

*Art. 13 Abs. 1 und 26 HEntfÜ. – Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a und b HEntfÜ, weil der Antragsteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat (Erw. 3) und eingestandenermassen in seinem Garten Hanfpflanzen anbaut, Gebäck mit «Hanfessenzen» zu sich nimmt und regelmässig Marihuana konsumiert (Erw. 4). Im Verfahren betreffend Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obliegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen (Erw. 5 und 6).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a und b des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HEntfÜ) gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, 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, 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. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass X. unmittelbar vor dem Verbringen in die Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Australien hatte, und nach australischem Recht beiden Elternteilen, solange sie verheiratet sind, die elterliche Sorge gemeinsam zusteht. Nicht in Abrede gestellt wurde sodann, dass das Sorgerecht gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde bzw. ausgeübt worden wäre, falls X. nicht in die Schweiz überführt worden wäre. Strittig ist demgegenüber – neben verfahrensrechtlichen Fragen –, ob im vorliegenden Fall die Rückgabe von X. nach Australien im Sinne von Art. 13 Abs. 1 HEntfÜ verweigert werden kann, weil der Beschwerdeführer dem Verbringen von X. in die Schweiz bzw. dem Zurückhalten in der Schweiz zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (lit. a), oder weil die Rückgabe von X. nach Australien mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist (lit. b).

2. Der Beschwerdeführer beantragt vorab, es sei das Verfahren zur Neubeurteilung an das Kantonsgerichtspräsidium zurückzuweisen und ein neutraler Richter einzusetzen, damit der bisherige Einzelrichter als Zeuge einvernommen werden könne. Im vorinstanzlichen Verfahren sei einiges schief gelaufen. Er sei beispielsweise vom Richter aufgefordert worden, Belege einzureichen, um die Unentgeltlichkeit der Prozessführung zu erlangen, obwohl nach dem HEntfÜ die Unentgeltlichkeit ohne weitere Belege zu bewilligen sei. Der Richter habe ihm auch mitgeteilt, dass er keinen Anwalt benötige; wenn nun im Entscheid ausgeführt werde, der Richter sei

nicht dazu da, die Parteien zu beraten, so könne dieser Haltung ein gewisser Zynismus nicht abgesprochen werden. Der vorinstanzliche Richter habe ihm sodann eine Trennungsvereinbarung vorgeschlagen und im Rahmen eines Telefongesprächs mehr oder weniger die Zusage entlockt, mit dem Verbleib des Kindes in der Schweiz einverstanden zu sein. Wenn ein Richter in einem fremden Land am Telefon solche Vorschläge mache, habe er (der Beschwerdeführer) notgedrungen davon ausgehen müssen, dass dies wohl geltendem Recht entspreche und keine anderen Möglichkeiten mehr bestünden. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich beantragt, dass weitere Beweismittel vorgelegt werden könnten, falls sich abzeichnen sollte, dass das Verfahren aufgrund missverständlicher Aktennotizen entschieden werde. Da dem Einzelrichter mutmasslich bekannt gewesen sei, dass solche Beweismittel zu Komplikationen führen würden, habe er die Abnahme weiterer Beweismittel unterlassen. Dies zeige, dass keine Waffengleichheit herrsche und dem Verfahren die notwendige Fairness fehle.

a) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die fraglichen Gespräche zwischen dem Beschwerdeführer und dem vorinstanzlichen Richter fanden im Rahmen des ebenfalls hängigen – und inzwischen sistierten – Eheschutzverfahrens statt. Der vorinstanzliche Richter hatte am 15. März, 27. März und 29. Mai 2001 telefonischen Kontakt mit dem Beschwerdeführer. Bei all diesen Gesprächen hat sich der Beschwerdeführer nie in dem Sinne geäussert, dass er X. nach Australien zurückführen möchte. Er betonte zwar im zweiten Gespräch, dass er dafür «kämpfen» werde, das Kind sehen zu können, deutete aber bereits im ersten Gespräch an, dass er «durchaus an einer gütlichen Einigung interessiert» sei. Es bestand daher für den Eheschutzrichter gar kein Anlass, den Beschwerdeführer auf das HEntfÜ aufmerksam zu machen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer selber Ende März 2001 einen australischen Anwalt konsultiert. Wenn ihm dieser – zusammengefasst – den Rat erteilte, «that I could commence proceedings in Australia for an interim order for residence, but that I didn't have much chance of winning custody and that I would be better off finalising property and child support and just seeking contact with X.», mithin ihm von prozessualen Schritten abriet, und der Beschwerdeführer in der Folge im Gespräch mit den Richter erklärte, dass er «damit einverstanden [sei], dass die Mutter die Obhut über das Kind [habe]», kann diese Erklärung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht einem angeblich irreführenden Verhalten des Richters angelastet werden. Ebenso wenig widerspricht es dem genannten «Grundsatz der Waffengleichheit und Fairness» des Verfahrens, wenn der Richter nach freiem Ermessen entscheidet, welche Beweismittel er zulassen will und wie er die zugelassenen Beweismittel würdigt (vgl. §56 ZPO). Unter diesen Umständen besteht daher kein Anlass, den vorliegenden Fall aufgrund angeblicher verfahrensrechtlicher Mängel an die Vorinstanz zurückzuweisen und einen anderen Richter einzusetzen.

b) Hinzu kommt Folgendes: Der Beschwerdeführer hat weder im Eheschutz- noch im Vollstreckungsverfahren ein Ausstandsgesuch gegen den vorinstanzlichen Richter gestellt. Diesen Weg hätte er aber einschlagen müssen, um die Einsetzung eines anderen Richters zu verlangen. Wenn er dies unterlassen hat und erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen entsprechenden Antrag stellt, kann er damit nicht mehr gehört werden. Gemäss § 212 i.V.m. § 205 ZPO sind neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Der Beschwerdeführer hat mit keinem Wort dargetan und es ist denn auch sonst nicht ersichtlich, weshalb er diesen Antrag nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können. Insbesondere geht es nicht an, dass ein Antragsteller zunächst den erstinstanzlichen Entscheid abwartet und erst wenn dieser negativ ausfällt, Antrag auf Rückweisung und Einsetzung eines «neutralen» Richters stellt. Auch aus diesem Grund besteht kein Anlass, den Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen und einen anderen Richter einzusetzen.

3. Der Beschwerdeführer rügt, er habe dem Verbringen von X. in die Schweiz bzw. der Zurückbehaltung in der Schweiz nicht zugestimmt. Mit der Aussage «Io ti penso sempre e ti amo. Se tu non mi ami più davvero, me lo devi dire, e ti voglio guardare negli occhi mentre me lo dici... Se è vero, allora o.k., facciamo come voi te» habe er lediglich festgestellt, dass er sich dem Willen der Beschwerdegegnerin zur generellen Auflösung der Beziehung beugen und auch akzeptieren würde, dass sie ihn wirklich nicht mehr liebe. Keineswegs habe er sich aber damit sämtlicher Rechte bezüglich seines Kindes begeben wollen. Als er diese Zeilen geschrieben habe, sei er unter dem Schock der erst gerade erfolgten Mitteilung gestanden, dass seine Ehefrau nicht nach Australien zurückkomme und er habe Mittel und Wege gesucht, um in einem friedfertigen Ton seine Frau zur Rückkehr nach Australien zu bewegen. Unter diesen Umständen könne einem solchen Satz, welcher im Übrigen nicht einmal spezifisch auf die Zurückhaltung des Kindes Bezug nehme, nicht die Bedeutung zukommen, welche das Abkommen in Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ voraussetze. Auch aus dem Satz, er sei «damit einverstanden, dass die Mutter die Obhut über das Kind habe», könne kein abschliessender Schluss über die Zustimmung zur Zuteilung des Sorgerechtes gezogen werden. Zum einen sei diese – bestrittene – Aussage aufgrund eines Willensmangels zustande gekommen. Er sei über seine Rechte nicht im Bilde gewesen und habe aufgrund seiner beschränkten Mittel seine Rechte auch nicht überprüfen können. Zum anderen müsse dieser Satz als eine aus dem Zusammenhang des Telefongesprächs gerissene Feststellung betrachtet werden. Eine Zustimmung nach Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ dürfe nur sehr zurückhaltend angenommen werden und angesichts des eigenartigen Prozessverlaufes müsse insgesamt gesehen das Vorliegen einer Zustimmung verneint werden.

a) Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates u.a. nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person, Behörde oder sonstige Stelle, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zustand, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat.

b) Dem Beschwerdeführer ist insofern beizupflichten, als Zustimmung zu einem beschränkten Ferienaufenthalt nicht Zustimmung zur Ausreise i.S. von Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ bedeutet; vielmehr liegt nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums Widerrechtlichkeit vor. Allerdings wird dieses Einverständnis nicht selten später als Zustimmung zur Ausreise gedeutet (vgl. Kuhn, «Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all», Neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, in: AJP 9/1997, S. 1104). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann nun aber nicht allein aufgrund des Prozessverlaufs das Vorliegen einer Zustimmung verneint werden. Vielmehr ist durch Auslegung der Erklärungen des Beschwerdeführers zu ermitteln, ob er dem Verbringen von X. in die Schweiz zugestimmt bzw. dies nachträglich genehmigt hat oder nicht.

c) Die Vorinstanz hat die Erklärung des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdegegnerin im Fax-Schreiben vom 25. März 2001 «Io ti penso sempre e ti amo. Se tu non mi ami più davvero, me lo devi dire, e ti voglio guardare negli occhi mentre me lo dici... Se è vero, allora OK, facciamo come vuoi te!» als - wenn auch schwer zu akzeptierende - Zustimmung zum Vorgehen der Beschwerdegegnerin, nämlich dem Verbleib in der Schweiz zusammen mit dem Kind, qualifiziert. Dies ist nicht zu beanstanden. Nach Treu und Glauben kann diese Erklärung (frei übersetzt: «... dann machen wir es wie du willst!») nur so verstanden werden, dass der Beschwerdeführer mit einer allfälligen Trennung und deren Nebenfolgen entsprechend den Wünschen der Beschwerdegegnerin einverstanden war. Wenn der Beschwerdeführer diese Erklärung nachträglich nur in Bezug auf die Frage der Trennung gelten lassen will, so verkennet er, dass im fraglichen Fax ausdrücklich auch vom Kind («il bambino») die Rede ist, und er sich nicht in diesem einschränkenden Sinn äusserte, sondern sich uneingeschränkt dem Willen der Beschwerdegegnerin beugen wollte (oder dies zumindest vorgab). Seine Erklärung muss daher als umfassende Zustimmung verstanden werden. Bis im November 2001 hat er denn auch seine Einwilligung nie bestritten bzw. widerrufen. Soweit der Beschwerdeführer sodann ausführen lässt, er sei damals unter Schock gestanden und habe seiner Erklärung nicht diese Bedeutung beimessen wollen, so widerspricht dies seinen eigenen Ausführungen im Affidavit vom 3. Oktober 2001, wo er erklärte «I didn't demand that she return to Australia with X. as I thought that would ruin any chance of reconciliation». Bei der Abgabe dieser Erklärung hatte er im Übrigen be-

reits Kenntnis vom HEntfÜ, weshalb entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht gesagt werden kann, es dürfe nicht auf seine damaligen Erklärungen abgestellt werden, da er diese in Unkenntnis des HEntfÜ abgegeben habe. Die Vorinstanz hat daher aufgrund dieser Erklärungen zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit dem Verbleib von X. in der Schweiz einverstanden gewesen sei, weshalb dessen Zurückhalten nicht als widerrechtlich gelten könne. Dies gilt umso mehr, dass der Beschwerdeführer auch in einem – von ihm initiierten – Telefongespräch mit dem Eheschutzrichter ausdrücklich erklärte, er sei damit einverstanden, dass das Kind in der Schweiz und unter der Obhut der Beschwerdegegnerin verbleibe. Wie in Erw. 2a hievor dargelegt, kann diese Erklärung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht einem angeblich irreführenden Verhalten des Richters angelastet werden. Nicht nachvollziehbar ist ferner, weshalb diese Erklärung aus dem Zusammenhang gerissen sein soll, bestreitet doch der Beschwerdeführer zu Recht nicht, dass anlässlich dieses Telefongesprächs über die Frage der Obhutsteilung gesprochen worden ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das Gesuch um Rückführung des Kindes X. nach Australien gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ abgewiesen hat.

4. Der Beschwerdeführer wendet ferner ein, die Rückführung von X. sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz mit keiner schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden. Die Vorinstanz halte einerseits fest, dass eine gesundheitliche Gefährdung nur ausnahmsweise angenommen werden könne und nur eine wirklich schwere Gefährdung die Rückführung auszuschliessen vermöge. Andererseits werfe sie ihm Hanfkonsum vor, der in seinen Auswirkungen auf die Gesundheit äusserst umstritten sei. Die eidgenössischen Parlamente debattierten denn auch bereits über die Aufhebung der entsprechenden Strafbestimmung. Schon aus diesem Grund liege keine wirklich schwere Gefahr für die Gesundheit vor. Im Übrigen hätte bei X. schon jetzt ein eindeutiger Schaden festgestellt werden müssen, da er ja einige Zeit bei seinem Vater in Australien verbracht habe; den eingereichten ärztlichen Zeugnisse sei jedoch keine eindeutige Schädigung zu entnehmen.

a) Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ kann die Rückgabe des Kindes verweigert werden, wenn die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens des Kindes verbunden ist oder die Rückgabe das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Notwendig ist, dass sich aus der Lebensführung eine Gefährdung des Kindes ergibt, und dass diese Gefährdung schwer ist. Beispielsweise wurde die Rückführung eines Kindes nach Australien deshalb abgelehnt, weil der Antragsteller eingestandenermassen Drogen konsumiert und damit in der ehelichen Wohnung gehandelt hatte (Kuhn, a.a.O., S. 1101, mit Hinweisen).

b) Die Vorinstanz führte aus, der Beschwerdeführer habe Hanfpflanzen im Garten, nehme «Hanfessenzen» zu sich und konsumiere ausserdem

Marihuana. Daraus zog sie den Schluss, dass X. bei einer Rückkehr nach Australien ernsthaft Gefahr laufen würde, in seiner geistig-psychischen, körperlichen, moralischen und sozialen Entwicklung negativ beeinflusst zu werden, und ihm die Gefahr eines seelischen Schadens drohe. Dieser Meinung schliesst sich auch die Justizkommission an. Wie den Akten zu entnehmen ist, pflanzt der Beschwerdeführer im Garten seines Hauses Hanf an. Er hat zudem eingestanden, dass er Gebäck mit «Hanfessenzen» zu sich nimmt und regelmässig Marihuana konsumiert. Dieser Sachverhalt ist auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbestritten. Wird ein Kleinkind in ein solches Umfeld zurückgeführt, ist es dabei zweifelsohne Gefahren ausgesetzt, die nicht verharmlost werden dürfen. Es mag zwar zutreffen, dass in der Schweiz in letzter Zeit über die Legalisierung von sog. «weichen» Drogen diskutiert wurde. Trotzdem ist der Anbau und der Konsum von Marihuana bzw. Haschisch nach wie vor strafbar, weshalb dem vorinstanzlichen Richter entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht vorgeworfen werden kann, er sei voreingenommen, nur weil er diesen Sachverhalt beim Untersuchungsrichteramt zur Anzeige gebracht hat (vgl. § 6 StPO). Ausserdem darf nicht übersehen werden, dass Marihuana halluzinogene Wirkstoffe enthält, welche zu physischen und psychischen Schädigungen führen können. Dieses Betäubungsmittel führt individuell unterschiedlich (u.a.) zu Dämmerzuständen, Euphorie, Unruhe, veränderter Wahrnehmung bis zu kurzzeitigen Halluzinationen (vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 258 A., Berlin 1998, S. 635). Wenn der Beschwerdeführer zwar offenbar auch bereits früher Marihuana konsumierte und X. sein erstes Lebensjahr in diesen Verhältnissen verbrachte, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Parteien damals noch zusammen lebten und die Mutter das Kind offenbar entsprechend schützen konnte. Es erscheint jedenfalls vertretbar, wenn die Vorinstanz unter diesen Lebensumständen des Beschwerdeführers auf eine ernsthafte Gefährdung des Kindes schloss und deswegen die Rückführung des Kindes auch gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ verweigerte.

5. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, er sei von der Vorinstanz zu Unrecht zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet worden. Art. 26 Abs. 4 HEntfÜ sehe zwar (unter gewissen Umständen) die Auferlegung ganz bestimmter einzelner Kosten vor, aber mit Sicherheit nicht die Leistung einer ganzen Parteientschädigung.

Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 3. Januar 2002 wurde dem Beschwerdeführer aufgrund des HEntfÜ für das Verfahren betreffend Kindesrückführung die Unentgeltlichkeit der Rechtspflege und des Rechtsbeistandes «im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der zugerischen Zivilprozessordnung» gewährt. Gemäss § 47 ZPO befreit die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung die Partei ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches von der Pflicht zur Bezahlung der Gerichtskosten und zur Leistung von Kautionen und Barvorschüssen, nicht aber von der Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen und von der Bezahlung der Parteient-

schädigung an den obsiegenden Gegner. Die unterliegende Partei kann demnach, auch wenn ihr die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde, zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden. Diese Regelung steht durchaus im Einklang mit dem HEntfÜ. Nach Art. 26 Abs. 2 HEntfÜ dürfen die zentralen Behörden und andere Behörden der Vertragsstaaten vom Antragsteller keine Gebühren für ihr Tätigwerden erheben. Insbesondere dürfen sie vom Antragsteller weder die Bezahlung von Verfahrenskosten noch der Kosten verlangen, die gegebenenfalls durch die Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehen. Der Beschwerdeführer wurde denn auch im erstinstanzlichen Verfahren weder zur Bezahlung der Gerichtskosten noch seiner Anwaltskosten (für den Fall dass er zu Vermögen gelangen sollte) verpflichtet. Andererseits durfte er – als unterliegende Partei – ohne weiteres zu Zahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden, allerdings nicht gestützt auf Art. 26 Abs. 4 HEntfÜ, wie die Vorinstanz offenbar annimmt, sondern – wie bereits erwähnt – gestützt auf §47 ZPO (vgl. dazu Lobsiger, Internationale Übereinkommen im Familienrecht und Kostengarantien, in: AJP 1994/7, S. 914 und 917). Die angefochtene Verfügung ist daher auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

6. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist daher abzuweisen.

Wie soeben dargelegt, dürfen im Verfahren betreffend Kindesrückführung keine gerichtlichen Kosten erhoben werden. Der Beschwerdeführer hat indes bei diesem Ausgang des Verfahrens – trotz Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung (vgl. §50 Abs. 3 ZPO) – die Beschwerdegegnerin für ihre Umtriebe angemessen zu entschädigen (§40 Abs. 1 ZPO). Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Vorsitzende der Justizkommission der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 18. Juni 2002 die Unentgeltlichkeit des Rechtsbeistandes bewilligt hat.

Justizkommission, 20. Juni 2002, i.S. A. / A.