

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials in black ink. The signature is stylized and appears to consist of a vertical line on the left, a horizontal line across the middle, and a large, sweeping flourish on the right that extends upwards and then curves back down.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

Kindesentführungen gemäss ZPO?

ANDREAS BUCHER: Prof. em. Dr. iur., RA, Universität Genf

Inhaltsverzeichnis

I.	Ein Sprung ins Abseits.....	423
II.	Kein besonderes Verfahrensrecht für Kindesentführungen?.....	425
	A. Nichts im Übereinkommen?	425
	B. Nichts im BG-KKE?.....	425
	C. Nichts im IPRG?.....	427
III.	Was bringt die ZPO?.....	428
IV.	Was soll die ZPO im konkreten Fall?	430
	A. Wo befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt?.....	431
	B. Sind die Eltern gültig verheiratet?	432
	C. Was bleibt von der ZPO?.....	434
	D. Wohin mit dem Kind?	435
V.	Das Kind ist Flüchtling	437

I. Ein Sprung ins Abseits

Die 2. Zivilabteilung des Bundesgerichts bekundet grosse Mühe mit Kindesentführungen. Gute Urteile wechseln ab mit einer stattlichen Anzahl fragwürdiger Entscheidungen, die zu Lasten der Kinder gehen. Manchmal trifft man auf unerwartete Änderungen in der Praxis oder eigenartige Begründungen.

Noch vor nicht allzu langer Zeit war das Bundesgericht der Meinung, dass das Haager Übereinkommen über Kindesentführungen (HKÜ)¹ auf die Vollstreckung von Rückführungsentscheiden nicht anwendbar sei.² Diese Ansicht hat sich seither völlig gekehrt, mit der Folge, dass heute Urteile gefällt werden, mit denen kleine Kinder zwangsweise ausgeschafft werden, auch wenn im Empfangsstaat keine Unterkunft in Aussicht steht (Italien-Fall),³ oder wenn die Kinder dem Antrag stellenden Vater gar nicht übergeben werden können und so monatelang von einem Pflegeplatz zum andern geschickt werden (England-Fall).⁴ Die bundesgerichtliche Praxis ist an die Grenze der Menschenwürde gestossen, so dass es nicht erstaunt, dass ein kantonales Po-

¹ SR 0.211.230.02.

² BGE 114 Ia 200 ff., 203; BGE 13.9.2001, 5P.160/2001, AJP 2002 S. 471; BGE 8.6.2004, 5P.156/2004, E. 3.2, AJP 2005 S. 109; BGE 130 III 530 ff., 532.

³ BGE 16.1.2014, 5A_880/2013.

⁴ BGE 30.1.2017, 5A_936/2016.

lizeikorps sich weigert, Urteile zu vollstrecken, welche die Ausübung von Zwang gegenüber Kindern verlangen können.⁵

Am 11. Oktober 2017 ist ein Urteil ergangen,⁶ das wiederum ins rechtliche Abseits vorstösst. Die Problematik ist anders gelagert als in den früheren Fällen, aber es besteht insofern eine Verwandtschaft, als im Haager Übereinkommen eine Lücke entdeckt wird, die mit Hilfe des Zivilprozessrechts zu füllen sei. Die Jubilarin, die so erfolgreich für Klarheit im Verfahrensrecht gewirkt hat, wird Mühe haben, dem Gedankengang zu folgen und sich fragen: «Wie ist's möglich?»

Die Gedanken-Schritte des (in französischer Sprache lautenden) Urteils sind folgende: (1) Das HKÜ regelt die Frage des anwendbaren Rechts zum Zwecke der Bestimmung des Inhabers des Sorgerechts, wobei es sich um das Recht des Staates handelt, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. (2) Das Übereinkommen regelt nicht das anwendbare Recht auf das Verfahren gemäss dem HKÜ,⁷ denn das Abkommen bestimmt nur die Voraussetzungen, nach denen die Rückführung angeordnet werden kann, damit eine künftige Entscheidung über die Zuteilung der Sorge durch den Sachrichter möglich wird. (3) Das schweizerische Zivilprozessrecht behält Staatsverträge und das IPRG ausdrücklich vor (Art. 2 ZPO). Aber wenn es sowohl im Übereinkommen als auch im IPRG an einer Regelung über das im ersuchten Staat auf das Verfahren betreffend internationale Kindesentführungen anzuwendende Recht fehlt, so wenden die mit dem Fall befassten schweizerischen Justizbehörden das schweizerische Zivilprozessrecht an. (4) Im konkreten Fall betrifft dies den Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO. Das Urteil zitiert keinerlei Literatur und begnügt sich im Übrigen mit einem Hinweis auf ein früheres Urteil, das für den Schritt bis zur ZPO nicht einschlägig ist.⁸

⁵ BGE 19.4.2017, 5A_149/2017, E. 5.6.

⁶ BGE 11.10.2017, 5A_655/2017, E. 5.2.

⁷ Dieser Satzteil hat Schlüsselfunktion. Er lautet im Original: «cette convention ne régit pas le droit applicable à la procédure prévue par la CLaH80». Man glaubt zu verstehen, was gemeint sein soll, doch stört die Grammatik. Es kann ja nicht sein, dass die Konvention das von ihr vorgesehene Verfahren nicht selbst regelt!

⁸ BGE 133 III 146, E. 2.4.

II. Kein besonderes Verfahrensrecht für Kindesentführungen?

A. Nichts im Übereinkommen?

Das besprochene Urteil statuiert einen Grundsatz. Da das Verfahren betreffend Kindesentführungen weder im Abkommen noch im IPRG geregelt sei, komme die ZPO zum Zuge. Es wird gar nicht danach gefragt, ob eine im konkreten Fall sich stellende Verfahrensfrage bereits in einem dieser Instrumente eine Antwort findet. Wie noch zu erläutern ist, trifft das im konkreten Fall in Bezug auf die Beweisfrage zu.

Dieser Grundsatz bringt das ganze Gebäude des Verfahrens nach dem Abkommen auf die schiefe Ebene. Das Übereinkommen enthält eine Menge von Verfahrensvorschriften, die mit der ZPO in Konflikt geraten würden. Die Behörden müssen ihr schnellstmögliches Verfahren anwenden (Art. 2) und mit der gebotenen Eile handeln, und zwar in der Regel innerhalb von sechs Wochen (Art. 11). Der Inhalt des Antrags auf Rückführung des Kindes ist genau geregelt (Art. 8). Es müssen Massnahmen getroffen werden, um die freiwillige Rückgabe zu bewirken (Art. 10). Auskünfte, die von den Behörden des Herkunftsstaates eintreffen, sind zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 3, Art. 14 und 15). Die Voraussetzungen zur Anerkennung von Entscheidungen sind gelockert (Art. 14). Es darf kein Sachentscheid gefällt werden (Art. 16). Auch die Regelung der Kosten (Art. 26) gehört zum Verfahrensrecht.

Wollte man die ZPO in irgendeiner Weise zum Zuge kommen lassen, dann selbstverständlich nur insoweit als eine Verfahrensfrage nicht bereits im Übereinkommen geregelt ist, und auch dann nur, wenn die Regel des schweizerischen Zivilprozessrechts mit Sinn und Zweck des Staatsvertrages harmonisiert. Aber auch das gilt nur, wenn nicht ein anderer Staatsvertrag oder ein Bundesgesetz vorrangig anzuwenden ist. Nur das entspräche dem Sinn von Art. 2 ZPO.

B. Nichts im BG-KKE?

Das Bundesgericht stellt sich die Frage nicht. Die ZPO sei massgebend, weil das Übereinkommen und das IPRG das Verfahren betreffend Kindesentführungen nicht regeln. Dass es dazu noch ein besonderes Bundesgesetz zu beachten gäbe, wird nicht erwähnt. Es macht nachgerade den Eindruck, dass

das Bundesgericht dem BG-KKE⁹ aus dem Wege geht, soweit es nur kann. Offensichtlich anwendbare Bestimmungen werden nicht angewandt. Das erstaunt auch deshalb, weil es im neuen Urteil vom 11. Oktober 2017 nun heisst, dass der Untersuchungsgrundsatz gelte; umso selbstverständlicher müsste es sein, dass der Richter nach dem Grundsatz von *iura novit curia* die massgebenden Rechtsnormen beachtet, auch wenn sie von den Parteien nicht angerufen werden.

Das Bundesgericht gemahnt die kantonalen Instanzen nicht daran, dass dem Kind ein Vertreter beizustellen sei (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE). Es könnte ihn auch selbst ernennen, doch geschieht das zumeist nicht. Die Praxis der eidgenössischen Zentralbehörde dient da nicht als Vorbild. Sie sieht davon ab, solche Vertretungen zu veranlassen, obwohl das vom Parlament deutlich gefordert¹⁰ und im Gesetz dafür eine Bestimmung eingefügt worden ist (Art. 6 Abs. 2 BG-KKE). Auch eine Berner Dissertation konnte nicht nachhelfen.¹¹ Im besprochenen Fall war die Zentralbehörde mit dem Antrag seit dem 20. Februar 2017 befasst. Dem Kind ist von der *Chambre des curatelles* am 6. Juli 2017 eine Beiständin ernannt worden. Die Zentralbehörde hätte das schon mehrere Monate früher veranlassen können. Das hätte es auch erlaubt, eine Mediation unter Teilnahme des Kindesvertreters zu versuchen. Davon steht im Urteil nichts. Die Zentralbehörde weigert sich, gemäss Gesetz (Art. 14 BG-KKE) kostenlose Mediationen anzuordnen. Damit ist dem Asylkind der Zugang zur einvernehmlichen Regelung verschlossen.

Eine andere, oft missachtete Verfahrensvorschrift betrifft die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden des Herkunftsstaats und die Vorbereitung der Rückkehr des Kindes (Art. 10 BG-KKE). Das Bundesgericht lässt sie in den meisten Fällen unerwähnt.

Schliesslich gilt es, die Regelung der Vollstreckung und die allfällige Änderung des Rückführungsentscheids anzusprechen (Art. 11-13 BG-KKE). Wenn es nach der Begründung des neuen Urteils ginge, käme auch hier die ZPO zum Zuge, da diese Fragen im Übereinkommen und im IPRG nicht oder nur in Teilen angesprochen werden. Müsste man also in Zukunft gemäss den Bestimmungen des 10. Titels der ZPO vorgehen? Die erste Reaktion wird sein: Das war wohl so nicht gemeint, soweit kann es nicht kommen. Man wird sich ans BG-KKE halten.

So einfach ist es nicht, denn es tritt aus dem Hintergrund ein Konflikt hervor, von dem man glaubte, er sei mit dem BG-KKE gelöst worden. Nach diesem

⁹ Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 21. Dezember 2007 (SR 211.222.32).

¹⁰ Vgl. VERMOT-MANGOLD, AB NR 2005 S. 782 f.

¹¹ ANNA CLAUDIA ALFIERI, *Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse*, Diss. Bern 2016, S. 139.

Gesetz kann das kantonale letztinstanzliche Gericht einen Rückführungsentscheid ändern, wenn sich die nach Art. 13 HKÜ massgebenden Umstände geändert haben. Das kann im Laufe des Vollzugsverfahrens der Fall sein. Das Verfahren ist vor der kantonalen Sachinstanz einzuleiten, und nicht vor der kantonalen Vollzugsbehörde, die in den meisten Kantonen eine andere Behörde ist.¹² Die neuere Praxis hat nun Fälle hervorgebracht, wo anders, nämlich nach Art. 341 ZPO, vorgegangen wird. Das führt zu einem neuen, vollstreckungsrechtlichen Verfahren, das unweigerlich Doppelspurigkeiten und Widersprüche gegenüber dem Gericht nach sich zieht, das den Rückführungsentscheid gefällt hat. Das neue Urteil fördert mit seinem Rückzug zur ZPO diese Unstimmigkeiten, die man vermeiden wollte und sollte.

C. Nichts im IPRG?

Das IPRG wird vom Urteil weggesteckt. Die Meinung war offenbar, dass darin für das Verfahren bei Kindesentführungen nichts zu finden ist. So einfach ist es auch hier nicht.

Einige Bestimmungen könnten nämlich von Interesse sein. Ist etwa ausländisches Recht nachzuweisen, so ist Art. 16 IPRG einschlägig und nicht etwa Art. 150 Abs. 2 ZPO.¹³ Es stellt sich die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG) und der Gültigkeit einer im Ausland geschlossenen Ehe (Art. 45 Abs. 1 IPRG), allenfalls auch deren Ungültigerklärung (Art. 45a Abs. 1 IPRG). Die Mutter hat Antrag auf Asyl gestellt, der auch das Kind erfasst. Deshalb darf man auch das Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951¹⁴ nicht vergessen. Der Hinweis auf das Haager Übereinkommen von 1996 über den internationalen Kinderschutz (HKsÜ)¹⁵ kann zumindest als gedankliche Hilfe nützlich sein (Art. 85 Abs. 1 IPRG). Das Urteil zeigt, dass das Bundesgericht damit Mühe hat. Es sagt, dass das HKÜ die Frage des anwendbaren Rechts zum Zwecke der Bestimmung des Inhabers des Sorgerechts regle.¹⁶ Das stimmt so nicht; das tut das Übereinkommen nur zum alleinigen Zweck, das Sorgerecht zu bestimmen, dessen Verletzung die Anwendung des Übereinkommens nach

¹² So (im gleichen Fall) BGE 19.4.2017, 5A_149/2017, E. 2; BGE 27.9.2017, 5A_666/2017, E. 2.

¹³ Vgl. zum Verhältnis der beiden Bestimmungen BGE 19.9.2017, 4A_65/2017, E. 2.2.1.

¹⁴ SR 0.142.30.

¹⁵ Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (SR 0.211.231.011).

¹⁶ BGE 11.10.2017, 5A_655/2017, E. 5.2, mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ.

sich zieht. Liegt keine Entführung vor, so ist das HKÜ nicht massgebend, sondern unmittelbar das HKsÜ (Art. 16).

III. Was bringt die ZPO?

Wie vorne erwähnt, begnügt sich das besprochene Urteil mit der Feststellung, mangels Verfahrensregelung im Übereinkommen und im IPRG sei das schweizerische Zivilprozessrecht massgebend, womit die ZPO gemeint ist. Im konkreten Fall geht es, wie erwähnt, um Art. 296 Abs. 1 ZPO. Der Grundsatz ist aber allgemein formuliert.

Art. 296 ZPO gehört zu den allgemeinen Bestimmungen des 7. Titels über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Entscheide nach dem HKÜ ergehen im summarischen Verfahren (Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO). Wie verhält sich das mit dem Vorbehalt des BG-KKE in Art. 302 Abs. 2 ZPO? Das Bundesgericht hat die Frage übersehen. Es heisst, die ZPO sei anwendbar, weil im HKÜ und im IPRG zum Verfahren nichts zu finden sei, aber man übersieht das BG-KKE doppelt, und zwar sowohl als unmittelbar anwendbares Gesetz wie auch über den Vorbehalt in Art. 302 Abs. 2 ZPO. Ebenso muss es sich mit anderen Bestimmungen verhalten, die mit Regelungen des Übereinkommens oder des IPRG in Konflikt geraten (Art. 2 ZPO).

Die Anwendung von Art. 296 Abs. 1 ZPO in Kindesentführungsverfahren ist neu, unabhängig davon, ob man den dort verankerten Grundsatz für direkt anwendbar erklärt, wie im besprochenen Urteil, oder ihn als Auslegungshilfe in die Regelung des Übereinkommens einfliessen lässt.

Das Urteil führt klar und einsichtig aus, um was es geht. Der Richter muss von Amtes wegen die massgebenden Tatsachen ergründen und gegebenenfalls selber die erforderlichen Beweise erheben. Grundsätzlich tragen die Parteien weder eine Behauptungs- noch eine Beweisspflicht. Indessen trifft sie eine Mitwirkungspflicht, insofern als man von ihnen vernünftigerweise erwarten kann, dass sie die nach der Natur des Streitfalls und der behaupteten Tatsachen erforderlichen Beweise vorbringen. Der Umstand, dass die Parteien im Prinzip von der Beweisspflicht befreit sind, enthebt sie indessen nicht von der Beweislast; kann ein Beweis nicht erstellt werden, so trägt die betroffene Partei den Verlust der Rechtsfolgen, die von der zu beweisenden Tatsache abhängen, sofern die Unmöglichkeit der Beweisführung nicht der Gegenpartei anzulasten ist.

Die Folgen für die Kindesentführungsverfahren sind zu begrüssen. Sie könnten weitreichend sein und die bisherige Praxis auf neue Wege führen. Da sich

das Bundesgericht darüber nicht erklärt, wird man allerdings die Entwicklung der Rechtsprechung verfolgen müssen, bis sich ein klares Bild ergibt.

Der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 296 Abs. 1 ZPO gilt zunächst für den Nachweis der Verletzung eines Sorgerechtsverhältnisses im Sinne von Art. 3 HKÜ. Die bisherige Praxis überliess die Beweispflicht dafür dem Antragsteller.¹⁷ Das neue Urteil ruft nach der gerichtlichen Amtspflicht zur Erforschung des Sachverhalts des Entführungstatbestandes.

Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das mit dem Antrag auf Rückführung befasste Gericht auch, von Amtes wegen die zur Verfügung stehenden Wege und Mittel zum Einholen von relevanten Informationen der Behörden des Herkunftsstaates zur Anwendung zu bringen (Art. 13-15 HKÜ). Dabei ist auch Art. 10 BG-KKE von Amtes wegen umzusetzen. Eigentlich steht das in dieser Bestimmung bereits, doch bringt das neue Urteil eine willkommene Verstärkung des Grundsatzes. Das Gericht kann sich nicht mehr damit begnügen, solche Zusammenarbeitspflichten nur ins Spiel zu bringen, wenn es die Parteien beantragen. Auch ist nun von Amtes wegen dafür zu sorgen, dass die Verfügbarkeit der Verbindungsrichter so weit wie möglich ausgeschöpft wird.

Von zentraler Bedeutung wird die Untersuchungsmaxime in der Praxis zu Art. 13 HKÜ werden. Hier erweist es sich, dass der Rückgriff auf Art. 296 ZPO, so wie er vom Urteil vorgenommen wird, nicht zutrifft. Art. 13 HKÜ beschlägt klarerweise auch die Verfahrensfrage des Nachweises der die Rückführung verhindernden Gründe. Damit die mit dem Gesuch befasste Behörde die Rückgabe verweigern kann, muss die Person, die sich dem Gesuch widersetzt, das Vorliegen eines Hinderungsgrundes nachweisen. Diese Nachweispflicht steht so im Staatsvertrag und kann nicht einfach durch Art. 296 Abs. 1 ZPO ersetzt werden.

Hingegen kann man Art. 296 Abs. 1 ZPO als eine willkommene Ergänzung verstehen. Damit kommt man aber nicht um die Feststellung herum, dass die Materie zumindest teilweise in Art. 13 HKÜ geregelt ist, und dass deswegen Art. 296 Abs. 1 ZPO nur insofern beigezogen werden kann, als er als Beitrag zur Auslegung von Art. 13 HKÜ dienen kann. Da es nunmehr dem Richter obliegt, von Amtes wegen die für Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ relevanten Umstände zu prüfen, muss er auch von sich aus alle dafür relevanten Fragen aufwerfen, womit er sich mittelbar auch um die praktische Regelung der Rückkehr kümmern muss.

Die bisherige Praxis war nicht eindeutig, hat sich aber nicht so weit vorge-
wagt. Mehrere Urteile haben kategorisch festgehalten, dass der sich der Rück-

¹⁷ BGE 17.10.2007, 5A_479/2007, E. 2.2.1, AJP 2008 S. 127.

führung widersetzende Entführer die massgebenden Gründe dafür zu beweisen habe.¹⁸ Erst neuerdings ist die Idee aufgetaucht, dass man diesen Nachweis im Hinblick auf das Kindesinteresse nicht allein den beteiligten Eltern überlassen kann.¹⁹

Das Verhältnis zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und dem Nachweis nach Art. 13 HKÜ lässt sich im Wege der Auslegung so lösen, dass man die Verpflichtung zum «Nachweis» im Sinne dieser Bestimmung nur für die Verteilung der Beweislast anwendet. In Anbetracht der zentralen Bedeutung des Kindesinteresses kann man die Beweispflicht nicht alleine den Eltern überlassen.

IV. Was soll die ZPO im konkreten Fall?

Das Urteil macht den Sachverhalt komplizierter als er ist. Die Mutter ist im Jahre 2011 aus ihrem Heimatstaat Iran nach Griechenland geflohen, wo sie vom späteren Vater beherbergt wurde. Dieser ist Bürger von Afghanistan (E. 5.4); das kann man auch daraus schliessen, dass das Paar am 3. April 2014 vor der afghanischen Botschaft in Sofia/Bulgarien geheiratet hat. Der Sohn ist im Jahre 2015 in Athen geboren.

Sechs Monate nach der Geburt hat die Familie Griechenland in Richtung Finnland verlassen. Dort ist ein Asylbegehren deponiert worden, das schliesslich abgelehnt wurde. Der Aufenthalt soll dort zwischen sechs und elf Monaten gedauert haben. Nachher hat sich die Familie nach Schweden begeben und von dort nach Norwegen. Am Tage der Ankunft ist der Vater wieder abgereist und nach Schweden zurückgekehrt.

Die Mutter ist mit ihrem Sohn am 26. August 2016 in die Schweiz eingereist und hat hier ein Asylgesuch gestellt. Am 20. Februar 2017 stellte der Vater den Antrag auf Rückführung bei der schweizerischen Zentralbehörde. Das hat offenbar zu nichts geführt, denn er stellte den Antrag neu am 5. Juli 2017 bei der Chambre des curatelles des Kantonsgerichts Waadt: Es solle die Rückführung des Kindes nach Griechenland angeordnet werden, und zwar mit Hilfe des Jugendschutzes des Kantons und nötigenfalls mit Polizeigewalt.

Die kantonale Instanz hat das Gesuch abgelehnt, doch erhält sie die Akten zurückgeschickt. Es wird angemahnt, dass das kantonale Gericht die Untersuchungsmaxime nicht befolgt habe, wenn es davon ausging, dass die Ehe nicht wirksam sei. Das Gericht hatte davon ausgehend festgestellt, dass sowohl das

¹⁸ BGE 17.11.2006, 5P.380/2016, E. 3.2, AJP 2007 S. 394; BGE 16.8.2007, 5A_285/2007, E. 4, AJP 2007 S. 1585.

¹⁹ Vgl. BGE 30.1.2017, 5A_936/2016, E. 6.3.3.

griechische wie das finnische Zivilrecht das Sorgerecht ausschliesslich der unverheirateten Mutter zuteilen, weshalb der Wegzug in die Schweiz rechtlich geschützt sei und die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nicht beantwortet werden müsse.

Das Bundesgericht äussert sich im Ton einer – im Allgemeinen unüblichen – Schelte, und sieht sich mangels eines vollständigen Sachverhalts nicht in der Lage, den Fall selbst zu erledigen.

Wenn man der Struktur von Art. 3 HKÜ folgt, muss in der Tat zuerst der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bestimmt werden, und nachher der oder die Inhaber des Sorgerechts.

A. Wo befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt?

Das Waadtländer Gericht hätte wahrscheinlich besser getan, die Frage zu beantworten, auch wenn das nicht als notwendig erschien. Man weiss ja oft nicht, auf welchen Wegen das Bundesgericht urteilt. Die Antwort ist einfach, und die bundesgerichtliche Reaktion unverständlich.

Das Kind hat Griechenland im Jahre 2015 oder 2016 verlassen, nämlich sechs Monate nach der Geburt. Das Verständnis des Sachverhalts wäre wesentlich einfacher, wenn das Bundesgericht das genaue Geburtsdatum mitgeteilt hätte; der Geburtsschein lag bei den Akten. Mit der Abreise war der allenfalls in Griechenland bestehende gewöhnliche Aufenthalt aufgehoben worden. Man könnte annehmen, dass in Finnland ein solcher Aufenthalt begründet wurde, weil sich die Familie dort immerhin für eine Dauer von sechs bis elf Monaten aufhielt. Danach kam es zu einem kurzen Aufenthalt in Schweden, und später zu einem vorübergehenden Aufenthalt in Norwegen, wo der Vater die Familie gleich bei der Ankunft wieder verlassen hat. Das kurzlebige Verbleiben in Schweden und Norwegen lässt die Annahme zu, dass es dort nicht zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes gekommen ist. Das Urteil nimmt dazu nicht Stellung und scheint gar anzudeuten, dass ein solcher Aufenthalt für die Anwendung des HKÜ in Frage kommen könnte (E. 3). Dafür gibt der Sachverhalt nicht die geringste Grundlage, im Gegenteil.

Und was geschah mit dem Aufenthalt in Finnland? Der ist im Jahre 2016 nach der Abweisung des Asylgesuches aufgegeben worden. Ohne Aufenthaltsrecht gab es dahin kein Zurück mehr.²⁰

²⁰ Der Antragsteller vertrat die These, eine Niederlassung in Finnland sei gar nie geplant gewesen, ebenso wenig in Schweden und Norwegen, und es sei deswegen davon auszugehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt in Griechenland verblieben sei (E. 5).

Gemäss Art. 3 HKÜ muss man nach dem gewöhnlichen Aufenthalt «unmittelbar vor dem Verbringen» in die Schweiz fragen. Einen solchen Aufenthalt in den Tagen vor der Ankunft in der Schweiz am 26. August 2016 gab es nicht – weder in Norwegen noch in Finnland. Solche Fälle sind selten, aber es gibt sie. Das HKÜ ist nicht anwendbar. Der Fall wäre damit erledigt.

Es sei noch angemerkt, dass die Suche nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zum Zwecke der Bestimmung des auf das Sorgerecht anwendbaren Rechts im europäischen Raum (hier vor allem in Finnland und Griechenland) keinen Sinn macht. Es ist von der Brüsseler Verordnung II^{bis} auszugehen, die EU-intern ausschliesslich gilt.²¹ Dort heisst es, dass für die Frage des auf das Sorgerecht und Kinderschutzmassnahmen anwendbaren Rechts das HKsÜ gilt (Art. 61 und 62). Damit gelangt man zu Art. 16 HKsÜ, der damit in allen EU-Staaten gleicherweise massgebend ist, gleich wie für die Schweiz. Für den Erwerb der elterlichen Verantwortung gilt das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts, mit der Massgabe, dass ein einmal erworbenes Sorgerecht auch bei einem späteren Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts weiterbesteht (Art. 16 Abs. 1 und 3 HKsÜ). Man darf annehmen, dass das Kind durch seine Geburt und den nachfolgenden Aufenthalt von sechs Monaten in Griechenland seinen ersten gewöhnlichen Aufenthalt erworben hat. Damit ist in allen EU-Staaten vom griechischen Recht auszugehen, das bei verheirateten Eltern ein gemeinsames Sorgerecht vorsieht (Art. 1510 griech. ZGB). Damit erübrigt sich insofern die Suche nach einem späteren gewöhnlichen Aufenthalt.

B. Sind die Eltern gültig verheiratet?

Das Bundesgericht gesteht dem Antragsteller zu, dass er seiner Mitwirkungspflicht Genüge getan hat, denn er hat ein Zeugnis über die Eheschliessung in der afghanischen Botschaft in Sofia vorgelegt, das alle im Allgemeinen erforderlichen Angaben enthält. Gleichzeitig wird der Mutter beschieden, sie hätte sich lediglich mit der Behauptung begnügt, sie hätte damals nicht verstanden, dass es sich um eine Heirat handle; im Übrigen hätte sie auch keine Dokumente betreffend eine Ungültigerklärung vorgelegt. Der Vorinstanz hat diese ungenügende Beweislage ausgereicht, um festzustellen, dass die Gültigkeit der konsularischen Eheschliessung nicht nachgewiesen sei. Darin läge eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes.

²¹ Ein solcher Aufenthalt stützt sich auf die tatsächliche Lebenssituation. Das Urteil hätte an Klarheit gewonnen, wenn das gleich von Anfang an klargestellt worden wäre. Verordnung vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung (ABI 2003 L 338 S. 1).

Dabei seien zwei falsche Begründungen verwendet worden. Das kantonale Gericht habe festgestellt, die Eheschliessung sei von den griechischen Behörden nicht anerkannt worden, obwohl die Geburtsurkunde des Kindes festhält, die Eltern seien verheiratet. Die Kritik ist unzutreffend, denn eine Geburtsurkunde hat keine Beweiskraft für die Ehe der Eltern. Die zweite Begründung und deren Kritik sind unklar: Die konsularische Eheschliessung beziehe sich nicht auf die Nationalität eines der Ehegatten. Das Bundesgericht meint, das sei falsch, weil der Ehemann afghanischer Herkunft sei. Es dürfte allerdings die Meinung der kantonalen Behörde gewesen sein, dass kein Nachweis besteht, dass die Eheschliessung nach dem iranischen Heimatrecht der Ehefrau wirksam sei.

Das Urteil ist massiv: Die Chambre des curatelles habe nicht nur die Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie nicht nach zusätzlichen Beweisunterlagen verlangt habe, sondern sie sei auch in Willkür verfallen, wenn sie die Existenz einer «vermutungsweise gültigen» Eheschliessung verneint habe.

Bevor man die Beweislage als ungenügend beurteilt, sollte zuerst feststehen, nach welchem Recht die Frage zu beurteilen ist. Geht es um das afghanische und iranische Heimatrecht der Ehegatten, das griechische Recht, das finnische Recht oder schlicht um die Anerkennung der Ehe in der Schweiz? Das Urteil legt viel Gewicht auf die Beachtung des massgebenden Verfahrensrechts, aber die Frage nach dem Verfahrensrecht, das über die Anerkennung der Ehe bestimmt, wird nicht gestellt.²²

Sinnvollerweise wird man entweder auf das griechische oder auf das schweizerische IPR abstellen müssen. Das griechische IPR wäre insofern relevant, wenn man (fälschlicherweise) davon ausgehen würde, dass die Verletzung des Sorgerechts des Vaters nach Art. 3 HKÜ nach diesem Recht zu beurteilen ist, wie wenn es sich um das Recht des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts handeln würde, was allerdings gar nicht zutrifft. Es stellt sich mit andern Worten das Problem der Vorfrage: Gilt das IPR der *lex causae* des ausländischen Staates, der die Sorgerechtsfrage beantwortet, oder gilt das IPR der *lex fori*, und damit das schweizerische IPRG? Die Rechtsprechung ist eher im Sinne einer umfassenden Berücksichtigung des nach Art. 3 HKÜ massgebenden ausländischen Rechts zu verstehen, also einschliesslich des Kollisionsrechts.²³

Aus der Sicht des griechischen IPR, das dem Heimatprinzip folgt, wird man wohl zusätzlich den Nachweis verlangen müssen, dass die Eheschliessung im

²² Anzumerken wäre auch, dass das iranisch-schweizerische Niederlassungsabkommen von 1934 (SR 0.142.114.362) nicht zu beachten ist, weil dazu nach schweizerischer Auffassung alle Beteiligten ausschliesslich iranischer Nationalität sein müssen.

²³ Vgl. BGE 133 III 694 ff., 696; BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 3.1; BGE 10.9.2012, 5A_550/2012, E. 3.3.2.

Iran gültig ist. Das wird nicht einfach sein.²⁴ Darüber hinaus wäre abzuklären, wie sich Griechenland gegenüber ausländischen konsularisch geschlossenen Heiraten verhält. Aus schweizerischer Sicht (Art. 45 Abs. 1 IPRG) steht diese letztere Frage im Vordergrund. Die Praxis ist unsicher, weil die Schweiz solche Handlungen vor ausländischen Vertretungen in der Schweiz nicht zulässt. Es dürfte sich allerdings eine bejahende Antwort durchsetzen, weil der schweizerische Ordre public von solchen Heiraten im Ausland nicht beeinträchtigt scheint.

C. Was bleibt von der ZPO?

Für die beiden Fragen, von denen das Bundesgericht meint, sie seien vom kantonalen Gericht vernachlässigt worden, braucht es die Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO nicht. Eine ergänzende Beweisaufnahme betreffend den gewöhnlichen Aufenthalt ist unnötig, weil alle massgebenden Tatsachen in den Akten, ja gar im Urteil des Bundesgerichts enthalten sind. Und sollten doch noch neue Tatsachen erforscht werden müssen, so lässt sich von Amtes wegen nichts mehr erreichen. Die Parteien müssen darauf angesprochen werden, womit es im Ergebnis auf dasselbe herauskommt, ob nun die Untersuchungs- oder die Dispositionsmaxime gilt.

Was die Gültigkeit der Eheschliessung betrifft, so wären die Akten zu ergänzen. Das ist allerdings eine reine Arbeitshypothese, denn mangels eines gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von Art. 3 HKÜ lässt sich gar nicht bestimmen, welches Recht anzuwenden ist, um zu wissen, ob der Vater als Ehemann am Sorgerecht beteiligt ist. Würde sich die Frage stellen, so wären vorgängig Art. 14 HKÜ und Art. 16 IPRG zu beachten.

Für zusätzliche Informationen kann das Gericht von Amtes wegen nicht mehr beitragen. Allerdings gehört es auch dazu, dass die Parteien an ihre Mitwirkungspflicht gemahnt werden. Eine sinnvoll gehandhabte Dispositionsmaxime führt allerdings zum selben Ergebnis, denn die Parteien haben ein Interesse daran, die Beweisunterlagen zu ergänzen.

²⁴ Die Mutter war aus dem Iran geflüchtet. Wie soll es da möglich sein, von dort ein Zertifikat über die Anerkennung der Eheschliessung in der afghanischen Botschaft in Sofia zu erhalten? Die betroffene Frau machte geltend, dass es ihr am Willen zur Heirat gefehlt habe, zumal sie bei der Zeugung vergewaltigt worden sei, womit man nahe an den Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 5 ZGB kommt. Das Bundesgericht meint, wenn dem so sei, so hätte sie eine Kopie ihrer Klage einreichen können (E. 5.4). Aber wo hätte sie denn klagen können? In Griechenland, wo nicht feststeht, ob die Heirat überhaupt gilt? Sonst hatte sie nirgends einen Wohnsitz, der als Gerichtsstand hätte dienen können. Die Anforderungen des Bundesgerichts sind völlig unrealistisch.

Gleichwohl ist das Bekenntnis zur Untersuchungsmaxime bei Kindesentführungen sehr zu begrüßen. Die Mitwirkungspflicht der Parteien erlaubt es, die Gerichte in ihrer Pflicht zur Beweisaufnahme in einem praktisch vernünftigen Mass zu entlasten. Aber dafür braucht es die ZPO nicht. Gerichte und Behörden müssen in allen Angelegenheiten des Kindesschutzes den Sachverhalt von Amtes wegen abklären. Das verlangt das Kindeswohl, das vor allem auch für den Art. 13 HKÜ als leitender Grundsatz gilt. Dazu kommt noch Art. 3 der Kindesrechtskonvention,²⁵ der verlangt, dass das Kindeswohl bei allen Entscheiden betreffend das Kind vorrangig berücksichtigt werden muss. Dabei lässt sich sicher auch Art. 296 ZPO als tragender Grundsatz des schweizerischen Familienrechts beiziehen. Aber das geschieht bloss als vergleichende Auslegungshilfe, nicht als unmittelbar anwendbare Rechtsnorm.

D. Wohin mit dem Kind?

Der Vater verlangte die Anordnung der Rückkehr des Kindes nach Griechenland. Das Bundesgericht weist das kantonale Gericht an, auch die Hinderungsgründe nach Art. 13 Abs. 1 und 2 HKÜ zu untersuchen, sollte es sich erweisen, dass das Kind in einem Vertragsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und der Vater dort am Sorgerecht Anteil hatte.

Die Erwähnung von Abs. 2 von Art. 13 HKÜ erstaunt. Man will ja wohl nicht nach dem Willen eines zweijährigen Kindes fragen wollen, ob es sich der Rückführung widersetzen wolle.

Beide Fälle von Absatz 1 von Art. 13 HKÜ könnten aktuell werden. Der Vater hatte ja damals die Familie nach Norwegen verbracht und sie alsdann verlassen. Die Jugendschutzbehörde berichtete, dass der Vater seit dem Wegzug von Schweden seinen Sohn nicht mehr gesehen habe. Hätte er ein Sorgerecht gehabt, so hat er es nicht ausgeübt (Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ). Das rechtliche Gehör in Bezug auf diese Feststellung war gewahrt. Man hätte schon aus diesem Grund den Antrag abweisen können.

Für die Beurteilung der Frage, ob dem Kind im Falle einer Rückführung ein schwerer Schaden im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ drohe, bringt der Sachverhalt wenig.

Wollte man auf diese Problematik eintreten, so wäre zunächst die Frage zu beantworten, in welchen Staat das Kind zurückzuschicken wäre, allenfalls zwangsweise, d.h. auch wenn die Mutter es nicht sollte begleiten können. Das Bundesgericht stellt die Frage nicht, und scheint davon auszugehen, dass es sich um eine Rückkehr nach Griechenland handeln würde, so wie sie vom

²⁵ SR 0.107.

Vater beantragt wird. Das ist keineswegs so sicher. Wenn man bedenkt, wie oft das Bundesgericht vorträgt, es handle sich um die Wiederherstellung des *status quo ante*, so ist man doch erstaunt, dass das Urteil nicht bemerkt, dass das hier nicht beabsichtigt wurde.

Das Übereinkommen gründet auf der Vorstellung, dass es sich um eine Rückgabe in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts handelt. Das steht zwar nicht so deutlich im Vertragstext, doch findet man das ausdrücklich in der Präambel. In der Praxis ist die Lösung unsicher. Es gibt Situationen, in denen der in seinem Sorgerecht beeinträchtigte Elternteil nach der Entführung seinen Wohnsitz in einen andern Vertragsstaat verlegt und dann die Rückkehr in diesen Staat verlangt. Man mag verstehen, dass das möglich sein sollte. Allerdings muss dann das Übereinkommen flexibel genug gehandhabt werden. So sieht etwa Art. 13 Abs. 3 HKÜ vor, dass die Berichte über die soziale Lage im Staate des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zu berücksichtigen seien. Man müsste also auch Berichte aus dem Lande des neuen Aufenthalts beachten.

Der vorliegende Fall liegt anders. Wollte man annehmen, es sei auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unmittelbar vor der Entführung abzustellen, so gäbe es keinen Zielstaat, denn einen solchen Aufenthalt gab es wie gesagt gar nicht. Wollte man anders urteilen und den massgebenden Zeitfaktor etwas weiter fassen, so müsste eine Rückkehr nach Finnland angestrebt werden. Dorthin gibt es aber kein Zurück mehr, denn der Asylantrag der Familie wurde abgelehnt.

Wollte man eine Rückkehr des Kindes nach Griechenland mit dem Zweck des Übereinkommens vereinbar erachten, so müsste zuerst die Frage des Rechts der Mutter auf Bestimmung des Aufenthalts des Kindes geregelt werden. Diese Frage stellt sich nicht, wenn das Kind an seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt zurück muss, weil man davon ausgeht, dass die sorgeberechtigten Eltern das so geregelt hatten. Wenn nun aber das Kind in einen andern Staat geschickt werden soll, so würde es sich um einen Eingriff in das Sorgerecht der Mutter handeln. Solange das nicht geregelt ist, erlaubt das Übereinkommen nicht die Rückkehr in einen andern Staat als den bisherigen Aufenthaltsstaat, welcher vom Vater alleine bestimmt worden wäre. Es kommt hier auch der allgemeine Grundsatz zum Zuge, dass das Entführungsabkommen das Sorgerecht nicht berühren darf. Das gilt auch für das darin enthaltene Recht zur Bestimmung des Aufenthalts des Kindes.

Fehlt es am Einverständnis der Mutter, so müsste also parallel zum Entführungsverfahren ein Gerichtsentscheid im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB angestrebt werden. Das HKsÜ gibt dafür den Gerichtsstand (Art. 5) und das anwendbare schweizerische Recht (Art. 15 Abs. 1). Ein Konflikt zum HKÜ entsteht nicht, denn es geht ja nur um die Einzelfrage der Verlegung des Auf-

enthalt in den Staat der Rückkehr gemäss HKÜ. Andererseits stösst man dann an die Grenzen dessen, was theoretisch möglich sein mag. In einem solchen Verfahren kann man der Beurteilung der Sorgerechtsituation nicht ausweichen. Damit ist auch das Prozessthema des Entführungsverfahrens so stark beeinflusst, dass eine Rückführung nicht mehr in Betracht kommt.

Das Bundesgericht hat der aufenthaltsrechtlichen Situation des Kindes in den betroffenen Ländern keine Beachtung geschenkt. Das darf im heutigen Migrationskontext nicht fehlen. Aber auch hier ist der Fall einfacher als es scheinen mag.

V. Das Kind ist Flüchtling

Bei der Beurteilung des Falles ist den Gerichten und den Parteien offensichtlich die Bedeutung eines vom Vater vorgelegten Dokuments entgangen, in dem die griechischen Behörden dem Kind eine Aufenthaltsbewilligung erteilten, und zwar in seiner Eigenschaft als Flüchtling, für die Dauer von drei Jahren, vom 5. März 2017 bis am 4. März 2020.²⁶ Die Mutter erhielt kein solches Dokument, sondern eine Bestätigung eines vorläufigen Aufenthaltsrechts, das gelten soll, bis auch sie eine drei Jahre gültige Bewilligung zum Aufenthalt erhält.

Nimmt man den Ausweis des Kindes für das, was nach dem Sachverhalt des Urteils drin steht, so steht das Kind unter dem Schutz des Genfer Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951.²⁷ Seine personenrechtliche Stellung bestimmt sich nach den Gesetzen des Landes seines Wohnsitzes, oder, wenn ein solcher fehlt, seines Aufenthalts (Art. 12 Abs. 1).²⁸ Es untersteht damit ausschliesslich schweizerischem Recht.²⁹ Damit muss eine Regelung ausscheiden, die zur Folge hätte, dass das Sorgerecht des Kindes einem andern Recht (wie dem griechischen oder dem finnischen Recht) unterstehen würde. Die Genfer Konvention geht dem Haager Entführungsabkommen vor.³⁰

²⁶ Gilt der Untersuchungsgrundsatz, so muss auch der Oficialgrundsatz gelten (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Das Gericht ist somit an die Parteianträge nicht gebunden.

²⁷ SR 0.142.30.

²⁸ Sollte die Mutter später auch noch den Flüchtlingsstatus erhalten, so wäre in Bezug auf die Anerkennung der Eheschliessung auch noch Art. 12 Abs. 2 des Abkommens zu beachten.

²⁹ Allenfalls könnte auch eine autonome Bewertung des Flüchtlingsstatus durch den Zivilrichter erfolgen, der diese Frage unabhängig von den Asylbehörden entscheidet (BGE 130 III 410 ff., 416).

³⁰ Vgl. BGE 130 III 415.

