

21. Juli 2022), die Gesuchsgegnerin hatte einen Vertrag für eine Arbeitsstelle in der Schweiz unterschrieben (vgl. Beilage 5 zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 21. Juli 2022) und die Parteien suchten auch eine Arbeitsstelle für den Gesuchsteller in der Schweiz. Geplant war, dass die Gesuchsgegnerin mit den Kindern am 23. März 2022 per Flugzeug in die Schweiz reisen würde; der Gesuchsteller hätte bereits am 21. März 2022 mit dem Auto in die Schweiz fahren sollen (vgl. Gesuch N. 30; erste Stellungnahme der Gesuchsgegnerin an der Verhandlung vom 25. August 2022 S. 3 ff., Protokoll Parteibefragung, S. 8 und 15 ff.).

Umstritten ist, ob trotz des Streits und der Trennung der Parteien in der Woche vor der Abreise zum Zeitpunkt der Abreise am 23. März 2022 noch eine Zustimmung des Gesuchstellers zum Verbringen der Kinder in die Schweiz vorgelegen hat. Die Pläne der Parteien eines gemeinsamen Umzugs mit den Kindern in die Schweiz waren durch ihre Trennung in Frage gestellt, weshalb die Gesuchsgegnerin nicht ohne Weiteres davon ausgehen konnte, dass der Gesuchsteller ihrer Abreise in die Schweiz noch immer zustimmen würde. Anlässlich der Parteibefragung gestand sie ein, dass sie sich nicht sicher war, ob sie in die Schweiz reisen sollte (Parteibefragung Protokoll S. 17 f.). Die Parteien hatten zwar in den Tagen vor der Ausreise persönlichen Kontakt, jedoch haben sie gemäss den Aussagen des Gesuchstellers mündlich die Zukunft der Familie bzw., ob die Gesuchsgegnerin mit den Kindern ausreisen soll, nicht effektiv besprochen (vgl. Protokoll S. 9, mit der sinngemässen Aussage, er habe darüber sprechen wollen, aber die Gesuchsgegnerin habe die Pläne nur mit ihrer Mutter und nicht mit ihm besprechen wollen).

Hingegen fand zwischen den Parteien am 22. März 2022 - einen Tag vor der Abreise der Gesuchsgegnerin mit den Kindern in die Schweiz - eine WhatsApp-Kommunikation statt (an der Verhandlung von der Gesuchsgegnerin eingereichte Beilagen 9 und 10). Die Gesuchsgegnerin fragte den Gesuchsteller dabei ausdrücklich: "In die Schweiz? Soll ich mit den Kindern fliegen?" (16.02 Uhr). Im Übrigen brachte sie die Sorge zum Ausdruck, dass sie das Flugzeug verlassen müssen, weil er eine Anzeige erstattet habe, dass sie mit den Kindern ohne sein Einverständnis fliege (16.03 Uhr). Die Frage, ob die Gesuchsgegnerin mit den Kindern in die Schweiz fliegen solle, beantwortete der Gesuchsteller nicht direkt, hingegen teilte er bezüglich ihrer Befürchtung, das Flugzeug verlassen zu müssen, mit, sie solle sich keine Sorgen machen, er werde ihr schreiben, welches Dokument benötigt werde und sie werde höchstwahrscheinlich nicht danach gefragt (16.03 und 16.04 Uhr).

Damit bekundete der Gesuchsteller seinen Willen, die Gesuchsgegnerin bei der Ausreise in die Schweiz zu unterstützen, indem er ihr zu einem dafür benötigten Dokument verhelfen würde, und er bestärkte sie in ihrer Absicht, Polen mit den Kindern zu verlassen und in die Schweiz einzureisen,

dies im Wissen, dass in der Schweiz kein kurzfristiger Ferienaufenthalt oder dergleichen geplant war, sondern eine Wohnsitznahme mit den Kindern, und dass die Gesuchsgegnerin bereits über einen Arbeits- und Mietvertrag verfügte (vgl. für einen ähnlichen Sachverhalt Urteil des Bundesgerichts 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006 E. 5).

Es ist damit von einer konkludenten Zustimmung zum Verbringen der Kinder in die Schweiz auszugehen. Auch verneinte der Gesuchsteller die explizite Frage der Gesuchstellerin, ob sie mit den Kindern in die Schweiz fliegen solle, nicht, woraus die Gesuchsgegnerin schliessen durfte und musste, dass er dem Verbringen der Kinder in die Schweiz trotz der mit der Trennung der Parteien veränderten Umständen nach wie vor zustimmte.

Die Gesuchsgegnerin teilte dem Gesuchsteller in derselben WhatsApp-Korrespondenz auch mit, dass es besser wäre, wenn er für sich eine Wohnung mieten würde (16.01 Uhr), worauf er antwortete "Besser in die Schweiz [...]". Dies lässt darauf schliessen, dass er trotz des heftigen Streits nach wie vor hoffte, gemäss dem ursprünglichen gemeinsamen Plan mit der Gesuchsgegnerin und den Kindern in die Schweiz ziehen zu können. Auch in der Parteibefragung sagte der Gesuchsteller sinngemäss aus, er habe der Gesuchsgegnerin die Abreise nicht untersagt, da er nicht gewusst habe, "ob sie den ersten Plan umsetzt"; den "ersten Plan" habe er beibehalten wollen (Protokoll Parteibefragung S. 9). Mit dem "ersten Plan" ist wie oben dargelegt die gemeinsame Wohnsitznahme in der Schweiz gemeint. Dass sich sein Wunsch nach einer gemeinsamen Zukunft der Familie in der Schweiz nicht verwirklicht hat, ändert an seiner Zustimmung zum Verbringen der Kinder in der Schweiz zum damaligen Zeitpunkt nichts (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.380/2006 vom 17. November 2006 E. 4.6.).

3.3.3.

Damit ist der Ausnahmetatbestand von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ erfüllt und das Rückführungsgesuch ist abzuweisen. Es kann bei diesem Ergebnis offenbleiben, ob angesichts der konkludenten Zustimmung des Gesuchstellers zum Verbringen der Kinder in die Schweiz überhaupt eine Sorgerechtsverletzung nach polnischem Recht vorliegt.

Mit der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids entfallen auch die für die Dauer des Verfahrens getroffenen Massnahmen: Der Gesuchsgegnerin sind somit die polnischen Reisepässe der Kinder zurückzugeben und die Ausschreibung der Kinder ist zu revozieren.

4.

4.1.

Gemäss Art. 26 Abs. 2 HKÜ (Art. 14 BG-KKE) erheben die Gerichte der Vertragsstaaten für die nach dem HKÜ gestellten Anträge keine Gebühren. Insbesondere dürfen sie vom Antragsteller weder die Bezahlung von

Verfahrenskosten noch der Kosten verlangen, die gegebenenfalls durch die Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehen. 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 Sinn des Abs. 2 zu übernehmen, als diese Kosten durch sein System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind (Art. 26 Abs. 3 HKÜ). Art. 26 HKÜ gilt auch für die Kosten der Mediation nach Art. 8 Abs. 1 BG-KKE (Art. 14 BG-KKE).

4.2.

Polen hat einen solchen Vorbehalt angebracht. In einem solchen Fall wendet die Schweiz das Prinzip der Gegenseitigkeit an (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 [SR 0.111]) und garantiert die Kostenlosigkeit nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem innerstaatlichen Recht (Urteil des Bundesgerichts 5A_822/2013 vom 28. November 2013 E. 4.1 mit Hinweisen).

4.3.

Der Gesuchsteller hat beantragt, die Gesuchsgegnerin sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten. Die Prozesskostenvorschusspflicht ergibt sich aus dem materiellen Recht und kann nicht Gegenstand eines Vollstreckungsverfahrens nach HKÜ sein. Auf diesen Antrag ist daher nicht einzutreten. Hingegen erscheint es – trotz der grundsätzlichen Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege nach schweizerischem Recht – aufgrund der Dringlichkeit des Verfahrens und der internationalen Verhältnisse einem Gesuchsteller nicht zumutbar, zusätzlich vor einem erstinstanzlichen Gericht ein Verfahren um einen Prozesskostenvorschuss zu führen.

Der Gesuchsteller erfüllt die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 117 f. ZPO (vgl. Gesuch N. 41 ff. und den Umstand, dass er mindestens derzeit arbeitslos und ohne Erwerbseinkommen ist). Sein Eventualantrag um unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsverteidigung ist damit zu bewilligen.

4.4.

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Entscheidgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO; § 7 Abs. 4 VKD), den gerichtlich genehmigten Mediationskosten von Fr. 1'350.00, den Übersetzungskosten von Fr. 324.30 (Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO) und den Kosten für die Kindsvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Die Kindsvertreterin macht mit Kostennote vom 25. August 2022 ein Honorar (inkl. Auslagen, Übersetzungskosten und Mehrwertsteuer) von Fr. 2'779.40 geltend. Dieses erscheint angemessen und ist zu genehmigen. Die Gerichtskosten betragen somit insgesamt Fr. 6'453.70. Sie sind gestützt auf den Verfahrensausgang gemäss

Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Gesuchsteller aufzuerlegen, jedoch infolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

4.5.

4.5.1.

Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO hat der unterliegende Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Gesuchstellers hingegen ist vorläufig unter dem Vorbehalt der Nachzahlung auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO).

4.5.2.

Der Gesuchsteller hat mit (korrigierter) Kostennote vom 25. August 2022 ein Anwaltshonorar von Fr. 13'275.80 zuzüglich Auslagen von Fr. 309.40 und Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 1'046.05, insgesamt ausmachend Fr. 14'631.25 geltend gemacht, die Gesuchsgegnerin mit Kostennote vom 25. August 2022 ein Anwaltshonorar von Fr. 6'675.00 zuzüglich Auslagen von Fr. 586.90, Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 559.15 und Übersetzungskosten von Fr. 725.00, insgesamt ausmachend Fr. 8'546.05.

4.5.3.

Die pauschale Grundentschädigung beträgt, falls das Verfahren vollständig durchgeführt wurde, Fr. 1'210.00 bis Fr. 14'740.00 (§ 8a Abs. 3 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. b AnwT). Um dem Ermessensmissbrauchs- oder Willkürverbot (Art. 9 BV) standzuhalten, wird mit unterschiedlich hohen Grundpauschalen im Ergebnis der objektiv erforderliche Vertretungsaufwand berücksichtigt.

Praxisgemäss ist im durchschnittlichen Kindsrückführungsverfahren die Grundentschädigung innerhalb des genannten Rahmens und in Anlehnung an die obergerichtliche Praxis, welche für ein durchschnittliches Eheschutz- bzw. Präliminarverfahren eine Grundentschädigung von Fr. 2'500.00 (vgl. AGVE 2002 24 S. 78) und für ein durchschnittliches Verfahren im Kindes- und Erwachsenenschutz eine Grundentschädigung von Fr. 2'000.00 (vgl. AGVE 2017 50 S. 276) veranschlagt, auf Fr. 3'000.00 festzulegen. Dabei wird mitberücksichtigt, dass solche Verfahren nicht oft geführt werden und man sich als Rechtsvertreter in die Thematik einarbeiten muss. Mit dieser Pauschale sind Aktenstudium, Instruktionen, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefonate sowie eine Rechtschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten. Der durch das fremdsprachige Aktenmaterial und die Anwendbarkeit fremden (polnischen) Rechts zusätzlich verursachte Aufwand rechtfertigt einen Zuschlag auf die Grundentschädigung von insgesamt 50 %.

4.5.4.

Bei der Gesuchsgegnerin ergibt sich daraus ein Honorar von Fr. 4'500.00 (Fr. 3'000.00 Grundentschädigung und Zuschlag von Fr. 1'500.00). Beim geltend gemachten Stundenaufwand von 22.25 Stunden entspricht dies einem Stundenansatz von Fr. 202.25, was angemessen erscheint. Hinzu kommen die (allgemeinen) Auslagen von Fr. 586.90, der Mehrwertsteuerzuschlag (7.7 %) von Fr. 391.70 und die Auslagen für Übersetzungen von Fr. 725.00. Insgesamt ergibt sich eine Parteientschädigung von Fr. 6'203.60, welche der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin zu bezahlen hat.

4.5.5.

Der Gesuchsteller hat neben dem Gesuch vom 13. Juli 2022 am 3. August 2022 unaufgefordert eine weitere Eingabe eingereicht und sich mit Eingabe vom 18. August 2022 auf Aufforderung des Instruktionsrichters zum Stand des Scheidungsverfahrens geäussert. Letztere Eingabe ist mit einem Zuschlag gemäss § 6 Abs. 3 AnwT von 30% zu berücksichtigen. Demgegenüber handelte es sich bei der mit Berufung auf das Replikrecht eingereichten Eingabe vom 3. August 2022 um eine überflüssige Eingabe, nachdem den Parteien bereits mit Verfügung vom 22. Juli 2022 angekündigt worden ist, dass im Falle des Scheiterns der Mediation eine Verhandlung durchgeführt werden würde (vgl. auch Art. 9 Abs. 1 BG-KKE) und der Gesuchsteller sein Replikrecht an dieser Verhandlung ausüben konnte. Die Eingabe vom 3. August 2022 ist demnach gemäss § 6 Abs. 3 Satz 2 AnwT nicht zu entschädigen. Daraus ergibt sich insgesamt ein Honorar von Fr. 5'850.00 (Grundentschädigung Fr. 3'000.00, Zuschlag für zusätzliche Rechtschrift Fr. 900.00; Zuschlag für ausserordentlichen Aufwand Fr. 1'950.00).

Mit seiner Kostennote macht der Gesuchsteller bzw. sein Anwalt einen Aufwand von 64.39 Stunden geltend. Das würde beim errechneten Pauschalhonorar einem klar ungenügenden Stundenansatz von gut Fr. 90.00 entsprechen. Der geltend gemachte Stundenaufwand erscheint jedoch seinerseits unangemessen hoch, was sich insbesondere aus dem Vergleich mit dem Stundenaufwand des Anwalts der Gesuchsgegnerin ergibt. Zwar wurde jener erst im Verlauf des Verfahrens (nach der Mediation) mandatiert und dessen Klientin ist im Gegensatz zum Gesuchsteller der deutschen Sprache mächtig, was die Instruktion erleichtert. Angesichts dessen, dass der Gesuchsteller ein schriftliches Gesuch einreichte, während sich der Anwalt der Gesuchsgegnerin erst an der Verhandlung in der Sache äusserte, dass beim Gesuchsteller auch im Hinblick auf die Mediation noch ein geringfügiger Instruktionsaufwand notwendig war, und der erschwerten Instruktion aufgrund der fehlenden Deutschkenntnisse erscheint ein anwaltlicher Aufwand für den Gesuchsteller von rund 10 Stunden mehr als für die Vertretung der Gesuchsgegnerin angemessen, was bei einem anwaltlichen Aufwand für die Gesuchsgegnerin von 22.25 Stunden 32.25 Stunden

bzw. einen zusätzlichen Aufwand von ca. 45 % bedeutet. Bei diesem angemessenen Stundenaufwand ergibt sich bei dem nach den Regeln für die pauschale Entschädigung berechneten Betrag von Fr. 5'850.00 ein Stundenansatz von etwas mehr als Fr. 180.00, was noch angemessen erscheint. Im Übrigen ergibt sich aus der Kostennote des Anwalts des Gesuchstellers, dass bürointern wiederholt Übersetzungsarbeiten geleistet worden sind, weshalb es sich ausnahmsweise rechtfertigt, analog zu den Auslagen für Übersetzungen bei der Gesuchsgegnerin dafür zusätzlich Fr. 725.00 im Anwaltshonorar zu berücksichtigen. Hinzu kommen die Auslagen von Fr. 309.40 und der Mehrwertsteuerzuschlag (7.7 %) von Fr. 530.10, ausmachend Fr. 7'414.50. Dem unentgeltlichen Vertreter des Gesuchstellers ist dieser Betrag somit aus der Staatskasse zu entrichten.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Das Gesuch um Rückführung wird abgewiesen.

2.

Die Kantonspolizei Aargau wird angewiesen, die mit Verfügung vom 15. Juli 2022 angeordneten Eintragungen in den Fahndungssystemen (RIPOL und SIS) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids zu löschen.

3.

Die sich in den Akten befindenden polnischen Reisepässe von D. und C. sind der Gesuchsgegnerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids auszuhändigen.

4.

4.1.

Auf das Gesuch des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird nicht eingetreten.

4.2.

Dem Gesuchsteller wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und MLaw E., Rechtsanwalt, als sein unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt.

4.3.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Gesuchstellers sein richterlich genehmigtes Honorar (inkl. Auslagen und MwSt.) von Fr. 7'414.50 zu bezahlen. Die Nachzahlung gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

5.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 6'203.60 zu bezahlen.

6.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Kindsvertreterin lic. iur. Fabi-
enne Brunner, Rechtsanwältin, ihr richterlich genehmigtes Honorar (inkl.
Auslagen und Mwst.) von Fr. 2'779.40 zu vergüten.

7.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Mediatorin Silvia Salathe, ihr
richterlich genehmigtes Honorar von Fr. 1'350.00 zu vergüten.

8.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'453.70, bestehend aus der Entscheidgebühr
von Fr. 2'000.00, den Mediationskosten von Fr. 1'350.00, den Kindsvertre-
terungskosten von Fr. 2'779.40 sowie den Übersetzungskosten von
Fr. 324.30, werden dem Gesuchsteller auferlegt und ihm zufolge unentgelt-
licher Rechtspflege unter dem Vorbehalt der Nachzahlung (Art. 123 ZPO)
einstweilen vorgemerkt.