



# EINE AUSLÄNDISCHE PARTEI VOR INLÄNDISCHEN GERICHTEN

Ausgewählte Fragen

# STRONA OBCEJ NARODOWOŚCI PRZED SĄDAMI KRAJOWYMI

Wybrane zagadnienia

---

Herausgeber / Redakcja  
Elwira Macierzyńska-Franaszczyk  
Fryderyk Zoll

wydawnictwo  
**poltext**

**EINE AUSLÄNDISCHE PARTEI**  
VOR INLÄNDISCHEN GERICHTEN

**STRONA OBCEJ NARODOWOŚCI**  
PRZED SĄDAMI KRAJOWYMI

# EINE AUSLÄNDISCHE PARTEI VOR INLÄNDISCHEN GERICHTEN

Ausgewählte Fragen

# STRONA OBCEJ NARODOWOŚCI PRZED SĄDAMI KRAJOWYMI

Wybrane zagadnienia

Herausgeber / Redakcja

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk  
Fryderyk Zoll

## **Recenzenci**

prof. Shimon Shetreet  
dr hab. Magdalena Olczyk

## **Übersetzung und Korrektur / tłumaczenie i korekta**

Übersetzung aus Polnisch ins Deutsch / tłumaczenie z języka polskiego na język niemiecki S. 7–8, S. 47–64, S. 83–97, S. 113–130, S. 191–208  
Sprachliche Korrektur ins Deutsch / korekta językowa rozdziałów w języku niemieckim S. 21–24, S. 31–37, S. 149–169

**dr Anna Przyborowska**

Übersetzung aus Deutsch ins Polnisch / tłumaczenie z języka niemieckiego na język polski S. 25–28, S. 39–45, S. 171–190

**dr Elwira Macierzyńska-Franaszczyk**

## **Korrektur ins Polnisch / Korekta rozdziałów w języku polskim**

Anna Goryńska

## **Projekt okładki**

Studio KARANDASZ

## **Skład**

Protex

© Copyright by Autorzy  
Warszawa 2017

**Das Buch entstand im Projekt gefördert aus Mitteln  
der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung  
Książka powstała w ramach projektu wspieranego  
przez Polsko-Niemiecką Fundację na rzecz Nauki**

DEUTSCH		POLSKO
POLNISCHE		NIEMIECKA
WISSENSCHAFTS		FUNDACJA
STIFTUNG		NA RZECZ NAUKI

Wnioski i poglądy Autorów wyrażone w objętych tomem opracowaniach nie odzwierciedlają opinii i poglądów redaktorów zbioru, Polsko-Niemieckiej Fundacji na rzecz Nauki, ani innych podmiotów.

Poltext Sp. z o.o.  
www.poltext.pl  
e-mail: handlowy@mtbiznes.pl

DOI: 10.7206/978.83.7561.741.2  
ISBN 978-83-7561-741-2

---

# INHALTSVERZEICHNIS – SPIS TREŚCI

---

<b>Vorwort</b> .....	7
<b>Słowo wstępne</b> .....	9
<b>Projektteilnehmer – Uczestnicy projektu</b> .....	11
<b>Abkürzungsverzeichnis – Lista skrótów</b> .....	13
<b>Bibliographie – Bibliografia</b> .....	17
<b>Fryderyk Zoll</b>	
Der Fremde Himmel und die Justiz – Ausländer vor Gericht: zwischen Gerechtigkeit, Effizienz und Unverständnis .....	21
<b>Fryderyk Zoll</b>	
Obce niebo i sądownictwo – obcokrajowiec przed sądem: między sprawiedliwością, efektywnością i niezrozumieniem .....	25
<b>ABTEIL I – ROZDZIAŁ I</b>	
Fremdsprachen im inländischen Gerichtsverfahren – Język obcy w postępowaniu przed sądem krajowym .....	29
<b>Peter Herzog</b>	
Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen .....	31
<b>Peter Herzog</b>	
Projekt ustawy o wprowadzeniu izb do międzynarodowych spraw handlowych .....	39
<b>Małgorzata Suszcz</b>	
Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren als Garantie des fairen Verfahrens .....	47
<b>Małgorzata Suszcz</b>	
Udział tłumacza w procesie jako gwarancja rzetelnego procesu . . . .	65

**ABTEIL II – ROZDZIAŁ II**

Justizielle Zusammenarbeit in der EU und die Stellung einer Person fremder Herkunft vor Gericht – Współpraca sądowa w UE a pozycja osoby obcego pochodzenia przed sądem . . . . .	81
<b>Elwira Macierzyńska-Franaszczyk</b> Die Begrenzung der Zustellungsfiktion vor dem Hintergrund der Zustellungsverordnung Nr. 1393/2007 . . . . .	83
<b>Elwira Macierzyńska-Franaszczyk</b> Ograniczenie fikcji doręczenia na tle rozporządzenia 1393/2007 . . .	99
<b>Marta Kowalczuk-Kędzierska</b> Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Gerichtsentscheidungen im Bereich der elterlichen Verantwortung durch polnische Gerichte – ausgewählte Fragen . . . . .	113
<b>Marta Kowalczuk-Kędzierska</b> Uznawanie i stwierdzanie wykonalności orzeczeń sądów państw obcych w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej przez sądy polskie – wybrane zagadnienia . . . . .	131
<b>ABTEIL III – ROZDZIAŁ III</b>	
Zivilrechtliche Aspekte internationaler Kindesentführung – Cywilnoprawne aspekty uprowadzeń rodzicielskich . . . . .	147
<b>Ilona Schütz, Leonard Krippner, Monika Schmatloch</b> Stellung der Ausländer vor Gericht – rechtsvergleichende Betrachtung der Umsetzung des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) vor deutschen und polnischen Gerichten . . . . .	149
<b>Ilona Schütz, Leonard Krippner, Monika Schmatloch</b> Pozycja obcokrajowca przed sądem – prawnoporównawcza ocena stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę przez niemieckie i polskie sądy . .	171
<b>Małgorzata Naumczuk, Magdalena Jaszczuk, Justyna Szymkowicz</b> Grenzüberschreitende elterliche Kindesentführungen aus polnischer Perspektive . . . . .	191
<b>Małgorzata Naumczuk, Magdalena Jaszczuk, Justyna Szymkowicz</b> Transgraniczne uprowadzenia rodzicielskie z perspektywy polskiej	209

---

## VORWORT

---

Dieser Band stellt das Ergebnis von Untersuchungen dar, die im Rahmen des von der Universität Osnabrück in Kooperation mit der Leon Koźmiński-Akademie im Zeitraum vom 1. April 2015 bis zum 31. Januar 2017 verwirklichten Projekts „Eine Herausforderung für das Gerichtswesen: Gerechtigkeit und Gleichbehandlung von ausländischen Prozessbeteiligten in inländischen Prozessen“ durchgeführt wurden. Das Projekt wurde mit Mitteln der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung finanziert (Projektnummer 2015-08).

Die Idee für das Projekt kam auf der internationalen wissenschaftlichen Konferenz über Probleme der richterlichen Unabhängigkeit und Unbefangenheit, die im Oktober 2014 an der Universität Osnabrück stattgefunden hat, auf. Hauptthema der Konferenz war die Darstellung von Problemen, die ausländische Prozessbeteiligte in inländischen Gerichtsverfahren in Europa, Asien und Amerika erfahren. Während der Diskussion auf der Osnabrücker Konferenz hat sich der Bedarf nach einer fundierten und detaillierten Analyse der Stellung ausländischer Parteien vor inländischen Gerichten in deutsch-polnischen Beziehungen herauskristallisiert.

Ziel des Projekts war es, die Rechtsprechung der deutschen und der polnischen Gerichte sowie der supranationalen Gerichte zu untersuchen, wonach die Rechtslage und die Art und Weise der Behand-

lung von ausländischen Personen vor Gerichten der beiden Staaten beurteilt werden könnte.

Die Idee des Projekts wurde im von Prof. Zoll verfassten Aufsatz „Attaining justice for Foreign Parties in Domestic Courts“, dargestellt, der in dem Buch „The Culture of Judicial Independence in a Globalised World“, hrsg. von Prof. Shimon Shetreet und Prof. Wayne McCormack (Brill J. Nijhoff, Leiden 2016), veröffentlicht wurde.

Die ersten Untersuchungsergebnisse wurden auf einer internationalen Konferenz, die am 15.-17. Januar 2016 am Sitz der Landesschule für das Gerichtswesen und die Staatsanwaltschaft in Krakau (Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie) stattgefunden hat und in Kooperation der Projektpartner – der Universität Osnabrück und der Leon Koźmiński-Akademie – unter Beteiligung der Hebrew University of Jerusalem und der University of Cambridge, organisiert wurde, zur Diskussion gestellt. Die Schirmherrschaft über die Konferenz wurde von der „International Association of Judicial Independence and World Peace“ übernommen.

Die Untersuchungsergebnisse wurden in diesem Band, der sowohl in gedruckter als auch in elektronischer Form veröffentlicht wurde, präsentiert. Wir hoffen, dass die zweisprachige Fassung der Monografie es erlaubt, die Ergebnisse möglichst weit zu verbreiten und sie deutsch- oder polnischsprachigen Lesern zugänglich zu machen. Dem sollte auch der unentgeltliche Zugang zur elektronischen Fassung dienen.

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk, Fryderyk Zoll  
Warszawa–Osnabrück 2017



---

## SŁOWO WSTĘPNE

---

Niniejszy zbiór stanowi wynik prac badawczych w projekcie pt. *Wyzwania dla sądownictwa: sprawiedliwość i równe traktowanie podmiotów obcej narodowości przed sądami krajowymi*, zrealizowanym od 1 kwietnia 2015 r. do 31 stycznia 2017 r. we współpracy Uniwersytetu w Osnabrück i Akademii Leona Koźmińskiego. Realizacja projektu została sfinansowana ze środków Polsko-Niemieckiej Fundacji Nauki (nr projektu 2015-08).

Pomysł przeprowadzania badań zrodził się podczas międzynarodowej konferencji naukowej poświęconej problemom bezstronności i niezawisłości sędziowskiej, która odbyła się w październiku 2014 r. na Uniwersytecie w Osnabrück. Wiodącym tematem konferencji były wówczas problemy, z jakimi spotykają się osoby obcego pochodzenia, będące stroną przed sądami krajowymi w Europie, Azji i Ameryce. Dyskusja podczas konferencji w Osnabrück ukazała potrzebę dokonania głębszej i szczegółowej analizy pozycji stron obcego pochodzenia przed sądami krajowymi w niemiecko-polskiej perspektywie.

Celem projektu było przeprowadzenie badań orzecznictwa polskich i niemieckich sądów krajowych oraz sądów ponadnarodowych, pozwalających ocenić pozycję prawną i sposób traktowania podmiotów obcego pochodzenia przed sądami Polski i Niemiec.

Idea projektu przedstawiona została w artykule *Attaining justice for Foreign Parties in Domestic Courts* autorstwa prof. Fryderyka

Zolla, opublikowanym w książce *The Culture of Judicial Independence in a Globalised World* pod redakcją prof. Shimona Shetreetta i prof. Wayne'a McCormack (Brill J. Nijhoff, Leiden 2016).

Wstępne wyniki prowadzonych badań zostały poddane dyskusji podczas konferencji międzynarodowej, która odbyła się w dniach 15-17 stycznia 2016 r. w siedzibie Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie, a która zorganizowana została we współpracy partnerów projektu: Uniwersytetu w Osnabrück i Akademii Leona Koźmińskiego, z udziałem Hebrew University of Jerusalem i University of Cambridge. Patronat nad konferencją objęła International Association of Judicial Independence and World Peace.

Wnioski z prac badawczych ujęte zostały w tym zbiorze, opublikowanym w formie drukowanej i elektronicznej. Wyrażamy nadzieję, że przyjęta koncepcja monografii dwujęzycznej pozwoli na możliwie szerokie rozpowszechnienie wyników badań i ułatwi dostęp do nich czytelnikom władającym językiem niemieckim lub polskim. Przyczynić się do tego powinno także udostępnienie monografii w wolnym dostępie w wersji elektronicznej.

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk, Fryderyk Zoll  
Warszawa–Osnabrück 2017

---

# PROJEKTTEILNEHMER – UCZESTNICY PROJEKTU

---

## **Projektleiter – Kierownicy projektu**

Prof. dr hab. Fryderyk Zoll – Osnabrück Universität  
Dr Elwira Macierzyńska-Franaszczyk – Akademia Leona Koźmińskiego

## **Studententeam der Leon Koźmiński-Akademie Zespół badawczy Akademii Leona Koźmińskiego**

Magdalena Jaszczuk  
Marta Kowalczuk-Kędzierska  
Małgorzata Naumczuk  
Małgorzata Suszcz  
Justyna Szymkowiec

## **Studententeam der Universität Osnabrück Zespół badawczy Uniwersytetu w Osnabrück**

Peter Herzog  
Leonard Krippner  
Monika Schmatloch  
Ilona Schütz

---

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS – LISTA SKRÓTÓW

---

## Rechtsakte – Akty prawne

---

AEUV	Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, OJ C 326, 26.10.2012, S. 47–390.
Dyrektywa 2003/86/WE	Dyrektywa Rady 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz. Urz. UE L 251, 3.10.2003, p. 12–18.
EKPC	Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z dnia 10 lipca 1993 r. (Europejska konwencja praw człowieka).
EMRK	Der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950. Dz.U. 1993 Nr. 61 Pos. 284.
ESÜ	Das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, kurz Europäisches Sorgerechtsabkomme, BGBl. 1990 II S. 206, 220.

EuZustVO	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates (Europäischen Zustellungsverordnung Nr. 1393/2007), ABl. L 324 vom 10.12.2007, S. 79–120.
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (ustawa o ustroju sądów powszechnych)
HKÜ	Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (Haager Kindesentführungsübereinkommen)
KfHG	Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (Projekt ustawy o wprowadzeniu izb do międzynarodowych spraw handlowych)
Konwencja haska z 1980 r.	Konwencja haska z dnia 25 października 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, Dz. U. Nr 108, 1995 r., poz. 528.
Konwencja z 1980 r.	Europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem, Dz.U. 1996 nr 31 poz. 134.
Konwencja z 1996 r.	Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, Dz.U. 2010 nr 172 poz. 1158.
k.p.a.	Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. 1960 nr 30, poz. 168 ze zm.
k.p.c.	Kodeks postępowania cywilnego z 17 listopada 1964 r., Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.
k.k.	Kodeks karny, Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.
k.p.k.	Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 2016, poz. 1749 t. jedn.
KPP UE	Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 326, 26.10.2012, p. 391–407.
k.r.o.	Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. 1964 nr 9 poz. 59.

KSÜ	Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (das Haager Kinderschutzübereinkommen).
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych
p.p.s.a.	Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. 2002 nr 153, poz. 1270 ze zm.
p.u.s.p.	Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. 2016, poz. 2062 t. jedn.
Richtlinie 2003/86/EG	Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, Bl. L 251 vom 3.10.2003, S. 12–18.
Rozporządzenie 1393/2007	Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz.U. L 324 z 10.12.2007, s. 79–120.
Rozporządzenie 2201/2003 (Bruksela II a)	Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. (uchylające rozporządzenie 1347/2000) dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 Dz.U.U.E.L.2003.338.1
StGB	Strafgesetzbuch (Kodeks karny).
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. UE. C 326, 26.10.2012, s. 47–390.
UN-Zivilpakt	Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte
Verordnung 1393/2007	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates, Bl. L 324 vom 10.12.2007, S. 79–120.

Verordnung (EG) II a-Verordnung)	Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000.
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Ustawa o postępowaniu administracyjnym).
StVGB	Strafverfahrensgesetzbuch (Kodeks postępowania karnego).
VGVG	Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (Ustawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi).
ZVerfGB	Zivilverfahrensgesetzbuch (Kodeks postępowania cywilnego).

### Inne skróty

BGH	Bundesgerichtshof/Federalny Trybunał Sprawiedliwości (DE)
EGMR	Europäisches Gerichtes für Menschenrechte
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (EU-Gerichtshof)
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
HCCH	Haska Konferencja Prawa Międzynarodowego prywatnego
ICC	International Chamber of Commerce
LCIA	London Court of International Arbitration
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtssprechungen Zivilrecht
OLG	Oberlandsgericht/Wyższy Sąd Krajowy (DE)
SA	Sąd Apelacyjny/Appelationsgericht (PL)
SN	Sąd Najwyższy/das Oberste Gerichtshof (PL)
TS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości, od 1 grudnia 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

---

## BIBLIOGRAPHIE – BIBLIOGRAFIA

---

### Literatur – Literatura

---

- Demendecki T., w: Jakubecki A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do Art. 730-1217*, WKP 2017, wyd. el. LEX.
- Długosz J., *Prawo do udziału tłumacza jako jedna z przestanek rzetelnego procesu karnego*, „Investigationes Linguisticae” 2009, vol. XVII.
- Domańska M., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, EPS 2013, Nr 1.
- Estin A.L., *Family and Children in International Law: An Introduction*, „Transnational Law and Contemporary Problems” 2002, 12.
- Ewer W., *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?*, NJW 2010.
- Frąckowiak-Adamska A., Guzewicz A., Petelski Ł., *Skuteczność stosowania przez sądy polskie unijnych rozporządzeń: nr 44/2001, nr 2201/2003, nr 864/2007, nr 593/2008 i nr 4/2009*, EPS 2016, Nr 10.
- Gapska E., *Dopuszczalność stosowania fikcji doręczenia (art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.) przy dokonywaniu doręczeń transgranicznych w UE – uwagi na tle wyroku TS z 19.12.2012 r. w sprawie C-325/11 Krystyna i Ewald Alder przeciwko Sabinie i Czesławowi Orłowski*, EPS 2013, Nr 6.
- Gonera K., *Europejskie prawo procesowe cywilne*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, wyd. el. LEX.
- Graf von Westfalen F., *Die Gerichtssprache ist nicht mehr nur Deutsch*, Anwaltsblatt 2009, 214.
- Górski A., *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, 2013, wyd. el. LEX.



- Hofmański P., *Prawo do udziału tłumacza w postępowaniu karnym*, w: A. Szwarec (red.) *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce*, Poznań 2000.
- Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, wyd. el. Legalis.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Ks. I*, Warszawa 2007.
- Holewińska-Łapińska E., *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowań wykonawczych)*, w: *Prawo w działaniu, Sprawy cywilne* 10/2011.
- Kościółek A., *Usunięcie sprzeczności między treścią art. 165 § 2 i art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. a prawem UE*, EPS 2014, Nr 4.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Doręczanie dokumentów sądowych na terenie UE*, „Monitor Prawniczy” 2006/9.
- Mayer B., *Englisch als Gerichtssprache in Deutschland?!*, „Wirtschaftsführer” April 2015.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. el. LEX.
- Paprzycki L.K., Grajewski J., Steinborn S. (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 Kodeksu postępowania karnego. Stan prawny: 2015*, wyd. el. LEX.
- Piasecki K., *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie WE nr 1347/2000*, w: Piasecki K. (red.) t. IV, *Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Sąd polubowny (arbitrażowy). Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, wyd. 5., Warszawa 2013.
- Radwan M., *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, EPS 2011, Nr 2.
- Schweppe K., *Kindesentführungen und Kindesinteressen – Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland*, Münster 2001.
- Skorupka J., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 2, 2016, wyd. el. Legalis.
- Stefański R.A., *Tłumacz w procesie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, Nr 4.
- Stefański R.A., *Udział tłumacza w postępowaniu karnym jako przejaw rzetelnego procesu karnego*, w: J. Skorupka, *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Zofii Świdy*, Warszawa 2009.
- Taborowski M., *Fikcyjne doręczenie do akt narusza prawo UE*, „Radca Prawny” 2013/2.

- Triebel V., *Der Kampf ums anwendbare Recht*, AnwBl 2008, 305.
- Weitz K., *Wyłączenie fikcyjnych doręczeń krajowych w stosunkach między państwami członkowskimi? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS) z 19 grudnia 2012 r., C-325/11 w sprawie Krystyna i Ewald Alder przeciwko Sabina Orłowska i Czesław Orłowski*, „Polski Proces Cywilny” 2013/2.
- Wierciński J., *Ponownie o klauzuli ne exeat – cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę Sąd Najwyższy USA w sprawie Abbott v. Abbott*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego Nr 2913, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2011, t. 8.
- Wiśniewski T., *Przebieg procesu cywilnego*, wyd. el. LEX 2013.
- Witkowska K., *Tłumacz w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1.
- Zimmermann W., w: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Auflage.

## On-line Materialien – Materiały elektroniczne

---

- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik_node.html)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2011.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2011.pdf?__blob=publicationFile&v=3)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2012.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=4)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=2)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=2)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=3)
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=9)
- [www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf](http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf)
- <http://www.lawmadeingermany.de/>
- [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A-0AA4844CBC96E3.1\\_cid386#doc3453212bodyText1](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A-0AA4844CBC96E3.1_cid386#doc3453212bodyText1)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=O-J:L:2003:338:0001:0029:DE:PDF>
- <http://www.generalbundesanwalt.de/de/esue.php>

<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf> <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/publications1/?dtid=32&cid=24>  
<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=2840&dtid=32>  
[https://assets.hcch.net/upload/stats\\_de.pdf](https://assets.hcch.net/upload/stats_de.pdf)  
<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>  
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007247>  
<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08c.pdf>  
<http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/836773,msw-wzrasta-liczba-zaginieci-w-tym-porwan-rodzicielskich.html>  
[http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko\\_z\\_milosci\\_Porwania\\_rodzicielskie.html](http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko_z_milosci_Porwania_rodzicielskie.html)  
<http://www.rp.pl/artykul/222072-Niemiecka-rodzina-zastepcza-lepsza-od-polskich-dziadkow.html#ap-1>  
<http://www.polishexpress.co.uk/temat-numeru-anglik-odebral-polce-dziecko/feed>  
<http://wiadomosci.dziennik.pl/swiat/artykuly/529053,jugendamt-zabral-polce-trzydniowego-noworodka-niemcy-twierdza-ze-to-dla-dobra-dziecka.html>  
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL\\_STU\(2015\)510012\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)510012_EN.pdf)  
<http://togethermagazyn.pl/malzenstwa-miedzykulturow/>  
<https://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-haska-dot-uprowadzenia-dziecka/>  
<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=25D4023A>

Fryderyk Zoll

## **Der Fremde Himmel und die Justiz – Ausländer vor Gericht: zwischen Gerechtigkeit, Effizienz und Unverständnis**

Vor gewisser Zeit wurde in den polnischen Kinos ein rührender Film gezeigt – *Der fremde Himmel (Obce Niebo)*. Es geht darin um das Schicksal einer polnischen Familie in Schweden, die in die Mühlen des schwedischen Jugendamtes geraten ist. Es handelt sich um einen Film, der zweifelsohne eine einseitige Perspektive zeigt. Der Zuschauer (und zwar sehr häufig der polnische Zuschauer) wird im Regelfall auf der Seite der polnischen Filmeltern stehen und um ihr Schicksal zittern. Aber durch die etwas einseitige Perspektive dieses Films scheint auch eine andere Sichtweise durch. Das kleine Mädchen hat das Jugendamt informiert. Die Mutter wurde hysterisch. Die Eltern, auch nicht ohne wesentliche Probleme in der eigenen Beziehung, kämpfen auf eine ungeschickte Weise um ihr Kind. Am Ende bleibt nur der Weg der Kindesentziehung und der Flucht zurück nach Polen. Das geschieht sogar infolge einer anwaltlichen Beratung durch einen in Schweden ansässigen polnischen Anwalt, der keinen legalen Weg für die polnischen Eltern finden kann.

Diese einseitig erzählte Geschichte ist eine Folge von vielen ähnlichen Geschichten, die häufig zum Schicksal vieler Emigranten werden. Diese Geschichten sind sehr facettenreich. Sehr häufig kommt noch das Problem der zerrissenen gemischten Ehe hinzu, bei welchem der sich zwischen den Eltern abspielende Kampf um das Kind sich plötzlich in eine grausame Völkerschlacht verwandelt. Ein wichtiger Bestandteil dieses Kampfes ist die Sprache des Kindes und das Recht des Elternteils, der faktisch oder rechtlich daran gehindert ist, seine Pflegerechte dem Kind gegenüber direkt auszuüben, mit dem eigenen Kind in seiner Muttersprache sprechen zu können. Das Problem der Sprache wird auch im o.g. Film deutlich. Die Eltern dürfen beim Besuch des Kindes, begleitet durch die beaufsichtigenden Beamten des Jugendamtes und die Pflegefamilie, nicht Polnisch

sprechen. Aus der Perspektive der Beamten ist dieses Erfordernis verständlich. Ohne die Sprache zu verstehen, können sie ihre Aufgaben nicht erfüllen. Aus der Sichtweise der polnischen Eltern bzw. des polnischen Elternteils greift diese Maßnahme die Wurzeln der Bindung zwischen dem betroffenen Elternteil und dem Kind an. In Bezug auf Deutschland wird in diesem Zusammenhang noch die bittere Vergangenheit der Unterdrückung der polnischen Sprache in Erinnerung gerufen und es kommt zu einem emotional aufgeladenen Vorwurf der Germanisierung des Kindes.

In dem Film es stoßen zwei Welten aufeinander. Ein aus der polnischen Erfahrung gewachsenes Misstrauen gegenüber dem Staat wird mit einer gut organisierten Gesellschaft konfrontiert, die mit dem Staat und seinen Institutionen organisch verbunden ist und keine Kluft zwischen sich selbst und dem Staat empfindet. Aus der Perspektive der polnischen Eltern sind die Beamten potentielle Gegner, und keine Helfer. Familiensachen haben schon von sich aus ein enormes emotionales Potential. Die kulturellen Unterschiede und die Unkenntnis der Arbeitsweise eines fremden Systems verschärfen noch die Härte der familiären Auseinandersetzung. Die kulturell, national aufgeladenen Argumente dienen noch als zusätzliche Ladung im Streit, die eigene moralische Überlegenheit der anderen Partei gegenüber zu zeigen.

Die Frage des einem Elternteil zustehenden Rechts, mit dem in einem anderen Land lebenden Kind in der eigenen Sprache zu kommunizieren, ist aber auch in Polen ein Problem. Die Beamten merken, dass sie nicht imstande sind, ihre Aufsichtspflichten wahrzunehmen, wenn die Gespräche zwischen dem Kind und einem Elternteil in einer ihnen nicht verständlichen Sprache erfolgen.

In dem kulturell und sprachlich diversifizierten Europa muss nach Wegen gesucht werden, gerade in diesen emotional so aufgeladenen Familiensachen eine Methode zu finden, welche imstande wäre, diese Spannung zu mildern. Das verlangt aber mehr Sensibilität und Toleranz sowie ausreichende Aufklärung, warum bestimmte Regeln genau in dieser Form angewendet werden.

*Der fremde Himmel* ist ein Film, der zeigt, wie kulturelle Unterschiede dazu führen, dass ein wichtiges Rechtspflegeorgan als ungerecht empfunden wird. Alle Beteiligten sind nicht imstande, über die kulturellen Grenzen hinweg zu blicken. Das Verhalten der anderen wird von der jeweiligen Person missverstanden und aus diesem Mis-

sverständnis werden dann gravierende Folgen abgeleitet. Der Film wirft aber auch eine andere Frage auf. Die polnische Familie hat Schwierigkeiten, sich in einer unbekanntem, „fremden“ Umgebung einzuleben. Es darf aber auch nicht verkannt werden, dass die Entscheidung der Immigranten, in eine „fremde“ Umgebung zu ziehen, doch auch die Bereitschaft zur Anpassung bedeutet. Man darf nicht erwarten, dass die „fremde“ Umgebung auf eigene Eigenschaften verzichtet, also *die* Eigenschaften, die häufig für den eigenen zivilisatorischen Erfolg der Gesellschaft verantwortlich sind und diese Gesellschaft für Immigranten attraktiv machen. Es ist häufig ein Paradox, dass man aus der eigenen heimischen Umgebung flieht, weil man sie als ungerecht oder schlichtweg unattraktiv empfindet, im Endeffekt aber sehr viel von dieser aufgegebenen Umgebung mit sich herumschleppt und die Beachtung der dort geltenden Regeln auch dem neuen Ort abverlangt. Dieser Film betrifft, möglicherweise unbeabsichtigt, auch dieses Problem. Die eigene Kultur und die Kultur des neuen Landes stoßen aufeinander. Nichts bleibt, wie es vorher war. Dem Recht der Einheimischen, die eigene Identität zu bewahren, steht das Interesse der Immigranten gegenüber, ihre Prinzipien und Gewohnheiten aufrechterhalten zu können. Und leider ist es nicht immer so, dass beides möglich ist.

\*\*\*

In diesem Band wurden nur einige Elemente dessen behandelt, wie das Recht auf das Problem „der Fremden“ eingeht. Es wurden unterschiedliche Bereiche berührt. Dem emotional aufgeladenen und deswegen juristisch nicht einfach zu handhabenden Familienrecht werden zwei Studien, darunter eine vergleichende, deutsch-polnische, über die Funktionsweise des Kinderertragsübereinkommens gewidmet. Es ist nicht einfach zu untersuchen, ob die Gerichte in solchen Fällen den Ausländern gegenüber gerecht sind und ob die Abstammung der Prozessparteien bei der Urteilsfindung eine Rolle spielt. Man könnte aber feststellen, dass die unterschiedliche Art der Urteilsbegründung in Deutschland und Polen dem Gericht auch unterschiedliche Spielräume einräumt. Im eher knappen Urteilsstil der polnischen Gerichte (vor allem der unteren Instanzen) ist es einfacher, auch diskriminierende Vorurteile zu verschleiern. Im Endergebnis sind gravierende Unterschiede aber kaum feststellbar, auch

wenn die subjektiven Empfindungen v. a. bei der ausländischen Partei anders ausfallen mögen.

In einer anderen Studie werden ferner die Besonderheiten der Vollstreckung ausländischer Urteile in Familiensachen in Polen erörtert.

Das Problem mit den Verfahren, an denen Ausländer beteiligt sind, zieht sehr häufig das Sprachenproblem nach sich. Deshalb wird in diesem Band das Recht auf einen Gerichtsdolmetscher in Verfahren vor den polnischen Gerichten untersucht.

Es gibt aber auch einen völlig anderen Aspekt der Fremdsprachen und der Gerichtsbarkeit. Man möchte die eigenen Gerichte auf dem internationalen Markt attraktiv und wettbewerbsfähig machen. Um diesen Zweck zu erreichen, muss aber das Verfahren in „einer Sprache der Wirtschaft“ stattfinden. Aus diesem Grund experimentiert Deutschland mit Englisch als Verfahrenssprache vor einem staatlichen Gericht. Die Ergebnisse sind zwar nicht eindeutig, aber sie erlauben, Schlussfolgerungen für eine moderne Gesetzgebung in diesem Bereich zu ziehen.

Ein effizientes System der Zustellungen, das nicht nur auf eine Fiktion der Beteiligung einer ausländischen Partei im Verfahren reduziert wird, ist auch im internationalen Verkehr eine Voraussetzung für die Wahrung des gerechten Zugangs zur Justiz. Aus diesem Grund findet man in diesem Band auch einen entsprechenden Beitrag.

Der geteilte Himmel der Justiz ist keine Notwendigkeit. Es ist eine Aufgabe der Juristen, ihn zu verhindern. Man muss sich aber auch dessen bewusst sein, dass das Recht allein eine beschränkte Wirkung in diesem Bereich entfalten kann. Das ist eine Aufgabe für die Gesellschaft, aber auch für diejenigen, die in ein anderes Land kommen, damit diese Teilung wahrhaft und nachhaltig überwunden werden kann. Aber auch die Juristen müssen einiges leisten, und genau diesem Zweck dient dieser Band.

Fryderyk Zoll

## **Obce niebo i sądownictwo – obcokrajowiec przed sądem: między sprawiedliwością, efektywnością i niezrozumieniem**

Kilka lat temu w polskich kinach wyświetlany był poruszający film – *Obce niebo* (*Der fremde Himmel*). Film przedstawiał losy polskiej rodziny w Szwecji, która wpadła w tryby szwedzkiego urzędu ds. dzieci i młodzieży (*Jugendamt*). *Obce niebo* to film, który ukazuje niewątpliwie perspektywę jednej strony. Widz (bardzo często polski widz) będzie stawał z reguły po stronie filmowych rodziców, niepokojąc się o ich losy. Przez nieco jednostronną perspektywę tego filmu przebija jednak też nieco inny obraz. Mała dziewczynka informuje urząd ds. dzieci i młodzieży. Matka wpada w histerię. Rodzice, także niepozbawieni poważnych problemów w ich własnym związku, niezdarnie walczą o swoje dziecko. Na koniec pozostaje już tylko droga w postaci wprowadzenia dziecka i ucieczki z powrotem do Polski. Dzieje się tak za sprawą porady prawnej polskiego prawnika mieszkającego w Szwecji, który nie potrafi znaleźć dla polskiej rodziny legalnego rozwiązania.

Ta jednostronnie opowiedziana historia jest jednym z wielu podobnych scenariuszy, które odzwierciedlają los wielu emigrantów. Są to wielowątkowe sytuacje. Bardzo często dochodzi do nich problem rozerwanych mieszanych małżeństw, w których rozgrywająca się między rodzicami walka o dziecko przeradza się nagle w okrutną bitwę narodów. Ważnym elementem tej walki jest język, którym włada dziecko, i prawo rodzica, który faktycznie lub prawnie nie może bezpośrednio wykonywać swojego prawa do opieki nad dzieckiem, do rozmawiania z własnym dzieckiem w swoim ojczystym języku. Problem języka był wyraźny także w przywołanym filmie. Rodzice, podczas spotkania z dzieckiem, przebiegającego w obecności urzędnika urzędu ds. dzieci i młodzieży oraz rodziny zastępczej, nie mogli rozmawiać po polsku. Z perspektywy urzędnika taki wymóg jest zrozumiały. Bez zrozumienia języka nie może on wykonywać swoich zadań. Z punktu widzenia



polskich rodziców, względnie polskiego rodzica, środek taki wymierzony jest w korzenie więzi między danym rodzicem i dzieckiem. W odniesieniu do Republiki Federalnej Niemiec sytuacja ta przywołuje ponadto gorzką przeszłość prześladowań za posługiwanie się językiem polskim, które rodziły pełne emocji zarzuty germanizacji dziecka.

W filmie zderzają się ze sobą dwa światy. Wyrastająca z polskich doświadczeń nieufność do państwa zostaje skonfrontowana z dobrze zorganizowanym społeczeństwem, które jest organicznie powiązane z państwem i jego instytucjami i nie odczuwa żadnej przepaści między sobą a państwem. Z perspektywy polskich rodziców urzędnicy są potencjalnymi przeciwnikami, a nie pomocnikami. Sprawy rodzinne mają same z siebie ogromny potencjał emocjonalny. Różnice kulturowe i nieznanomość sposobu działania obcego systemu pogłębiają jeszcze ostrość rodzinnych sporów. Kulturowe, narodowo nasycone argumenty, służą jako dodatkowa amunicja w sporze, który ma pokazać własną moralną wyższość wobec drugiej strony.

Pytanie o przysługujące rodzicowi prawo komunikowania się we własnym języku z dzieckiem żyjącym w innym państwie jest problematyczne także w Polsce. Urzędnicy zaznaczają, że nie są w stanie wypełniać obowiązków nadzorczych, jeżeli rozmowy między dzieckiem i rodzicem odbywają się w niezrozumiałym dla nich języku.

W Europie, która jest kulturowo i językowo zróżnicowana, trzeba znaleźć sposób, zwłaszcza w tych pełnych emocji sprawach rodzinnych, aby złagodzić napięcie. Wymaga to jednak wrażliwości i tolerancji, a także edukacji odnośnie do tego, dlaczego określone zasady mają być stosowane dokładnie w takiej formie.

*Obce niebo* jest filmem, który pokazuje, w jaki sposób różnice kulturowe prowadzą do tego, że ważny sądowy organ opiekuńczy jest postrzegany jako niesprawiedliwy. Nikt z zainteresowanych nie jest w stanie spojrzeć ponad kulturowe granice. Postępowanie jednych jest źle rozumiane przez innych i z tego niezrozumienia wynikają poważne skutki. Film porusza również inną kwestię. Polska rodzina ma trudności z zaaklimatyzowaniem się w nieznanym, „obcym” środowisku, chociaż wyraża gotowość dostosowania się. Nie można przecież oczekiwać, że „obce” środowisko zrezygnuje ze swoich przymiotów, w tym także tych, które często odpowiadają za cywilizacyjny sukces społeczeństwa i czynią to społeczeństwo atrakcyjnym dla imigrantów. To jest często paradoksem, że ucieka się z własnego, rodzinnego otoczenia, które postrzega się jako niesprawiedliwe, albo

nieatrakcyjne, ale w rezultacie przenosi się ze sobą bardzo wiele z tego porzuconego świata i oczekuje przestrzegania panujących w nim reguł w nowym miejscu. Ten film dotyka, być może w niezamierzony sposób, także tego problemu. Własna kultura i kultura nowego miejsca zderzają się ze sobą. Nic nie pozostaje takim, jakim było wcześniej. Prawo miejscowej ludności do zachowania własnej tożsamości koliduje z interesami imigrantów do utrzymania panujących u siebie zasad i przyzwyczajzeń. Niestety nie zawsze dzieje się tak, że jedno i drugie jest możliwe.

\*\*\*

W tym tomie omówione zostały tylko niektóre elementy dotyczące zagadnienia, w jaki sposób prawo odnosi się do problemu „obcych”. Zostały poruszone różnorodne kwestie. Prawu rodzinnemu, które dotyka problemów rodzących duże emocje i dlatego niełatwych prawniczo, poświęcone są dwa opracowania, w tym jedno prawnoporównawcze niemiecko-polskie, na temat stosowania Konwencji haskiej dotyczącej uprowadzeń rodzicielskich. Nie jest łatwo prześledzić, czy sądy w takich przypadkach są sprawiedliwe wobec obcokrajowców i czy pochodzenie strony postępowania odgrywa rolę przy wydawaniu orzeczenia. Można jednak stwierdzić, że odmienny sposób uzasadniania orzeczeń w Niemczech i w Polsce przyznaje sądom zróżnicowaną swobodę działania. W raczej lakonicznych uzasadnieniach polskich sądów (głównie sądów niższych instancji) prościej jest zawoalować nawet dyskryminujące werdykty. W rezultacie istotne różnice są trudne do stwierdzenia, nawet gdy subiektywne odczucia, głównie strony obcego pochodzenia, mogłyby wskazywać inaczej.

W odrębnym opracowaniu omówiona została specyfika postępowania w przedmiocie uznawania zagranicznych orzeczeń sądowych w sprawach rodzinnych.

Problem z postępowaniami, w których uczestniczą obcokrajowcy, sprowadza się bardzo często do problemów językowych. Z tego powodu w niniejszym tomie przedstawiono zagadnienie prawa do tłumacza w postępowaniu przed sądami polskimi.

Istnieje również zupełnie odmienny aspekt języka obcego i wymiaru sprawiedliwości. Można własne sądy uczynić atrakcyjnymi i konkurencyjnymi na rynku międzynarodowym. Aby osiągnąć ten cel, postępowanie sądowe musi być prowadzone w „języku gospodarki”. Z tego względu Niemiecka Republika Federalna eksperymen-

tuje z postępowaniem sądowym prowadzonym przed sądem państwowym w języku angielskim. Wyniki tego eksperymentu nie są jednoznaczne, ale pozwalają na wyciągnięcie wniosków dla nowoczesnego ustawodawstwa w tym obszarze.

Skuteczny system doręczeń w toczącym się postępowaniu, które nie zostają ograniczone do fikcji doręczenia pisma stronie mającej miejsce pobytu za granicą, stanowi w obrocie międzynarodowym warunek wstępny zapewnienia sprawiedliwego dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Z tego względu w zbiorze znalazło się także opracowanie na temat tego zagadnienia.

Podzielone niebo wymiaru sprawiedliwości nie jest koniecznością. Zadanie prawników polega na zapobieganiu takim zjawiskom. Trzeba być jednak świadomym tego, że samo prawo może mieć w tym obszarze jedynie ograniczone działanie. Prawdziwe i trwałe wyeliminowanie różnic jest zadaniem dla społeczeństwa, a także dla tych, którzy przybywają do innego państwa. Również prawnicy muszą dać coś od siebie, i dokładnie temu celowi służy powstanie tego zbioru.

**Abteil I**

---

**FREMSPRACHEN IM INLÄNDISCHEN  
GERICHTSVERFAHREN**

---

**Rozdział I**

---

**JĘZYK OBCY W POSTĘPOWANIU  
PRZED SĄDEM KRAJOWYM**

---

Peter Herzog

## Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen

### I. Englisch als optionale Verfahrenssprache – ein Schritt in die richtige Richtung

---

Die Funktion von Recht und Gericht ist im modernen Zeitalter nicht mehr allein die Wahrung des Rechtsfriedens. Das Recht entwickelt sich in den letzten Jahrzehnten verstärkt auch als wirtschaftlicher Faktor. Große Rechtsinstitute, wie die ICC in Paris oder der LCIA in London sind nicht zuletzt Wirtschaftsunternehmen, die enormen Umsatz generieren.

Der Wettlauf um das Recht als wirtschaftsfördernden Faktor hat längst begonnen und Deutschland – so schien es – hatte den Startschuss verpasst. Die Briten gingen in dieser Entwicklung voran. Im Jahr 2007 veröffentlichte die Law Society of England and Wales die Broschüre „The Jurisdiction of Choice“<sup>1</sup> („Der Gerichtsstand der Wahl“) und warb aktiv dafür, Streitigkeiten in der englischen Rechtsordnung auszutragen. Wie fundiert diese Werbung war, haben andere bereits betrachtet.<sup>2</sup> Deutschland zog alsbald in Gestalt einer Kooperation der Bundesnotarkammer, der Bundesrechtsanwaltskammer, des Deutschen Anwaltvereins, des deutschen Industrie- und Handelskammertags und des deutschen Richterbunds mit der Broschüre „Law Made in Germany“<sup>3</sup> nach. Doch der Rechtsstandort Deutschland kommt scheinbar für multinationale Konzerne und deren Streitigkeiten noch immer nicht in Betracht. Und das trotz einiger Vorzüge

---

<sup>1</sup> Zu finden unter: [www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf](http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf) (Stand: 15.12.2016).

<sup>2</sup> Dafür siehe V. Triebel, *Der Kampf ums anwendbare Recht*, AnwBl 2008, 305.

<sup>3</sup> 3. Auflage zu finden unter: <http://www.lawmadeingermany.de/> (Stand: 15.12.2015).

der deutschen Justiz. So gelten deutsche Gerichte im internationalen Vergleich als effizient. Sie arbeiten schnell und kostengünstig. Auch die Anwaltsvergütung ist anhand des Streitwerts zu bemessen und wird nicht nach Stundensatz berechnet.<sup>4</sup> Diese Vergütung ist bei Streitwerten von über 30 Millionen Euro sogar gedeckelt<sup>5</sup> – eine Besonderheit des deutschen Rechts. Die Anerkennung, die dem deutschen Recht und der deutschen Gerichtsbarkeit international zuteilwird, schlägt sich allerdings nicht auf die Anzahl der Verfahren in internationalen Handelssachen nieder. Das deutsche Recht und die deutschen Gerichte werden selten als Lösungsmechanismen für internationale Handelssachen erwählt. Für die Konzerne mit Sitz in dem Land, welches sich „Exportweltmeister“ nennt, ist das selbstverständlich nachteilig. Verfahren im Ausland stellen einen vor rechtliche, wie praktische Probleme und die Lösung dieser Probleme kostet zumeist Geld.

Der Bundesrat möchte daher seit einigen Jahren den Verfahrensstandort Deutschland stärken und damit auch das deutsche Recht zum Exportschlager machen. Zuletzt wurde der Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Niedersachsen vom 06.03.2014 mit dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“<sup>6</sup> eingebracht. Er gleicht, abgesehen von einigen redaktionellen Änderungen, einem älteren Entwurf, welcher wegen des Grundsatzes der Diskontinuität nach der Bundestagswahl 2013 nicht weiterverfolgt werden konnte.<sup>7</sup> Der Entwurf macht als Haupthindernis der Wahl des Gerichtsstandorts Deutschland die starre Regelung über die deutsche Sprache im Gerichtssaal fest. Gem. § 184 GVG ist die Gerichtssprache Deutsch. Handlungen, die nicht in dieser Sprache erfolgen, sind damit unwirksam. Den Prozess auf Deutsch führen zu müssen, schrecke jedoch laut Entwurf ausländische Parteien ab, sich auf einen Prozess in Deutschland einzulassen. Die Begründung dafür scheint verständlich: Zum einen besteht die Befürchtung, dass sich die deutsche

---

<sup>4</sup> F. Graf von Westfalen, *Die Gerichtssprache ist nicht mehr nur Deutsch*, AnwBl 2009, 214.

<sup>5</sup> Vgl. § 22 II RVG.

<sup>6</sup> BR-Drs. 93/14.

<sup>7</sup> Vgl. B. Mayer, *Englisch als Gerichtssprache in Deutschland?!*, Wirtschaftsführer April 2015, 26 f.

Partei in gewohnter Umgebung und gewohnter Sprache einen Vorteil im Prozess sichert. Zum anderen entstehen durch die Hinzuziehung von Dolmetschern oder die Übersetzung von Urkunden zusätzliche Kosten. Wieso also nicht in einer Sprache verhandeln, die beide Prozessparteien einwandfrei beherrschen? Englisch scheint als die *lingua franca* des internationalen Handels zunächst angebrachter.

Ein Modellprojekt im OLG-Bezirk Köln, bei internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten in englischer Sprache verhandeln zu können, war hingegen von wenig Erfolg gekrönt. Hier konnte die mündliche Verhandlung gem. § 185 GVG auf Englisch stattfinden, sofern alle Parteien der englischen Sprache entsprechend mächtig waren. Alle anderen Verfahrensäußerungen sowie die Äußerungen des Gerichts mussten allerdings gem. § 184 GVG auf Deutsch stattfinden.<sup>8</sup> Die mündliche Verhandlung auf Englisch führen zu können, mag vielleicht die Befürchtung einschränken, die deutsche Partei könne sich durch die Sprache einen Vorteil während der Verhandlung sichern, doch das Problem der Übersetzung von anderen Verfahrenshandlungen sowie von Urkunden blieb auch beim Modellgericht weiterhin bestehen.

## II. Der neue Entwurf lernt aus diesem Fehler

---

Die bestehenden Probleme möchte der neue Entwurf beseitigen. Mit § 184 II GVG soll ein Absatz eingefügt werden, der einen Prozess in englischer Sprache ermöglicht. Voraussetzungen dafür seien, dass (1) Gegenstand des Verfahrens eine Handelssache ist, (2) das Verfahren einen internationalen Bezug aufweist, (3) die Parteien sich darauf geeinigt haben, das Verfahren in englischer Sprache führen zu wollen und (4) kein Verbraucher am Verfahren beteiligt ist. Die Landesregierungen werden nach dem Entwurf gem. § 93 II GVG dazu ermächtigt, bei den Landgerichten Kammern für internationale Handelssachen einzurichten. Dabei können die Länder nach § 93 IV GVG auch zusammenarbeiten. Vor diesen Gerichten besteht dann die Möglichkeit, das komplette Verfahren auf Englisch zu führen. Sogar Protokoll und Entscheidung können in englischer Sprache verfasst werden. Urteils- und Beschlussformeln seien bei einem solchen Verfahren zu

---

<sup>8</sup> Ebenda.

übersetzen. Dem Richter steht es jedoch frei, das Urteil zunächst in deutscher Sprache zu verfassen und später zu übersetzen. Es wird somit versucht, die Probleme, die bei dem Modellprojekt zunächst noch bestehen bleiben, nun zu beseitigen.

Dabei greift der Entwurf auch ein weiteres Problem auf: Ein Verfahren in englischer Sprache läuft Gefahr, bei Revision seinen Sinn zu verlieren. Es mag für den Prozessstandort Deutschland von Vorteil sein, wenn man vor einem Gericht für internationale Handelssachen auf Englisch verhandeln darf. Wenn dieses jedoch in der nächsten Instanz nicht mehr der Fall ist, so tauchen alle Probleme, die mit der fremden Sprache verbunden sind, erneut auf. Ein solches System würde wohl kaum Abhilfe schaffen. Der Entwurf löst dieses Problem durch die Möglichkeit der Anwendung englischer Sprache vor dem Bundesgerichtshof in § 185 III GVG. Er weist dabei jedoch eine Besonderheit auf. In der ersten Instanz soll die englische Sprache als Regelfall gebraucht werden. Das Gericht kann nur in an die Nichteignung der englischen Sprache für gewisse Verfahrensteile gebundenem Ermessen die Sprache wechseln oder einen Dolmetscher hinzuziehen. Vor dem Bundesgerichtshof handelt es sich nach dem Wortlaut und der Begründung des Entwurfs um eine fakultative Regelung. Hintergrund dieser Regelung ist, dass vor dem Bundesgerichtshof regelmäßig sowieso nur die jeweiligen Prozessvertreter erscheinen. Dieser, vor dem BGH sehr erlesene Kreis, ist ohnehin der deutschen Sprache mächtig. Nichtsdestotrotz stellen sich hier die Fragen, ob Urkunden doch wieder übersetzt werden müssen und in welcher Sprache dann Protokolle geführt werden? Der Erfolg oder das Scheitern des Entwurfs wird hier in der Praxis von der Handhabung des Bundesgerichtshofs abhängen.

Zusammenfassend bietet der Entwurf die Möglichkeit, ein Verfahren in internationalen Handelssachen umfassend auf Englisch zu führen. Es ist daher zu überlegen, ob dieser Entwurf nicht auch Probleme für das deutsche Gerichtssystem schafft und inwieweit die Überlegungen des Entwurfs überhaupt tragbar sind.

### III. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit

---

Der Entwurf erkennt selbst, dass das Führen einer englischsprachigen Verhandlung vor deutschen Gerichten die Öffentlichkeit des



Gerichts tangiert. Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung ist selbst in der Verfassung zwar nicht ausdrücklich geregelt, sie lässt sich jedoch aus den rechtstaatlichen Prinzipien der Art. 20, 28 GG ableiten.<sup>9</sup> Sie soll die Kontrolle des Volkes gegenüber der Rechtsprechung gewährleisten und somit vor richterlicher Willkür schützen.

In Deutschland ist jedoch (noch) nicht jeder Bürger der englischen Sprache mächtig. Der Entwurf geht basierend auf einer Studie vom IfD Allensbach davon aus, dass 67% der Deutschen Englisch „einigermaßen gut sprechen und verstehen können“. So darf bereits bei den 67% der Befragten davon ausgegangen werden, dass „einigermaßen gut“ nicht in jedem Fall ausreichen wird, um englische wirtschaftliche und juristische Fachbegriffe zu verstehen. Ausschließen wird man jedoch jedenfalls das Drittel der Bevölkerung, das Englisch nicht einigermaßen gut sprechen und verstehen kann. Für diese Personengruppe verweist der Entwurf auf die Rolle der Medien als Bindeglied zwischen Gericht und Gesellschaft. Die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle würde durch die Medien noch immer erreicht. Und tatsächlich überzeugt dieser teleologische Ansatz, denn für den Einzelnen folgt aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz ohnehin kein individualrechtlicher Anspruch.<sup>10</sup> Was ein Prozess grundsätzlich bieten muss, ist nur die Möglichkeit, dass eine Kontrolle stattfindet.<sup>11</sup> Diese Möglichkeit wird durch den Großteil der Bevölkerung sowie die Medien gewahrt.<sup>12</sup> Es besteht hingegen kein Anspruch darauf, alles zu verstehen, was im Gerichtssaal stattfindet.<sup>13</sup> So besteht für den Zuschauer auch nicht die Möglichkeit, das Gericht dazu zu verpflichten, lauter zu reden oder Pläne bzw. Beweisfotos zu betrachten.<sup>14</sup> Die Kenntnisnahme im Zivilverfahren ist daher ohnehin begrenzt. Der Entwurf geht somit richtigerweise davon aus, dass die Öffentlichkeit im Gerichtssaal zwar tangiert wird, die zu erwartende Regelung den verfassungsrechtlichen Vorgaben jedoch genügt.

---

<sup>9</sup> Insoweit übereinstimmend mit: W. Zimmermann, in: MüKo-ZPO, § 169 GVG, Rn. 3.

<sup>10</sup> W. Ewer, *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?* NJW 2010, 1323, 1324.

<sup>11</sup> BGH NJW 2006, 1220; W. Zimmermann, in: MüKo-ZPO, § 169 GVG, Rn. 31.

<sup>12</sup> Anders: W. Zimmermann, in: MüKo-ZPO, § 184 GVG, Rn. 12.

<sup>13</sup> Ebenda.

<sup>14</sup> Insoweit übereinstimmend: W. Zimmermann, in: MüKo-ZPO, § 169, Rn. 2.

## IV. Den Schiedsgerichten den Schneid abkaufen

---

Sinn und Zweck des Entwurfs ist es, den Gerichtsstandort Deutschland zu stärken. Dabei wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Wirtschaftsstreitigkeiten primär im Ausland oder vor internationalen Schiedsgerichten ausgetragen werden. Aber kommt man dem Ziel mit einer relativ simplen Regelung über die Sprache tatsächlich näher? Für Streitigkeiten im Ausland lässt sich sicherlich detailliert erforschen, welche Streitigkeiten in welchen Ländern am besten ausgetragen werden. Das ist von diversen Faktoren abhängig und kann hier gar nicht pauschal beantwortet werden. Sicherlich ist die Einschätzung des Entwurfs aber nicht falsch: Die Sprache ist ein Hindernis für die Austragung internationaler Wirtschaftsstreitigkeiten in Deutschland. Es ist aber auch nicht der einzige Nachteil, den das deutsche Recht momentan birgt. Denkt man an internationale Schiedsgerichte, so ist die Sprache nur ein kleiner Teil dessen, was diese Verfahren für viele große Unternehmen so interessant macht: die Parteiautonomie. Im Schiedsverfahren lässt sich schließlich fast alles privatautonom regeln. Dabei gibt es Gebiete, in denen das staatliche Recht – eventuell mit einigen Modifikationen – durchaus mithalten kann. Die Möglichkeit, auf Englisch zu verhandeln oder Gerichtsstandsklauseln zu vereinbaren, gehören zu diesen Gebieten. Andere Vorteile eines Schiedsverfahrens wird das staatliche Gericht jedoch nicht ausgleichen können. So besteht nicht die Möglichkeit, die komplette Prozessordnung selbst zu gestalten oder sich die Richter selbst auszuwählen. Ein staatliches Gericht wendet immer die „lex fori“ an. Es kann auch vor Gericht nicht die Möglichkeit geben, sich seinen Richter auszusuchen, zumal dieses problematisch mit Bezug auf die Unabhängigkeit des Gerichts sein könnte. Aber die größte Stärke des Schiedsverfahrens ist wohl die Vertraulichkeit. Die Öffentlichkeit ist in der Art von den Verfahren ausgeschlossen, dass sie weder zuschauen kann, noch später die Möglichkeit hätte, durch ein veröffentlichtes Urteil vom Ergebnis Kenntnis zu nehmen. Das ist etwas, was das staatliche Gericht nicht leisten kann und vor dem Grundsatz der Öffentlichkeit auch nicht leisten sollte. Schiedsverfahren sind andererseits häufig teurer als das staatliche Verfahren.

So darf vermutet werden, dass der Entwurf jedenfalls mittelständischen Unternehmen zugutekommt, die international Handel betreiben. Der Entwurf geht daher zwar in die richtige Richtung, man

sollte sich jedoch nicht davon erhoffen, eine Welle von Prozessen anzuziehen, die normalerweise vor einem internationalen Schiedsgericht ausgetragen werden würden.

## V. Das Übersetzungsproblem wird verschoben

---

Auf Englisch geführte Verfahren machen laut dem Entwurf vor allem dort Sinn, wo Vertrag und Verfahrenssprache auseinanderfallen würden. Man wird sich vorstellen können, dass die deutsche Auslegung nach dem Wortlaut bei englischen Vertragsklauseln durchaus kompliziert und nicht immer hilfreich sein kann. Das Verfahren dann auf Englisch zu führen mag hier Abhilfe verschaffen. Auf der anderen Seite wird sich jedoch erhofft, dass die Prozessführung in Deutschland auch die Wahl des deutschen Rechts nach sich zieht. Dabei wird übersehen, dass wir das Übersetzungsproblem bloß verschieben. Während wir zuvor englische Vertragsklauseln auslegen müssen, müssen nun deutsche Begriffe der Gesetze auf Englisch ausgelegt werden. Welche der beiden Alternativen sich in der Praxis bewährt, wird die Zeit zeigen müssen. Den befürchteten Sprachbruch wird man so jedenfalls nicht vollends los.

Der Entwurf des Bundesrats geht den richtigen Weg. Er nimmt den wirtschaftlichen Wettbewerb um das Recht an und wird Deutschland als Prozesstandort stärken. Man sollte die Wirkung des Entwurfs jedoch nicht überschätzen. Es wird keine Flut an Prozessen auf die deutschen Handelsgerichte zukommen. Er ist nur ein Schritt in die richtige Richtung.

Peter Herzog

## Projekt ustawy o wprowadzeniu izb do międzynarodowych spraw handlowych

### I. Angielski jako opcjonalny język postępowania – krok we właściwym kierunku

---

Funkcją prawa i sądu we współczesnych czasach nie jest już wyłącznie ochrona porządku prawnego. W ostatnich dziesięcioleciach prawo wzmacnia swoje znaczenie także jako czynnik ekonomiczny. Znaczące instytucje prawnicze, takie jak ICC w Paryżu albo LCIA w Londynie, nie są jedynie przedsięwzięciami gospodarczymi, które generują ogromne dochody.

Wyścig o prawo jako czynnik wspomagający gospodarkę rozpoczął się i Republika Federalna Niemiec – jak się wydaje – strzał startowy już przegapiła. Na prowadzenie w tym procesie wychodzą Brytyjczycy. W roku 2007 Stowarzyszenie Prawników Anglii i Walii (The Law Society of England and Wales) opublikowało broszurę *The Jurisdiction of Choice*<sup>1</sup> (*Jurysdykcja według wyboru*) i przeprowadziło aktywną kampanię na rzecz poddawania sporów sądowych angielskiemu porządkowi prawnemu. Na ile racjonalna była ta reklama, oceniali już inni.<sup>2</sup> Republika Federalna Niemiec przygotowała natychmiast we współpracy Federalnej Izby Notarialnej (Bundesnotarkammer), Federalnej Izby Adwokackiej (Bundesrechtsanwaltskammer), Niemieckiego Stowarzyszenia Adwokatów (Deutscher Anwaltverein), Niemieckiej Izby Przemysłowo-Handlowej (Deutsche Industrie- und Handelskammer) i Niemieckiej Federacji Sędziów (Deutscher Richterbund) broszurę *Prawo tworzone w Niemczech* (*Law Made in Ger-*

---

<sup>1</sup> [www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf](http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf) (dostęp: 15.12.2016).

<sup>2</sup> Zob. V. Triebel, *Der Kampf ums anwendbare Recht*, AnwBl 2008, s. 305.

many).<sup>3</sup> Republika Federalna Niemiec nie jest jednak brana pod uwagę przez międzynarodowe koncerty jako prawnicze centrum rozstrzygania ich sporów, i to pomimo zalet niemieckiego sądownictwa. Niemieckie sądy uchodzą – według standardów międzynarodowych – za efektywne. Pracują szybko i ekonomicznie. Nawet wynagrodzenie adwokata jest wyznaczane według wartości przedmiotu sporu i nie jest wyliczane według liczby godzin.<sup>4</sup> Przy wartości przedmiotu sporu powyżej 30 milionów euro wynagrodzenie to zostaje wręcz ograniczone,<sup>5</sup> co jest osobliwością prawa niemieckiego. Międzynarodowe uznanie, wyrażane wobec niemieckiego prawa i niemieckiej jurysdykcji, nie znajduje jednak odzwierciedlenia w liczbie postępowań prowadzonych w międzynarodowych sprawach gospodarczych. Prawo niemieckie i niemieckie sądy są rzadko wybierane jako instrumentarium rozstrzygania sporów w międzynarodowych sprawach gospodarczych. Dla koncernów z siedzibą w kraju, które określają siebie jako „mistrzowie świata w eksporcie”, jest to oczywiście niekorzystne. Postępowania za granicą niosą ze sobą zarówno prawne, jak i praktyczne problemy, których rozwiązanie zwykle kosztuje.

Rząd Federalny chce wzmocnić pozycję Niemiec jako miejsca jurysdykcji, a prawo niemieckie uczynić hitem eksportowym. Ostatnio złożony został wniosek legislacyjny państw Nadrenii Północnej, Hamburga i Dolnej Saksonii z 6 marca 2014 r. zatytułowany *Projekt ustawy o wprowadzeniu izb do międzynarodowych spraw handlowych (KfH-G)*.<sup>6</sup> Przypomina on, pomijając kilka zmian redakcyjnych, wcześniejszy projekt, który z powodu zasady dyskontynuacji prac legislacyjnych nie mógł być dalej procedowany po wyborach z 2013 roku.<sup>7</sup> Jako główną przeszkodę w wyborze Niemieckiej Republiki Federalnej jako miejsca prowadzenia sporu – miejsca jurysdykcji – projekt wskazuje sztywne regulacje dotyczące języka niemieckiego na sali sądowej. Zgodnie z § 184 niemieckiej ustawy o ustroju sądów powszechnych

---

<sup>3</sup> Wydanie trzecie dostępne pod adresem: <http://www.lawmadeingermany.de/> (dostęp: 15.12.2015).

<sup>4</sup> F. Graf von Westfalen, *Die Gerichtssprache ist nicht mehr nur Deutsch*, *Anwaltsblatt* 2009, s. 214.

<sup>5</sup> Por. § 22 II RVG.

<sup>6</sup> BR-Drs. 93/14.

<sup>7</sup> Por. B. Mayer, *Englisch als Gerichtssprache in Deutschland?!*, „Wirtschaftsführer”, April 2015, s. 26 i n.

(GVG) językiem postępowania sądowego jest język niemiecki. Czynności, które nie są dokonane w tym języku, są więc nieskuteczne. Według projektu konieczność prowadzenia procesu sądowego w języku niemieckim odstrasza zagraniczne strony od wdawania się w proces w Niemczech. Uzasadnienie tego wydaje się zrozumiałe. Po pierwsze zachodzi obawa, że niemiecka strona sporu w znanym jej otoczeniu i w znanym jej języku zapewni sobie przewagę w procesie. Po drugie zaś zawezwanie tłumacza czy też przygotowanie tłumaczeń dokumentów powoduje dodatkowe koszty. Dlaczego by więc nie prowadzić sporu w języku, którym obie strony dobrze władają? W roli *lingua franca* międzynarodowego handlu najbardziej odpowiedni wydaje się język angielski.

Modelowy projekt w Wyższym Sądzie Krajowym (OLG) w Kolonii, dający możliwość prowadzenia międzynarodowych sporów gospodarczych w języku angielskim, został jednak uwieńczony nikłym sukcesem. W tym przypadku mogło być prowadzone, zgodnie z § 185 GVG, ustne postępowanie w języku angielskim, o ile strony władały językiem angielskim na odpowiednim poziomie. Wszystkie inne oświadczenia w toku postępowania, jak również postanowienia sądu, musiały być, zgodnie z § 184 GVG, dokonywane w języku niemieckim.<sup>8</sup> Możliwość prowadzenia ustnego postępowania w języku angielskim być może mogłaby ograniczyć obawy, że strona niemiecka może zapewnić sobie z racji języka przewagę podczas postępowania, jednak w przypadku sądu modelowego nadal pozostaje problem tłumaczenia innych czynności procesowych oraz wyroków.

## II. Nowy projekt wypracowany na błędach

---

Nowy projekt mógłby wyeliminować istniejące problemy. W § 184 II GVG ma zostać wprowadzony nowy ustęp, który umożliwi prowadzenie procesu w języku angielskim. Przesłanki do tego są następujące: (1) przedmiotem postępowania jest sprawa handlowa, (2) w postępowaniu występuje element międzynarodowy, (3) strony zgodziły się na prowadzenie postępowania w języku angielskim i (4) w postępowaniu nie uczestniczy konsument. Rządy krajów związkowych

---

<sup>8</sup> Ibidem.

upoważnione będą zgodnie z projektowanym brzmieniem § 93 II GVG do powołania przy sądach rejonowych (Landgerichts) izb do międzynarodowych spraw handlowych. W myśl § 93 IV GVG państwa związkowe będą mogły podejmować między sobą współpracę w tym zakresie. Przed tak utworzonym sądem możliwe będzie przeprowadzenie całego postępowania w języku angielskim. W języku angielskim sporządzony będzie także protokół postępowania i orzeczenie. Tłumaczeniu na język angielski podlegać będą również formularze wyroków i postanowień. Do decyzji sędziego pozostawione będzie natomiast, czy wyrok zostanie sporządzony najpierw w języku niemieckim, a dopiero następnie przetłumaczony. W ten sposób podjęto próbę wyeliminowania problemów, które zaistniały w projekcie modelowym.

Nowy projekt uchwycił jeszcze jeden problem: sens postępowania w języku angielskim jest zagrożony w przypadku postępowania odwoławczego. Prowadzenie postępowania przed sądem do spraw handlowych w języku angielskim może przynieść korzyści dla Niemieckiej Republiki Federalnej jako miejsca jurysdykcji. Jeżeli jednak nie ma takiej ewentualności w postępowaniu przed kolejną instancją, powracają wszystkie problemy związane z postępowaniem w języku obcym. Taki system niczego nie rozwiązuje. Projekt radzi sobie jednak z tym problemem przez wprowadzenie, w § 185 III GVG, możliwości posługiwania się językiem angielskim przed Trybunałem Federalnym (Bundesgerichtshof, BGH). Ukazuje przy tym dodatkowo jeszcze jedną osobliwość. W pierwszej instancji wybierany będzie z reguły język angielski. Sąd może w zakresie swojego uznania zmienić język albo zaważać tłumacza w razie niezdatności języka angielskiego do zastosowania w niektórych częściach postępowania. Z treści i uzasadnienia projektu wynika, że w odniesieniu do Trybunału Federalnego wprowadza on rozwiązanie fakultatywne. Tłem takiej regulacji jest fakt, że przed Trybunałem tak czy inaczej pojawiają się regularnie tylko niektórzy pełnomocnicy procesowi. Ten doborowy krąg bez wątpienia posługuje się biegle językiem niemieckim. Niemniej jednak powstają pytania, czy wyroki nadal będą musiały podlegać tłumaczeniu i w jakim języku powinny być sporządzane protokoły. Sukces albo niepowodzenie projektu zależy więc od praktyki postępowania przed Trybunałem Federalnym.

Podsumowując: projekt oferuje możliwość przeprowadzenia kompleksowego postępowania w międzynarodowych sprawach handlowych w języku angielskim. Należy jednak zastanowić się, czy projekt

nie rodzi problemów dla niemieckiego systemu sądownictwa i w jakim zakresie zamysły projektu są w ogóle do zaakceptowania.

### III. Zgodność z Konstytucją

---

Projekt wskazuje, że prowadzenie postępowania w języku angielskim przed niemieckim sądem dotyka zagadnienia jawności postępowania. Jawność postępowania sądowego nie została wyraźnie uregulowana w ustawie zasadniczej, wyprowadza się ją jednak z zasad praworządności ujętych w art. 20 i 28 niem. Konstytucji.<sup>9</sup> Mają one gwarantować społeczną kontrolę nad orzecznictwem i tym samym chronić przed sędziowską arbitralnością. W Niemczech jednak (jeszcze) nie każdy obywatel posługuje się językiem niemieckim. Opierając się na analizach Instytutu Badania Opinii Publicznej Allensbach można podać, że 67% Niemców „stosunkowo dobrze mówi i rozumie” język angielski. Tak więc już w przypadku tych 67% ankietowanych można wyjść z założenia, że „stosunkowo dobrze” nie zawsze okaże się wystarczające dla zrozumienia angielskiego słownictwa gospodarczego i prawniczego. Wykluczona zostaje w każdym bądź razie jedna trzecia ludności, która nie potrafi w języku angielskim stosunkowo dobrze mówić ani go stosunkowo dobrze nie rozumie. W odniesieniu do tej grupy osób projekt zwraca uwagę na rolę mediów jako ogniwa łączącego sądy i społeczeństwo. Wymagana kontrola praworządności byłaby osiągnięta dzięki mediom. Faktycznie takie teleologiczne założenie jest przekonujące, gdyż z zasady praworządności nie wynikają dla jednostki żadne indywidualne roszczenia prawne.<sup>10</sup> Tym, co musi być zapewnione w procesie, jest jedynie możliwość realizacji kontroli.<sup>11</sup> Kontrolę tę zapewniłaby większa część społeczeństwa, a także media.<sup>12</sup> Nie istnieje również wymóg, że wszystko, co dzieje się na sali sądowej, musi być zrozumiałe.<sup>13</sup> Publiczność nie ma przecież możliwości zobowiązania sądu, żeby głośniej mówić, albo wziął pod uwagę np. plany,

---

<sup>9</sup> Zgodnie z: W. Zimmermann, w: MüKo-ZPO, § 169 GVG, pkt. 3.

<sup>10</sup> W. Ewer, *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?*, NJW 2010, s. 1323–1324.

<sup>11</sup> BGH NJW 2006, 1220; W. Zimmermann, w: MüKo-ZPO, § 169 GVG, pkt. 31.

<sup>12</sup> Odmienne: W. Zimmermann, w: MüKo-ZPO, § 184 GVG, pkt. 12.

<sup>13</sup> Ibidem.



względnie dowody fotograficzne.<sup>14</sup> Pozyskiwanie wiadomości w procesie cywilnym jest więc już bez tego ograniczone. Projekt zatem słusznie zakłada, że jawność na sali sądowej nie pozostanie poza oddziaływaniem projektu, jednak będzie ona nadal wystarczająca dla spełnienia wymogów konstytucyjnych.

#### IV. Podważyć pozycję sądów arbitrażowych

---

Sensem i celem projektu jest wzmocnienie niemieckiej jurysdykcji. Wyraźnie podkreśla się jednak, że spory gospodarcze w pierwszej kolejności rozstrzygane będą przed sądami zagranicznymi albo przed międzynarodowymi sądami arbitrażowymi. Czy więc względnie prosta regulacja dotycząca języka przybliży realizację celu projektu? W przypadku sporów za granicą daje się dokładnie zbadać, które spory w jakich państwach najlepiej są rozstrzygane. Zależy to od wielu czynników i ogólna odpowiedź na to pytanie niezupełnie jest możliwa. Ocena projektu z pewnością nie jest błędna. Język stanowi przeszkodę przy rozstrzyganiu w międzynarodowych sprawach handlowych w Niemieckiej Republice Federalnej. Nie jest to jednak jedyna negatywna cecha, którą kryje w sobie w tym momencie prawo niemieckie. Gdy weźmie się pod uwagę arbitraż międzynarodowy, okazuje się, że język jest jedynie małą częścią tego, co w istocie czyni postępowania arbitrażowe interesującymi dla wielu dużych przedsiębiorstw, to jest autonomii woli. W postępowaniu arbitrażowym daje się niemal wszystko uregulować, opierając się na autonomii woli. Istnieją przy tym obszary, w których prawo państwowe – ewentualnie prawo krajowe nieco zmodyfikowane – może być konkurencyjne. Możliwość prowadzenia w języku angielskim negocjacji albo uzgadniania treści klauzul prorogacyjnych należy do takich obszarów. Innym korzystnym cechem arbitrażu sąd państwowy nie jest jednak w stanie dorównać. Nie istnieje możliwość całkowitego ustalenia porządku procedowania albo samodzielnego wyboru sędziego. Sąd państwowy stosuje zawsze zasadę *lex fori*. Przed sądem nie ma się także możliwości wyboru sędziego, co byłoby problematyczne zwłaszcza ze względu na niezawisłość sądu. Największą siłą postępowania arbitrażowego stanowi

---

<sup>14</sup> Zgodnie z: W. Zimmermann, w: MüKo-ZPO, § 169, pkt. 2.

jednak poufność. Jawność jest w postępowaniach arbitrażowych wyłączona dla publiczności w taki sposób, że nie można w nich uczestniczyć ani nie ma się później możliwości dowiedzenia się o wynikach postępowania z opublikowanego wyroku. Sąd państwowy nie może sobie na to pozwolić i z uwagi na zasadę jawności wręcz nie powinien. Postępowania arbitrażowe, z drugiej strony, są często droższe niż postępowanie przed sądem krajowym.

Można więc przypuszczać, że projekt okaże się dobry dla średniej wielkości przedsiębiorstw, prowadzących handel międzynarodowy. Projekt zmierza więc we właściwym kierunku, chociaż nie należy się spodziewać, że przyciągnie falę procesów, które normalnie byłyby rozpoznawane przed międzynarodowym sądem arbitrażowym.

## V. Problem języka zmienia się

---

Postępowanie prowadzone zgodnie z projektem w języku angielskim ma sens, gdy umowa i język postępowania nie są tożsame. Można sobie wyobrazić, że niemiecka wykładnia językowa klauzul w języku angielskim będzie dość skomplikowana i nie zawsze pomocna. Prowadzenie postępowania w języku angielskim mogłoby temu zaradzić. Istnieje jednak nadzieja, że prowadzenie postępowania w Niemieckiej Republice Federalnej pociągnie za sobą także wybór niemieckiego prawa. Nie dostrzega się przy tym faktu, że w ten sposób problem tłumaczenia zwyczajnie zostaje przesunięty w drugą stronę. Podczas gdy początkowo trzeba było dokonywać tłumaczenia angielskich klauzul kontraktowych, teraz będą musiały być tłumaczone na angielski pojęcia niemieckich ustaw. Czas pokaże, która z tych alternatyw sprawdzi się w praktyce. W każdym razie w taki sposób nie do końca pozbedziemy się problemów związanych z tłumaczeniem.

Projekt Rządu Federalnego zmierza we właściwym kierunku. Uwzględnia gospodarczą konkurencyjność prawa i wzmacnia pozycję Republiki Federalnej Niemiec jako miejsca jurysdykcji. Nie można jednak przeceniać oddziaływania tego projektu. W niemieckim sądzie handlowym nie będzie powodzi procesów. Jest to jedynie krok we właściwym kierunku.

Małgorzata Suszcz

## Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren als Garantie des fairen Verfahrens

Der Aufsatz gehört zur Problematik der Behandlung von Parteien fremder Herkunft vor den inländischen Gerichten. Es wurde eine detaillierte Analyse des Rechts der vor Gericht auftretenden Partei, die kostenlose Hilfe eines Übersetzers<sup>1</sup> in Anspruch zu nehmen, was die Umsetzung der Garantie des fairen Verfahrens darstellt, durchgeführt. Die Frage wird vor dem Hintergrund des polnischen Rechts unter Berücksichtigung der Rechtsakte des internationalen Rechts und der Rechtsprechung der polnischen Gerichte und des Europäischen Gerichtes für Menschenrechte (EGMR) besprochen.

### I. Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren als Ausdruck der Garantie des fairen Verfahrens

---

Vor den Organen der polnischen Rechtspflege treten nicht nur Personen polnischer Nationalität, sondern auch solche fremdere Herkunft als Parteien oder als Beteiligte am Gerichtsverfahren auf. Zum universellen Standard des Schutzes eines jeden Bürgers, und zwar unabhängig von seiner Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staat, gehört das Recht auf ein faires Verfahren. Die normativen Grundlagen des Rechts auf ein faires Verfahren finden wir in internationalen Rechtsakten, u.a. in der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK)<sup>2</sup> und im In-

---

<sup>1</sup> Im Polnischen wird begrifflich nicht zwischen Übersetzer (schriftlich) und Dolmetscher (mündlich) unterschieden. Zur besseren Lesbarkeit des Textes wird hier der Begriff des Übersetzers als Oberbegriff verwendet. Nur da, wo die deutsche Fassung der Vorschriften (z. B. der EMRK) ausdrücklich vom Dolmetscher spricht oder wo sich die Vorschriften deutlich auf die mündliche Übersetzung beziehen, wird dies übernommen [Anm. der Übers.].

<sup>2</sup> Poln. Gesetzblatt Dziennik Ustaw (Dz.U.) von 1993 Nr. 61, Pos. 284.

ternationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt)<sup>3</sup>.

Die grundlegende und allgemeine Garantie des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren wird von Art. 6 EMRK eingeführt. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über seinen Fall von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren, innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Die Konvention statuiert überdies den Grundsatz der Gleichbehandlung von Personen. Ein Ausdruck dessen stellt Art. 14 EMRK dar, der das Diskriminierungsverbot enthält; dieser besagt, dass der Genuss der in der EMRK anerkannten Garantien jedem zu gewähren ist, unabhängig von seiner Rasse, nationalen oder sozialen Herkunft sowie seiner Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Die Garantie der Gleichbehandlung vor Gerichten und die Garantie der Verhandlung in einem fairen Verfahren wurden auch in Art. 14 Abs. 1 UN-Zivilpakt ausgedrückt, der bestimmt, dass alle Menschen vor Gericht gleich sind.

Das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren beinhaltet die Garantie der Verhandlung in einem öffentlichen und fairen Verfahren innerhalb angemessener Frist durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht, aber auch das Recht der Partei auf aktive Teilnahme am Verfahren.

Art. 6 Abs. 3 EMRK, der sich auf eine angeklagte Person bezieht, sieht ausdrücklich vor, dass diese Person das Recht hat, unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben, sich selbst zu verteidigen oder sich durch einen Verteidiger verteidigen zu lassen. Der Angeklagte hat mindestens das Recht, innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihm verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden. In Art. 6 Abs. 3 EMRK ist von einer angeklagten Person die Rede. Die Prozessgarantien gehen jedoch über angeklagte Personen hinaus. Sie finden nämlich nicht nur im Stadium des gerichtlichen Verfahrens, sondern bereits im Ermittlungsverfahren Anwendung.<sup>4</sup> Ein Ausdruck des Rechts auf

<sup>3</sup> Dz.U. 1977 Nr. 38, Pos. 167.

<sup>4</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Art. 72 These 1, 2. Aufl., 2016, elektr. Zugang, Legalis.

ein faires Verfahren ist nämlich die Garantie, dass der Angeklagte innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihm verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung unterrichtet wird. Die Anforderung, dass er innerhalb möglichst kurzer Frist informiert wird, bedeutet, dass die Unterrichtung dann erfolgen sollte, wenn die gesammelten Beweise die Formulierung der Tatvorwürfe zulassen.

Die Anwesenheit eines Übersetzers in diesem Verfahrensstadium schafft ihm die Möglichkeit, sich mit den Tatvorwürfen vertraut zu machen und eine Verteidigung vorzubereiten. Die Unterrichtung über die Anklage kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen. Wichtig ist, dass die Übersetzung unabhängig von ihrer Form dem Angeklagten Informationen über das ihn betreffende Verfahren liefert.<sup>5</sup>

Eine Informationspflicht sehen auch Art. 14 Abs. 3 lit. a und f UN-Zivilpakt vor, die das Recht eines jeden wegen einer strafbaren Handlung Angeklagten, unverzüglich und im einzelnen in einer ihm verständlichen Sprache über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Anklage unterrichtet zu werden, sowie das Recht, die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zu verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht, statuieren.

## II. Normative Grundlagen der Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren vor den polnischen Gerichten

---

Im Lichte des Art. 91 Abs. 1 der Verfassung der Republik Polen<sup>6</sup> stellt die EMRK einen Teil der inländischen Rechtsordnung dar.<sup>7</sup> Die Grundsätze der Konvention finden ihre Widerspiegelung in der polnischen Verfassung – in Kapitel II über die Freiheit, die Rechte und Pflichten des Menschen und des Bürgers. Das Recht auf eine gerechte und faire Verhandlung der Sache durch die Gerichte findet seinen Ausdruck in Art. 45 Abs. 1 der poln. Verfassung. Demnach hat jeder

---

<sup>5</sup> K. Witkowska, *Tłumacz w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2014, Nr. 1, S. 29-38.

<sup>6</sup> Dz.U. 1997 Nr. 78, Pos. 483 m. Änd.

<sup>7</sup> Die Konvention wurde von Polen am 19. Januar 1993 als internationaler Vertrag ratifiziert.

das Recht darauf, dass seine Rechtssache in einer gerechten und öffentlichen Verhandlung ohne unbegründetes Zögern durch ein zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht geprüft wird. Art. 42 Abs. 2 der poln. Verfassung stellt eine Garantie des Rechts auf Verteidigung dar, deren Ausdruck u.a. das Recht auf Beiziehung eines Übersetzers ist.

Eine aus einem anderen Staat stammende Person kann in Polen zwar nicht verlangen, dass das Verfahren in einer ihr verständlichen Sprache geführt wird, denn laut Art. 5 § 1 polnisches Gerichtsverfassungsgesetz (poln. GVG)<sup>8</sup> ist Polnisch die Amtssprache vor den polnischen Gerichten. Aber laut Art. 5 § 2 poln. GVG hat eine Person, die in unzureichendem Grad der polnischen Sprache mächtig ist, das Recht, in einer ihr verständlichen Sprache vor Gericht aufzutreten. Zudem ist sie berechtigt, unentgeltlich die Hilfe eines Übersetzers in Anspruch zu nehmen. Die o.g. Grundsätze finden in Verfahren vor den Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichten Anwendung.

Die Teilnahme eines Dolmetschers am Zivilverfahren ist in Art. 265 § 1 Zivilverfahrensgesetzbuch (poln. ZverfGB)<sup>9</sup> geregelt, wonach das Gericht zur Vernehmung eines Zeugen, der der polnischen Sprache nicht hinreichend mächtig ist, einen Dolmetscher hinzuziehen kann. Ähnlich wie im Strafverfahren, finden auf Übersetzer auch im Zivilverfahren Vorschriften Anwendung, die die Arbeit der Sachverständigen regeln (Art. 265 § 2 poln. ZverfGB und Art. 204 § 3 Strafverfahrensgesetzbuchs (poln. StVGB)<sup>10</sup>).

Auch die Verwaltungsbehörden sind, gemäß Art. 10 § 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (poln. VwVfG)<sup>11</sup>, verpflichtet, den Parteien eine aktive Teilnahme auf jeder Stufe des Verwaltungsverfahrens zu garantieren. Vor Erlass des Verwaltungsaktes muss die Partei die Möglichkeit haben, sich zu den gesammelten Beweisen und Materialien sowie den angemeldeten Forderungen zu äußern. Wie sich aus Art. 69 poln. VwVfG ergibt, sollte derjenige, der eine Aussage macht, sich die Vernehmungsniederschrift anhören und sie unterzeichnen. In den Vernehmungsniederschriften einer Person, die eine Aussage

<sup>8</sup> Dz.U. 2016, Pos. 2062 konsol. Fassung.

<sup>9</sup> Dz.U. 2014, Pos. 101 m. Änd.

<sup>10</sup> Dz.U. 2016, Pos. 1749 konsol. Fassung.

<sup>11</sup> Dz.U. 1960 Nr. 30, Pos. 168 m. Änd.

in einer Fremdsprache gemacht ist, ist ihr Inhalt in der polnischen Übersetzung wiederzugeben und die Person und Anschrift des Dolmetschers zu nennen. Der Dolmetscher hat die Vernehmungsniederschrift zu unterschreiben.

Wenn die Partei der Möglichkeit beraubt wurde, ihre Rechte zu verteidigen, und zwar u.a. dadurch, dass ihr nicht die Möglichkeit geboten wurde, in einer ihr verständlichen Sprache am Verfahren teilzunehmen, so kann dies gemäß Art. 183 § 2 Ziff. 5 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (poln. VGVG)<sup>12</sup> die Nichtigkeit des Verwaltungsverfahrens zur Folge haben.

Um das Recht auf Teilnahme eines Übersetzers im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten in Anspruch zu nehmen, muss die Person einen Antrag auf seine Beiziehung stellen. Die Entscheidung darüber fällt grundsätzlich das Gericht, das in erster Instanz für die Entscheidung über die Sache zuständig ist. Über einen Antrag, der während des bereits laufenden Verfahrens gestellt wird, wird aufgrund der Notwendigkeit seiner sofortigen Prüfung vom Gericht der Instanz, in der sich die Sache gerade befindet, entschieden, ohne dass der Antrag an das Gericht erster Instanz verwiesen wird (Art. 5 § 3 poln. VGVG). Ein Verstoß gegen die Pflicht, einer im Verfahren als Partei auftretenden Person einen Übersetzer zur Verfügung zu stellen, kann eine Grundlage für den Vorwurf einer den Ausgang des Verfahrens beeinflussenden Verletzung des Verfahrensrechts oder sogar für die Nichtigkeit des Verfahrens wegen Entziehung des Rechts auf Verteidigung sein.<sup>13</sup>

Gemäß dem in Art. 6 des poln. StVGB statuierten Grundsatz hat der Angeklagte ein Recht auf Verteidigung. Dieses Recht steht jedem Angeklagten, unabhängig davon, welche Staatsangehörigkeit er besitzt, zu. Das Recht des Angeklagten, im Strafverfahren die Hilfe eines Übersetzers in Anspruch zu nehmen, wurde in Art. 72 poln. StVGB ausgedrückt. Diese Regelung bezieht sich sowohl auf das Ermittlungsverfahren als auch auf das Gerichts- und das Vollstreckungsverfahren.<sup>14</sup> Ein Übersetzer wird für Handlungen mit Beteiligung des Angeklagten sowie zwecks Verständigung des Angeklagten

<sup>12</sup> Dz.U. 2002 Nr. 153, Pos. 1270 m. Änd.

<sup>13</sup> A. Górski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, 2013, Art. 5, These 4, elektr. Zugang LEX.

<sup>14</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2016, Art. 72, These 1.

mit seinem Verteidiger beigeordnet. Die Beteiligung eines Übersetzers hat zum Zweck, dass dem Angeklagten für Handlungen, an denen er teilzunehmen berechtigt ist, der Kontakt mit seinem Verteidiger ermöglicht wird. Auf Antrag des Angeklagten oder seines Verteidigers ist ein Dolmetscher bspw. für die folgenden Handlungen, die unter Teilnahme des Angeklagten erfolgen, beizuordnen: körperliche Untersuchung, psychologische und psychiatrische Untersuchungen, Entnahme von Untersuchungsmaterial durch einen Polizeibeamten, Gegenüberstellung sowie die Vernehmung des Angeklagten.

Die Umsetzung des Rechts auf Verteidigung äußert sich auch in der Pflicht des Gerichts, der der Sprache des jeweiligen Staates nicht mächtigen Person grundlegende Prozessunterlagen in einer ihr verständigen Sprache zur Verfügung zu stellen. Dem die Quelle dieser Pflicht darstellenden Art. 72 § 3 poln. StVGB fällt die Garantiefunktion zu und er stellt die Umsetzung der Mindeststandards eines demokratischen Rechtsstaates dar. Einem Angeklagten, der die polnische Sprache in unzureichendem Grad kennt, sind die Prozessschriftsätze samt Übersetzung zuzustellen. Als Ausnahme davon reicht die Verkündung der übersetzten Entscheidung, wenn der Angeklagte sich damit einverstanden erklärt, es sei denn, die Entscheidung unterliegt der Anfechtung. Die Nichtbefolgung der o.g. Pflicht durch das Gericht stellt einen Verstoß gegen ein wesentliches Element des Rechts auf ein faires Verfahren dar, der als grobe Rechtsverletzung angesehen werden kann.<sup>15</sup>

Die Frage der Teilnahme eines Übersetzers am Strafverfahren wurde auch in Art. 204 poln. StVGB geregelt. Die Vorschrift besagt, in welchen Fällen ein Dolmetscher beizuordnen ist; dazu gehören u.a. die Vernehmung einer die polnische Sprache nicht beherrschenden Person sowie eines Tauben oder Stummen, wenn die schriftliche Verständigung mit dieser Person nicht reicht. Ein Übersetzer ist außerdem hinzuzuziehen, wenn ein in einer Fremdsprache erstellter Schriftsatz ins Polnische übersetzt werden muss, oder andersherum – wenn der Angeklagte mit dem Inhalt des erhobenen Beweises vertraut gemacht werden muss.

Die Pflicht zur Beiordnung eines Dolmetschers für eine Vernehmung gilt unabhängig davon, welche Rolle der Vernommene im

---

<sup>15</sup> Urteil des SN vom 22.03.2007, V KK 190/06, Prok. i Pr. 2007 Nr. 10, Pos. 11, S. 10.



Verfahren einnimmt. Ein Dolmetscher wird bei Vernehmungen von Zeugen, Sachverständigen und Angeklagten hinzugezogen.<sup>16</sup> Die Pflicht der Beiordnung eines Dolmetschers besteht immer dann, wenn eine der polnischen Sprache nicht mächtige, eine taube oder eine stumme Person vernommen wird. Keine Rolle spielt dabei die Tatsache, ob der Protokollführer oder der Vernehmende die Fremdsprache, der sich der Vernommene bedient, kennt. Ein Mitarbeiter des Gerichts, ein Amtsträger des Prozessorgans darf die Übersetzung nicht selbst vornehmen.<sup>17</sup> Ein Prozessorgan kann nur dann auf die Hinzuziehung eines Dolmetschers verzichten, wenn dem Zeugen oder der Partei der polnische Inhalt vollkommen klar ist, sowie wenn er/sie Erklärungen in dieser Sprache in einem seinem Willen und seinem Wissen entsprechenden Grad abgibt. Die Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren dient dazu, dass jeder natürlichen Person das Recht auf Gleichbehandlung garantiert wird.

### III. Die Garantie der Teilnahme eines Dolmetschers am Verfahren vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung

---

Bei der Besprechung des Rechts des Angeklagten, in einem Gerichtsverfahren Übersetzerdienste zu nutzen, ist es unerlässlich, auf Standards Bezug zu nehmen, die in den EGMR-Entscheidungen festgesetzt worden sind, welche sich auf die Person des Angeklagten, d.h. auf denjenigen, den das zuständige Organ offiziell über den Tatvorwurf informiert hat, beziehen.<sup>18</sup>

Der Umfang der unentgeltlichen Hilfe eines Übersetzers war Gegenstand von Überlegungen des Gerichtshofs in Sachen Luedicke,<sup>19</sup> wo die Parteien Luedicke (ein Staatsangehöriger Großbritanniens), Belkacem (ein algerischer Staatsangehöriger) und Koc (ein türkischer Staatsangehöriger) waren. Diese haben eine Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben. Die Beschwerdeführer besaßen

---

<sup>16</sup> R.A. Stefański, *Tłumacz w procesie karnym*, Wojskowy Przegląd Prawniczy, 2006 Nr. 4, S. 87-105.

<sup>17</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Bd. I, Warszawa 2007, S. 965.

<sup>18</sup> Urteil des EGMR vom 27.02.1980, Deweer gegen Belgien.

<sup>19</sup> Urteil des EGMR vom 28.11.1978, Luedicke gegen die BRD.

keine hinreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache, weswegen sie sich im Verfahren vor dem deutschen Gericht eines Übersetzers bedienten. Nach Verfahrensende ist eine Entscheidung ergangen, welche die Rückerstattung der Dolmetscherkosten anordnete. Die Beschwerdeführer haben festgestellt, dass diese Entscheidung ihre Rechte aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK verletze. Der Gerichtshof hat der Beschwerde stattgegeben und festgestellt, dass das sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK ergebende Recht auf unentgeltliche Hilfe jedem zusteht, der die vor Gericht verwendete Sprache nicht versteht oder spricht, und die Inanspruchnahme der Hilfe eines Dolmetschers nicht mit der Möglichkeit verbunden sein kann, den Angeklagten später mit den Kosten dieser Hilfe zu belasten.

Einen Ausdruck des von Art. 6 EMRK garantierten Rechts auf Verteidigung stellt neben dem Recht auf Inanspruchnahme der Hilfe eines Dolmetschers auch das Recht, Informationen über das Wesen und die Ursache für die Anklage in einer dem Angeklagten verständlichen Sprache zu erhalten, dar. Eine Verletzung dieser Pflicht hat der Gerichtshof in der Sache Brozicek festgestellt.<sup>20</sup> Mit diesem Fall beschäftigten sich die italienischen Rechtspflegeorgane. Der Sachverhalt war folgender: Der Angeklagte (Brozicek) hat, nachdem er durch ein Organ der italienischen Staatsanwaltschaft über die Einleitung des Verfahrens gegen ihn schriftlich informiert wurde, das Dokument mit der Anmerkung zurückgeschickt, dass er Schwierigkeiten hatte, den Inhalt zu verstehen und verlangte, dass mit ihm in seiner Muttersprache oder in einer der Amtssprachen der Vereinten Nationen kommuniziert werde. Trotz dessen wurden weitere Dokumente auf Italienisch verfasst. In der Sache erging ein Versäumnisurteil, durch das Herr Brozicek zu 5 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Durch Urteil vom 19. Dezember 1989 stellte der EGMR fest, dass bei der Beurteilung der Begründetheit der Berufung auf Art. 3a EMRK eine andere als die italienische Staatsangehörigkeit des Angeklagten berücksichtigt werden muss. Der Gerichtshof betonte, dass das Gericht keine Maßnahmen ergriffen hat, die es angestrebt hätten, dem Angeklagten das Recht auf ein faires Verfahren zu sichern. Das Gericht, das über die Anklage entschieden hatte, hatte keinen Grund zur Annahme, dass der Angeklagte die vor Gericht

---

<sup>20</sup> Urteil des EGMR vom 19.12.1989, Brozicek gegen Italien.

angewandte Sprache versteht oder spricht, insbesondere da der Angeklagte das Gericht darüber informiert hat, dass er die italienische Sprache nicht beherrsche und dass er Schwierigkeiten habe, die an ihn adressierten Schriftsätze zu verstehen.

Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK wurde auch in der Sache Cuscani festgestellt,<sup>21</sup> in der der Gerichtshof die Umsetzung der Standards eines fairen Verfahrens in Gestalt der Zurverfügungstellung eines Dolmetschers während der Verhandlung und bei der Urteilsfindung durch ein nationales Gericht geprüft hat. Cuscani war italienischer Staatsangehöriger und hatte Schwierigkeiten, sich auf Englisch zu verständigen. Eine bewusste Teilnahme am Verfahren erforderte die Sicherstellung einer professionellen Unterstützung eines Dolmetschers. An den anfänglichen Phasen des Verfahrens hat jedoch kein Dolmetscher teilgenommen und seine Beordnung erfolgte erst auf Antrag des Verteidigers des Angeklagten. Obwohl diesem Antrag vom Gericht stattgegeben wurde, erschien der Dolmetscher nicht in der Gerichtsverhandlung. Auf Antrag des Verteidigers hat das Gericht die Möglichkeit zugelassen, dass, falls erforderlich, der Bruder des Angeklagten, dessen translatorische Fähigkeiten dem Gericht weder bekannt waren noch bescheinigt wurden, dolmetschen wird. In der Beschwerde an den Gerichtshof hat Cuscani geltend gemacht, dass ihm aufgrund der Abwesenheit des Dolmetschers während der Verhandlung und bei der Urteilsfindung kein faires Verfahren sichergestellt wurde. Der EGMR hat der Beschwerde stattgegeben und hat festgestellt, dass es in diesem Verfahren zur Verletzung der Pflicht des fairen Verfahrens gekommen ist.

Das Recht des Angeklagten, die kostenlose Hilfe eines Übersetzers in Anspruch zu nehmen, äußert sich darin, dass der Angeklagte das Recht hat, all die Urkunden und Erklärungen in dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren, die er verstehen muss oder die er in der vom Gericht benutzten Sprache vorzulegen hat, in einer ihm verständlichen Sprache zu erhalten.<sup>22</sup> Aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK ergibt sich nicht die Pflicht, die ganzen Akten des Falls zu übersetzen. Diese Stellung bezog auch der EGMR im Jahre 1989 beim Urteil in der Sache Kamasiński gegen Österreich. Er stellte fest, dass für die Er-

---

<sup>21</sup> Urteil des EGMR vom 24.09.2002, Cuscani gegen Großbritannien.

<sup>22</sup> K. Witkowska, a.a.O., S. 30.

füllung der Garantien des fairen Verfahrens nach der Konvention die Übersetzung aller Akten des Falls nicht erforderlich ist, sondern nur der Unterlagen, die für die Sicherstellung eines fairen Verfahrens notwendig sind.<sup>23</sup> Übersetzungen sollten in einem Umfang erfolgen, der für das Verstehen des Sinns der wichtigsten Handlungen im anhängigen Verfahren erforderlich ist.<sup>24</sup> Im Beschluss vom 4. April 2012 hat der Oberste Gerichtshof in Polen (Sąd Najwyższy, SN) festgestellt, dass es nicht notwendig ist, die gesamten Akten des jeweiligen Falls zu übersetzen, sondern lediglich die Unterlagen, die für die Sicherstellung eines fairen Verfahrens gegenüber dem Angeklagten erforderlich sind.<sup>25</sup> Das Recht, auf Übersetzerdienste zurückzugreifen, sollte in dem Umfang gewährleistet sein, der für die Sicherstellung der elementaren Prozessgarantien erforderlich ist.

#### IV. Das Recht auf Hilfe eines Übersetzers in der Rechtsprechung der polnischen Gerichte

---

Das Recht auf Inanspruchnahme der Hilfe eines Übersetzers war auch Gegenstand von Überlegungen polnischer Gerichte. Polen hat als Vertragsstaat der EMRK die Pflicht, jeder Person das Recht auf ein faires Verfahren zu garantieren.

Im Beschluss vom 23. Juli 2015 hat der SN präzisiert, wann die Notwendigkeit besteht, für einen Angeklagten einen Übersetzer hinzuzuziehen.<sup>26</sup> In dieser Sache wurde ein Bürger georgischer Nationalität durch die ordentlichen Gerichte beider Instanzen aufgrund von Art. 178a §§ 1, 4 Strafgesetzbuch<sup>27</sup> (poln. StGB) dafür verurteilt, dass er unter Einfluss von Rauschmitteln ein Fahrzeug geführt hat. In der Kassationsklage hat der Verteidiger des Angeklagten geltend gemacht, dass das Berufungsgericht durch die Akzeptanz dessen, dass

---

<sup>23</sup> Urteil des EGMR vom 19.12.1989, Kamasiński gegen Österreich.

<sup>24</sup> P. Hofmański, *Prawo do udziału tłumacza w postępowaniu karnym*, in: A. Szwarc (Hrsg.), *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce*, Poznań 2000, S. 153.

<sup>25</sup> Beschluss des SN vom 04.04.2012 r., III KK 133/11, elektr. Zugang Legalis Nr. 491921.

<sup>26</sup> Beschluss des SN vom 23.07.2015, II KK 186/15, elektr. Zugang Legalis Nr. 1310336.

<sup>27</sup> Dz.U. 1997, Nr. 88 Pos. 553.

das Gericht *a quo* es unterlassen hat, für den Angeklagten einen Übersetzer für die georgische Sprache beizuordnen, einen groben Verstoß gegen die Vorschriften des Prozessrechts begangen habe. Der Verteidiger hat vorgebracht, dass der Angeklagte der polnischen Sprache nicht in einem hinreichenden Grad mächtig war. Er argumentierte, dass die sprachliche Barriere es dem Angeklagten unmöglich gemacht habe, sich wirksam zu verteidigen, was zur Folge hatte, dass er zu Unrecht verurteilt wurde und ein ungerechtes Urteil ergangen sei. Seine These über die nicht hinreichende Kenntnis der polnischen Sprache stützte der Kläger auf zwei Notizen, die der Angeklagte im Laufe des Verfahrens verfasst hat und die einige Schreibfehler enthielten. Der Verteidiger bezog sich auch auf seine eigenen Schwierigkeiten, sich mit dem Verurteilten auf Polnisch zu verständigen. Der SN hat bei der Rückweisung der Kassation darauf hingewiesen, dass es im internationalen und nationalen Recht nicht darum geht, dass die Sprache in Wort und Schrift in einem Grad beherrscht wird, der einer Muttersprache nahekommt, sondern um Sprachkenntnisse im kommunikativen Grad, der die Verwirklichung des Rechts auf Verteidigung ermöglicht. Wie der SN angemerkt hat, berechtigt die Tatsache, dass der Angeklagte Schreibfehler macht, ihn nicht dazu, den Beistand eines Übersetzers zu erlangen, wo der Angeklagte, der sich seit 1989 in Polen aufhielt, im Laufe des Verfahrens doch deklariert habe, dass er die polnische Sprache kenne, nicht signalisiert habe, dass er die Hilfe eines Übersetzers brauche und darüber hinaus weder seinem vorherigen Verteidiger noch dem Gericht erster Instanz Sprachschwierigkeiten aufgefallen seien, die sein Recht auf Verteidigung einschränken könnten. Schlussfolgernd hat der SN festgestellt, dass der Angeklagte sich der polnischen Sprache in einem kommunikativen Grad bediene, was ihm die Verwirklichung des Rechts auf Verteidigung ohne Hinzuziehung eines Übersetzers ermögliche.

Das Kriterium, wonach das Bestehen der Pflicht zur Beordnung eines Übersetzers beurteilt wird, stellt der Grad der Polnischkenntnisse des Angeklagten dar.<sup>28</sup> Es wird jedoch betont, dass dieser nur schwer einzuschätzen ist.<sup>29</sup> Die unentgeltliche Hilfe eines Übersetzers

---

<sup>28</sup> J. Długosz, *Prawo do udziału tłumacza jako jedna z przesłanek rzetelnego procesu karnego*, *Investigationes Linguisticae*, vol. XVII, 2009, S. 105.

<sup>29</sup> K. Witkowska, a.a.O., S. 36.

kann nicht nur eine Person in Anspruch nehmen, die die polnische Sprache überhaupt nicht kennt, sondern auch diejenige, die wegen unzureichender passiver und aktiver Sprachkenntnisse nicht vollkommen bewusst am Verfahren teilnehmen kann.<sup>30</sup> Der Begriff der Nichtbeherrschung der polnischen Sprache bedeutet einen Zustand, in dem eine Person im unzureichenden Grad die an sie gerichteten Aussagen versteht oder im unzureichenden Umfang ihre Gedanken auf Polnisch auszudrücken vermag.<sup>31</sup> Die Nichtbeherrschung der polnischen Sprache liegt auch dann vor, wenn ein Prozessorgan nicht imstande ist, die von dieser Person übermittelten Bemerkungen präzise zu verstehen.<sup>32</sup> Der Umstand, dass der Angeklagte ein Ausländer ist, nicht zwangsweise die Notwendigkeit nach sich zieht, im Strafverfahren einen Übersetzer für den Angeklagten beordnen zu müssen. Ausschlaggebend ist nämlich der Kenntnisgrad der bei Gericht verwendeten Sprache. Die kostenlose Hilfe eines Übersetzers kann auch ein polnischer Staatsbürger beanspruchen, der die polnische Sprache, der man sich vor Gericht bedient, nicht versteht und nicht spricht. Wiederum braucht ein Ausländer, der die polnische Sprache versteht und sich in dieser auszudrücken vermag, keine Hilfe eines Übersetzers. Als eine Person, die die polnische Sprache nicht oder in einem unzureichenden Grad beherrscht, kann eine Person gelten, die lediglich einen Dialekt, z. B. den schlesischen, beherrscht.

Bei der Analyse der Stellung der einer Sprache nicht mächtigen Personen im Gerichtsverfahren ist die SN-Entscheidung vom 3. April 2003<sup>33</sup> heranzuziehen, nach der als eine die polnische Sprache nicht beherrschende Person nicht nur eine solche gilt, die die Sprache überhaupt nicht spricht, sondern auch eine solche, welche die ihr gestellten Fragen nicht im hinreichenden Grad versteht oder aufgrund der geringen Kenntnisse dieser Sprache ihre Gedanken nicht frei formulieren kann. Die Sache betraf einen angeklagten Ausländer, der die polnische Sprache nur unzulänglich beherrschte. Nach Art.

---

<sup>30</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, Art. 72, elektr. Zugang Legalis.

<sup>31</sup> L. K. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn (Hrsg.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*. Stan prawny: 2015.05.07, elektr. Zugang LEX, Art. 72.

<sup>32</sup> P. Hofmański, a.a.O., S. 150.

<sup>33</sup> Urteil des SN vom 03.04.2003, III KKN 143/01, elektr. Zugang Legalis Nr. 61709.

72 poln. StVGB stand ihm das Recht auf kostenlose Hilfe eines Übersetzers zu. Im erstinstanzlichen Verfahren ließ sich der Ausländer von einem Übersetzer unterstützen. Im Laufe des Appellationsverfahrens wurde der Angeklagte der Hilfe eines Übersetzers beraubt. In der Kassation, die gegen das Urteil des Appellationsgerichts eingelegt wurde, hat der Verteidiger des Verurteilten einen groben Verstoß gegen das materielle Recht und das Prozessrecht geltend gemacht, u.a. weil kein Dolmetscher für die Appellationsverhandlung beigeordnet wurde, obwohl der Verurteilte die polnische Sprache nur unzureichend beherrschte. Der Vorwurf hinsichtlich der Verletzung des Rechts des Angeklagten, die Hilfe eines Dolmetschers in der Appellationsverhandlung in Anspruch zu nehmen, wurde als begründet erachtet. Der SN hat betont, dass die unzulängliche Beherrschung der polnischen Sprache nicht zur Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeit vor einem polnischen Gericht führen kann. Die Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeit vor Gericht kann einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren bedeuten.

Im Urteil vom 22. April 1970 wurde als Bedingung, die die Beiordnung eines Dolmetschers begründet, der Umstand genannt, dass der Vernommene die ihm in dieser Sprache gestellten Fragen nicht hinreichend versteht oder infolge unzureichender polnischer Sprachkenntnisse nicht fähig ist, seine Gedanken, die den Ablauf der Ereignisse, auf die sich die Vernehmung bezieht, betreffen, zu formulieren.<sup>34</sup> Es ist notwendig, dass Beweismaterial gesammelt wird, das vollständig ist und keine Zweifel aufkommen lässt.

Bezüglich Art. 72 § 3 poln. StVGB sollte besonderes Augenmerk auf das SN-Urteil vom 22. März 2007<sup>35</sup> gerichtet werden, in dem eine Verfahrenspartei ein Ausländer war, der durch ein Urteil des Amtsgerichts der Begehung einer Tat nach Art. 177 § 2 poln. StGB, d.h. der Verursachung eines Unfalls, durch den der Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen herbeigeführt wird, schuldig gesprochen wurde. Art. 72 § 3 poln. StVGB sieht vor, dass einem Angeklagten, der die polnische Sprache in einer nicht hinreichenden Art und Weise beherrscht, die Schriftsätze zusammen mit einer Übersetzung zuzustellen sind. Die Zustellung von Schriftsätzen samt

---

<sup>34</sup> Urteil des SN vom 22.04.1970, III KR 45/70, elektr. Zugang Legalis Nr. 42436.

<sup>35</sup> Urteil des SN vom 22.03.2007, V KK 190/06, elektr. Zugang LEX Nr. 301125.



Übersetzung ist eine Garantie dafür, dass sich der Angeklagte wirksam mit deren Inhalt vertraut macht. Zu den Schriftsätzen, die übersetzt und dem Angeklagten zugestellt werden sollen, zählen die Beschlüsse über die Eröffnung, Änderung und Ergänzung des Tatvorwurfs, die Anklageschrift, eine anfechtbare Entscheidung und die das Verfahren beendende Entscheidung. Es wird darauf hingewiesen, dass Art. 72 poln. StVGB die Verwirklichung der Mindeststandards eines demokratischen Rechtssystems darstellt und die Nichterfüllung der sich daraus ergebenden Pflicht ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren ist.

In der vorliegenden Sache wurde das auf Strafe erkennende Urteil vom Staatsanwalt zu Lasten des Angeklagten angefochten. Das Appellationsgericht hat das Urteil entsprechend dem Appellationsbegehren abgeändert. Der Verteidiger des Angeklagten hat gegen das Urteil zweiter Instanz Kassation eingelegt, in der er u.a. die fehlende Zustellung der übersetzten Urteile der Gerichte der ersten und zweiten Instanz sowie der Appellation des Staatsanwalts gerügt hat. Der Angeklagte beherrschte nicht die polnische Sprache, weshalb ihm die Schriftsätze auf Russisch zugestellt werden sollten. Der SN hat der Kassation stattgegeben und hat die Sache zur erneuten Prüfung durch das Bezirksgericht zurückgegeben, wobei er hervorhob, dass die Zurverfügungstellung von Verfahrensunterlagen in einer dem Angeklagten verständlichen Sprache die Verwirklichung des demokratischen Rechtsstaates bedeute und die Nichtbefolgung dieser Pflicht durch das Gericht eine Verletzung eines wesentlichen Bestandteils des Rechts auf ein faires Verfahren darstelle.

Ferner gilt es zu betonen, dass gemäß Art. 56 a und 60 a poln. StVGB sowohl dem Nebenkläger als auch dem Privatkläger, der nicht hinreichend der polnischen Sprache mächtig ist, eine der Anfechtung unterliegende oder das Verfahren beendende Entscheidung samt Übersetzung zugestellt wird. Art. 72 § 3 poln. StVGB macht die Zustellung der Ausfertigung der Entscheidung samt Übersetzung in die Muttersprache des Angeklagten nicht davon abhängig, ob ein entsprechender Antrag gestellt worden ist.<sup>36</sup>

Ein Ausdruck des Rechts des Angeklagten auf aktive Verteidigung ist auch die Unentgeltlichkeit der Hilfeleistung des Übersetzers. Diese

---

<sup>36</sup> Beschluss des Appellationsgerichts Katowice vom 14.06.2006, II AKz 361/06, Prokuratura i Prawo 2007, Nr. 2, Pos. 21.



Unentgeltlichkeit hat ständigen Charakter. Die Übersetzungskosten trägt unabhängig vom Verfahrensausgang der Fiskus (Art. 619 § 3 poln. StVGB). Es wird darauf hingewiesen, dass zur Sicherstellung des Rechts auf Verteidigung die mit den Übersetzungsdiensten verbundenen Kosten dem Fiskus auferlegt werden. Wird ein Übersetzer hingegen ausschließlich zu Beweis Zwecken (z. B. Übersetzung von in einer Fremdsprache verfassten Urkunden) hinzugezogen, wird der Angeklagte mit den Kosten belastet.<sup>37</sup>

Mit der Frage der Vergütung für Übersetzungsdienste hat sich der SN im Urteil vom 28. Mai 2015<sup>38</sup> befasst; er hat der Kassation des Verteidigers hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung des Art. 72 § 1 poln. StVGB durch das Appellationsgericht, das den Verurteilten mit den Gerichtskosten für die Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren belastet hat, stattgegeben. Das Gericht betonte, dass die Unentgeltlichkeit der Inanspruchnahme der Hilfe eines Übersetzers durch eine Person, die die polnische Sprache im unzureichenden Grad beherrscht, unumstritten sei.

## V. Der Status des Übersetzers im Verfahren

---

Mithilfe des Übersetzers kann das verfahrensführende Organ sich mit dem Vernommenen frei verständigen und kann sich mit den in einer Fremdsprache verfassten Dokumenten vertraut machen.

Die Bestimmung des Status des Übersetzers wurde im Strafverfahrensgesetzbuch darauf beschränkt, dass auf Übersetzer die Vorschriften über Sachverständige entsprechende Anwendung finden (Art. 204 § 3 poln. StVGB). Art. 195 poln. StVGB besagt, dass zur Ausübung der Sachverständigenstätigkeit nicht nur der Gerichtssachverständige verpflichtet ist, sondern auch (*ad hoc*) jede Person, von der man weiß, dass sie über entsprechende Kenntnisse auf dem jeweiligen Gebiet verfügt, und zwar unabhängig davon, ob sie ins Verzeichnis der vereidigten Übersetzer eingetragen ist oder nicht.

---

<sup>37</sup> R.A. Stefański, *Udział tłumacza w postępowaniu karnym jako przejaw rzetelnego procesu karnego*, in: J. Skorupka, *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Zofii Swidy*, Warszawa 2009, S. 377.

<sup>38</sup> Urteil des SN vom 28.05.2015, IV KK 9/15, elektr. Zugang Legalis Nr. 1285323.

Bei der Besprechung der Stellung des Übersetzers im Strafverfahren ist das Urteil des Appellationsgerichts Kraków vom 2 Juli 2008<sup>39</sup> zu beachten, in dem festgestellt wurde, dass „als Übersetzer nicht nur ein vereidigter Übersetzer auftreten kann, sondern auch jede andere Person, die entsprechende Sprachkenntnisse besitzt“. Übersetzen kann nicht nur ein vereidigter Übersetzer, sondern auch ein *ad hoc* beigeordneter Übersetzer. Wichtig ist zu festzustellen, ob die zur Prozesshandlung als Übersetzer zugelassene Person „besondere Kenntnisse“ unter Berücksichtigung des Schwierigkeitsgrades der Übersetzung besitzt, die für die Übersetzung notwendig sind. Vor Beginn der Übersetzung vor Gericht muss der *ad hoc*-Übersetzer einen Eid nach Art. 204 § 3 i.V.m. Art. 197 § 1 und Art. 187 §§ 1, 2 poln. StVGB ablegen. Eine Ausnahme davon stellt der Verzicht auf die Beeidigung nach Art. 187 § 3 poln. StVGB dar.<sup>40</sup>

Der Charakter der vom Übersetzer ausgeübten Tätigkeiten ähnelt demjenigen des ein Gutachten erstellenden Sachverständigen, weswegen die Anwendung der Vorschriften über Sachverständige auf Übersetzer absolut begründet ist. Das Gesetz vom 25. November 2004 hat eine Unterscheidung zwischen Gerichtssachverständigen und Übersetzern eingeführt. Zuvor diente die inzwischen außer Kraft getretene Verordnung der Justizministers vom 8. Juni 1987 über Gerichtssachverständige und vereidigte Übersetzer<sup>41</sup> als Rechtsgrundlage.

Art. 157 § 1 poln. GVG sieht vor, dass der Präsident des zuständigen Bezirksgerichts die Gerichtssachverständigen bestellt und deren Verzeichnis führt. Die Prozedur der Bestellung und die von den Gerichtssachverständigen ausgeübten Tätigkeiten sind in der Verordnung der Justizministers vom 24. Januar 2005 über Gerichtssachverständige geregelt.<sup>42</sup> Kraft § 8 der Verordnung ist das Verzeichnis der Gerichtssachverständigen in den Gerichtssekretariaten zugänglich.

Auf vereidigte Übersetzer finden das Gesetz über den Beruf des vereidigten Übersetzers und auf dessen Grundlage erlassene Verord-

---

<sup>39</sup> Urteil des Appellationsgerichts Kraków vom 02.07.2008, II AKa 89/2008, elektr. Zugang Legalis Nr. 130566.

<sup>40</sup> R.A. Stefański, a.a.O., S. 89.

<sup>41</sup> Dz.U. Nr. 18, Pos. 112.

<sup>42</sup> Dz.U. von 2017, Pos. 1505 konsol. Fassung.

nungen Anwendung. Die vereidigten Übersetzer unterliegen direkt dem Justizminister. Wie sich aus Art. 10 des Gesetzes vom 25. November 2004 über den Beruf des vereidigten Übersetzers<sup>43</sup> ergibt, veröffentlicht der Justizminister das Übersetzerverzeichnis im Amtlichen Informationsbulletin (*Biuletyn Informacji Publicznej*). Das Verzeichnis ist auf der Webseite des Justizministers (unter „*rejestr i ewidencje*“) abrufbar.<sup>44</sup> Das o.g. Gesetz enthält Details über den Beruf des vereidigten Übersetzers. Dieser ist u.a. berechtigt zu dolmetschen und von anderen Personen angefertigte schriftliche Übersetzungen zu beglaubigen. Gemäß Art. 15 des Gesetzes darf sich der vereidigte Übersetzer nicht weigern, in einem auf gesetzlicher Grundlage geführten Verfahren zu übersetzen, wenn er vom Gericht, der Staatsanwaltschaft, der Polizei oder Verwaltungsbehörden dazu aufgefordert wurde, es sei denn, es liegen besonders wichtige Gründe für die Absage vor. Der vereidigte Übersetzer ist verpflichtet, die Aufgaben, mit denen er betraut wird, besonders sorgfältig und unparteiisch, in Einklang mit den sich aus den Rechtsvorschriften ergebenden Grundsätzen zu erfüllen.

## VI. Zusammenfassung

---

Die Verwirklichung der in der Europäischen Menschenrechtskonvention ausgedrückten Grundsätze ist für die richtige Funktionsweise der Mechanismen der Demokratie von Bedeutung.<sup>45</sup> Die EMRK ist Teil der inländischen Rechtsordnung und findet unmittelbare Anwendung. Die Garantie der Durchführung eines fairen Gerichtsverfahrens findet also auf innerstaatlicher Ebene ihre Widerspiegelung. Ein Ausdruck dieser Garantie ist die Teilnahme eines Übersetzers an gerichtlichen Verfahren. Davon ist das Recht der Partei auf aktive Teilnahme auf jeder Verfahrensstufe abhängig. Dank der Hilfe eines Übersetzers kann eine Person, die die polnische Sprache nicht beherrscht und der gegenüber ein Tatvorwurf eröffnet wurde oder die Anklage erhoben wurde bzw. gegen die zivilrechtliche Ansprüche

---

<sup>43</sup> Dz.U. 2004 Nr. 273 Pos. 2702, m. Änd.

<sup>44</sup> Siehe <http://bip.ms.gov.pl/pl/rejestr-y-i-ewidencje/tlumacze-przysiegli/>.

<sup>45</sup> M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Art. 6., S. 510.

geltend gemacht werden oder der gegenüber verwaltungsrechtliche Rechte gestaltet oder Pflichten auferlegt werden, sich mit deren Inhalt vertraut machen. Dank der Beteiligung eines Übersetzers erlangt die Partei nicht nur mindestens grundlegendes Wissen über das anhängige Verfahren, sondern erhält auch die Gewissheit, dass sie nicht in die Irre geführt wird. Durch eine professionelle Übersetzung von Urkunden von einer Fremdsprache ins Polnische und umgekehrt können nämlich Tatsachenverdrehungen und Missbrauch verhindert werden.

Bei der Verwirklichung des Rechts auf ein faires Strafverfahren haben die Prozessorgane stets Übersetzer hinzuzuziehen, wenn das Interesse der Verfahrenspartei dafür spricht. Das Recht auf Hinzuziehung eines Übersetzers sollte mindestens in dem Umfang gegeben sein, der für die Sicherstellung der elementaren Prozessgarantien notwendig ist. Meines Erachtens erleichtert die Teilnahme eines Übersetzers am Verfahren auch die Arbeit der Organe, trägt zur Kooperation der Parteien und folglich zur schnelleren Beendigung der Sache bei.

Małgorzata Suszcz

## Udział tłumacza w procesie jako gwarancja rzetelnego procesu

Artykuł wpisuje się w problematykę traktowania stron obcego pochodzenia przed sądami krajowymi. W sposób szczegółowy poddano w nim analizie uprawnienie strony występującej przed sądem do skorzystania z prawa do bezpłatnej pomocy tłumacza, stanowiące realizację gwarancji prawa do rzetelnego procesu sądowego. Wskazane zagadnienie przedstawione zostało na tle prawa polskiego, z uwzględnieniem aktów prawa międzynarodowego oraz orzecznictwa sądów polskich i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC).

### I. Udział tłumacza jako wyraz gwarancji rzetelnego procesu

---

Przed organami polskiego wymiaru sprawiedliwości występują, w charakterze stron postępowania sądowego bądź jego uczestników, nie tylko osoby narodowości polskiej, lecz także osoby obcego pochodzenia. Uniwersalnym standardem ochrony każdego obywatela, niezależnie od jego przynależności państwowej, jest prawo do rzetelnego procesu. Normatywne podstawy prawa do rzetelnego procesu znajdujemy w aktach o charakterze międzynarodowym, m.in. w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (EKPC)<sup>1</sup> oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP)<sup>2</sup>.

Podstawową i ogólną gwarancję prawa do rzetelnego procesu sądowego wprowadza art. 6 EKPC. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 EKPC każdy ma prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd. Konwencja sta-

---

<sup>1</sup> Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284.

<sup>2</sup> Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167.

tuuje ponadto zasadę równego traktowania osób. Wyrazem tego jest art. 14 EKPC wyrażający zakaz dyskryminacji. Stanowi on, że korzystanie z gwarancji wyrażonych w EKPC powinno być zapewnione każdemu, bez względu na rasę, pochodzenie narodowe lub społeczne, czy też przynależność do mniejszości narodowej. Gwarancje równego traktowania przed sądami i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy wyrażone zostały także w art. 14 ust. 1 MPPOiP, który stanowi, iż wszyscy ludzie są równi przed sądami i trybunałami.

W ramach prawa do rzetelnego procesu sądowego mieści się także gwarancja rozpatrzenia sprawy publicznie i sprawiedliwie przez niezawisły i bezstronny sąd w rozsądnym terminie, ale także prawo strony do aktywnego udziału w postępowaniu.

Art. 6 ust. 3 EKPC, który odnosi się do osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą, wyraźnie stanowi, iż osoba ta ma prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, przyznania jej odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony; ma także prawo do podjęcia obrony osobiście bądź przez obrońcę. Osoba oskarżona ma co najmniej prawo do niezwłocznego otrzymania w języku dla niej zrozumiałym szczegółowej informacji o istocie i przyczynie skierowania przeciw niej oskarżenia. W treści art. 6 ust. 3 EKPC mowa jest o osobie oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą. Gwarancje procesowe mają jednak szerszy zakres niż tylko w odniesieniu do osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa. Znajdą one zastosowanie nie tylko na etapie postępowania przed sądem, ale także już w postępowaniu przygotowawczym.<sup>3</sup> Przejawem prawa do rzetelnego procesu sądowego jest bowiem gwarancja niezwłocznego otrzymania przez oskarżonego szczegółowej informacji o istocie i przyczynie skierowania przeciw niemu oskarżenia w zrozumiałym dla niego języku. Wymóg niezwłocznego poinformowania oznacza, że powinno ono nastąpić w momencie, gdy zebrane dowody pozwalają na sformułowanie określonych zarzutów. Obecność tłumacza na tym etapie postępowania daje możliwość zapoznania się ze stawianymi zarzutami i przygotowanie obrony. Poinformowanie o skierowaniu oskarżenia może nastąpić w formie pisemnej bądź ustnej. Istotne jest,

---

<sup>3</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, art. 72 teza 1*, wyd. 2, 2016, dostęp el., Legalis.

aby tłumaczenie, bez względu na formę, dostarczyło oskarżonemu informacji o postępowaniu w jego sprawie.<sup>4</sup>

Obowiązek informowania przewiduje także art. 14 ust. 3 lit. a. i f. MPPOiP, który statuuje uprawnienie każdej osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa do otrzymania niezwłocznie szczegółowej informacji w języku dla niej zrozumiałym o rodzaju i przyczynie oskarżenia, a także prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli oskarżony nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie.

## II. Normatywne podstawy udziału tłumacza w postępowaniu przed sądami polskimi

---

W świetle art. 91 ust. 1 Konstytucji RP<sup>5</sup> EKPC stanowi część krajowego porządku prawnego.<sup>6</sup> Zasady EKPC znajdują odzwierciedlenie w Konstytucji RP w rozdziale II dotyczącym wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela. Prawo do sprawiedliwego i rzetelnego rozpatrzenia sprawy przez sąd wyrażone jest w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W myśl ustawy zasadniczej każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd. Artykuł 42 ust. 2 Konstytucji RP gwarantuje prawo do obrony, którego wyrazem jest także uprawnienie do korzystania z pomocy tłumacza.

Osoba pochodząca z innego kraju nie może wprawdzie żądać w Polsce prowadzenia postępowania w języku dla niej zrozumiałym, gdyż zgodnie z art. 5 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (p.u.s.p.)<sup>7</sup> językiem urzędowym przed sądami w Polsce jest język polski. Artykuł 5 § 2 p.u.s.p. stanowi, że osoba niewładająca w wystarczającym stopniu językiem polskim ma prawo do występowania przed sądem w znanym przez nią języku. Osoba ta jest także uprawniona do bezpłatnego korzystania z pomocy tłumacza. Wskazane

---

<sup>4</sup> K. Witkowska, *Tłumacz w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2014, nr 1, s. 29–38.

<sup>5</sup> Dz. U. 1997 nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>6</sup> Konwencja jako umowa międzynarodowa została ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r.

<sup>7</sup> Dz. U. 2016, poz. 2062 t. jedn.

zasady znajdują zastosowanie w postępowaniu przed sądami karnymi, cywilnymi i administracyjnymi.

Uczestnictwo tłumacza w postępowaniu cywilnym uregulowane jest w art. 265 § 1 kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.)<sup>8</sup>, zgodnie z którym w celu przesłuchania świadka, który nie włada dostatecznie językiem polskim, sąd może przybrać tłumacza. W postępowaniu cywilnym, podobnie jak w postępowaniu karnym, w stosunku do tłumaczy stosuje się przepisy regulujące pracę biegłych (odpowiednio art. 265 § 2 k.p.c. i art. 204 § 3 kodeksu postępowania karnego (k.p.k.)<sup>9</sup>.

Także organy administracji publicznej, zgodnie z art. 10 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.)<sup>10</sup>, są obowiązane zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania administracyjnego. Przed wydaniem decyzji strona powinna mieć możliwość wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Jak wynika z art. 69 § 1 i 2 k.p.a., osoba składająca zeznania powinna odsłuchać i podpisać protokół przesłuchania. W protokołach przesłuchania osoby, która złożyła zeznania w obcym języku, należy podać w przekładzie na język polski treść złożonego zeznania oraz wskazać osobę i adres tłumacza, który dokonał przekładu. Tłumacz ten powinien podpisać protokół przesłuchania.

Zgodnie z art. 183 § 2 pkt 5 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (p.p.s.a.)<sup>11</sup> pozbawienie strony możliwości obrony swoich praw, w tym także przez niezapewnienie jej możliwości uczestniczenia w postępowaniu w zrozumiałym dla niej języku, może skutkować nieważnością postępowania administracyjnego.

Chcąc urzeczywistnić uprawnienie do udziału tłumacza w postępowaniu przed sądami powszechnymi, osoba powinna złożyć wniosek o przyznanie tłumacza. Decyzję w sprawie przyznania tłumacza podejmuje co do zasady sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji. Wniosek złożony w toku postępowania, ze względu na konieczność niezwłocznego rozpatrzenia, rozpoznaje sąd tej instancji, w której sprawa się toczy, bez przekazywania do sądu pierwszej in-

<sup>8</sup> Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.

<sup>9</sup> Dz. U. 2016, poz. 1749 t. jedn.

<sup>10</sup> Dz. U. 1960 nr 30, poz. 168 ze zm.

<sup>11</sup> Dz. U. 2002 nr 153, poz. 1270 ze zm.



stancji (art. 5 § 3 p.u.s.p.). Uchybienie obowiązkowi przyznania tłumacza osobie występującej w charakterze strony może być podstawą zarzutu naruszenia prawa procesowego mającego wpływ na wynik sprawy, a nawet nieważności postępowania z powodu pozbawienia prawa do obrony.<sup>12</sup>

W myśl zasady wyrażonej w art. 6 k.p.k. oskarżonemu przysługuje prawo do obrony. Prawo to przysługuje każdemu oskarżonemu, bez względu na to, jakim obywatelstwem się legitymuje. Prawo oskarżonego do korzystania z pomocy tłumacza w postępowaniu karnym wyraża art. 72 k.p.k. Regulacja ta odnosi się zarówno do postępowania przygotowawczego, postępowania sądowego, jak i postępowania wykonawczego.<sup>13</sup> Tłumacza wzywa się do czynności z udziałem oskarżonego, a także w celu porozumienia się oskarżonego z obrońcą. Na wniosek oskarżonego bądź obrońcy oskarżonego z udziałem tłumacza przeprowadzone powinny zostać np. czynności z udziałem oskarżonego, takie jak: oględziny zewnętrzne ciała, badania psychologiczne i psychiatryczne, pobranie przez funkcjonariusza policji próbek do badań, okazanie, a także przesłuchanie oskarżonego.

Realizacja prawa do obrony wyraża się także w obowiązku sądu udostępniania osobie niewładającej językiem danego kraju podstawowych dokumentów procesowych w znanym jej języku. Będący źródłem tego obowiązku art. 72 § 3 k.p.k. spełnia funkcję gwarancyjną oraz stanowi realizację minimalnych standardów demokratycznego państwa prawa. Oskarżonemu, który nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim, należy doręczać pisma procesowe wraz z tłumaczeniem. Odstępstwem od tej zasady jest poprzestanie na ogłoszeniu przetłumaczonego orzeczenia, kiedy zgodę wyrazi oskarżony, chyba że orzeczenie podlega zaskarżeniu. Niedopełnienie przez sąd wskazanego obowiązku jest naruszeniem istotnego elementu prawa do rzetelnego procesu, które może być uznane za rażące naruszenie prawa.<sup>14</sup>

Kwestia udziału tłumacza w postępowaniu karnym uregulowana jest też w art. 204 k.p.k. Przepis wymienia okoliczności, w których

---

<sup>12</sup> A. Górski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, 2013, art. 5, teza 4, dostęp el. LEX.

<sup>13</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2016, art. 72, teza 1.

<sup>14</sup> Wyrok SN z 22.03.2007 r., V KK 190/06, Prokuratura i Prawo 2007, nr 10, poz. 11, s. 10.

należy wezwać tłumacza; zalicza się do nich przeprowadzenie przesłuchania osoby niewładającej językiem polskim, osoby głuchej lub niemej, jeżeli nie wystarcza porozumienie się z tą osobą za pomocą pisma. Należy również wezwać tłumacza, jeżeli zachodzi potrzeba przełożenia na język polski pisma sporządzonego w języku obcym lub odwrotnie albo zapoznania oskarżonego z treścią przeprowadzanego dowodu.

Obligatoryjność wezwania tłumacza do czynności przesłuchania jest niezależna od tego, w jakim charakterze osoba ma być przesłuchana. Tłumacza wzywa się do przesłuchań świadków, biegłych, oskarżonych.<sup>15</sup> Obowiązek wezwania tłumacza istnieje zawsze, kiedy przesłuchuje się osobę niewładającą językiem polskim bądź osobę głuchą lub niemą. Nie ma znaczenia fakt, czy protokolant lub osoba przesłuchująca zna język obcy, którym posługuje się przesłuchiwany. Pracownik sądu, funkcjonariusz organu procesowego nie może samodzielnie dokonać tłumaczenia.<sup>16</sup> Organ procesowy może odstąpić od wzywania tłumacza tylko wtedy, gdy świadek lub strona ma pełną świadomość treści wyrażonych w języku polskim, a także wtedy, gdy formułuje w tym języku oświadczenia w stopniu odpowiadającym jego woli i wiedzy. Udział tłumacza w postępowaniu ma na celu zapewnienie każdej osobie fizycznej prawa do równego traktowania przed sądami.

### III. Gwarancja udziału tłumacza w postępowaniu na tle orzecznictwa ETPC

---

Przy omawianiu prawa oskarżonego do korzystania z pomocy tłumacza w postępowaniu przed sądem niezbędne jest odwołanie się do standardów wyznaczanych w orzeczeniach ETPC, odnoszących się do oskarżonego, to jest osoby, którą właściwy organ oficjalnie poinformował o zarzucie popełnienia przestępstwa.<sup>17</sup>

Zakres bezpłatnej pomocy tłumacza stanowił przedmiot rozważań Trybunału w sprawie Luedicke,<sup>18</sup> w której stronami postępowania byli

---

<sup>15</sup> R.A. Stefański, *Tłumacz w procesie karnym*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2006, nr 4, s. 87–105.

<sup>16</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, Komentarz, t. I, Warszawa 2007, s. 965.

<sup>17</sup> Wyrok ETPC z 27.02.1980 r., Deweer v. Belgia.

<sup>18</sup> Wyrok ETPC z 28.11.1978 r., Luedicke v. RFN.

Luedicke (obywatel Wielkiej Brytanii), Belkacem (obywatel Algierii) i Koc (obywatel Turcji). Wnieśli oni skargę przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Skarżący nie znali w sposób wystarczający języka niemieckiego, toteż w procesie przed sądem niemieckim korzystali z pomocy tłumacza. Po zakończeniu procesu wydana została decyzja nakazująca zwrot kosztów postępowania obejmujących tłumaczenia. Skarżący uznali, że decyzja ta narusza ich prawa wynikające z art. 6 ust. 3 lit e. EKPC. Uwzględniając skargę, Trybunał uznał, że prawo korzystania z bezpłatnej pomocy wynikające z art. 6 ust. 3 lit e EKPC, przysługuje każdemu, kto nie mówi lub nie rozumie języka używanego w sądzie, a korzystanie z pomocy tłumacza nie może wiązać się z możliwością późniejszego obciążenia oskarżonego tymi kosztami.

Emanację gwarantowanego przez art. 6 EKPC prawa do obrony stanowi, obok uprawnienia do korzystania z pomocy tłumacza, także prawo do otrzymania w języku zrozumiałym dla oskarżonego informacji o istocie i przyczynie oskarżenia. Naruszenie tego obowiązku Trybunał stwierdził w sprawie Brozicek.<sup>19</sup> Sprawa toczyła się przed włoskimi organami wymiaru sprawiedliwości. W stanie faktycznym sprawy skarżący (p. Brozicek) po pisemnym poinformowaniu go przez organ włoskiej prokuratury o wszczęciu przeciw niemu postępowania, zwrócił dokument z adnotacją, iż miał trudność ze zrozumieniem treści i zażądał komunikowania się z nim w jego ojczystym języku bądź w jednym z języków oficjalnych ONZ. Pomimo tego kolejne dokumenty sporządzano w języku włoskim. W sprawie wydano zaoczny wyrok skazujący go na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności. Wyrokiem z 19 grudnia 1989 r. ETPC uznał, iż przy ocenie zasadności powoływania się na art. 6 ust. 3 a EKPC, konieczne jest uwzględnienie innego niż włoskie obywatelstwa skarżącego. Trybunał podkreślił, że władze sądowe nie podjęły kroków zmierzających do zapewnienia skarżącemu prawa do rzetelnego procesu. Sąd rozpoznający oskarżenie nie miał podstaw, aby przyjąć, że oskarżony rozumie język używany w sądzie lub nim mówi, tym bardziej, że sam oskarżony informował sąd, iż nie zna języka włoskiego i ma trudności ze zrozumieniem kierowanych do niego pism.

Naruszenie art. 6 ust 3 e EKPC zostało stwierdzone także w sprawie Cuscani,<sup>20</sup> w której to Trybunał poddał ocenie realizację przez

---

<sup>19</sup> Wyrok ETPC z 19.12.1989 r., Brozicek v. Włochy.

<sup>20</sup> Wyrok ETPC z 24.09.2002 r., Cuscani v. Wielka Brytania.

sąd krajowy standardów rzetelnego procesu w postaci zapewnienia oskarżonemu pomocy tłumacza podczas rozprawy i wyrokowania. Cuscani był obywatelem Włoch i nie posługiwał się językiem angielskim. Świadome uczestnictwo w postępowaniu wymagało zapewnienia profesjonalnej pomocy tłumacza. W początkowych fazach postępowania tłumacz jednak nie uczestniczył, a jego wyznaczenie nastąpiło dopiero na wniosek obrońcy oskarżonego. Mimo że wniosek ten został uwzględniony przez sąd, tłumacz nie stawił się na posiedzenie sądu. Na wniosek obrońcy oskarżonego sąd dopuścił możliwość, aby w razie potrzeby tłumaczeń dokonywał brat oskarżonego, którego umiejętności translatorskie nie były ani znane sądowi, ani potwierdzone. W skardze do Trybunału Cuscani zarzucił, iż nie zapewniono mu rzetelnego procesu ze względu na nieobecność tłumacza podczas rozprawy i wyrokowania. ETPC uwzględnił skargę, uznając, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady rzetelnego procesu.

Prawo oskarżonego do skorzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza wyraża się w tym, że oskarżony ma prawo do otrzymania w tłumaczeniu na zrozumiały dla niego język wszystkich tych dokumentów lub oświadczeń, w sprawie wszczętej przeciwko niemu, które powinien zrozumieć lub przedstawić w języku używanym przez sąd.<sup>21</sup> Z art. 6 ust. 3 lit. e EKPC nie wynika obowiązek przetłumaczenia całych akt sprawy. Takie też stanowisko przyjął w 1989 r. ETPC, orzekając w sprawie Kamasiński przeciwko Austrii, wskazując, że dla spełnienia gwarancji rzetelnego procesu sądowego zawartych w Konwencji wymaga się tylko materiałów niezbędnych do zapewnienia rzetelnego procesu, a nie pisemnego przetłumaczenia całych akt sprawy.<sup>22</sup> Tłumaczenia powinny być dokonywane w zakresie niezbędnym do zrozumienia sensu najważniejszych czynności toczącego się postępowania.<sup>23</sup> W postanowieniu z 4 kwietnia 2012 r. SN stwierdził, że nie jest wymagane przetłumaczenie całych akt danej sprawy, a tylko materiałów niezbędnych do zapewnienia oskarżonemu rzetelnego procesu.<sup>24</sup> Prawo do korzystania z pomocy tłumacza powinno przysługiwać

<sup>21</sup> K. Witkowska, op. cit., s. 30.

<sup>22</sup> Wyrok ETPC z 19.12.1989 r., Kamasiński przeciwko Austrii.

<sup>23</sup> P. Hofmański, *Prawo do udziału tłumacza w postępowaniu karnym*, w: A. Szwarec (red.), *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce*, Poznań 2000, s. 153.

<sup>24</sup> Postanowienie SN z 04.04.2012 r., III KK 133/11, Legalis nr 491921.

w zakresie, w jakim jest to konieczne w celu zabezpieczenia elementarnych gwarancji procesowych.

#### IV. Prawo do pomocy tłumacza w orzecznictwie sądów polskich

---

Uprawnienie do korzystania z pomocy tłumacza stanowi także przedmiot rozważań sądów polskich. Na Polsce, jako stronie EKPC, leży obowiązek zapewnienia każdemu prawa do rzetelnego procesu.

W postanowieniu z 23 lipca 2015 r.<sup>25</sup> SN sprecyzował, kiedy istnieje potrzeba powołania tłumacza dla oskarżonego. W przedmiotowej sprawie obywatel narodowości gruzińskiej został skazany przez sądy powszechne obu instancji na podstawie art. 178a § 1 i 4 kodeksu karnego (k.k.)<sup>26</sup> za prowadzenie pojazdu mechanicznego, znajdując się pod wpływem środków odurzających. W skardze kasacyjnej obrońca oskarżonego zarzucił rażąco obrazę przepisów prawa procesowego, polegającą na zaakceptowaniu przez sąd odwoławczy zaniechania przez sąd *a quo* wezwania w toku rozprawy głównej tłumacza języka gruzińskiego dla oskarżonego. Obrońca wskazywał, że oskarżony nie władał w wystarczającym stopniu językiem polskim. Argumentował, że ograniczenie językowe uniemożliwiło oskarżonemu podjęcie skutecznej obrony, co skutkowało niesłusznym skazaniem go na karę i wydaniem niesprawiedliwego wyroku. Tezę o niedostatecznej znajomości języka polskiego skarżący oparł na sporządzonych przez oskarżonego w toku procesu dwóch zapiskach, które zawierały błędy w pisowni niektórych słów. Obrońca nawiązywał też do własnych trudności w porozumiewaniu się ze skazanym w języku polskim. Sąd Najwyższy, odpierając zarzuty kasacji, wskazał, że w prawie międzynarodowym i krajowym nie chodzi o władanie językiem w stopniu zbliżonym do języka ojczystego, zarówno w mowie, jak i piśmie, ale o władanie językiem w stopniu komunikatywnym, umożliwiającym realizowanie prawa do obrony. Jak zauważył SN, fakt, że oskarżony popełnia błędy w pisowni niektórych słów nie upoważnia go do korzystania z pomocy tłumacza, skoro w toku postępowania sam oskarżony, który przebywał w Polsce od 1989 r., deklarował, że zna język polski

---

<sup>25</sup> Postanowienie SN z 23.07.2015 r., II KK 186/15, Legalis nr 1310336.

<sup>26</sup> Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.

i nie sygnalizował potrzeby korzystania z pomocy tłumacza; ponadto ani poprzedni obrońca oskarżonego, ani sąd I instancji nie dostrzegli trudności językowych, które mogłyby ograniczyć prawo do obrony. Konkludując, Sąd Najwyższy stwierdził, że oskarżony posługuje się językiem polskim w stopniu komunikatywnym, co umożliwia mu realizowanie prawa do obrony, bez konieczności korzystania z pomocy tłumacza.

Kryterium oceny obowiązku wezwania tłumacza jest stopień znajomości języka polskiego przez oskarżonego.<sup>27</sup> Podkreśla się jednak, że stopień znajomości języka z trudem poddaje się ocenie.<sup>28</sup> Z bezpłatnej pomocy tłumacza może korzystać nie tylko ta osoba, która w ogóle nie zna języka polskiego, ale również ta, która nie może w pełni świadomie uczestniczyć w procesie z uwagi na brak dostatecznej biernej i czynnej znajomości języka.<sup>29</sup> Pojęcie niewładania językiem polskim oznacza stan, w którym osoba niewystarczająco rozumie kierowane do niej w tym języku wypowiedzi, bądź w niewystarczającym zakresie wyraża swoje myśli w języku polskim.<sup>30</sup> Niewładanie językiem polskim zachodzi również wtedy, gdy organ procesowy nie jest w stanie precyzyjnie odczytać przekazywanych przez tę osobę spostrzeżeń.<sup>31</sup> Okoliczność, że oskarżony jest cudzoziemcem, nie przesądza o konieczności zapewnienia udziału tłumacza w procesie karnym. Istotny jest bowiem poziom znajomości języka używanego w sądzie. Z bezpłatnej pomocy tłumacza może skorzystać także obywatel Polski, który nie rozumie i nie włada językiem używanym w sądzie. Z kolei cudzoziemiec, który rozumie i potrafi się wysłowić w języku polskim, nie będzie potrzebował pomocy tłumacza. Za osobę niewładającą lub niewładającą w wystarczającym stopniu językiem polskim możemy uznać osobę władającą jedynie gwarą, np. śląską. Analizując zagadnienie pozycji procesowej osób niewładających języ-

---

<sup>27</sup> J. Długosz, *Prawo do udziału tłumacza jako jedna z przesłanek rzetelnego procesu karnego*, *Investigationes Linguisticae* 2009, vol. XVII, s. 105.

<sup>28</sup> K. Witkowska, op. cit., s. 36.

<sup>29</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 72, dostęp el. Legalis.

<sup>30</sup> L.K. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 Kodeksu postępowania karnego. Stan prawny: 2015.05.07*, dostęp el. LEX, art. 72.

<sup>31</sup> P. Hofmański, op. cit., s. 150.

kiem, należy przywołać orzeczenie SN z 3 kwietnia 2003 r.<sup>32</sup>, w którym za osobę niewładającą językiem polskim uznano nie tylko osobę, która w ogóle nie zna języka polskiego, ale także osobę, która nie rozumie w dostatecznym stopniu zadawanych jej pytań, bądź też w wyniku słabej znajomości tego języka nie może swobodnie sformułować swych myśli. Niniejsza sprawa dotyczyła oskarżonego obcokrajowca, który nie władał w wystarczającym stopniu językiem polskim. Zgodnie z art. 72 k.p.k. przysługiwało mu prawo do bezpłatnej pomocy tłumacza. W postępowaniu przed sądem I instancji cudzoziemiec korzystał z pomocy tłumacza. W toku postępowania apelacyjnego oskarżony został pozbawiony pomocy tłumacza. W kasacji złożonej od wyroku Sądu Apelacyjnego obrońca skazanego zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa procesowego i materialnego m.in. przez pominięcie wezwania tłumacza na rozprawę odwoławczą, mimo że skazany nie władał w wystarczającym stopniu językiem polskim. Zarzut dotyczący naruszenia prawa oskarżonego do korzystania z pomocy tłumacza na rozprawie odwoławczej został uznany za zasadny. Sąd Najwyższy podkreślił, że niewystarczające władanie językiem polskim nie może prowadzić do ograniczenia możliwości obrony przed sądem polskim. Ograniczenie możliwości obrony przed sądem może stanowić naruszenie prawa do rzetelnego procesu sądowego.

Zgodnie z wyrokiem z 22 kwietnia 1970 r. warunkiem uzasadniającym wezwanie tłumacza jest okoliczność, że przesłuchiwany niewystarczająco rozumie pytania zadawane mu w tym języku lub w wyniku niewystarczającej znajomości języka polskiego nie jest w stanie sformułować swoich myśli, odtwarzających przebieg zdarzeń, będących przedmiotem przesłuchania.<sup>33</sup> Konieczne jest dążenie do uzyskania pełnego i nienasuwanego wątpliwości materiału dowodowego.

W odniesieniu do art. 72 § 3 k.p.k. na uwagę zasługuje wyrok SN z 22 marca 2007 r.<sup>34</sup>, w którym stroną postępowania był cudzoziemiec, uznany wyrokiem sądu rejonowego za winnego popełnienia przestępstwa z art. 177 § 2 k.k., to jest spowodowania wypadku komunikacyjnego, którego następstwem jest śmierć innej osoby bądź ciężki uszczerbek na zdrowiu. Artykuł 72 § 3 k.p.k. stanowi, że oskarżonemu

<sup>32</sup> Wyrok SN z 03.04.2003 r., III KKN 143/01, Legalis nr 61709.

<sup>33</sup> Wyrok SN z 22.04.1970 r., III KR 45/70, Legalis nr 42436.

<sup>34</sup> Wyrok SN z 22.03.2007 r., V KK 190/06, LEX nr 301125.



niewładającemu w wystarczający sposób językiem polskim doręcza się pisma procesowe wraz z tłumaczeniem. Doręczanie pism wraz z tłumaczeniem jest gwarancją skutecznego zapoznania się z ich treścią przez oskarżonego. Do pism, które powinny zostać przetłumaczone i doręczone oskarżonemu zalicza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, postanowienie o zmianie zarzutów, postanowienie o uzupełnieniu zarzutów, akt oskarżenia, orzeczenie podlegające zaskarżeniu, orzeczenie kończące postępowanie. Wskazuje się, że art. 72 k.p.k. stanowi realizację minimalnych standardów demokratycznego systemu prawnego, a niedopełnienie wynikającego z niego obowiązku narusza prawo do rzetelnego procesu.

W przedmiotowej sprawie wyrok skazujący został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego przez prokuratora. Sąd apelacyjny zmienił wyrok zgodnie z żądaniem apelacji. obrońca oskarżonego wniósł od wyroku sądu II instancji kasację, w której zarzucił między innymi niedoręczenie oskarżonemu przetłumaczonych wyroków sądów pierwszej i drugiej instancji, ani apelacji prokuratora. Oskarżony nie władał językiem polskim, dlatego też pisma powinny być mu dostarczane w języku rosyjskim. Sąd Najwyższy uwzględnił kasację i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez sąd okręgowy, podkreślając, że udostępnianie dokumentów procesowych w języku znanym dla oskarżonego stanowi realizację demokratycznego państwa prawnego, a niedopełnienie przez Sąd tego obowiązku było naruszeniem istotnego elementu prawa do rzetelnego procesu.

Warto nadmienić także, że zgodnie z art. 56 a i 60 a k.p.k. zarówno oskarżycielowi posiłkowemu, jak i prywatnemu, który nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim, doręcza się orzeczenie podlegające zaskarżeniu lub kończące postępowanie wraz z tłumaczeniem. Treść przepisu art. 72 § 3 k.p.k. nie uzależnia doręczenia odpisu orzeczenia wraz z tłumaczeniem na język ojczysty oskarżonego od złożenia przez niego stosownego wniosku.<sup>35</sup>

Przejawem uprawnienia oskarżonego do aktywnej obrony jest także bezpłatność pomocy tłumacza. Bezpłatność korzystania z pomocy tłumacza ma charakter trwały. Koszty tłumaczenia bez względu na wynik procesu ponosi Skarb Państwa (art. 619 § 3 k.p.k.). Wskazuje się, że w zakresie zapewnienia oskarżonemu prawa do obrony koszty

---

<sup>35</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 14.06.2006 r., II AKz 361/06, Prokuratura i Prawo 2007, nr 2, poz. 21.



związane z pomocą tłumacza pokrywane są przez Skarb Państwa. Kiedy z pomocy tłumacza korzysta się wyłącznie w celach dowodowych (np. tłumaczenie dokumentów sporządzonych w obcych językach), koszty obciążają natomiast oskarżonego.<sup>36</sup>

Zagadnieniu opłaty za pomoc tłumacza uwagę poświęcił SN w wyroku z 28 maja 2015 r.<sup>37</sup>, uwzględniając kasację obrońcy, w części dotyczącej naruszenia przez sąd apelacyjny przepisu art. 72 § 1 k.p.k. przez obciążenie skazanego kosztami sądowymi związanymi z udziałem w sprawie tłumacza. Sąd podkreślił, że bezsporna jest bezpłatność korzystania z pomocy tłumacza przez osobę, która nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim.

## V. Status tłumacza w postępowaniu

---

Dzięki pomocy tłumacza organ prowadzący postępowanie może swobodnie porozumiewać się z osobą przesłuchiwaną. Może też zapoznać się z treścią dokumentów sporządzonych w innym języku niż język polski.

Na tle kodeksu postępowania karnego uregulowanie statusu tłumacza zostało ograniczone do stwierdzenia, że wobec tłumaczy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące biegłych (art. 204 § 3 k.p.k.). Artykuł 195 k.p.k. stanowi, że do pełnienia czynności biegłego jest obowiązany nie tylko biegły sądowy (stały), lecz także każda osoba, o której wiadomo, że ma odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie (biegły *ad hoc*), niezależnie od tego, czy jest wpisana na listę tłumaczy. Omawiając pozycję tłumacza w postępowaniu karnym, należy zwrócić uwagę na wyrok SA w Krakowie z 2 lipca 2008 r., w którym uznano, że „funkcję tłumacza może wykonywać nie tylko tłumacz przysięgły, ale i każda inna osoba posiadająca odpowiednią znajomość języka”.<sup>38</sup> Tłumaczyć może zarówno tłumacz przysięgły, jak i tłumacz powołany *ad hoc*. Ważne jest, aby poddać ocenie, czy osoba dopuszczona do czynności procesowej w charakterze tłumacza, posiada „wiadomości specjalne”,

---

<sup>36</sup> R.A. Stefański, *Udział tłumacza w postępowaniu karnym jako przejaw rzetelnego procesu karnego*, w: J. Skorupka, *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Zofii Świdy*, Warszawa 2009, s. 377.

<sup>37</sup> Wyrok SN z 28.05.2015 r., IV KK 9/15, Legalis nr 1285323.

<sup>38</sup> Wyrok SA w Krakowie z 02.07.2008 r., II AKa 89/2008, Legalis nr 130566.

niezbędne do wykonywania tłumaczenia, uwzględniając stopień trudności tłumaczenia. Przed przystąpieniem do tłumaczenia przed sądem, tłumacz *ad hoc* musi złożyć stosowne przyrzeczenie zgodnie z art. 204 § 3 w zw. z art. 197 § 1 i art. 187 § 1 i 2 k.p.k. Wyjątkiem od tej zasady jest odstępianie od odebrania przyrzeczenia zgodnie z art. 187 § 3 k.p.k.<sup>39</sup>

Charakter wykonywanych przez tłumacza czynności zbliżony jest do wydającego opinię biegłego, co w pełni uzasadnia stosowanie wobec tłumaczy przepisów dotyczących biegłych. Ustawa z 25 listopada 2004 r. rozgraniczyła instytucję biegłego sądowego i tłumacza przysięgłego. Podstawą wcześniejszego porządku prawnego było, obecnie już nieobowiązujące, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 czerwca 1987 r. w sprawie biegłych sądowych i tłumaczy przysięgłych<sup>40</sup>.

Art. 157 § 1 p.u.s.p. stanowi, iż prezes sądu okręgowego ustanawia biegłych sądowych i prowadzi ich listę. Tryb ustanawiania biegłych sądowych i pełnione przez nich czynności uregulowane są w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych<sup>41</sup>. Na mocy § 8 Rozporządzenia listy biegłych sądowych dostępne są w sekretariatach sądowych.

Tłumaczy przysięgłych obowiązuje ponadto ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego oraz rozporządzenia wykonawcze wydane na podstawie delegacji ustawowej. Tłumacze przysięgli podlegają bezpośrednio Ministrowi Sprawiedliwości. Jak wskazuje art. 10 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego<sup>42</sup>, Minister Sprawiedliwości udostępnia listę tłumaczy przysięgłych w Biuletynie Informacji Publicznej. Lista tłumaczy przysięgłych dostępna jest na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości (zakładka: Rejestry i ewidencje)<sup>43</sup>. Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego zawiera szczegółowe wytyczne dotyczące zawodu. Tłumacz przysięgły uprawniony jest m.in. do dokonywania tłumaczeń ustnych, jak również do sprawdzania i poświadczania tłumaczeń sporządzanych przez innych. Zgodnie z art. 15 ustawy tłumacz przysięgły nie może odmówić wykonania tłumaczenia w postępowaniu prowadzonym na podstawie

<sup>39</sup> R. A. Stefański, op. cit., s. 89.

<sup>40</sup> Dz. U. nr 18, poz. 112.

<sup>41</sup> Dz. U. 2005 nr 15, poz. 133.

<sup>42</sup> Dz. U. z 2017 r. poz. 1505 t.j.

<sup>43</sup> Zob. <http://bip.ms.gov.pl/pl/rejestry-i-ewidencje/tlumacze-przysiegli/>

ustawy, na żądanie sądu, prokuratora, policji czy organów administracji publicznej, jeżeli nie zachodzą szczególnie ważne przyczyny uzasadniające odmowę. Tłumacz przysięgły obowiązany jest do wykonywania powierzonych mu zadań ze szczególną starannością i bezstronnością, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa.

## VI. Podsumowanie

---

Realizacja zasad wyrażonych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ma znaczenie dla prawidłowego działania mechanizmów demokracji.<sup>44</sup> Konwencja stanowi część krajowego porządku prawnego i stosowana jest bezpośrednio. Gwarancja prawa do przeprowadzenia rzetelnego procesu sądowego musi więc znajdować odzwierciedlenie na poziomie krajowym. Wyrazem tej gwarancji jest udział tłumacza w postępowaniach przed sądami. Warunkuje on prawo strony do aktywnego udziału na każdym etapie postępowania. Dzięki pomocy tłumacza osoba niewładająca językiem polskim, wobec której zostały postawione zarzuty lub wniesione oskarżenia, czy też dochodzone są roszczenia cywilnoprawne, bądź kształtowane prawa lub nakładane obowiązki natury administracyjnej, może zapoznać się z ich treścią. Dzięki udziałowi tłumacza strona uzyskuje nie tylko co najmniej podstawową wiedzę o toczącym się postępowaniu, lecz także bezpieczeństwo, że nie zostanie wprowadzona w błąd. Profesjonalizm tłumaczenia dokumentów z języka obcego na polski i odwrotnie może zapobiec bowiem przekłamaniom i nadużyciom.

Realizując prawo rzetelnego procesu karnego, organy procesowe powinny angażować tłumaczy zawsze, kiedy przemawia za tym interes strony postępowania. Prawo do korzystania z tłumacza powinno przysługiwać zawsze co najmniej w zakresie niezbędnym do zapewnienia elementarnych gwarancji procesowych. W mojej ocenie udział tłumacza w postępowaniu ułatwia pracę organom, przyczynia się do współpracy stron i szybszego rozwiązania sprawy.

---

<sup>44</sup> M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, art. 6, wyd. el. LEX, s. 510.

## **Abteil II**

---

# **JUSTIZIELLE ZUSAMMENARBEIT IN DER EU UND DIE STELLUNG EINER PERSON FREMDER HERKUNFT VOR GERICHT**

---

## **Rozdział II**

---

# **WSPÓŁPRACA SĄDOWA W UE A POZYCJA OSOBY OBCEGO POCHODZENIA PRZED SĄDEM**

---

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk

## Die Begrenzung der Zustellungsfiktion vor dem Hintergrund der Zustellungsverordnung Nr. 1393/2007

### I. Zustellung von Schriftstücken und die Garantie des Rechts auf Zugang zu Gericht

---

Artikel 6 Abs. 1 EMRK sieht das Recht vor, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen einer Partei von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Diese Vorschrift drückt die Garantien des fairen Verfahrens aus, welche gleichermaßen für natürliche Personen – Staatsangehörige des Staates, in dem sich das Gericht befindet, sowie Ausländer – wie auch für juristische Personen gelten.<sup>1</sup>

Das Recht der Partei auf Zugang zu einem Gericht wird u. a. durch den Grundsatz eines kontradiktorischen Verfahrens verwirklicht, durch welchen der Partei u. a. die Möglichkeit geboten wird, aktiv und effektiv am Verfahren teilzunehmen. Der Grundsatz der Waffengleichheit geht davon aus, dass jede Partei die gleiche Möglichkeit haben sollte, ihre Sache darzulegen und eigene Beweise einzureichen.<sup>2</sup> Wird einer Partei auf irgendeine Weise die Möglichkeit auf Verteidigung genommen, etwa dadurch, dass ihr Schriftsätze nicht zustellt werden, sie über eine eingelegte Berufung nicht in Kenntnis gesetzt

---

<sup>1</sup> P. Hofmański, A. Wróbel, in: L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, Art. 6, Rn. 9 (elektr. Ausgabe Legalis).

<sup>2</sup> P. Hofmański, A. Wróbel, a.a. O, Art. 6, Rn. 178.

wird,<sup>3</sup> ihr der Zugang zu Unterlagen zur Sache beschränkt wird,<sup>4</sup> oder sie ohne eigenes Verschulden der Möglichkeit beraubt wird, am Verfahren teilzunehmen,<sup>5</sup> so wird dadurch der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens verletzt. Die Sicherstellung der Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren erlegt den Gerichten die Pflicht auf, die Partei oder ihren Bevollmächtigten über die in ihrem Verfahren vorgenommenen Handlungen, die für ihre Rechte und Pflichten relevant sind und eine Stellungnahme ihrerseits erfordern können, zu benachrichtigen. Diese Pflicht wird u. a. durch die Zustellung von Schriftstücken erfüllt.

Die genannten Grundsätze prägen auch die Grundlagen für ein faires Verfahren auf der Ebene der nationalen Rechtsordnungen. Die Garantie des Rechts auf ein faires und öffentliches Verfahren hat im polnischen Recht Verfassungsrang. Sie hat ihren Ausdruck in Art. 45 Abs. 1 der Verfassung der Republik Polen (nachfolgend: poln. Verfassung) gefunden und wird durch den Grundsatz nach Art. 77 Abs. 2 poln. Verfassung, wonach es verboten ist, eine Partei kraft Gesetz des Zugangs zum Gerichtsweg zu berauben, vervollständigt. Die durch die Verfassung garantierten Grundrechte und -freiheiten stehen gemäß dem Grundsatz ihrer Allgemeinheit (Art. 37 Abs. 1 poln. Verfassung) jedem – unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit – zu, der der Gerichtsbarkeit des polnischen Staates untersteht.

Ein Ausdruck der Garantie des Rechts auf ein faires Verfahren, die auch in Art. 47 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta zu finden ist, ist die Schaffung einer wirksamen Art und Weise der Zustellung von Gerichtsschreiben. Die Problematik der Zustellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken in Zivil- oder Handelssachen in der EU wird von der Europäischen Zustellungsverordnung Nr. 1393/2007 (nachfolgend: EuZustVO) geregelt,<sup>6</sup> die eine Reihe von Mechanismen aufstellt, durch die die Interessen der Verfahrenspar-

---

<sup>3</sup> Urteil des EGMR vom 06.02.2001 in der Rechtssache Beer gegen Österreich.

<sup>4</sup> Urteil des EGMR vom 24.02.1997 in der Rechtssache De Haes und Gijssels gegen Belgien.

<sup>5</sup> Urteil des EGMR vom 04.06.2002 in der Rechtssache Komanicky gegen die Slowakei.

<sup>6</sup> Die Frage der Zustellung von Schriftstücken in Zivilsachen wurden zuvor vom Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 und von der Verordnung 1348/2000 (ABl. L 160 vom 30.06.2000) geregelt.

tei mit Wohnsitz (Sitz) im Ausland geschützt werden. Als solche sollten u. a. folgende genannt werden: die Regelung des doppelten Datums; das Recht des Empfängers, die Annahme eines Schriftstücks, das in einer für ihn unverständlichen Sprache verfasst ist, zu verweigern; die Pflicht, das Verfahren bei Abwesenheit des Beklagten auszusetzen; die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Bezug auf Rechtsmittelfristen. Der Zweck der Verordnung besteht zum einen darin, die Rechte der Partei auf Verteidigung zu stärken, indem Mittel eingeführt werden, die das tatsächliche (nicht auf einer Zustellungsfiktion beruhende) Empfangen eines in einer für sie verständlichen Sprache verfassten Schriftstückes schützen. Zum anderen soll die Verordnung für einheitliche Prozeduren grenzüberschreitender Zustellung von Schriftstücken in Zivil- und Handelssachen sorgen. Es gilt zu betonen, dass die Möglichkeiten der Übermittlung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken in den Mitgliedstaaten durch die Verordnung auf erschöpfende Weise geregelt worden sind.

## II. Die Anwendung der Zustellungsfiktion in die EU-Zustellungsverordnung im Lichte der Rechtsprechung

---

Die Garantie der wirksamen Zustellung eines Schriftstückes, die ihren Ausdruck in den Vorschriften der EuZustVO gefunden hat, schränkt grundsätzlich die Möglichkeit ein, von der Zustellungsfiktion, die aus dem Gesichtspunkt der Umsetzung des Rechts auf Verteidigung im Lichte der Garantie des fairen Verfahrens als nicht hinreichend kritisiert wird, Gebrauch zu machen. Der Gerichtshof der Europäischen Union (nachfolgend: EU-Gerichtshof) bestätigt jedoch, dass das Recht auf Verteidigung beschränkt werden kann, soweit dies im Lichte des von der die Beschränkung vorsehenden Rechtsnorm geschützten Zwecks keine unverhältnismäßige Ingerenz in dieses Recht darstellt.<sup>7</sup> Die Beschränkung des Rechts auf Verteidigung des Beklagten kann z. B. dadurch begründet werden, dass sein Aufenthaltsort nicht feststellbar ist. Ein absoluter Schutz des

---

<sup>7</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 02.04.2009, C-394/07, Gambazzi gegen DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company., Slg. I-2563, Pkt. 29.

Beklagten würde in dieser Situation dem Kläger das Recht auf Verteidigung seiner Rechte nehmen. Die fehlende Möglichkeit, den Zustellungsort festzustellen, stellt auch eine Negativvoraussetzung für die Anwendung der Zustellungsverordnung dar. Gemäß Art. 1 Abs. 2 EuZustVO findet die Verordnung keine Anwendung, wenn die Anschrift der Partei unbekannt ist. In diesem Fall finden die einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts, einschließlich der Vorschriften über die Ersatzzustellung von Schriftstücken, Anwendung.

Die Voraussetzung der „Unbekanntheit der Anschrift“ lag im Sachverhalt der vom EU-Gerichtshof entschiedenen Rechtssache C-292/10<sup>8</sup> vor, in der er die EU-Rechtskonformität der deutschen Bestimmungen, die eine Ersatzzustellung im Wege einer öffentlichen Bekanntmachung durch Aushang einer Benachrichtigung an der Gerichtstafel (§§ 185–188 ZPO) vorsehen, prüfte. In der vorliegenden Rechtssache hat der EU-Gerichtshof erklärt, dass die Aufforderung durch einen Aushang zulässig ist, soweit alle Nachforschungen, die der Sorgfaltsgrundsatz und der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, vorgenommen worden sind, um den Beklagten ausfindig zu machen.<sup>9</sup> Der EU-Gerichtshof betonte, dass das Recht auf Zugang zu einem Gericht einer „Ladung durch Aushang“ nicht entgegensteht, sofern die Rechte der Betroffenen gebührend geschützt sind.<sup>10</sup>

Die Zulässigkeit einer Ersatzzustellung bei bekannter Parteianschrift wurde dagegen in der Rechtssache C-325/11 geprüft.<sup>11</sup> Die Rechtssache wurde im Zusammenhang mit einer bei einem polnischen Gericht anhängigen Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens, die vom deutschen Ehepaar Alder erhoben wurde, geprüft. Die Eheleute haben begehrt, dass ein durch rechtskräftiges Urteil beendetes Verfahren, durch das ihre Klage abgewiesen worden ist, gemäß Art. 401 Ziff. 2 poln. Zivilverfahrensgesetzbuch (nachfolgend: poln. ZVerfGB) wiederaufgenommen wird. Begründet haben sie ihr Begehren damit, dass sie aufgrund des Mangels an tatsächlicher Zustellung der Klageerwiderung und der Benachrichtigung über den Verhandlungstermin nicht imstande waren, im Verfahren tätig zu werden. Die Schrift-

---

<sup>8</sup> Urteil des EuGH vom 15.03.2012, G gegen Cornelius de Visser.

<sup>9</sup> Urteil C-292/10, Pkt. 55.

<sup>10</sup> Ebenda, Pkt. 58.

<sup>11</sup> Urteil des EuGH vom 19.12.2012 in der Rechtssache Alder gegen Orłowski.



stücke, die nach Ansicht der Ehegatten hätten zugestellt werden müssen, wurden von dem polnischen Gericht gemäß Art. 1135<sup>5</sup> § 2 poln. ZVerfGB<sup>12</sup> in der Gerichtsakte belassen; diese Norm ließ eine Ersatzzustellung zu, wenn eine im Ausland wohnhafte Partei nicht von einem Prozessbevollmächtigten vertreten war und sie keinen Zustellungsbevollmächtigten im Inland benannt hat.

Im vorliegenden Fall wurde die von den Ehegatten Alder erhobene Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens vom polnischen Gericht erster Instanz abgewiesen. Der Beschluss wurde vom Berufungsgesicht aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückgewiesen, indem das Gericht auf die fehlende Konformität des Art. 1135<sup>5</sup> § 2 poln. ZVerfGB mit der in der Sache anwendbaren EU-Zustellungsverordnung und der sich daraus möglicherweise ergebenden Diskriminierung der ausländischen Partei hingewiesen hat. Bei der erneuten Prüfung der Rechtssache hat das Amtsgericht (sąd rejonowy) die Ansicht des Berufungsgesichtes nicht geteilt und hat die Meinung geäußert, dass die Zustellungsfiktion nicht zur unmittelbaren Diskriminierung führen kann, und selbst wenn sie eine mittelbare Diskriminierung darstellen sollte, so wäre sie durch das Ziel des reibungslosen Verfahrensablaufes, dessen Verwirklichung aufgrund der Schwierigkeiten und der Kosten, die mit einer Zustellung von Schriftstücken im Ausland verbunden sind, gewisse Beschränkungen erfährt, gerechtfertigt. Letztendlich hat das erstinstanzliche Gericht jedoch eine Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof gestellt.

Das Urteil in der Rechtssache Alder konzentrierte sich auf die Beantwortung der Frage, ob es zulässig sei, die für eine Partei mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat bestimmten Gerichtsschreiben in der Gerichtsakte zu belassen, mit der Folge, dass sie als zugestellt gelten, wenn diese Partei keinen Zustellungsbevollmächtigten in dem Mitgliedstaat benannt hat, in dem das Gerichtsverfahren stattfindet. Der Gerichtshof hat sich für einen weiten Anwendungsbereich der Zustellungsverordnung ausgesprochen. Er hat betont, dass sie lediglich in zwei Fällen keine Anwendung findet, nämlich wenn die Parteianschrift unbekannt ist oder wenn die Zustellung – unabhängig vom Wohnsitz der Partei – an eine

---

<sup>12</sup> Vor dem 01.07.2009 war das der Art. 1035 § 2, dessen Inhalt am 01.07.2009 geändert worden und in einen neuen Artikel – Art. 1035<sup>5</sup> poln. ZVerfGB – übertragen worden ist.

sich im Mitgliedstaat, in dem das Gerichtsverfahren anhängig ist, befindende Anschrift eines im Verfahren bestellten Zustellungsbevollmächtigten erfolgt.<sup>13</sup> Die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten hebt den grenzüberschreitenden Charakter der Zustellung auf und schließt die Anwendung der Verordnung, die sich auf Fälle der Übermittlung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken von einem Mitgliedstaat in einen anderen zwecks Zustellung beschränkt, aus.<sup>14</sup> Im besprochenen Fall lagen keine der genannten Umstände von, weswegen die EuZustVO anzuwenden war. Der Gerichtshof hat die Ansicht des Generalanwalts geteilt und hat den Mechanismus der fiktiven Zustellung aus Art. 1135<sup>5</sup> § 2 poln. ZVerfGB als mit Art. 1 Abs. 1 EuZustVO und der von ihr angestrebten Verwirklichung des Ziels, die Verteidigungsrechte zu schützen, unvereinbar angesehen.<sup>15</sup> Eine im Ausland wohnhafte Partei sollte die Möglichkeit haben, sich mit dem gerichtlichen Schriftstück binnen einer Zeit vertraut zu machen, die es ihr ermöglichen würde, ihre Verteidigung vorzubereiten. Ihr steht auch das Recht zu, dieses Schriftstück in einer Sprache zu erhalten, die sie versteht (z. B. samt Übersetzung). Die rechtzeitige Zustellung des Schriftstücks macht es dem Empfänger möglich, den Gegenstand und den Grund für die Ausstellung des zugestellten Schriftstücks zu verstehen und das ihm zustehende Recht auf Zugang zu einem Gericht geltend zu machen.<sup>16</sup> Die Optimierung von Zustellungen, auch in grenzüberschreitenden Verfahren, kann nicht auf Kosten des Rechts auf Verteidigung, das den Empfängern der zuzustellenden Schriftstücke zusteht und ein Element des in Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 EU-Grund-

---

<sup>13</sup> Verordnung (EG) Nr. 1393/2007, Art. 1 Abs. 2 und Erwägungsgrund 8. Siehe auch K. Weitz, *Wyłączenie fikcyjnych doręczeń krajowych w stosunkach między państwami członkowskimi? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS) z dnia 19 grudnia 2012 r., C-325/11 w sprawie Krystyna Alder i Ewald Alder przeciwko Sabina Orłowska i Czesław Orłowski*, Polski Proces Cywilny 2013/2, S. 271 f.

<sup>14</sup> E. Gapska, *Dopuszczalność stosowania fikcji doręczenia (art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.) przy dokonywaniu doręczeń transgranicznych w UE – uwagi na tle wyroku TS z 19.12.2012 r. w sprawie C-325/11 Krystyna i Ewald Alder przeciwko Sabinie i Czesławowi Orłowski*, EPS 2013, Nr. 6, S. 39.

<sup>15</sup> Pkt. 40 f. des Urteils. Siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Y. Bot in der Rechtssache Alder, Pkt. 52.

<sup>16</sup> Urteil vom 08.05.2008 in der Rechtssache C-14/07 Weiss und Partner, Slg. I-3367, Pkt. 73.

rechtecharta vorgesehenen Rechts auf ein faires Verfahren ist, erfolgen.

Die Rechtssache Alder war kein Einzelfall, in dem polnische Gerichte Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB trotz seiner Unvereinbarkeit mit dem Europarecht angewandt haben. Gegen die Zustellungsfiktion ist auch die slowakische Gesellschaft U. BT spol. s.r.o. mit einer Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines rechtskräftigen Urteils (Rechtsgrundlage: Art. 424<sup>1</sup> § 1 poln. ZVerfGB) vorgegangen, in der sie dem Gericht vorgeworfen hat, „ein Urteil unter Verletzung der Grundsätze der Rechtsordnung betreffend die Art und Weise der Zustellung von Gerichtsschreiben in Zivilsachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erlassen zu haben, indem Art. 1135<sup>5</sup> § 2 poln. ZVerfGB angewandt worden ist und die Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 außer Acht gelassen worden ist...“.<sup>17</sup> Die Beklagte hat in der Klage u. a. geltend gemacht, dass sie aufgrund einer Sprachbarriere und der Schwierigkeit, in Polen einen professionellen Bevollmächtigten mit slowakischen Sprachkenntnissen zu finden, keine Kenntnis von der Möglichkeit der Urteilsanfechtung hatte. In diesem Rechtsfall hat der SN der Klage nicht stattgegeben, mit der Begründung, dass die Partei doch einen Bevollmächtigten innerhalb einer Frist benannt hat, was ihr die Einreichung einer Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens erlaubt hätte.

Die Anwendung des Europarechts durch die polnischen Gerichte manchmal an Willkür gekennzeichnet war. Auf eine mit der EuZustVO zu vereinbarende Zustellung hat man auch in einer vor dem Bezirksgericht (sąd okręgowy) Łódź angefochtenen Rechtssache nicht Acht gegeben. Das Amtsgericht hat bei der Zustellung des Schriftstücks Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB ganz offensichtlich entgegen dem EU-Recht angewandt. Darüber hinaus hat es grundlos die Zustellung des Schriftstücks (mit Belehrung) an eine falsche Anschrift der Partei in den Niederlanden (die nicht zugestellte Sendung ist mit der Bemerkung „not picked up“ zurückgekommen) als wirksam angesehen. Weitere Schriftstücke in der Gerichtsakte wurden belassen und als zugestellt angesehen.<sup>18</sup> Das erstinstanzliche Gericht hat nicht nur

---

<sup>17</sup> Urteil des poln. Obersten Gerichtshofes vom 06.09.2013, V CNP 67/12, LEX Nr. 1379932.

<sup>18</sup> Urteil des Bezirksgerichts Łódź vom 18.06.2014, III Ca 1570/13, nicht veröffentlicht.

fehlerhaft über die Anwendung des Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB entschieden, sondern hat auch ohne jeden Rechtsgrund die Zustellungsfiktion gelten lassen, worauf das Berufungsgericht bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils aufmerksam gemacht hat; in der Begründung hat es u. a. auf das Urteil in der Rechtssache Alder verwiesen.

Das Alder-Urteil hat die Rechtsprechung der polnischen Gerichte deutlich beeinflusst. Noch vor der Novellierung des Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB wurde in vielen Entscheidungen der Berufungsgerichte begonnen, auf die Unvereinbarkeit des Art. 1135<sup>5</sup> mit der Zustellungsverordnung zu achten und die mit dem EU-Recht nicht konforme Anwendung der polnischen Vorschriften zu korrigieren.<sup>19</sup>

Die vom EU-Gerichtshof geprüfte Rechtssache C-325/11 stellt einen weiteren Fall dar, in dem ein polnisches Gericht erster Instanz entgegen dem Vorrang des EU-Rechts im Bereich, der in den Verordnungsbestimmungen geregelt war, in dem also diese – unter Ausschluss der inländischen Bestimmungen – Anwendung finden sollten, die Normen des polnischen Rechts angewandt hat. Manchmal jedoch haben die polnischen Gerichte entgegen dem Grundsatz des Vorrangs des Europarechts<sup>20</sup> die Normen des polnischen Rechts parallel zu den Vorschriften der Verordnung Nr. 1348/2000 angewandt, und das selbst in Bereichen, die von dem europäischen Rechtsakt umfasst waren. In der Rechtssache III CZP 3/10, mit der sich der SN befasst hat, hat das erstinstanzliche Gericht, das ein Schriftstück an einen Rechtsträger mit Sitz in einem Mitgliedstaat zugestellt hat und in dem Umfang die VO (EG) Nr. 1348/2000 angewandt hat, gleichzeitig auch Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB herangezogen, indem es die Partei über die Pflicht der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten in Polen und die Unterlassungsfolgen belehrt hat. Sodann hat es infolge der Nichtbenennung eines Zustellungsbevollmächtigten die Schriftstücke in der Gerichtsakte belassen mit der Folge, dass diese als zugestellt galten.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Siehe z. B. Beschluss des Appellationsgerichtes Poznań vom 26.02.2013, I ACa 1212/12, LEX Nr. 1298969; Urteil des Appellationsgerichtes Warszawa vom 24.05.2013, VI ACa 1299/12, LEX Nr. 1339414; Beschluss des Bezirksgerichtes Bydgoszcz vom 10.07.2014, II Ca 952/13.

<sup>20</sup> Art. 91 Abs. 3 poln. Verfassung vom 02.04.1997 (Poln. Gesetzblatt Dziennik Ustaw (Dz.U.) Nr. 78, Pos. 483 m. Änd.

<sup>21</sup> Siehe Urteil des SN vom 28.04.2010, III CZP 3/10, OSNC 2010 Nr. 11, Pos. 155, S. 83.

Der EU-Gerichtshof hat vielfach betont, dass EU-Verordnungen allgemeine Geltung haben und in allen ihren Teilen verbindlich sind, ohne dass sie einer Umsetzung in die nationale Rechtsordnung bedürfen,<sup>22</sup> und in von der Verordnung umfassten Fällen ihre Vorschriften unmittelbar und einheitlich anzuwenden sind.<sup>23</sup> Die Normen des innerstaatlichen Rechts kommen nur in dem Umfang zur Anwendung, der nicht von der Verordnung geregelt ist. Jedoch selbst wenn sie anwendbar sein sollten, sollten sie so angewandt werden, dass die vollständige Effektivität des EU-Rechts gewährleistet ist.<sup>24</sup> Selbst im Umfang, der nicht direkt vom EU-Recht umfasst ist, in dem das innerstaatliche Recht Anwendung finden könnte, verpflichtet der Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts die inländischen Gerichte im Fall einer Unvereinbarkeit des innerstaatlichen Rechts mit dem Europarecht, das erstere nicht auf eine Art und Weise anzuwenden, die zur Unvereinbarkeit mit dem Europarecht führen würde. Bemerkenswert ist jedoch, dass obwohl in der Rechtsanwendungspraxis die Zustellungsverordnung als verbindlich angewandt wurde, nach dem Erlassen des Alder-Urteils ein Meinungsstreit über den Umfang des Ausschlusses der Anwendung des Art. 1135<sup>5</sup> auf EU-Bürger entfacht ist, nämlich ob er nur das Verbot betrifft, das Schreiben in der Akte zu belassen mit der Folge, dass es als zugestellt gilt, oder auch das Verbot, die Partei über die Pflicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten zu belehren.<sup>25</sup> Obwohl die Kollision der Verordnungsbestimmungen mit dem Recht des Mitgliedstaates anerkannt wurde, was eine Klärung durch den Gerichtshof im Wege eines Vor-

---

<sup>22</sup> Bspw. Urteil des EuGH vom 14.07.2011, C-4/10 und C-27/10, Bureau national interprofessionnel du Cognac, EU:C:2011:484, Pkt. 40; Urteil des EuGH vom 10.12.2013, C-394/12, Abdullahi, EU:C:2013:813, Pkt. 48.

<sup>23</sup> Siehe Urteil des EuGH vom 08.11.2005, C-443/03, Leffler, EU:C:2005:665, Pkt. 46; Urteil des EuGH vom 25.06.2009, C-14/08, Roda Golf & Beach Resort, EU:C:2009:395, Pkt. 49.

<sup>24</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *Doręczanie dokumentów sądowych na terenie UE*, „Monitor Prawniczy” 2006/9, S. 497.

<sup>25</sup> Es haben sich gegenteilige Meinungen hinsichtlich der Anwendung des Art. 1135<sup>5</sup> § 2 poln. ZVerfGB herausgebildet, d. h. hinsichtlich der Zulässigkeit, Parteien, die EU-Bürger sind, aufzufordern, einen Zustellungsbevollmächtigten in Polen zu benennen – siehe z. B. K. Weitz, a.a.O. S. 278; M. Taborowski, *Fikcyjne doręczenie do akt narusza prawo UE*, *Radca Prawny* 2013/2, S. 45.

abentscheidungsverfahrens begründet hätte, haben die polnischen Gerichte keine Vorlagefrage beim Gerichtshof eingelegt.<sup>26</sup>

### III. Grenzüberschreitende Zustellungen nach polnischem Recht

---

Der nicht mit dem EU-Recht konforme Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB in der bis zum 17. August 2013 geltenden Fassung hat einer nicht durch einen in Polen ansässigen Prozessbevollmächtigten vertretenen, im Ausland wohnhaften Partei die Pflicht auferlegt, einen Zustellungsbevollmächtigten in Polen zu benennen, und bei Versäumnis hat er die Möglichkeit zugelassen, das nicht zugestellte Schriftstück in der Gerichtsakte zu belassen mit der Folge, dass das Schriftstück als zugestellt galt. Im Fall, dass eine im Ausland wohnhafte Partei nicht von einem Prozessbevollmächtigten vertreten war und auch keinen Zustellungsbevollmächtigten benannt hat, so dass die Zustellungsfiktion Anwendung gefunden hat, wurde die Partei *de facto* der Möglichkeit beraubt, sich mit dem Inhalt des Schriftstücks vertraut zu machen und dazu Stellung zu beziehen, darunter eine Verteidigung vorzubereiten und geltend zu machen.<sup>27</sup>

Vor seiner Änderung hat Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB keinen Unterschied zwischen der Art und Weise der Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken an Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat haben, und Personen von außerhalb der EU gemacht. Da eine im Ausland wohnhafte Partei in der Regel, obschon nicht unbedingt, eine Person fremder Herkunft ist, war der Konflikt zwischen Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB und dem in Art. 18 AEUV ausgedrückten Verbot der Diskriminierung aus Grün-

---

<sup>26</sup> Im Urteil III CZP 3/10 hat der SN deutlich gemacht, dass „... im Fall einer Kollision eines Gesetzes mit EU-Recht, für deren Entscheidung eine Auslegung dieses Rechts erforderlich ist, dem Gerichtshof der Europäischen Union die ausschließliche Zuständigkeit zusteht...“. Überdies hat der SN auf die Notwendigkeit der Nichtanwendung des polnischen Rechts durch das innerstaatliche Gericht im Fall der Unvereinbarkeit der nationalen Vorschriften mit EU-Normen hingewiesen.

<sup>27</sup> A. Kościółek, *Usunięcie sprzeczności między treścią art. 165 § 2 i art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. a prawem UE*, EPS 2014, Nr. 4, S. 29.

den der Staatsangehörigkeit deutlich sichtbar. Ferner war er mit der EuZustVO unvereinbar.<sup>28</sup>

Noch bevor der EU-Gerichtshof das Urteil in der Rechtssache Alder erteilte, hat die Europäische Kommission im Oktober 2012 auf die mangelnde Konformität nationaler Normen mit dem EU-Recht hingewiesen und hat hinsichtlich der Verletzung von Vertragsnormen durch Polen ein begründetes Gutachten verfasst und Polen zu ihrer Beseitigung aufgefordert<sup>29</sup>. Diese Maßnahme hat den polnischen Gesetzgeber dazu gezwungen, u. a. Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB zu novellieren.

Laut der ab dem 17. August 2013 geltenden Fassung des Art. 1135<sup>5</sup> § 1 poln. ZVerfGB hat eine Partei, die keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Sitz in der Republik Polen oder in einem anderen EU-Mitgliedstaat hat, die Pflicht – falls sie keinen in Polen wohnhaften Prozessbevollmächtigten bestellt hat<sup>30</sup> –, einen Zustellungsbevollmächtigten in der Republik Polen zu benennen. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, so ist die sog. Ersatzzustellung, die darin besteht, dass das Schriftstück in der Gerichtsakte belassen wird, mit der Folge, dass es als zugestellt gilt, möglich.

Die Pflicht der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten findet immer noch auf Parteien Anwendung, die keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Sitz in einem Mitgliedstaat ha-

---

<sup>28</sup> In den Schlussanträgen des Generalanwalts Y. Bot vom 20.09.2012 in der Rechtssache C-325/11 (Alder) hat der Generalanwalt hervorgehoben, dass die Pflicht zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten keine unmittelbare Diskriminierung darstellt und konstruktiv nicht auf der Staatsangehörigkeit beruht, jedoch aufgrund der Besonderheit der Fälle, in denen sie zur Anwendung kommt, sie am häufigsten Personen fremder Herkunft betrifft.

<sup>29</sup> Aus der Begründung zum Entwurf des Gesetzes vom 13. Juni 2013 über die Änderung des Gesetzes – Zivilverfahrensgesetzbuch, Drucksache Nr. 1272 des Sejm der Republik Polen VII. Legislaturperiode.

<sup>30</sup> In der Rechtsprechung hat sich eine Ansicht herausgebildet, wonach kein Zustellungsbevollmächtigter bestellt werden kann, wenn im Rechtsstreit ein Prozessbevollmächtigter tätig ist – siehe Beschluss des SN vom 19.10.2007, I CZ 118/07, LEX Nr. 511023 (in der genannten Sache hat der Kläger einen professionellen Prozessbevollmächtigten und als weiteren Prozessbevollmächtigten ein Familienmitglied bestellt, der zugleich als Zustellungsbevollmächtigter bestellt war). Eine Partei kann mehrere Bevollmächtigte bestellen, wobei dies jedoch nicht einen Vorwand für die Verzögerung oder Erschwerung des Gerichtsverfahrens darstellen kann – so der SN im Urteil vom 29.11.2001, V CKN 604/00, LEX Nr. 52757.



ben.<sup>31</sup> Voraussetzung der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Ersatzzustellung, wie sie von Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB vorgesehen ist, ist, dass die Partei bei der ersten Zustellung belehrt wird.<sup>32</sup> Die Belehrung muss laut § 2 eine Information darüber enthalten, dass es die Möglichkeit gibt, eine Erwiderung auf den verfahrenseinleitenden Schriftsatz einzureichen und schriftliche Erklärungen abzugeben. Ferner muss über die Pflicht der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten mitsamt eines Hinweises darauf, wer Bevollmächtigter sein kann, belehrt werden. Eine Konsequenz der Änderung des Art. 1135<sup>5</sup> § 1 poln. ZVerfGB ist die Beschränkung der Zustellungsfiktion. Das Gericht (das Zustellungsorgan) ist dazu verpflichtet, ein Schriftstück nicht nur dann wirksam zuzustellen, wenn es sich um die erste Zustellung im Rechtsstreit handelt (Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB fand auf die erste Zustellung der Klage oder eines Antrags im Verfahren keine Anwendung), aber auch bei jeder weiteren Zustellung im Laufe des Verfahrens. Die Zulässigkeit der Belassung des Schriftstücks in der Akte mit der Folge, dass das Schriftstück als zugestellt gilt, war und ist weiterhin dadurch bedingt, dass die Partei vom Gericht über die Notwendigkeit der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten belehrt worden ist (falls kein Prozessbevollmächtigter benannt wurde); diese Belehrung erfolgt zusammen mit der ersten Zustellung (Überreichung des ersten Schriftsatzes in der Sache).<sup>33</sup> Das Gericht kann die Belehrung der Partei nicht unterlassen, selbst wenn diese

---

<sup>31</sup> Siehe Urteil des Appellationsgerichts Kraków vom 19.12.2016, I ACz 2250/16, Legalis Nr. 1558607. Die Analyse der jüngsten Rechtsprechung polnischer Gerichte führt zum Schluss, dass die Anwendung des Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB nach wie vor eine Fehlerquelle darstellt. Im Urteil des Bezirksgerichts Gliwice, III S 102/14, hat das Gericht trotz einer dem Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB entsprechenden Belehrung der Partei nicht von der Ersatzzustellung Gebrauch gemacht, sondern hat jedes Mal versucht, die Schriftsätze in den USA wirksam zuzustellen und hat somit zur Verzögerung des Verfahrens geführt. Ein anderer Fall, in dem die Partei infolge der Belassung der Schriftsätze in der Gerichtsakte, ohne dass eine erste Zustellung (mit Belehrung) erfolgt ist, der Möglichkeit der Verteidigung beraubt wurde, stellte eine Grundlage für die Anfechtung in der Rechtssache III Ca 522/16 dar, die vom Bezirksgericht Łódź entschieden worden ist (Urteil vom 06.03.2017); die grundlose Bestellung eines Pflegers für Zustellungen stellte ein Motiv für die Anfechtung der vom Bezirksgericht Kraków entschiedenen Rechtssache I C 458/14 (Urteil vom 22.02.2017) dar.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil des SN vom 09.06.1993, II CRN 50/93, LEX Nr. 1213700.

<sup>33</sup> Beschluss des SN vom 19.09.1980, I CZ 118.90, LEX Nr. 8268; Beschluss des SN vom 24.10.1980, I CZ 130/80, OSNC 1981/5/89.



vor der Zustellung des ersten Schriftsatzes erklärt, dass sie nicht beabsichtigt, einen Prozess- oder Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen und der Belassung der Schriftstücke in der Gerichtsakte mit der Folge, dass diese als zugestellt gelten, zustimmt.<sup>34</sup>

Die eingeführte Änderung des Art. 1135<sup>5</sup> § 1 poln. ZVerfGB hat eine grundlegende Widersprüchlichkeit des nationalen Rechts mit den EU-Vorschriften beseitigt. Die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten ist nach wie vor in jedem Fall erforderlich, wenn Schriftstücke außerhalb der EU zugestellt werden müssen.<sup>35</sup>

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB bleibt die Zustellung an Rechtsträger, die ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz in einem Mitgliedstaat haben, wenn sich ihre Anschrift in diesem Staat nicht ermitteln lassen kann.<sup>36</sup> Die Anschrift einer Partei ist nicht gleichzusetzen mit ihrem Wohnsitz oder Sitz. Auf den Fall, dass der Wohnsitz bzw. Sitz der Partei sich in einem Mitgliedstaat befindet, die Anschrift aber unbekannt ist,<sup>37</sup> finden die Vorschriften der Zustellungsverordnung (Art. 1 Abs. 2 EuZustVO) keine Anwendung. Die eingeführte Novellierung des Art. 1135<sup>5</sup> § 1 poln. ZVerfGB schließt in solch einem Fall die Ersatzzustellung aus. Diese Situation schränkt jedoch die Rechte einer Partei, die eine Klage erhebt oder einen Antrag einreicht, auf Erlangung eines angemessenen Rechtsschutzes ein. Es wird also angenommen, dass die Vorschriften des Forumstaates Anwendung finden.<sup>38</sup> Nach polnischem Recht wird dies die Ersatzzustellung nach Art. 143 f. poln. ZVerfGB (Ersatzzustellung an einen für Zustellungen bestellten Pfleger, der für eine Partei bestellt worden ist, deren Aufenthaltsort unbekannt ist) oder nach Art. 145 poln. ZVerfGB (Zustellung durch Bekanntmachung an der Gerichtstafel) sein. Der Artikel 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB schließt die Bestellung eines Pflegers für Zustellungen nicht

<sup>34</sup> Vgl. Urteil des SN vom 18.04.1975, III CRN 404/74, PiP 1975, Nr. 10, S. 159.

<sup>35</sup> T. Demendecki, Kommentar zu Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB, in: Jakubecki A. (Hrsg.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do Art. 730-1217*, WKP 2017, elektr. Ausgabe LEX.

<sup>36</sup> Vgl. Rechtssache C-292/10 (G gegen Cornelius de Visser).

<sup>37</sup> Der Ausschluss der Anwendung der Verordnung umfasst nicht den Fall, in dem die Partei eine falsche Anschrift angegeben hat.

<sup>38</sup> So: K. Gonera, *Europejskie prawo procesowe cywilne*, in: A. Wróbel (Hrsg.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, elektr. Ausgabe LEX.

aus, wenn aufgrund der Unmöglichkeit der Feststellung der Parteienschrift die erste Zustellung nicht möglich wäre.<sup>39</sup>

## IV. Zusammenfassung

---

Ziel der von den EU-Staaten geschaffenen justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ist es, den Zugang zur Justiz zu erleichtern und die Hindernisse für eine wirksame und schnelle Verwirklichung der gerichtlichen Prozeduren zu beheben. Die Zustellungsverordnung stellt eines der Instrumente dieser Zusammenarbeit dar. Obwohl sie seit dem 13. August 2008 (Art. 16 Abs.2 EuZustVO) in Kraft ist (und zuvor die Verordnung (EG) NR. 1348/2000 in Kraft war), kommt es in den Mitgliedstaaten bis zum heutigen Tag immer wieder zu Anwendungsfehlern im Bereich der gerichtlichen Zustellungen. Am häufigsten passieren diese sie den Gerichten erster Instanz und werden grundsätzlich von den Berufungsgerichten korrigiert.

Eine bedeutende Auswirkung auf die Anwendung der Zustellungsverordnung durch die nationalen Gerichte hatte das Urteil des Gerichtshofs in der Sache Alder. Es hat deutlich die Richtung der Rechtsprechung und wahrscheinlich auch die in der Praxis seltener vorkommende Ersatzzustellung in Verfahren, in denen die Verordnung anwendbar ist, beeinflusst.

Es erstaunt jedoch, dass noch vor dem Erlassen des Alder-Urteils die polnischen Gerichte niedrigerer Instanz, trotz der in den Begründungen vieler analysierter Entscheidungen genannten Anträge der Prozessbevollmächtigten der Parteien auf Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage bezüglich der Klärung der Widersprüchlichkeit des Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB a.F. mit dem EU-Recht, bis zum Jahr 2011 von der ihnen zustehenden Kompetenz keinen Gebrauch gemacht haben.<sup>40</sup>

Die Analyse der zugänglichen Urteile der polnischen Gerichte lässt den Schluss zu, dass das Verhältnis zwischen polnischem und EU-

---

<sup>39</sup> T. Demendecki, in: Jakubecki A. (Hrsg.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do Art. 730-1217, WKP 2017*, elektr. Ausgabe LEX (Komentarz zu Art. 1135<sup>5</sup> poln. ZVerfGB); siehe auch T. Wiśniewski, *Przebieg procesu cywilnego*, elektr. Ausgabe LEX 2013 (*Kapitel. 2.1. Doręczenia sądowe*).

<sup>40</sup> Siehe auch Urteil des SN, III CZP 3/10, OSNC 2010 Nr. 11, Pos. 155, S. 83.

Recht in der Rechtsprechung immer öfter betont wird und dass die Berufungsgerichte sich zunehmend nicht nur auf die Entscheidungen selbst, sondern auch auf die Argumentation des Gerichtshofs berufen. Beachtet werden muss jedoch die Tatsache, dass das analysierte Problem einen Wandel umfasst, der sich fast 10 Jahre lang vollzogen hat und viele im Lichte des Vorrangs des Unionsrechts unbegründete Zweifel hat entstehen lassen, deren Erklärung vielleicht einen Opportunismus bei der Anwendung des Unionsrechts darstellt.

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk

## Ograniczenie fikcji doręczenia na tle rozporządzenia 1393/2007

### I. Doręczanie pism sądowych a gwarancje prawa do sądu

---

Artykuł 6 ust. 1 EKPC wyraża prawo do rzetelnego rozpatrzenia sprawy dotyczącej praw i obowiązków strony o charakterze cywilnym przez niezawisły i bezstronny sąd w rozsądnym terminie. Przepis ten wyraża gwarancje rzetelnego procesu, które w równym stopniu dotyczą osób fizycznych posiadających narodowość państwa sądu, cudzoziemców oraz osób prawnych.<sup>1</sup>

Prawo dostępu strony do sądu realizowane jest między innymi przez zasadę kontradyktoryjności, w której mieści się zapewnienie stronie możliwości aktywnego i efektywnego uczestniczenia w procesie. Zasada równości broni zakłada, że każda ze stron powinna mieć taką samą możliwość przedstawienia swojej sprawy i wnoszenia własnych dowodów.<sup>2</sup> Pozbawienie strony możliwości obrony w jakikolwiek sposób, w tym przez niedoręczenie jej pism w sprawie, niepowiadomienie o wniesionej apelacji,<sup>3</sup> ograniczenie dostępu do dokumentów sprawy,<sup>4</sup> jak również pozbawienie możliwości uczestniczenia w postępowaniu bez winy strony,<sup>5</sup> narusza zasadę kontradyktoryjności. Zapewnienie stronie możliwości uczestniczenia w postępowaniu nakłada na sądy obowiązek informowania strony albo jej pełnomocnika o podejmowanych w postępowaniu w jej sprawie

---

<sup>1</sup> P. Hofmański, A. Wróbel, w: L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 6, nb. 9, wyd. el. Legalis.

<sup>2</sup> Ibidem, art. 6, nb. 178, wyd. el. Legalis.

<sup>3</sup> Wyrok ETPCz z 06.02.2001 w sprawie Beer p. Austrii.

<sup>4</sup> Wyrok ETPCz z 24.02.1997 r. w sprawie De Haes i Gijssels p. Belgii.

<sup>5</sup> Wyrok ETPCz z 04.06.2002 r. w sprawie Komanický p. Słowacji.

czynnościach, które są relewantne dla jej praw i obowiązków i mogą rodzić potrzebę zajęcia przez nią stanowiska. Obowiązek ten realizowany jest między innymi przez doręczanie dokumentów.

Wskazane zasady kształtują podstawy rzetelnego procesu także na poziomie krajowych porządków prawnych. Gwarancja prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy w prawie polskim ma charakter konstytucyjny. Została ona wyrażona w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a dopełniona zasadą z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP zabraniającą pozbawiania strony dostępu do drogi sądowej mocą ustawy. Zagwarantowane konstytucyjnie podstawowe prawa i wolności przysługują, w myśl zasady powszechności praw i wolności konstytucyjnych (art. 37 ust. 1 Konstytucji RP), każdemu, kto podlega jurysdykcji państwa polskiego, niezależnie od posiadanego obywatelstwa.

Jednym z przejawów gwarancji prawa do rzetelnego procesu, wyrażonej także w art. 47 (2) Karty praw podstawowych UE, jest ustanowienie skutecznych sposobów doręczeń pism sądowych. Problematykę doręczeń dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych w UE reguluje obecnie rozporządzenie 1393/2007<sup>6</sup>, które wprowadza szereg mechanizmów chroniących interesy strony postępowania mającej miejsce zamieszkania (siedzibę) za granicą. Wśród instrumentów tych wymienić należy: system podwójnej daty, prawo odbiorcy do odmowy przyjęcia dokumentu doręzonego w niezrozumiałym dla niego języku, obowiązek zawieszenia postępowania pod nieobecność pozwanego oraz możliwość przywrócenia terminu na wniesienie środka obrony. Celem rozporządzenia jest wzmocnienie prawa strony do obrony realizowane przez wprowadzenie rozwiązań chroniących rzeczywiste (nieoparte na fikcji doręczenia) otrzymanie przez stronę pisma w zrozumiałym przez nią języku, a także zapewnienie jednolitych procedur transgranicznego doręczania dokumentów w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie reguluje w sposób wyczerpujący sposoby przekazywania dokumentów sądowych lub pozasądowych między państwami członkowskimi UE.

---

<sup>6</sup> Kwestie doręczeń dokumentów w sprawach cywilnych regulowały wcześniej: Konwencji haska z 15 listopada 1965 r. o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych oraz Rozporządzenie 1348/2000 (Dz.U. L. 160 z 30.6.2000).

## II. Fikcja doręczania według rozporządzenia 1393/2007 w świetle orzecznictwa

---

Gwarancja skutecznego doręczenia pisma, znajdująca wyraz w przepisach Rozporządzenia 1393/2007 limituje co do zasady stosowanie fikcji doręczenia, która w świetle gwarancji rzetelnego procesu w niewystarczającym stopniu realizuje prawo strony do obrony. TS potwierdza jednak, że prawo do obrony może doznawać ograniczeń, o ile nie stanowią one nieproporcjonalnej ingerencji w to prawo w świetle celu chronionego przez normę prawną nakładającą ograniczenie.<sup>7</sup> Ograniczenie prawa do obrony pozwanego uzasadniać może np. brak możliwości ustalenia jego miejsca zamieszkania. Bezwzględna ochrona pozwanego pozbawiłaby w takiej sytuacji powoda możliwości dochodzenia jego praw. Brak możliwości ustalenia miejsca doręczenia stanowi także przesłankę negatywną stosowania rozporządzenia 1393/2007. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nie stosuje się, gdy adres zamieszkania strony jest nieznany. W takiej sytuacji zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy prawa krajowego, nie wyłączając przepisów dopuszczających doręczenie zastępcze pism.

Przesłanka „nieznajomości adresu” zaistniała w stanie faktycznym rozpoznawanej przez TS sprawy o sygn. C-292/10<sup>8</sup>, w której Trybunał odniósł się do zgodności prawa niemieckiego przewidującego doręczenie zastępcze w drodze publicznego zawiadomienia wywieszonego na tablicy informacyjnej sądu (§§ 185–188 niem. k.p.c.) z przepisami wspólnotowymi. W przedmiotowej sprawie TS uznał wezwanie przez wywieszenie zawiadomienia za dopuszczalne, o ile w celu odnalezienia pozwanego podjęto wszelkie ustalenia, jakich wymaga zasada staranności i dobrej wiary.<sup>9</sup> Trybunał podkreślił, że zawiadomienie dokonane we wskazany sposób nie sprzeciwia się prawu dostępu do sądu pod warunkiem, że prawa zainteresowanych są należycie chronione.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Por. wyrok TS z 02.04.2009 r., C-394/07, *Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company*, Zb. Orz. s. I-2563, pkt 29.

<sup>8</sup> Wyrok TS z 15.03.2012 r., *G. v. Cornelius de Visser*.

<sup>9</sup> Wyrok TS C-292/10, pkt 55.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pkt 58.

Dopuszczalność doręczenia zastępczego w sytuacji, gdy adres strony był znany, podlegała ocenie TS w sprawie C-325/11.<sup>11</sup> Sprawa wynikła na tle rozpoznawanej przez sąd polski skargi o wznowienie postępowania wniesionej przez małżeństwo Alder, obywateli narodowości niemieckiej. Skarżący żądali, zgodnie z art. 401 pkt 2 k.p.c., wznowienia postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem oddalającym wniesione przez nich powództwo, z powodu braku możliwości działania w procesie na skutek faktycznego niedoręczenia im odpowiedzi na pozew i zawiadomienia o terminie rozprawy. Podlegające doręczeniu, według stanowiska małżonków Alder, dokumenty sąd polski pozostawił w aktach sprawy zgodnie z art. 1135<sup>5</sup> § 2 k.p.c.<sup>12</sup>, który dopuszczał doręczenie zastępcze w sytuacji, gdy strona zamieszkała za granicą nie była reprezentowana przez pełnomocnika w sprawie, ani nie wyznaczyła pełnomocnika do doręczeń w Polsce.

W przedmiotowej sprawie skarga o wznowienie postępowania, wniesiona przez państwa Alder, została oddalona przez krajowy sąd I instancji. Postanowienie to zostało uchylone przez sąd odwoławczy, który skierował sprawę do ponownego rozpoznania, wskazując na niezgodność art. 1035<sup>5</sup> k.p.c. z wymogami rozporządzenia 1393/2007, które w sprawie znajduje zastosowanie, oraz wynikającą z tego możliwość dyskryminacji strony obcego pochodzenia. Sąd rejonowy, ponownie rozpoznający sprawę, nie zgadzając się ze stanowiskiem sądu odwoławczego, wyraził pogląd, że fikcja doręczenia nie może prowadzić do dyskryminacji bezpośredniej, a jeżeli nawet mogła stanowić przejaw dyskryminacji pośredniej, to uzasadniałby ją cel zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania, którego realizacja doznaje ograniczeń z uwagi na trudności i koszty związane z doręczaniem dokumentów za granicą. Ostatecznie jednak sąd I instancji wystosował pytanie prejudycjalne do TS.

Wyrok Trybunału w sprawie Alder koncentrował się na ocenie dopuszczalności pozostawienia w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia dokumentów sądowych przeznaczonych dla strony mającej miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w innym państwie członkowskim, w sytuacji, gdy strona ta nie wskazała pełnomocnika do doręczeń w państwie członkowskim, w którym toczy się postępowanie

<sup>11</sup> Wyrok TS z 19.12.2012 r., Alder v. Orłowski.

<sup>12</sup> Przed 1.7.2009 r. był to art. 1035 § 2, którego treść została zmieniona z dniem 1.7.2009 r. i przeniesiona do nowej jednostki redakcyjnej, tj. art. 1035<sup>5</sup> k.p.c.

sądowe. TS przyjął szerokie stosowanie rozporządzenia 1393/2007. Odnosząc się do przedmiotowego zakresu rozporządzenia, Trybunał podkreślił, że nie znajduje ono zastosowania jedynie w dwóch przypadkach, to jest gdy adres strony jest nieznany oraz gdy doręczenie wykonywane jest na adres ustanowionego w sprawie pełnomocnika do doręczeń w państwie członkowskim, w którym toczy się postępowanie, niezależnie od miejsca zamieszkania strony.<sup>13</sup> Ustanowienie pełnomocnika do doręczeń znosi transgraniczny charakter doręczenia i wyłącza stosowanie rozporządzenia, które jest ograniczone do sytuacji przekazania dokumentu sądowego lub pozasądowego z jednego państwa członkowskiego do drugiego w celu doręczenia.<sup>14</sup> W przedmiotowej sprawie nie zachodziła żadna z tych okoliczności, wobec czego przepisy rozporządzenia 1393/2007 powinny znaleźć zastosowanie. Trybunał, przychyłając się do stanowiska rzecznika generalnego, ocenił mechanizm fikcyjnego doręczenia przewidziany w art. 1135<sup>5</sup> § 2 k.p.c. jako sprzeczny z art. 1 ust. 1 rozporządzenia 1393/2007 i realizowanym przez to rozporządzenie celem ochrony prawa strony do obrony.<sup>15</sup> Strona zamieszkała za granicą powinna mieć możliwość zapoznania się z dokumentem sądowym w czasie pozwalającym na przygotowanie obrony. Korzysta też z prawa do otrzymania tego dokumentu w języku zrozumiałym dla niej (np. z tłumaczeniem). Doręczenie stronie pisma w odpowiednim czasie umożliwia adresatowi zrozumienie przedmiotu i przyczyny wydania doręzonego dokumentu oraz realizację przysługującego mu prawa do sądu.<sup>16</sup> Usprawnienie doręczeń, także w sprawach transgranicznych, nie może być osiągnięte kosztem naruszenia prawa do obrony,

---

<sup>13</sup> Rozporządzenie 1393/2007, odpowiednio art. 1 ust. 2 i preambuła motyw 8. Zob. też K. Weitz, *Wyłączenie fikcyjnych doręczeń krajowych w stosunkach między państwami członkowskimi? Glosa do wyroku Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS) z dnia 19 grudnia 2012 r., C-325/11 w sprawie Krystyna Alder i Ewald Alder przeciwko Sabina Orłowska i Czesław Orłowski*, Polski Proces Cywilny 2013/2, s. 271–272.

<sup>14</sup> E. Gapska, *Dopuszczalność stosowania fikcji doręczenia (art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.) przy dokonywaniu doręczeń transgranicznych w UE – uwagi na tle wyroku TS z 19.12.2012 r. w sprawie C-325/11 Krystyna i Ewald Alder przeciwko Sabinie i Czesławowi Orłowski*, EPS 2013, Nr 6, s. 39.

<sup>15</sup> Wyrok, teza 40–41. Zob. też opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Alder, pkt. 52.

<sup>16</sup> Wyrok z dnia 8 maja 2008 r. w sprawie C-14/07 Weiss und Partner, Zb.Orz. s. I-3367, pkt 73).



które przysługuje adresatom doręczeń i stanowi element prawa do rzetelnego procesu wyrażony w art. 6 ust. 1 EKPC i art. 47 ust. 2 EKPP.

Sprawa Alder nie była odosobnionym przypadkiem stosowania przez sądy polskie art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., pomimo jego sprzeczności z prawem europejskim. Fikcja doręczenia zaskarżona została skargą o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku (podstawa prawna art. 424<sup>1</sup> § 1 k.p.c.) przez słowacki podmiot U. BT spol. s.r.o., w której strona zarzucała „wydanie wyroku z naruszeniem podstawowych zasad porządku prawnego dotyczących sposobu doręczania pism sądowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej w sprawach cywilnych przez zastosowanie art. 1135<sup>5</sup> § 2 k.p.c., z pominięciem rozporządzenia nr 1393/2007”.<sup>17</sup> Pozwana spółka podnosiła w skardze między innymi, że ze względu na barierę językową nie posiadała wiedzy na temat możliwości zaskarżenia wyroku, a także na trudności w znalezieniu w Polsce profesjonalnego pełnomocnika posługującego się językiem słowackim. W tej sprawie SN nie uwzględnił skargi, wskazując, że strona wyznaczyła pełnomocnika w terminie pozwalającym na wniesienie skargi o wznowienie postępowania.

Stosowanie prawa europejskiego przez sądy polskie było niekiedy nacechowane arbitralnością. Tryb doręczenia zgodny z rozporządzeniem 1393/2007 został pominięty m.in. w sprawie zaskarżonej przed sądem okręgowym w Łodzi, w której sąd rejonowy, doręczając pismo zastosował ewidentnie sprzecznie z prawem unijnym art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., ponadto bezpodstawnie przyjął jako skuteczne doręczenie pisma (z pouczeniem) na błędny adres strony w Holandii, po tym jak niepodjęta przez stronę przesyłka wróciła z adnotacją „not picked up”. Kolejne dokumenty pozostawiane były w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia.<sup>18</sup> Sąd I instancji nie tylko nieprawidłowo zdecydował o stosowaniu art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., lecz także bez podstawy prawnej przyjął fikcję pierwszego doręczenia, na co zwrócił uwagę sąd odwoławczy, uchylając zaskarżony wyrok i powołując w uzasadnieniu m.in. wyrok w sprawie Alder.

Wyrok w sprawie Alder zauważalnie wpłynął na orzecznictwo sądów polskich. Jeszcze przed nowelizacją art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. w wielu

<sup>17</sup> Wyrok SN z 06.09.2013 r., V CNP, 67/12, LEX Nr 1379932.

<sup>18</sup> Wyrok SO w Łodzi z 18.06.2014, III Ca 1570/13.

orzeczeniach sądów odwoławczych zaczęto zwracać uwagę na sprzeczność art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. z rozporządzeniem i korygować niezgodne z prawem unijnym stosowanie przepisów krajowych.<sup>19</sup>

Rozpoznawana przez TS sprawa C-325/11 stanowi przykład rozstrzygnięcia, w którym polski sąd I instancji wbrew zasadzie supremacji prawa unijnego, stosował normy prawa krajowego w obszarze uregulowanym przepisami rozporządzenia, do którego zastosowanie powinny znaleźć normy rozporządzenia z wyłączeniem przepisów krajowych. Niekiedy jednak, wbrew zasadzie prymatu prawa europejskiego<sup>20</sup>, sądy polskie stosowały równolegle przepisy rozporządzenia 1348/2000 i normy prawa krajowego, nawet w zakresie objętym aktem prawa europejskiego. W sprawie o sygn. III CZP 3/10 rozpoznawanej przez SN, sąd I instancji, dokonując doręczenia pisma do podmiotu mającego siedzibę w państwie członkowskim UE i stosując w tym zakresie, obowiązujące wówczas rozporządzenie 1348/2000, zastosował jednocześnie art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. i pouczył stronę o obowiązku wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń w Polsce oraz skutkach jego niewyznaczenia; a następnie wobec niewyznaczenia pełnomocnika do doręczeń pozostawiał pisma w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia.<sup>21</sup>

Trybunał wielokrotnie podkreślał, że rozporządzenia UE są aktami prawnymi o charakterze generalnym, które wiążą w całości, bez wymogu transpozycji do systemu prawa krajowego,<sup>22</sup> a w sytuacjach objętych rozporządzeniem jego przepisy mają być stosowane bezpośrednio i jednolicie.<sup>23</sup> Normy prawa krajowego mogą znaleźć zastosowanie jedynie w zakresie nieobjętym rozporządzeniem. Nawet jeżeli znajdują zastosowanie, winny być jednak stosowane tak, aby zapewnić

---

<sup>19</sup> Zob. np. postanowienie SA w Poznaniu z 26.02.2013 r., I ACa 1212/12, *Legalis* nr 740236; wyrok SA w Warszawie z 24.05.2013 r., VI ACa 1299/12, *LEX* nr 1339414; postanowienie SO w Bydgoszczy z 10.07.2014 r., II Ca 952/13, [http://orzeczenia.bydgoszcz.so.gov.pl/details/\\$N/151005000001003\\_II\\_Ca\\_000952\\_2013\\_Uz\\_2014-07-10\\_001](http://orzeczenia.bydgoszcz.so.gov.pl/details/$N/151005000001003_II_Ca_000952_2013_Uz_2014-07-10_001).

<sup>20</sup> Art. 91 ust. 3 Konstytucji RP z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>21</sup> Zob. wyrok SN z 28/04.2010 r., III CZP 3/10, OSNC 2010 nr 11, poz. 155, str. 83.

<sup>22</sup> Np. wyrok z 14.07.2011 r., C-4/10 i C-27/10, *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, EU:C:2011:484, pkt 40; wyrok z 10.12.2013 r., C-394/12, *Abdullahi*, EU:C:2013:813, pkt 48.

<sup>23</sup> Zob. wyrok z 8.11.2005 r., C-443/03, *Leffler*, EU:C:2005:665, pkt 46; wyrok z 25.06.2009 r., C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*, EU:C:2009:395, pkt 49.

pełną efektywność aktu prawa unijnego.<sup>24</sup> Nawet w zakresie nieobjętym wprost prawem unijnym, w którym prawo krajowe mogłoby znajdować zastosowanie, zasada pierwszeństwa prawa europejskiego obliuguje sądy krajowe w razie sprzeczności prawa krajowego z prawem europejskim do niestosowania prawa krajowego w sposób prowadzący do sprzeczności z prawem europejskim. Pomimo związania przepisami rozporządzenia 1393/2007, w praktyce stosowania prawa, po wydaniu orzeczenia w sprawie Alder pojawiła się rozbieżność stanowisk w kwestii zakresu wyłączenia stosowania art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. do obywateli UE, a mianowicie, czy obejmuje ono tylko zakaz pozostawienia pisma ze skutkiem doręczenia, czy także zakaz pouczenia o obowiązku wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń.<sup>25</sup> Pomimo dostrzegania między przepisami rozporządzenia i normami prawa państwa członkowskiego kolizji uzasadniającej wyjaśnienie jej przez TS w drodze pytania prejudycjalnego sądy krajowe nie podjęły się skierowania tej kwestii do Trybunału.<sup>26</sup>

### III. Doręczenia transgraniczne według prawa polskiego

Stojący w sprzeczności z prawem unijnym art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 sierpnia 2013 r., nakładał na stronę niereprezentowaną przez pełnomocnika w Polsce, a zamieszkałą za granicą, obowiązek wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń w Polsce, a w przypadku braku jego wyznaczenia dopuszczał pozostawienie

<sup>24</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *Doręczanie dokumentów sądowych na terenie UE*, Monitor Prawniczy 2006/9, s. 497.

<sup>25</sup> Zarysowały się rozbieżne stanowiska w kwestii stosowania § 2 art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., to jest dopuszczalności wzywania stron będących obywatelami UE do wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń w Polsce – zob. np. K. Weitz, *Wyłączenie fikcyjnych doręczeń krajowych w stosunkach między państwami członkowskimi? Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS) z 19 grudnia 2012 r., C-325/11 w sprawie Krystyna i Ewald Alder przeciwko Sabina Orłowska i Czesław Orłowski*, Polski Proces Cywilny 2013/2, s. 278; M. Taborowski, *Fikcyjne doręczenie do akt narusza prawo UE*, Radca Prawny 2013/2, s. 45.

<sup>26</sup> SN w wyroku III CZP 3/10 wyraźnie podkreślił, że „...w razie kolizji ustawy z prawem unijnym, której rozstrzygnięcie wymaga wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej...”. SN zwrócił także uwagę na powinność niestosowania przez sąd krajowy prawa polskiego w sytuacji sprzeczności przepisów krajowych z normami UE.

niedoręczonego pisma w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia. W sytuacji, gdy strona zamieszkała za granicą nie była reprezentowana przez pełnomocnika ani nie wyznaczyła pełnomocnika do doręczeń i fikcja doręczenia znajdowała zastosowanie, strona pozbawiana była *de facto* możliwości zapoznania się z treścią dokumentu i ustosunkowania się do niej, w tym przygotowania i podjęcia obrony.<sup>27</sup>

Artykuł 1135<sup>5</sup> k.p.c. przed zmianą nie różnicował sposobu doręczania dokumentów sądowych osobom mającym miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu albo siedzibę w państwach członkowskich UE od sposobu doręczania dokumentów podmiotom spoza UE. Ponieważ stroną zamieszkałą za granicą z reguły, choć nie wyłącznie, jest podmiot obcego pochodzenia, dość wyraźnie rysował się konflikt między art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. i wyrażonym w art. 18 TFUE zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Przepis pozostawał także w sprzeczności z przepisami rozporządzenia 1393/2007.<sup>28</sup>

Jeszcze przed wydaniem przez Trybunał wyroku w sprawie Alder, w październiku 2012 r., Komisja Europejska wskazując na sprzeczność norm krajowych z prawem UE, wydała w kwestii naruszenia przez Polskę norm traktatowych uzasadnioną opinię i wezwała do ich usunięcia.<sup>29</sup> Postępowanie to wymusiło na polskim ustawodawcy nowelizację między innymi art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.

Zgodnie z wprowadzonym od 17 sierpnia 2013 r. nowym brzmieniem art. 1135<sup>5</sup> § 1 k.p.c. strona, która nie ma miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu albo siedziby w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, jeżeli nie ustanowiła pełnomocnika do prowadzenia sprawy zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej,<sup>30</sup> jest obowiązana wskazać pełnomocnika do

---

<sup>27</sup> A. Kościółek, *Usunięcie sprzeczności między treścią art. 165 § 2 i art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. a prawem UE*, EPS kwiecień 2014, s. 29.

<sup>28</sup> W opinii rzecznika generalnego Y. Bota z 20.09.2012 r. w sprawie C-325/11 (Alder), rzecznik podkreślił, że wymóg ustanowienia pełnomocnika do doręczeń nie stanowi dyskryminacji bezpośredniej i nie jest on oparty konstrukcyjnie na przesłance obywatelstwa, ale z uwagi na specyfikę sytuacji, w których znajduje zastosowanie obciąża on najczęściej osoby obcego pochodzenia.

<sup>29</sup> Z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, Druk nr 1272 Sejmu RP VII kadencji.

<sup>30</sup> W orzecznictwie zarysował się pogląd, że nie można ustanowić pełnomocnika do doręczeń, jeżeli w sprawie działa pełnomocnik – zob. postanowienie SN

doręczeń w Rzeczypospolitej Polskiej. W razie niewskazania pełnomocnika do doręczeń dopuszczalne jest tzw. doręczenie zastępcze, polegające na pozostawieniu pisma w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia.

Wymóg ustanowienia pełnomocnika do doręczeń znajduje nadal zastosowanie wobec stron, które nie mają miejsca zamieszkania, zwykłego pobytu lub siedziby w państwie członkowskim.<sup>31</sup> Przesłanką dopuszczalności i skuteczności doręczenia zastępczego na podstawie art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. jest pouczenie strony przy pierwszym doręczeniu,<sup>32</sup> które zgodnie z § 2 ma obejmować informację nt. możliwości złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie, złożenia wyjaśnień na piśmie, obowiązku wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń oraz wskazania kto może być pełnomocnikiem. Konsekwencją zmiany art. 1135<sup>5</sup> § 1 k.p.c. jest ograniczenie zastosowania fikcji doręczenia, zobowiązujące sąd (organ doręczający pismo) do efektywnego doręczenia pisma nie tylko wtedy, gdy będzie to pierwsze doręczenie w sprawie (art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. nie znajduje zastosowania do pierwszego w sprawie doręczenia pozwu lub wniosku), ale też każde kolejne doręczenie w toku postępowania. Dopuszczalność pozostawienia pisma w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia uwarunkowana była i jest nadal pouczeniem strony o konieczności wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń (w braku wyznaczonego pełnomocnika reprezentującego stronę

---

z 19.10.2007, I CZ 118/07, LEX nr 511023 (w przytoczonej sprawie powód wyznaczył pełnomocnika profesjonalnego oraz jako drugiego pełnomocnika członka rodziny, który wyznaczony był jednocześnie jako pełnomocnik do doręczeń). Strona może ustanawiać kilku pełnomocników, jednakże nie może to stanowić pretekstu do przewlekania lub utrudniania postępowania – tak. SN w wyroku z 29.11.2001, V CKN 604/00, LEX nr 52757.

<sup>31</sup> Zob. wyrok SA w Krakowie z 19.1.2.2016 r., I Acz 2250/16, Legalis nr 1558607. Analiza najnowszego orzecznictwa sądów polskich prowadzi do wniosku, że stosowanie art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. nadal jest źródłem nieprawidłowości. W wyroku SO w Gliwicach III S 102/14, pomimo pouczenia strony zgodnego z treścią art. 1135<sup>5</sup> k.p.c., sąd nie zastosował doręczenia zastępczego, a podejmował próby efektywnego doręczenia kolejnych w sprawie pism do Stanów Zjednoczonych Ameryki doprowadzając do przewlekłości postępowania. Odmierna sytuacja w postaci pozabawienia strony możliwości obrony na skutek pozostawiania pism w aktach sprawy bez pierwszego doręczenia (z pouczeniem) stanowiła podstawę zaskarżenia w sprawie III Ca 522/16 rozpoznawanej przez sąd okręgowy w Łodzi (wyrok z 06.03.2017 r.); bezpodstawne ustanowienie kuratora do doręczeń stanowiło motyw zaskarżenia rozpoznawany przez SO w Krakowie w sprawie I C 458/14 (wyrok z 22.02.2017 r.).

<sup>32</sup> Por. wyrok SN z 9.06.1993 r., II CRN 50/93, LEX nr 1213700.

w sprawie), a pouczenia tego sąd dokonuje wraz z pierwszym doręczeniem (przekazaniem pierwszego pisma w sprawie).<sup>33</sup> Sąd nie może zaniechać pouczenia strony, nawet jeżeli strona przed doręczeniem pierwszego pisma oświadczy, że nie zamierza wyznaczać pełnomocnika w sprawie, ani pełnomocnika do doręczeń i wyrazi zgodę na pozostawienie pism w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia.<sup>34</sup>

Wprowadzona zmiana art. 1135<sup>5</sup> § 1 k.p.c. usunęła zasadniczą sprzeczność prawa krajowego z przepisami UE w zakresie podmiotowym. Wyznaczenie pełnomocnika do doręczeń jest nadal wymagane w każdym przypadku, gdy zachodzi potrzeba dokonania doręczenia pism poza terytorium Unii Europejskiej.<sup>35</sup> Poza zakresem regulacji art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. pozostaje doręczenie do podmiotów mających miejsce zamieszkania, zwykłego pobytu lub siedzibę w państwie członkowskim, jeżeli ich adresu w tym państwie nie da się ustalić.<sup>36</sup> Ponieważ adres strony nie jest pojęciem tożsamym z miejscem zamieszkania albo siedzibą przepisy rozporządzenia nie będą mieć zastosowania, gdy miejscem zamieszkania strony albo jej siedzibą będzie państwo członkowskie, ale adres strony nie będzie znany (art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1393/2007).<sup>37</sup> Wprowadzona nowelizacja art. 1135<sup>5</sup> § 1 k.p.c. wyklucza wówczas doręczenie zastępcze. Sytuacja taka ogranicza prawa strony, występującej z pozwem albo wnioskiem, do uzyskania właściwej ochrony prawnej. Przyjmuje się więc, że zastosowanie znajdą inne właściwe przepisy państwa forum.<sup>38</sup> W prawie polskim będzie to doręczenie zastępcze w trybie art. 143–144 k.p.c. (doręczenie zastępcze do kuratora do doręczeń wyznaczanego dla strony, której miejsce nie jest znane) albo art. 145 k.p.c. (doręczenie przez obwieszczenie na tablicy ogłoszeń w budynku sądu). Artykuł 1135<sup>5</sup> k.p.c. nie wyklucza bowiem ustanowienia kuratora do doręczeń w sy-

<sup>33</sup> Postanowienie SN z 19.09.1980 r., I CZ 118.90, LEX nr 8268; postanowienie SN 24.10.1980 r., I CZ 130/80, OSNC 1981/5/89.

<sup>34</sup> Por. wyrok SN z 18.04.1975, III CERN 404/74, PiP 1975, nr 10, s. 159.

<sup>35</sup> T. Demendecki, *Komentarz do art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.*, w: A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do art. 730-1217*, WKP 2017, wyd. el. LEX.

<sup>36</sup> Por. sprawa C-292/10 (G v. Cornelius de Visser).

<sup>37</sup> Wyłączenie stosowania rozporządzenia nie obejmuje sytuacji, w której strona podaje adres nieprawidłowy.

<sup>38</sup> Tak: K. Gonera, *Europejskie prawo procesowe cywilne*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, wyd. el. LEX.

tuacji, gdy z powodu niemożności ustalenia adresu strony pierwsze doręczenie pisma nie byłoby możliwe.<sup>39</sup>

#### IV. Podsumowanie

---

Celem ustanowionej między państwami UE współpracy sądowej w sprawach cywilnych jest ułatwienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości oraz usuwanie barier skutecznej i szybkiej realizacji procedur sądowych. Rozporządzenie 1393/2007 jest jednym z instrumentów tej współpracy. Pomimo jego stosowania od 13 sierpnia 2008 r. (art. 16 ust. 2 rozporządzenia 1393/2007), a przed nim rozporządzenia 1348/2000, wśród sądów krajowych jeszcze do dnia dzisiejszego zdarzają się nieprawidłowości w zakresie doręczeń sądowych. Nieprawidłowości te najczęściej pojawiają się na poziomie sądów pierwszej instancji i zasadniczo podlegają korekcie w sprawach rozpoznawanych przez sądy odwoławcze.

Znamienny wpływ na stosowanie rozporządzenia 1393/2007 przez sądy krajowe miał wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Alder, który wyraźnie wpłynął na kierunek orzecznictwa, a prawdopodobnie także na ograniczenie w praktyce stosowania doręczenia zastępczego w sprawach, do których zastosowanie znajduje rozporządzenie.

Zadziwiające jest jednak, że jeszcze przed wydaniem orzeczenia w sprawie Alder, pomimo wspomnianych w uzasadnieniach wielu analizowanych orzeczeń wnioskach pełnomocników stron o skierowanie przez sąd pytania prejudycjalnego do TS w kwestii wyjaśnienia sprzeczności art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. (w brzmieniu sprzed nowelizacji) z prawem unijnym, aż do 2011 r. sądy krajowe niższej instancji nie korzystały z przysługującej im kompetencji.<sup>40</sup>

Analiza dostępnych orzeczeń sądów krajowych pozwala dostrzec, iż coraz częściej podkreślana jest w orzecznictwie relacja między prawem unijnym i krajowym, a sądy odwoławcze chętniej odwołują się nie tylko do rozstrzygnięć, ale także do argumentacji powoływanej

---

<sup>39</sup> T. Demendecki, w: A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do art. 730–1217*, WKP 2017, wyd. el. LEX (kom do art. 1135<sup>5</sup> k.p.c.); zob. też. T. Wiśniewski, *Przebieg procesu cywilnego*, wyd. el. LEX 2013 (rozdz. 2.1. Doręczenia sądowe).

<sup>40</sup> Zob. także wyrok SN sygn. III CZP 3/10, OSNC 2010 nr 11, poz. 155, s. 83.



przez TS. Trzeba mieć jednak na uwadze, że analizowane zagadnienie obejmuje przemianę, która dokonywała się na przestrzeni prawie dziesięciu lat, rodząc wiele nieuzasadnionych w świetle zasady supremacji prawa unijnego wątpliwości, których przyczyną jest być może oportunizm w stosowaniu prawa unijnego.



Marta Kowalczuk-Kędzierska

## **Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Gerichtsentscheidungen im Bereich der elterlichen Verantwortung durch polnische Gerichte – ausgewählte Fragen**

Der Schutz des Wohls des Kindes und der Rechte des Kindes ist Gegenstand von besonderer Sorge und Interesse sowohl von in- als auch ausländischen Organisationen und Institutionen. Legislativinitiativen, die auf innerstaatlicher und EU-Ebene eingeleitet werden, haben zum Zweck, Kindern nicht nur bestimmte Rechte, sondern auch effektive Mittel für den Schutz dieser Rechte sicherzustellen. Eine ebenso wichtige Frage ist die korrekte Anwendung des EU-Rechts durch innerstaatliche Gerichte. Ziel dieses Aufsatzes ist es, Schlüsse zu präsentieren, die aus der Analyse der Rechtsprechung der polnischen und europäischen Gerichte im Bereich der elterlichen Verantwortung im Lichte der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates (Brüssel II a-Verordnung) sowie der Zuständigkeit und der Auslegung und Anwendung einschlägiger EU-Vorschriften durch inländische Gerichte im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (nachfolgend: Gerichtshof) folgen.

### **I. Rechtsgrundlagen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Urteilen**

---

Nach europäischem Recht kommt in Rechtssachen über die elterliche Verantwortung dem Wohl des Kindes grundlegende Bedeutung zu, was auch in etlichen Rechtsakten betont wurde. Die Bedeutung des Kindeswohls in Sorgerechtsfällen wurde z. B. in der Präambel des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung deutlich ausgedrückt. Auch Art. 24 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta besagt, dass sowohl für staatliche als auch für private Einrichtungen das Wohl des

Kindes eine Priorität darstellt, und gem. Abs. 3 hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Der Verwirklichung des Schutzes von Kinderrechten im Bereich der Zuständigkeit und der Vollstreckung von Entscheidungen in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung dient die Brüssel II a-Verordnung, die die Grundlagen für die justizielle Zusammenarbeit auf diesem Gebiet festlegt. Der Zweck der Verordnung ist es u. a., den Umlauf von Entscheidungen, öffentlichen Urkunden und Verträgen auf dem Gebiet der Europäischen Union zu erleichtern.<sup>1</sup> Die Verordnung findet seit dem 1. März 2005 in Bezug auf alle Mitgliedstaaten bis auf Dänemark Anwendung.<sup>2</sup>

Durch ihren Anwendungsbereich erfasst die Brüssel II a-Verordnung „Zivilsachen“. Dieser Begriff bedarf jedoch einer autonomen Auslegung, die den Zweck der Verordnung im Auge behält. Es gilt zu betonen, dass er nicht ausschließlich auf klassische zivilrechtliche Entscheidungen beschränkt ist, sondern dass er alle Entscheidungen bezüglich der elterlichen Verantwortung umfasst – auch Maßnahmen, die im Laufe eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens eingeleitet werden.<sup>3</sup> In den Bereich der elterlichen Verantwortung fallen gemäß Art. 1 Abs. 2 Verordnung 2201/2003 u. a. Zivilsachen betreffend das Sorgerecht und das Umgangsrecht, die Vormundschaft, die Unterbringung des Kindes in einer in einem anderen Mitgliedstaat wohnhaften Pflegefamilie oder in einem Heim – selbst wenn es sich dabei um öffentlich-rechtliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes handelt – sowie Rechtssachen betreffend die zu Therapie- oder Erziehungszwecken erfolgende vorübergehende Unterbringung des Kindes in einer Einrichtung eines anderen Mitgliedstaates, was mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist.<sup>4</sup> Laut Art. 2 Ziff. 7 der Verordnung werden vom Begriff der „elterlichen Verantwortung“ jegliche Rechte

<sup>1</sup> Gemäß Erwägungsgrund 5 „gilt diese Verordnung für alle Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, einschließlich der Maßnahmen zum Schutz des Kindes, ohne Rücksicht darauf, ob eine Verbindung zu einem Verfahren in Ehesachen besteht“.

<sup>2</sup> Siehe Art. 72 der Verordnung und Erwägungsgrund 31.

<sup>3</sup> Urteil des EuGH vom 27.11.2007, C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, Pkt. 45 f., 51, 53.

<sup>4</sup> Urteil des EuGH vom 02.04.2009, C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, Pkt. 29; Urteil des EuGH vom 26.04.2012, C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255, Pkt. 66.

und Pflichten umfasst, die einer natürlichen oder juristischen Person durch Entscheidung oder kraft Gesetzes oder durch eine rechtlich verbindliche Vereinbarung betreffend die Person oder das Vermögen eines Kindes übertragen worden sind, sowie das Sorge- wie auch das Umgangsrecht.

Nach der Brüssel II a-Verordnung gibt es zwei Wege der Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Sorge und das Sorgerecht.<sup>5</sup>

Gemäß dem allgemeinen Weg muss ein Exequatur erlangt werden, dem im Vollstreckungsstaat ein Antrag auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der Entscheidung vorhergehen muss (falls diese im Wege einer Vollstreckung ausgeführt wird). Im Bereich der Anerkennung von Entscheidungen wird die Vorgehensweise in Kapitel III Abschnitt 1 der Brüssel II a-Verordnung, Art. 21-27, geregelt, und im Bereich der Vollstreckbarkeit in Abschnitt 2, der in Art. 28-36 die Erteilung der Vollstreckungsklausel normiert, sowie in Abschnitt 3, Art. 37-39, der sich mit der Urkundenfrage beschäftigt. Im Rahmen dieses Verfahrens kann die Feststellung der Anerkennung der Entscheidung verlangt werden (Art. 21 Abs. 3). Im Verfahren prüft das Gericht u. a., ob die Voraussetzungen für die Nichtanerkennung der Entscheidung gemäß Art. 23 vorliegen – darunter die Frage der Vereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung (wobei auch das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist).<sup>6</sup> Auf das Verfahren über die Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, das gemäß dem Recht des Vollstreckungsstaats durchgeführt wird (Art. 30 Abs. 1), finden Art. 23 und 24 der Verordnung Anwendung. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann also z. B. aus in Art. 23 genannten Gründen zurückgewiesen werden.

---

<sup>5</sup> Siehe Beschluss des Obersten Gerichtshofes (SN) vom 17.09.2014, I CSK 426/14, OSNC 2015/7-8/95, LEX Nr. 1537544.

<sup>6</sup> K. Piasecki, *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie WE nr 1347/2000*, in: K. Piasecki (Hrsg.), Bd. IV. *Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Sąd polubowny (arbitrażowy). Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, 5. Aufl., Warszawa 2013, Art. 23, Rn. 3 f. (elektronische Ausgabe Legalis, abgerufen am 10.5.2017). Siehe auch Urteil des EuGH vom 19.11.2015, C-455/15, ECLI:EU:C:2015:763, Pkt. 38.

Der besondere Weg, der in Art. 40-45 Verordnung 2201/2003 geregelt ist, findet auf zwei Kategorien von Entscheidungen Anwendung, d. h. auf Entscheidungen über das Umgangsrecht und Entscheidungen über die Rückgabe des Kindes, die aufgrund des Haager Übereinkommens von 1980 ergangen sind. Es handelt sich dabei um ein autonomes Verfahren, dessen besondere Vorschriften Vorrang vor den Bestimmungen der Abschnitte 1, 2 und 3 des Kapitels III haben.<sup>7</sup> Art. 41 und 42 der Verordnung lassen die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat zu, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann,<sup>8</sup> wenn für die Entscheidung im Ursprungsmitgliedstaat eine Bescheinigung über das Umgangsrecht (Art. 41 Abs. 2) oder über die Rückgabe des Kindes (Art. 42 Abs. 2) ausgestellt wurde. Die Bescheinigung wird ausgestellt, wenn die Parteien die Möglichkeit hatten, sich auf das Verfahren einzulassen bzw. gehört wurden oder wenn das Kind gehört wurde, falls sein Alter oder Reifegrad dies zugelassen hat. Eine Entscheidung, für die eine Bescheinigung ausgestellt wurde, unterliegt keiner inhaltlichen Kontrolle im Vollstreckungsstaat; sie ist endgültig.<sup>9</sup>

Im polnischen Recht sind die Fragen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen ausländischer Gerichte in Art. 1150-1153 poln. Zivilverfahrensgesetzbuch (poln. ZVerfGB) geregelt, gegenüber denen die Bestimmungen der Brüssel II a-Verordnung besonderen Charakter haben.<sup>10</sup>

Wie aus der im Rahmen des Projektes EUPILLAR<sup>11</sup> durchgeführten Analyse der Rechtsprechung der Gerichte niedrigerer Instanzen hervorgeht, werden in Fällen, auf die die Verordnung Anwendung findet, gelegentlich immer noch anstatt der Verordnungsvorschriften die Normen des poln. ZVerfGB mitsamt den darin enthaltenen Anforderungen an die Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen

<sup>7</sup> Vgl. Begründung des Beschlusses vom 17.09.2014, I CSK 426/14, OSNC 2015 Nr. 7-8, Pos. 95, S. 124.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 11.07.2008, C-195/08, ECLI:EU:C:2008:406, Pkt. 84.

<sup>9</sup> Siehe z. B. Beschluss des SN vom 17.09.2014, I CSK 426/14, OSNC 2015 Nr. 7-8, Pos. 95, S. 124.

<sup>10</sup> Siehe auch Beschluss des Appellationsgerichtes Kraków vom 19.11.2012, ACZ 1719/12, elektr. Zugang LEX Nr. 1236858.

<sup>11</sup> Siehe <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/#/home>.

angewandt. Die Parteien des Rechtsstreits missbrauchen manchmal die *ordre public*-Klausel (Unvereinbarkeit der Entscheidung mit der inländischen Rechtsordnung). Es kommt vor, dass Gerichte niedrigerer Instanzen die Verordnungsbestimmungen im Lichte der inländischen Rechtsakte falsch auslegen. Ein charakteristisches Beispiel ist hier die Anwendung des Art. 58 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch bei der Auslegung der Brüssel II a-Verordnung, was in Scheidungssachen bei fehlender Zuständigkeit für Fragen der elterlichen Verantwortung die Verweigerung der Urteilsfindung zur Folge hat (obwohl die Zuständigkeit gemäß der Verordnung gegeben ist).<sup>12</sup> Manchmal wenden Gerichte in Fällen betreffend die Vollstreckbarerklärung einer Entscheidung, die eigentlich der Verordnung 2201/2003 unterliegen, statt der Verordnung ein im ZVerfGB vorgesehenes Verfahren an.<sup>13</sup> Diese Fehler werden erst von den Appellationsgerichten bzw. vom Obersten Gerichtshof (SN) korrigiert, die die Vorschriften verschiedener Verordnungen viel zutreffender auslegen, das Problem richtig analysieren, korrekte Schlüsse ziehen, die sie detailliert begründen.<sup>14</sup>

In den allgemeinen Schlussfolgerungen, die aus dem genannten Projekt über die Anwendung von EU-Verordnungen über die justizielle Zusammenarbeit gezogen wurden, wurde auch auf folgende Fehler hingewiesen: übermäßige Eigenständigkeit der polnischen Gerichte bei der Auslegung von EU-Rechtsakten, Außerachtlassen von Entscheidungen des Gerichtshofs (diese wurden in lediglich ca. ¼ der untersuchten Fälle angeführt), Nichtvorlage von Vorabentscheidungsfragen (bis Ende Dezember 2015 haben die polnischen Straf- und Zivilgerichte insgesamt 23 Fragen vorgelegt, wovon 6 einen Zusammenhang mit einem internationalen Fall aufgewiesen haben)

---

<sup>12</sup> Die Untersuchung wurde im Rahmen des Projektes EUPILLAR durchgeführt – siehe A. Frąckowiak-Adamska, A. Guzewicz, Ł. Petelski, *Skuteczność stosowania przez sądy polskie unijnych rozporządzeń: nr 44/2001, nr 2201/2003, nr 864/2007, nr 593/2008 i nr 4/2009*, EPS, Oktober 2016, S. 9.

<sup>13</sup> Beschluss des SN vom 24.08.2011, IV CSK 566/10, elektr. Zugang LEX Nr. 1084559.

<sup>14</sup> A. Frąckowiak-Adamska, A. Guzewicz, Ł. Petelski, a.a.O., S. 6; siehe auch Beschluss des Appellationsgerichts Kraków vom 11.01.2016., I ACz 2406/15, LEX 2008593; sowie VO (EG) Nr. 2201/2003, Erwägungsgrund 5.

und Nichtbeachtung von Präambeln von Rechtsakten (einen Bezug auf diese enthielten nur 4% der untersuchten Fälle).<sup>15</sup>

## II. Europäische Rechtsprechung in Sorgerechtsfällen

---

Es ist von immenser Bedeutung, dass das Gericht bei der Urteilsfindung in Fällen über die Zuweisung, die Ausübung, die Entziehung der elterlichen Sorge und das Sorgerecht das Wohl des Kindes mitberücksichtigt. Die korrekte Auslegung der Vorschriften, insbesondere in grenzüberschreitenden Fällen – d. h. Verfahren von Ehegatten und deren Kindern, die sich in verschiedenen Mitgliedstaaten aufhalten oder Verfahren, die parallel vor Gerichten verschiedener EU-Staaten anhängig sind – wirft bei den Gerichten der Mitgliedstaaten häufig Fragen auf, was die Nichtanwendung bzw. eine inkorrekte Anwendung der EU-Vorschriften zur Folge haben kann. Hinweise für innerstaatliche Gerichte hinsichtlich der Anwendung und der Auslegung von Bestimmungen von Verordnungen und internationalen Übereinkommen, die die größten Zweifel erregen, liefert die Rechtsprechung des Gerichtshofes und des EGMR.

Eine der am häufigsten gestellten Fragen von fundamentaler Bedeutung im Bereich der Anwendung der Brüssel II a-Verordnung ist die Auslegung des Art. 23 lit. a über die Vereinbarung mit der Rechtsordnung (*ordre public*) des Mitgliedstaates, in dem die Anerkennung beantragt worden ist. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache C-455/15 deutlich gemacht hat, kann ein Gericht eines Mitgliedstaates, das seine Zuständigkeit für die Entscheidung über das Sorgerecht für ein Kind als gegeben ansieht, die Anerkennung einer von einem Gericht eines anderen Mitgliedstaates erlassenen Entscheidung über das Sorgerecht für dieses Kind nicht verweigern, sofern (unter Berücksichtigung des Wohls des Kindes) keine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Mitgliedstaates als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines Rechts, das dort als grundlegend anerkannt ist, vorliegt.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Ebenda, S. 6.

<sup>16</sup> Urteil des EuGH C-455/15, Pkt. 53.

Der Gerichtshof befasste sich auch mit der Frage, ob Art. 21 ff. Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 auf vollstreckbare einstweilige Maßnahmen aus dem Bereich des Sorgerechts für das Kind i. S. d. Art. 20 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 Anwendung findet.<sup>17</sup> Wie er bemerkt hat, sind, selbst wenn für die Entscheidung in der Hauptsache ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats zuständig ist, in dringenden Fällen die Gerichte, von denen in Art. 20 Abs. 1 die Rede ist, berechtigt, einstweilige Maßnahmen oder Schutzmaßnahmen anzuordnen, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die angewandten Maßnahmen müssen dringend erforderlich sein; sie müssen auf Personen oder Vermögensgegenstände angewandt werden, welche sich im Mitgliedstaat, in dem diese Gerichte ihren Sitz haben, befinden; und sie müssen einstweiligen Charakter haben.<sup>18</sup> Art. 21 ff. Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 finden auf einstweilige Maßnahmen aus dem Bereich des Sorgerechts, die in den Anwendungsbereich des Art. 20 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 fallen, keine Anwendung.<sup>19</sup>

In der Rechtssache *Health Service Executive*<sup>20</sup> hat der Gerichtshof auch Zweifel aus dem Weg geräumt, die aufgrund von Art. 56 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Zusammenhang mit der Unterbringung eines Kindes in einem geschlossenen Heim entstehen. Der Gerichtshof hat bestätigt, dass eine Entscheidung eines Mitgliedstaates, die die Unterbringung des Kindes in einer geschlossenen Therapie- und Erziehungseinrichtung in einem anderen Mitgliedstaat, welche zum Schutz des Kindes vorübergehend mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist, vorsieht, in den sachlichen Anwendungsbereich der Brüssel II a-Verordnung fällt.<sup>21</sup> Die Zustimmung, von der in Art. 56 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 die Rede ist,

---

<sup>17</sup> Urteil des EuGH vom 15.07.2010, C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437. In diesem Fall hat das nationale Berufungsgericht keine entsprechende Risikoanalyse gemäß Art. 13 lit. b des Haager Übereinkommens durchgeführt, und der Entscheidungsprozess, der in Anlehnung an das nationale Recht erfolgt ist, hat die verfahrensrechtlichen Anforderungen aus Art. 8 des Übereinkommens nicht erfüllt, so dass eine Zwangsrückgabe der zweiten Klägerin in den Drittstaat in einer demokratischen Gesellschaft nicht als notwendig anerkannt werden konnte.

<sup>18</sup> Siehe auch Urteil des EuGH vom 23.12.2009, C-403/09, ECLI:EU:C:2009:810 und Urteil des EuGH vom 02.04.2009, C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>19</sup> Urteil des EuGH C-256/09, Pkt. 77, 100.

<sup>20</sup> Urteil des EuGH vom 26.04.2012, C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255.

<sup>21</sup> Urteil des EuGH C-922/12, Pkt. 66.



sollte vor dem Erlassen der Entscheidung über die Unterbringung des Kindes außerhalb der Familie vom zuständigen öffentlich-rechtlichen Organ erteilt werden. Die Zustimmung der Einrichtung, in der das Kind untergebracht werden soll, reicht dagegen nicht. Darüber hinaus gilt eine solche Zustimmung nicht für Entscheidungen, mit denen die Aufenthaltsdauer in der Einrichtung verlängert werden soll; dem muss gesondert zugestimmt werden. Der Gerichtshof hat überdies bestätigt, dass eine aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Gerichtsentscheidung, durch welche eine Zwangsunterbringung eines Kindes in einer geschlossenen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat angeordnet wird, nicht zur privilegierten Gruppe von Entscheidungen gehört, auf die das besondere Verfahren nach dem IV. Abschnitt angewandt wird, weswegen sie also im ersuchten Mitgliedstaat vor ihrer Vollstreckung für vollstreckbar erklärt werden muss.<sup>22</sup> Jedoch erfordert die praktische Wirksamkeit der Verordnung (*effet utile*), dass die Entscheidung des Gerichts des ersuchten Mitgliedstaates über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung besonders schnell erfolgt und dass die gegen eine solche Entscheidung des Gerichts des ersuchten Mitgliedstaates eingelegten Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben<sup>23</sup>.

Der Gerichtshof hat ferner die Frage der Familienzusammenführung und des Sorgerechts im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht auf dem Gebiet der EU geprüft. Im Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-356/11 und C-357/11<sup>24</sup> hat der Gerichtshof vor dem Hintergrund des Art. 20 AEUV es für zulässig erachtet, einem Drittstaatsangehörigen die Erteilung eines auf Grundlage der Familienzusammenführung beantragten Aufenthaltstitels zu verweigern, wenn dieser Drittstaatsangehörige beabsichtigt, mit seiner Ehegattin, die ebenfalls Drittstaatsangehörige ist, sich rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhält und Mutter eines Kindes aus erster Ehe mit Unionsbürgerschaft ist, und mit dem aus der Ehe des Drittstaatsangehörigen und seiner Ehegattin hervorgegangenen Kind, das ebenfalls Drittstaatsangehöriger ist, zusammenzuleben, sofern eine solche Verweigerung nicht dazu führt, dass dem betroffenen Unionsbürger

---

<sup>22</sup> Ebenda, Pkt. 133, 146.

<sup>23</sup> Ebenda, Pkt. 129.

<sup>24</sup> Urteil des EuGH vom 06.12.2012, C-356/11 und C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, Pkt. 58.



verwehrt wird, den Kernbestand der Rechte, die ihm sein Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen.<sup>25</sup> Die entsprechenden Feststellungen obliegen dem vorlegenden Gericht. Der Gerichtshof betonte überdies, dass gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2003/86/EG<sup>26</sup> die Mitgliedstaaten berechtigt sind, vom Zusammenführenden den Nachweis zu fordern, dass er über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, die für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen hinreichend sind, wobei diese Berechtigung in Einklang mit Art. 7 der Richtlinie und Art. 24 Abs. 2 und 3 der EU-Grundrechtecharta ausgeübt werden sollte.<sup>27</sup> Diese Vorschriften verpflichten die Mitgliedstaaten dazu, fragliche Anträge auf Familienzusammenführung unter Berücksichtigung des Wohls der betroffenen Kinder und in dem Bestreben, das Familienleben zu fördern, sowie ohne Beeinträchtigung des Ziels der Richtlinie und deren praktischer Wirksamkeit (*effet utile*) zu prüfen.<sup>28</sup>

Fälle über die elterliche Verantwortung sind auch Gegenstand der EGMR-Rechtsprechung. In der Rechtssache Santos Nunes gegen Portugal beschäftigte sich der EGMR mit der Frage des Schutzes der Rechte eines Elternteils am Kind.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall hat die Mutter die Obhut über das Kind Dritten anvertraut und hat sich ins Ausland begeben. Mit der Anerkennung der Vaterschaft hat der Beschwerdeführer das Sorgerecht erlangt, jedoch haben die damaligen Betreuer sich über 4 Jahre lang geweigert, das Kind herauszugeben. Der Gerichtshof hat die Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK festgestellt und hervorgehoben, dass selbst solch ein untypischer Fall

---

<sup>25</sup> Vgl. Urteile in der Rechtssache Zambrano (Urteil des EuGH vom 08.03.2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124) und Dereci u. a. (Urteil des EuGH vom 15.11.2011, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734), in denen das Kriterium der Beraubung des Kernbestands der Rechte, die im Zusammenhang mit dem Status des EU-Bürgers zuerkannt wurden, sich auf Situationen bezog, in denen der EU-Bürger tatsächlich gezwungen war, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaates, dessen Bürger er war, sondern auch das Gebiet der gesamten Europäischen Union zu verlassen.

<sup>26</sup> Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251/12.

<sup>27</sup> Urteil des EuGH C-540/03, Pkt. 31.

<sup>28</sup> Vgl. EGMR-Urteil vom 10.07.2012, Beschwerde Nr. 4320/11.

<sup>29</sup> Urteil des EGMR vom 22.05.2012, Beschwerde Nr. 61173/08.

nicht die Vollstreckung einer Gerichtsentscheidung über die Übergabe des Kindes in die Obhut des Vaters unmöglich machen darf.

Über eine andere interessante und problematische Frage, die mit dem Schutz der Rechte eines psychisch kranken Elternteils in einem Verfahren über die Unterbringung von Kindern in einer Pflegeeinrichtung verbunden ist, hat der EGMR in der Rechtssache B. gegen Rumänien entschieden.<sup>30</sup> Die Beschwerdeführerin litt unter einer psychischen Krankheit und hielt sich mehrmals in geschlossenen Anstalten auf, meistens auf Verlangen der Polizei aufgrund ihres Verhaltens gegenüber ihren Verwandten und Nachbarn, die als gefährlich und ungestüm angesehen wurden. Aufgrund eines Gutachtens der Sozialbehörden wurden zwei ihrer Kinder in einer Pflegeeinrichtung untergebracht, weil es in ihrem Haus keine Lebensmittel, keine Heizung, Licht oder Strom gab. Das Bezirksgericht (sąd okręgowy) hat in aufeinanderfolgenden Beschlüssen festgestellt, dass diese Maßnahme zum Wohl der Kinder fortgesetzt werden sollte. Unter Abwesenheit der Beschwerdeführerin hat der Richter entschieden, dass die elterliche Sorge auf den Heimleiter übertragen wird. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass im Verfahren vor dem inländischen Gericht über die Entziehung des Sorgerechts der Beschwerdeführerin gegenüber keinerlei besondere Schutzmaßnahmen getroffen wurden, wie z. B. die Zuerkennung von Rechtshilfe, so dass sie am laufenden Verfahren von jemandem vertreten werden könnte. Infolgedessen konnte die Beschwerdeführerin nicht wirksam am Verfahren teilnehmen und ihre Interessen verteidigen. Der EGMR hat betont, dass natürliche familiäre Bindungen nicht durch die Übergabe des Kindes in die Obhut einer Institution enden und ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens Art. 8 EMRK verletzt, wenn er nicht „gesetzlich vorgesehen“ ist, nicht eines oder mehrere der berechtigten Ziele aus Abs. 2 verfolgt und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist, um diese Ziele zu erreichen. Allerdings können Einschränkungen dieser Rechte unter gewissen Umständen im Lichte des Art. 8 Abs. 2 der Konvention begründet sein.

---

<sup>30</sup> Urteil des EGMR vom 19.02.2013, Beschwerde Nr. 1285/03.

### III. Elterliche Verantwortung in der Rechtsprechung der polnischen Gerichte

---

Die größten Probleme bei der Anwendung von Normen des internationalen Rechts bereitet polnischen Gerichten das richtige Verständnis und die richtige Anwendung von Verordnungs- und Übereinkommensbestimmungen, wenn sie mit dem polnischen Recht kollidieren. In Bezug auf das Sorgerecht für ein Kind befasste sich die polnische Rechtsprechung mit diversen Fragen sowohl aus dem Bereich des materiellen als auch des Prozessrechts. Einige von ihnen werden nachfolgend analysiert.

Das Problem der inländischen Zuständigkeit im Bereich des Erlassens eines Scheidungsurteils und der weit verstandenen elterlichen Verantwortung wurde vom Appellationsgericht Gdańsk in der Rechtsache V ACa 13/13 geprüft.<sup>31</sup> Das Gericht betonte, dass in jedem Fall mit Auslandbezug jedes Gericht zuallererst, noch bevor es sich mit dem Inhalt der Sache auseinandersetzt, von Amts wegen seine Zuständigkeit überprüfen muss. Bejahendenfalls muss es auch ihren Umfang prüfen. Das Gericht hat in seinem Urteil darauf hingewiesen, dass in der Brüssel II a-Verordnung die Zuständigkeit für Entscheidungen betreffend die Ehescheidung und die elterliche Verantwortung separat behandelt werden. Wenn das Gericht in Sachen Ehescheidung zuständig ist, bedeutet dies noch nicht, dass es auch für Forderungen, über die elterliche Verantwortung zu entscheiden, zuständig ist, es sei denn, die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 liegen vor. Einen allgemeinen Grundsatz der Feststellung der Zuständigkeit in Rechtssachen über die elterliche Verantwortung legt Art. 8 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 fest und erteilt sie den Gerichten des Mitgliedstaats, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die Frage der separaten Auslegung des Sorgerechts und der Entscheidung über die Rückgabe des Kindes im Lichte des Art. 23 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 klärte der SN im Beschluss in der Rechtssache IV CSK 566/10, in dem er bestätigte, dass diese Bestimmung als eine Bestimmung des materiellen Rechts anzusehen ist, und der vollstreckungsartige Zweck des Haager Übereinkommens

---

<sup>31</sup> Urteil des Appellationsgerichts Gdańsk vom 18.03.2013, V ACa 13/13, POSAG 2013/2/3-22.

vom 25. Oktober 1980 und die Art und Weise seiner Umsetzung dazu führen, dass eine aufgrund seiner Bestimmungen (Art. 13 lit. b) erlassene Entscheidung über die Rückgabe des Kindes keine Entscheidung über die elterliche Verantwortung i. S. d. Art. 23 lit. e Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 ist.<sup>32</sup> Aufgrund von Art. 12, 13, 20 des Übereinkommens ergangene Entscheidungen, durch die die Rückgabe des Kindes abgelehnt wird, betreffen dieses Recht nicht und können es auch nicht. Wie das Gericht zutreffend erkannt hat, beseitigt die Ablehnung der Rückgabe des Kindes nicht die Rechtswidrigkeit, so dass die Kindesentführung bzw. Zurückhaltung rechtswidrig bleibt, da es zum Verstoß gegen das Sorgerecht, das kraft Gesetzes des Staates, in dem das Kind unmittelbar vor der Kindesentführung bzw. Zurückhaltung seinen Aufenthaltsort hatte, zuerkannt und ausgeübt wurde, gekommen ist. Lediglich die im Übereinkommen beschriebenen faktischen Umstände, die aus dem Gesichtspunkt des Interesses des Kindes berücksichtigt werden, haben zur Folge, dass das Gericht des ersuchten Staates das Erlassen der Entscheidung verweigern kann. Der SN hat darauf hingewiesen, dass für die Möglichkeit der Abweisung des Antrages gemäß Art. 23 lit. e der Verordnung verlangt wird, dass der Entscheidung, die anerkannt werden soll (für vollstreckbar erklärt werden soll), eine andere, spätere, Entscheidung über die elterliche Verantwortung gegenübergestellt wird, dessen Inhalt sich nicht mit demjenigen der anzuerkennenden Entscheidung vereinbaren lässt. Als eine solche kann aber nicht eine Entscheidung gelten, die aufgrund von Art. 13 lit. b des Haager Übereinkommens ergangen ist und den Antrag auf Rückgabe des Kindes zurückweist.

Die Frage der formellen Rechtskraft im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Sachen über die elterliche Verantwortung wurde u. a. vom Appellationsgericht Kraków in der Rechtssache I ACz 1719/12 geprüft.<sup>33</sup> In diesem Urteil bestätigte das Gericht, dass aufgrund der Brüssel II a-Verordnung das Urteil unabhängig davon anerkannt bzw. vollstreckt wird, ob es im Herkunftsstaat rechtskräftig oder endgültig ist. Mit einer Ausnahme von dieser Regel haben wir es dann zu

---

<sup>32</sup> Beschluss des SN vom 24.08.2011, IV CSK 566/10, elektr. Zugang Legalis Nr. 454840.

<sup>33</sup> Beschluss des Appellationsgerichts Kraków vom 19.11.2012, I ACz 1719/12, elektr. Zugang LEX Nr. 1236858.

tun, wenn die Grundlage für den Eintrag im Personenstandsbuch eine Entscheidung in einer Ehesache ist. Wie aus Art. 21 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 hervorgeht, können Entscheidungen über Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe keinem Rechtsbehelf zugänglich sein (müssen im Herkunftsstaat rechtskräftig sein). Die Möglichkeit der Vollstreckung von nicht rechtskräftigen Entscheidungen ergibt sich auch aus Art. 35 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003, wonach das Gericht, das mit dem Rechtsbehelf befasst ist, das Verfahren aussetzen kann, wenn im Ursprungsmitgliedstaat gegen diese ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt wurde.

Häufig zur Anwendung kommt auch die Berufung auf den *ordre public* seitens der Parteien, wenn die Entscheidungen ausländischer Gerichte nicht den fundamentalen Rechtsstandards der inländischen Rechtsordnung entsprechen. Mit diesem Fall beschäftigte sich der SN mehrmals. Im Beschluss, der in der Rechtssache III CSK 154/14<sup>34</sup> über die Nichtanerkennung einer Entscheidung bezüglich der elterlichen Verantwortung hat der SN erklärt, dass die in Art. 23 lit. a Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 enthaltene Klausel die Unvereinbarkeit der Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung, und nicht der Entscheidung selbst, mit der polnischen Rechtsordnung betrifft (dies würde eine inhaltliche Kontrolle darstellen, was unzulässig ist). Der SN hat dabei darauf aufmerksam gemacht, dass die Berücksichtigung des Wohls des Kindes es erfordert, dass Gegenstand der vom polnischen Gericht vorgenommenen Prüfung ausschließlich potentielle Folgen der Anerkennung einer konkreten Entscheidung eines ausländischen Gerichtes sind.

Ein Unterfall des *ordre public* ist u. a. der verfahrensrechtliche *ordre public*, was wiederum u. a. die Verletzung des kontradiktorischen Verfahrens und des Rechts auf Verteidigung umfasst, womit sich der SN in der Rechtssache II CSK 533/06 befasste.<sup>35</sup>

Das Wohl und das Interesse des Kindes stellen Werte dar, die auch im Lichte der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte anerkannt und geschützt werden. Die Problematik der Ingerenz des Staates in das Recht auf Achtung des Familienlebens im Zusammenhang mit

---

<sup>34</sup> Beschluss des SN vom 22.01.2015, III CSK 154/14, OSNC-ZD 2016/2/29.

<sup>35</sup> Siehe Beschluss des SN vom 28.03.2007, II CSK 533/06, elektr. Zugang LEX Nr. 253427.

der Erteilung einer Zustimmung für einen geduldeten Aufenthalt wurde vom Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warszawa entschieden.<sup>36</sup> Das Gericht hat betont, dass die Tatsache, dass sich der Ausländer darauf beruft, mit einer polnischen Staatsangehörigen ein gemeinsames Kind zu haben, an dessen Erziehung beteiligt sein zu wollen, zusammen wohnen, eine Familie gründen und mit der Mutter des Kindes die Ehe einzugehen zu wollen die Voraussetzungen aus Art. 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a des Gesetzes von 2003 über die Gewährung des Schutzes an Ausländer auf dem Gebiet der Republik Polen<sup>37</sup> erfüllt (die Vorschrift wurde am 1. Mai 2014 aufgehoben). In dieser Situation sollte der Ausländer die Zustimmung für einen geduldeten Aufenthalt auf dem Gebiet der Republik Polen erhalten und seine Zurückschiebung ist unzulässig, denn es würde eine Ingerenz in sein Recht auf Achtung des Familienlebens, das von Art. 8 EMRK geschützt wird, und in das Recht des Kindes auf Vaterpräsenz, worauf wiederum die Vorschriften der UN-Kinderrechtskonvention (Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1) Bezug nehmen,<sup>38</sup> bedeuten.

Beachtenswert ist auch ein Oberverwaltungsgerichtsurteil, in dem das Gericht das Recht einer sich illegal auf dem Gebiet der Republik Polen aufhaltenden ausländischen Mutter prüfte, sich weiterhin in Polen aufzuhalten. Wie das Gericht bemerkte, hat die Ausländerin ein Recht darauf, in Polen zu verbleiben, wenn sie der einzige Elternteil ist, der sich um die Kinder – polnische Staatsangehörige – kümmert, selbst wenn ihr Aufenthalt illegal ist und eine Verletzung der Rechtsordnung darstellen kann. Dieses Argument muss den stärker geschützten Werten in Gestalt des Schutzes der Mutterschaft und des Familienlebens weichen. Vielmehr wurde in dieser Entscheidung betont, dass sich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens i. S. d. Art. 8 EMRK auch auf unvollständige Familien mit einem alleinerziehenden Elternteil bezieht.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Urteil des Woiwodschaftsverwaltungsgerichts Warszawa vom 03.08.2011, V SA/Wa 2919/10, elektr. Zugang LEX Nr. 1276746.

<sup>37</sup> Gesetz vom 13. Juni 2003 über die Gewährung von Schutz an Ausländer auf dem Gebiet der Republik Polen, Poln. Gesetzblatt Dziennik Ustaw (Dz.U.) von 2003 Nr. 128 Pos. 1176 (aufgehoben am 13.11.2016).

<sup>38</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes, angenommen von der UN-Generalversammlung am 20. November 1989, Dz. U. 1991 Nr. 120 Pos. 526.

<sup>39</sup> Urteil des Oberverwaltungsgerichtes vom 31.05.2016, II OSK 2259/14, elektr. Zugang LEX Nr. 2108469.

## IV. Zusammenfassung

---

Aufgrund der oben angeführten Rechtsprechung kommt man zum Schluss, dass auf europäischer Ebene das Kindeswohl und das Recht auf Privat- und Familienleben als fundamentale Werte vorrangig behandelt werden sollen. Wie die polnischen und europäischen Gerichte einheitlich aufzeigen, muss die *ordre public*-Klausel dem Schutz dieser Werte weichen.

Aus der Perspektive der EU-Gerichte spielen auch die Unionsbürgerschaft der Kinder und die dadurch erworbenen Rechte eine Schlüsselrolle. Diese Rechte haben sogar in Konfrontation mit dem illegalen Aufenthalt eines Elternteils auf dem Gebiet des Mitgliedstaates Vorrang und die Zurückschiebung eines Elternteils, der Staatsangehöriger eines Drittstaates ist, ist nur dann möglich, wenn dadurch ein Unionsbürger einer ihm zustehenden, mit der Bürgerschaft verbundenen Rechte nicht beraubt wird. Das Kindesinteresse kann eine Voraussetzung dafür sein, dass ein inländisches Gericht die Herausgabe des Kindes an einen Elternteil ablehnt.

Bei der angeführten Rechtsprechung der polnischen Appellationsgerichte und des SN fällt die große Übereinstimmung mit der Einstellung der europäischen Gerichte auf. Ähnlich wie in der europäischen Rechtsprechung stellen auch in der Rechtsprechung der polnischen Gerichte die Grundrechte des Einzelnen, die in den Rechtsakten des internationalen Rechts festgelegt sind, ein fundamentales Gut dar. In Sorgerechtsachen wird im Fall einer Kollision von Gütern und widerstreitenden Interessen, unabhängig vom Herkunftsstaat der Parteien, die Achtung der kraft Verordnungen und internationaler Übereinkommen geschützten Werte – v. a. des Wohls und des Interesses des Kindes – in den Vordergrund gestellt.

Jeder Staat, der Partei der EMRK ist, ist verpflichtet, das Familienleben zu schützen und zu fördern. Eine Ausnahme gilt lediglich im Fall, wenn diese Kontakte für das Kind schädlich sind oder sein können.

Im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen durch die polnischen Gerichte wird auch die Zuständigkeit und ihr Umfang sowie die Ordnungsgemäßheit der verfahrensrechtlichen Fragen genau untersucht. Große Beachtung wird der ordnungsgemäßen Zustellung und Benachrichtigung der gegnerischen Partei, insbesondere bei ausländischem Wohnsitz, sowie der



Erteilung einer umfangreichen Information in Gestalt der Urteilsformel samt Begründung geschenkt. Ein grundlegendes, diesbezüglich geschütztes Recht besteht darin, der gegnerischen Partei eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen und den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens einzuhalten, welcher durch die Anwendung der Zustellungsfiktion im Ausland sowie durch den Mangel an einer ordnungsgemäßen Information über den Ausgang des Verfahrens, wodurch die Partei der Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung beraubt wird, verletzt wird. Gewisse Mängel sollten allerdings bereits auf erstinstanzlicher Stufe beseitigt werden, denn die Entscheidungen der Gerichte erster Instanz werden sehr oft im Rahmen eines Rechtsbehelfs korrigiert, was in aller Regel die Verlängerung des Verfahrens zur Folge hat. In Familiensachen, insbesondere wenn minderjährige Kinder betroffen sind, kommt dem Zeitfaktor eine Schlüsselrolle zu. Die Schnelligkeit und die Effizienz der Verfahren hat eine grundlegende Bedeutung für die Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung. Geht diese Bindung einmal verloren, kann sie aufgrund ihres einzigartigen Charakters vielleicht niemals wiederhergestellt werden.

Nach zehnjähriger Geltungsdauer der Brüssel II a-Verordnung hat die Europäische Kommission überprüft, wie sie sich in der Praxis bewährt (im April 2014 wurde ein Bericht über ihre Anwendung angenommen).<sup>40</sup> Obwohl die allgemeine Bewertung gut ausgefallen ist, wurden ein paar korrekturbedürftige Fehler aufgedeckt. Die Kommission hat es für notwendig gehalten, Änderungen einzuführen, und hat am 30.06.2016 einen entsprechenden Antrag gestellt,<sup>41</sup> der damit begründet war, dass die Vorschriften „mit der Realität einer unionsweit zunehmenden Anzahl von mobilen Bürgerinnen und

---

<sup>40</sup> Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, COM(2014) 225 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52014DC0225> (abgerufen am 01.05.2017).

<sup>41</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung) vom 30.06.2016, COM(2016) 411 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PL/1-2016-411-PL-F1-1.PDF> (abgerufen am 01.05.2017).



Bürgern Schritt halten müssen, die heiraten und Kinder haben". Der Antrag umfasst sechs Bereiche, die es zu verbessern gilt. Diese sind:

- I. das Verfahren der Rückgabe des Kindes,
- II. die Unterbringung des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat außerhalb der Familie,
- III. die Anhörung des Kindes,
- IV. die tatsächliche Vollstreckung der Entscheidungen,
- V. die Zusammenarbeit zwischen zentralen Behörden,
- VI. das Erfordernis des *Exequaturverfahrens*.

Im Zusammenhang mit dem erörterten Problem ist v. a. der letzte Punkt beachtenswert, denn ein zusätzliches Verfahren über die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erlassenen Entscheidung stellt ein reales Hindernis für den freien Verkehr von Entscheidungen dar. Dies verursacht nicht nur zusätzliche Kosten, sondern kostet auch unnötige Zeit, die mit Verzögerungen bei grenzüberschreitenden Verfahren verbunden ist. Wie die Kommission aufzeigt, betragen diese Verzögerungen, je nach Mitgliedstaat, ein paar Tage bis ein paar Monate, und falls eine Beschwerde gegen einen Beschluss über die Zuerkennung oder Versagung des Exequatur eingelegt worden ist, sogar bis zu zwei Jahren.<sup>42</sup> Diese Unannehmlichkeit trifft am stärksten die Eltern, die erwarten, dass ihre Rechtssache im Nu beendet wird. Die Kommission bemerkt überdies, dass es zu widersprüchlichen Situationen kommen kann, und zwar wenn der Mitgliedstaat das auf der Verordnung beruhende Recht auf persönlichen Kontakt mit dem Kind ausführen muss und es aber zugleich zur Klageerhebung und einer eventuellen Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung des in derselben Entscheidung zuerkannten Sorgerechts kommt, denn gemäß der Verordnung werden Entscheidungen über diese beiden Rechte in verschiedenen Verfahren behandelt. Der Antrag wird aktuell mit den Mitgliedstaaten konsultiert, weswegen die endgültige Gestalt der geplanten Änderungen momentan noch unbekannt ist. Mit Sicherheit wird die Perfektionierung des Verfahrens über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen es nicht nur den Bürgern einfacher machen, die ihnen zustehenden Rechte auf dem Gebiet der ganzen EU in Anspruch zu nehmen, son-

---

<sup>42</sup> Ebenda, S. 4.

dern sie wird auch in größerem Ausmaß dem Schutz des Kindeswohls dienen. Zudem würde die Vereinfachung des Verfahrens auch die inländischen Gerichte entlasten und würde überdies helfen, Diskrepanzen bei der Anwendung und Auslegung von Vorschriften zu vermeiden, wodurch dessen Effizienz gesteigert wäre.<sup>43</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass man der Entscheidung des Appellationsgerichts Katowice, wonach die Auslegung der Vorschriften über die Anerkennung von ausländischen Gerichtsentscheidungen den europäischen Integrationsprozess und die Richtung, in welcher die Entwicklung des Europarechts hinsteuert, berücksichtigen sollte, beipflichten muss, denn die besagte Richtung hängt mit dem Streben nach einer liberalen Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Gerichtsentscheidungen zusammen.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ebenda, S. 4.

<sup>44</sup> Beschluss des Appellationsgerichtes Katowice vom 22.11.2002, I ACa 462/02, elektr. Zugang Legalis Nr. 59882.

Marta Kowalczuk-Kędzierska

## **Uznawanie i stwierdzanie wykonalności orzeczeń sądów państw obcych w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej przez sądy polskie – wybrane zagadnienia**

Kwestia ochrony interesu i praw dzieci stanowi przedmiot szczególnej troski i zainteresowania organizacji i instytucji zarówno krajowych, jak i międzynarodowych. Celem inicjatyw legislacyjnych podejmowanych na poziomie krajowym i unijnym jest zapewnienie dzieciom nie tylko praw, lecz także skutecznych środków ochrony tych praw. Równie ważną kwestią pozostaje prawidłowe stosowanie prawa unijnego przez sądy krajowe. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie wniosków płynących z analizy orzecznictwa sądów polskich i europejskich w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej w świetle rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 (Bruksela II a), jak również jurysdykcji oraz interpretacji i stosowania właściwych przepisów prawa europejskiego przez sądy krajowe w świetle orzecznictwa TS.

### **I. Podstawy prawne uznawania i stwierdzania wykonalności orzeczeń**

---

Na gruncie prawa europejskiego zasadnicze znaczenie w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ma interes dziecka, co zostało podkreślone w wielu aktach prawnych. Wagę interesu dziecka w sprawach dotyczących pieczy nad nim powołano na przykład w preambule Konwencji haskiej z dnia 25 października 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Również art. 24 ust. 2 KPP UE stanowi, że priorytetem, zarówno dla organizacji państwowych, jak i prywatnych, powinien być najlepszy interes dziecka, a zgodnie z treścią ust. 3 każde dziecko ma prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z jego interesami.

Realizacji ochrony praw dziecka w zakresie jurysdykcji i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej służy rozporządzenie 2201/2003, ustanawiające podstawy współpracy sądowej państw członkowskich UE w tym przedmiocie. Celem rozporządzenia jest między innymi ułatwienie swobodnego obiegu orzeczeń, dokumentów urzędowych i porozumień na terenie UE.<sup>1</sup> Rozporządzenie jest stosowane od 1 marca 2005 r. w odniesieniu do wszystkich państw członkowskich z wyjątkiem Danii.<sup>2</sup>

Rozporządzenie 2201/2003 obejmuje swym zakresem „sprawy cywilne”. Pojęcie to wymaga jednak na tle rozporządzenia wykładni autonomicznej, mającej na uwadze cel rozporządzenia. Podkreślić należy, że nie jest ono zawężone wyłącznie do klasycznych orzeczeń cywilnoprawnych, ale obejmuje swoim zakresem wszystkie decyzje dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej, również środki przyjęte w toku postępowania publicznoprawnego.<sup>3</sup> W zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej, zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia, znajdują się m.in. sprawy dotyczące prawa do pieczy nad dzieckiem i kontaktów z dzieckiem, kuratelci czy umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej zamieszkałej w innym państwie członkowskim lub placówce opiekuńczej, nawet jeżeli stanowi ono publicznoprawny środek ochrony dziecka, a także sprawy o czasowe umieszczenie dziecka w placówce w innym państwie członkowskim w celach terapeutycznych i wychowawczych, związane z pozbawieniem wolności.<sup>4</sup> Zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia pojęcie „odpowiedzialności rodzicielskiej” obejmuje wszelkie prawa i obowiązki odnoszące się do osoby i majątku dziecka, które przysługują osobie fizycznej lub prawnej z mocy orzeczenia sądu, z mocy prawa lub umowy mającej skutek prawny oraz prawo do pieczy oraz prawo do kontaktów z dzieckiem.

---

<sup>1</sup> Zgodnie z motywem 5 preambuły rozporządzenie „obejmuje wszystkie decyzje w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, wraz ze środkami ochrony dziecka, niezależnie od istnienia związku z postępowaniem w sprawach małżeńskich”.

<sup>2</sup> Zob. art. 72 rozporządzenia oraz motyw 31 preambuły.

<sup>3</sup> Wyrok TS z 27.11.2007 r., C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, pkt 45-46, 51, 53.

<sup>4</sup> Wyrok TS z 02.04.2009 r., C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, pkt 29; wyrok TS z 26.04.2012 r., C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255, pkt 66.

Zgodnie z rozporządzeniem 2201/2003 istnieją dwie drogi wykonywania orzeczeń dotyczących władzy rodzicielskiej i pieczy nad dzieckiem.<sup>5</sup>

Procedura ogólna, która wymaga uzyskania *exequatur*, co musi poprzedzać złożenie w państwie wykonania orzeczenia wniosku o uznanie i stwierdzenie jego wykonalności (jeżeli podlega ono wykonaniu w drodze egzekucji). W zakresie uznawania orzeczeń reguluje ją rozdział III sekcja 1, art. 21–27 rozporządzenia, a w zakresie wykonalności – sekcja 2, regulująca w art. 28–36 nadawanie klauzuli wykonalności oraz sekcja 3 art. 37–39 odnosząca się do kwestii dokumentów. W ramach tej procedury można żądać ustalenia, że orzeczenie podlega lub nie podlega uznaniu (art. 21 ust. 3). W postępowaniu sąd bada m.in., czy zachodzą przesłanki nieuznania orzeczenia przewidziane w art. 23, w tym przesłanka zgodności z zasadami porządku publicznego (przy ocenie których należy także uwzględnić dobro dziecka).<sup>6</sup> W postępowaniu o stwierdzenie wykonalności orzeczeń dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, które toczy się zgodnie z prawem państwa wykonania (art. 30 ust. 1), mają zastosowanie przepisy art. 23 i 24 rozporządzenia. Wniosek o stwierdzenie wykonalności może więc być oddalony, np. z przyczyn określonych w art. 23 rozporządzenia.

Procedura szczególna, określona w art. 40–45, znajduje zastosowanie do dwóch kategorii orzeczeń, tj. orzeczeń w sprawach prawa do kontaktów z dzieckiem i orzeczeń dotyczących powrotu dziecka wydanych w trybie konwencji haskiej z 1980 roku. Jest to procedura autonomiczna, której przepisy szczególne mają pierwszeństwo w stosunku do przepisów sekcji 1, 2 i 3 rozdziału III.<sup>7</sup> Artykuły 41 i 42 rozporządzenia pozwalają na uznanie i wykonanie orzeczenia w innym

<sup>5</sup> Zob. postanowienie SN z 17.09.2014 r., I CSK 426/14, OSNC 2015/7-8/95, LEX nr 1537544.

<sup>6</sup> K. Piasecki, *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie WE nr 1347/2000*, w: K. Piasecki (red.), *Tom IV. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Sąd polubowny (arbitrażowy). Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2013, kom. do art. 23, nb. 3-4 (wyd. el. Legalis, dostęp: 10.5.2017). Zob. także Wyrok TS z 19.11.2015 r., C-455/15, ECLI:EU:C:2015:763, pkt 38.

<sup>7</sup> Por. uzasadnienie postanowienia SN z 17.09.2014 r., I CSK 426/14, Biuletyn SN 2014/12; OSNC 2015/7-8/95.

państwie członkowskim bez nadawania mu klauzuli wykonalności oraz bez możliwości sprzeciwienia się uznaniu,<sup>8</sup> jeżeli orzeczenie uzyskało w państwie członkowskim pochodzenia świadectwo dotyczące odpowiednio prawa do kontaktów z dzieckiem (art. 41 ust. 2) albo dotyczące powrotu dziecka (art. 42 ust. 2). Świadectwo wydawane jest, gdy strony miały możliwość wdania się w spór, bądź zostały wysłuchane oraz gdy wysłuchane zostało dziecko, jeśli pozwalał na to jego wiek lub stopień dojrzałości. Orzeczenie zaopatrzone w świadectwo nie podlega kontroli merytorycznej w państwie, w którym ma być wykonywane. Ma ono charakter ostateczny.<sup>9</sup>

Na gruncie prawa polskiego kwestie uznawania i stwierdzania wykonalności orzeczeń sądów państw obcych regulują art. 1150–1153 k.p.c., względem których przepisy rozporządzenia 2201/2003 mają charakter szczególny.<sup>10</sup>

Jak wynika z przeprowadzonej w ramach projektu EUPILLAR<sup>11</sup> analizy orzecznictwa sądów niższych instancji, w sprawach podlegających rozporządzeniu stosowane są niekiedy nadal zamiast procedur przewidzianych rozporządzeniem przepisy polskiego k.p.c. i zawarte w nich wymogi dotyczące stwierdzania wykonalności orzeczeń. Strony sporu nadużywają niekiedy klauzuli sprzeczności orzeczenia z krajowym porządkiem publicznym. Zdarza się, że sądy niższych instancji błędnie interpretują przepisy rozporządzenia w świetle krajowych aktów prawnych, czego znamiennym przykładem jest stosowanie art. 58 polskiego k.r.o. przy interpretacji rozporządzenia 2201/2003, co prowadzi do odmowy orzekania w sprawie o rozwód w przypadku braku jurysdykcji do orzekania w kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej (choć na podstawie rozporządzenia ta jurysdykcja im przysługuje).<sup>12</sup> Niekiedy w postępowaniu o stwierdzenie wykonalności orzeczenia podlegającemu rozporządzeniu 2201/2003 sądy zamiast

<sup>8</sup> Por. wyrok TS z 11.07.2008 r., C-195/08, ECLI:EU:C:2008:406, pkt 84.

<sup>9</sup> Zob. np. postanowienie SN z 17.09.2014 r., I CSK 426/14.

<sup>10</sup> Zob. też postanowienie SA w Krakowie z 19.11.2012, ACz 1719/12, LEX nr 1236858.

<sup>11</sup> <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/#/home>.

<sup>12</sup> Badanie przeprowadzono w ramach projektu EUPILLAR – zob. A. Frackowiak-Adamska, A. Guzewicz, Ł. Petelski, *Skuteczność stosowania przez sądy polskie unijnych rozporządzeń: nr 44/2001, nr 2201/2003, nr 864/2007, nr 593/2008 i nr 4/2009*, EPS 2016, Nr 10, s. 9.

rozporządzenia stosują procedurę przewidzianą w k.p.c.<sup>13</sup> Błędy te korygowane są dopiero przez sądy apelacyjne lub Sąd Najwyższy, które znacznie trafniej analizują przepisy rozporządzeń, dokonują prawidłowej analizy problemu, właściwie przeprowadzają wnioski, które szczegółowo argumentują.<sup>14</sup>

W generalnych wnioskach płynących z przywołanego projektu dotyczących stosowania rozporządzeń unijnych regulujących współpracę sądową zwrócono także uwagę na nadmierną samodzielność polskich sądów w interpretowaniu unijnych aktów prawnych, pomijanie orzeczeń TS (były one przytaczane jedynie w ok. ¼ badanych spraw), niezadawanie pytań prejudycjalnych (do końca grudnia 2015 r. polskie sądy karne i cywilne zadały łącznie 23 pytania, z których 6 miało związek ze sprawą o charakterze międzynarodowym) oraz pomijanie treści preambuł aktów europejskich (odwołanie do nich zawierało jedynie 4% badanych spraw).<sup>15</sup>

## II. Orzecznictwo europejskie w sprawach z zakresu pieczy nad dzieckiem

---

Ochrona interesu dziecka przez sąd w momencie orzekania w sprawach dotyczących przyznawania, wykonywania, czy pozbawiania władzy rodzicielskiej i sprawowania pieczy nad dzieckiem jest sprawą szczególnej wagi. Prawidłowa wykładnia przepisów, zwłaszcza w przypadku spraw transgranicznych – małżonków i ich dzieci przebywających w różnych państwach członkowskich, czy postępowań toczących się równoległe przed sądami różnych krajów UE – często rodzi wątpliwości sądów państw członkowskich i w konsekwencji może prowadzić do niestosowania bądź niewłaściwego stosowania przepisów unijnych. Wskazówek dla sądów krajowych w zakresie stosowania i interpretacji przepisów rozporządzeń i konwencji międzynarodowych, rodzących największe wątpliwości dostarcza orzecznictwo TS i ETPC.

---

<sup>13</sup> Zob. postanowienie SN z dnia 24.08.2011, IV CSK 566/10, LEX nr 1084559.

<sup>14</sup> A. Frąckowiak-Adamska, A. Guzewicz, Ł. Petelski, *Skuteczność...*, s. 6; zob. też postanowienie SA w Krakowie z 11.01.2016 r., I ACz 2406/15, LEX nr 2008593; także motyw 5 preambuły rozporządzenia 2201/2003.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 6.

Jedną z najczęściej podnoszonych kwestii o fundamentalnym znaczeniu w zakresie stosowania rozporządzenia 2201/2003 jest wykładnia art. 23 lit. a dotyczącego zgodności orzeczenia z porządkiem publicznym (*ordre public*) państwa członkowskiego, w którym wystąpiono o uznanie. Jak wskazał TS w sprawie C-455/15, jeżeli nie dochodzi do oczywistego naruszenia normy prawnej uznawanej za zasadniczą dla porządku prawnego państwa członkowskiego lub prawa uznanego za podstawowe w tym porządku prawnym (biorąc pod uwagę dobro dziecka), sąd państwa członkowskiego, który w swojej ocenie ma jurysdykcję do orzekania w przedmiocie prawa do pieczy nad dzieckiem, nie może odmówić uznania orzeczenia sądu innego państwa członkowskiego dotyczącego pieczy nad tym dzieckiem.<sup>16</sup>

Przedmiotem rozważań TS było także ustalenie, czy przepisy art. 21 i n. rozporządzenia 2201/2003 stosuje się do tymczasowych środków wykonawczych z zakresu prawa do pieczy w rozumieniu art. 20 rozporządzenia.<sup>17</sup> Jak zauważył Trybunał, nawet jeżeli rozpoznanie sprawy co do istoty należy do jurysdykcji sądu innego państwa członkowskiego, w przypadkach niecierpiących zwłoki sądy, o których mowa w art. 20 ust. 1 są uprawnione do zarządzenia środków tymczasowych lub zabezpieczających, o ile zostaną spełnione łącznie trzy przesłanki: stosowane środki powinny być pilne, powinny być stosowane względem osób lub mienia znajdujących się w państwie członkowskim, w którym sądy te mają siedzibę, oraz powinny mieć charakter tymczasowy.<sup>18</sup> Przepisy art. 21 i n. rozporządzenia nie mają zastosowania do środków tymczasowych z zakresu prawa do pieczy wchodzących w zakres art. 20 rozporządzenia.<sup>19</sup>

W sprawie *Health Service Executive*<sup>20</sup> Trybunał rozstrzygnął także wątpliwości związane z umieszczeniem dziecka w zamkniętej

<sup>16</sup> Wyrok C-455/15, pkt. 53.

<sup>17</sup> Wyrok TS z 15.07.2010 r., C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437. W przedmiotowej sprawie krajowy sąd odwoławczy nie przeprowadził odpowiedniej analizy ryzyka w rozumieniu art. 13 lit. (b) Konwencji haskiej, a proces decyzyjny przeprowadzony w oparciu o prawo krajowe nie spełnił wymogów proceduralnych z art. 8 Konwencji, w konsekwencji przymusowy powrót drugiej skarżącej do państwa trzeciego nie mógł zostać uznany za konieczny, w demokratycznym społeczeństwie.

<sup>18</sup> Zob. też wyrok TS z 23.12.2009 r., C-403/09, ECLI:EU:C:2009:810 oraz wyrok TS z 2.04.2009 r., C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>19</sup> Wyrok C-256/09, pkt 77, 100.

<sup>20</sup> Wyrok TS z 26.04.2012 r., C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255.



placówce opiekuńczej powstające na tle art. 56 rozporządzenia. Trybunał potwierdził, że orzeczenie sądu jednego państwa członkowskiego przewidujące umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce opiekuńczo-wychowawczej położonej w innym państwie członkowskim związane z pozbawieniem wolności na określony czas w celu ochrony dziecka, wchodzi w materialny zakres zastosowania rozporządzenia nr 2201/2003.<sup>21</sup> Zgoda, o której mowa w art. 56 ust. 2 rozporządzenia powinna zostać udzielona przez właściwy organ prawa publicznego przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu dziecka poza rodziną. Zgoda placówki, w której dziecko ma zostać umieszczone, nie jest wystarczająca. Ponadto zgoda ta nie będzie wystarczająca dla orzeczeń przedłużających pobyt dziecka w placówce, które wymagać będą odrębnej nowej zgody. TS potwierdził także, że orzeczenie sądu państwa członkowskiego nakazujące przymusowe umieszczenie dziecka w zamkniętej placówce położonej w innym państwie członkowskim nie należy do grupy orzeczeń korzystających z procedury szczególnej z sekcji IV, więc powinno uzyskać stwierdzenie wykonalności w tym państwie członkowskim, zanim zostanie w nim wykonane.<sup>22</sup> Jednak zapewnienie skuteczności rozporządzenia (*effet utile*) wymaga, aby orzeczenie sądu wezwanego państwa członkowskiego dotyczące wniosku o stwierdzenie wykonalności zostało wydane szczególnie szybko, a środki zaskarżenia wnoszone na takie orzeczenie sądu wezwanego państwa członkowskiego nie miały skutku zawieszającego.<sup>23</sup>

Trybunał rozpatrywał także kwestię dotyczącą prawa do łączenia rodzin i pieczy nad dziećmi w kontekście prawa do pobytu na terenie Unii. W wyroku w połączonych sprawach C-356/11 i C-357/11<sup>24</sup> TS uznał za dopuszczalną na tle art. 20 TFUE odmowę wydania karty pobytu obywatelowi państwa trzeciego, o którą wnosił na zasadzie łączenia rodzin, gdy ten obywatel zamierza zamieszkać ze swoją małżonką, również obywatelką państwa trzeciego, zamieszkującą legalnie w tym państwie członkowskim i mającą z pierwszego małżeństwa dziecko, które jest obywatelem Unii oraz z ich wspólnym dzieckiem, mającym także status obywatela państwa trzeciego, o ile taka odmowa

---

<sup>21</sup> Wyrok C-922/12, pkt 66.

<sup>22</sup> Ibidem, pkt 133, 146.

<sup>23</sup> Ibidem, pkt 129.

<sup>24</sup> Wyrok TS z 6.12.2012 r., C-356/11 i C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, pkt 58.

nie doprowadzi do pozbawienia obywatela Unii, którego sprawa dotyczy, możliwości skutecznego korzystania z istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii.<sup>25</sup> Dokonanie ustaleń w tym zakresie należy do sądu odsyłającego. Trybunał podkreślił także, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. c dyrektywy 2003/86/WE<sup>26</sup> państwa członkowskie są uprawnione, by wymagać wykazania przez członka rodziny rozdzielonej, iż posiada stabilne i regularne środki wystarczające do utrzymania jego oraz członków jego rodziny, jednakże uprawnienie to powinno być wykonywane zgodnie z art. 7 dyrektywy oraz art. 24 ust. 2 i 3 KPPUE.<sup>27</sup> Przepisy te nakazują państwom członkowskim badanie wniosków o łączenie rodzin w interesie dzieci, których to dotyczy, oraz w trosce o sprzyjanie życiu rodzinnemu, jak również w sposób nienaruszający celu tej dyrektywy oraz jej skuteczności (*effet utile*).<sup>28</sup>

Sprawy dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej stanowią także przedmiot orzecznictwa ETPC. W sprawie Santos Nunes przeciwko Portugalii ETPC rozstrzygał kwestię ochrony praw rodzica do dziecka.<sup>29</sup> W przedmiotowej sprawie matka powierzyła dziecko opiece osób trzecich, po czym wyjechała za granicę. Uznawszy ojcostwo, skarżący uzyskał prawo do opieki nad dzieckiem, jednakże ówcześni opiekunowie dziecka przez ponad 4 lata odmawiali jego wydania. Trybunał stwierdził naruszenie prawa do życia prywatnego i rodzinnego skarżącego, chronionego na mocy art. 8 EKPC i podkreślił, iż nawet tak nietypowa sytuacja nie może uniemożliwić wykonania decyzji sądowej o przekazaniu dziecka pod pieczę jego ojcu.

Inną interesującą i problematyczną kwestię związaną z ochroną praw rodzica chorego psychicznie w postępowaniu o objęcie dziecka

---

<sup>25</sup> Porównaj wyroki w sprawie Zambrano (wyrok TS z 8.03.2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124) i Dereci i in. (wyrok TS z 15.11.2011, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734), w których kryterium dotyczące pozbawienia istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii odnosiło się do sytuacji zdefiniowanych przez okoliczność, że obywatel Unii był faktycznie zmuszony do opuszczenia nie tylko terytorium państwa członkowskiego, którego jest obywatelem, lecz również terytorium całej Unii.

<sup>26</sup> Dyrektywa Rady 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz. Urz. UE L 251/12.

<sup>27</sup> Wyrok C-540/03, pkt 31.

<sup>28</sup> Porównaj wyrok ETPC z 10.07.2012 r., skarga nr 4320/11.

<sup>29</sup> Wyrok ETPC z 22.05.2012 r., skarga nr 61173/08.

pieczę zastępczą rozstrzygnął ETPC w sprawie B. przeciwko Rumunii.<sup>30</sup> Skarżąca cierpiała na chorobę psychiczną i wielokrotnie przebywała w zakładach zamkniętych, najczęściej na żądanie policji ze względu na jej zachowania wobec bliskich i sąsiadów uważane za niebezpieczne i gwałtowne. Na podstawie opinii służb socjalnych dwoje jej dzieci umieszczono w zakładzie opiekuńczym, ponieważ w domu nie było pożywienia, ogrzewania, światła ani prądu. Sąd rejonowy uznał w kolejnych postanowieniach, że środek ten należało kontynuować w interesie dzieci. Pod nieobecność skarżącej sędzia orzekł o przeniesieniu praw rodzicielskich na dyrektora zakładu. Trybunał zwrócił uwagę, iż na etapie postępowania przed sądem krajowym w sprawie odebrania skarżącej pieczy nad dziećmi nie przedsięwzięto wobec niej żadnych szczególnych środków ochronnych, jak np. przyznanie jej pomocy prawnej w celu reprezentowania jej w czasie prowadzonego postępowania, w rezultacie skarżąca nie mogła skutecznie brać udziału w toczącym się postępowaniu ani chronić swych interesów. Trybunał wskazał, że naturalnej relacji rodzinnej nie kończy oddanie dziecka pod pieczę instytucjonalną, a ingerencja w prawo do poszanowania życia rodzinnego narusza art. 8 EKPC, jeżeli nie będzie „przewidziana przez ustawę”, nie będzie realizować jednego lub więcej uprawnionych celów z ust. 2 oraz nie będzie „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” do osiągnięcia tychże celów. Jakkolwiek, ograniczenia tychże praw mogą w pewnych okolicznościach być uzasadnione w świetle art. 8 ust. 2 Konwencji.

### III. Odpowiedzialność rodzicielska w orzecznictwie sądów polskich

---

Problematyka stosowania norm prawa międzynarodowego przez sądy polskie sprowadza się najczęściej do właściwego rozumienia i stosowania przepisów rozporządzeń i konwencji w przypadku ich kolizji z prawem krajowym. W orzecznictwie sądów polskich w zakresie pieczy nad dzieckiem poruszane były liczne zagadnienia, zarówno z zakresu prawa materialnego, jak też procesowego. Wybrane z nich stanowią przedmiot dalszej analizy.

---

<sup>30</sup> Wyrok ETPC z 19.02.2013 r., skarga nr 1285/03.

Problem związany z jurysdykcją krajową w zakresie orzeczenia rozwodu i szeroko rozumianej odpowiedzialności rodzicielskiej rozstrzygał SA w Gdańsku w sprawie o sygn. V ACa 13/13<sup>31</sup>, który podkreślił, że w każdej sprawie z „elementem zagranicznym”, każdy sąd z urzędu, przed przystąpieniem do jej merytorycznego rozpoznania musi w pierwszej kolejności ocenić, czy ma jurysdykcję, a jeżeli tak, w jakim zakresie. Sąd zwrócił uwagę na rozłączne potraktowanie w rozporządzeniu 2201/2003 jurysdykcji w zakresie żądania orzeczenia rozwodu i odpowiedzialności rodzicielskiej. Posiadanie przez sąd jurysdykcji w sprawie o rozwód nie przesądza jej istnienia w odniesieniu do żądań dotyczących rozstrzygania w przedmiocie odpowiedzialności rodzicielskiej, chyba że zostaną spełnione przesłanki art. 12 ust. 1 rozporządzenia. Ogólną zasadę ustalania jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej wyznacza art. 8 ust. 1 rozporządzenia, przyznając ją sądowi państwa członkowskiego, w którym w chwili wniesienia pozwu lub wniosku dziecko ma miejsce zwykłego pobytu.

Kwestię rozłącznej interpretacji prawa do pieczy i orzeczenia o powrocie dziecka w świetle art. 23 rozporządzenia 2201/2003 wyjaśnił SN w postanowieniu w sprawie o sygn. IV CSK 566/10, w którym potwierdził, iż przepis ten należy postrzegać jak przepis prawa materialnego, a wykonawczy cel Konwencji haskiej z 25 października 1980 r. i sposób jego realizacji powodują, że wydane na podstawie jej przepisów (art. 13 lit b) orzeczenie o powrocie dziecka nie jest orzeczeniem dotyczącym odpowiedzialności rodzicielskiej w rozumieniu art. 23 lit e rozporządzenia 2201/2003.<sup>32</sup> Prawa tego dotyczyć nie mogą i nie dotyczą orzeczenia odmawiające powrotu dziecka wydane na podstawie art. 12, 13, 20 Konwencji. Jak słusznie zauważył sąd, odmowa powrotu dziecka nie uchyla bezprawności, a uprowadzenie lub zatrzymanie pozostaje bezprawne, gdyż doszło do naruszenia prawa do opieki przyznanej i wykonywanej na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Jedynie opisane w Konwencji okoliczności natury faktycznej, uwzględniane z punktu widzenia interesu dziecka, powodują, że sąd państwa wezwanego może odmó-

<sup>31</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 18.03.2013 r., V ACa 13/13, POSAG 2013/2/3-22.

<sup>32</sup> Postanowienie SN z 24.08.2011, IV CSK 566/10, Legalis nr 454840.

wić jego wydania. SN wskazał, iż art. 23 lit. e rozporządzenia wymaga w celu oddalenia wniosku, aby orzeczeniu przedstawionemu do uznania (stwierdzenia wykonalności) przeciwstawić inne, późniejsze, orzeczenie dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej takiej treści, która powoduje, że orzeczeń tych nie da się pogodzić. Orzeczeniem takim nie jest orzeczenie wydane na podstawie art. 13 lit. b konwencji haskiej oddalające wniosek o wydanie dziecka.

Kwestię prawomocności formalnej w kontekście uznania i wykonania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej badał min. SA w Krakowie w sprawie o sygn. I ACz 1719/12<sup>33</sup>. W wydanym wyroku potwierdził, że na gruncie rozporządzenia 2201/2003 orzeczenie podlega uznaniu lub wykonaniu bez względu na to, czy jest prawomocne, czy ostateczne w państwie jego pochodzenia. Wyjątek od tej reguły zachodzi w sytuacji, gdy podstawą wpisu w księdze stanu cywilnego będzie orzeczenie w sprawie małżeńskiej. Jak wynika z art. 21 ust. 2 rozporządzenia, orzeczenia o rozwodzie, separacji czy unieważnieniu małżeństwa nie mogą podlegać żadnemu środkowi zaskarżenia (muszą być prawomocne w państwie pochodzenia). Możliwość wykonania orzeczeń nieprawomocnych wynika także z treści art. 35 rozporządzenia, zgodnie z którym sąd rozpoznający środek zaskarżenia może zawiesić postępowanie, jeżeli w państwie wydania przeciwko temu orzeczeniu został wniesiony zwyczajny środek zaskarżenia.

Często spotykaną praktyką jest również powoływanie się przez strony na klauzulę porządku publicznego w sytuacji, gdy orzeczenia sądów obcych nie odpowiadają fundamentalnym standardom prawnym krajowego porządku prawnego. Zagadnienie to było wielokrotnie przedmiotem rozważań SN. W postanowieniu wydanym w sprawie o sygn. III CSK 154/14<sup>34</sup> w przedmiocie nieuznania orzeczenia w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej SN wyjaśnił, iż klauzula zawarta w art. 23 lit. a rozporządzenia 2201/2003 dotyczy sprzeczności z polskim porządkiem prawnym uznania orzeczenia sądu obcego, a nie sprzeczności samego orzeczenia (stanowiłoby to wówczas kontrolę merytoryczną, która jest niedopuszczalna). Sąd Najwyższy zwrócił przy tym uwagę, że uwzględnienie dobra dziecka wymaga, aby przed-

<sup>33</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 19.11.2012 r., I ACz 1719/12, LEX nr 1236858.

<sup>34</sup> Postanowienie SN z 22.01.2015 r., III CSK 154/14, OSNC-ZD 2016/2/29.

miotem badania sądu polskiego pozostały wyłącznie potencjalne następstwa uznania konkretnego orzeczenia sądu państwa obcego.

W pojęciu porządku publicznego mieści się pojęcie „niesprawiedliwości proceduralnej” obejmujące m.in. naruszenie kontradyktoryjności i prawa do obrony, co stanowiło przedmiot rozważań SN w sprawie o sygn. II CSK 533/06.<sup>35</sup>

Dobro i interes dziecka są wartościami uznawanymi i chronionymi także w świetle orzeczeń sądów administracyjnych. Problematyka ingerencji państwa w prawo do życia rodzinnego w kontekście udzielenia cudzoziemcowi zgody na pobyt tolerowany była rozpatrywana przez WSA w Warszawie<sup>36</sup>, który podkreślił, iż powołanie się przez cudzoziemca na fakt posiadania dziecka z obywatelką Polski, chęć udziału w jego wychowaniu, wspólnego zamieszkania i założenia rodziny oraz zawarcia małżeństwa z matką dziecka spełnia przesłanki zawarte w art. 97 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 2003 r. do udzielania cudzoziemcom ochrony na terytorium RP<sup>37</sup> (przepis został uchylony z dniem 1 maja 2014 r.). W tej sytuacji cudzoziemiec powinien otrzymać zgodę na pobyt tolerowany na terytorium Polski, a jego wydalenie jest niedopuszczalne, stanowiłoby bowiem ingerencję w jego prawo do życia rodzinnego chronione art. 8 EKPC oraz w prawo dziecka do wychowania w obecności ojca, do czego odnoszą się z kolei przepisy Konwencji o prawach dziecka<sup>38</sup> (art. 3 ust. 1 i art. 9 ust. 1).

Godny uwagi jest także inny wyrok WSA, w którym sąd oceniał prawo matki będącej cudzoziemką do pozostania na terytorium RP w sytuacji, gdy jej pobyt jest nielegalny. Jak zauważył sąd, cudzoziemka ma prawo przebywania w Polsce, jeśli jest jedynym rodzicem zajmującym się dziećmi – obywatelami polskimi, nawet jeżeli jej pobyt jest nielegalny i może stanowić naruszenie porządku prawnego, argument ten musi ustąpić silniej chronionym wartościom w postaci ochrony macierzyństwa i życia rodzinnego. Co więcej, w orzeczeniu tym podkreślono, że prawo do poszanowania życia

<sup>35</sup> Zob. postanowienie SN z 28.03.2007 r., II CSK 533/06, LEX nr 253427.

<sup>36</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 3.08.2011 r., V SA/Wa 2919/10, LEX nr 1276746.

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2003 nr 128 poz. 1176 (uchylona z dniem 13.11.2016).

<sup>38</sup> Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. 1991 nr 120 poz. 526.

prywatnego i rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC odnosi się także do rodzin niepełnych, składających się z rodzica samotnie wychowującego dziecko.<sup>39</sup>

#### IV. Podsumowanie

---

W wyniku analizy przytoczonego orzecznictwa nasuwa się wniosek, że na poziomie europejskim dobro dziecka oraz prawo do życia prywatnego i rodzinnego – jako wartości fundamentalne, mają być traktowane priorytetowo. Jak spójnie wskazują sądy polskie i europejskie, klauzula porządku publicznego musi ustąpić wobec ochrony tych wartości.

Z perspektywy sądów unijnych kluczowe jest także posiadanie przez dziecko obywatelstwa Unii Europejskiej i praw nabytych, jakie się z nim wiążą. Prawa te mają pierwszeństwo nawet w konfrontacji z nielegalnym pobytem rodzica na terenie państwa członkowskiego, a wydalenie rodzica będącego obywatelem państwa trzeciego jest możliwe tylko wówczas, gdy nie pozbawia obywatela Unii przysługujących mu praw związanych z obywatelstwem. Interes dziecka może stanowić przesłankę odmowy przez sąd krajowy wydania uprowadzonego dziecka rodzicowi.

Przywołane orzecznictwo polskich sądów apelacyjnych i SN cechuje duża zbieżność z podejściem sądów europejskich. W orzecznictwie krajowym, podobnie, jak w orzecznictwie europejskim, podstawowe prawa jednostek zagwarantowane w przyjętych aktach prawa międzynarodowego stanowią dobro fundamentalne. Bez względu na kraj pochodzenia stron, w przypadku kolizji dóbr i rozbieżności interesów, w sprawach dotyczących pieczy nad dzieckiem podkreśla się poszanowanie kluczowych wartości chronionych na mocy rozporządzeń i konwencji międzynarodowych – przede wszystkim dobra i interesu dziecka.

Każde państwo będące stroną EKPC jest zobowiązane do ochrony i wspierania życia rodzinnego. Wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której kontakty te są lub mogą być szkodliwe dla dziecka.

---

<sup>39</sup> Wyrok NSA w Warszawie z 31.05.2016 r., II OSK 2259/14, LEX nr 2108469.



W zakresie uznawania i wykonywania orzeczeń zagranicznych przez sądy polskie dokładnie badana jest też jurysdykcja oraz jej zakres, a także prawidłowość kwestii proceduralnych. Duży nacisk kładą one na prawidłowe doręczenie i zawiadomienie strony przeciwnej, zwłaszcza jeżeli jej miejsce zamieszkania znajduje się za granicą, oraz dostarczanie kompleksowej informacji w postaci sentencji wyroku wraz z uzasadnieniem. Podstawowym uprawnieniem chronionym w tym przedmiocie jest umożliwienie stronie przeciwnej skutecznej obrony oraz przestrzeganie zasady kontrydiktoryjności, którą narusza stosowanie fikcji doręczeń za granicą i brak należytej informacji w zakresie rozstrzygnięcia, pozbawiające stronę możliwości zaskarżenia orzeczenia. Pewne braki powinny natomiast zostać uzupełnione na poziomie sądów I instancji, których orzeczenia bardzo często korygowane są w ramach środków zaskarżenia, co zasadniczo wpływa na wydłużenie postępowania. W sprawach rodzinnych, zwłaszcza tych dotyczących dzieci małoletnich, kluczowy jest czas. Szybkość i sprawność prowadzonych postępowań mają zasadnicze znaczenie w kształtowaniu relacji dzieci z rodzicami. Więzy te, ze względu na swój niepowtarzalny charakter, raz utracone, nie zawsze mogą być odbudowane.

Po dziesięciu latach obowiązywania rozporządzenia nr 2201/2003 Komisja Europejska oceniła jego funkcjonowanie w praktyce (w kwietniu 2014 r. przyjęto sprawozdanie z jego stosowania).<sup>40</sup> Choć jego ogólna ocena wypadła dobrze, zauważono kilka mankamentów, które wymagają poprawy. Komisja uznała za niezbędne wprowadzenie zmian i 30 czerwca 2016 r., złożyła stosowny wniosek, uzasadniony potrzebą nadążania przepisów za rzeczywistością, „w której coraz więcej mobilnych Europejczyków zawiera związki małżeńskie i ma dzieci poza granicami swojego kraju”.<sup>41</sup> Wniosek ten obejmuje sześć obszarów, które powinny zostać usprawnione. Są to:

---

<sup>40</sup> Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, COM(2014) 225 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52014DC0225> (dostęp: 1.5.2017).

<sup>41</sup> Wniosek: Rozporządzenie Rady w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności



- I. procedura powrotu dziecka,
- II. umieszczenie dziecka poza rodziną w innym państwie członkowskim,
- III. wysłuchanie dziecka,
- IV. faktyczne wykonywanie orzeczeń,
- V. współpraca między organami centralnymi,
- VI. wymóg *exequatur*.

W kontekście rozważanego problemu na uwagę zasługuje zwłaszcza ostatni punkt, bowiem dodatkowa procedura stwierdzenia wykonalności orzeczenia wydanego w innym państwie członkowskim stanowi realną przeszkodę dla swobodnego przepływu orzeczeń. Generuje nie tylko dodatkowe koszty, ale przede wszystkim zbędny czas, jaki wiąże się z opóźnieniami w procedowaniu postępowań o charakterze transgranicznym. Jak wskazuje Komisja, opóźnienia te wynoszą, w zależności od państwa członkowskiego, od kilku dni do kilku miesięcy, a w przypadku, gdy wniesiono odwołanie od postanowienia o przyznaniu lub odmowie *exequatur*, może trwać nawet do dwóch lat.<sup>42</sup> Dolegliwość ta jest najbardziej odczuwana przez rodziców, którzy oczekują zakończenia swojej sprawy bez zbędnej zwłoki. Komisja zauważa także, że możliwe są sytuacje sprzeczne – gdy państwo członkowskie musi egzekwować wynikające z rozporządzenia prawo do osobistej styczności z dzieckiem, a jednocześnie dojdzie do zaskarżenia i ew. odmowy uznania lub wykonywania pieczy nad dzieckiem przyznanej w tym samym orzeczeniu, gdyż zgodnie z rozporządzeniem orzeczenia dotyczące obu tych praw podlegają obecnie różnym procedurom. Wniosek jest obecnie konsultowany z państwami członkowskimi, zatem ostateczny kształt planowanych zmian na dzień dzisiejszy nie jest jeszcze znany. Z pewnością udoskonalenie procedury wzajemnego uznawania orzeczeń nie tylko ułatwi obywatelom korzystanie z przysługujących im praw na terytorium całej Unii, ale też w większym stopniu przyczyni się do ochrony dobra dziecka. Co więcej, uproszczenie postępowania odciążałoby także sądy krajowe

---

rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (wersja przekształcona) z dnia 30.06.2016 r., COM(2016) 411 final <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PL/1-2016-411-PL-F1-1.PDF> (dostęp: 1.5.2017).

<sup>42</sup> Ibidem, s. 4.

oraz pozwoliłoby uniknąć rozbieżności w stosowaniu i interpretacji przepisów, a tym samym zwiększyłyby ich skuteczność.<sup>43</sup>

Podsumowując, nie sposób nie zgodzić się z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, że wykładnia przepisów o uznaniu orzeczeń sądów zagranicznych powinna uwzględniać proces postępującej integracji europejskiej i kierunek, w jakim rozwija się prawo europejskie, jest on bowiem związany z dążeniem do liberalnego uznawania i wykonywania orzeczeń sądów zagranicznych.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ibidem, s. 4.

<sup>44</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 22.11.2002 r., I ACa 462/02, Legalis nr 59882.

**Abteil III**

---

**ZIVILRECHTLICHE ASPEKTE  
INTERNATIONALER KINDESENTFÜHRUNG**

---

**Rozdział III**

---

**CYWILNOPRAWNE ASPEKTY  
UPROWADZEŃ RODZICIELSKICH**

---

Ilona Schütz, Leonard Krippner und Monika Schmatloch

# **Stellung der Ausländer vor Gericht – rechtsvergleichende Betrachtung der Umsetzung des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) vor deutschen und polnischen Gerichten<sup>1</sup>**

## **I. Einführung**

---

Dieser Artikel beschäftigt sich mit der Frage, ob bei der Rückführung entführter Kinder und grenzüberschreitenden Umgangs- und Sorgerechtskonflikten die Staatsangehörigkeit des Kindes, der Eltern oder der übrigen Familienmitglieder eine Rolle spielt, was das Bundesamt für Justiz auf seiner Website verneint.<sup>2</sup>

Auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts sind für Deutschland mehrere multilaterale Abkommen in Kraft: das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (Haager Kindesentführungsübereinkommen, HKÜ) vom 25. Oktober 1980,<sup>3</sup> das Europäische Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ),<sup>4</sup> das Haager Kinderschutzübereinkommen – KSÜ,<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Der Artikel wurde veröffentlicht in der Zeitschrift Osteuropa Recht (Gesamtverzeichnis, 62. Jahrgang 2016, Heft 2). Veröffentlicht in dieser Sammlung mit Genehmigung der Redaktion der Osteuropa-Recht.

<sup>2</sup> Siehe III. Kindesentführung von Deutschland ins Ausland [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A0AA4844CBC96E3.1\\_cid386#doc3453212bodyText1](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A0AA4844CBC96E3.1_cid386#doc3453212bodyText1).

<sup>3</sup> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

<sup>4</sup> <http://www.generalbundesanwalt.de/de/esue.php>.

<sup>5</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007247>.

und die Brüssel II a-Verordnung,<sup>6</sup> wobei in diesem Artikel primär auf das HKÜ Bezug genommen wird.

Das HKÜ wurde entwickelt, um Kinder zu schützen, die durch einen Elternteil unter Verletzung des Sorgerechts in einen anderen Staat verbracht oder dort nach Ablauf einer vereinbarten Besuchszeit zurückgehalten werden. Ziel des Abkommens ist es, diese Kinder so schnell wie möglich wieder in ihren bisherigen Aufenthaltsstaat zurückzuführen, wobei gerade Deutschland in den späten 90er Jahren oft in der Kritik stand und sich den Vorwurf gefallen lassen musste, das Abkommen nur mangelhaft umzusetzen.<sup>7</sup>

Im Folgenden wird unter Berücksichtigung aktueller Statistiken und Entscheidungen eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung von Deutschland und Polen vorgenommen, die zu klären versucht, ob Ausländer vor deutschen und polnischen Gerichten dieselben Chancen haben, ein gerechtes und HKÜ-konformes Urteil zu bekommen, wie ein Staatsbürger des jeweiligen Landes.

## II. Grundzüge deutscher und polnischer Entscheidungen anhand von Beispielfällen

---

### 1. Die Rolle der Kindesmutter im Rahmen der Anwendung des Art. 13 I HKÜ

Das Urteil des OLG Düsseldorf vom 02.02.2011 – 1 UF 110/10 beschäftigt sich mit der durch eine Frau türkischer Staatsangehörigkeit begangenen Kindesentführung.<sup>8</sup> Die Frau und ihr Mann haben im

---

<sup>6</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:DE:PDF>.

<sup>7</sup> K. Schweppe, *Kindesentführungen und Kindesinteressen – Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland*, S. 15; Vgl. Reaktionen auf deutsche Entscheidungen in der internationalen Presse: Sunday Telegraph 24.03.1996: »In the Name of the Fatherland«; Sunday Times 05.04.1998 »German tug of love kidnap stings France«; Le Monde 16.07.1998 »Les raptés d'enfants au sein de couples franco-allemands restent sans solution«; Süddeutsche Zeitung 21.10.1999 »Im Zweifel für den Kidnapper – Die deutsche Justiz zeigt sich bei der Rückführung entführter Kinder ins Ausland hartleibig«.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1237.

Jahre 2004 in der Türkei geheiratet. Seitdem wohnten beide gemeinsam in der Türkei, wo in den Jahren 2005 und 2009 deren beiden Töchter geboren wurden. Im Jahr 2010 ist die Antragsgegnerin mit beiden Töchtern nach Deutschland gereist. Ihrem Mann teilte sie mit, sie wolle dort mit ihren Töchtern Ferien machen und habe deswegen auch einen Rückflug in die Türkei geplant. Diesen Rückflug trat die Antragsgegnerin jedoch nicht an. Sie wollte mit ihren beiden Töchtern in Deutschland bleiben.

Der Vater der Töchter (der Antragsteller) begehrt von der Mutter die Herausgabe der Kinder zum Zwecke der sofortigen Rückführung in die Türkei. Die Grundlage dafür bestimmt sich nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen.

Aus folgenden Gründen verweigerte die Antragsgegnerin die Rückführung ihrer Kinder:

- schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens für die Kinder,
- schwerwiegende Eheprobleme,
- der Antragsteller sei gegenüber der Antragsgegnerin gewalttätig,
- der Antragsteller habe die Antragsgegnerin vergewaltigt,
- der Antragsteller habe die Kinder beschimpft,
- der Antragsteller habe den Kindern Gewalt angedroht,
- keine tatsächliche Ausübung des Sorgerechts seitens des Antragstellers,
- die ältere Tochter lehne die Rückkehr ab.

Das Amtsgericht hat dem Antrag auf Herausgabe der Kinder zugestimmt. Dieser Entscheidung hat die Antragsgegnerin widersprochen und eine erneute Begründung abgegeben. In dieser führt sie weitere Gründe auf, die darauf schließen lassen könnten, dass es bei den Kindern zu seelischen Schäden kommen könnte:

- der Antragsteller habe die Antragsgegnerin in Gegenwart der älteren Tochter zum Analverkehr gezwungen,
- der Antragsteller habe die Antragsgegnerin oral vergewaltigt,
- der Antragsteller habe Morddrohungen ausgesprochen,
- am 24.03.2010 habe der Antragsteller genehmigt, dass die Kinder in Deutschland bleiben.

Das OLG Düsseldorf entschied zugunsten des Antragstellers und bestätigte das Urteil des Amtsgerichts, dass die Kinder zurückgeführt werden müssen. Damit hat sich das OLG, trotz der Argumentation

der Antragsgegnerin, gegen einen Verbleib der Kinder entschieden. Für diese Entscheidungen wurden folgende Gründe aufgeführt:

Gemäß Art. 13 I lit. a HKÜ ist das Gericht nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person, der die Sorge für das Kind zusteht, das Sorgerecht zur Zeit des Zurückhaltens oder des Verbringens tatsächlich nicht ausgeübt hat, dem Zurückhalten zugestimmt oder dies nachträglich genehmigt hat. Vorliegend hat das Gericht festgestellt, dass nicht angenommen werden kann, dass der Antragsteller sein Sorgerecht nicht ausgeübt hat. In der am 24.03.2010 vom Antragsteller hinterlassenen Nachricht kann keine nachträgliche Genehmigung des Aufenthalts der Kinder in Deutschland gesehen werden. Eine derartige Genehmigung muss stets klar und eindeutig sein und unterliegt angesichts der Rechtsfolgen, die sie nach sich zieht, sehr strengen Anforderungen.<sup>9</sup> Das Gericht sieht in der Nachricht keine ausdrückliche Genehmigung, vielmehr legt es die Nachricht so aus, dass es der Mutter freistehe, solange in Deutschland zu bleiben wie sie will. Dass die Nachricht auch auf den Aufenthalt der Kinder bezogen war, ist nicht ersichtlich. Folglich liegen die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. a HKÜ nicht vor.

Gemäß Art. 13 I lit. b HKÜ ist das Gericht ebenfalls nicht dazu verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Rückgabe mit schwerwiegenden Gefahren eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist. Bei der Auslegung dieser Vorschrift beruft sich das Gericht auf den Sinn und Zweck des HKÜ. Dieser liege darin, dass die Beteiligten durch die Regelung des HKÜ davon abgehalten werden, ihr Kind widerrechtlich ins Ausland zu bringen oder es dort zurückhalten. Des Weiteren soll die Sorgerechtsentscheidung am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes ausgetragen werden.<sup>10</sup> Somit können nur ungewöhnlich schwere Beeinträchtigungen des Kindes Beachtung finden. Diese müssen über die mit der Rückführung verbundenen Schwierigkeiten hinausgehen, zumal die Ausnahmenvorschrift des Art. 13 I lit. b HKÜ ansonsten immer anwendbar wäre.<sup>11</sup> Typische Belastungen entstehen dann, wenn sich das entführte Kind mit dem entführenden Elternteil iden-

---

<sup>9</sup> MüKo-BGB/Siehr, Band 10, 5. Auflage, München 2015, Anhang II zu Artikel 21 EGBGB Rn. 72.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 186.

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 1996, 1402, 1403.

tifiziert und sich in die neue Situation einfindet, soziale Kontakte knüpft und sich ein geregeltes Leben aufbaut. Solche Umstände führen zwangsläufig dazu, dass für das Kind erneut eine Welt zusammenbricht, wenn es dem verlassenen Elternteil zur Rückführung übergeben wird.<sup>12</sup> Das OLG Düsseldorf nimmt eine derartige besondere Belastung im Falle der Rückführung der Kinder nicht an. Es stellt fest, dass es hierbei nicht um das Verhältnis zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin geht, sondern lediglich um das Verhältnis der Kinder zu ihrem Vater. Das HKÜ stellt schließlich nur auf die Beziehung zum Kind ab und nicht auf die Beziehung zwischen den Eltern an sich. Zwar erkennt das Gericht an, dass es zu einer Traumatisierung der Kinder kommen könnte, falls die Mutter nicht mitkommt, stellt dann jedoch fest, dass es für die Antragsgegnerin genügend Möglichkeiten gäbe, sich als Frau in der Türkei zu schützen. Eine derartige Möglichkeit des Schutzes bestehe z. B. darin, sich in ein Frauenhaus zu begeben. Unter diesen Voraussetzungen sei es der Antragsgegnerin möglich, die Kinder in die Türkei zu begleiten.

Nach Art. 13 II HKÜ ist es dem Gericht möglich, eine Rückgabe des Kindes abzulehnen, wenn es feststellt, dass das Kind sich der Rückgabe widersetzt und es die nötige Reife und das nötige Alter erreicht hat, um eine solche Entscheidung treffen zu können. Dem OLG Düsseldorf zufolge haben die beiden Töchter nicht die erforderliche Reife erreicht.

Aus den oben genannten Gründen führte das OLG Düsseldorf an, dass das Begehren der Antragsgegnerin aussichtslos erscheint. Die polnischen Gerichte entscheiden sich bei ähnlichen Fällen gegen eine Rückführung. Als ein Beispiel dient der Fall des Obersten Gerichtshofs (Sąd Najwyższy, SN) vom 01.12.2000 – V CKN 1747/00<sup>13</sup>.

In diesem Fall hat die erste Instanz (vergleichbar zum Amtsgericht) eine Rückführung des Kindes verweigert und den Anwendungsbereich des Art. 13 I lit. b HKÜ aus dem Grund bejaht, dass der Antragsgegnerin (polnische Staatsbürgerschaft) die Mittel fehlen würden, um zusammen mit ihrer Tochter nach Frankreich zu gehen. Ein Losreißen von der Mutter würde das Kind psychisch sehr belasten. Im Hinblick auf den Vater bestünden zudem Zweifel, ob er seine

---

<sup>12</sup> OLG Hamm, BeckRS 2006, 00753.

<sup>13</sup> Beschluss des SN vom 01.12.2000, V CKN 1747/00, Legalis Nr. 299528.



elterlichen Pflichten erfüllen kann, sowie das Risiko, dass er dem Kind psychischen Schaden zufügt. Auch der SN argumentiert ähnlich und lehnt die Revision ab. Die genauen Gründe lassen sich aus dem Beschluss nicht klar erkennen. Der Anwendungsbereich des Art. 13 I lit. b HKÜ wird jedenfalls bejaht, sodass eine Rückführung des Kindes (nach Frankreich) nicht stattfindet. In beiden Fällen ist die Situation der Mütter zwar nicht identisch, aber dennoch gewissermaßen vergleichbar. Trotz Misshandlungen und Vergewaltigungen der Mutter sowie Bedrohungen der Kinder seitens des Antragstellers, hielt es das deutsche Gericht nicht für erforderlich, eine Rückführung zu unterbinden. Im deutschen Fall hatte die Mutter ebenfalls keine finanziellen Mittel und zudem keinen angemessenen Zufluchtsort. Dennoch schien es für das deutsche Gericht möglich zu sein, dass die Mutter in die Türkei zurückkehrt und Schutz in einem Frauenhaus findet. In dem erstinstanzlichen polnischen Urteil wurde als ein wesentlicher Hauptgrund für die Ablehnung einer Rückführung aufgeführt, dass die Mutter über keine finanziellen Mittel für einen Verbleib in Frankreich verfüge. Das Gericht hat auch keine Alternativen aufgeführt, wie es für die Mutter möglich wäre, mit nach Frankreich zu gehen. Dabei hat sogar das Gericht in Frankreich in seinem Scheidungsbeschluss festgestellt, dass die Töchter beim Vater leben sollen. Nichtsdestotrotz haben die Gerichte in Polen eine Rückführung abgelehnt.

Im SN-Fall vom 26.09.2000 – I CKN 776/00<sup>14</sup> hat das Gericht die Anwendung des Art. 13 I lit. b HKÜ ebenfalls thematisiert. Die Vorinstanz (Bezirksgericht – sąd okręgowy) hat die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. b HKÜ angenommen, weil der Antragsteller in der Vergangenheit vorübergehend keine Arbeit gehabt hat, was ernsthafte Zweifel erheben würde, ob er im Stande sei, ein Kind zu versorgen. Ebenfalls könnte sich die Rückkehr des Kindes in die USA ohne die Mutter negativ auf die Psyche des Kindes auswirken. Ein gemeinsames Wohnen beider Elternteile in den USA sei angesichts des konfliktreichen Zusammenlebens in der Vergangenheit nicht denkbar. Folglich hat das Bezirksgericht die Rückführung abgelehnt. Der Vater ging gegen diese Entscheidung vor und machte geltend, dass er nur zeitweise aufgrund seines Studiums arbeitslos war. Der SN

---

<sup>14</sup> Beschluss des SN vom 26.09.2000, I CKN 776/00, OSNC 2001 Nr. 3, Pos.. 38, S. 19.

erkannte, dass die Vorinstanzen die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. b HKÜ lediglich zugunsten der Mutter ausgelegt haben und verwies den Fall an das Bezirksgericht zur erneuten Entscheidung zurück. Auch in diesem Fall spielt die Lage der Mutter eine wichtige Rolle. Die Vorinstanzen bejahen die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. b HKÜ unter dem Gesichtspunkt, dass die Kinder Schäden erleiden könnten, wenn sie ohne die Mutter zurückgeführt würden. Überlegungen, wie eine Rückführung zusammen mit der Mutter möglich wäre, stellen die Vorinstanzen nicht an. Sie führen zwar auf, dass es für die Mutter nicht möglich sei, erneut mit ihrem ehemaligen Partner zusammenzuleben, machen aber keine Alternativvorschläge für ein Zurückkehren der Mutter, ohne dass sie mit ihrem Partner zusammenleben müsste. Das deutsche Gericht hingegen hat hierzu in seinem Urteil Stellung genommen und der Mutter Alternativen vorgetragen, wie sie in der Türkei, ohne zu ihrem Ehemann zurückzukehren, leben und Schutz finden könne.

## 2. Die Rolle des Kinderwillens und die Anwendung des Art. 13 II HKÜ

In dem dem Beschluss des AG Hamm vom 08.11. 2010 – 3 F 512/10<sup>15</sup> zugrundeliegenden Sachverhalt schlossen die Parteien ihre Ehe in Polen, aus welcher die beiden Kinder A und D hervorgingen. Alle sind polnische Staatsangehörige. Das eine Kind (A) fühlte sich in Deutschland nicht wohl und wollte wieder zurück nach Polen. Die Mutter und der Vater nahmen telefonisch Kontakt auf und entschieden sich gemeinsam dafür, dass A wieder beim Vater in Polen leben sollte, was sie seitdem auch tat. D lebte hingegen mit der Mutter und ihrem neuen Partner in Deutschland. Der Vater beantragte eine Rückführung der D nach Polen zurück. Er führt auf, nie mit dem Umzug nach Deutschland und dem dortigen Verbleib der D einverstanden gewesen zu sein.

Die Antragsgegnerin beruft sich dagegen auf folgende Gründe: Die Ehe litt unter erheblichen Alkoholmissbrauch, Gewaltanwendungen und Beleidigungen seitens des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin und den Kindern. Im Oktober 2010 habe die Antragsgegnerin zum Antragsteller gesagt, sie wolle Pässe für die Kin-

---

<sup>15</sup> FamRZ 2011, 1237.

der, damit sie mit diesen nach Deutschland umziehen kann. Dabei habe der Antragsteller geantwortet, dass sie machen solle, was sie will und verreisen könne, wohin sie will. Der Antragsteller habe konkludent sein Einverständnis dafür erteilt, dass er A nach Polen zurücknimmt und D in Deutschland bleibt. D habe ihren gewöhnlichen Aufenthalt seit 2009 in Deutschland. D habe eine feste soziale Bindung zur Antragsgegnerin. Der Antragsgegnerin sei es angesichts der Gewaltanwendungen durch den Antragsteller unzumutbar, nach Polen zurückzukehren. D lehne aufgrund des schlechten Vertrauensverhältnisses zum Vater jeden Kontakt mit diesem ab und wolle nicht nach Polen zurück. Der Antragsteller schöpfe die ihm durchaus bekannte Jahresfrist (Art. 12 HKÜ) aus. Das Gericht lehnte den Rückführungsantrag ab. Zunächst geht das Gericht darauf ein, dass D ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. Art. 4 HKÜ in Polen hatte. Dort wohnte sie damals zusammen mit ihren Eltern und ihrer Schwester. Seit dem 25.11.2009 wohnte sie anschließend in Deutschland. Laut dem deutschen Gericht handelte die Mutter widerrechtlich. Ihr stand es nicht zu, die Entscheidung über den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder alleine zu treffen, sondern nur gemeinsam mit dem Vater. Nach Art. 93 § 1 des polnischen Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches stand beiden Elternteilen das gemeinsame Sorgerecht zu, demzufolge die Eltern in wesentlichen Angelegenheiten eine gemeinsame Entscheidung treffen müssen. Hierzu zählt auch die Frage des Umzuges in ein anderes Land. Das Gericht hat festgestellt, dass die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. a HKÜ nicht vorliegen, da die Auslegung des Sachverhalts keine ausdrückliche Genehmigung durch den Vater erkennen lässt. Es reicht für eine Genehmigung nicht aus, dass der Vater mit der Rückkehr von A einverstanden war und diese abgeholt hat, ohne die Rückkehr von D zu fordern. Die Mutter erwähnte, dass der Vater angegeben habe, einen Sorgerechtsantrag in Polen zu stellen. Eine derartige Angabe zeigt jedoch, dass der Vater gerade nicht mit dem weiteren Verbleib des Kindes in Deutschland einverstanden war.

Des Weiteren macht das Gericht deutlich, dass keine schwerwiegenden Schäden für das körperliche und seelische Wohl des Kindes bewiesen sind, die nach Art. 13 I lit. b HKÜ beachtenswert wären und einer Rückführung entgegenstünden. Wie bereits erläutert, sind nach dem Gericht nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohles zu beachten, die über die gewöhnlichen

Schwierigkeiten einer Rückführung hinausgehen.<sup>16</sup> Das Gericht sieht in diesem Fall keine schwerwiegenden Gefahren für das Kind, wenn es nach Polen zurückgeführt würde. Zwar geht das Gericht darauf ein, dass mit der Rückführung der D für diesen die Mutter als Bezugsperson sowie die neue Umgebung wegfallen werden. Nichtsdestotrotz reicht dies für eine Gefährdung nicht aus. Eine Unterbrechung der gegenwärtigen Lebenssituation stellt eine typische Folge der von dem entführenden Elternteil einseitig und widerrechtlich ausgelösten Lage dar und ist grundsätzlich hinzunehmen. Es handelt sich nicht um eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohles, die über die gewöhnlichen Schwierigkeiten einer Rückführung hinausgeht, sondern gerade um eine typische Beeinträchtigung. Zudem ist es der Mutter freigestellt und auch im Rahmen des Möglichen, mit dem Kind für die Dauer des polnischen Sorgerechtsverfahrens nach Polen zurückzukehren. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Vater gewalttätig war. Schließlich muss die Mutter nicht mit diesem zusammenziehen und bekommt in Polen genügend Schutz gewährt. Das Neugeborene der Mutter stellt ebenso keinen ausreichenden Grund für den Verbleib der Mutter in Deutschland dar, da es der Mutter ebenfalls freigestellt ist, dieses mitzunehmen. Auch die Trennung vom derzeitigen Partner sei hinnehmbar.

Weiter geht das Gericht auf den Punkt ein, dass die D durch ihren Vater Gewalterfahrungen gemacht hat. Dies sei aber keine erhebliche Belastung des Kindeswohls, da die Mutter die Gefahr abwenden könnte, indem sie das Kind nach Polen begleitet.

Damit liegen die Voraussetzungen von Art. 13 I HKÜ grundsätzlich nicht vor.

Das Gericht geht weiter auf Art. 13 II HKÜ ein. Nach Art. 13 II HKÜ kann von einer Rückführung des Kindes abgesehen werden, wenn sich das Kind der Rückführung widersetzt und dieses das Alter und die nötige Reife vorweist, um dessen Meinung berücksichtigen zu können. Nach dem OLG Brandenburg<sup>17</sup> ist die Voraussetzung für Art. 13 II HKÜ, dass das Kind aus freien Stücken handelt und nicht erkennbar maßgeblich durch den entführenden Elternteil beeinflusst wurde, sondern sich selbst in einem ungewöhnlich starken Maß gegen

---

<sup>16</sup> BVerfG, FamRZ 1996, 405.

<sup>17</sup> OLG Brandenburg, NJW-RR 1997, 902.

eine Rückführung wehrt und aufgrund seines Alters und seiner Reife eine verantwortungsbewusste Entscheidung trifft. Vor Gericht wehrt sich die D ausdrücklich gegen eine Rückführung nach Polen. Sie macht deutlich, dass sie lieber in Deutschland lebt, statt gemeinsam mit ihrer Schwester in Polen. Sie ist froh, der belastenden Situation zwischen den Eltern sowie dem gewalttätigen Vater entkommen zu sein und sich nicht mehr damit auseinandersetzen zu müssen. Das Gericht ist von der Reife der D überzeugt, welche mit ihren 12 Jahren bereits sehr weit entwickelt zu sein scheint. Auch die daraus folgende Konsequenz einer langzeitigen Trennung von ihrer Schwester scheint ihr überaus bewusst zu sein. Das Gericht ist folglich überzeugt, dass die Voraussetzungen für Art. 13 II HKÜ erfüllt sind, obwohl es sich bei dieser Vorschrift um eine sehr restriktive und enge Ausnahmeregelung handelt. Die Rückführung wurde somit abgelehnt.

Vergleichbar stellt sich der Fall des SN vom 19.12.2000 – III CKN 1254/00<sup>18</sup> dar. Hier hat der Mann, der ein polnischer Staatsbürger ist, das Kind aus den USA entführt. Das Gericht hat festgestellt, dass der Vater sich gut um die Kinder kümmert und zwischen ihnen eine emotionale Bindung besteht. Das sieht das Gericht dennoch nicht als Anlass, Art. 13 I HKÜ anzuwenden, denn eine emotionale Bindung begründet die Ablehnung der Rückführung nicht. Zwar hat der 5-jährige Sohn seinen Willen, nicht in die USA zurückkehren zu wollen, unmissverständlich geäußert, jedoch reicht dies nicht für eine Annahme des Art. 13 II HKÜ aus. Selbst wenn dem Gericht zufolge ein tatsächlich entgegenstehender Wille des Sohnes vorläge, könnte dieser nicht berücksichtigt werden, da die Schwester ein solches Urteil aufgrund ihres Alters noch nicht bilden kann und die Geschwister auf keinen Fall getrennt werden dürfen. In dem Urteil des deutschen Gerichts hingegen wurde keinerlei Bezug darauf genommen, inwiefern Geschwister voneinander getrennt werden dürfen. Es wurde nur darauf eingegangen, dass die 12-jährige D trotz Bewusstsein über die Trennung von der Schwester einen Verbleib in Deutschland bevorzugt.

Auch der Beschluss des SN vom 08.11.2000 – III CKN 1345/00<sup>19</sup> ist ähnlich. In diesem Fall kam es zu heftigen Konflikten und Hand-

---

<sup>18</sup> Beschluss des SN vom 19.12.2000, III CKN 1254/00, Legalis Nr. 278587.

<sup>19</sup> Beschluss des SN vom 08.11.2000, III CKN 1345/00, Legalis Nr. 277792.

greiflichkeiten zwischen den Eheleuten. Das polnische Amtsgericht (sąd rejonowy) hat festgestellt, dass eine Rückführung des Sohnes nach Schweden mit psychischen Schäden verbunden ist. Beide Fälle haben hier die Handgreiflichkeiten zwischen den Eltern gemeinsam. Für das AG Hamm haben diese für die Annahme des Art. 13 HKÜ nicht genügt. Es schlug indessen vor, dass die Mutter Schutz in Polen gewährt bekommen könnte. Die Tochter D wurde zwar ebenso Opfer der Gewalt, dennoch könnte das Risiko dadurch verhindert werden, dass die Mutter mit nach Polen zurückkehrt. Das Gericht in Polen hat dies anders beurteilt und in einem Fall, wo der Vater gewalttätig ist, eine Rückführung abgelehnt.

### 3. Das Herkunftsland als Kriterium für die Kindesrückführung

Die Entscheidung des SN vom 7. Oktober 1998 – I CKN 745/98<sup>20</sup> lässt erkennen, dass das Gericht sich auch mit dem Status des Landes befasst, in das das Kind wieder zurückgeführt werden soll. Vorliegend war der in Kanada lebende Mann der Antragsteller und die Frau, die das Kind mit nach Polen genommen hat, Antragsgegnerin. Die Eltern sind in den 80er Jahren nach Kanada ausgewandert, wo sie geheiratet haben und ihre Tochter geboren wurde. Alle Familienmitglieder besaßen die kanadische Staatsangehörigkeit und lebten gemeinsam in Kanada. Wenige Jahre später, während eines gemeinsamen Urlaubs in Polen, beschloss die Frau, mit dem Kind in Polen zu bleiben. Nach erneuter Würdigung aller Beweise bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen für die Rückführungsuntersagung nach Art. 13 I lit. b HKÜ vorliegen, hat das Woiwodschaftsgericht (sąd wojewódzki), so wie die Instanz davor, den Antrag des Vaters bewilligt und dementsprechend Art. 13 I lit. b HKÜ verneint. Es stellte fest, dass die dort beschriebenen Risiken für das Kind in diesem Fall nicht zutreffen. Ausdrücklich beschäftigt sich das Woiwodschaftsgericht hierbei auch mit dem Herkunftsland des Kindes, in das es wieder zurückgeführt werden soll. Das Gericht prüft die Verhältnisse in Kanada, denen das Kind ausgesetzt werden würde und stuft ein Leben in Kanada für das Kind nicht als nachteilig ein. Dies zeigt, dass der Status des Herkunftslandes auch schon in Bezug

---

<sup>20</sup> Beschluss des SN vom 07.10.1998, I CKN 745/98, Legalis Nr. 208572.

auf Art. 13 I lit. b HKÜ einen entscheidenden Faktor bilden kann. Dass der „Ort des gewöhnlichen Aufenthalts“, an den das Kind bestenfalls zurückgeführt werden soll, eine Rolle spielt, ergibt sich auch schon aus Art. 20 HKÜ. Demzufolge kann eine Rückgabe des Kindes nach Art. 12 HKÜ abgelehnt werden, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist. Der Anwendungsfall ist aber augenscheinlich nur bei besonders krassen Fällen eröffnet, bei denen es eben gerade um Länder geht, in denen die Menschenrechte und Grundfreiheiten der Bürger und Bürgerinnen verletzt werden. Die Entscheidung I CKN 745/98 zeigt jedoch, dass Faktoren, die das Herkunftsland an sich betreffen, abgesehen von Art. 20 HKÜ auch im Rahmen des Art. 13 I lit. b HKÜ und somit für das Kindeswohl, das ein wichtiger Leitgedanke des HKÜ ist,<sup>21</sup> eine bedeutsame Rolle spielen.

#### 4. Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts

Nach dem Wortlaut der Präambel soll durch das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung die sofortige Rückgabe eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts sichergestellt werden. Voraussetzung für die Anwendung des HKÜ ist somit, dass gem. Art. 3 HKÜ überhaupt ein widerrechtliches Verbringen oder widerrechtliches Zurückhalten des Kindes vorliegt. Dies ist erfüllt, wenn ein Kind unter Verletzung des Sorgerechts aus einem Vertragsstaat, in dem es seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, in einen anderen Vertragsstaat widerrechtlich verbracht oder dort widerrechtlich zurückgehalten wird.<sup>22</sup> Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wurde besonders in der Entscheidung des SN vom 26. September 2000 – I CKN 776/00 erörtert. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt gestaltete sich wie folgt: Der Mann war der Antragsteller und lebte in den USA, die Frau als Antragsgegnerin lebte nun mit dem gemeinsamen Kind in Polen. Der gemeinsame Sohn kam im Jahre 1992 auf die

<sup>21</sup> Vgl. OLG Hamburg, NJW 2014, 3378, 3379; Palandt/Thorn, BGB, Anh EGBGB 24 Rn. 31.

<sup>22</sup> AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983.



Welt und lebte gemeinsam mit beiden Elternteilen in Polen, die sich beide um ihn kümmerten. 1994 ist der Antragsteller in die USA gezogen. Im Jahr 1996 ist die Antragsgegnerin mit dem Sohn ebenfalls in die USA gekommen, wo sie gemeinsam mit ihrem Mann und ihrem Sohn bis Juni 1998 lebte. Der Sohn ging währenddessen in den USA in die Kinderkrippe und in den Kindergarten. 1998 ist die Antragsgegnerin anschließend mit dem gemeinsamen Sohn nach Polen in den Urlaub gefahren, wonach sie nicht mehr in die USA zurückgekehrt und entgegen dem Willen des Antragstellers mit dem Sohn in Polen verblieben ist. Der Vater beantragt daraufhin die Rückführung des Kindes in die USA, von wo aus die Mutter es widerrechtlich nach Polen verbracht hat. Das polnische Amtsgericht hat den Antrag des Vaters abgelehnt. Das Bezirksgericht hat nach erfolgter Berufung seitens des Vaters die Berufung und somit den Antrag ebenfalls abgelehnt. Beide Gerichte argumentierten damit, dass Art. 3 HKÜ keine Anwendung fände, da das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt gar nicht in den USA habe. Darüber hinaus würden die faktischen Umstände ohnehin für eine Ablehnung des Antrags im Wege des Art. 13 I lit. b HKÜ sprechen. Die Annahme, dass der Sohn seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in den USA habe, begründete das Gericht mit der Anlehnung an Art. 26 poln. Zivilgesetzbuch (nachfolgend: ZGB)<sup>23</sup> sowie mit dem Umstand, dass die Antragsgegnerin nicht die Absicht hatte, für immer in den USA zu bleiben. Insbesondere habe sie in Polen ihren Arbeitsplatz nicht aufgegeben, sich dort lediglich um eine Beurlaubung bemüht und auch das Eigentum an ihrer Wohnung in Warschau nicht aufgegeben. Des Weiteren verfügte sie in den USA nicht über die Bedingungen für einen festen Wohnsitz für ihre Familie und besaß dort insbesondere keine Krankenversicherung. Das Bezirksgericht ergänzte schließlich, dass zum Zeitpunkt der Antragsstellung auch kein

---

<sup>23</sup> Art. 26 ZGB ins Deutsche übersetzt: Art. 26. § 1 Der Wohnort des Kindes, für das den Eltern das Sorgerecht zusteht, ist der Wohnort der Eltern oder desjenigen Elternteils, dem das Sorgerecht allein zusteht oder dem das Ausüben des Sorgerechts übertragen wurde. § 2 Falls das Sorgerecht beiden Elternteilen gleichermaßen zusteht und diese unterschiedliche Wohnsitze haben, so befindet sich der Wohnort des Kindes bei jenem Elternteil, bei dem sich das Kind dauerhaft aufhält. Hält sich das Kind bei keinem der Elternteile dauerhaft auf, bestimmt das Betreuungsgericht dessen Wohnort.



Beschluss oder eine Entscheidung vorlag, die das Sorgerecht nur einem Elternteil zugewiesen hätte.

Nachdem der Antragsteller erneut Rechtsmittel eingelegt hat, entscheidet der SN letztlich zugunsten des Antragstellers und gibt dem Antrag des Vaters statt. Zunächst weist es auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsbegriffe in Art. 3 HKÜ und Art. 26 K.C. hin, da letzterer vom „Wohnsitz“ und nicht vom „gewöhnlichen Aufenthalt“ des Kindes spricht. Der „Wohnsitz“, der in Art. 25 ZGB definiert wird, enthält nach dem polnischen Rechtsverständnis jedoch sowohl ein objektives als auch ein subjektives Element. Der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ (Art. 4 HKÜ) ist dagegen vielmehr lediglich im objektiven Sinne zu verstehen. Einen Willen oder eine Absicht, seinen gewöhnlichen Aufenthalt an einem bestimmten Ort zu begründen, ist jedoch gerade nicht notwendig. Vielmehr ist die objektive Dauer und Festigkeit des Aufenthalts ausschlaggebend, also der rein physische Aufenthalt und der Umstand, ob die alltäglichen Aktivitäten des Lebens, die Befriedigung der Lebensbedürfnisse, die Erfüllung von Pflichten und die Wahrnehmung von Rechten sich auf diesen einen bestimmten Ort konzentrieren und es keinen anderen derartigen Ort gibt, wo jene Tätigkeiten praktiziert werden. Demzufolge kann der Umstand, dass die Antragsgegnerin nie beabsichtigte, in den USA zu verweilen, kein Kriterium sein, anhand dessen man die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in den USA ablehnen darf. Zudem führt der SN an, dass dem Antragsteller ebenfalls im Sinne des Art. 5 HKÜ das Sorgerecht zusteht und dass dieser sehr wohl die Absicht hatte, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den USA zu haben. Es ist folglich nicht ersichtlich, warum die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts scheinbar nur in Bezug auf die Mutter betrachtet wurde und zu ihren Gunsten und zu Lasten des Vaters auslegt wurde. Insgesamt spricht die Lebensgestaltung des Sohnes in den USA offensichtlich dafür, dass er dort seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort begründet, sodass ein widerrechtliches Verbringen des Kindes gem. Art. 3 HKÜ vorliegt. Letztlich ist der SN auch erneut auf Art. 13 I lit. b HKÜ eingegangen. Es stellt fest, dass es keinen Weg gibt, der Annahme des Bezirksgerichts zuzustimmen, dass die Voraussetzungen des Art. 13 I lit. b HKÜ vorlägen und die Mutter so die Rückführung des Kindes verweigern könne. Der Fakt, dass der Antragsteller in der Vergangenheit vorübergehend keine Arbeit hatte, stellt keine Situation dar, wonach die Rückführung des

Kindes dieses in eine unzumutbare Lage bringen würde. Auch die Trennung von der Mutter begründet keineswegs einen hinreichenden drohenden seelischen Schaden. Der Fakt, dass der Vater in dem Zeitraum des Verbleibens des Kindes in Polen keinerlei Beiträge für seinen Sohn gezahlt hat, ändert nichts an dieser Wertung. Die Verweigerung von Zahlungen stellt von Seiten des Antragstellers eher einen Ausdruck einer Missbilligung der aktuellen Situation dar, in der die Mutter dem Vater das Kind vorenthält. Jedenfalls taugen die fehlenden Zahlungen nicht als Beweis dafür, dass der Antragsteller für das Kind nicht aufkommen und sorgen kann, und zwar in einem Maße, das das Kind im Sinne des Art. 13 I lit. b HKÜ in eine unzumutbare Lage versetzen würde. Schlussendlich konnte damit das Rückführungshindernis des Art. 13 HKÜ verworfen werden. Das SN hat den Fall an das Bezirksgericht zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

Die deutschen Gerichte legen den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts geradezu identisch wie der polnische SN aus. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ im Sinne des Art. 3 und Art. 4 HKÜ ist demnach der Ort, an dem eine Person ihren „Daseinsmittelpunkt“ hat, der von gewisser Dauer ist, und wo der Schwerpunkt der persönlichen Bindungen liegt; im Gegensatz zu dem Begriff des „Wohnsitzes“ ist ein Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt oder Schwerpunkt der Lebensverhältnisse zu machen, nicht erforderlich.<sup>24</sup> Die Staatsangehörigkeit des Kindes als solche ist ebenfalls sowohl nach dem Verständnis der polnischen als auch der deutschen Gerichte völlig unerheblich.<sup>25</sup> Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ist für den Antrag nach dem HKÜ von enormer Wichtigkeit, zumal vor allem bei einem häufigen Wechsel zwischen mehreren Staaten das Risiko besteht, dass der gewöhnliche Aufenthaltsort nicht mehr festgestellt werden kann und infolgedessen die Voraussetzungen des Art. 3 HKÜ nicht erfüllt sind und der Antrag auf Rückführung des Kindes nach dem HKÜ somit abgelehnt wird.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2006, 938, 338 f.

<sup>25</sup> Vgl. AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983; SN, Beschluss vom 07.10.1998, I CKN 745/98.

<sup>26</sup> Vgl. AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983.

### III. Statistische Auswertung

---

#### 1. Statistiken der deutschen Zentralen Behörde

Um in den Fällen der internationalen Kindesentführungen eine etwaige Ungleichbehandlung von Ausländern vor deutschen Gerichten zu untersuchen, ist ein Blick auf die Website des Bundesamts für Justiz hilfreich, auf der es über die Links „Bürgerdienste“, „Internationales Sorgerecht“ und „Statistik“ Zugriff auf aktuelle Statistiken über Verfahren auf der Grundlage des Haager Kindesentführungsübereinkommens, des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens und der Brüssel II a-Verordnung, an denen die deutsche Zentrale Behörde beteiligt ist, gibt.<sup>27</sup>

Aus den Tätigkeitsberichten der Jahre 2011 bis 2014, welche per Download als PDF-Datei verfügbar sind, lässt sich beispielsweise der Verfahrensstatus von Rückführungsanträgen in den genannten Jahren gut nachvollziehen. Aufgeteilt in „aus dem Ausland eingegangene Rückführungsanträge“ und „an ausländische zentrale Behörden gerichtete Anträge“ kann in diesen Statistiken auch verfolgt werden, wie viele Anträge in welchem Jahr abgelehnt wurden. Allerdings werden detailliertere Statistiken nur für die jeweils vorangegangenen zwei Jahre ins Internet gestellt, sodass man die Ablehnungsgründe nur in den letzten beiden Jahren nachvollziehen kann.<sup>28</sup>

Zwischen 2010 und 2014 wurden 53 der aus dem Ausland eingegangenen Rückführungsanträge gerichtlich abgelehnt, dies entspricht einer Prozentzahl von 9,0% im Vergleich zur Prozentzahl von 8,9% bei gerichtlichen Ablehnungen von an ausländische zentrale Behörden gerichteten Anträgen. Über die Jahre hinweg ist jedoch ein Rückgang der gerichtlichen Ablehnungen bei eingegangenen Rückführungsanträgen zu sehen. Die absolute Zahl sank stetig von 16 Ablehnungen im Jahr 2010 auf 10 im Jahre 2013, das entspricht einem prozentualen Rückgang von 12,6% (2010) auf 6,6% (2013).<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik_node.html) [Stand: 07.03.2016].

<sup>28</sup> Momentan 2013 und 2014.

<sup>29</sup> Diese Zahlen erhält man beim einzelnen Auswerten der vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellten Tätigkeitsberichte über die Jahre 2011 bis 2014 <https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetig->

Auffällig ist die wesentlich höhere Zahl von freiwilligen Rückführungen bei Anträgen an ausländische zentrale Behörden, diese liegt bei 30,2% im Vergleich zu 14,0% bei eingegangenen Anträgen. Eine gerichtliche Rückführungsanordnung erging gemäß dem Bundesamt für Justiz zwischen 2010 und 2014 bei 17,6% der eingegangenen Rückführungsanträge, während es nur 13,9% bei an ausländische zentrale Behörden gerichteten Anträgen waren.

Anhand der Tätigkeitsberichte des Bundesamtes für Justiz kann folglich keine Benachteiligung von Ausländern vor deutschen Gerichten irgendeiner Art festgestellt werden.

Auch geht aus den beiden ausführlicheren Statistiken zu Kindesentführungs-, Sorgerechts- und Umgangsfällen nach HKÜ, ESÜ und der Brüssel II a-Verordnung über die Jahre 2013 und 2014 kein statistisch signifikanter Übergebrauch von bestimmten Ablehnungsgründen, wie dem Art. 13 I lit. b HKÜ (Kindeswohl) oder Art. 13 II HKÜ (Kindeswille), hervor.<sup>30</sup>

## 2. Statistiken der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht

Auf der Website der „Hague Conference on Private International Law“<sup>31</sup> (HCCH) befinden sich ebenfalls Statistische Erhebungen über das „Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung“.<sup>32</sup>

Von dieser Auflistung von Veröffentlichungen gelangt man über den Link „Statistical Analysis Part II: National Report Germany“ auf eine Seite, von der man Zugriff auf eine Statistik über die Um-

---

keitsbericht\_2011.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=3; [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2012.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=4); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=2); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=2), [Stand: 07.03.2016].

<sup>30</sup> [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=3), [Stand: 07.03.2016]. [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=9), [Stand: 07.03.2016].

<sup>31</sup> <https://www.hcch.net/de/home/>, [Stand: 08.03.2016].

<sup>32</sup> <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/publications1/?dtid=32&cid=24>, [Stand: 07.03.2016].

setzung des Haager Übereinkommens in Deutschland aus dem Jahr 1999 erhält.<sup>33</sup>

#### **a) National Report**

Zur Umsetzung des HKÜ im Jahre 1999 in Deutschland lässt sich wenig Positives berichten. Nur 35% der Anträge führten, entweder durch gerichtliche Anordnung oder freiwillig, zur Rückführung des Kindes im Vergleich zu 50% im weltweiten Vergleich. In 19% der Fälle wurde in Deutschland der Rückführungsantrag gerichtlich abgelehnt, im Vergleich zu nur 11% weltweit. Besonders groß war der Unterschied zwischen der weltweiten gerichtlichen Rückführungsanordnungsrate, welche bei 74% lag, und der deutschen, die gerade mal 19% betrug.<sup>34</sup>

#### **b) Umfassende Statistik des HCCH**

Ein weiterer Link „Statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Child Abduction Convention, Parts I-III (National, Regional and Global Reports)” führt auf eine Seite mit Dateien über statistische Erhebungen über die Umsetzung des Abkommens im Jahr 2008 im Vergleich mit den Jahren 2003 und 1999.<sup>35</sup>

Diese umfassenden Statistiken gewähren die Möglichkeit eines Ländervergleiches bezüglich der unterschiedlichen Umsetzung des Haager Abkommens. Im Folgenden werden Deutschland und Polen mit der weltweiten Umsetzung verglichen.

Im Jahre 2008 endeten 37% der Rückführungsanträge an die deutsche Zentrale Behörde mit der Rückführung des Kindes, in Polen 31%. Damit bleiben beide Länder unter dem weltweiten Durchschnitt dieses Jahres von 46%. Im Vergleich zu 2003 sank damit sowohl in

---

<sup>33</sup> <https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=2840&dtid=32>, [Stand: 09.03.2016].

<sup>34</sup> [https://assets.hcch.net/upload/stats\\_de.pdf](https://assets.hcch.net/upload/stats_de.pdf) [Stand 08.03.2016].

<sup>35</sup> <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5421&dtid=32>, [Stand: 07.03.2016].

Global - Prel. Doc. No 8 A of May 2011 - A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>, Im Folgenden „Global”, S.98-S.116 Deutschland, S.131 - S.145 Polen National - Prel. Doc. No 8 C of May 2011 - A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part III <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08c.pdf>

Deutschland (39%) als auch in Polen (33%) die Rückführungsquote geringfügig ab.<sup>36</sup>

Während in Deutschland die Zahl der gerichtlichen Ablehnungen schwanken und die Zahl der freiwilligen Rückführungen nach 16% im Jahre 1999 auf 15% in 2003 und nur 10% in 2008 gesunken ist, kann positiv vermeldet werden, dass die Zahl der richterlichen Anordnungen der Rückführung über die Jahre stetig gestiegen ist. Während sie 1999 noch 19% betrug, so ist sie 2003 bereits auf 24% und 2008 auf 27% gestiegen. In Polen lag sie 2003 bei 17% und 2008 bei 16%. Weltweit wurden 2008 23% der Rückführungsanträge positiv beschieden, sodass Deutschland in diesem Jahr über, Polen dagegen unter dem Schnitt lag.

Der weltweite Schnitt bei gerichtlichen Ablehnungen von Rückführungsanträgen lag 2008 bei 15%. Während Deutschland mit 18% nur geringfügig über diesem Wert liegt, lehnte Polen 26 Rückführungsanträge, ergo 39% ab und weicht somit deutlich ab.

#### Ergebnis Rückführungsantrag 2008<sup>37</sup>

	Deutschland	Polen	Weltweit
Rückführung des Kindes	37%	31%	46%
Gerichtliche Ablehnung	18%	39%	15%
Antragsrücknahme	23%	18%	18%

Deutschland erklimmt mit der Ablehnungsquote von 18% fast wieder die Marke von 1999, als diese 19% betrug. Im Jahre 2003 hatte sie zwischenzeitlich bei 9% gelegen. Grundsätzlich fällt auf, dass 2008 in Deutschland mehr Rückführungsanträge abgelehnt (s.o.) oder zurückgezogen (23%) wurden als im weltweiten Vergleich (18%).

Von den 55 Fällen, die im Jahr 2008 in Deutschland vor Gericht kamen, wurden 21 (38%) abgelehnt, im Vergleich zu 33% im weltweiten Vergleich. 1999 waren es noch 50% und 2003 nur 27% gewesen. In Polen wurden 26 der 39 Rückführungsanträge, die vor Gericht landeten, abgelehnt, was einer Quote von 67% entspricht. Allerdings waren es 2003 noch 73% der Fälle gewesen.

<sup>36</sup> Global S. 98 und S. 131.

<sup>37</sup> Global S. 102,103 Für Deutschland und S. 135,136 für Polen.

### Gründe der gerichtlichen Ablehnung der Rückführungsanträge 2008<sup>38</sup>

	Deutschland	Polen	Weltweit <sup>39</sup>
Kein gewöhnlicher Aufenthalt	4%	4%	13–15%
Antragsteller hat kein Sorgerecht	13%	16%	8–10%
Art. 12	13%	4%	13%
Art. 13 I lit. a keine Sorgerechtsausübung	0%	0%	6–7%
Art. 13 I lit. a Zustimmung zum Verbringen	4%	0%	5–6%
Art. 13 I lit. a nachträgliche Genehmigung	9%	8%	5–6%
Art. 13 I lit. b Kindeswohl	17%	64%	27–29%
Kindeswille	23%	4%	14–17%
Art. 20	0%	0%	1%
Anderes	17%	0%	2%

Besonders auffällig bezüglich der Zahlen zu Deutschland ist die deutlich höhere Zahl an Entscheidungen aufgrund des Kindeswillens (23% zu 14–17%) und die auffallend geringere Zahl zu Art. 13 I lit. b HKÜ (Kindeswohl). Bei den polnischen Entscheidungen fällt die häufige Begründung mit dem Kindeswohl nach Art. 13 I lit. b HKÜ auf.

## IV. Fazit

---

Es stellt sich als große Herausforderung dar, eine klare Tendenz bezüglich der Chancengleichheit oder -ungleichheit von unterschiedlichen Staatsbürgern vor deutschen und polnischen Gerichten zu erkennen. Beim Heranziehen von deutschen Urteilen ist aufgefallen, dass die Gerichte sehr präzise und nah am Wortlaut gearbeitet haben und in mehreren Entscheidungen deutlich machten, dass es sich bei Art. 13 HKÜ um eine absolute Ausnahmeregelung handelt, die nur in gravierenden Fällen angewendet werden kann. Dessen Anwendung wurde in allen Instanzen ähnlich praktiziert, sodass sich kein quali-

<sup>38</sup> Global S. 104,105 Für Deutschland und S. 137,138 für Polen.

<sup>39</sup> Die Zahlen weichen innerhalb des Dokuments voneinander ab. Vgl. <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf> - S.105 und S.137.

tativer Unterschied erkennen lässt. Die Auslegung der Merkmale wurde an höchstrichterlichen Rechtsprechungen orientiert und gewährte damit insgesamt eine klare Linie der deutschen Rechtsprechung. Eine eindeutige Tendenz, inwieweit die Staatsbürgerschaft eine Rolle spielt, ergeben weder die offiziellen Statistiken, noch das stichprobenartige Lesen unterschiedlicher Urteile bezüglich des Art. 13 HKÜ. Wie die Statistik belegt, wenden die deutschen Gerichte nur zu 13% Art. 13 I lit. b HKÜ an, was auch das eigentliche Ziel des HKÜ widerspiegelt. Bemerkenswert diesbezüglich ist, dass die polnischen Gerichte zu 64% Art. 13 I lit. b HKÜ anwenden, was deutlich über dem eigentlichen Durchschnitt der Anwendung dieser Ausnahmenvorschrift liegt und das Ziel des HKÜ somit im Grunde verfehlt. Die Statistik belegt gewissermaßen, was in den polnischen Urteilen aufgefallen ist. Es fällt auf, dass zumindest die unteren Instanzen in Polen oft zugunsten des polnischen Staatsbürgers entscheiden. Die Begründung ist jedoch oft sehr unbefriedigend und widerspricht der deutschen Auslegung des Wortlautes des Art. 13 HKÜ. Für die Anwendung des Art. 13 HKÜ genügten den unteren Instanzen bereits wenige Gründe. Letztlich lässt sich aber sagen, dass das höchste polnische Gericht im Endeffekt jedoch wie die deutschen Gerichte urteilt und die womöglich polnische Staatsbürger bevorzugenden Entscheidungen der ersten Instanzen verwirft. Demnach lässt sich im Großen und Ganzen sowohl bei den Entscheidungen der deutschen als auch jenen der polnischen Gerichte keine grundlegende und allgemeingültige Bevorzugung der einheimischen Staatsbürger nachweisen.



Ilona Schütz, Leonard Krippner und Monika Schmatloch

## **Pozycja obcokrajowca przed sądem – prawnoporównacza ocena stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę przez niemieckie i polskie sądy<sup>1</sup>**

### **I. Wprowadzenie**

---

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy przy orzekaniu o powrocie uprowadzonego za granicę dziecka i transgranicznych konfliktach dotyczących prawa do opieki i odwiedzin ma znaczenie przynależność państwowa dzieci, rodziców albo innych członków rodziny, czemu zaprzecza Federalny Urząd Sprawiedliwości na swojej stronie internetowej.<sup>2</sup>

W obszarze międzynarodowego prawa rodzinnego obowiązuje w Republice Federalnej Niemiec wiele umów wielostronnych, w tym Konwencja haska dotycząca cywilnoprawnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r. (Konwencja haska z 1980 r.)<sup>3</sup>, Europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem<sup>4</sup>, Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności

---

<sup>1</sup> Artykuł był publikowany w języku niemieckim w piśmie „Osteuropa Recht” (Zbiór 62, Rok 2016, Zeszyt 2) i jest publikowany w tym zbiorze za zgodą redakcji.

<sup>2</sup> Zobacz *III. Kindesentführung von Deutschland ins Ausland*, [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise\\_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A0AA4844CBC96E3.1\\_cid386#doc3453212bodyText1](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Hinweise/Hinweise_node.html;jsessionid=CCB0D77C3106F02B4A0AA4844CBC96E3.1_cid386#doc3453212bodyText1).

<sup>3</sup> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

<sup>4</sup> <http://www.generalbundesanwalt.de/de/esue.php>

rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci<sup>5</sup>, Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 – Bruksela II a<sup>6</sup>. W niniejszym artykule szczególna uwaga poświęcona zostanie Konwencji haskiej z 1980 roku.

Konwencja ta została stworzona, aby chronić dziecko, które z naruszeniem prawa do opieki zostaje uprowadzone przez jednego z rodziców do innego państwa albo zostaje tam zatrzymane po upływie uzgodnionego terminu odwiedzin. Celem Konwencji haskiej z 1980 r. jest zapewnienie, aby dziecko tak szybko, jak to jest możliwe, powróciło do swojego dotychczasowego państwa pobytu. Realizacja tego celu była w późnych latach 90. częstą przyczyną krytyki wobec Niemiec i zarzutów wadliwego stosowania konwencji.<sup>7</sup>

W dalszej części artykułu przedstawione zostanie porównawcze zestawienie, uwzględniające aktualne dane statystyczne i wyroki sądów z Niemiec i Polski, na podstawie których ocenimy, czy przed niemieckimi i polskimi sądami obcokrajowcy mają takie same szanse na uzyskanie sprawiedliwego i zgodnego z konwencją wyroku, jak obywatele danego kraju.

## II. Cechy szczególne niemieckich i polskich wyroków w wybranych sprawach

---

### 1. Rola matki dziecka w praktyce stosowania art. 13 I Konwencji haskiej z 1980 r.

Wyrok wyższego sądu krajowego (dalej: OLG) w Düsseldorfie z 2.2.2011 r. o sygn. 1 UF 110/10 dotyczył sprawy uprowadzenia dziecka przez

---

<sup>5</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007247>

<sup>6</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:DE:PDF>

<sup>7</sup> K. Scheppe, *Kindesentführungen und Kindesinteressen – Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland*, s. 15; zob. reakcje prasy międzynarodowej na orzeczenia sądów niemieckich: Sunday Telegraph 24.03.1996: »In the Name of the Fatherland«; Sunday Times 05.04.1998 »German tug of love kidnap stings France«; Le Monde 16.07.1998 »Les raptés d'enfants au sein de couples franco-allemands restent sans solution«; Süddeutsche Zeitung 21.10.1999 »Im Zweifel für den Kidnaper – Die deutsche Justiz zeigt sich bei der Rückführung entführter Kinder ins Ausland hartleibig«.

kobietę narodowości tureckiej.<sup>8</sup> W 2004 r. kobieta ta zawarła związek małżeński w Turcji. Od tego czasu małżonkowie zamieszkali w Turcji, gdzie w latach 2005 i 2009 urodziły się ich dwie córki. W 2010 r. kobieta wyjechała z obiema córkami do Niemiec. Mąż powiadomił ją, że chciałby spędzić z córkami ferie i z tego powodu zaplanował ich lot powrotny do Turcji. Lot nie uwzględniał jednak matki dziewczynek. Kobieta postanowiła zostać z obiema córkami w Niemczech.

Ojciec dziewczynek (wnioskodawca) zażądał od matki (uczestniczki postępowania) wydania dzieci w celu ich natychmiastowego powrotu do Turcji. Podstawy tego żądania były zgodne z konwencją.

Uczestniczka postępowania odmówiła zwrotu dzieci z następujących powodów:

- poważne ryzyko szkód psychicznych dzieci,
- poważne problemy małżeńskie,
- stosowanie przemocy wobec uczestniczki przez wnioskodawcę,
- dopuszczenie się przez wnioskodawcę gwałtu na uczestniczkę,
- znieważanie dzieci przez wnioskodawcę,
- zagrożenie dzieciom stosowaniem przemocy przez wnioskodawcę,
- brak faktycznego wykonywania przez wnioskodawcę prawa do opieki,
- odmowa powrotu przez starszą córkę.

Sąd rejonowy uwzględnił wniosek o wydanie dzieci. Uczestniczka sprzeciwiła się rozstrzygnięciu i przedstawiła nowe uzasadnienie. Przytoczyła w nim dalsze powody, które mogły świadczyć o tym, że w razie powrotu dzieci mogą doznać szkód psychicznych:

- zmuszanie przez wnioskodawcę uczestniczki do seksu analnego w obecności starszej córki,
- dokonanie przez wnioskodawcę na uczestniczkę gwałtu oralnego,
- wypowiedanie przez wnioskodawcę gróźb śmierci,
- wyrażenie przez wnioskodawcę w dniu 24.03.2010 r. zgody na pozostanie dzieci w Niemczech.

OLG w Düsseldorfie orzekł na korzyść wnioskodawcy i utrzymał w mocy wyrok sądu rejonowego nakazujący powrót dzieci. Tym sa-

---

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1237.

mym OLG, pomimo argumentacji przedstawionej przez uczestniczkę, sprzeciwił się pozostaniu dzieci. Rozstrzygnięcie zostało uzasadnione następująco:

Zgodnie z art. 13 I lit. a Konwencji haskiej z 1980 r. sąd nie jest zobowiązany do zarządzenia wydania dziecka, jeżeli osoba, której przysługuje prawo do opieki nad dzieckiem faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie. W niniejszej sprawie sąd uznał, że nie można przyjąć, że wnioskodawca nie wykonywał prawa do opieki. Nie można też przyjąć na podstawie informacji z dnia 24.03.2010 r., że wnioskodawca pozwolił na pobyt dzieci w Niemczech. Taka zgoda musi być zawsze wyraźna i jednoznaczna oraz podlega, z uwagi na skutki prawne, które za sobą pociąga, bardzo surowym wymogom.<sup>9</sup> Sąd nie dostrzegł w informacji wyraźnej zgody, wskazując, że wynika z niej raczej, że to matka może pozostać w Niemczech tak długo, jak zechce. Z informacji tej nie daje się odczytać, że miałyby odnosić się także do pobytu dzieci. W konsekwencji, przesłanki art. 13 I lit. a Konwencji haskiej z 1980 r. nie zostały spełnione.

Zgodnie z art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. sąd nie jest zobowiązany do zarządzenia wydania dziecka, jeżeli powrót dziecka związany byłby z poważnym ryzykiem narażenia dziecka na fizyczną lub psychiczną szkodę. Przy wykładni tego przepisu sąd odwołuje się do sensu i celu konwencji, które sprowadzają się do tego, aby dzięki uregulowaniom zawartym w konwencji powstrzymać strony przed nielegalnym wywiezieniem dziecka za granicę albo jego zatrzymaniem za granicą. Co więcej, rozstrzygnięcie dotyczące prawa do opieki powinno być podejmowane w miejscu zwykłego pobytu dziecka.<sup>10</sup> Tylko szczególnie ciężkie pokrzywdzenie dziecka może być brane pod uwagę. Musi ono wykraczać poza trudności związane z samym powrotem dziecka, w przeciwnym razie wyjątek z art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. znajdowałby zawsze zastosowanie.<sup>11</sup> Typowe trudności powstają wówczas, gdy uprowadzone dziecko identyfikuje się z rodzicem, który dokonał uprowadzenia i znajdując się w nowej sytuacji, nawiązuje kontakty społeczne oraz buduje normalne życie. Takie

<sup>9</sup> MüKo-BGB/Siehr, Band 10, 5. Auflage, München 2010, Anhang II zu Artikel 21 EGBGB Rn. 72.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 186.

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 1996, 1402, 1403.

okoliczności nieuchronnie prowadzą do tego, że w razie powrotu dziecka do opuszczonego rodzica po raz kolejny rozpada się świat dziecka.<sup>12</sup> Tego rodzaju szczególnych trudności w przypadku powrotu dziecka OLG w Düsseldorfie nie wziął pod uwagę. Stwierdził, że nie chodzi tu o stosunek istniejący między wnioskodawcą i uczestniczką, a wyłącznie o stosunek między dzieckiem a jego ojcem. Konwencja odnosi się wyłącznie do relacji z dzieckiem, a nie relacji istniejącej między jego rodzicami. Sąd uznał wprawdzie, że może dojść do traumatyzacji dziecka w sytuacji, gdy nie powróci z nim matka, stwierdził jednak, że dla uczestniczki postępowania istnieje w Turcji wystarczająco dużo możliwości ochrony jej praw jako kobiety. Jedną z takich możliwości ochrony polega na przykład na tym, że może udać się do schroniska dla kobiet. Pod takimi warunkami uczestniczka postępowania może towarzyszyć dzieciom w Turcji.

Artykuł 13 II Konwencji haskiej z 1980 r. daje sądowi możliwość odmowy wydania dziecka, jeżeli zostanie stwierdzone, że dziecko sprzeciwia się powrotowi, a osiągnęło dojrzałość i wiek niezbędne do podjęcia takiej decyzji. Według OLG w Düsseldorfie w rozpoznawanej sprawie żadna z córek nie osiągnęła wymaganej dojrzałości. Z powyższych powodów OLG w Düsseldorfie uznał, że żądanie uczestniczki postępowania jest bezzasadne.

Polskie sądy w podobnych sprawach odmawiały wydania dziecka. Jako przykład posłużyć może wyrok Sądu Najwyższego (dalej: SN) z 1.12.2000 r. V CKN 1747/00<sup>13</sup>. W tej sprawie sąd drugiej instancji, podobnie jak sąd pierwszej instancji (sąd rejonowy), odmówił powrotu dziecka za granicę, a zastosowanie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. uzasadnił tym, że wnioskodawczyni (mającej polskie obywatelstwo) brakowało środków, aby móc razem z dzieckiem wyjechać do Francji. Oderwanie dziecka od matki zbyt silnie obciążałoby je psychicznie. W odniesieniu do ojca istniały natomiast wątpliwości, czy będzie on wykonywać swoje obowiązki rodzicielskie, oraz ryzyko, że dziecko mogłoby doznać szkody psychicznej. Także SN użył podobnej argumentacji, oddalając skargę kasacyjną. Z treści wyroku nie wynikają jasno dokładne motywy orzeczenia. Dopuszczono jednak

---

<sup>12</sup> OLG Hamm, BeckRS 2006, 00753.

<sup>13</sup> Legalis nr 299528.

zastosowanie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r., a w konsekwencji powrót dziecka (do Francji) nie nastąpił.

Sytuacja matki, w obu tych przypadkach, nie była identyczna, była jednak do pewnego stopnia porównywalna. Pomimo wykorzystywania i nadurzyć dokonywanych na matce, jak również zagrożeń dla dzieci ze strony wnioskodawcy, sąd niemiecki nie widział konieczności wstrzymania powrotu dziecka. W sprawie niemieckiej matka także nie posiadała środków finansowych ani odpowiedniego miejsca schronienia w razie powrotu. Pomimo tego w ocenie sądu niemieckiego możliwy był powrót matki do Turcji i znalezienie ochrony w schronisku dla kobiet. W wyroku polskiego sądu pierwszej instancji jako kluczowy powód odmowy powrotu dziecka za granicę wskazano natomiast brak środków finansowych pozwalających matce na pozostanie we Francji. Sąd nie rozpatrywał żadnych alternatyw, w kwestii czy wyjazd matki do Francji z dziećmi byłby możliwy. Pomimo że sąd francuski orzekł w wyroku rozwodowym, iż córka ma mieszkać z ojcem, sądy polskie odmówiły wydania dzieci.

Także w wyroku SN z 26.09.2001, I CKN 776/00<sup>14</sup> przedmiotem rozważań sądu było stosowanie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku. Sąd apelacyjny (sąd okręgowy) uznał przesłanki art. 13 I lit. B Konwencji za spełnione, gdyż wnioskodawca w przeszłości przeważnie nie miał pracy, co rodziło poważne wątpliwości dotyczące tego, czy jest w stanie zadbać o dziecko. Powrót dziecka do USA bez matki mógł również negatywnie wpłynąć na psychikę dziecka. Wspólne zamieszkanie obojga rodziców w USA było niemożliwe z powodu ich konfliktowego pożycia w przeszłości. Z tego powodu sąd okręgowy odmówił wydania dziecka za granicę. Ojciec dziecka zaskarżył to orzeczenie, twierdząc, że był bezrobotny jedynie przejściowo z powodu jego studiów. Sąd Najwyższy uznał, że sądy rozpoznające sprawę dokonały wykładni przesłanek art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. wyłącznie na korzyść matki dziecka i nakazał ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd okręgowy. Także w tym przypadku położenie matki odegrało istotną rolę. W tej sprawie sądy I i II instancji zgodnie uznały, że przesłanki art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. są spełnione, przyjmując, że dziecko dozna szkody, jeżeli powróci bez matki. Sądy nie prowadziły rozważań w kwestii, czy byłby możliwy powrót dzieci

---

<sup>14</sup> OSNC 2001 nr 3, poz. 38, s. 19.

razem z matką. Wskazywały wprawdzie, że dla matki nie był możliwy ponowny powrót do wspólnego życia z wcześniejszym partnerem, nie przytaczały jednak przykładowych propozycji dotyczących powrotu matki, w sytuacji, gdyby nie miała zamieszkać z wcześniejszym partnerem. Niemiecki sąd w swoim wyroku zajął jednak w tej kwestii stanowisko i przytoczył alternatywne rozwiązanie dla matki, wskazując, jak mogłaby w Turcji żyć i znaleźć ochronę, bez powrotu do swojego męża.

## 2. Znaczenie woli dziecka w stosowaniu art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 r.

W sprawie rozpoznawanej przez sąd rejonowy w Hamm z 08.11.2010, sygn. 3 F 512/10<sup>15</sup> strony zawarły w Polsce związek małżeński, z którego narodziła się dwójka dzieci – A i D. Wszyscy członkowie rodziny mieli obywatelstwo polskie. Jedno z dzieci (A) źle czuło się z Niemczech i chciało wrócić do Polski. Matka i ojciec dzieci telefonicznie zdecydowali, że A zamieszka w Polsce razem z ojcem, co miało miejsce także wcześniej. W przeciwieństwie do dziecka A, dziecko D zamieszkało z matką i jej nowym partnerem w Niemczech. Ojciec skierował wniosek o zarządzanie powrotu dziecka D do Polski.

Podniósł, że nigdy nie wyrażał zgody na powrót dziecka D do Niemiec i jego pozostanie tam.

Uczestniczka postępowania powołała się z kolei na następujące okoliczności:

- małżeństwo ucierpiało z powodu znacznego nadużywania alkoholu przez wnioskodawcę, używania siły i obelg przeciwko uczestniczkę postępowania i dzieciom,
- w październiku 2010 r. uczestniczka postępowania poinformowała wnioskodawcę, że chciałyby uzyskać paszporty dla dzieci, aby mogła przeprowadzić się z nimi do Niemiec; na to wnioskodawca odpowiedział, że może ona robić, co tylko chce i wyjeżdżać gdziekolwiek chce,
- wnioskodawca udzielił w sposób dorozumiany zgody na to, że zabierze ze sobą A do Polski, a D zostanie w Niemczech,
- miejsce zwykłego pobytu D od 2009 r. znajduje się w Niemczech,

<sup>15</sup> FamRZ 2011, 1237.

- D jest ściśle społecznie związane z uczestniczką postępowania,
- dla uczestniczki postępowania bezcelowy jest powrót do Polski ze względu na używanie siły przez wnioskodawcę,
- ze względu na złe relacje z ojcem dziecko D odmówiło kontaktu z nim i nie chce wracać do Polski,
- wnioskodawca przekroczył znany mu roczny termin (art. 12 Konwencji haskiej z 1980 r.).

Sąd oddalił wniosek o zarządzanie powrotu dziecka. Po pierwsze sąd uznał, że miejsce zwykłego pobytu D, w rozumieniu art. 4 Konwencji haskiej z 1980 r., znajduje się w Polsce. Tam dziecko mieszkało ze swoimi rodzicami i siostrą. Od 25.11.2009 r. dziecko zamieszkało w Niemczech. Według niemieckiego sądu działanie matki nie było legalne. Nie przysługiwało jej uprawnienie do samodzielnego decydowania o miejscu stałego pobytu dziecka, gdyż taką decyzję powinna podjąć razem z ojcem dziecka. Z art. 93 § 1 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wynika, że władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, w związku z czym rodzice o istotnych sprawach dotyczących dziecka muszą wspólnie decydować. W tym przypadku pojawia się też pytanie o przeprowadzkę do innego państwa. Sąd stwierdził, że przesłanki art. 13 I lit. a Konwencji haskiej z 1980 r. nie są spełnione, ponieważ ze stanu faktycznego sprawy nie wynika, aby została przez ojca wyrażona wyraźna zgoda. Nie jest wystarczające dla przyjęcia wyrażenia zgody, że ojciec zgodził się na powrót A i przyjął ją, nie żądając powrotu D. Matka podniosła, że ojciec wystąpił z wnioskiem o ustalenie opieki nad dzieckiem w Polsce. Tego rodzaju informacja wskazuje jednakże wyraźnie, że ojciec nie zgadzał się na dalszy pobyt dziecka w Niemczech.

Ponadto sąd wyraźnie stwierdził, że nie zostały wykazane żadne ciężkie szkody fizycznego i psychicznego dobra dziecka, które zgodnie z art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. wymagałyby uwagi i stały na przeszkodzie orzeczeniu powrotu dziecka. Jak już wyjaśniono wcześniej, według Federalnego Trybunału Konstytucyjnego należy brać pod uwagę tylko szczególnie ciężkie naruszenie dobra dziecka, które wykracza poza zwykłe problemy związane z jego powrotem.<sup>16</sup> Sąd nie dostrzegł w tym przypadku żadnych szczególnych zagrożeń

<sup>16</sup> BVerfG, FamRZ 1996, 405.



dla dziecka związanych z jego powrotem do Polski. Wprawdzie sąd zauważył, że wraz z powrotem D utraci opiekę matki i nowe otoczenie. Niemniej jednak okoliczności te nie są wystarczające, aby uznać je za zagrożenie. Przerwanie aktualnej sytuacji życiowej przedstawia typowy rezultat sytuacji wywołanej na skutek jednostronnego i nielegalnego działania jednego z rodziców i należy je co do zasady przyjąć. Nie chodzi tu o ciężkie naruszenie dobra dziecka, które wykracza poza zwykle trudności związane z powrotem dziecka, ale właściwie o typowe utrudnienia. Poza tym w zakresie swobody matki i w ramach jej możliwości pozostaje, czy powróci do Polski na czas trwania postępowania w przedmiocie ustalenia opieki nad dzieckiem. Nie stoi temu na przeszkodzie także to, że ojciec zachowywał się brutalnie. Ostatecznie matka nie musi z nim zamieszkiwać, a w Polsce zostanie jej udzielona odpowiednia pomoc. Nowonarodzone dziecko także nie stanowi dla matki wystarczającego powodu do pozostania w Niemczech, gdyż matka ma swobodę zadecydowania, czy zabierze je ze sobą. Oddzielenie od aktualnego partnera jest także do przyjęcia.

Następnie sąd przeszedł do kwestii stosowania przez ojca przemocy wobec D, uznając, że nie stanowi ona jednak poważnego ryzyka dla dobra dziecka, ponieważ matka może zapobiec temu niebezpieczeństwu, towarzysząc dziecku w Polsce.

Z powyższych względów przesłanki art. 13 I Konwencji haskiej z 1980 r. nie są co do zasady spełnione.

Następnie sąd przeszedł do analizy art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 roku. Zgodnie z art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 r. można odmówić zarządzenia powrotu dziecka, jeżeli dziecko się powrotowi sprzeciwia, a jego wiek i odpowiedni stopień dojrzałości pozwalają na uwzględnienie jego zdania. Według OLG w Brandenburg<sup>17</sup> przesłanka art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 r. oznacza, że dziecko, postępując według własnej woli i bez zauważalnego wpływu rodzica, który je uprowadził, samodzielnie w zdecydowany sposób sprzeciwia się powrotowi, podejmując ze względu na swój wiek i swoją dojrzałość odpowiedzialną decyzję. Dziecko D przed sądem w sposób wyraźny sprzeciwiło się powrotowi do Polski. Podkreśliło wyraźnie, że wolałoby mieszkać w Niemczech, niż ze swoją siostrą w Polsce. Jest zadowolone, że uniknęło stresujących sytuacji między rodzicami, jak również bru-

---

<sup>17</sup> OLG Brandenburg, NJW-RR 1997, 902.

talności ojca, i nie musi mieć z nimi już więcej do czynienia. Sąd był przekonany o dojrzałości D, które jak na swój wiek (12 lat) wydawało się bardzo rozwinięte. Dziecko było również świadome konsekwencji wynikających z długotrwałego rozdzielania z siostrą. W konsekwencji sąd przyjął, że spełnione zostały przesłanki art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 r., chociaż w przepisie tym chodzi o bardzo wąsko i restrykcyjnie sformułowane wyjątki. Wniosek o zarządzenie powrotu dziecka tym samym został odrzucony.

Podobnie przedstawiała się sytuacja w wyroku SN z 19.12.2000 r., sygn. III CKN 1254/00<sup>18</sup>. W sprawie tej ojciec dziecka, mający polskie obywatelstwo, uprowadził dziecko z USA. Sąd stwierdził, że ojciec dobrze dba o dziecko oraz że istnieje między nim i dzieckiem więź emocjonalna. Sąd nie uznał jednak tych okoliczności za powód zastosowania art. 13 I Konwencji haskiej z 1980 r., ponieważ więź emocjonalna nie uzasadnia odmowy zarządzenia powrotu dziecka. Wprawdzie jego pięcioletni syn wyraził swoją wolę i jasno potwierdził, że nie chce wracać do USA. Nie wystarczy to jednak do zastosowania art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 roku. Nawet jeżeli według sądu przyjmujemy wyraźnie przeciwną wolę syna, nie może ona zostać uwzględniona, ponieważ jego siostra, ze względu na swój wiek, takiej opinii nie może wyrazić, a rodzeństwo pod żadnym względem nie powinno być rozdzielane. W przeciwieństwie do stanowiska sądu polskiego w wyroku niemieckiego sądu nie było zupełnie żadnego odniesienia do tego, w jaki sposób można rozdzielać rodzeństwo. Wskazano jedynie, że dwunastolena D, pomimo świadomości rozdzielania z siostrą, preferuje pozostać w Niemczech.

Podobna sytuacja była przedmiotem rozważań sądu w wyroku SN z 08.11.2000 r., sygn. III CKN 1345/00<sup>19</sup>. W tej sprawie dochodziło do ostrych konfliktów i aktów przemocy między rodzicami. Sąd rejonowy stwierdził, że zarządzenie powrotu syna do Szwecji wiąże się dla dziecka z ryzykiem szkody psychicznej. Obie sprawy łączy dochodzenie do rękoczynów między rodzicami. Dla sądu rejonowego w Hamm nie były one jednak okolicznością wystarczającą do zastosowania art. 13 Konwencji haskiej z 1980 roku. Sąd rejonowy zasugerował jednak, że matka może otrzymać w Polsce ochronę. Córką D była wprawdzie

<sup>18</sup> Legalis nr 278587.

<sup>19</sup> Legalis nr 277792.

również ofiarą przemocy, jednak ryzyku miało zapobiec to, że matka razem z nią powróci do Polski. Sąd w Polsce ocenił taką sytuację w inny sposób i w przypadku stosowania przemocy przez ojca odmówił zarządzenia powrotu dziecka.

### 3. Państwo pochodzenia jako kryterium zarządzenia powrotu dziecka

W wyroku SN z 7.10.1998 r., sygn. I CKN 745/98<sup>20</sup> sąd zajmował się statusem państwa, do którego dziecko miało powrócić. Wnioskodawcą w tej sprawie był mężczyzna mieszkający w Kanadzie, a uczestniczką postępowania kobieta, która zabrała dziecko ze sobą do Polski. Rodzice wyjechali w latach 80. do Kanady, gdzie pobrali się i gdzie urodziła się ich córka. Wszyscy członkowie rodziny mieli kanadyjskie obywatelstwo i wspólnie mieszkali w Kanadzie. Kilka lat później, podczas wspólnego urlopu w Polsce, kobieta zadecydowała, że pozostaje z dzieckiem w Polsce. W tej sprawie sąd wojewódzki, jak również sąd niższej instancji, po ponownej ocenie dowodów odnośnie do kwestii spełnienia przesłanek odmowy powrotu dziecka z art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r., uwzględniły wniosek ojca i odmówiły zastosowania art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku. Ustalono, że wymienione w przepisie ryzyka dla dziecka w tym przypadku nie zachodzą. Sąd wojewódzki zajął się przy tym jeszcze kwestią państwa pochodzenia dziecka, do którego dziecko ma powrócić. Sąd zbadał sytuację w Kanadzie, w jakiej znajdzie się dziecko i ocenił, że zamieszkanie w Kanadzie nie jest dla dziecka niekorzystne. Wyrok ukazuje, że status państwa pochodzenia dziecka także w odniesieniu do art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. może stanowić istotny czynnik. Sytuacja panująca w „miejscu stałego pobytu” odgrywa rolę już na gruncie art. 20 Konwencji haskiej z 1980 r., w myśl którego można odmówić powrotu dziecka zgodnie z art. 12 Konwencji haskiej z 1980 r., jeżeli nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wartości. Stosowanie tego przepisu jest dopuszczalne jedynie w szczególnie rażących przypadkach, dotyczących państw, w których łamane są prawa człowieka i podstawowe wartości obywateli. Okoliczności dotyczące państwa pochodzenia odgrywają znaczącą rolę dla dobra

---

<sup>20</sup> Legalis nr 208572.

dziecka, które stanowi ważną przewodnią zasadę konwencji, nie tylko w art. 20 Konwencji, ale także w zakresie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku.<sup>21</sup>

#### 4. Pojęcie miejsca stałego pobytu

Zgodnie z brzmieniem preambuły Konwencji haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę ma zapewnić natychmiastowy powrót bezprawnie uprowadzonego albo zatrzymanego dziecka do państwa jego stałego pobytu. Przesłanką stosowania konwencji jest zatem, zgodnie z art 3 Konwencji haskiej z 1980 r., bezprawne uprowadzenie albo bezprawne zatrzymanie dziecka. Przesłanka ta jest spełniona, gdy z naruszeniem prawa do opieki dziecko mające miejsce stałego pobytu w jednym z umawiających się państw zostaje bezprawnie uprowadzone albo bezprawnie zatrzymane w innym z umawiających się państw.<sup>22</sup> Pojęcie „zwykłego pobytu” było rozpatrywane w orzeczeniu SN z 26.09.2000, sygn. I CKN 776/00<sup>23</sup>. Stan faktyczny leżący u podstaw tego orzeczenia był następujący: wnioskodawcą był mężczyzna mieszkający w USA, kobieta – uczestniczka postępowania – mieszkała z dzieckiem w Polsce. Ich wspólny syn przyszedł na świat w 1992 r. i początkowo mieszkał wspólnie z rodzicami w Polsce, gdzie oboje rodzice się nim zajmowali. W 1994 r. wnioskodawca przeniósł się do USA. W 1996 r. uczestniczka postępowania również przeniósła się do USA, gdzie mieszkała wraz ze swoim mężem i synem do czerwca 1998 roku. W tym czasie dziecko uczęszczało w USA do żłobka i do przedszkola. Następnie w 1998 r. uczestniczka postępowania wyjechała z synem na urlop do Polski, po czym nie wróciła już do USA i wbrew woli wnioskodawcy pozostała z synem w Polsce. Ojciec wystąpił o zarządzenie powrotu dziecka do USA, skąd zostało ono bezprawnie uprowadzone do Polski. Polski sąd rejonowy oddalił wniosek ojca. Sąd okręgowy, po skutecznym wniesieniu przez ojca apelacji, także ją oddalił. Oba sądy uzasadniły swoją decyzję tym, że art. 3 Konwencji haskiej z 1980 r. nie znajduje zastosowania, gdyż dziecko wcale nie miało miejsca zwykłego pobytu

<sup>21</sup> Por. OLG Hamburg, NJW 2014, 3378, 3379; Palandt/Thorn, BGB, Anh EGBGB 24 Rn. 31.

<sup>22</sup> AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983.

<sup>23</sup> OSNC 2001 nr 3, poz. 38, s. 19.

w USA. Poza tym także okoliczności faktyczne przemawiają za oddaleniem wniosku na podstawie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku. Stanowisko, że syn nie miał miejsca stałego pobytu w USA, sąd uzasadnił, opierając się na art. 26 polskiego kodeksu cywilnego oraz na okoliczności, że uczestniczka postępowania nie zamierzała pozostać w USA na stałe. W szczególności nie zrezygnowała ze swojego miejsca pracy w Polsce, a jedynie uzyskała urlop, nie wyzbyła się też własności swojego mieszkania w Warszawie. Ponadto nie uzyskała stałego miejsca zamieszkania w USA dla rodziny, nie posiadała tam również ubezpieczenia zdrowotnego. Sąd okręgowy dodał, że w momencie wniesienia wniosku o zarządzenie powrotu dziecka nie istniało postanowienie ani decyzja, które przyznawałyby opiekę nad dzieckiem tylko jednemu z rodziców. Po wniesieniu przez wnioskodawcę skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy rozstrzygnął ostatecznie na korzyść wnioskodawcy. SN uwzględnił wniosek ojca, wskazując w pierwszej kolejności na różnicę między pojęciami prawnymi użytymi w art. 3 Konwencji haskiej z 1980 r. i art. 26 k.c., z których drugi dotyczy miejsca zamieszkania, a nie miejsca stałego pobytu dziecka. „Miejsce zamieszkania”, które zdefiniowane jest w art. 25 k.c., obejmuje, zgodnie ze stosowaną w prawie polskim wykładnią, zarówno obiektywny, jak i subiektywny element. Pojęcie „stały pobyt” (art. 4 Konwencji haskiej z 1980 r.) jest w przeciwieństwie do tego rozumiane raczej w obiektywnym sensie. Wola ani zamiar nie są konieczne, aby w określonym miejscu ustanowić miejsce stałego pobytu. W przeciwieństwie do tego zasadnicze znaczenie ma obiektywna trwałość i stabilność, jak również czysto fizyczny pobyt i okoliczność, że codzienne aktywności życiowe, zaspokajanie potrzeb życiowych, wypełnianie obowiązków, wykonywanie praw, koncentrują się w tym jednym oznaczonym miejscu i nie ma innego miejsca, gdzie te działania są podejmowane. W związku z tym okoliczność, że uczestniczka postępowania nie zamierzała pozostać w USA, nie stanowi kryterium, na podstawie którego można zakwestionować stałe miejsca pobytu dziecka w USA. Ponadto, jak stwierdził Sąd Najwyższy, wnioskodawcy przysługuje prawo opieki w rozumieniu art. 5 Konwencji haskiej z 1980 r. i miał on zamiar, aby swoje miejsce stałego pobytu mieć w USA. Nie jest jasne, dlaczego przesłanka stałego pobytu została wyraźnie wzięta pod uwagę wyłącznie w stosunku do matki dziecka i zinterpretowana na jej korzyść, a na niekorzyść ojca. Organizacja życia dziecka w USA przemawia wyraźnie za przyjęciem, że miało ono w USA swoje miejsce stałego

pobytu, tak więc, w myśl art. 3 Konwencji haskiej z 1980 r. nastąpiło bezprawne uprowadzenie dziecka. Na koniec Sąd Najwyższy przeszedł ponownie do art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. Sąd stwierdził, że nie ma podstaw, aby zgodzić się ze stanowiskiem sądu okręgowego, że przesłanki art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. zostały spełnione i matka może odmówić powrotu dziecka. Fakt, że wnioskodawca w przeszłości przeważnie nie miał pracy, nie stanowi sytuacji, która spowoduje, że dziecko znajdzie się w niekorzystnym położeniu. Także rozłąka z matką w żaden sposób nie rodzi dostatecznie zagrażających dziecku szkód psychicznych. Okoliczność, że w czasie pobytu dziecka w Polsce ojciec w ogóle niełożył na nie, niczego w tej ocenie nie zmienia. Odmowa świadczeń na rzecz dziecka stanowi ze strony ojca raczej wyraz dezaprobaty dla sytuacji, w której matka odmawia oddania dziecka ojcu. W każdym bądź razie zaległe płatności nie mogą stanowić dowodu, że wnioskodawca nie może pokrywać kosztów utrzymania dziecka i dbać o nie, i to w takim zakresie, że dziecko, w rozumieniu art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r., znalazłoby się w niekorzystnym położeniu. W konsekwencji usunięta została przeszkoda zarządzenia powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji haskiej z 1980 roku. Sąd Najwyższy skierował sprawę do ponownego rozstrzygnięcia przez sąd okręgowy.

Niemieckie sądy dokonują niemalże identycznej wykładni przesłanki stałego miejsca pobytu jak sądy polskie. „Stale miejsce pobytu” w rozumieniu art. 3 i 4 Konwencji haskiej z 1980 r. jest zatem miejscem, w którym dana osoba ma swoje „centrum życiowe” przez pewien czas i w którym znajduje się główny ośrodek jej więzi osobistych; w przeciwieństwie do pojęcia „miejsca zamieszkania” nie jest wymagana wola, aby dane miejsce pobytu uczynić centrum albo głównym ośrodkiem czynności życiowych.<sup>24</sup> Przynależność państwowa dziecka jako taka jest zarówno dla sądów polskich, jak i niemieckich całkowicie bez znaczenia.<sup>25</sup> Oznaczenie stałego miejsca pobytu ma dla wniosku składanego na mocy Konwencji haskiej z 1980 r. wyjątkowe znaczenie, w szczególności przy częstych zmianach między wieloma państwami powstaje ryzyko, że miejsce stałego pobytu nie będzie możliwe do ustalenia, wskutek czego przesłanki art 3 Konwencji

<sup>24</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2006, 938, 338 f.

<sup>25</sup> Por. AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983; Sąd Najwyższy, postanowienie z dnia 7.10.1998 r., I CKN 745/98.

haskiej z 1980 r. nie będą spełnione i wniosek o zarządzenie powrotu dziecka na mocy Konwencji będzie tym samym oddalony.<sup>26</sup>

### III. Analiza statystyczna

---

#### 1. Dane statystyczne niemieckich organów centralnych

W celu zbadania ewentualnych przypadków dyskryminacji cudzoziemców przed sądami niemieckimi w sprawach uprowadzenia dzieci za granicę pomocne jest sprawdzenie strony internetowej Federalnego Urzędu Sprawiedliwości, na której pod linkami „Bürgerdienste” (sprawy obywatelskie), „Internationales Sorgerecht” (międzynarodowe prawo opieki) i „Statistik” (statystyka) udostępnione są aktualne statystyki dotyczące postępowań prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r., Europejskiej konwencji w sprawie opieki nad dzieckiem i Rozporządzenia Bruksela II a, w których uczestniczy niemiecki Urząd Centralny.<sup>27</sup>

Ze sprawozdań za lata 2011–2014, udostępnionych do pobrania w formie pliku pdf, można z łatwością pozyskać dane dotyczące statusu postępowań w sprawie wniosków o zarządzenie powrotu dziecka w podanych latach. W podziale na „wnioski o zarządzenie powrotu wpływające z zagranicy” i „wnioski skierowane do zagranicznych organów centralnych” można na podstawie tych statystyk ustalić, ile wniosków w którym roku podlegało oddaleniu. Szczegółowe statystyki zostały udostępnione w Internecie właściwie tylko za dwa ostatnie lata, dlatego też tylko dla tych ostatnich dwóch lat można ustalić przyczyny oddalenia wniosków.<sup>28</sup>

W latach 2010–2014 r. oddalone zostały 53 wnioski z zagranicy, co odpowiada 9% tej grupy wniosków, jest porównywalne do udziału oddalonych przez sądy wniosków kierowanych do zagranicznych organów centralnych, który wynosił 8,9%. Na przestrzeni kolejnych lat widoczny jest jednak spadek liczby decyzji oddalających wnioski wpływające z zagranicy. Liczba absolutna oddalonych wniosków zm-

---

<sup>26</sup> Vgl. AG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – 3 F 37/14, BeckRS 2014, 13983.

<sup>27</sup> [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Statistik/Statistik_node.html) [Stand: 07.03.2016].

<sup>28</sup> Są to lata 2013–2014.



niejsza się od 16 wniosków w roku 2010 do 10 wniosków w roku 2013, co odpowiada procentowo spadkowi z 12,6% (2010) do 6,6% (2013).<sup>29</sup> Zastanawiająca jest istotnie wyższa liczba dobrowolnych powrotów dzieci na podstawie wniosków kierowanych do zagranicznych organów centralnych, która wynosi 30,2% w porównaniu do 14,0% udziału dobrowolnych powrotów w przypadku wniosków wpływających.

Sądowe nakazy powrotu dziecka, według danych Federalnego Urzędu Sprawiedliwości, wydane zostały w latach 2010–2014 w 17,6% wniosków wpływających, podczas gdy tylko w przypadku 13,9% wniosków kierowanych do zagranicznych organów centralnych wydano nakaz powrotu dziecka.

Na podstawie danych ze sprawozdań z działalności Federalnego Urzędu Sprawiedliwości nie można stwierdzić jakiegokolwiek rodzaju dyskryminacji obcokrajowców przed sądami niemieckimi.

Ponadto z obu statystyk szczegółowych za lata 2013 i 2014 dotyczących postępowań w sprawie uprowadzeń dzieci, prawa do opieki i kontaktów na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r., Europejskiej konwencji w sprawie opieki nad dzieckiem i Rozporządzenia Bruksela II nie wynikają żadne statystycznie istotne nadużycia w zakresie stosowanych podstaw oddalenia wniosków, takich jak art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. (dobro dziecka) albo art. 13 II Konwencji haskiej z 1980 r. (wola dziecka).<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Diese Zahlen erhält man beim einzelnen Auswerten der vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellten Tätigkeitsberichte über die Jahre 2011 bis 2014, [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2011.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2011.pdf?__blob=publicationFile&v=3); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2012.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=4); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=2); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Taetigkeitsbericht_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<sup>30</sup> [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=3); [https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/statistik_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=9)



## 2. Dane statystyczne Haskiej Konferencji Prawa Międzynarodowego Prywatnego

Na stronie internetowej Haskiej Konferencji Prawa Międzynarodowego prywatnego<sup>31</sup> (HCCH) dostępne są również dane statystyczne dotyczące Konwencji z 25 października 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę.<sup>32</sup> Z listy publikacji przez link „Analiza statystyczna część II: raport krajowy Niemcy” („Statistical Analysis Part II: National Report Germany”), można dotrzeć na stronę z dostępem do danych statystycznych odnoszących się do stosowania Konwencji haskiej z 1980 r. w Niemczech w roku 1999.<sup>33</sup>

### a) Raport krajowy

Stosowania Konwencji haskiej z 1980 r. w roku 1999 w Niemczech nie można ocenić zbyt pozytywnie. Tylko 35% wniosków doprowadziło, w drodze zarządzenia sądowego albo dobrowolnego wydania, do powrotu dziecka, w porównaniu do światowej 50% skuteczności wniosków. W Niemczech w 19% przypadków wnioski o zarządzenie powrotu dziecka były oddalane na drodze sądowej, w porównaniu do 11% wniosków oddalanych w skali światowej. Szczególnie istotna była różnica między odsetkiem przypadków sądowego zarządzenia powrotu dziecka, który w skali światowej wynosił 74%, a w przypadku Niemiec tylko 19%.<sup>34</sup>

### b) Statystyki zbiorcze HCCH

Kolejne linki „Analiza statystyczna wniosków złożonych w 2008 r. na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r., Część I–III (Raporty krajowe, regionalne i światowe) („Statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Child Abduction Convention, Parts I-III (National, Regional and Global Reports)”) prowadzą do strony z wynikami badań statystycznych na temat stosowania konwencji w roku 2008 w porównaniu z latami 2003 i 1999.<sup>35</sup> Statystyki zbiorcze dostarczają

<sup>31</sup> <https://www.hcch.net/de/home/>

<sup>32</sup> <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/publications1/?dtid=32&cid=24>

<sup>33</sup> <https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=2840&dtid=32>

<sup>34</sup> [https://assets.hcch.net/upload/stats\\_de.pdf](https://assets.hcch.net/upload/stats_de.pdf) [Stand 08.03.2016]

<sup>35</sup> <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5421&dtid=32>. Global - Prel. Doc. No 8 A of May 2011 - A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd08ae.pdf>, jak również „Global”, Niemcy, s. 98–116, Polska s.131–145. National

możliwości porównania różnorodnego stosowania Konwencji haskiej z 1980 r. w poszczególnych państwach. W dalszej części dokonano porównania Niemiec i Polski w odniesieniu do danych światowych.

W 2008 r. 37% postępowań wszczętych na podstawie wniosków skierowanych do niemieckiego Urzędu Centralnego zakończyło się zarządzeniem powrotu dziecka, w Polsce zakończyło się takim postanowieniem 31% postępowań. Tym samym oba państwa pozostają poniżej średniej światowej, która wynosiła w danym roku 46%. W porównaniu do 2003 r. szybkość spraw w przedmiocie zarządzenia zwrotu dziecka nieznacznie zmniejszyła się zarówno w Niemczech (39%), jak i w Polsce (33%).<sup>36</sup>

Podczas gdy w Niemczech liczba postanowień sądowych oddalających wnioski spada, a liczba dobrowolnych powrotów dzieci zmniejszyła się z 16% w 1999 r., przez 15% w 2003 r. do 10% w 2008 r., można stwierdzić, że liczba sądowych zarządzeń powrotu dziecka z roku na rok stabilnie wzrasta. Podczas gdy w 1999 r. wynosiła ona jeszcze 19%, to w 2003 r. wzrosła do 24%, a w 2008 r. do 27%. W Polsce wynosiła w 2003 r. 17%, a w 2008 r. 16%. W skali światowej w 2008 r. aż 23% wniosków o zarządzenie powrotu zostało pozytywnie rozpatrzonych, tak że Niemcy w tym roku znajdowały się powyżej, a Polska poniżej średniej. Średnia światowa sądowych postanowień oddalających wniosków wynosiła w 2008 r. 15%. Podczas gdy Niemcy znaleźli się, z odsetkiem 18%, nieznacznie powyżej tej wartości, Polska oddalając 26 wniosków, osiągnęła znacząco odbiegający odsetek 39%.

#### Rezultaty wniesienia wniosku o zarządzenie powrotu w 2008 r.<sup>37</sup>

	Niemcy	Polska	Świat
Zarządzenie powrotu dziecka	37%	31%	46%
Sądowe oddalenie wniosku	18%	39%	15%
Zwrot wniosku	23%	18%	18%

- Prel. Doc. No 8 C of May 2011 - A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part III <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd08c.pdf>

<sup>36</sup> „Global”, s. 98 i s. 131.

<sup>37</sup> „Global” dane dla Niemiec, s. 102, 103 i dane dla Polski, s. 135, 136.

W Niemczech odsetek odrzuconych wniosków wynoszący 18% osiągnął niemalże poziom z 1999 r., kiedy to wynosił 19%. Tymczasem w 2003 r. wynosił on tylko 9%. Zasadniczo zwraca uwagę to, że w 2008 r. w Niemczech więcej wniosków zostało oddalonych (j.w.) albo zwróconych (23%) w porównaniu do wyników skali światowej (18%).

Spośród 55 spraw, które w 2008 r. trafiły przed sąd w Niemczech, w 21 sprawach (38%) wnioski zostały oddalone, w porównaniu do 33% w skali światowej. W 1999 r. było to jeszcze 50%, a w 2003 r. 27% spraw. W Polsce 26 z 39 wniosków o zarządzenie powrotu dziecka, które były rozpoznawane przez sądy, oddalono. Daje to odsetek odpowiadający 67%. Wprawdzie w 2003 r. było to aż 73% wszystkich spraw.

**Tabela 1. Podstawy sądowego oddalenia wniosku o zarządzenie powrotu dziecka w 2008 r.<sup>38</sup>**

	Niemcy	Polska	Świat
Brak stałego miejsca pobytu	4%	4%	13-15%
Brak prawa do opieki wnioskodawcy	13%	16%	8-10%
Art. 12	13%	4%	13%
Art. 13 I lit. a niewykonywanie prawa do opieki	0%	0%	6-7%
Art. 13 I lit. a zgoda na zabranie dziecka	4%	0%	5-6%
Art. 13 I lit. a późniejsze zatwierdzenie	9%	8%	5-6%
Art. 13 I lit. b dobro dziecka	17%	64%	27-29%
Wola dziecka	23%	4%	14-17%
Art. 20	0%	0%	1%
Inne	17%	0%	2%

Szczególnie uderzająca w odniesieniu do danych z Niemiec jest wyraźnie znacząca liczba rozstrzygnięć opartych na woli dziecka (23% do 14-17%) oraz zaskakująco niska liczba wniosków oddalonych na podstawie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. (dobro dziecka). W rozstrzygnięciach polskich sądów często powoływanym uzasadnieniem jest dobro dziecka na podstawie art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r.

<sup>38</sup> „Global” dane dla Niemiec, s. 104, 105 i dane dla Polski, s. 137, 138.

## IV. Wnioski

---

Zidentyfikowanie istnienia równego traktowania bądź istnienia nierówności w traktowaniu osób różnego pochodzenia przed niemieckimi i polskimi sądami jest dużym wyzwaniem. Analiza orzeczeń prowadzi do wniosku, że sądy w sposób bardzo precyzyjny i bliski brzmieniu przepisów dokonują wykładni. W wielu orzeczeniach wyraźnie podkreślają, że art. 13 Konwencji stanowi absolutny wyjątek, który może być stosowany wyłącznie w poważnych przypadkach. Stosowanie tego przepisu było podobne we wszystkich instancjach, tak że nie można było zidentyfikować jakościowej różnicy jego stosowania. Wykładnia przepisów jest zorientowana na kierunek nadany przez orzecznictwo sądów najwyższych, co prowadzi do jednolitej linii orzecznictwa. Wyraźna tendencja, w jaki sposób narodowość mogłaby wpłynąć na orzeczenie sądu, nie daje się odczytać ani z oficjalnych danych statystycznych, ani z losowej analizy orzecznictwa odnoszącego się do art. 13 Konwencji haskiej z 1980 roku. Jak wynika z danych statystycznych sądy niemieckie stosują art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. jedynie w 13% przypadków, co w zasadzie odzwierciedla cele konwencji. Znaczące jest w tym względzie, że polskie sądy stosują art. 13 I lit. b Konwencji haskiej z 1980 r. w 64% przypadków, co wyraźnie przekracza przeciętny poziom orzekania na podstawie tego wyjątku, i co przemawia za odejściem od celów konwencji. Dane statystyczne odzwierciedlają do pewnego stopnia to, co wynika także z wyroków polskich sądów. Można zauważyć, szczególnie w orzecznictwie sądów niższej instancji tendencję do orzekania na korzyść osób mających polskie obywatelstwo. Uzasadnienia tych wyroków są jednak często niezadowolające i sprzeczne z wykładnią art. 13 Konwencji haskiej z 1980 r. przyjmowaną przez sądy niemieckie. Do stosowania art. 13 Konwencji haskiej z 1980 r. przez sąd niższej instancji wystarczające są niekiedy dość słabe podstawy. Można jednak stwierdzić, że polski Sąd Najwyższy w rezultacie końcowym, podobnie jak niemieckie sądy, koryguje wyroki, które uprzywilejowują osoby z obywatelstwem państwa sądu. Ostatecznie można stwierdzić, że ani z rozstrzygnięć niemieckich, ani polskich sądów nie wynika zasadnicze i generalne uprzywilejowanie osób własnej narodowości.

Małgorzata Naumczuk, Magdalena Jaszczuk, Justyna Szymkowicz

## Grenzüberschreitende elterliche Kindesentführungen aus polnischer Perspektive

### I. Elterliche Kindesentführungen und die Medien

---

Mit dem Problem der grenzüberschreitenden Entführungen durch Eltern befassen sich die polnischen Medien häufig.<sup>1</sup> Die Aktualität dieses Phänomens hängt mit der größeren Mobilität der Staatsbürger verschiedener Staaten, der größeren Anzahl von Ehen und Partnerschaften, deren Parteien verschiedene Nationalitäten besitzen, sowie mit der Heimkehr von einzelnen Mitgliedern von Auswandererfamilien, was in vielen Fällen durch den Zerfall der Ehe bedingt ist, zusammen.

Obwohl elterliche Kindesentführungen häufig einen geschlossenen Personenkreis betreffen, wird in den Medien aus mehreren Gründen über sie berichtet. Zum einen deswegen, weil oft der andere Elternteil des verbrachten oder in einem anderen Staat zurückgehaltenen Kindes sich in der Situation hilflos fühlt und keine Möglichkeit sieht, von den staatlichen Behörden Hilfe zu erlangen, und sich die Rechtsmittel, die ihm zur Verfügung stehen, als unzulänglich erweisen. Es passiert auch, dass selbst nachdem ein Urteil erlassen wurde, durch den die Rückgabe des Kindes angeordnet wurde, seine Vollstreckung schwierig ist.<sup>2</sup> Aus diesem Grunde greifen Eltern zu anderen Metho-

---

<sup>1</sup> „MSW: Wzrasta liczba zaginięć, w tym porwań rodzicielskich” [online] Gazeta Prawna (20.11.2014) <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/836773,msw-wzrasta-liczba-zaginieci-w-tym-porwan-rodzicielskich.html> [08.01.2017]; M. Kocińska, „Wszystko z miłości. Porwania rodzicielskie” [online] Wysokie Obcasy (07.05.2014) [http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko\\_z\\_miosci\\_Porwania\\_rodzicielskie.html](http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko_z_miosci_Porwania_rodzicielskie.html) [08.01.2017]; J. Kałucki, J. Haszczyński, K. Szczepaniak, „Niemiecka rodzina zastępcza lepsza od polskich dziadków [online] Rzeczpospolita.pl (20.11.2008) <http://www.rp.pl/artykul/222072-Niemiecka-rodzina-zastepcza-lepsza-od-polskich-dziadkow.html#ap-1> [08.01.2017].

<sup>2</sup> M. Piotrowski, „Anglik odebrał Polce dziecko” [online] Polish Express (15.08.2015) <http://www.polishexpress.co.uk/temat-numeru-anglik-odebral-polce-dziecko/feed> [08.01.2017].

den als Mediation bzw. die Einleitung eines Verfahrens vor den zuständigen Staatsorganen – z. B. zur Berichterstattung in den Medien. Zum anderen erlangen die zuständigen Institutionen und Organisationen dank der Medien Kenntnis von Dingen, von denen sie aus anderen Quellen nicht erfahren würden. Dank dessen können sie entsprechende Schritte einleiten, um das rechtswidrig verbrachte oder zurückgehaltene Kind zurückzugewinnen.

Die Fälle der elterlichen Kindesentführungen, von denen in den Medien berichtet wird, sind besonders bewegend. Es passiert, dass ein Minderjähriger nicht nur entgegen der Entscheidung des anderen Elternteils, sondern auch gegen seinen eigenen Willen verbracht oder zurückgehalten wird und der Kontakt mit seiner bisherigen Umgebung oder dem anderen Elternteil abgebrochen wird. Der emotionale Grad eines solchen Medienbeitrags hat zur Folge, dass die Überzeugung entsteht, die Handlungen der staatlichen Organe des Staates, in den das Kind verbracht wurde oder in dem es zurückgehalten wird, seien nicht in Ordnung,<sup>3</sup> und dass Kontroversen hinsichtlich der von den Staatsorganen getroffenen Entscheidungen ausgelöst werden.<sup>4</sup>

## II. Die rechtliche Regelung der Verfahren in Sachen elterlicher Kindesentführungen

---

In Fällen grenzüberschreitender elterlicher Kindesentführungen finden Rechtsakte Anwendung, die auf internationaler, europäischer und innerstaatlicher Ebene geregelt sind. Einen besonderen Platz nimmt hier das Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über

---

<sup>3</sup> Dem Grundsatz nach wird die Entscheidung über die Herausgabe des widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes vom zuständigen Organ des Staates, in dem sich das Kind aktuell aufhält, getroffen.

<sup>4</sup> Wie es z. B. im Fall des deutschen Jugendamtes – „Jugendamt zabrał Polce trzydniowego noworodka. Niemcy twierdzą, że to dla »dobra dziecka.«” [online], Dziennik <http://wiadomosci.dziennik.pl/swiat/artykuly/529053,jugendamt-zabral-polce-trzydniowego-noworodka-niemcy-twierdza-ze-to-dla-dobra-dziecka.html> [08.01.2017] – und der britischen Social Services der Fall war – „Podpisz się pod petycją przeciwko odbieraniu dzieci polskim rodzinom w Wielkiej Brytanii!” [online], Polish Express (22.04.2016) <http://www.polishexpress.co.uk/podpisz-sie-pod-petycja-przeciwko-odbieraniu-dzieci-polskim-rodzinom-w-wielkiej-brytanii> [08.01.2017].

die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung<sup>5</sup> (Übereinkommen oder Haager Übereinkommen, HKÜ) ein. Ziel des Übereinkommens ist es, die unverzügliche Rückgabe des Kindes (denn solch eine liegt in seinem besten Interesse) in den Staat, in dem es seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zu gewährleisten. Obwohl die Verfahren über die Herausgabe des Kindes, die aufgrund des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung durchgeführt werden, „Priorität“ haben, nehmen nicht alle ein Ende, das dem „Kindesinteresse“ entspricht.<sup>6</sup> Das Übereinkommen legt den Staatsorganen zwar eine Pflicht der unverzüglichen Handlung (Art. 11) auf, aber die Konzentration der Energie und Mittel auf diese Verfahren kann auch negative Folgen haben. Bei der Vollstreckung der Entscheidungen kommt es häufig zu recht dramatischen Szenen, wie die Wegnahme der Kinder unter Beteiligung von Antiterroristen, und zwar auf eine Art und Weise, die nicht besonders viel mit dem Begriff des Wohls des Kindes zu tun hat.<sup>7</sup>

Die Staatsorgane, die an Verfahren teilnehmen, welche aufgrund des HKÜ durchgeführt werden, handeln nicht losgelöst von den rechtlichen Realien des eigenen Staates. Ihre Handlungen werden auf der Basis von der im jeweiligen Staat bestehenden Rechtsprechungspraxis unternommen, weswegen z. B. ein Richter in Polen in einer ähnlichen Situation eine andere Entscheidung treffen kann als ein Richter in Deutschland. Daher wird in der einschlägigen Literatur betont, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten, die an einer familienrechtlichen Rechtsstreitigkeit beteiligt sind, bereits in frühen Stadien eines Gerichtsverfahrens, insbesondere im Rahmen des europäischen Gerichtsnetzes, zusammenarbeiten sollten. Die Entwicklung der internationalen gerichtlichen Zusammenarbeit gilt als wirk-

---

<sup>5</sup> Poln. Gesetzblatt Dziennik Ustaw (Dz.U.) von 1995, Nr. 108, Pos. 528.

<sup>6</sup> Vgl. E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowania wykonawczych)*, [in:] *Prawo w działaniu, Sprawy cywilne 10/2011*, S. 5.

<sup>7</sup> Aussage von A. Matuszewski während der Sitzung des Ausschusses für Justiz und Menschenrechte und des Ausschusses für auswärtige Angelegenheiten (Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka, Komisja Spraw Zagranicznych) des Sejm der Republik Polen am 08.01.2009, siehe E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowania wykonawczych)*, [in:] *Prawo w działaniu, Sprawy cywilne 10/2011*, S. 5.



samerer Mechanismus des Schutzes eines Kindes vor den schädlichen Folgen seines Verbringens oder seines Zurückhaltens durch einen Elternteil gegen den Willen des anderen Elternteils als die Regelung der Zuständigkeit der Gerichte oder der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Sorgerechtsachen.<sup>8</sup> Den Rahmen dieser Zusammenarbeit legt u.a. Art. 7 HKÜ fest, der den Umfang der Zusammenarbeit der zentralen Behörden zur Sicherstellung der sofortigen Rückgabe des Kindes bestimmt.

Vom Übereinkommen werden Fragen hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts und der Vollstreckbarerklärung von ausländischen Gerichtsentscheidungen nicht erfasst, die auf dem Gebiet der EU der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel II a)<sup>9</sup> unterliegen, die die Frage der Zuständigkeit in Verfahren über die elterliche Verantwortung regelt. Art. 15 der Verordnung soll dazu dienen, dass möglichst gerechte Entscheidungen in Sachen grenzüberschreitender elterlicher Kindesentführungen erzielt werden, wobei die Richter im jeweiligen Staat die Möglichkeit haben – wenn sie feststellen, dass ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates, zu dem das Kind eine besondere Bindung aufweist, für die Entscheidung der Sache oder eines bestimmten Teils davon besser lokalisiert ist und wenn dies im besten Interesse des Kindes liegt – das Verfahren ganz oder teilweise auszusetzen und die Parteien aufzufordern, einen Antrag vor einem Gericht des anderen Mitgliedstaates zu stellen oder von einem Gericht des anderen Mitgliedstaates zu verlangen, die Zuständigkeit zu übernehmen. Eine solche Lösung vereinheitlicht unterschiedliche Rechtsnormen in dem geregelten Umfang, die in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten im Fall der gerichtlichen Entscheidung eines Falls in Sachen grenzüberschreitender elterlicher Kindesentführung Anwendung finden.

Die Verordnung 2201/2003 regelt die Prozedur der Lösung von Fällen der elterlichen Kindesentführung und alle Aspekte der elterlichen Verantwortung. Der Zweck dieses Rechtsaktes ist es, die in den EU-Mitgliedstaaten angewandte Prozedur der Rückgabe des widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes zu vereinheitlichen und den Informationsaustausch über das inländische Recht der jeweiligen Staaten und der jeweiligen Verfahren zu fördern, die

---

<sup>8</sup> A.L. Estin, *Family and Children in International Law: An Introduction*, *Transnational Law and Contemporary Problems* 2002, Nr. 12, S. 279.

<sup>9</sup> ABl. EG Nr. L 338 von 2003, S. 1 mit Änd.



Kommunikation zwischen den Gerichten zu vereinfachen, aber auch, sich um die Eltern und die Vormunde, die sich um die Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts bemühen oder um die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen kämpfen, zu kümmern und ihnen mit helfender Hand beiseite zu stehen. Die Verordnung Brüssel II a regelt auch Fragen der Umgangs- und Besuchsrechte und fördert die einfachere Einigung der Eltern oder Sorgeberechtigten durch Mittel wie die Mediation.

Die oben genannten Rechtsakte, die die Materie der grenzüberschreitenden elterlichen Kindesentführung in den Staaten der Europäischen Union regeln, können nicht jeder für sich betrachtet werden. Im Fall grenzüberschreitender Kindesentführungen finden die Bestimmungen des Haager Übereinkommens von 1980 unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften der Verordnung Nr. 2201/2003, welche hier leitenden Charakter haben, Anwendung.<sup>10</sup> Das Haager Übereinkommen muss unter der Berücksichtigung der Verordnung angewandt und ausgelegt werden.<sup>11</sup>

### III. Das Verfahren über die Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts

---

Übergeordnetes Ziel des HKÜ ist ein Handeln im Interesse des Kindes und sein Schutz in allen Aspekten der Sorge um das Kind, insbesondere im Fall des internationalen widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens des Kindes. Das Übereinkommen findet auf jedes Kind Anwendung, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt auf dem Gebiet eines der Unterzeichnerstaaten hatte und in einen Staat verbracht wurde, der ebenfalls Partei des Übereinkommens ist, es sei denn, das Kind hat das 16. Lebensjahr vollendet (Art. 4 i.V.m. Art. 5 HKÜ).

Das Übereinkommen hat zum Zweck, die unverzügliche Rückgabe des Kindes an seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu veranlassen und die Lage wiederherzustellen, die vor dem Verbringen oder Zu-

---

<sup>10</sup> M. Radwan, *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, EPS 2011, Nr. 2, S. 12.

<sup>11</sup> Urteil des EGMR vom 01.03.2016 in Sachen K.J. v. Polen, Pkt. 58.

rückhalten bestanden hat.<sup>12</sup> Das Übereinkommen bezweckt auch den Schutz des Kindes und seiner Interessen vor den widerrechtlichen Handlungen seitens eines Elternteils, durch die die Anfechtung einer für ihn ungünstigen Entscheidung des Gerichts angestrebt wird.<sup>13</sup>

Das Übereinkommen legt die materiellen Voraussetzungen für einen Beschluss, durch den die Rückgabe des Kindes angeordnet wird, fest. Art. 3 HKÜ definiert den Begriff des „widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens des Kindes“. Ein solches tritt ein, wenn das Sorgerecht verletzt wird, das einem bestimmten Rechtsträger (einer Person, einer Behörde oder einer sonstigen Stelle) nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens oder unmittelbar davor seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, sowie wenn dieses Recht tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, hätte das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden.

Um die Rückgabe des Kindes wirksam fordern zu können, muss der berechtigte Rechtsträger einen entsprechenden Antrag bei der für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zuständigen zentralen Behörde oder bei der zentralen Behörde eines anderen Staats, der das Übereinkommen ratifiziert hat – insbesondere bei der zentralen Behörde des Staates, in den das Kind verbracht wurde oder in dem es zurückgehalten wurde – stellen, wobei der Inhalt des Antrags den Anforderungen des Art. 8 II HKÜ genügen muss. Unabhängig davon, wo der Antrag gestellt wird, wird er ggf. unverzüglich an die zentrale Behörde des Staates weitergeleitet, in dem sich das Kind aktuell aufhält.

Bei der Prüfung des Antrags auf Rückgabe des Kindes prüft das Gericht zunächst, ob die Voraussetzungen für die Zulassung der Einleitung des Verfahrens erfüllt sind und ob der Antragsteller zur Antragstellung berechtigt ist, sowie ob es zu den Verletzungen nach Art. 1 HKÜ gekommen ist.<sup>14</sup> Gemäß Art. 3 I (b) i.V.m. Art. 8 I HKÜ kann ein Rechtsträger die Rückgabe des Kindes verlangen, der das

---

<sup>12</sup> M. Domańska, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, EPS 2013, Nr. 1, S. 61.

<sup>13</sup> J. Wierciński, *Ponownie o klauzuli ne exeat – cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę Sąd Najwyższy USA w sprawie Abbott v. Abbott*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego Nr. 2913, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 8, red. M. Pazdan, Katowice 2011, S. 26.

<sup>14</sup> M. Domańska, a.a.O.

Sorgerecht für das Kind hatte und seine Rechte wirksam ausgeübt hat. Es ist jedoch der Präzedenzfall *Abbott v. Abbott*<sup>15</sup> zu beachten, in dem ein Urteil ergangen ist, wonach das Recht anerkannt wurde, dass die Rückgabe des Kindes von einer Person gefordert werden kann, die zum persönlichen Umgang mit dem Kind berechtigt war, aber kein Sorgerecht für das Kind hatte. Dieses Urteil, das *de facto* das Recht zum persönlichen Umgang dem Rang des Sorgerechts gleichgesetzt hat, hat Kontroversen ausgelöst. Ein Sondervotum wurde von drei Richtern eingelegt, die eine fundierte Analyse des Übereinkommens durchgeführt und dabei festgestellt haben, dass das Urteil den Intentionen der HKÜ-Verfasser widerspricht. Ein Rechtsträger, der nicht das Sorgerecht für das Kind hat, sondern nur das Recht zum persönlichen Umgang mit ihm, sollte nicht die Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts verlangen dürfen.

Es ist zu betonen, dass die zuständigen Gerichte oder Verwaltungsbehörden ihre Handlungen darauf konzentrieren, das verbrachte oder zurückgehaltene Kind zu finden und seine Rückgabe in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts anzuordnen. Sie befassen sich dagegen nicht mit der Frage, ob dem jeweiligen Rechtsträger das Sorgerecht für das Kind zusteht.<sup>16</sup>

Laut Art. 10 des Übereinkommens haben die Organe des Staates, in den das Kind verbracht wurde, die Fahndung und die Anordnung der Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts zu verlangen. Wie sich aus Art. 12 I HKÜ ergibt, wird die sofortige Rückgabe des Kindes angeordnet, wenn ab dem Verbringen oder Zurückhalten weniger als ein Jahr vergangen ist. Die Anordnung der Rückgabe kann auch nach Ablauf eines Jahres ab dem Verbringen erfolgen, es sei denn, es wird festgestellt, dass das Kind sich in seine neue Umgebung bereits eingelebt hat (Art. 12 II HKÜ).

Gemäß dem Übereinkommen sollte das Kind dem Grundsatz nach in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts zurückgegeben werden, wobei folgende Ausnahmen gelten:

- wenn das zuständige Organ Grund zur Annahme hat, dass das Kind in einen anderen Staat verbracht worden ist (Art. 12),

---

<sup>15</sup> J. Wierciński, a.a.O., S. 21.

<sup>16</sup> M. Domańska, a.a.O.

- wenn der Rechtsträger, der sich der Herausgabe des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zustand, das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (Art. 13 I a),
- die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind in eine unzumutbare Lage bringt (Art.13 II b).

Das über die Rückgabe des Kindes entscheidende Gericht ist auch verpflichtet zu beurteilen, ob das Kind bereits ein Alter und eine Reife erreicht hat, die es erlauben, seine Meinung zu berücksichtigen, und ob das Kind sich der Rückgabe widersetzt (Art. 13 II). Nach Art. 20 HKÜ sollte das Gericht die Anordnung der Rückgabe des Kindes ablehnen, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist. Zu den o.g. Ausnahmen ist noch die Beschränkung der Ablehnung der Rückgabe des Kindes hinzuzufügen, selbst wenn der Tatbestand des Art. 13 I b HKÜ erfüllt ist, aber der Antragsteller Schritte eingeleitet hat, die dafür sorgen sollen, dass das Kind den in Art. 13 HKÜ genannten Situationen und Schäden nicht ausgesetzt wird. In diesem Fall ist das Gericht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen. Das Gericht ist trotz aller Ausnahmen verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn der Antragsteller nicht angehört worden ist.<sup>17</sup>

Das Gericht kann die Herausgabe des Kindes ausschließlich aufgrund des Wohls des Kindes ablehnen. Dies beseitigt jedoch nicht die Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhaltens, die von Natur aus widerrechtlich bleiben. Das Verbringen oder Zurückhalten an sich, von denen im Übereinkommen die Rede ist, ist widerrechtlich, denn es kann problemlos nachgewiesen werden, dass das Kind in dem Fall seines grundlegenden Rechts auf Sorge, das nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, eingeräumt und ausgeübt wird, beraubt wurde.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> M. Radwan, a.a.O., S. 16 f.

<sup>18</sup> M. Domańska a.a.O.

#### IV. Das Haager Übereinkommen über Kindesentführungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

---

Wie bereits dargelegt wurde, hat das Übereinkommen zum Zweck, das Wohl des Kindes im Fall seines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens zu schützen. Wie und ob dieser Zweck tatsächlich verwirklicht wird, wird an dieser Stelle im Lichte von zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) besprochen.

Die erste Entscheidung betrifft die Sache K.J. gegen Polen<sup>19</sup>, die aufgrund der Klage Nr. 30813/14, welche von einem polnischen in Großbritannien wohnhaften Staatsangehörigen, dem Vater eines 2-jährigen Mädchens, erhoben worden ist. Im Juli 2012 ist das Kind unter Einwilligung des Vaters zusammen mit der Mutter nach Polen in Urlaub gefahren. Während des Aufenthalts hat die Ehefrau ihren Mann darüber informiert, dass sie nicht nach Großbritannien zurückkehren wird, und hat das Kind in Polen zurückgehalten. Im Oktober 2012 hat der Vater einen Antrag auf Anordnung der Rückgabe des Kindes nach Großbritannien gestellt. Die Mutter des Kindes hat sich dem Antrag widersetzt und hat vorgebracht, dass sie und ihr Ehemann sich auseinandergeliebt haben, sie nicht beabsichtigt, nach Großbritannien zurückzukehren, und sie sich mit der Rückgabe des Kindes nicht einverstanden erklärt. Nach Zurückweisung des Antrags auf Rückgabe des Kindes durch die Gerichte beider Instanzen hat K.J. Klage beim EGMR erhoben. Da das Kind nicht 16 Jahre alt war und sich der gewöhnliche Aufenthalt vor Verletzung des Sorgerechts in einem der Vertragsstaaten<sup>20</sup> befand, konnte der Vater sich auf das Haager Übereinkommen berufen (Art. 4). Vor dem EGMR hat er geltend gemacht, dass aufgrund des Ausgangs des Verfahrens, das vor den polnischen Gerichten nach dem Haager Übereinkommen durchgeführt wurde, sein Recht aus Art.

---

<sup>19</sup> Urteil des EGMR vom 01.03.2016, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161002%22%5D%7D> [abgerufen am: 20.01.2017].

<sup>20</sup> Vertragsstaaten – Staaten, die das Übereinkommen ratifiziert, angenommen oder genehmigt haben oder die dem Übereinkommen beigetreten sind; aktuell sind es 96 (Angaben vom 10.01.2017, auf der Basis von <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>).

8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachfolgend: EMRK)<sup>21</sup> auf Achtung seines Familienlebens verletzt worden sei.

Der Gerichtshof gab dem Kläger Recht und stellte eine Verletzung des Art. 8 EMRK durch Nichteinhaltung der positiven Pflicht des Staates zum Schutz des Rechts auf Achtung des Familienlebens fest, obgleich er in Anbetracht des Zeitraums von dreieinhalb Jahren, der ab dem Zeitpunkt der Abreise des Kindes vergangen ist, die polnischen Gerichte nicht dazu verpflichtete, Maßnahmen zu ergreifen, die auf die Herausgabe des Kindes an den Vater gerichtet wären.

Der Gerichtshof hat eine detaillierte Analyse der Anwendung des HKÜ durch die polnischen Gerichte durchgeführt und hat ihnen Folgendes vorgeworfen:

- eine übermäßig lange Dauer des Verfahrens (welches der sofortigen Rückgabe des Kindes dienen soll), das vor den polnischen Gerichten zwölf Monate lang gedauert hat,
- Willkürlichkeit bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Ablehnung der Anordnung der Rückgabe des Kindes,
- eine weite Auslegung der Ausnahmen nach Art. 13 HKÜ, indem die Lage der Mutter und ihr Widerwille, nach Großbritannien zurückzukehren, berücksichtigt wurden,
- Nichtbeachtung des Beweises durch Sachverständige des Familienzentrums für Diagnostik und Beratung (*Rodziny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny*), durch den eine hohe Anpassungsfähigkeit des Kindes an neue Verhältnisse und eine emotionale Bindung an beide Eltern und beide Staaten – Polen und Großbritannien – nachgewiesen wurde.

Die zweite Entscheidung betrifft die Sache R.S. gegen Polen. Das Verfahren wurde aufgrund der Klage Nr. 63777/09 eingeleitet. Die Klage wurde von R.S., ebenfalls einem polnischen Staatsangehörigen, dem Vater zweier Kinder, der mit seiner Familie in der Schweiz wohnte, erhoben. Die Ehefrau von R.S. ist, nachdem sie die Zustimmung des Ehemannes erhalten hat, zusammen mit den Kindern nach Polen in Urlaub gefahren, wobei ein konkretes Rückreisedatum mit dem Mann vereinbart worden ist. Während des Aufenthalts in Polen

---

<sup>21</sup> Dz.U. 1993 Nr. 61 Pos. 284.

hat das polnische Gericht den Antrag der Frau, den sie vor Abreise gestellt hat, bewilligt und hat eine einstweilige Anordnung über die vorläufige Einräumung des Sorgerechts für die Dauer des Scheidungsverfahrens erlassen, wovon der Kläger, unter Verletzung von Art. 755 § 3 poln. Zivilverfahrensgesetzbuch (nachfolgend: poln. ZVGB) nicht in Kenntnis gesetzt worden ist. Die einstweilige Anordnung ist auf der Grundlage von Art. 730 § 1 und Art. 755 § 1 Ziff. 4 polv. ZVGB ergangen. Da die Familie von R.S. nach dem vereinbarten Termin nicht in die Schweiz zurückgekehrt ist, hat der Mann einen HKÜ-Antrag auf Rückgabe der Kinder gestellt. Darüber hinaus hat er einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der einstweiligen Anordnung bezüglich des Sorgerechts gestellt und hat gegen den besagten Beschluss Beschwerde eingelegt. Beide Anträge wurden vom Gericht zurückgewiesen. Bezüglich der Rückgabe der Kinder nach dem HKÜ hat das polnische Gericht festgestellt, dass das Zurückhalten der Kinder in Polen nicht widerrechtlich war, weil die Kinder mit Zustimmung des Vaters nach Polen gefahren sind, und vor dem geplanten Rückreisedatum bereits die einstweilige Anordnung in Kraft war, sodass die Mutter das Recht hatte, eigenständig zu entscheiden, ob die Kinder in Polen bleiben oder nicht<sup>22</sup>. Von einer elterlichen Entführung könne hier also keine Rede sein. Laut Art. 3 I (a) HKÜ gilt das Verbringen oder Zurückhalten als widerrechtlich, wenn es unter Verletzung des Sorgerechts, das einer bestimmten Person nach dem Recht des Staates, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zusteht, erfolgt. Vor dem EGMR hat der Kläger geltend gemacht, dass es zur Verletzung seines von Art. 8 EMRK geschützten Rechts auf Achtung der Familie gekommen sei. Er behauptete, die inländischen Gerichte hätten bei der Prüfung seines Antrags die HKÜ-Kriterien nicht angewandt. Der Gerichtshof hat dem Kläger zugestimmt und stellte eine Verletzung des Art. 8 EMRK fest. In Fragen des Verbringens und Zurückhaltens der Kinder hat der EGMR den inländischen Gerichten Recht gegeben und hat festgestellt, dass diese bei der rechtlichen Beurteilung der Zustimmung des Antragstellers und durch die da-

---

<sup>22</sup> Das war eine Folge der einstweiligen Anordnung, vor deren Erlass die umfassende elterliche Sorge beiden Eltern zustand, sodass auch der Vater die Pflicht und das Recht hatte, an der Ausübung der elterlichen Sorge mitzuwirken (vgl. Art. 97 § 1 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch).



hingehende Feststellung, dass das Verbringen aufgrund dieser Zustimmung nicht „widerrechtlich“ war, das Recht und die Auslegung des Übereinkommens nicht verletzt haben. Gleichzeitig hat der EGMR betont, dass das Gleiche nicht über das weitere Zurückhalten der Kinder in Polen behauptet werden könne. Die polnischen Gerichte haben sich auf das eigene Recht, d.h. auf das Recht des ersuchten Staates berufen und haben somit das im Staat des vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts geltende Recht, d.h. das Schweizer Recht, ignoriert. Es ist zu betonen, dass der Kläger weder über den Antrag der Mutter noch über die Sitzung des Gerichts bezüglich des Sorgerechts für die Kinder, auf das sich die polnischen Gerichte so stark berufen haben, als sie das spätere Zurückhalten der Kinder in Polen für rechtmäßig anerkannt haben, in Kenntnis gesetzt wurde. Der Gerichtshof hat erkannt, dass das Interesse des Klägers als Vater im gerichtlichen Entscheidungsverfahren in Polen nicht gebührend berücksichtigt worden ist. Außerdem hat der EGMR die Länge des inländischen Verfahrens kritisch beurteilt. Dieses hat nämlich sechs Monate in Anspruch genommen, wogegen das HKÜ verlangt, dass ein Beschluss binnen sechs Wochen zu ergehen hat; anderenfalls hat die den Beschluss erlassende Behörde die Gründe für die Verzögerung zu nennen (Art. 11 HKÜ). In Anbetracht der Verfahrensdauer und folglich des Zeitraums, den die Kinder in Polen verbracht haben, sowie des Alters der Kinder (fast volljährig), hat der EGMR Polen nicht dazu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die die Rückgabe der Kinder in die Schweiz veranlassen würden.

Bei der Beurteilung des Standpunktes der polnischen Gerichte war in beiden Fällen eine Neigung erkennbar, das jeweilige Verbringen und Zurückhalten der Kinder auf polnischem Gebiet als rechtmäßig zu interpretieren. Die Gerichte hätten auf die Verletzungen auf eine Art und Weise reagieren müssen, die den Bestimmungen des Haager Übereinkommens entsprechen würde, und eine strenge Auslegung der Vorschriften vornehmen müssen. Auch ist die Verzögerung der gemäß dem Übereinkommen durchgeführten Verfahren, welche sich stets negativ auf die Beziehung der Kinder zum anderen Elternteil, mit dem sie eingeschränkten Kontakt haben, auswirkt, kritisch zu beurteilen.

Nach der Analyse der beiden Urteile wird sichtbar, welche wichtige Rolle Art. 8 EMRK in Sachen elterlicher Kindesentführungen spielt. Die Entziehung der Möglichkeit der Ausübung des Sorgerechts im



Zusammenhang mit dem widerrechtlichen Zurückhalten des Kindes in einem anderen Staat stellt für die Eltern eine Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Familienlebens dar. Die in Art. 11 HKÜ vorgesehene Beschränkung der Verfahrensdauer in Sachen widerrechtlichen Zurückhaltens eines Kindes ist von immenser Bedeutung. In beiden besprochenen Urteilen sind die Kinder aufgrund der wesentlichen Verzögerung der Verfahren nicht in den Staat ihres bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts zurückgekehrt. Nach Ablauf eines Jahres ab dem Tag des Zurückhaltens ist die Erzwingung der Rückgabe in der Praxis sehr erschwert. Das Kind, dessen Interesse in diesen Fällen am wichtigsten ist, lebt sich in die neue Umgebung ein und sein erneutes Herausreißen aus der Umgebung, in der es aufwächst, kann einen negativen Einfluss auf das Kind haben. Leider beweisen diese Urteile, dass die polnischen Gerichte trotz Bindung an die Bestimmungen des Übereinkommens nicht immer ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllen.

## V. Grenzüberschreitende elterliche Kindesentführungen in Polen – statistische Daten<sup>23</sup>

---

Im Bericht des Europäischen Parlaments von 2015 wurde aufgezeigt, dass ein „internationales Element“, das jedoch nicht nur als eine fremde Nationalität der Eltern des Kindes verstanden wird, ein potentiell Risiko für elterliche Kindesentführungen darstellt.<sup>24</sup> Die Zunahme der Fälle der elterlichen Kindesentführungen kann auch eine mittelbare Folge der Freizügigkeit der Arbeitnehmer sein. Eine Kindesentführung kann selbst in einer typischen „nationalen Familie“ stattfinden, wenn ein Elternteil eine Arbeitsstelle im Ausland annimmt – auch dann tritt ein internationaler Faktor auf.

Das Phänomen der grenzüberschreitenden Kindesentführungen betrifft sowohl Kinder von Eltern gleicher Nationalität als auch binationale (Ehe)Paare, bei denen einer der Ehegatten polnischer

---

<sup>23</sup> Gemäß den vom Justizministerium der Republik Polen und vom Statistischen Hauptamt gesammelten Daten.

<sup>24</sup> Cross-border parental child abduction in the European Union [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL\\_STU\(2015\)510012\\_EN.pdf\[08.01.2017\]](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)510012_EN.pdf[08.01.2017]).

Staatsangehöriger ist, wobei der Ort der Eheschließung keine Rolle spielt.

Aus den statistischen Daten des Statistischen Hauptamtes (*Główny Urząd Statystyczny, GUS*) geht hervor, dass im Jahr 2009 4120 der in Polen geschlossenen Ehen durch Ausländer geschlossen wurden und im Jahr 2012 3399 (was 1,7% aller in diesem Jahr in Polen geschlossenen Ehen ausmacht.) 2012 wählten die Polinnen am häufigsten Partner aus dem Westen aus: Briten (23% der in Polen von Polinnen mit Ausländern eingegangenen Ehen), Deutsche (14%) und Italiener (7%)<sup>25</sup>. Unter den Männern polnischer Nationalität überwogen wiederum Ehen, die mit Ukrainerinnen (33%), an zweiter Stelle mit Russinnen (12%) und danach mit Weißrussinnen (9%) geschlossen wurden.<sup>26</sup> 2015 gab es in Polen nur halb so viele durch Ausländer geschlossene Ehen wie in 2009, obwohl die Tendenz hinsichtlich der Nationalität der Ehepartner gleichbleibend ist.<sup>27</sup>

Elterliche Kindesentführungen werden auch von der zunehmenden Anzahl von Scheidungen begünstigt. Die Statistiken zeigen, dass die Scheidungszahl in Mischehen höher ist als in monokulturellen Ehen. Diese Tatsache bedeutet, dass die Ersteren mit einem höheren Risiko behaftet sind. Laut den Daten des Programms Intermar (Integration of Intercultural Marriages), das in Europa und in Nordamerika durchgeführt worden ist, waren kulturelle Unterschiede<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> J.K. Kowalski, „20 tys. zagranicznych ślubów. Polacy chcą Słowianek, Polki Brytyjczyków i Niemców” [online] *Gazeta Prawna* (16.01.2014) <http://www.gazeta-prawna.pl/artykuly/770936,malzenstwa-mieszane-20-tys-zagranicznych-slubow-polek-i-polakow.html> [08.01.2017].

<sup>26</sup> *Rocznik Demograficzny 2013* <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2013,3,7.html> [08.01.2017].

<sup>27</sup> 2422 Ehen, die gemäß den statistischen Daten des Statistischen Hauptamtes von Ausländern in Polen geschlossen wurden; *Rocznik Demograficzny 2016*, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2016,3,10.html> [08.01.2017].

<sup>28</sup> Als krasses Beispiel für den Einfluss von kulturellen Unterschieden auf die Häufigkeit der elterlichen Entführungen können die von den Medien ausführlich besprochenen Schicksale von binationalen Ehepaaren dienen, in denen einer der Ehegatten Staatsangehöriger eines arabischen Staates war: z. B. Ägyptens („Tragiczny koniec wakacji - ojciec porwał córkę Polki” [online] *Wiadomości Virtualna Polska* (23.07.2010) <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1348,title,Tragiczny-koniec-wakacji-ojciec-porwal-corka-Polki,wid,12502611,wiadomosc.html?icaid=11868e> [08.01.2017]), Lybiens („Apel zdesperowanej polskiej matki: »Ojciec wywiózł córeczkę

und gesellschaftliche Zwänge<sup>29</sup> die Hauptursachen für den Zerfall von Mischehen. Es gibt eine eindeutig positive Korrelation zwischen der Zahl der Scheidungen von binationalen Ehen und den Fällen grenzüberschreitender elterlicher Kindesentführungen.

Wie sich aus den vom Justizministerium gesammelten statistischen Daten<sup>30</sup> ergibt, ist in den letzten paar Jahren ein deutlicher Anstieg der Zahl der unter Anwendung des Haager Übereinkommens geprüften Fälle zu verzeichnen, wobei die Mehrzahl die Rückgabe der Kinder aus dem Ausland nach Polen betrifft (zuvor war die Tendenz umgekehrt).

Aus den statistischen Daten des Justizministers geht hervor, dass die meisten Anträge aus Polen im Jahr 2015 und die wenigsten 2010 gesandt wurden. In Polen sind ebenfalls die meisten Anträge im Jahr 2015 und 2010 die wenigsten eingegangen. Bemerkenswert ist zudem, dass nur wenige der aus Polen gesandten Anträge zurückgewiesen werden. Die meisten Anträge führen zur Anordnung der Rückgabe des Kindes. 2015 wurden insgesamt 115 Anträge aus Polen gesandt, und nur 10 davon wurden zurückgewiesen; stattgegeben (wo die Rückgabe angeordnet wurde) wurde hingegen 34 Anträgen. Es gab noch 30 sonstige (die zurückgenommen wurden, bezüglich deren das

---

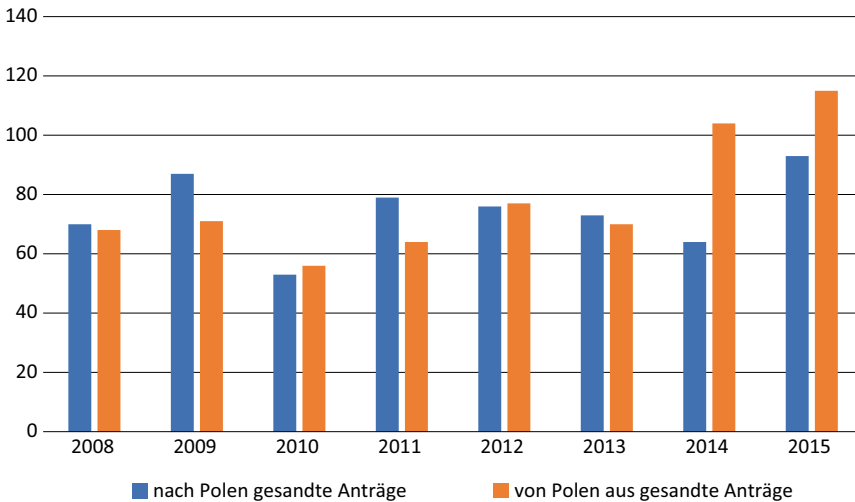
do Libii. Nie wiem, czy ją zobaczę» [online] Express Polish (31.01.2015) <http://www.polishexpress.co.uk/apel-zdesperowanej-polskiej-matki-ojciec-wywiozl-coreczke-libii-nie-wiem-czy-ja-zobacze> [08.01.2017]), Algeriens (P. Korbut „Walczy o odzyskanie córki, którą mąż wywiózł do Algierii” [online] Gazeta Krakowska (16.06.2013) <http://www.gazetakrakowska.pl/arttykul/921368,walczy-o-odzyskanie-corki-ktora-maz-wywiozl-do-algerii,id,t.html> [08.01.2017]), der Türkei (I. Kadłuczka „Mały Kuba odbity w Stambule przez »Bonda w spódnicy«” [online] Gazeta Wyborcza (20.12.2013) [http://wyborcza.pl/1,76842,15168087,Maly\\_Kuba\\_odbity\\_w\\_Stambule\\_przez\\_Bonda\\_w\\_spodnicy\\_.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15168087,Maly_Kuba_odbity_w_Stambule_przez_Bonda_w_spodnicy_.html) [08.01.2017]). Das ägyptische Recht sprach dem Vater das Entscheidungsrecht über den Aufenthaltsort des Kindes zu; er konnte es auch verbieten, dass das Kind das Land verlässt. Aktuell sind diese Fragen anders geregelt, obwohl es eine Ausnahme gibt, wenn ein Verdacht auf Begehung einer Straftat besteht. Dann ist das o.g. Recht des arabischen Vaters ein Grundsatz, den keiner infrage stellt (A. Gamal El Din, „Kontrakt ślubny, czyli intercyza dla małżeństw mieszanych” [online] Stowarzyszenie polskie w Egipcie (5.08.2010) <http://zrp-e.com/?p=822> [08.01.2017])

<sup>29</sup> K. Richter, „Małżeństwa międzykulturowe – Związki wysokich lotów i wysokiego ryzyka” [online] Together Magazyn (08.03.2015) <http://togethermagazyn.pl/malzenstwa-miedzykulturow/> [08.01.2017].

<sup>30</sup> Ein Service des poln. Justizministeriums, <https://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-haska-dot-uprowadzenia-dziecka/> [08.01.2017].

Verfahren eingestellt wurde oder ein Vergleich geschlossen wurde) und in 41 Fällen ist das Verfahren noch nicht beendet.<sup>31</sup>

**Schaubild 1. Der Gesamtzahl der in den Jahren 2008–2015 aufgrund des Haager Übereinkommens 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung geprüften Anträge**



Eigene Darstellung auf der Basis von statistischen Daten des Justizministeriums

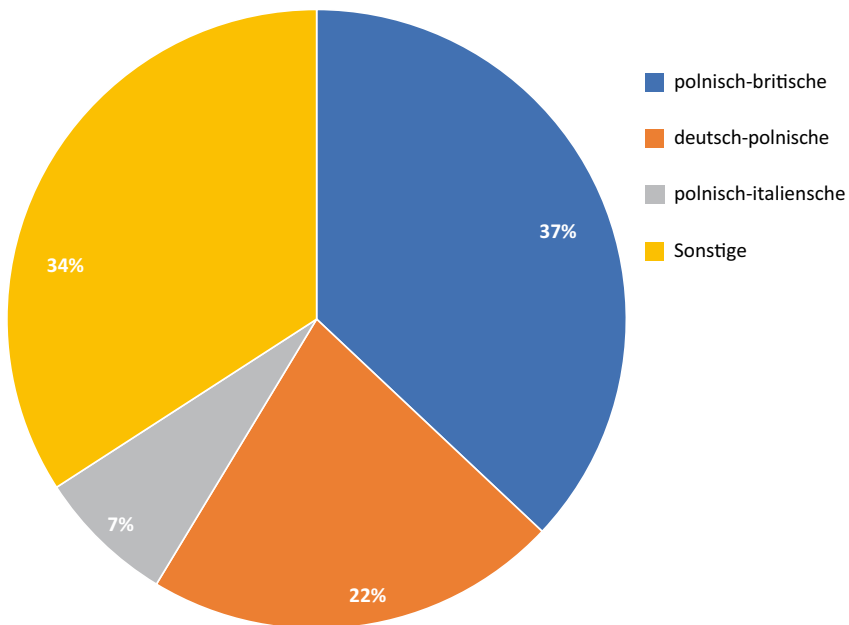
Außerdem „machen die polnischen Gerichte, die über die Fälle bezüglich der Rückgabe der Kinder aus Polen entscheiden, in einem bedeutenden Anteil der Fälle, in denen eine Entscheidung in der Sache selbst ergangen ist, von den vom Übereinkommen vorgesehenen Ausnahmen von der sofortigen Anordnung der Rückgabe des Kindes in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts Gebrauch. Dies betrifft v. a. Anträge, die von ausländischen institutionellen Antragstellern stammen (0-5 Anträge pro Jahr bei insgesamt ca. 100 Anträgen aus dem Ausland, zur Hälfte von polnischen Staatsangehörigen). Die polnischen Kinderheime oder Ersatzfamilien und andere Antragsteller, die nicht die biologischen Eltern des Kindes sind, stellen auch gelegentlich Anträge auf Rückgabe des ins Ausland verbrachten Kindes.“<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Ebenda, Stand vom 06.12.2016.

<sup>32</sup> Antwort des Unterstaatssekretärs im Justizministerium Marcin Warchoł auf die Interpellation Nr. 2418 vom 10. April 2016 über das Verfahren der Rückgabe

Zu bemerken ist überdies, dass die meisten Anträge polnisch-britische (2015: 77 Anträge, davon 47 aus Polen), deutsch-polnische (2015: insgesamt 45 Anträge, davon 30 aus Polen) und polnisch-italienische (2015: 15 Anträge, davon 5 aus Polen) Fälle betreffen. Dies ist eine Folge der verhältnismäßig hohen Zahl von Mischehen zwischen Staatsangehörigen dieser Staaten, wovon oben bereits die Rede war.

**Schaubild 2. Der Gesamtzahl der im Jahr 2015 aufgrund des Haager Übereinkommens 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung geprüften Anträge, mit Unterteilung in Staaten, die der Antrag betraf**



Eigene Darstellung auf der Basis von statistischen Daten des Justizministeriums

Die Analyse der statistischen Daten führt zur Schlussfolgerung, dass trotz der sinkenden Anzahl an binationalen Ehen es von Jahr zu Jahr mehr Fälle der grenzüberschreitenden elterlichen Kindesentführungen gibt. Es sollte allerdings betont werden, dass in einer Großzahl der Fälle eine Entscheidung in der Sache selbst ergeht und die Rückgabe des Kindes angeordnet wird. Wären da nicht die Schwierigkeiten,

polnischer Kinder an das deutsche Jugendamt, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=25D4023A> [08.01.2017].

die erst nach dem Erlass einer solchen Anordnung auftreten, könnte behauptet werden, dass diese Fälle dem Grundgedanken des Übereinkommens gemäß beendet werden. Aber die Stattgabe des Antrags bedeutet erst den Anfang eines langen Weges, der das Gleichgewicht im Leben des Kindes wiederherstellen soll.

Berücksichtigt man den besonderen Wert, der von dem Übereinkommen geschützt wird – das Wohl des Kindes – ist festzustellen, dass weder eine elterliche Kindesentführung noch ein Verfahren bezüglich der Rückgabe des Kindes in den Staat seines vorherigen Aufenthalts der harmonischen Entwicklung des Kindes dient.

Małgorzata Naumczuk, Magdalena Jaszczuk, Justyna Szymkowicz

## Transgraniczne uprowadzenia rodzicielskie z perspektywy polskiej

### I. Uprowadzenia rodzicielskie i media

---

Problem transgranicznych uprowadzeń rodzicielskich jest kwestią często poruszaną przez polskie media.<sup>1</sup> Aktualność tego zjawiska wynika ze zwiększonej mobilności obywateli różnych państw, wzrostu liczby małżeństw i związków partnerskich, których strony posiadają różną narodowość, jak również z powrotów do ojczyzny poszczególnych członków rodzin pozostających na emigracji, w wielu przypadkach po rozpadzie małżeństwa.

Uprowadzenia rodzicielskie, choć teoretycznie dotyczą zamkniętego kręgu osób, regularnie są nagłaśniane w mediach z kilku powodów. Po pierwsze dlatego, że częstokroć jeden z rodziców uprowadzonego lub zatrzymanego w innym państwie dziecka, jest bezsilny wobec zaistniałej sytuacji i nie widzi szansy na pomoc ze strony organów państwowych, a instrumenty prawne, jakimi dysponuje okazują się niewystarczające. Zdarza się, że nawet po uzyskaniu wyroku nakazującego powrót dziecka, trudno jest o jego skuteczną egzekucję.<sup>2</sup> Z tego powodu rodzice uciekają się do metod innych niż mediacja lub

---

<sup>1</sup> MSW: *Wzrasta liczba zaginięć, w tym porwań rodzicielskich*, „Gazeta Prawna”, 20.11.2014, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/836773,msw-wzrasta-liczba-zaginiec-w-tym-porwan-rodzicielskich.html> (8.01.2017); M. Kocińska, *Wszystko z miłości. Porwania rodzicielskie*, „Wysokie Obcasy”, 7.05.2014, [http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko\\_z\\_milosci\\_Porwania\\_rodzicielskie.html](http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,15849908,Wszystko_z_milosci_Porwania_rodzicielskie.html) (8.01.2017); J. Kałucki, J. Haszczyński, K. Szczepaniak, *Niemiecka rodzina zastępcza lepsza od polskich dziadków*, Rzeczpospolita.pl (20.11.2008) <http://www.rp.pl/artykul/222072-Niemiecka-rodzina-zastepcza-lepsza-od-polskich-dziadkow.html#ap-1> (8.01.2017).

<sup>2</sup> M. Piotrowski, *Anglik odebrał Polce dziecko*, „Polish Express”, 15.08.2015, <http://www.polishexpress.co.uk/temat-numeru-anglik-odebral-polce-dziecko/feed> (8.01.2017).

wszczęćie postępowania przed odpowiednimi organami państwa, sięgając między innymi do nagłośnienia sprawy w mediach. Po drugie, dzięki mediom właściwe instytucje i organizacje dowiadują się o zdarzeniach, o których nie dowiedziałyby się z innych źródeł. Dzięki temu mogą podejmować odpowiednie działania zmierzające do odzyskania bezprawnie uprowadzonego czy zatrzymanego dziecka.

Ukazywane w mediach sprawy dotyczące uprowadzeń rodzicielskich są wyjątkowo poruszające. Zdarza się, że małoletni zostaje zabrany lub zatrzymany wbrew, nie tylko decyzji drugiego rodzica, ale i swojej woli, zostając pozbawionym kontaktu z dotychczasowym środowiskiem lub drugim rodzicem. Emocjonalny poziom takiego przekazu medialnego wpływa na budowanie przeświadczenia o niesłuszności działań organów państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane<sup>3</sup> oraz narastania kontrowersji, które rodzą decyzje podejmowane przez organy państwowe.<sup>4</sup>

## II. Regulacja prawna postępowań w sprawach uprowadzeń rodzicielskich

---

W sprawach o transgraniczne uprowadzenia rodzicielskie mają zastosowanie akty prawne regulowane na poziomie międzynarodowym, europejskim oraz krajowym. Wśród nich szczególne miejsce zajmuje Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25 października 1980 r.<sup>5</sup> (dalej: Konwencja haska z 1980 r. albo Konwencja). Celem Konwencji jest zagwarantowanie niezwłocznego (ponieważ taki leży w najlepszym interesie dziecka) powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu. Pomimo że

---

<sup>3</sup> Co do zasady decyzję o wydaniu bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego dziecka podejmuje właściwy organ państwa, w którym dziecko aktualnie przebywa.

<sup>4</sup> Jak to ma miejsce na przykład w przypadku niemieckiego Jugendamtu – *Jugendamt zabral Polce trzydniowego noworodka. Niemcy twierdzą, że to dla »dobra dziecka«*, „Dziennik” <http://wiadomosci.dziennik.pl/swiat/artykuly/529053,jugendamt-zabral-polce-trzydniowego-noworodka-niemcy-twierdza-ze-to-dla-dobra-dziecka.html> (8.01.2017) – oraz brytyjskich służb Social Services – *Podpisz się pod petycją przeciwko odbieraniu dzieci polskim rodzinom w Wielkiej Brytanii!*, [on-line] „Polish Express”, 22.04.2016 (8.01.2017).

<sup>5</sup> Dz. U. z 1995 r. nr 108, poz. 528.



postępowania o wydanie dziecka toczące się na podstawie Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę są traktowane jako „priorytetowe”, to nie wszystkie prowadzą do wyniku odpowiadającego „interesowi dziecka”.<sup>6</sup> Konwencja nakłada na organy państwa obowiązek niezwłocznego działania (art. 11 Konwencji), ale koncentracja sił i środków na tych postępowaniach może mieć również skutki negatywne. Podczas wykonywania orzeczeń często dochodzi do dosyć dramatycznych wydarzeń, takich jak odbieranie dzieci przy udziale brygady antyterrorystycznej, w sposób mający niewiele wspólnego z pojęciem dobra dziecka.<sup>7</sup>

Organy państwowe uczestniczące w postępowaniach toczących się na podstawie Konwencji nie działają w oderwaniu od realiów prawnych własnego państwa. Ich czynności podejmowane są w oparciu o ukształtowaną w danym państwie praktykę orzeczniczą, stąd też na przykład sędzia w Polsce może podjąć w podobnej sytuacji decyzję odmienną niż sędzia w Niemczech. Dlatego też podkreśla się w literaturze przedmiotu, że sądy państw członkowskich biorące udział w sporze rodzinnym powinny współpracować już na wczesnych etapach postępowania sądowego, w szczególności przez kanał europejskiej sieci sądowej. Rozwój międzynarodowej współpracy sądowniczej postrzegany jest jako skuteczniejszy mechanizm ochrony dziecka przed szkodliwymi skutkami wynikającymi z jego uprowadzenia lub zatrzymania przez jednego z rodziców wbrew woli drugiego z nich, niż regulowanie jurysdykcji lub uznawania i egzekucji orzeczeń w sprawach dotyczących opieki nad dzieckiem.<sup>8</sup> Ramy takiej współpracy ustanawia między innymi art. 7 Konwencji określający zakres współpracy organów centralnych w celu zapewnienia niezwłocznego powrotu dziecka.

Konwencja nie obejmuje swoim zakresem kwestii dotyczących właściwości sądu i stwierdzenia wykonalności obcych orzeczeń sądowych, które na obszarze UE poddane są przepisom Rozporządzenia

---

<sup>6</sup> Por. E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowań wykonawczych)*, „Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne” 2011, nr 10, s. 5.

<sup>7</sup> Wypowiedź A. Matuszewskiego podczas obrad Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Komisji Spraw Zagranicznych Sejmu RP w dniu 8.01.2009 r., za: E. Holewińska-Łapińska, op. cit.

<sup>8</sup> A.L. Estin, *Family and Children in International Law: An Introduction*, „Transnational Law and Contemporary Problems” 2002, nr 12, s. 279.

(WE) Nr 2201/2003 (Bruksela II a)<sup>9</sup>, regulującego kwestię jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej. Artykuł 15 Rozporządzenia ma służyć uzyskiwaniu jak najstuszniejszych rozstrzygnięć w sprawie transgranicznych uprowadzeń rodzicielskich, pozwalając sędziom w danym kraju - w sytuacji gdy uznają, że sąd innego Państwa Członkowskiego, z którym dziecko posiada szczególny związek, będzie lepiej umiejscowiony do rozpatrzenia sprawy lub jej szczególnej części, oraz jeżeli leży to w najlepszym interesie dziecka – zawiesić sprawę lub jej część i wezwać strony do złożenia wniosku przed sądem innego państwa członkowskiego, albo zażądać od sądu innego państwa członkowskiego przejęcia właściwości. Takie rozwiązanie ujednolica w regulowanym zakresie odmienne normy prawne mające zastosowanie w różnych państwach członkowskich UE w przypadku sądowego rozpatrywania sprawy o transgraniczne uprowadzenie rodzicielskie.

Rozporządzenie 2201/2003 reguluje procedurę rozwiązywania spraw dotyczących uprowadzenia dziecka przez jednego z rodziców oraz wszystkie aspekty odpowiedzialności rodzicielskiej. Akt ten ma na celu ujednoczenie procedury powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego albo zatrzymanego stosowanej w państwach członkowskich UE oraz promowanie wymiany informacji na temat prawa krajowego i postępowania, ułatwienie komunikacji między sądami, a także wzięcie w opiekę i udzielenie pomocy rodzicom oraz opiekunom starającym się o powrót dziecka do miejsca jego stałego pobytu lub walczącym o uznanie i wykonanie orzeczeń. Rozporządzenie Bruksela II a reguluje również kwestie prawa do kontaktów i odwiedzin dziecka oraz promuje ułatwianie porozumienia między rodzicami lub opiekunami poprzez takie środki jak mediacja.

Wymienione powyżej akty prawne regulujące materię transgranicznego uprowadzenia rodzicielskiego w państwach Unii Europejskiej nie mogą być stosowane całkowicie rozłącznie. W przypadkach transgranicznego uprowadzenia dzieci stosuje się przepisy Konwencji haskiej z 1980 r. ze szczególnym uwzględnieniem przepisów zawartych w rozporządzeniu nr 2201/2003, które mają w tym przypadku charakter przewodni.<sup>10</sup> Konwencja haska z 1980 r. musi

<sup>9</sup> Dz. Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.

<sup>10</sup> M. Radwan, *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, EPS 2011, nr 2, s. 12.

być stosowana i interpretowana z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia.<sup>11</sup>

### III. Postępowanie w przedmiocie orzeczenia powrotu dziecka do państwa miejsca stałego pobytu

---

Nadrzędnym celem Konwencji jest działanie w interesie dziecka oraz jego ochrona we wszystkich aspektach dotyczących opieki nad nim, a zwłaszcza w przypadku międzynarodowego bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka. Konwencję stosuje się do każdego dziecka, które miało miejsce stałego pobytu na terenie państwa sygnatariusza Konwencji i zostało uprowadzone do państwa, które również jest stroną Konwencji, chyba że ukończyło ono 16. rok życia (art. 4 w zw. z art. 35 Konwencji haskiej z 1980 r.).

Założeniem Konwencji jest zagwarantowanie niezwłocznego powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu i przywrócenie sytuacji sprzed uprowadzenia lub zatrzymania.<sup>12</sup> Konwencja ma także na celu ochronę dziecka i jego interesów przed bezprawnymi działaniami ze strony jednego z rodziców, zmierzającymi do podważenia niekorzystnego dlań rozstrzygnięcia sądu.<sup>13</sup>

Konwencja określa materialne przesłanki postanowienia zarządzającego powrót dziecka. Art. 3 Konwencji definiuje pojęcie „bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka”. Następuje ono w momencie naruszenia prawa do opieki przyznanego określone podmiotowi (osobie, instytucji lub organizacji) wykonywanego na mocy ustawodawstwa państwa, na terenie którego dziecko miało miejsce stałego pobytu w trakcie lub przed uprowadzeniem bądź zatrzymaniem, a także jeśli prawa te były lub byłyby skutecznie wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

---

<sup>11</sup> Wyrok ETPC z 1.3.2016 r. w sprawie K.J. v. Polska, pkt. 58.

<sup>12</sup> M. Domańska, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, EPS 2013, nr 1, s. 61.

<sup>13</sup> J. Wierciński, *Ponownie o klauzuli ne exeat – cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę Sąd Najwyższy USA w sprawie Abbott v. Abbott*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego” nr 2913, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, t. 8, red. M. Pazdan, Katowice 2011, s. 26.

Aby skutecznie domagać się powrotu dziecka, podmiot uprawniony musi złożyć stosowny wniosek, o treści zgodnej z wymogami art. 8 II Konwencji, do organu centralnego miejsca stałego pobytu dziecka albo organu centralnego każdego innego państwa, które ratyfikowało Konwencję, szczególnie organu centralnego państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone, albo w którym zostało zatrzymane. Niezależnie od miejsca złożenia wniosku zostaje on, w razie potrzeby, niezwłocznie przekazany do organu centralnego państwa, w którym aktualnie przebywa dziecko.

Przy rozpatrywaniu wniosku o zarządzenie powrotu dziecka w pierwszej kolejności sąd ocenia, czy zostały spełnione przesłanki dopuszczające wszczęcie postępowania oraz czy osoba składająca wniosek jest do tego uprawniona, a także czy doszło do naruszeń wymienionych w art. 1 Konwencji.<sup>14</sup> Zgodnie z art. 3 I (b) w zw. z art. 8 I Konwencji powrotu dziecka może żądać podmiot, który był uprawniony do opieki nad dzieckiem i skutecznie swoje prawa realizował. Należy jednak zwrócić uwagę na precedens w sprawie *Abbott v. Abbott*<sup>15</sup>, w którym zapadł wyrok uznający prawo żądania powrotu dziecka przez osobę uprawnioną do odwiedzin, ale niemającą przyznanego prawa do opieki. Wyrok ten, *de facto* zrównujący prawo do kontaktów z dzieckiem z rangą prawa do opieki nad nim, wzbudził kontrowersje. Zdanie odrębne do wyroku złożyło trzech sędziów, którzy przeprowadzili dogłębną analizę przepisów Konwencji, oceniając, że wydany wyrok jest niezgodny z założeniami twórców Konwencji. Podmiot nieuprawniony do opieki nad dzieckiem, a jedynie uprawniony do jego odwiedzin, nie powinien mieć prawa do domagania się powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu.

Należy zaznaczyć, że właściwe władze sądownicze lub administracyjne w swoim działaniu skupiają się na odnalezieniu uprowadzonego czy też zatrzymanego dziecka i na zarządzeniu jego wydania do kraju miejsca stałego pobytu. Nie zajmują się natomiast kwestią opieki nad dzieckiem, która została przyznana danemu podmiotowi.<sup>16</sup>

Zgodnie z art. 10 Konwencji organy państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone, są właściwe do domagania się ścigania oraz

<sup>14</sup> M. Domańska, op. cit., s. 61.

<sup>15</sup> J. Wierciński, op. cit., s. 21.

<sup>16</sup> M. Domańska, op. cit., s. 61.

zarządzenia powrotu dziecka do kraju, w którym ma ono miejsce stałego pobytu. Jak wynika z art. 12 I Konwencji, powrót dziecka zostaje zarządzone niezwłocznie, jeśli upłynął okres krótszy niż jeden rok od momentu jego uprowadzenia bądź zatrzymania. Zarządzenie powrotu może nastąpić także po upływie roku od uprowadzenia dziecka, chyba że zostanie ustalone, że dziecko przystosowało się do nowego środowiska (art. 12 II Konwencji).

Na mocy Konwencji dziecko powinno co do zasady powrócić do miejsca stałego pobytu, jednak od tego postanowienia istnieją następujące wyjątki:

- gdy właściwy organ ma podstawy sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa (art. 12);
- gdy podmiot sprzeciwiający się wydaniu dziecka wykaże, iż osoba, instytucja lub organizacja opiekująca się dzieckiem faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się na nie, czy też później wyraziła zgodę (art. 13 I a);
- gdy powrót rodziłby poważne ryzyko narażenia dziecka na szkodę fizyczną lub psychiczną lub doświadczyłoby ono sytuacji nie do zniesienia (art. 13 II b).

Sąd orzekający w przedmiocie powrotu dziecka zobowiązany jest także ocenić, czy dziecko osiągnęło już wiek i stopień dojrzałości, który pozwala na uwzględnienie jego opinii oraz czy dziecko sprzeciwia się powrotowi (art. 13 II). Zgodnie z art. 20 Konwencji sąd winien odmówić nakazania powrotu dziecka w przypadku, gdy nie byłby on dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności. Do wymienionych wyjątków przypisać należy jeszcze ograniczenie odmowy powrotu dziecka, nawet jeżeli dyspozycja art. 13 I b Konwencji zostanie spełniona, ale wnioskodawca powziął kroki zmierzające do zabezpieczenia dziecka przed narażeniem go na sytuacje i szkody opisane w art. 13 Konwencji. W takiej sytuacji sąd zobowiązany jest do zarządzenia powrotu dziecka. Sąd zobowiązany jest mimo wszelkich wyjątków do zarządzenia powrotu dziecka, jeżeli osoba wnioskująca nie została wysłuchana.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> M. Radwan, op. cit., s. 16, 17.

Sąd może odmówić wydania dziecka wyłącznie ze względu na dobro dziecka. Nie uchyla to jednak bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania, które z natury rzeczy pozostaje bezprawne. Sam czyn uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, o którym mowa w Konwencji, jest bezprawny, albowiem w sposób ewidentny można wykazać, iż dziecko traci wtedy podstawowe prawo do opieki przyznanej i wykonywanej na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko ma miejsce stałego pobytu.<sup>18</sup>

#### IV. Konwencja haska z 1980 r. w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

---

Jak już wyżej zostało przedstawione, Konwencja ma na celu ochronę dobra dziecka w sytuacji jego bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. W jaki sposób i czy rzeczywiście cel ten jest realizowany, omówione zostanie na tle dwóch orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC).

Pierwsze orzeczenie dotyczy sprawy K.J. przeciwko Polsce, wszczętej na podstawie skargi nr 30813/14, wniesionej przez K.J., polskiego obywatela, ojca 2-letniej dziewczynki, mieszkającego w Wielkiej Brytanii.<sup>19</sup> W lipcu 2012 r. dziecko, za zgodą ojca, wyjechało wraz z matką na wakacje do Polski. W trakcie pobytu żona poinformowała męża, że nie wróci do Wielkiej Brytanii, zatrzymując dziecko w Polsce. W październiku 2012 r. ojciec wystąpił z wnioskiem o zarządzenie powrotu dziecka do Wielkiej Brytanii. Matka dziecka sprzeciwiła się wnioskowi, podnosząc, że nie wiążą ją żadne więzi z mężem, nie zamierza wracać do Wielkiej Brytanii i nie wyraża zgody na powrót dziecka. Po oddaleniu wniosku o zarządzenie powrotu dziecka przez sądy obu instancji K.J. wniósł skargę do ETPC. Ponieważ dziecko nie miało ukończonych 16 lat, a przed naruszeniem praw do opieki miało miejsce stałego pobytu w jednym z umawiających się państw<sup>20</sup>, ojciec

---

<sup>18</sup> M. Domańska, op. cit., s. 61.

<sup>19</sup> Wyrok ETPC z 1.3.2016 r., <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-161002%22%7D> (20.1.2017).

<sup>20</sup> Umawiające się państwa – państwa, które ratyfikowały, przyjęły, zatwierdziły lub przystąpiły do Konwencji, obecnie jest ich 96 (dane na dzień 10.01.2017, na podstawie <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>).

mógł powoływać się na Konwencję haską (art. 4). Przed ETPC skarżący zarzucił, że ze względu na wynik postępowania prowadzonego przed polskimi sądami w trybie Konwencji haskiej, naruszone zostało jego prawo do poszanowania życia rodzinnego wynikające z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)<sup>21</sup>.

Trybunał zgodził się ze skarżącym i stwierdził naruszenie art. 8 EKPC przez niedopełnienie pozytywnego obowiązku państwa polegającego na ochronie prawa jednostki do poszanowania życia rodzinnego, jakkolwiek z uwagi na okres ponad trzy i pół roku, który upłynął od dnia wyjazdu dziecka, nie nakazał polskiemu sądowi podjęcia kroków zmierzających do wydania dziecka ojcu.

Trybunał dokonał szczegółowej analizy stosowania Konwencji haskiej przez polskie sądy, zarzucając im:

- nadmierną długotrwałość postępowania – które z założenia ma służyć niezwłocznemu powrotowi dziecka – a które toczyło się przed polskimi sądami dwanaście miesięcy,
- arbitralność oceny przesłanek odmowy zarządzenia powrotu dziecka,
- stosowanie rozszerzającej wykładni wyjątków z art. 13 Konwencji przez uwzględnianie sytuacji matki i jej niechęci powrotu do Wielkiej Brytanii,
- ignorancję wobec dowodu z opinii biegłych RODK, wskazującej na wysoką zdolność adaptacji dziecka do nowych warunków, emocjonalne przywiązanie do obojga rodziców oraz obu miejsc – Polski i Wielkiej Brytanii.

Drugie orzeczenie dotyczy sprawy R.S. przeciw Polsce.<sup>22</sup> Skargę do Trybunału wniósł R.S., także polski obywatel, ojciec dwójki dzieci, mieszkający z rodziną w Szwajcarii. Żona R.S., po uzyskaniu zgody męża, wyjechała wraz z dziećmi na wakacje do Polski, uzgadniając z nim konkretną datę powrotu. W czasie pobytu w Polsce polski sąd przychylił się do wniosku kobiety złożonego przed wyjazdem i wydał postanowienie zabezpieczające w sprawie przyznania jej czasowo prawa do opieki nad dziećmi na czas trwania postępowania rozwo-

<sup>21</sup> Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

<sup>22</sup> Wyrok ETPC z 23 października 2015, skarga nr 63777/09, R.S. przeciwko Polsce.



dowego, o czym skarżący, z naruszeniem art. 755 § 3 k.p.c., nie został poinformowany. Postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia zostało wydane na podstawie art. 730 § 1 i art. 755 § 1 pkt 4 k.p.c. Ponieważ po umówionym terminie rodzina R.S. nie wróciła do Szwajcarii, mężczyzna wystąpił z wnioskiem o zarządzenie powrotu dzieci w trybie Konwencji haskiej, a także wystąpił z wnioskiem o wstrzymanie wykonania postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki i złożył zażalenie na to postanowienie. Oba wnioski zostały jednak oddalone przez sąd. W przedmiocie powrotu dzieci w trybie konwencji polski sąd stwierdził, iż zatrzymanie dzieci w Polsce nie było bezprawne, gdyż dzieci wyjechały do Polski za zgodą ojca, a w planowanej dacie powrotu obowiązywało już postanowienie zabezpieczające, więc matka miała prawo samodzielnie decydować, czy zostaną w Polsce.<sup>23</sup> Nie można tu zatem mówić o rodzicielskim uprowadzeniu. Zgodnie z art. 3 I a Konwencji uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka uważane jest za bezprawne, gdy nastąpiło z naruszeniem prawa do opieki przyznanego określonej osobie na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Przed ETPC skarżący zarzucił, iż doszło do naruszenia jego prawa do poszanowania życia rodzinnego, chronionego w art. 8 EKPC. Twierdził, że sądy krajowe nie zastosowały kryteriów wywiedzionych z konwencji haskiej, rozpoznając jego wniosek o powrót dzieci. Trybunał zgodził się ze skarżącym i stwierdził naruszenie art. 8 EKPC. W kwestii uprowadzenia i zatrzymania dzieci ETPC przyznał rację sądom krajowym, stwierdzając, że nie naruszyły prawa i zasad wykładni konwencji, oceniając zgodę skarżącego oraz uznając, że uprowadzenie jako takie, w świetle tej zgody, nie było „bezprawne”. Jednocześnie ETPC podkreślił, że nie można tego samego stwierdzić o dalszym zatrzymaniu dzieci w Polsce. Polskie sądy powołały się na własne prawo, a więc prawo państwa wezwanego, ignorując tym samym prawo obowiązujące we wcześniejszym miejscu zwykłego pobytu dzieci, tj. Szwajcarii. Należy zauważyć, iż skarżący nie został poinformowany ani o wniosku

---

<sup>23</sup> Był to skutek ustanowienia zabezpieczenia, przed którego wydaniem pełnia władzy rodzicielskiej przysługiwała obojgu rodzicom, a co za tym idzie także ojciec miał obowiązek i uprawnienie do współdziałania w sprawowaniu władzy rodzicielskiej (por. art. 97 § 1 k.r.o.).



matki, ani o posiedzeniu sądu w sprawie opieki nad dziećmi, na które usilnie powoływały się sądy polskie, uznając późniejsze zatrzymanie dzieci w Polsce za zgodne z prawem. Trybunał uznał, że interes skarżącego, jako ojca dzieci, nie został w odpowiedni sposób uwzględniony na etapie sądowego procesu decyzyjnego w Polsce. Ponadto ETPC krytycznie ocenił długość postępowania krajowego, które trwało sześć miesięcy, podczas gdy Konwencja nakłada powinność wydania wymaganego postanowienia w terminie sześciu tygodni, a w przeciwnym razie organ wydający postanowienie ma podać przyczyny opóźnienia (art. 11 Konwencji). Mając na uwadze czas trwania postępowania, a co za tym idzie okres, jaki dzieci spędziły w Polsce, a także wiek dzieci (prawie pełnoletnich), ETPC nie zobowiązał Polski do podjęcia działań nakazujących powrót dzieci do Szwajcarii.

Oceniając stanowiska sądów krajowych w obu sprawach, dało się zauważyć skłonność do interpretowania uprowadzeń i zatrzymań dzieci na terenie Polski za zgodne z prawem. Sądy winny były zareagować na naruszenia w sposób zgodny z postanowieniami konwencji haskiej i dokonać ścisłej wykładni jej przepisów. Krytycznie ocenić należy także przedłużanie postępowań prowadzonych w trybie Konwencji, co z istoty negatywnie wpływa na relacje dzieci z drugim rodzicem, z którym dzieci mają ograniczony kontakt.

Po analizie obu wyroków dostrzec też można, jak ważną rolę odgrywa art. 8 EKPC w sprawach uprowadzeń rodzicielskich. Pozbawienie możliwości wykonywania prawa opieki nad dzieckiem w związku z jego bezprawnym zatrzymaniem w innym kraju stanowi dla rodziców naruszenie ich prawa do poszanowania życia rodzinnego. Ograniczenie czasu trwania postępowania w sprawach o bezprawne zatrzymanie dziecka, przewidziane w art. 11 Konwencji haskiej z 1980 r., ma duże znaczenie. W obu omówionych wyrokach na skutek znacznego przedłużenia postępowań dzieci nie wróciły do kraju swego dotychczasowego stałego pobytu. Po upływie roku od dnia zatrzymania wyegzekwowanie powrotu jest w praktyce znacznie utrudnione. Dziecko, którego interes w tych sprawach jest najważniejszy, przyzwyczajają się do nowego otoczenia i ponowne wyrwanie go ze środowiska, w którym się rozwija, może na nie negatywnie wpłynąć. Niestety wyroki te dowodzą, że polskie sądy, mimo związania przepisami Konwencji, nie zawsze wypełniają wszystkie swoje obowiązki należycie.

## V. Transgraniczne uprowadzenia rodzicielskie w Polsce – dane statystyczne<sup>24</sup>

---

W raporcie Parlamentu Europejskiego z 2015 r. wskazano, że potencjalnym czynnikiem ryzyka dla uprowadzeń rodzicielskich jest „element międzynarodowy”, rozumiany jednak nie tylko jako odmienna narodowość rodziców dziecka.<sup>25</sup> Wzrost uprowadzeń rodzicielskich dzieci może stanowić także pośredni skutek swobody przepływu pracowników. Uprowadzenie dziecka może nastąpić nawet w typowej „rodzinie narodowej”, gdy jeden z rodziców przyjmuje ofertę pracy zagranicznej – również wówczas pojawia się element międzynarodowy.

Zjawisko transgranicznych uprowadzeń rodzicielskich dotyczy zarówno dzieci rodziców takiej samej narodowości, jak i małżeństw/par binacjonalnych, w których jednym z małżonków jest obywatel lub obywatelka Polski, które zawierane są zarówno w Polsce, jak i poza jej granicami.

Z danych statystycznych GUS wynika, że w 2009 r. małżeństw zawartych w Polsce przez cudzoziemców było 4120, a w 2012 r. było ich 3399 (co stanowi 1,7% wszystkich małżeństw zawartych w tym roku w Polsce). W 2012 r. Polki najczęściej wybierały partnerów z Zachodu: Brytyjczyków (23% ślubów zawartych przez Polki z cudzoziemcami na terenie Polski), Niemców (14%) i Włochów (7%).<sup>26</sup> Z kolei wśród mężczyzn narodowości polskiej przeważały małżeństwa zawierane z Ukrainkami (33%), na drugim miejscu z Rosjankami (12%), a następnie z Białorusinkami (9%).<sup>27</sup> W roku 2015 małżeństw zawartych przez cudzoziemców w Polsce było prawie o połowę mniej niż w 2009 r., jednak tendencje dotyczące narodowości partnerów wciąż się utrzymują.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Według danych gromadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości RP oraz Główny Urząd Statystyczny.

<sup>25</sup> *Cross-border parental child abduction in the European Union*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL\\_STU\(2015\)510012\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)510012_EN.pdf) (8.01.2017).

<sup>26</sup> J.K. Kowalski, *20 tys. zagranicznych ślubów. Polacy chcą Słowianek, Polki Brytyjczyków i Niemców* „Gazeta Prawna”, 16.01.2014, <http://www.gazetaprawna.pl/artykuly/770936,malzenstwa-mieszane-20-tys-zagranicznych-slubow-polek-i-polakow.html> (8.01.2017).

<sup>27</sup> *Rocznik Demograficzny 2013*, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2013,3,7.html> (8.01.2017).

<sup>28</sup> 2422 małżeństw cudzoziemców zawartych w Polsce wg danych statystycznych GUS; *Rocznik Demograficzny 2016*, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2016,3,10.html> (8.01.2017).

Uprowadzeniom rodzicielskim sprzyja także wzrost liczby rozwodów. Statystyki wskazują, że liczba rozwodów w związkach mieszanych jest wyższa niż w monokulturowych. Fakt ten oznacza, że są to związki obciążone większym ryzykiem. Według danych programu Intermar (Integration of Intercultural Marriages), przeprowadzonego w Europie oraz Ameryce Północnej główną przyczyną rozpadu małżeństw mieszanych były różnice kulturowe<sup>29</sup> oraz presja społeczna.<sup>30</sup> Korelacja między liczbą rozwodów w związkach binacjonalnych a liczbą spraw związanych z transgranicznym uprowadzeniem rodzicielskim jest wyraźnie dodatnia.

Jak wynika z danych statystycznych gromadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości<sup>31</sup>, w ciągu ostatnich kilku lat istotnie wzrosła liczba wniosków prowadzonych w trybie Konwencji haskiej, przy czym większa ich liczba dotyczy powrotu dzieci z zagranicy do Polski (wcześniej tendencje były odwrotne).

---

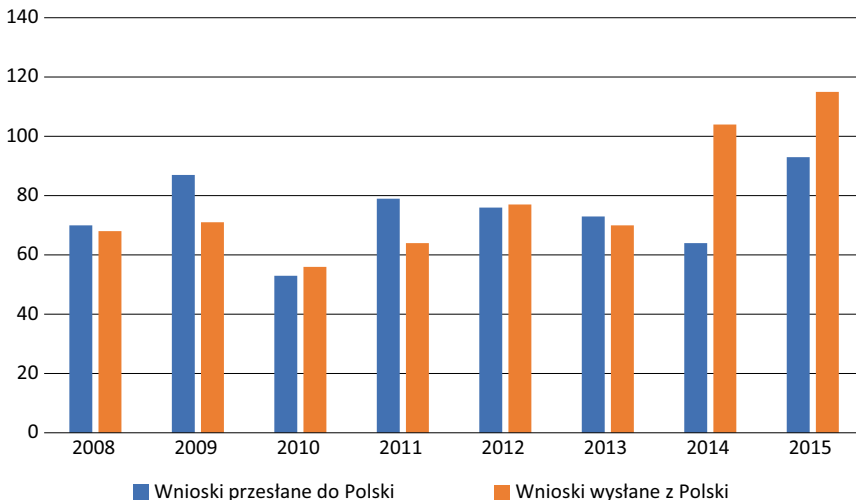
<sup>29</sup> Jaskrawym przykładem wpływu różnic kulturowych na częstotliwość uprowadzeń rodzicielskich mogą być szeroko opisywane przez media historie małżeństw binacjonalnych, gdzie partnerem był obywatel jednego z państw arabskich, np. Egiptu (*Tragiczny koniec wakacji – ojciec porwał córkę Polki*, Wiadomości Wirtualna Polska (23.07.2010) <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1348,title,Tragiczny-koniec-wakacji-ojciec-porwal-corke-Polki,wid,12502611,wiadomosc.html?ticaid=11868e> (8.01.2017)), Libii (Apel zdesperowanej polskiej matki: „Ojciec wywiózł córeczkę do Libii. Nie wiem, czy ją zobaczę”, „Express Polish” (31.01.2015), <http://www.polishexpress.co.uk/apel-zdesperowanej-polskiej-matki-ojciec-wywiol-coreczke-libii-nie-wiem-czy-ja-zobacze> (8.01.2017), Algierii (P. Korbut, Walczy o odzyskanie córki, którą mąż wywiózł do Algierii, „Gazeta Krakowska” (16.06.2013), <http://www.gazetakrakowska.pl/arttykul/921368,walczy-o-odzyskanie-corki-ktora-maz-wywiol-do-algierii,id,t.html> (8.01.2017), Turcji (I. Kadłuczka, Mały Kuba odbity w Stambule przez „Bonda w spodnicy”, „Gazeta Wyborcza” (20.12.2013), [http://wyborcza.pl/1,76842,15168087,Maly\\_Kuba\\_odbity\\_w\\_Stambule\\_przez\\_Bonda\\_w\\_spodnicy\\_.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15168087,Maly_Kuba_odbity_w_Stambule_przez_Bonda_w_spodnicy_.html) (8.01.2017). Prawo egipskie przyznawało ojcu decydowanie o miejscu pobytu dziecka lub może zabronić wyjazdu dziecka z kraju. Obecnie kwestie te regulowane są odmiennie, jednak wyjątkiem jest sytuacja, gdy zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa, wówczas – wcześniej opisane prawo arabskiego ojca – jest zasadą, której nikt nie podważa (A. Gamal El Din, *Kontrakt ślubny, czyli intercyza dla małżeństw mieszanych*, *Stowarzyszenie polskie w Egipcie*, (5.08.2010) <http://zrp-e.com/?p=822> (8.01.2017)).

<sup>30</sup> K. Richter, *Małżeństwa międzykulturowe – Związki wysokich lotów i wysokiego ryzyka*, „Together Magazyn” (8.03.2015) <http://togethermagazyn.pl/malzenstwa-miedzykulturow/> (8.01.2017).

<sup>31</sup> Serwis Ministerstwa Sprawiedliwości RP, <https://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-haska-dot-uprowadzenia-dziecka/> (8.01.2017).

Jak wynika z danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości, najwięcej wniosków z Polski zostało wysłanych w 2015 roku, a najmniej w roku 2010. Do Polski najwięcej wniosków skierowano również w 2015 roku i najmniej w 2010 roku. Warto uwagi jest również to, iż jedynie niewielki procent wniosków wysłanych z Polski jest oddalanych. Większość wniosków prowadzi do wydania nakazu powrotu dziecka. W 2015 roku wniosków wysłanych z Polski było ogółem 115, w tym zaledwie 10 oddalonych, natomiast uwzględnionych (gdzie nakazano powrót) było 34. Pozostałych wniosków (wnioski wycofane, umorzone, ugody) w 2015 roku było 30, a w 41 przypadkach wciąż trwa postępowanie.<sup>32</sup>

**Wykres 1. Liczba wniosków złożonych w trybie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. w latach 2008–2015**



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych MS.

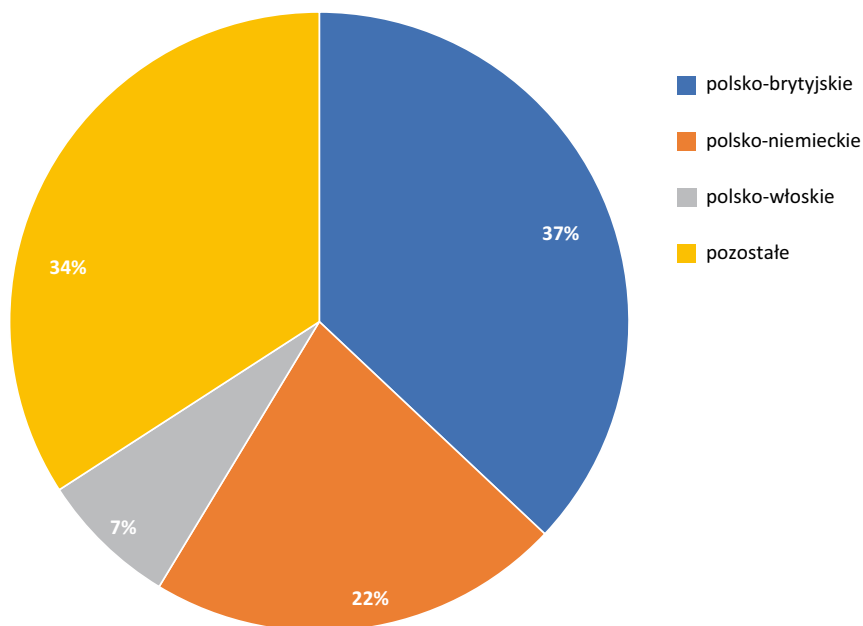
Dodatkowo „sądy polskie rozstrzygające sprawy o powrót dzieci z Polski, w znaczącym odsetku spraw zakończonych orzeczeniem merytorycznym korzystają z przewidzianych w Konwencji wyjątków od wyrażonego w niej nakazu niezwłocznego zarządzenia powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu. Dotyczy to zwłaszcza wniosków pochodzących od zagranicznych wnioskodawców instytucjo-

<sup>32</sup> Ibidem, stan realizacji na dzień 6.12.2016 r.

nalnych (0–5 wniosków w skali roku, na łącznie ok. 100 wniosków z zagranicy, w ponad połowie pochodzących od obywateli polskich). Polskie domy dziecka oraz rodziny zastępcze i inni wnioskodawcy nie będący rodzicami biologicznymi dziecka również sporadycznie składają wnioski o zwrot do Polski dziecka uprowadzonego za granicę.”<sup>33</sup>

Należy również zauważyć, że najwięcej wniosków dotyczy spraw polsko-brytyjskich (w roku 2015: 77 wniosków, w tym 47 z Polski), polsko-niemieckich (w roku 2015: 45 wniosków ogółem, w tym 30 z Polski) oraz polsko-włoskich (w 2015 roku: 15 wniosków, w tym 5 z Polski). Jest to konsekwencja stosunkowo dużej liczby małżeństw mieszanych między obywatelami tych państw, o czym była mowa powyżej.

**Wykres 2. Udział wniosków ogółem w 2015 roku prowadzonych w trybie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25.10.1980 r. z podziałem na państwa, których dotyczył wniosek**



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych MS.

<sup>33</sup> Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Marcina Warchoła na interpelację nr 2418 z dnia 10. kwietnia 2016 r. w sprawie procedury wydawania polskich dzieci na rzecz niemieckiego Jugendamtu, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=25D4023A> (8.01.2017).

Analiza danych statystycznych prowadzi do wniosku, że pomimo malejącej liczby zawieranych małżeństw binacjonalnych, z roku na rok przybywa spraw dotyczących transgranicznych uprowadzeń rodzicielskich. Warto jednak podkreślić, że w sporej mierze sprawy te kończą się merytorycznym rozpatrzeniem i wydaniem nakazu powrotu dziecka. Gdyby nie trudności, które następują dopiero po wydaniu takiego nakazu, można by stwierdzić, że sprawy te kończone są z zachowaniem istoty Konwencji. Uwzględnienie wniosku to jednak dopiero początek długiej drogi mającej doprowadzić do przywrócenia równowagi w życiu dziecka. Biorąc pod uwagę szczególną wartość chronioną przez konwencję, jaką jest dobro dziecka, trzeba stwierdzić, że ani uprowadzenie rodzicielskie, ani postępowanie w przedmiocie powrotu dziecka do miejsca jego wcześniejszego pobytu, nie sprzyja harmonijnemu rozwojowi dziecka.

Dieser Band stellt das Ergebnis von Untersuchungen dar, die im Rahmen des von der Universität Osnabrück in Kooperation mit der Leon Koźmiński-Akademie im Zeitraum vom 1. April 2015 bis zum 31. Januar 2017 verwirklichten Projekts „Eine Herausforderung für das Gerichtswesen: Gerechtigkeit und Gleichbehandlung von ausländischen Prozessbeteiligten in inländischen Prozessen“ durchgeführt wurden.

Ziel des Projekts war es, die Rechtsprechung der deutschen und der polnischen Gerichte sowie der supranationalen Gerichte zu untersuchen, wonach die Rechtslage und die Art und Weise der Behandlung von ausländischen Personen vor Gerichten der beiden Staaten beurteilt werden könnte.

Das Projekt wurde mit Mitteln der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung finanziert (Projektnummer 2015-08).

Niniejszy zbiór stanowi wynik prac badawczych w projekcie pt. „Wyzwania dla sądownictwa: sprawiedliwość i równe traktowanie podmiotów obcej narodowości przed sądami krajowymi”, realizowanym od 1 kwietnia 2015 r. do 31 stycznia 2017 r. we współpracy Uniwersytetu w Osnabrück i Akademii Leona Koźmińskiego.

Celem projektu było przeprowadzenie badań orzecznictwa polskich i niemieckich sądów krajowych oraz sądów ponadnarodowych, pozwalających ocenić pozycję prawną i sposób traktowania podmiotów obcego pochodzenia przed sądami Polski i Niemiec.

Realizacja projektu została sfinansowana ze środków Polsko-Niemieckiej Fundacji Nauki (nr projektu 2015-08).