

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et procédure civile internationale

4.2 Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht / Procédure civile interna- tionale, exécution forcée internationale et droit international de la faillite

(1) Kindesentführung. Mutter zieht mit dem Kleinkind in die Schweiz. Französische Verfügung erteilt dem Vater das alleinige Obhutsrecht. Trennung von der Mutter für das Kind unzumutbar. Einholen von Garantien bei den französischen Behörden.

Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 1. Oktober 2013 (5A_637/2013).



ANDREAS BUCHER
Prof. em., Universität Genf

Aus dem Sachverhalt:

«A. A., de nationalités allemande et marocaine, et B., de nationalité française, se sont rencontrés en septembre 2010 et ont vécu ensemble en France sans être mariés. De cette relation est issue C., née en 2012. Ses parents l'ont reconvenue avant sa naissance, le 11 février 2012, devant l'Officier d'état civil de la mairie de E. (France). C. a vécu auprès de ses parents à F. jusqu'au 15 octobre 2012, date à laquelle A. a quitté le territoire français en l'emmenant avec elle. Depuis lors, A. habite dans un appartement à D. (VD) avec sa fille. Depuis le 1^{er} novembre 2012, elle travaille auprès d'une société, comme assistante de direction trois jours par semaine selon le rapport du Service de protection de la jeunesse du 4 avril 2013 (ci-après : SPJ).

B. – B.a. Le 30 octobre 2012, B. a saisi le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Besançon d'une assignation en référé. Après avoir tenu son audience le 8 novembre 2012, à laquelle A. n'a pas comparu, le juge a rendu une ordonnance de référé en date du 22 novembre 2012. Celle-ci constate notamment que l'autorité parentale sur C. est exercée en commun par les deux parents, fixe la résidence habituelle de l'enfant chez le père, la mère disposant d'un droit de visite et d'hébergement les week-ends pairs et pendant une partie des vacances scolaires. A. a fait appel contre cette décision, qui lui a été notifiée le 13 janvier 2013. Le 17 décembre 2012, B. a par ailleurs déposé une plainte pénale pour non-représentation d'enfant à ceux ayant droit de le réclamer et rétention hors de France. Enfin, le 26 février 2013, il a déposé auprès du juge aux affaires

familiales précité une requête tendant à ce que la garde de l'enfant lui soit définitivement confiée.

B.b. Pour sa part, A. a ouvert le 18 février 2013 une procédure devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, visant notamment à obtenir une contribution d'entretien en faveur de l'enfant. Le 25 février 2013, elle a par ailleurs saisi la Justice de paix du district du Jura-Nord vaudois d'une demande en attribution de l'autorité parentale et de la garde. Le même jour, elle a requis en substance à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles qu'il soit constaté que l'ordonnance de référé du 22 novembre 2012 est inapplicable et que la garde et l'autorité parentale lui soient provisoirement confiées. Par décision du 27 février 2013, cette dernière requête a été rejetée et les parties ont été convoquées à une audience le 16 avril 2013.

C. – C.a. Le 15 mars 2013, B. a fait parvenir à l'Office fédéral de la justice une requête en vue du retour de l'enfant selon la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ci-après : CLaH80).

C.b. – C.b.a. Par requête adressée le 20 mars 2013 à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois, B. a requis des mesures de protection immédiate tendant notamment à interdire à A. de quitter le territoire suisse et a conclu, au fond, à ce qu'il soit ordonné le retour immédiat de l'enfant en France au domicile de son père ainsi que la remise immédiate de l'enfant par la mère en mains du SPJ, sous la menace de l'art. 292 CP, pour que celui-ci la remette à son père, B. ou se charge de son rapatriement, et à ce que le SPJ soit chargé de l'exécution du retour, le cas échéant, avec le concours des agents de la force publique.

Par décision du 26 mars 2013, Me Ana Rita Perez a été désignée en qualité de curatrice de l'enfant et B. invité à établir la teneur du droit français en matière de garde, ce qu'il a fait en transmettant notamment à la cour le contenu des art. 372 et 373–2 du CCfr.

Par déterminations du 4 avril 2013, A. a conclu au rejet des conclusions en protection immédiate et en retour ainsi qu'au constat que l'enfant est valablement domiciliée en Suisse auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012. Elle a produit des pièces et requis l'audition de témoins ainsi que la production par le requérant de tout document pouvant décrire l'état de santé de celui-ci depuis janvier 2011.

Le même jour, le SPJ a déposé un rapport d'évaluation concernant C., dont il ressort en substance que A. est une mère très attentive prudente et affectueuse, que C. est confiante, vive et se développe bien, et qu'il existe une très forte relation entre elles. Il a dès lors suggéré de ne prendre aucune mesure de protection particulière en faveur de l'en-

fant et d'inviter les parties à entreprendre une médiation. Le même jour, la curatrice de l'enfant a conclu au rejet des requêtes de mesures de protection immédiate et de retour et s'est montrée favorable à une médiation.

Par décision du 9 avril 2013, le Président de la Chambre des curatelles a rejeté la requête de mesures de protection immédiate. Il a également rejeté les réquisitions de production de pièces et d'audition de témoins formées par l'intimée.

C.b.b. Le 22 avril 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, durant laquelle les parties ont conclu une convention prévoyant notamment qu'elles s'engageaient à entamer une procédure de médiation, qu'elles requéraient la suspension de la procédure de retour jusqu'au 31 octobre 2013 ou jusqu'à réquisition de l'une ou l'autre partie, qu'elles s'engageaient à requérir la suspension des procédures pendantes en Suisse et en France d'ici au 30 avril 2013, que B. déclarait renoncer à l'exécution de l'ordonnance de référé du juge aux affaires familiales du 22 novembre 2012 jusqu'à la reprise de la procédure de retour, qu'elles admettaient que, durant la suspension, A. s'occupe de C., celle-ci vivant auprès d'elle, que B. aura l'enfant auprès de lui un week-end sur deux du vendredi 18 h au dimanche 18 h la première fois le 3 mai 2013, à charge pour lui d'aller la chercher et la ramener, et que B. contribuera à l'entretien de l'enfant par le versement depuis le 1^{er} mai 2013 d'une pension de 400 euros, allocations familiales non comprises. La Chambre des curatelles a ratifié la clause de la convention portant sur le droit de visite du père pour valoir ordonnance de mesures de protection et suspendu la procédure de retour conformément à cet accord. Le 19 juin 2013, B. a requis la reprise de la procédure de retour au motif que la médiation avait échoué. Chacune des parties a encore offert des preuves, l'intimée ayant notamment requis l'audition de trois témoins. Le 4 juillet 2013, le SPJ a rendu un rapport suite au signalement de violences donné par la mère, indiquant en substance que le problème qui avait opposé les parties était strictement lié à du mobilier, sans rapport direct avec C., que rien ne justifiait un changement brutal du lieu de vie de l'enfant, qu'il était urgent que la médiation se mette en route, que, selon le signalement du CAN Team (Département médico-chirurgical de pédiatrie), il existait un risque d'exposition de l'enfant à la violence conjugale, et que les visites entre le père et l'enfant devraient être renégociées au plus vite dans le cadre d'une médiation. Le même jour, la curatrice s'est déterminée en alléguant notamment qu'il n'y avait aucun signe de mise en danger de l'enfant nécessitant des mesures de protection urgente.

C.b.c. Le 21 août 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, qui a tenté sans succès la concilia-

tion. Par jugement du 29 août 2013, cette autorité a notamment ordonné le retour en France de C., donné ordre à A., dès la notification de cette décision, de remettre l'enfant au SPJ, au moment et selon les modalités que ce dernier lui indiquera, cela sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP, et chargé le SPJ d'exécuter la décision, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique.

D. Par acte du 9 septembre 2013, A. exerce un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cette décision, concluant à titre de mesure provisionnelle à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, et au fond, principalement, à sa réforme en ce sens que le retour de C. est refusé et qu'il est constaté que cet enfant est valablement domiciliée à D. auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.), d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et dans l'application du droit (art. 5 LF-EEA et 13 CLaH80), ainsi que de la violation de ces mêmes dispositions. Invités à déposer leurs observations, l'intimé a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours, la curatrice de l'enfant a conclu à l'admission de la requête d'effet suspensif et du recours et l'autorité cantonale s'est référée aux considérants de sa décision quant au fond et s'en est remise à la justice quant à la requête d'effet suspensif.

E. Par ordonnance du 9 septembre 2013, il a été ordonné qu'aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Par ordonnance du 26 septembre 2013, l'effet suspensif a été accordé au recours. »

Auszüge aus den Erwägungen

« 3. L'autorité cantonale a tout d'abord rappelé les motifs pour lesquels la demande d'audition de témoins par la requérante avait été rejetée, à savoir que ces mesures d'instruction étaient liées à des allégués relatifs au conflit conjugal qui n'apparaissaient pas déterminants pour statuer sur le retour de l'enfant, et a rejeté pour les mêmes motifs la requête de l'intimé de produire un rapport de police relatif à une dispute survenue le 23 mai 2013 entre les parties.

L'autorité cantonale a ensuite jugé que le déplacement de l'enfant était illicite au sens de l'art. 3 CLaH80, étant donné qu'il violait l'autorité parentale de l'intimé en droit français, soit le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80 qui comprend le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Elle a par ailleurs considéré qu'aucune exception au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 n'était réalisée : premièrement, l'intimé n'avait pas acquiescé au départ

en Suisse de l'enfant, sur lequel il exerçait effectivement un droit de garde, les parties vivant ensemble à ce moment-là (art. 13 al. 1^{er} a CLaH80) ; secondement, les motifs exposés par la recourante (difficultés à trouver un logement et un emploi, inexistence de relations sociales, violence de l'intimé à son encontre) ne démontraient pas en quoi un retour de l'enfant en France serait susceptible d'exposer celle-ci à un danger physique ou psychique ou de la placer dans une situation intolérable (art. 13 al. 1^{er} b CLaH80 en lien avec l'art. 5 let. b LF-EEA). Elle a précisé que, en particulier, la recourante étant actuellement établie près de la frontière, une résidence en France voisine n'aurait pas nécessairement pour conséquence de lui faire perdre son emploi ou les liens qu'elle a pu tisser en Suisse. L'autorité cantonale a conclu que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA n'était pas réalisée et que, les conditions prévues à cet article étant cumulatives, il était superflu de juger si les autres l'étaient.

4. La recourante ne conteste pas le déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH80. Elle soutient en revanche que l'exception au retour de l'enfant en France prévue à l'art. 13 al. 1^{er} b CLaH80 est réalisée.

A cet égard, elle soulève tout d'abord des griefs relatifs à l'établissement des faits, invoquant que ceux-ci ont été établis en violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) ou de manière arbitraire (art. 9 Cst.). La pertinence de ces griefs étant liée aux conditions posées aux art. 13 CLaH80 et 5 LF-EEA, il y a lieu d'examiner d'abord celles-ci.

5. – 5.1. – 5.1.1. La France comme la Suisse ont ratifié aussi bien la CLaH80 que la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96, RS 0.211.231.011). En vertu de l'art. 50 CLaH96, la CLaH96 n'affecte cependant pas la CLaH80 dans les relations entre les États parties aux deux conventions, de sorte que le retour de l'enfant peut être demandé sur la base de la CLaH80 (arrêt 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 4.1, publié *in* : PJA 2012 p. 1630 et *in* : SJ 2013 I p. 29).

5.1.2. En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a et 12 al. 1 CLaH80).

Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1^{er} b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent

être interprétées de manière restrictive, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêts 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29 ; 5A_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1, publié *in* PJA 2007 p. 1585 et *in* FamPra.ch 2008 p. 213). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui ; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (cf. art. 16 et 19 CLaH80 ; ATF 133 III 146 consid. 2.4 ; 131 III 334 consid. 5.3 ; arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié *in* FamPra.ch 2011 p. 505 ; 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151 ; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1^{er} b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, n° 6.4). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque : 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant ; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui ; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (arrêts 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29 ; 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (arrêt 5A_583/2009 précité). Le terme « notamment » signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention (Message précité).

Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les cir-

constances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3). Toutefois, il en va autrement pour les nourrissons ; dans ce cas, la séparation d'avec la mère constitue dans tous les cas une situation intolérable. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il en va de même pour un enfant âgé d'à peine 2 ans, qui avait été jusqu'alors pris en charge par la mère et avait à peine vu son père, raison pour laquelle le retour de l'enfant dépendait de celui de la mère (arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2011 p. 505 ; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Néanmoins, quel que soit l'âge de l'enfant, si le placement de celui-ci auprès du parent requérant ne correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il accompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA), un placement auprès de tiers ne devant constituer qu'une *ultima ratio*, dans des situations extrêmes, si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier (art. 5 let. c LF-EEA ; Message précité ; arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l'enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu'on peut l'exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour. Sinon, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2 ; arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 in fine, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151).

5.2. En l'espèce, tout d'abord, au vu du très jeune âge de l'enfant née en 2012 et du fait que celle-ci a toujours été prise en charge par la recourante, une séparation d'avec sa

mère créerait une situation intolérable pour elle, en ce sens que son hébergement auprès de l'intimé qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à son intérêt (art. 13 al. 1 let. b CLaH80 ; art. 5 let. a LF-EEA).

Or, l'arrêt attaqué ne permet pas de déterminer si la décision française accordant la garde au père et un droit de visite à la mère, rendue le 22 novembre 2012, doit être exécutée, de sorte qu'elle imposerait à la recourante de remettre sa fille à l'intimé. Dans sa réponse, la curatrice de l'enfant affirme que tel serait le cas. Si cette affirmation est avérée, le retour doit être refusé, l'exception de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 étant remplie. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé, il appartient en principe au juge du fait d'entreprendre les démarches auprès des autorités de l'Etat de provenance pour obtenir des garanties à cet égard (arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.8 et 3.9, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Il convient donc de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin que celle-ci s'assure auprès des autorités françaises que, en cas de retour en France de la recourante avec l'enfant, celle-ci lui sera confiée jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde (cf. arrêts 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 4, publié in RSDIE 2012 p. 337 ; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.6, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3. Il reste à examiner encore les griefs de la recourante, dans l'hypothèse où les garanties selon lesquelles l'enfant ne sera pas séparée d'elle jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde seraient obtenues.

5.3.1. En substance, la recourante affirme qu'elle ne peut pas retourner dans la région de F., où elle ne trouverait ni logement ni travail en raison de l'influence de la famille de l'intimé, et où elle serait exposée à des violences de la part de celui-ci, de sorte que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA serait réalisée.

Il s'agit-là de pures affirmations non démontrées. D'ailleurs, comme l'a précisément relevé l'autorité cantonale, selon la CLaH80, le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1 ; 5A_550/2012 du 10 septembre 2012 consid. 5.1, publié in SJ 2013 I p. 25). Le grief de la recourante doit donc être rejeté.

Cas échéant, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de fixer à la recourante un délai conforme au principe de la célérité prévalant en la matière pour retourner avec l'enfant en France (cf. arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.9, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3.2. Dans l'hypothèse où, malgré l'obtention des garanties précitées, la recourante refuserait de retourner volontairement en France pour y prendre soin de son enfant dans

le délai qui lui aura été précédemment fixé, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de déterminer si l'enfant pourrait être placée auprès de l'intimé jusqu'à la décision définitive sur l'attribution du droit de garde. En effet, même s'il a été dit précédemment que l'enfant en bas âge doit pouvoir rester auprès de sa mère, une séparation doit néanmoins avoir lieu et le retour être exécuté si la mère refuse d'accomplir ses devoirs parentaux au préjudice de son enfant et que le père est apte à en assumer la garde.

A cet égard, le chiffre II du dispositif de l'arrêt attaqué, qui donne ordre à la recourante de remettre l'enfant au SPJ dès la notification de la décision sous peine d'amende, sans préciser qu'un tel ordre ne doit être exécuté que si la recourante refuse de retourner avec son enfant en France dans un certain délai et sans déterminer au préalable où l'enfant devrait alors être placée, n'est pas conforme au droit fédéral. Etant donné que l'impossibilité de placer l'enfant conformément à son intérêt constitue une exception à son retour, il appartient à l'autorité cantonale compétente de statuer sur ce point ; elle ne peut déléguer cette décision au SPJ, soit à l'autorité chargée uniquement de l'exécution du retour au sens de l'art. 12 LF-EEA.

6. En conclusion, le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. ... »

Bemerkungen:

Dieser neue Entscheid deutet darauf hin, dass das Bundesgericht nun definitiv den Art. 5 BG-KKE ernst nimmt und bei Kindesentführungen auf das Interesse des Kindes und seine Beziehung zur Mutter eingeht. Der Sachverhalt ist hier ohne Kürzung abgedruckt, denn er zeigt für den Praktiker nützlich die ganze Palette von Massnahmen und rechtlichen Vorbringen auf, die in einem komplizierten Fall auftreten können. Das Urteil ist ausführlich begründet und mit Hinweisen auf frühere Entscheide angereichert. Das hat allerdings auch dazu geführt, dass einige «Altlasten» noch mitgeschleppt werden, obwohl sie zu Widersprüchen führen und mit der Hauptlinie der Argumentation nicht harmonisieren.

Die wesentlichen Elemente der Entführung sind einfach zu erfassen. Die Eltern haben unverheiratet in Frankreich in der Gegend von Besançon bis zum 12. Oktober 2012 gelebt, bis die Mutter (A.) mit dem Kind (C.) in den Jura im nördlichen Teil des Kantons Waadt gezogen ist, nahe der französischen Grenze. Der Vater (B.) hat sofort reagiert. Am 22. November 2012 erliess der Familienrichter in Besançon eine vorsorgliche Verfügung, wonach die Eltern das Sorgerecht teilen und das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt beim Vater haben soll. Gegen diese am 13. Januar

2013 zugestellte Verfügung hat die Mutter rekuriert; man erfährt nicht, was in diesem Verfahren weiter geschah. Der Vater seinerseits gelang am 26. Februar 2013 an das französische Gericht, um das Sorgerecht endgültig allein zu tragen; dieses Verfahren blieb hängig. Der Versuch der Mutter, im Kanton Waadt eine vorsorgliche Zuweisung des elterlichen Sorgerechts zu erhalten, schlug fehl. Was das Verhältnis zum Kind anbetrifft, so ist davon auszugehen, dass das bald zweijährige Kind von seiner Mutter vor und nach der Entführung gut betreut worden ist und dass zwischen den beiden eine sehr enge Beziehung besteht.

Da kommt man zum kritischen Punkt, im Gefolge des vom Vater am 20. März 2013 bei der Chambre des curatelles des Kantonsgerichts Waadt eingereichten Gesuchs um Rückführung des Kindes. Die Verletzung des väterlichen Sorgerechts war unbestritten, so dass das ganze Verfahren auf die Frage ausgerichtet war, ob dem Kind die Rückkehr zumutbar sein konnte, bzw. ob im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ die Gefahr bestand, dass «die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt». Das Urteil stellt dazu im Hauptpunkt richtig fest, dass nur ein schwerwiegendes Risiko massgebend sein kann; es geht nicht darum zu entscheiden, welcher Elternteil für die Erziehung und Pflege des Kindes besser geeignet ist, da die Entscheidung darüber den Gerichten des Herkunftsstaates vorbehalten bleibt, wofür gerade die Rückgabe des Kindes erfolgen soll (E. 5.1.2). Art. 5 BG-KKE gibt dafür wesentliche Entscheidungshilfen, die das Urteil ausdrücklich wiedergibt. Damit und im Hinblick auf die zitierten jüngeren Entscheide sollte die Zeit endgültig vorbei sein, als das Bundesgericht den Art. 5 BG-KKE nur beiläufig oder überhaupt nicht erwähnte. Die im Gesetz genannten Bedingungen, so heisst es richtig, erfüllen den Zweck, die Voraussetzungen des Übereinkommens zu klären. Sie sind nicht dazu bestimmt, den Text des Abkommens zu ersetzen. Das Wort «insbesondere» räumt jeden Zweifel daran aus, dass es immer möglich bleibt, sich direkt auf den Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zu berufen. Art. 5 BG-KKE weist auf die in der Praxis am häufigsten auftretenden Elemente der Entscheidung hin, mehr nicht (E. 5.1.2, 3. Abschnitt).

Heute wie auch früher schon ist es hingegen verfehlt, die Auslegung von Art. 13 HKÜ deshalb als restriktiv zu charakterisieren, weil es sich bei den dort aufgezählten Situationen um «Ausnahmen» handle. Man sollte hoffen, dass die II. Zivilabteilung mit diesem «alten Zopf» bald aufhört. Die amtlich veröffentlichte Haltung des Bundesgerichts ist ja, Ausnahmebestimmungen «weder restriktiv noch extensiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der allgemeinen Regelung auszulegen» (BGE 136 I 297 ff.,

300; BGE 139 V 148 ff., 153). Die «Ausnahme-These» ist ohnehin deshalb falsch, weil davon im Art. 13 HKÜ nichts zu finden ist. Die dort aufgezählten Gründe zur Verweigerung der Rückführung sind als solche strikt definiert, und daran ist auch festzuhalten, wenn man das System des Abkommens nicht aus den Angeln heben will. Was soll es denn neben der «schwerwiegenden Gefahr eines Schadens» oder einer für das Kind «unzumutbaren Lage» noch Schlimmeres geben, damit Art. 13 Abs. 1 lit. b als «Ausnahme» zum Zuge kommt? Das Bundesgericht hat das noch nie ausgeführt, womit sich diese These als eine leere Floskel erweist, deren Störpotential als psychologische Beeinflussung des Richters allerdings nicht zu unterschätzen ist. Man könnte sich auch fragen, ob man nicht die Unklarheit betreffend das Beweismass ausräumen könnte, heisst es doch hier, die Unzumutbarkeit der Rückgabe für das Kind müsse «klar» erstellt sein (E. 5.1.2, in fine), während in anderen Urteilen die Meinung ist, dass bei Art. 13 Abs. 1 HKÜ «freilich nicht ein strikter Beweis verlangt» wird (BGE 20.9.2012, 5A_537/2012, E. 5) und dass ein Verweigerungsgrund «anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte glaubhaft zu machen» sei (BGer 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 4.2).

Das Urteil fügt noch hinzu, dass sich diese restriktive Haltung dadurch erkläre, dass dem entführenden Elternteil aus seinem widerrechtlichen Verhalten kein Vorteil entstehen soll (E. 5.1.2, mit dort zitierten Entscheiden). Auch das ist ein «alter Zopf», dessen grundsätzliche Bedeutung noch nie erläutert worden ist. Will denn das Bundesgericht nicht erkennen, dass es nirgends im Kindesrecht einen solchen Grundsatz gibt, ja dass es gerade umgekehrt heisst, dass das Verhalten der Eltern für die Beurteilung des Kindeswohls nicht als Massstab gelten darf? Das Übereinkommen gibt für eine solche als reine Strafaktion gegen die Mutter gedachte Feststellung nichts her. Da die Behauptung zur blossen Floskel ohne Wirkung geworden ist (abgesehen von der Absicht, der Mutter eins auszuwischen), haben sich in der Rechtsprechung eine Menge Widersprüche entwickelt. Das vorliegende Urteil zeugt davon. Wenn das Bundesgericht der Mutter wirklich eins auswischen will, warum ist es auf die Beschwerde überhaupt eingetreten? Diese zielte ja auf nichts anderes als auf die korrekte Anwendung der Verweigerungsgründe von Art. 13 HKÜ und damit auf den «Vorteil», mit dem Kind in der Schweiz bleiben zu können. Das Bundesgericht nimmt auch ausdrücklich und richtig das Argument auf, dass der Einwand nach Art. 5 lit. b BG-KKE zutreffen kann, dass dem entführenden Elternteil die Rückkehr nicht zuzumuten ist, wenn er im Herkunftsland eine Verhaftung riskiert oder wenn er zur Schweiz über ausserordentlich solide Familienbeziehungen verfügt (E. 5.1.2, letzter Absatz). Was will man hier mit dem Prinzip ausrichten, wonach die Mutter keinen Vorteil aus ihrem Verhalten her-

leiten dürfe? Und wo bleibt der letztlich allein massgebende Massstab des Kindeswohls? Geht es nicht etwas weit, für diese Haltung das Bundesgerichtsurteil im Falle *Neulinger* heranzuziehen (BGer 16.8.2007, 5A_285/2007, E. 4.1, AJP/PJA 2007, 1585), obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil vom 6.7.2010 im gleichen Fall festgehalten hat (Nr. 41615/07, § 151), dass die Mutter einen unverhältnismässigen Eingriff in ihr Recht auf Achtung des Familienlebens erleiden würde, wenn sie nach Israel zurückkehren müsste? Die Mutter hatte also ein eigenes und auf Art. 8 EMRK abgestütztes Recht daran, mit dem Kind hier zu bleiben – und das Bundesgericht sagt ihr heute noch, dass sie ein solches Recht nicht hätte geltend machen dürfen, weil sie das Kind widerrechtlich entführt habe? Wie lange noch?

Bei der Anwendung des Art. 5 BG-KKE ist es für das Bundesgericht entscheidend, dass die Trennung des Mädchens von der Mutter dieses in eine unzumutbare Lage bringen würde, und zwar in Anbetracht seines Kindesalters (weniger als zwei Jahre) und seiner engen Beziehung zur Mutter, die es seit seiner Geburt gut betreut hat. Das Urteil zieht daraus den Schluss, dass die Unterbringung beim Vater, der die Rückführung beantragt, offensichtlich nicht dem Interesse des Kindes entspricht (E. 5.2, 1. Abschnitt). Die Wortwahl des Urteils ist hierzu interessant, insbesondere weil sowohl auf Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ als auch auf Art. 5 lit. a BG-KKE verwiesen wird. Es gibt ja serienweise Urteile und Schrifttum, wonach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ keine Abwägung nach dem Kindeswohl zulasse, wobei den allzu schrillen Stimmen mit dem EMRK-Urteil im Falle *Neulinger* immerhin ein wohlthuender Dämpfer aufgesetzt worden ist, den zu nennen das Urteil allerdings tunlichst vermeidet. Art. 5 lit. a des Gesetzes ist seinerseits so erläutert worden, dass es sich um eine Situation handle, in der «die das Gesuch stellende Person nicht in der Lage ist, das Kind zu betreuen» (BBl 2007, 2621 f.).

Hier betritt das Bundesgericht Neuland. Zunächst fällt auf, dass bei der Anwendung von Art. 5 BG-KKE auf den konkreten Fall, die mit der Rückweisung an die Vorinstanz endet (E. 5.2), nur der Buchstabe a, nicht aber die Bestimmungen unter Buchstaben b und c genannt sind. Das Urteil berichtet auch nicht, dass diese drei Bestimmungen kumulativ geltende Voraussetzungen enthalten (so noch BGer 10.9.2012, 5A_550/2012, E. 4.2).

Das Urteil geht nicht davon aus, dass die Rückkehr zum Vater als solche für das Kind schädlich wäre. Die Situation wäre in einem solchen Fall aber dann unzumutbar, wenn sie mit einer Trennung des Kleinkinds von seiner Mutter als primärer Bezugsperson einhergehen würde. Dieser Grundtenor des Urteils ist klar und richtig. Bei der Anwendung auf den konkreten Fall erschien dem Bundesgericht aber eine Lücke

insoweit, als der Entscheid der Vorinstanz keine Feststellung zur Frage enthielt, ob die vorläufige Verfügung des französischen Gerichts vom 22. November 2012 vollstreckbar war, mit der Folge, dass die Mutter das Kind beim Grenzübertritt dem Vater als alleinigem Obhutsberechtigten hätte überlassen müssen. Wäre mit einer solchen Trennung zu rechnen, wäre die Rückgabe nach Frankreich für das Bundesgericht offensichtlich nicht mit dem Kindeswohl vereinbar.

Der interessante neue Gesichtspunkt besteht darin, dass das Bundesgericht die Bestimmung unter Buchstaben a von Art. 5 BG-KKE auch dann als massgebend erachtet, wenn der Grund, um die Unterbringung beim Vater auszuschlagen, nicht beim Vater liegt, sondern darin, dass es zu einer untragbaren Trennung von der Mutter als klar engster Bezugsperson kommen würde. Insofern würde eine solche Wegnahme des Kindes von der Mutter im Grunde alle drei Voraussetzungen des Art. 5 gleichermassen erfüllen. Das war ursprünglich nicht so gedacht und ist auch unter dem Gesichtspunkt der übergeordneten Norm des Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nicht ganz unbedenklich. Die Praxis wird sich daran ausrichten müssen, ob das Verhältnis des Kindes zur entführenden Mutter wirklich so eng und intensiv ist, dass die Trennung und Rückgabe des Kindes auch dann für das Kind einen schwerwiegenden Schaden zu bewirken droht, wenn der Vater für seine Aufnahme, Erziehung und Betreuung zumindest bis zur endgültigen Regelung des Sorgerechts durchaus in der Lage wäre.

Es gibt Vergleichsfälle mit ebenfalls zweijährigen entführten Kindern, die die Frage aufwerfen, ob das Bundesgericht den neuen Fall wirklich auf die bisherige Praxis soweit abgestützt hat, wie man bei der Lektüre des Urteils zu erkennen glaubt.

Im Italien-Fall half es der Mutter nichts, die Trennung der beiden kleinen Kinder als schwerwiegendes Risiko einzuwenden, da sich der Vater in Italien vor der Entführung um die Kinder gekümmert hatte und das auch nach der Rückkehr mit Hilfe einer Kinderbetreuung tun konnte (BGer 15.11.2005, 5P.367/2005, E. 8, SZIER/RSDIE 2007, 337). Überdies könne die Mutter ja mit den Kindern zurückkehren, statt ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder zu stellen (E. 8.3).

Im Florida-Fall lag eine erst nach der Entführung in Abwesenheit der Mutter ergangene amerikanische Verfügung vor, die dem verlassenen Vater die ausschliessliche Sorge anvertraute, mit der möglichen Wirkung, dass das Kind bei der Rückkehr vom Vater hätte beansprucht oder gar polizeilich gesucht werden können. Das Bundesgericht fand, diese Verfügung hätte ja mit der Sorgerechtslage im Zeitpunkt der Entführung nichts zu tun und könne die Rückgabe nicht verhindern (BGer 17.10.2007, 5A_479/2007, BGE 133 III 694 ff., 700, E. 2.2.2 in fine, AJP/PJA 2008, 127).

Im Falle Burkina Faso war ausschlaggebend, dass sich der dort lebende Vater als für die Betreuung der Kinder geeignet erwies und das Kind überdies noch mit anderen betreuenden Personen inner- und ausserhalb des Hauses Kontakt hatte (BGer 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 4.5). Die Mutter, die den Familienort mit dem Sohn in Richtung Schweiz verliess, konnte dem nicht entgegenhalten, dass das Kind noch klein und mit ihr eng verbunden sei. Der Vater verfüge trotz seiner ausserhäuslichen Tätigkeit über eine umfassende Infrastruktur zur Betreuung des Kindes. So dann lasse sich bei einem zweieinhalbjährigen Kind nicht sagen, dass es von vornherein und unabhängig von den konkreten Verhältnissen einzig bei der Mutter gut aufgehoben sei (E. 5.3).

In dem am 20.9.2012 entschiedenen Spanien-Fall (BGer 5A_537/2012) hatte der Vater vom erstinstanzlichen Gericht in Figueres die Obhut zugesprochen erhalten, so dass deshalb bei der Rückführung nach Spanien (wie im vorliegenden Frankreich-Fall) dort eine andere Obhuts-lage bestand. Das reichte aber nicht zur Verweigerung der Rückkehr aus, da für das Bundesgericht damit gerechnet werden konnte, dass das lokale Gericht bereit sein werde, die aktuelle Lage zu überprüfen und einen neuen Entscheid zu fällen. Auch die Feststellung der Kindesvertreterin, dass die Mutter inzwischen in der Schweiz eine neue Familie begründet habe, gab nicht dazu Anlass, die Rückkehr von Mutter und Kind in Frage zu stellen, zumal Art. 5 BG-KKE unbeachtet blieb.

Der neue Fall mit Frankreich deutet in eine andere Richtung. Eine Auseinandersetzung mit früheren Urteilen findet nicht statt. Die grundsätzlich von der Vorinstanz festgestellte Fähigkeit des Vaters, das Mädchen bei sich aufzunehmen, ist für den Entscheid über die Rückgabe nicht tragend, wenn diese zu einem Bruch der engen und seit jeher dauernden Beziehung des Kindes zur entführenden Mutter führen würde. Das Kind würde eine Trennung von der Mutter als schweren Schlag empfinden, der ihm nicht zugemutet werden kann. Der Gedanke überzeugt, aber seine Stütze in Art. 5 lit. a BG-KKE ist nicht solid genug. Denn diese Bestimmung spricht nur die Frage an, ob die Unterbringung des Kindes beim Vater mit dem Kindeswohl vereinbar ist; diese Frage beantwortet das Urteil letztlich nicht, denn dazu soll das Kantonsgericht gegebenenfalls noch selbst Abklärungen treffen (E. 5.3.2).

Das Urteil weitet den Art. 5 lit. a BG-KKE insofern aus, als damit auch die Thematik erfasst sein soll, ob die Unterbringung beim Vater deshalb nicht tragbar ist, weil sie mit der Trennung von der Bezugsperson der Mutter einhergeht. Diese Frage wird in Art. 5 lit. b BG-KKE dahingehend beantwortet, dass eine solche Trennung als Faktor für eine unzumutbare Lage des Kindes bei der Rückführung zu be-

rücksichtigen ist, wenn es der Mutter nicht möglich ist oder es ihr nicht zugemutet werden kann, das Kind in den Herkunftsstaat zu begleiten, um es dort zu betreuen. Das würde hier insofern zutreffen, als die zwangsweise Übergabe des Kindes an den Vater zur Folge hätte, dass die Mutter «nicht in der Lage» gewesen wäre, das Kind in Frankreich zu betreuen. Diese Voraussetzung lässt sich aber nicht mit derjenigen des Buchstabens a vermischen: Wenn eine Trennung von Mutter und Kind bevorstehen könnte, dann ist dieser Umstand nicht auch noch in die Voraussetzung nach dem Buchstaben a einzuflechten, denn dort geht es allein darum, ob der Vater zur Aufnahme des Kindes vernünftigerweise in der Lage ist. Trifft das zu, so entsteht für das Kind im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b BG-KKE keine unzumutbare Lage, sofern nicht andere Umstände hinzukommen, die von Art. 5 BG-KKE nicht erfasst werden. Diese Bestimmung nimmt somit die Trennung von Kind und Mutter in Kauf, wenn der Vater zu einer Beziehung zu den Kindern fähig ist, die deren Wohl nicht offensichtlich entgegensteht.

Der vorliegende Fall liegt anders. Es soll dem Kind der Schock erspart werden, dass es von der Mutter auch bei einer gemeinsamen Rückkehr getrennt wird, weil seit dem Wegzug in die Schweiz die französischen Gerichte dem Vater provisorisch die Obhut bzw. das Betreuungsrecht zugesprochen haben. Eine solche Trennung von der engsten Bezugsperson ist unzumutbar, da sie eine Rückkehr in den bisherigen Zustand der Familie verhindert und überdies auch nicht auf Dauer ausgerichtet ist, da der Abschluss des Sorgerechtsverfahrens ja noch aussteht. Es handelt sich somit um eine besondere Situation, die zwar nicht gerade selten ist (vor allem im Verhältnis mit den USA), aber doch nicht dem typischen Fall einer Kindesentführung entspricht.

Das Rückführungsverfahren nach dem Haager Abkommen soll gegenüber der Streitfrage des Sorgerechts neutral bleiben. Die Rückkehr soll also nicht mit einem grundlegenden Wechsel des Betreuungsverhältnisses verbunden sein. Insofern ist das vorliegende Urteil innovativ und richtig (anders noch der erwähnte Spanien-Fall: BGer 20.9.2012, 5A_537/2012, E. 3). Das Sorgerecht des Vaters bereits im Zeitpunkt der Entführung war unstrittig. Eine neue Rechtslage ergab sich aber aus dem Entzug der mütterlichen Obhut nach der Entführung, mit der Folge, dass die Mutter das Kind dem Vater hätte überlassen müssen. Insofern würde die Rückführung des Kindes nach Frankreich zu einer Situation führen, die sich vom «status quo ante» radikal unterscheidet. Allerdings stösst man hier gleichwohl an die Grenze der Möglichkeiten gemäss dem Abkommen. Denn die Regelung des Sorgerechts, sei sie nun provisorisch oder endgültig, liegt in der Zuständigkeit der Behörden des Herkunftsstaates. Das Haager Übereinkommen will

die Ausübung dieser Zuständigkeit ja gerade unterstützen, wobei allerdings der im Urteil nicht thematisierte Vorbehalt von Art. 20 eine Grenze setzt. Würde sich im konkreten Fall die französische Verfügung vom 22. November 2012 als vorläufig vollstreckbar erweisen, so wäre die Rückkehr im Übrigen auch deshalb problematisch, weil die Mutter bis zur ersten und einzigen Anhörung innerhalb einer Woche wohl nicht zeitgerecht geladen werden konnte und keinerlei Abklärung des Kindeswohls erfolgte. Das lässt sich zwar nur als wahrscheinlich aus dem Urteil herleiten. Es könnte auch damit zusammenhängen, dass das Luxemburger Übereinkommen von 1980 (SR 0.211.230.01) vom Bundesgericht nicht erwähnt wird und offenbar vom Beschwerdeführer auch nicht angerufen worden ist, hätte es doch die Rückführung auf der Grundlage von Art. 9 ohne Hindernisse erlaubt, wenn nur der Mutter das das Verfahren einleitende Schriftstück ordnungsgemäss und rechtzeitig zugestellt worden wäre.

Das Bundesgericht begnügt sich mit der Abklärung der faktischen Durchsetzbarkeit dieser Verfügung auf französischem Territorium, sollte das Kind dorthin zurückkehren. Das sei vom Sachrichter, d.h. der Waadtländer Vorinstanz abzuklären. Es wird angefügt, dass dem so sei, wie das Bundesgericht im Urteil vom 16.4.2009 zum USA-Fall (BGer 5A_105/2009, AJP/PJA 2010, 1180) das schon präzisiert habe (E. 5.2, 2. Abschnitt). Das stimmt nicht, aber das Bundesgericht will davon nichts mehr wissen. In jenem USA-Fall hat sich das Bundesgericht um die Abklärung der Umstände der Rückkehr der Mutter mit dem Kind selbst gekümmert, wobei es insbesondere den amerikanischen Richter (mit Erfolg) darum angefragt hat, ob er bereit wäre, seine «chasing order», die das Sorgerecht allein dem verlassenen Vater zuwies, aufzuheben. Das in diesem Urteil (E. 3.9) und auch in andern Fällen oft zitierte Beschleunigungsprinzip (Art. 2 HKÜ) soll nun nicht mehr gelten und wird schon gar nicht erwähnt. Das Kantonsgericht müsse sich von den französischen Behörden zusichern lassen, dass im Falle der Rückkehr des Kindes nach Frankreich dieses bis zum Ende des dort hängigen Sorgerechtsverfahrens in der Betreuung der Mutter verbleiben wird. Das dürfte gar nicht so einfach sein, denn es genügt nicht, eine Bestätigung dafür zu erhalten, dass die Verfügung vom 22. November 2012 nicht vollstreckbar sei. Auch wenn das zutrifft, so müsste ja darüber hinaus auch amtlich zugesichert werden, dass diese Verfügung nicht nachträglich noch vollstreckbar erklärt wird oder durch eine neue provisorisch durchsetzbare Anordnung ersetzt wird (vgl. demgegenüber den zitierten USA-Fall, wo lediglich verlangt wurde, dass der amerikanische Richter die Sorgerechtslage im Zeitpunkt der Entführung wiederherstellt – E. 3.7, was nicht ausschliessen konnte, dass der gleiche Sachrichter später wieder anders entscheidet, wie

das in BGer 13.1.2012, 5A_840/2011, E. 4, berichtet wird). Das neue Urteil sagt nichts darüber, ob die Mithilfe der Zentralen Behörden in der Schweiz und Frankreich sinnvoll sein könnte, wie auch die einschlägige Bestimmung von Art. 10 BG-KKE nicht erwähnt wird, obwohl sie die «Internationale Zusammenarbeit» zum Thema hat und mit Art. 5 BG-KKE eng zusammenhängt (vgl. BBl 2007, 2623). Die anvisierte «Garantieerklärung» müsste beim Gericht, das mit der Berufung gegen die Verfügung vom 22. November 2012 befasst ist, beantragt werden. Das Bundesgericht ist durchaus in der Lage, das selbst durch den Instruktionsrichter zu veranlassen, wie das im USA-Fall vordemonstriert wurde; es ist dazu auch verpflichtet, denn Art. 10 BG-KKE gilt für jede Gerichtsinstanz und Art. 2 HKÜ verlangt auch vom Bundesgericht, das «schnellstmögliche Verfahren» anzuwenden. Das war auch die Meinung des Bundesrates (BBl 2007, 2624, 2627). Wenn das Bundesgericht das nun nicht mehr so sieht, dann hat das mit der Rechtslage nichts zu tun, sondern es geht allein darum, sich des Falles auf die leichteste Art zu entledigen. Diese Praxisänderung ist sehr zu bedauern, zumal sie ohne jede Begründung vollzogen worden ist.

Immerhin liegt in der Rückweisung an die Vorinstanz ein kleiner Fortschritt. Im anderen Spanienfall vom 10.9.2012 (BGE 5A_550/2012) hatte sich dieselbe Frage gestellt, doch hatte sich das Bundesgericht in Anbetracht des nach Art. 11 Abs. 1 BG-KKE mangelhaften kantonalen Urteils mit der Feststellung begnügt, dass für den Fall der Weigerung der Mutter, das Kind zurückzuführen, «si dovranno pertanto emanare misure più precise in sede esecutiva», ohne klar zu sagen, wie das geschehen soll und wer dafür zuständig ist (E. 5.1).

Sollten im neuen Frankreich-Fall die erwähnten Garantien erhältlich sein, so werden alle übrigen Einwände der Mutter gegen ihre Rückkehr abgewiesen (E. 5.3.1). Denn wenn sie mit ihrem Kind nach Frankreich übersiedeln und es dort weiterhin betreuen kann, so ist das Argument nicht haltbar, man könne der Mutter die Rückführung in Begleitung des Kindes nicht zumuten. Die Mutter kann sich insofern nicht auf Art. 5 lit. b BG-KKE berufen, zumal ihre Bedenken im Zusammenhang mit dem Verhalten des Vaters und dessen Familie ihr gegenüber nicht bewiesen sind. Im Grunde ist die Antwort, wie sie in früheren Urteilen gegeben wurde, einschlägig: Die Rückkehr zum «status quo ante» bedeutet nicht, dass das Kind in die Wohnung oder das nähere Umfeld des Vaters zurückgebracht werden muss (BGE 134 III 88 ff., 91). Mutter und Kind können sich anderswo niederlassen, so dass der Kontakt mit dem Vater möglich ist. Das Bundesgericht antwortet anders: Die Rückkehr werde vom schweizerischen Gericht ohnehin nur auf das «französische Territorium» angeordnet, und nicht

an einen bestimmten Ort in diesem Land. Das war in der Tat die übliche Praxis, die allerdings erst kürzlich auch begründet wurde. Es heisst, dass das Abkommen nicht mehr verlange als nach einer Rückgabe in den «Vertragsstaat» des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts (BGer 5.8.2013, 5A_504/2013, E. 5.1). Das stimmt zwar nach dem Wortlaut. Dem Sinn des Abkommens entspricht das nicht, doch fragt das Bundesgericht nicht danach. Das müsste sich aber schon daraus ergeben, dass das Bundesgericht oft den Grundsatz unterstreicht, dass das Abkommen die Wiederherstellung des «status quo» bezwecke. Das schliesst die Absicht ein, die Rückführung möglichst so zu veranlassen, dass das Kind an seinen bisherigen Lebensort zurückkehrt. Die Worte «Rückgabe» und «retour» bringen ja die Idee zum Ausdruck, dass sich das Kind wieder am Ausgangspunkt der Reise befinden soll.

Ein Blick auf den konkreten Fall zeigt, wie wenig Sinn diese Praxis macht. Aus dem Sachverhalt lässt sich herauslesen, dass die Mutter im Jura in der Nähe der französischen Grenze lebt, was bedeutet, dass es bis zum nächst möglichen Ort der Rückkehr nach Frankreich nicht weit ist. Kaum viel länger ist der Weg bis zum bisherigen Aufenthaltsort, der sich im Distrikt befindet, wo das Gericht von Besançon tagt. Worin besteht dann der Sinn der Rückgabe mit der Massgabe, dass das Kind ohnehin bei der Mutter bleibt? Das Bundesgericht sagt, das sei so, weil es darum gehe, den künftigen Entscheid des Richters des Herkunftsstaates möglich zu machen (E. 5.1.2, 2. Abschnitt). Das stimmt so nicht. Bei jenem Richter handelt es sich um das Berufungsgericht, das in Anbetracht der kurzen Distanzen keine Schwierigkeit haben würde, das Verfahren unter Einbezug von Mutter und Kind zu Ende zu führen. Das Überkommen will allerdings verhindern, dass im Zuge seiner langen Abwesenheit das Kind in Frankreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt und das lokale Gericht damit seine Zuständigkeit verlieren könnte. Diese Rechtslage hat sich aber seit dem Inkrafttreten des Kinderschutzübereinkommens von 1996 (SR 0.211.231.011) geändert, sieht doch Art. 7 vor, dass der Richter am bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt noch mindestens für ein Jahr zuständig bleibt, auch wenn die Rückführung abgelehnt worden ist.

Wichtiger ist ein anderer Gesichtspunkt: Wenn man von der Mutter nicht mehr verlangt, als dass sie das Kind nach Frankreich zurückzuführen hat, so könnte sie es auch in die Normandie oder gar nach Guadeloupe oder Neu-Kaledonien bringen. Das macht im Hinblick auf den Zweck des Abkommens überhaupt keinen Sinn. Aber das Bundesgericht macht's möglich. Man konnte schon in den Zeitungen lesen, dass Väter nach gewonnenem Rückführprozess mit Staunen erleben mussten, dass sich die Mutter mit dem Kind zwar im Herkunftsland, aber weit weg vom bisheri-

gen Aufenthaltsort der Familie niedergelassen hat. Das ist allerdings nur Nebensache, denn der Vater könnte ja vor Ort eine Verfügung zum Aufenthaltswechsel veranlassen. Für die schweizerische Praxis wird zur Hauptsache, dass der Entführungsprozess für den Antragsteller nicht mit einer vollstreckbaren Anordnung endet, wohin das Kind im Ausland verbracht werden muss. Was soll die Vollstreckungsbehörde mit einem Urteil tun, in dem steht, dass das Kind nach Spanien, den Vereinigten Staaten, Grossbritannien oder Brasilien zu bringen ist? Trifft die zur Übergabe des Kindes verpflichtete Mutter keine Anstalten zur Abreise, so wird sich die Vollzugsbehörde bei ihr melden und nach dem Bestimmungsort fragen. Was soll sie tun, wenn die Mutter zur Aussage dazu nicht bereit ist? Und was dann, wenn sie ein Reiseziel angibt, das von der sinngemässen Destination der Rückführung weit entfernt ist (Hawaii statt New York)? Eine Lösung, die in der Praxis gelegentlich ausgeübt wird, besteht darin, den Vater anreisen zu lassen und ihm das Kind zu übergeben. Eine solche Massnahme wird problematisch, wenn das Bundesgericht meint, dass das Übereinkommen nur zu einer Anordnung führen könne, das Kind sei auf das Hoheitsgebiet des Herkunftslandes zu überstellen. Die Übergabe des Kindes an den Vater ist erst recht nicht ganz unbedenklich, wenn davon im Urteil nichts steht. Steht das Sorgerecht den Eltern gemeinsam zu, so wird damit ins Sorgerecht der Mutter und in die Rechte des Kindes eingegriffen, wofür es ein Verfahren und einen Entscheid braucht, für den es an der Zuständigkeit fehlt, solange als das Kind in der Schweiz noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Oder soll die Behörde kurz und entschlossen handeln und die Reise an den Ort im Ausland organisieren, der dem bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt am nächsten kommt? Das macht Sinn, aber das lässt sich ohne Vollstreckungsanweisung im Rückführentscheid nicht frei jeder Rechtskontrolle umsetzen. Der Weg führt dann über die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen durch das zuständige Gericht gemäss Art. 339 ZPO. Das ist auch schon vom Europäischen Menschenrechtsgerichtshof so erläutert worden. Im Falle *Kvistad* ist der Gerichtshof nicht auf eine Beschwerde eingetreten, mit der die Mutter eines entführten Kindes einen Rückführentscheid des Bundesgerichts im erwähnten Florida-Fall neutralisieren wollte, der auch nach fünf Jahren nicht vollstreckt worden ist (Entscheid vom 20.11.2012, Nr. 50207/07). Der Gerichtshof antwortet, dass sie nicht eigentlich beschwert sei, da sie nicht nur die Möglichkeit habe, gemäss Art. 13 BG-KKE eine Änderung zu beantragen, sondern auch gemäss den Bestimmungen der ZPO sich dem Vollzug der Rückgabe des Kindes zu widersetzen. Die neue Festlegung der Vollstreckungsmassnahmen ist dann allerdings nicht von der im Allgemeinen zuständigen Vollstreckungsbehörde, sondern

vom kantonalen Gericht, das sich mit Kindesentführungen befasst, vorzunehmen (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE), wovon auch das neue Urteil ausgeht (E. 5.3.2).

Diese Rechtslage ist unerfreulich. Das Bundesgericht könnte sie vermeiden, wenn es den Art. 11 BG-KKE genauer beachten würde. Das Urteil über die Rückführung des Kindes muss alle dafür notwendigen Vollstreckungsmassnahmen enthalten, und zwar so, dass sie von der Vollzugsbehörde unmittelbar umgesetzt werden können, wenn der verantwortliche Elternteil nicht innert der angeordneten Frist handelt. Der Gesetzgeber wollte damit einer damals verbreiteten Praxis entgegenwirken, die es findigen Anwälten erlaubte, die Problematik der Entführung vor der Vollstreckungsbehörde neu aufzurollen – mit dem entsprechenden Zeitgewinn und der Hoffnung, dass der Vollzugsrichter schliesslich zur Einsicht kommt, dass es nun für eine zwangsweise Abreise des Kindes zu spät ist. Will nun das Bundesgericht die Praxis wieder in diese allseits als unbefriedigend empfundenen Zustände zurückführen?

Im vorliegenden Fall wird das Waadtländer Kantonsgericht angewiesen, dass bei einem positiven *Rückführentscheid* der Mutter noch eine Frist zu setzen sei (E. 5.3.1) und dass für den Fall der Weigerung der Mutter, das Kind in Frankreich zu betreuen, noch die Möglichkeit der Unterbringung des Kindes beim Vater zu prüfen sei, damit die Abwehrhaltung der Mutter die Rückkehr des Kindes nicht verhindern kann (E. 5.3.2, 1. Abschnitt). Der Entscheid wird aber nicht die Anordnung enthalten, wohin die Mutter mit dem Kind in Frankreich ziehen soll. Für den Fall aber, dass die Mutter nicht wegziehen will und der Vater zur Aufnahme des Kindes geeignet ist, muss das Kantonsgericht verfügen, dass das Kind bei diesem zu platzieren sei (E. 5.3.2, 2. Abschnitt). Es wird auf Art. 12 BG-KKE hingewiesen, der vorsehe, dass sich die Vollzugsbehörde nur mit Vollzugsfragen befassen dürfe. Richtigerweise steht Art. 11 im Vordergrund, wonach die kantonale Gerichtsbehörde die Vollzugsmassnahmen anordnen muss.

Hier wird das Urteil widersprüchlich. Eine solche gewiss sinnvolle Anordnung kann nicht anders lauten als dass das Kind an einen bestimmten Ort (beim Vater) zu verbringen ist. Im vorangehenden Absatz heisst es aber, dass das Übereinkommen ein solches Dispositiv nicht zulasse, weil es nicht weiter gehen dürfe, als die Rückgabe in einen Vertragsstaat zu veranlassen. Das reicht aber nicht, wie das Bundesgericht selbst erkennt, denn die Behörde kann ja das Kind nicht einfach an die Grenze stellen. Damit fällt die bundesgerichtliche Konstruktion, dass das Abkommen nur eine Rückgabeanordnung auf das Territorium eines Vertragsstaates als Ganzes, ohne Ortsbezeichnung, zulasse, in sich zusammen. Das Bundesgericht hätte auch seine Urteile zum USA-Fall beziehen können. Dort lautete das

Dispositiv zwar nur auf eine Rückkehr in die USA, aber die Regelung der sicheren Reise für Mutter und Kind war darauf gestützt, dass die Einreise in Philadelphia erfolgen wird, wo die amerikanischen Behörden vorsorglich über den Fall informiert worden sind (BGer 7.12.2009, 5A_721/2009, E. 2.4 und 2.5, AJP/PJA 2010, 1185). Auch gibt es einen früheren Entscheid, wo die lokal bestimmte Rückführung «nach Belgrad» als selbstverständlich galt (BGer 10.11.2009, 5A_583/2009).

Erfreulich klärend stellt das Urteil fest, dass eine Rückkehr vom entführenden Elternteil im Sinne von Art. 5 lit. b BG-KKE nicht verlangt werden könne, wenn er dabei riskiert, verhaftet zu werden (E. 5.1.2, letzter Abschnitt). Dazu hat das Urteil im Spanien-Fall vom 10.9.2012 noch deutlicher ausgeführt, dass die Vertragsstaaten verpflichtet seien, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen (Art. 2), und dass dazu auch gehöre, keine Strafen anzudrohen, da diese zur Verweigerung der Rückkehr des Kindes führen können (BGer 10.9.2012, 5A_550/2012, E. 4.2.3; ebenso BGer 10.11.2009, 5A_583/2009, E. 4.3.3, Sem.jud. 2010 I S. 151). Das bedeutet im Übrigen auch, dass die schweizerischen Strafbehörden einer Strafklage keine Folge geben sollten, wenn ein Kind ins Ausland entführt worden ist, denn das könnte dem Entführer vor dem ausländischen Gericht das gewichtige Argument in die Hand spielen, dass die Rückführung des Kindes in die Schweiz zu Strafmassnahmen und damit auch zur Trennung vom Kind führen würde. Wie gedankenlos haben doch die Autoren der Botschaft zum neuen elterlichen Sorgerecht den Bundesrat zur Aussage veranlasst, dass in einem solchen Falle Art. 220 StGB Anwendung finde (BBl 2011, 9108). Wenn man dem von der Entführung ins Ausland betroffenen Elternteil in der Schweiz helfen will, dann sollte man genau das nicht machen. Und das Bundesgericht fügt richtig hinzu, dass das zur Verpflichtung der Schweiz als Vertragsstaat gehört.

Ganz besonders und geradezu erstaunlich innovativ ist das Urteil, wenn es im gleichen Zug und in offensichtlicher Anlehnung an die Botschaft des Bundesrates (BBl 2007, 2622) festhält, dass nicht nur eine drohende Verhaftung die Rückkehr für die Mutter unzumutbar macht, sondern auch der Umstand, dass diese in der Schweiz «sehr enge familiäre Bindungen eingegangen ist, insbesondere nach einer Eheschliessung». Das mag gewiss im Einzelnen noch zu klären sein und ist auch nicht unbestritten. Aber es wird damit ein deutliches Zeichen dafür gesetzt, dass die Familiensituation der Mutter in die Abwägung der Situation des Kindes für den Fall einer Rückkehr mit einbezogen werden muss. Die aus früheren Urteilen kopierte und ohnehin in sich selbst unklare Feststellung, dass der Vorbehalt von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ «vor allem» das Kind und nicht die Eltern be-

treffe (E. 5.1.2, 4. Abschnitt), wird so im Hinblick auf Art. 5 lit. b BG-KKE ins richtige Licht gerückt (ganz abgesehen vom Urteil *Neulinger*, § 149–151, das unerwähnt bleibt). Es kann dabei sehr wohl auch auf die Zumutbarkeit der Rückkehr aus Gründen, die in der Person der Mutter liegen, ankommen. Denn das Kindeswohl ist nicht einfach isoliert als eine Eigenschaft des Kindes zu betrachten, sondern als ein Wertmassstab, der nur im gesamten Zusammenhang der Beziehung des Kindes zu seinen Eltern den richtigen Gehalt erhält.