

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

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

(4) Kindesentführung von Italien in die Schweiz. Mutter kann keine Gründe geltend machen, dass dem Kind eine schwere Gefahr droht. Rückkehr der Mutter und des Halbbruders nicht geklärt. Kindeswohl nicht berücksichtigt. Kein Kindesvertreter, keine Mediation, keine Anhörung, keine Vorbereitung der Rückkehr des 8-jährigen Kindes.

Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 16. Januar 2014 (5A_880/2013), *i.S. Mme A. X. c. M. B. X.*



ANDREAS BUCHER
Prof. em., Universität Genf

I. Sachverhalt

«A. – M. B.X. (1977) et Mme A.X. (1983), tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le 25 septembre 2008. De cette union est issu C., né en 2005. Mme A.X. est également la mère de D., né en 2003 d'une précédente relation. A partir du mois de janvier 2010, les époux X., qui exerçaient alors ensemble le droit de garde sur leur fils C., ont vécu à Y. (Italie), avec les deux enfants.

A.a. Le 7 novembre 2012, la mère s'est rendue à E. avec ses deux enfants, avec l'accord du père de C., pour y séjourner jusqu'à Noël de la même année; il était prévu qu'elle rentre ensuite au domicile familial en Italie. A E., la mère a vécu durant une semaine chez une amie, puis elle s'est installée chez ses parents. Elle a alors informé le père de C. de sa décision de s'établir durablement à E. avec ses deux enfants; celui-ci s'y est opposé.

A.b. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 novembre 2012, Mme A.X. a demandé au Tribunal de première instance du canton de Genève notamment l'attribution du droit de garde sur l'enfant C. Cette requête est actuellement pendante. Le Tribunal de première instance a également rejeté deux requêtes de mesures provisionnelles de la mère, tendant entre autres, à ce que le droit de garde exclusif sur son fils C. lui soit octroyé. Les deux enfants sont scolarisés à E. depuis le 7 janvier 2013.

A.c. Le 16 janvier 2013, l'Autorité centrale italienne au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur

les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80) a adressé à l'Office fédéral de la justice une requête de M. B.X. en vue du retour de l'enfant C. en Italie. Aucune médiation ou conciliation préalable au sens des art. 3 et 4 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA) n'a pu avoir lieu.

A.d. Le 3 juillet 2013, M. B.X. a saisi le Tribunal de Rimini (Italie) d'un «ricorso per separazione personale giudiziale con addebito di responsabilità» (requête en séparation avec attribution de responsabilité).

B. – Par demande du 25 juillet 2013, reçue au greffe de la Cour de justice du canton de Genève le lendemain, M. B.X. a requis, à titre provisionnel et au fond, le retour de l'enfant C. auprès de lui avant la rentrée scolaire du mois de septembre 2013. La mère a conclu au déboutement du père, exposant que le retour de l'enfant n'était pas dans l'intérêt de ce dernier. Lors de l'audience du 9 octobre 2013, les parties ont précisé qu'à leur connaissance, il n'existait pas de décision – en Suisse ou en Italie – attribuant la garde de l'enfant C. à l'un ou à l'autre de ses parents.

Statuant par décision du 31 octobre 2013, communiquée aux parties le 8 novembre 2013, la Cour de justice du canton de Genève a ordonné le retour immédiat de l'enfant C. auprès de son père en Italie.

C. – Par acte du 21 novembre 2013, Mme A.X. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision entreprise et à sa réforme en ce sens que la requête de retour de l'enfant C. en Italie est rejetée, subsidiairement à la condamnation de M. B.X. à tous les frais et dépens de la procédure de recours. Au préalable, la recourante requiert que l'effet suspensif soit octroyé à son recours, au titre de mesure provisionnelle.

D. – Par ordonnance du 22 novembre 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. Invité à déposer des observations, l'intimé a, par lettre du 2 décembre 2013, exposé qu'il concluait au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours et a requis, en cas d'octroi de l'effet suspensif sollicité, un délai pour déposer une argumentation au fond. L'autorité cantonale s'en est remise à justice quant à la requête d'effet suspensif et ne s'est pas prononcée sur le fond du recours. Le 18 décembre 2013, sur invitation de la Cour de céans, le père a confirmé conclure au rejet du recours et a développé son argumentation.

E. – Par ordonnance du 19 décembre 2013, le Président de la II^e Cour de droit civil a admis la requête d'effet suspensif.

F. – Le 16 janvier 2014, le Tribunal fédéral a délibéré sur le recours en séance publique.»

II. Auszug aus den Erwägungen

«3. Le recours a pour objet le retour de l'enfant commun des parties en Italie, au regard des dispositions de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 octobre 1980 (CLaH80).

La Cour de justice a d'abord retenu que l'enfant, qui avait sa résidence habituelle en Italie avant son déplacement en Suisse, était sous l'autorité parentale de ses père et mère en vertu de l'art. 316 al. 1 et 2 du Code civil italien. La cour cantonale en a conclu que le non-retour de l'enfant, sans l'accord du père, violait le droit de celui-ci à exercer l'autorité parentale sur son enfant, dès lors que le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80, singulièrement le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant était un attribut de l'autorité parentale, régie en l'occurrence par le droit italien.

L'autorité précédente a ensuite rappelé que le retour immédiat de l'enfant – requis dans le délai conventionnel (art. 12 al. 1 CLaH80) – devait, en principe, être ordonné. Examinant la question d'une exception au retour de l'enfant (art. 13 al. 1 let. b CLaH80), soulevée par la mère, la Cour de justice a estimé qu'il n'était «en tout cas pas manifeste que le placement auprès du requérant ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant», la mère ayant déclaré devant cette autorité que son époux était un bon père. La cour cantonale a par ailleurs constaté que, en dépit du fait que la mère ait indiqué qu'en Italie, la famille vivait dans un mobile home et que le père s'absentait du logement familial environ quatre mois par an pour son travail, celle-ci n'avait pas établi qu'en retournant dans ce pays, l'enfant serait exposé à un risque grave d'un danger physique ou psychique ou qu'il serait placé dans une situation intolérable. Quant à la séparation de la fratrie objectée par la mère, la Cour de justice a observé que le retour de l'enfant n'avait pas nécessairement pour corollaire une rupture des liens de l'enfant avec son frère aîné, dès lors que la mère n'avait pas établi d'éléments empêchant impérativement son propre retour en Italie, ni celui de son fils aîné. La cour cantonale a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire exception au principe du retour de l'enfant.

4. L'Italie et la Suisse ont toutes deux ratifié la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (CLaH80, RS 0.211.230.02). A teneur de l'art. 4 de la CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite au sens de la Con-

vention, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 al. 1 let. a CLaH80).

En l'espèce, il est admis par les parties qu'elles exerçaient ensemble le droit de garde sur leur enfant C. avant que la recourante ne quitte le domicile familial en Italie avec ses deux enfants et décide de demeurer en Suisse, en sorte que les dispositions de la présente convention sont applicables au cas d'espèce. La recourante ne conteste d'ailleurs 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 Italie prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est réalisée.

5. La recourante soulève les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 LF-EEA, et reproche à l'autorité précédente d'avoir versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de ces mêmes dispositions, exposant que la cour cantonale a méconnu les éléments déterminants qui s'appliquent à chaque décision prise sur la base de la Convention, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La recourante fait valoir que, dans l'esprit de la Convention, le juge ne doit pas se borner à examiner si les conditions de vie en cas de retour de l'enfant dans le pays de provenance l'exposeraient à un danger physique ou psychique, mais également si un tel retour est tolérable au vu de son intégration dans le pays de destination. Elle expose à cet égard que son fils est bien intégré en Suisse, pays où il est né, où il a vécu les premières années de sa vie, et où sa famille – singulièrement son demi-frère, d'avec lequel il n'a jamais été séparé – et ses amis résident. La recourante relève en outre qu'elle s'est toujours principalement occupée des enfants, en sorte qu'elle entretient une relation plus étroite avec l'enfant que le père, partant, qu'elle est la référence affective de l'enfant. Il s'ensuit, toujours selon la recourante, qu'une séparation d'avec elle est hautement susceptible de menacer l'enfant dans son développement tant psychique que social, et que la séparation de la fratrie est un résultat choquant du point de vue de l'intérêt de l'enfant.

S'agissant de la question de son propre retour en Italie en compagnie de l'enfant, la recourante expose qu'elle a décidé de quitter ce pays parce que la situation familiale y était devenue «insupportable et malsaine», alors qu'elle dispose en Suisse du soutien psychologique de ses proches et de l'appui financier de ses parents. Elle explique qu'elle ne peut garantir une existence décente à «sa progéniture dans un pays qui n'est pas le sien», parce qu'elle ne serait pas en mesure de trouver un emploi en Italie et n'a aucun réseau de relations sociales, de sorte que la contraindre à s'installer

avec ses fils en Italie sous peine de perdre son enfant cadet et de séparer la fratrie est une solution insoutenable.

La recourante reproche enfin à la Cour de justice de ne pas avoir examiné l'impact qu'un double retour pourrait avoir sur son fils. Elle relève que le droit italien est similaire au droit suisse en ce qui concerne l'attribution du droit de garde de l'enfant dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, en sorte qu'il ne fait aucun doute que le père «n'a pas la moindre chance d'obtenir la garde de son fils». Selon elle, la solution de la cour cantonale aurait pour conséquence que l'enfant retournerait en Italie pour attendre l'issue du règlement du droit de garde pour ensuite repartir en Suisse et ne servirait donc qu'à protéger le droit du père, ce qui serait inutile, dès lors qu'elle n'a pas entravé les relations personnelles entre le père et son fils.

5.1. – 5.1.1. 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 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est, par exception, 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; dans le contexte du rapatriement d'un enfant déplacé illicitement, aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'État requis, cette question demeurant de la compétence des juges du pays de provenance de l'enfant, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (art. 16 et 19 CLaH80; arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2 et les références). Cette interprétation a été confirmée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt du 26 novembre 2013 dans l'affaire X. contre Lettonie (n° 27853/09). Dans ce jugement, la Grande Chambre a reconnu que, contrairement à ce qui avait été retenu dans son arrêt *Neulinger contre Suisse* (n° 41615/07), il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Dans l'arrêt précité du 26 novembre 2013 X. contre Lettonie, la Grande Chambre a donc retenu que, «dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges

doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce» (arrêt n° 27853/09 § 107 p. 30).

Lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le tribunal doit en outre veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé (arrêt 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5). Il résulte de ce qui précède que seuls des risques graves de mise en danger de l'enfant 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 procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2).

5.1.2. L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. 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 (arrêt 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2 avec la référence). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (let. a) ou lorsque 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 (let. b) (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2; 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29). 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 (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2). 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 (arrêt 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2, avec la référence). 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 circonstances, 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).

Si le placement de l'enfant 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 raccompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA). 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; à défaut, 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, la recourante reconnaît que le père de l'enfant est apte à prendre soin de celui-là, partant qu'il n'existe aucun danger ni physique ni psychique pour le développement de l'enfant s'il se trouve sous la garde de son père, mais critique la séparation d'avec elle et le demi-frère que le retour de l'enfant provoquerait, créant, selon elle, une situation intolérable. Or, la séparation entre l'enfant et sa personne de «référence affective» ne constitue pas un «risque grave» pour l'enfant au sens de la Convention, partant, une cause suffisante d'exception au retour dans le pays de provenance. La recourante n'établit à tout le moins pas que le développement de son fils serait compromis, *a fortiori* de manière intolérable, en cas de séparation d'avec elle. Quant à la séparation avec le demi-frère, l'argument est mal fondé, dès lors qu'il relève de la question au fond sur le droit de garde, la Convention n'ayant pour but que d'ordonner le retour de l'enfant pour la durée de la procédure interne dans le cadre de laquelle il doit être statuer sur l'attribution du droit de garde. Il en va de même des considérations de la recourante au sujet des chances que le père aurait d'obtenir la garde de l'enfant à l'issue de la procédure d'attribution du droit de garde, au regard du droit italien, et d'un éventuel double retour que cela impliquerait

en cas d'octroi de la garde à celle-ci, puisque ces motifs invoqués reviennent à procéder à un examen sur le fond de la question sur le droit de garde.

Par ailleurs, ainsi que l'a relevé l'autorité précédente, le retour de la recourante en Italie le temps qu'une décision sur l'attribution du droit de garde soit prise ne peut être considéré comme un motif d'exception au rapatriement de l'enfant, celle-ci n'ayant pas démontré que le retour dans ce pays serait intolérable pour elle. En effet, ses liens sociaux en Suisse, singulièrement ses parents et ses amis, ne sont pas postérieurs à son retour dans ce pays dans lequel elle a grandi et a vécu jusqu'à son départ en Italie en 2010. La recourante n'a pas non plus établi se trouver dans l'impossibilité de trouver un emploi en Italie – élément qu'elle a uniquement supposé –, pas plus qu'elle n'a démontré qu'elle cesserait d'être soutenue financièrement par ses parents en cas de retour dans ce pays. Au demeurant, il ne s'agit pas, comme l'a affirmé la recourante, d'une obligation de s'installer dans ce pays pour y élever ses enfants, mais uniquement d'un retour le temps qu'une décision sur le droit de garde soit prise. De surcroît, le retour est ordonné sur le territoire italien, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.3.1; 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1), ce qui ne l'oblige nullement à s'installer à nouveau avec le père de l'enfant dans l'ex-domicile familial, dans des conditions de vie qu'elle allègue ne plus pouvoir accepter.

En définitive, la recourante se borne à présenter sa propre appréciation globale de la cause, en méconnaissance du système de la CLaH80, et ne fait ainsi valoir aucune «allégation défendable de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour». Autant qu'ils sont suffisamment motivés (art. 106 al. 2 LF, *cf. supra* consid. 2), les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80, 5 LF-EEA et d'arbitraire (art. 9 Cst.) sont par conséquent infondés.

6. – Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour de l'enfant en Italie ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 15 février 2014 au plus tard. Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral et les conseils des parties seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. Ordre est donné à la recourante d'assurer le retour de l'enfant C. en Italie d'ici au 15 février 2014 au plus tard, ou de laisser l'intimé l'y emmener. [...]

III. Bemerkungen

Auch bei der Rechtsprechung geht nicht alles immer gradlinig. Es ging zunächst einige Zeit, bis das Bundesgericht das BG-KKE (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, SR 211.222.32) überhaupt zur Kenntnis nahm und zumindest einige Bestimmungen anwandte. Was den Bundesrichtern nicht gefiel, wie Mediation, Kindesvertreter, Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, wurde nur am Rande gestreift, wenn ein Rechtsvertreter solche Fragen beurteilt haben wollte. Der Begriff des Kindeswohls hatte einen schweren Stand. Langsam hat sich immerhin das Verständnis entwickelt, dass man Säuglinge und Kleinkinder bis etwa zwei Jahre von der Mutter nicht trennen kann (vgl. BGer 1.10.2013, 5A_637/2013, E. 5.1.2, AJP/PJA 2013, 1869, und die Hinweise). Das war bereits ein Fortschritt, denn es wurde ja noch im Jahre 2009 die Meinung vorgetragen, dass man eine Mutter auch zum Abstillen veranlassen könne (BGer 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.4, AJP/PJA 2010, 1180).

Und nun wieder ein Donnerschlag. Der Entscheid ist im Verhältnis 3:2 ergangen, wobei es den die Verantwortung tragenden Richtern gelegen kommt, möglichst anonym zu bleiben, wie das in der Schweiz üblich ist.

Kein Verständnis für die Urteile des EGMR

Das Bundesgericht beginnt seine den Entscheid tragenden allgemeinen Ausführungen (E. 5.1) mit einem ausführlichen Hinweis auf die beiden Urteile der Grossen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (E. 5.1.1). Es vermittelt darin seine Befriedigung darüber, dass das neuere Urteil vom 26. November 2013 im Falle *X. c. Lettland* (n° 27853/09) vom früheren Urteil vom 6. Juli 2010 im Falle *Neulinger* abgerückt sei. So hätte das Urteil betr. Lettland die Auslegung des Bundesgerichts bestätigt, dass der entführende Elternteil aus seinem widerrechtlichen Verhalten keinen Vorteil ziehen soll. Davon steht indessen in diesem Urteil nichts und das Bundesgericht gibt auch keinen Hinweis auf eine einzelne Passage des Urteils. Weiter heisst es, dass gemäss diesem neueren Urteil es nicht nötig sei, eine «gründliche Untersuchung der ganzen Situation vorzunehmen». Die Elemente, die für die Rückführung sprechen, seien nur «gedrängt» («succinctement») zu untersuchen und zu begründen, ebenso wie die Gründe für eine Ausnahme, und das im Lichte des Kindeswohls und der Umstände des Falles. Der eine oder andere Bundesrichter (oder zumindest die Gerichtsschreiberin) hat das Urteil gelesen und konnte so erkennen, dass dort von einer Anwendung des Art. 13 HKÜ, die nicht gründlich sein müsse, ja «gedrängt», «bündig» oder «mager» (als mögliche Übersetzungen von «succinct») sein könne, nichts steht; das Bun-

desgericht gibt denn auch nicht an, wo das im Strassburger Urteil konkret zu finden sein soll. Die einzige Stelle, die zitiert wird, ist § 107, der jedoch für die bundesgerichtliche restriktive Haltung nichts hergibt, denn es heisst ja dort, dass der Richter Einwände im Hinblick auf die durch die Rückführung drohende «schwere Gefahr» zu untersuchen habe, und dass er darüber eine im Hinblick auf die Umstände des Falles besonders begründete Entscheidung erlassen müsse («une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce»). Von einer Begründung, die nur «succinct» sein könne, ist da nicht die Rede. Es ist doch erstaunlich, wie ein wichtiges Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom Bundesgericht so falsch wiedergegeben wird, wobei wohl auch mangelnde Kenntnisse der französischen Sprache der die Mehrheit vertretenden Bundesrichter eine Rolle gespielt haben mögen. Insgeheim ging man wohl – nicht ganz zu Unrecht – von der Annahme aus, die kantonalen Gerichte würden das so übernehmen, wie es das Bundesgericht berichtet, ohne die Strassburger Urteile im Original zu lesen.

Wendet man sich mit etwas genauerem Blick dem Urteil Lettland zu, so findet sich in der Tat ein Abschnitt, wo der Gerichtshof seine Haltung im Vergleich zum Urteil Neulinger klarstellt (§ 104). In diesem Urteil (§ 139) sei ausgeführt worden, dass die nationalen Gerichte die ganze Familiensituation und einige zusätzliche Elemente gründlich prüfen müssten. Nun heisst es im Urteil Lettland, dass diese Aussage als solche keinen Grundsatz für die Anwendung der Haager Konvention vor den nationalen Gerichten enthält (§ 105). Entscheidend sei, dass die Elemente, die eine Ausnahme zur Rückführung darstellen können, tatsächlich durch den zuständigen Richter geprüft werden, und dass sie im Lichte von Art. 8 EMRK gewogen werden (§ 106). Hinweise auf eine allenfalls auftretende «schwere Gefahr» für das Kind im Falle einer Rückkehr müssten effektiv geprüft und der Entscheid darüber eingehend begründet werden (§ 107). Mit diesen Ausführungen wollte der Gerichtshof das Urteil in ein klareres Licht rücken (§ 105), ohne davon abzuweichen. Keines der beiden hier zur Debatte stehenden Urteile wollte den Unterschied zwischen einem Haager Rückkehrverfahren und einem eigentlichen Sorgerechtsverfahren in Frage stellen.

Von einer Abkehr von der Rechtsprechung Neulinger kann somit keine Rede sein. Ebenso schief liegt die Aussage des Bundesgerichts, die sich in einem anderen neuen Entscheid finden lässt, wonach der Gerichtshof sein Urteil Neulinger hätte «relativieren» wollen, in der Meinung, dass es nicht darum gehe «gewissermassen in vertiefter Prüfung eine Gesamtschau vorzunehmen und einen materiellen Entscheid zu fällen» (BGer 2.12.2013, 5A_799/2013, E. 5.5). Auch das entspringt dem blossen Wunschenken einiger

Bundesrichter. Im Urteil Lettland findet sich dazu nichts, und das Bundesgericht gibt sich keine Mühe, auf eine Zitatstelle hinzuweisen. Und im Urteil Neulinger ist von einer solchen auf einen «materiellen Entscheid» ausgerichteten «Gesamtschau» nicht die Rede. In Wirklichkeit hat der Gerichtshof ausdrücklich die tragenden Elemente der Rechtsprechung Neulinger wiederholt und bestätigt, insbesondere was die primäre Bedeutung des Kindeswohls und die gründliche Untersuchung der nach Art. 12, 13 und 20 massgebenden Entscheidungselemente anbetrifft. In seinem ergänzenden Votum schreibt der Richter Pinto de Albuquerque dazu: «l'arrêt Neulinger et Shuruk est sain et sauf». Schade, dass die Lektüre der Bundesrichter nicht soweit gereicht hat. Auch ist nirgends im Urteil Lettland berichtet, dass die Grosse Kammer die verschiedenen Urteile von einzelnen Kammern, die dem Urteil Neulinger gefolgt sind, in Frage stellen wollte (vgl. *Sneersone und Kampanela*, 12.7.2011, n° 14737/09, § 85; *R. c. Estonie*, 15.5.2012, n° 13420/12, § 37; *B. c. Belgique*, 10.7.2012, n° 4320/11, § 56–65; *Anghel*, 25.6.2013, n° 5968/09, § 79 f.).

Nimmt man die tragenden Pfeiler der Rechtsprechung «Lettland» als Vorgaben, so hätte das Bundesgericht im vorliegenden Fall darauf eingehen müssen – um nur die wichtigsten Aspekte zu nennen –, dass das Interesse des Kindes von primärer Bedeutung ist (§ 95), dass der Entscheidungsprozess ausgewogen ist und allen Betroffenen erlaubt, ihre Rechte voll und im Sinne des Respekts vor dem Kindeswohl geltend zu machen (§ 102), dass alle für den Entscheid massgebenden Gesichtspunkte effektiv geprüft und deren Beurteilung im Einzelnen begründet werden (§ 107), und dass das Gericht dafür gesorgt hat, dass im Staate der Rückkehr des Kindes alle angemessenen Garantien für den Schutz des Kindes in überzeugender Weise gewährt sind und dort im nötigen Falle die gebotenen Schutzmassnahmen konkret ergriffen werden (§ 108). Dazu gehört auch, dass ein Gutachten, das auf ein Risiko eines psychologischen Traumas des Kindes im Falle der Trennung von der Mutter hinweist, konkret in die Beurteilung gemäss Art. 13 lit. b HKÜ einbezogen wird (§ 114). Der weit überwiegender Teil dieser massgebenden Gesichtspunkte ist im vorliegenden Urteil nicht in Erwähnung gezogen und zum Teil gar nicht erwähnt worden, obwohl das Bundesgericht mit grosser Befriedigung die neue Botschaft aus Strassburg als die nunmehr massgebende Leitentscheidung bezeichnet.

Die Mutter darf sich nicht auf das Wohl ihres Kindes berufen

Das Bundesgericht weist zwar im Anschluss an seine Darstellung des Urteils Lettland darauf hin, dass bei einer bevorstehenden Rückkehr der Schutz des Kindeswohls zu beachten sei (E. 5.1.1, 2. Absatz). Aus dem zitierten Urteil

vom 2. Dezember 2013 (BGer 5A_799/2013, E. 5.5) und dem dortigen Verweis auf das Urteil Lettland (§ 108) ergibt sich aber, dass das für das Bundesgericht nur gilt, wenn die Rückgabe ohnehin schon eine beschlossene Sache ist. Dass die Frage nach dem Risiko einer möglichen Gefährdung des Kindes bereits als solche nur beantwortet werden kann, wenn das Kindeswohl berücksichtigt wird, sagt das Bundesgericht nicht. Jeder Gedanke daran wird mit dem Argument weggesteckt, dass es nicht um die erzieherischen Fähigkeiten der Eltern gehe, die dem Entscheid des Sachrichters im Staat des früheren gewöhnlichen Aufenthalts vorzubehalten sei. Wie können die den Entscheid tragenden Bundesrichter so kurzsichtig sein und nicht daran denken, dass es gerade die allenfalls fehlenden erzieherischen Fähigkeiten eines Elternteils sein können, die das Kind bei der Rückkehr in eine schwere Gefahr bringen können, insbesondere wenn es der unkontrollierten Gewalt des Vaters ausgesetzt ist oder wenn ihm anderweitig eine schwere Verwahrlosung bevorsteht? Das Haager Übereinkommen kann ja nicht zum alleinigen Ziel haben, eine künftige Entscheidung über das Sorgerecht zu ermöglichen, wie es im neuesten Urteil heisst, sondern es will auch, dass das Kind, bis es dazu kommt, keinen persönlichen Schaden nimmt, sollte es einer grossen Gefahr ausgesetzt sein.

Im zweiten Teil seiner allgemeinen Ausführungen (E. 5.1.2) legt das Urteil die Vorgaben nach Art. 5 BG-KKE dar, wie das bereits in andern neueren Urteil geschehen ist, auf die hier verwiesen werden kann (zuletzt noch BGer 2.12.2013, 5A_799/2013, E. 5.1.2). Diese Bestimmung will wesentliche Elemente der Beurteilung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ verdeutlichen, ohne diese Vorbehaltsklausel ersetzen zu wollen. Das Bundesgericht fügt die Überlegung an, dass die Frage nach der allenfalls auftretenden schweren Gefahr nur das Kind betreffe und nicht den entführenden Elternteil, was bedeute, dass eine Trennung des Kindes von diesem Elternteil möglich sein kann und als solche noch keinen Grund darstellt, die Rückkehr zu verweigern. Diese «Logik» tritt zu kurz. Es reicht nicht, nur diesen einen Gesichtspunkt zu erwähnen, ohne auch festzustellen, dass die Trennung vom entführenden Elternteil im konkreten Fall auch eine schwere Gefahr für das allein gelassene Kind mit sich bringen kann. Beides ist möglich, weshalb es nur darauf ankommen kann, in welche Richtung die konkreten Elemente des Einzelfalles deuten.

Diese Überlegung muss sich nach dem Kindeswohl richten. Das will das Bundesgericht immer noch nicht. Es ist davon im Zusammenhang mit Art. 5 BG-KKE und auch anschliessend bei der Beurteilung des konkreten Falles nicht die Rede, obwohl sich das Urteil auf die Massgabe des Urteils Lettland beruft. Schlimmer noch: Das Bundesgericht wiederholt die seit Jahren übliche Behauptung, dass

sich der Entführer, der nicht in den Herkunftsstaat zurückkehren wolle, obwohl ihm das zugemutet werden könne, nicht auf die dem Kind drohende schwere Gefahr berufen könne (E. 5.1.2, 2. Abschnitt). Wenn das richtig wäre, warum tritt das Bundesgericht auf die Prüfung der Beschwerde überhaupt ein? Es handelt sich um eine stereotypische Worthülse, mit der der Mutter eine Lektion erteilt werden soll. Das Bundesgericht schweigt ja auch darüber, dass dem Kind dieses Argument selbstverständlich nicht entgegengehalten werden könnte, was man nur umgehen kann, wenn, wie hier, das Kind am Verfahren gar nicht beteiligt wird. Die Einwände nach Art. 13 HKÜ stehen allen Verfahrensbeteiligten und damit auch Mutter und Kind gleichermaßen zu. Hingegen kann das Verhalten des entführenden Elternteils insofern bedeutsam sein, als die im konkreten Fall mögliche Rückkehr in Begleitung des Kindes vernünftigerweise zu erwarten ist. Der Richter muss das Kriterium der «schweren Gefahr» in Anbetracht des zu erwartenden Verhaltens des entführenden Elternteils beurteilen. Auf diese konkrete Situation kommt es an und nicht auf das vom Bundesgericht in den Vordergrund geschobene widerrechtliche Verhalten der Mutter bzw. der für das Kind massgebenden Bezugsperson.

Es gilt innezuhalten: Wie schockierend ist doch die Vorstellung der Bundesrichter, dass eine Mutter, die das Sorgerecht des Vaters verletzt hat, sich nicht mehr um das Wohl ihres Kindes bemühen darf, und sei es auch nur, um ihr Kind vor einer schweren Gefahr zu schützen? So etwas gibt es nirgends im Kindesrecht, aber gewisse Bundesrichter wollen der Mutter bei Entführungsfällen dieses Opfer abverlangen, ohne sich auch nur im geringsten um die Rechtsgrundlage zu kümmern. Es kann ja jedermann im HKÜ nachsehen, um festzustellen, dass dort von einer solchen krassen Missachtung der elementarsten Elternliebe nichts zu finden ist. Dabei geht es nicht darum, die Verletzung des Sorgerechts des Vaters zu beschönigen. Aber es gibt, zum einen, gute Gründe dafür, vor allem, wenn sich die Mutter am bisherigen Wohnort im Ausland in einer aussichtslosen Lage befindet, die für sie und ihr Kind nicht mehr zu ertragen ist (Arbeitslosigkeit, keine Unterstützung vom Vater oder von den Sozialbehörden, keine dezente Möglichkeit zum Wohnen, usw.), während mit der Rückkehr in die Heimat eine rasche Integration in ein bekanntes soziales und familiäres Umfeld in Aussicht steht. Diesen Hintergrund muss man mit einbeziehen, bevor man mit Vorwürfen gegen die Mutter loszieht. Zum andern hält das HKÜ ausdrücklich Gründe fest, die aus dem Respekt vor dem Kindeswohl gegen eine Rückführung des Kindes sprechen, die auch von der Mutter als Entführer angeführt werden können, obwohl sie das Sorgerecht des Vaters verletzt hat. Die Bundesrichter werden sich vor dem Recht beugen müssen.

In der neueren Praxis sind denn auch Situationen umschrieben worden, bei denen der entführende Elternteil sehr wohl auf seine persönliche Lage verweisen kann, um die dem Kind dadurch im Falle einer Rückgabe drohende Gefahr als Einwand geltend zu machen. Das vorliegende Urteil verweist auf das Risiko einer Inhaftierung und auf die in der Schweiz entstandenen sehr engen Familienverhältnisse, insbesondere im Falle einer neuen Eheschließung (E. 5.1.2). Das lässt sich auch im Urteil vom 1. Oktober 2013 finden (BGer 5A_637/2013, E. 5.1.2, AJP/PJA 2013, 1869). Im Urteil vom 2. Dezember 2013 (BGer 5A_799/2013, E. 5.4) ist die Wiederverheiratung allerdings nicht berücksichtigt worden, weil der neue Ehemann von der gleichen Nationalität sei und deshalb die entführende Mutter und deren Kind bei der Rückkehr in die Ukraine begleiten könne. Es wird vermerkt, dass dieser Mann in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfügt, was darauf hindeutet, dass er hier einigermaßen verwurzelt ist, weshalb der blosser Hinweis auf seine fremde Staatsangehörigkeit sehr an der Oberfläche verbleibt.

Damit die Einsicht in die Situation der Mutter ja nicht ausufert, wird noch unterstrichen, dass es sich um Ausnahmesituationen handeln müsse, und dass der nicht tolerierbare Charakter der Rückgabe des Kindes «klar» erstellt sein müsse (E. 5.1.2, am Ende). Was das bedeuten soll, wird nicht erläutert und bleibt unklar. Im Art. 13 HKÜ steht davon nichts. Völlig offen bleibt auch der Widerspruch zu andern Urteilen, in denen es hiess, es sei kein strikter Beweis verlangt (BGer 20.9.2012, 5A_537/2012, E. 5) und ein Verweigerungsgrund sei anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkten lediglich «glaubhaft zu machen» (BGer 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 4.2.).

Kein Blick aufs Kind

Im Wesentlichen geht es bei diesen allgemeinen Ausführungen darum, zur Beurteilung des konkreten Falles überzuleiten, mit der der Mutter beschieden wird, dass sie nichts vorgetragen habe, was auf eine schwere Gefahr des Kindes bei seiner Rückkehr nach Italien hindeuten könnte. Es beginnt mit der Feststellung, die Mutter hätte anerkannt, dass der Vater zur Betreuung des Kindes fähig sei, wobei auf des Vaters «Sorge» («garde») verwiesen wird (E. 5.2), obwohl es ja nach der Meinung des Bundesgericht nicht gestattet sein kann, in diesem Stadium die Obhut anzusprechen. Dazu gibt es keinerlei externe Beurteilung. Das Bundesgericht begnügt sich mit einer Bemerkung der Mutter, die, so wie sie wiedergegeben wird, offensichtlich nicht den Tatsachen entspricht. Denn das Urteil berichtet an anderer Stelle über die Aussage der Mutter, dass die Trennung des Kindes von seiner Mutter und seinem Halbbruder die psychische und soziale Entwicklung des Kindes bedrohen würde, und

dass die familiäre Situation in Italien ungesund und nicht zum Aushalten geworden sei, und zwar so, dass der Vater nicht die geringste Chance habe, die Sorge über den gemeinsamen Sohn zu erhalten (E. 5, am Anfang). Ob diese Aussage in Frage zu stellen ist, weiss man nicht, denn das Urteil geht darauf nicht ein. Sicher ist hingegen, dass diese Haltung der Mutter es nicht erlaubt, ihr die Meinung zu unterschieben, dass sich der Vater gut um das Kind kümmere und dass diesbezüglich keine Gefahr für das Kind bestehe, wenn es auf eine sicher nicht allzu kurze Dauer nach Italien zurückgeführt wird.

Der Einwand, dass das Kind in eine nicht tolerierbare Situation geraten würde, wenn es allein, ohne seine Mutter und ohne seinen Halbbruder nach Italien zurückgehen müsste, wird mit dem nochmals wiederholten Argument weggewischt, dass dies nach der Konvention kein «schweres Risiko» und damit kein genügender Grund zur Ausnahme von der Rückführung darstelle. Die Argumentation ist schon deshalb nicht überzeugend, weil das Bundesgericht im voranstehenden Abschnitt selbst Gründe angeführt hat, die eine solche Trennung als Ausnahmefall anerkennen. Immerhin wird angefügt, die Beschwerdeführerin hätte nicht dargelegt, dass bei einer Trennung von ihrem Kind dessen Entwicklung beeinträchtigt wäre. Ist es denn nicht selbstverständlich oder gar gerichtsnotorisch, dass eine solche Trennung einen 8-jährigen Sohn beeinträchtigt? Dass das nicht immer eine «schwere Gefahr» mit sich bringt, mag sein, aber muss man denn in jedem konkreten Fall nachweisen, dass ein Kind, das sich von seiner Mutter trennen muss, daran leiden wird?

Hier zeigen die Bundesrichter der Mehrheit ein gehöriges Mass an Rücksichtslosigkeit. Was mit dem Kind geschieht, wird mit keinem Wort gewürdigt. Dass das Kind nach der über einjährigen Einschulung in Genf mitten im Schuljahr aus der Schule gerissen wird, ist keiner Erwähnung wert. Es geht nur darum, der Mutter (und ihrem Rechtsvertreter) ihre Schwächen darzulegen. Noch weiter geht die Antwort auf das Argument, das Kind würde durch die Trennung von seinem 10-jährigen Halbbruder schwer beeinträchtigt. Das sei falsch, denn es beziehe sich nur auf die Sachfrage nach der Zuteilung des Sorgerechts. Und wie, wenn das Verhältnis zum Halbbruder sehr eng ist, und die Trennung von ihm, die ja Monate (wenn nicht mehr) dauern kann, nur äusserst schwer zu ertragen ist? Davon will das Bundesgericht nichts wissen. Es gehört zum Allgemeinwissen, dass bei der Beurteilung des Hinderungsgrundes nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ auf das besondere Verhältnis zwischen Geschwistern Rücksicht zu nehmen ist. Aber das gilt beim Bundesgericht nicht.

Es braucht doch eine besondere Geringschätzung von Mutter und Kind, bis ein Gericht – und dazu noch das Bun-

desgericht – nicht darauf eingeht, dass das Kind einen völker- und grundrechtlichen Anspruch darauf hat, dass seine Interessen in die Beurteilung einbezogen werden. Wie zwiespältig verhält sich die Richtermehrheit, wenn sie einerseits die Bedeutung des Urteils im Falle Lettland herausstreicht, aber von dem dort als prioritär definierten Massstab des Kindeswohls nichts wissen will? Im konkreten Fall lässt sich das Urteil in langen Ausführungen darüber aus, dass die Mutter nicht dargelegt habe, dass sie nicht nach Italien zurückkehren könne. Aber mit keinem Wort wird darauf eingegangen, was eine solche Möglichkeit für das Kind bedeuten würde. Es wird darüber berichtet, dass der Vater in einem Wohnmobil lebe und während vier Monaten des Jahres (immerhin ein Jahres-Drittel) nicht anwesend sei (E. 3). Diese doch recht eigenartige Situation ist dem Bundesgericht keine Überlegung wert. Es musste die Möglichkeit mit einrechnen, dass die Mutter nicht zurückkehrt und das Kind alsdann zum Vater zieht. Was nirgends im Urteil so ausgesagt ist, ergibt sich aus dem Dispositiv, das dem Vater in einem solchen Fall anweist, das Kind in Genf abzuholen und nach Italien zu führen. Eine andere Lösung als den Aufenthalt im Wohnmobil erwähnt der Entscheid nicht. Was mit dem Kind ohne seine Mutter (oder auch mit der allenfalls arbeitslosen Mutter) geschehen soll, wenn der Vater während vier Monaten im Lande herumzieht, weiss man nicht und das Bundesgericht zeigt auch kein Interesse daran.

Kein Kindesvertreter, keine Mediation, keine Anhörung, keine Zusammenarbeit mit den italienischen Behörden: Wie viele Verletzungen des BG-KKE sind zulässig?

Die Bundesrichter hätten zumindest dann der Darlegung der Kindesinteressen zuhören müssen, wenn dem Kind ein Vertreter beigelegt worden wäre. Das muss nach Art. 9 Abs. 3 BG-KKE zwingend geschehen. Dem Bundesgericht ist es nicht wert, davon Notiz zu nehmen oder gar einen Verfahrensfehler anzuzeigen. Auch im laufenden Verfahren hätte sich ein solcher Vertreter noch im Sinne einer Kindesschutzmassnahme vom Genfer Kantonsgericht ernennen lassen. Das Bundesgericht will das selbst nicht tun. Das hat mit der rechtlichen Situation nichts zu tun. Das Bundesgericht ist zum Ergreifen von Schutzmassnahmen zuständig, und zwar gemäss Art. 7 BG-KKE, so wie diese Bestimmung vom Bundesrat unter Hinweis auf Art. 104 BGG erläutert worden ist (BBl 2007, 2624). Das Bundesgericht kann das auch, wenn es nur will, so wie das im Urteil vom 20. September 2012 (BGer 5A_537/2012, E. 1) vor demonstriert worden ist.

Eine gewichtige Nachlässigkeit ist aber auch der Schweizer Zentralbehörde anzulasten. Ihr ist das Rückführungsgesuch aus Italien bereits am 16. Januar 2013

zugegangen, so dass bis zur Einreichung des Gesuchs bei der Genfer Cour de justice am 25. Juli 2013 sechs Monate zur Verfügung standen, um die Ernennung eines Kindesvertreters zu veranlassen. Aber auch dem Bundesamt für Justiz gefällt das BG-KKE nicht. Man behilft sich mit dem Argument, es handle sich um eine Kannvorschrift, die es nur «in gewissen Fällen» (so BBl 2007, 2623) anzuwenden gelte. Das gibt jedoch keine Rechtfertigung dafür her, dass ein solcher Kindesvertreter auf Veranlassung der Zentralbehörde noch nie ernannt worden ist (wie sich das aus der Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Thanei, n° 10.4017, und den Auskünften der Mitarbeiterin Anna Claude Alfieri, Enlèvement international d'enfants: premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 2012, 550–569, 561, ergibt). Die angemessene Teilnahme des Kindes am Verfahren muss den Ausschlag geben, und da geht man sicher fehl, wenn man einen Kindesvertreter überhaupt nie ernannt haben will. Der deutliche Wille des Parlamentes, dass ein solcher Vertreter in Aktion treten soll (AB NR 2007, 1639, 1641), wird missachtet. Im Übrigen konnte auch keine *Mediation* stattfinden, wie das Bundesgericht berichtet (Abschnitt A.c). Das kann nur heissen, dass die Eltern damit nicht einverstanden waren, was für die Zentralbehörde genügt, um weitere Vermittlungsversuche einzustellen. Ein Grund dafür könnte auch die übliche Praxis sein, die Kosten einer *Mediation* einzufordern, was in Anbetracht von Art. 14 gesetzeswidrig ist (gerade im Verhältnis zu Italien, das keinen Vorbehalt nach Art. 26 HKÜ angebracht hat). Vielleicht sollte sich Frau Bundesrätin Sommaruga doch einmal darum kümmern, ob ihr Amt das BG-KKE nicht endlich korrekt anwenden könnte (was im Übrigen auch die Erstellung des Netzwerks nach Art. 3 BG-KKE betrifft, das amtlich auf eine blosse Adressliste reduziert worden ist). Sie könnte die Zentralbehörde auch anweisen, die bundesrätliche Absicht zu befolgen und am kantonalen Verfahren teilzunehmen, um für die Beachtung der für das Kind wichtigen Verfahrensgarantien zu sorgen (BBl 2007, 2625, mit Hinweis auf Art. 111 Abs. 2 BGG).

Unter diesen Umständen wäre es geradezu erstaunlich, wenn neben der Ernennung eines Kindesvertreters auch die Durchführung einer *Mediation* gerichtlich angeordnet worden wäre. Das geschah offenbar nicht, und das Bundesgericht findet es schon gar nicht nötig, darüber in seinem Urteil zu berichten. Und da kein Kindesvertreter unangenehme Einwände erheben konnte, ist auch nicht bemerkt worden, dass dieser eine *Mediation* hätte aktiv unterstützen können.

Die gesetzliche Vorgabe hätte auch nach einer *Anhörung* des Kindes verlangt (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE). Auch darüber wird nicht berichtet, was bedeuten muss, dass sie nicht stattgefunden hat. Das Bundesgericht kennt das Gesetz und

hätte diesen Schritt noch veranlassen können, entweder unter der Leitung einer von ihm bezeichneten Drittperson oder im Wege der Rückweisung des Falles an die kantonale Behörde. Es handelt sich nicht nur um einen Formfehler. Das Auslassen der Anhörung des Kindes ist schwerwiegend, weil es sich dadurch hätte genauer ermassen lassen, ob und inwiefern die in Aussicht genommene Rückweisung das Kind belastet, insbesondere wenn sie eine Trennung von der Mutter und dem Halbbruder mit sich bringt. Mit grosser Sicherheit hätten sich dabei auch zusätzliche Hinweise zum konkreten Verhältnis zum Vater ergeben, erweist sich doch der im Urteil wiedergegebene Sachverhalt diesbezüglich sehr unklar – eine Lücke, die das Bundesgericht ohne Grund zulasten des Kindeswohls nicht bereinigen wollte. Das stimmt besonders nachdenklich, wenn wie hier von einer ungesunden Familiensituation die Rede ist, was in der Regel auf ein gewalttätiges Verhalten schliessen lässt.

Auch der mögliche Ausgang eines Sorgerechtsverfahrens in Italien ist nicht als solcher unbeachtlich. In einem neueren Fall hat das Bundesgericht immerhin erwogen, dass bei einem in kurzer Frist bevorstehenden Entscheid das Rückführverfahren kurzfristig suspendiert werden kann (BGer 2.12.2013, 5A_799/2013, E. 5.6). Im vorliegenden Fall scheint der Sachverhalt viel zu dünn gewesen sein, um diesbezüglich Prognosen zu stellen. Das hätte das Urteil auch entsprechend feststellen können, statt sich auf absolute Behauptungen einzulassen, die keinen Sinn machen: Wenn konkret damit zu rechnen ist, dass der ausländische Sachrichter das Sorgerecht der entführenden Mutter zuteilen wird, dann macht die Rückführung in den Herkunftsstaat, mit der anschliessenden zweiten Ausreise in die Schweiz keinen Sinn. Das Bundesgericht ist ja auch der Meinung, dass eine provisorische Anordnung des Sachrichters, das Kind solle bei seiner Mutter trotz der Entführung verbleiben, eine Rückkehr verhindert (BGer 19.12.2013, 5A_884/2013, E. 4.2.2.2). Warum soll man anders urteilen, wenn damit zu rechnen ist, dass der ausländische Richter das Kind definitiv bei seiner Mutter belassen wird? Dass der Gesetzgeber den Art. 5 BG-KKE in diesem Sinne verstanden haben wollte (BBl 2007, 2622), wird vom Bundesgericht schlicht ignoriert.

Der für das Bundesgericht störende Faktor dieser Option liegt darin, dass der schweizerische Richter, ja gar der zuständige Instruktionsrichter des Bundesgerichts mit dem *ausländischen Gericht*, das mit der Sorgerechtsfrage betraut ist, Kontakt aufnehmen müsste. Das will Art. 10 Abs. 2 BG-KKE. Aber das will das Bundesgericht nicht, gleichgültig was das Gesetz vorsieht. Man versteckt sich hinter dem Novenverbot, dem Rügeprinzip und andern Ausflüchten, für die das BGG Rückhalt zu geben scheint. Man verschweigt dabei, dass die Vorgaben des BG-KKE

als *lex specialis* vorgehen, und dass im Übrigen das Beschleunigungsgebot von Art. 2 HKÜ eine effizientere Praxis erlauben würde. Dazu hört man im Bundesgericht die übliche Erklärung: «Das können wir nicht.» Klar kann es das, und es hat es auch schon vordemonstriert im USA-Fall aus dem Jahre 2009 (vgl. BGer 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.6–3.9, AJP/PJA 2010, 1180). Es fehlt nicht am Recht, sondern am politischen und moralischen Willen, dem Kindesinteresse gerecht zu werden. Das Bundesgericht hätte auch die von ihm selbst ernannten «Juges de liaison» einsetzen können (Marie-Pierre de Montmollin, Neuenburg, und Daniel Bähler, Bern), um Kontakte zu knüpfen.

Die Zusammenarbeit mit den zuständigen italienischen Behörden wurde nicht gesucht, was gesetzwidrig ist (Art. 10 BG-KKE). Für eine Ergänzung des Sachverhalts hätte auch im Hinblick darauf Anlass bestanden, dass von der kantonalen Instanz berichtet wird, dem Kindeswohl drohe keine Gefahr, wenn das Kind dem Vater anvertraut werde, obwohl es im gleichen Abschnitt heisst (E. 3), dass sich der Vater von seinem Wohnort etwa während vier Monaten entfernt, wobei offensichtlich nicht davon auszugehen ist, dass er dabei mit dem Kind herumzieht. Wo bleibt dann das Kind? Danach fragt das Bundesgericht schon gar nicht.

Soll das Kind allein zurück?

Und obwohl das Urteil statuiert, dass die Mutter in Anbetracht ihres widerrechtlichen Verhaltens keine Einwände gegen die Rückführung ihres Kindes erheben könne (E. 5.1.2, 2. Absatz), geht das Urteil zum Schluss doch auf die Argumentation der Mutter ein (E. 5.2, 2. Absatz). Ihre sozialen Beziehungen zur Schweiz, insbesondere zu ihren Eltern und Freunden, seien nicht nach ihrer Rückkehr in die Schweiz entstanden, wo sie bis zu ihrer Ausreise nach Italien im Jahre 2010 gelebt habe. Man steht fassungslos vor dieser Aussage, dass nur menschliche und soziale Beziehungen, die unmittelbar nach der Entführung entstanden sind, massgebend sein könnten. Warum soll denn das Leben vorher nicht in Betracht zu ziehen sein? Wenn sich die entführende Mutter neu verheiratet hat, dann soll das nur ein Hinderungsgrund sein, wenn sie nach der Entführung geheiratet hat, nicht aber, wenn die Eheschliessung vorher stattfand? Wenn die Entführende mit dem Kind in die Schweiz gezogen ist, weil hier ihre Eltern schwer erkrankt sind, dann kann die Rückführung des Kindes nicht verhindert werden, weil die Krankheit der Eltern bereits vorher ausbrach? Wo bleibt da die Menschlichkeit? Und wo bleibt die Rechtsgrundlage im HKÜ, im BG-KKE oder sonst wo für eine solche abstruse These?

Der Mutter wird auch entgegengehalten, sie hätte nicht bewiesen, dass sie in Italien keine Stelle finden könne – ein Negativbeweis, der unmöglich zu erbringen ist. Das Bun-

desgericht weiss das sehr wohl und hütet sich auch davor, den Beruf der Mutter bekannt zu geben, obwohl das zum Sachverhalt gehört. Wie soll etwa eine Sport- oder Musiklehrerin den Nachweis leisten, dass sie in Italien keine Arbeit findet? Ist das nicht höchst wahrscheinlich? Auch hätte die Mutter es unterlassen nachzuweisen, dass ihre Eltern ihre finanzielle Unterstützung im Falle der Rückkehr nach Italien abbuchen würden. Die Bedeutung dieser Kritik könnte man nur ermessen, wenn man wüsste, welcher Natur diese Unterstützung war. Auch davon sagt das Urteil nichts. Wenn sie etwa darin bestand, dass die Eltern ihrer Tochter und ihren Kindern in ihrem Haus in Genf ein Wohnrecht gewährten, so ist sehr wohl verständlich, dass eine Finanzierung des Aufenthalts in Italien nicht möglich ist. Eine solche Hypothese würde besonders dann plausibel sein, wenn die Eltern bereits vor der Entführung keine finanziellen Leistungen erbracht hatten, doch wird auch darüber nichts mitgeteilt. Das Bundesgericht wollte diese Fragen nicht geklärt haben oder selber klären. Sie werden weggewischt. Dass diese Fragen auch für die Beurteilung der Situation des Kindes bedeutsam sein könnten, wird nicht erwähnt und schon gar nicht geprüft.

Fast beschwichtigend heisst es dann noch, die Mutter müsse ja nur vorübergehend nach Italien zurückkehren, bis ein Entscheid über das Sorgerecht gefällt sei. Dass das Monate und im Falle eines Berufungsverfahrens mit Sicherheit mehr als ein Jahr dauern kann, bleibt unerwähnt. Über praktische Erfahrungen mit solchen Fällen (z.B. im Falle Bianchi) verfügt das Bundesgericht nicht und will darüber auch nichts erfahren (z.B. über die Zentralbehörde). Und um der Mutter das Los doch nicht zu schwer werden zu lassen, wird ihr noch beschieden, sie könne sich ja irgendwo in Italien niederlassen. Das stimmt insofern, als sie mit dem Kind nicht zum Vater ziehen muss. Aber macht es Sinn, wenn sie nach Aosta zieht, obwohl die Familie bisher in Rimini gelebt hat? Die Haltung des Bundesgerichts ist realitätsfremd und mit dem Grundsatz der «Rückkehr» nach dem Haager Abkommen nicht vereinbar. Sie ist auch widersprüchlich, denn für den Fall, dass die Mutter das Kind nicht zurückführt, wird angeordnet, dass das Kind vom Vater in Genf abgeholt werden soll, was ja nichts anderes bedeutet, als dass es zum Aufenthaltsort des Vaters geführt werden wird. Die bundesgerichtliche Haltung ist nicht durchdacht und schafft unnötige Schwierigkeiten in der Praxis (so bereits im Zusammenhang mit BGer 1.10.2013, 5A_637/2013, AJP 2013, 1869, mit den Bemerkungen, 1877–1879).

Untaugliche Vollzugsanordnung – Missachtung von Art. 11 BG-KKE zum Abschluss

Die Praxis-Ferne der Bundesrichter zeigt sich zum Abschluss noch im Dispositiv: Die Mutter wird angewiesen,

die Rückkehr des Kindes nach Italien bis zum 15. Februar 2014 zu veranlassen oder es dem Vater zu überlassen, um es dorthin zu führen. Ob der Vater noch berechtigt ist, allein über den Aufenthaltsort des Kindes zu verfügen, wenn er mit ihm das italienische Territorium betritt, ist nicht sicher, weil von diesem Zeitpunkt an das gemeinsame Sorgerecht der Eltern gilt und im Übrigen mit einer Anordnung des seit dem 3. Juli 2013 mit dem Fall befassten Gerichts von Rimini zu rechnen ist. Bedenken erweckt aber vor allem das Fehlen jeder amtlich unterstützten Vollzugsanordnung. Was geschieht, wenn bis zum Stichtag die Mutter nichts unternimmt (oder wegzieht) und sich auch die väterliche Absicht, das Kind zu übernehmen, nicht umsetzen lässt (etwa weil die Mutter oder Verwandte dem Vater den Zugang zum Kind versperren)? Der Vater verfügt über keinerlei Recht oder Möglichkeit, Gewalt anzuwenden oder etwa das Kind von der Schule oder auf der Strasse abzuführen. Geschieht bis am 15. Februar 2014 nichts, so stösst das Dispositiv ins Leere. Die Übergabe an den Vater ist ebenfalls auf den 15. Februar 2014 als letzten Tag angesetzt, und darüber, was nachher gelten soll (und für welche Dauer) lässt sich der bundesgerichtlichen Verfügung nichts entnehmen. Die Genfer Vollzugsbehörde verfügt über keinerlei greifbare Anordnungen, mit denen die Rückführung amtlich umzusetzen wäre. Das verletzt Art. 11 Abs. 1 BG-KKE. Die Folge davon ist das Einleiten eines Vollzugsverfahrens gemäss Art. 338 und 341 ZPO, das den Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, vor dem Gericht neue Tatsachen einzuwenden, die der Vollstreckung entgegenstehen. Das wollte der Gesetzgeber vermeiden (BBl 2007, 2627), aber das Bundesgericht ergreift auch diese Möglichkeit, um das von ihm ungeliebte BG-KKE auszutricksen.

Die von der bundesrichterlichen Mehrheit geschaffene Situation hinterlässt Enttäuschung, ja gar Verzweiflung, weil sie Kindern nicht den ihnen zustehenden Respekt vor dem Gesetz erweist. Der neueste Entscheid fügt sich in eine Kette von schlimmen Urteilen, beginnend beim Fall der Kinder W., die man brutal von der Mutter getrennt und für 18 Monate nach Australien geschickt hat (BGer 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP/PAJ 2005, 106), und gefolgt vom Fall des Knaben Neulinger, den man auch allein nach Israel schicken wollte, obwohl der Vater ausgeprägt gewalttätig war und die israelischen Behörden keine konkreten Zusagen zur Hilfe machen wollten (BGer 16.8.2007, 5A_285/2007, AJP/PAJ 2007, 1585), der schikanösen Rückweisung über die Grenze bei Basel eines 14-jährigen Mädchens, das nicht korrekt angehört wurde (BGer 4.12.2007, 5A_582/2007, BGE 134 III 88, AJP/PAJ 2008, 478), dem Überstellen einer jungen Tochter nach New York zu ihrem Vater, dessen sexuelles Grenzverhalten und erzieherische Verwahrlosung erkannt waren (BGer 11.1.2010, 5A_764/2009, AJP/PAJ

2010, 385), und nun die Ausweisung eines 8-jährigen Knaben auch allenfalls ohne seine Mutter und seinen Bruder, mit der Aussicht auf ein Leben in einem Wohnmobil, von dem sich der Vater während vier Monaten des Jahres entfernt. Das Mass ist voll.