

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Andreas Bucher

Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht

Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht

ANDREAS BUCHER

Inhaltsübersicht

I. Die Mediation	486
II. Der Kindesvertreter	488
III. Die Anhörung des Kindes	490
IV. Die Einheit des Verfahrens	494
V. Das Kindeswohl	498
Was tun?	502

Einige schwierige und zum Teil dramatische Fälle haben in jüngster Zeit gezeigt, dass die Anwendung des Haager Übereinkommens von 1980 (HKÜ) nicht immer überzeugt und neu überdacht werden muss.

Der für sein ausgewogenes Urteil bekannte Jubilar hatte nicht gezögert, die Gerichte darauf aufmerksam zu machen, dass ihre Praxis Vergleiche mit dem Skandal der Kinder der Landstrasse aufzeigt.¹

Am Beistand des Gesetzgebers hat es nicht gefehlt. In einer gründlichen und ohne Verzögerung durchgeführten Aktion ist ein Gesetzesprojekt einstimmig von der Expertenkommission bis zu den Eidgenössischen Räten durchgezogen worden. Auch das Bundesgericht hat dazu beigetragen.²

Heute drängt sich eine erste Bilanz auf, da sich beim Bundesgericht gleich in den ersten Anwendungsfällen Widerstände bemerkbar machten, die darauf hinwirken, wesentliche Grundlagen des Gesetzes zu untergraben. Die sich im Allgemeinen gut entwickelnde kantonale Praxis droht dadurch Schaden zu nehmen. Es ist den Rechtsvertretern ein Leichtes, die dem Gesetz verpflichteten kantonalen Gerichte durch

¹ Gerichtliche Rechtsfortbildung im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, in: Gerichtliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 525–538 (534).

² NICCOLÒ RASSELLI, damals Präsident der II. Zivilabteilung, war Mitglied der Expertenkommission, und das Bundesgericht hat an der Vernehmlassung teilgenommen (vgl. BBl 2007 S. 2624).

Hinweise auf Aussagen des Bundesgerichts in Zweifel zu ziehen oder gar zu Fall zu bringen.

Auf lange Sicht nicht dramatisch, sondern eher peinlich ist ein Entscheid, der vom offensichtlich ungeliebten Gesetz nicht einmal Kenntnis nimmt.³ Das Gesetz musste den Bundesrichtern bekannt sein, zumal sich der gemäss Art. 24 Abs. 2 BGG für die Urteilsredaktion verantwortliche Gerichtsschreiber dazu bereits publizistisch geäussert hatte.⁴ Die Lücke in diesem Urteil erscheint deshalb nicht als ein Versehen, sondern als eine bewusste Geringschätzung des Gesetzgebers. Für die Zukunft des Gesetzes wichtiger sind die höchstrichterlichen Aussagen zu den für den Gesetzgeber wesentlichen Pfeilern des Gesetzes.

I. Die Mediation

Der Gesetzgeber wollte generell dafür sorgen, dass Entführungsfälle in einer ersten Phase möglichst einverständlich und ausserhalb der Gerichte und des Drucks der Anwälte geregelt oder zumindest mit den Betroffenen besprochen werden sollen. Und wenn das Rückführungsbegehren gleichwohl bereits beim zuständigen Gericht eingetroffen ist (worüber der Antragssteller selbst entscheiden kann), so leitet das Gericht ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation ein, sofern ein solcher Versuch nicht bereits stattgefunden hat und das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass ein neuer Anlauf nichts verspricht (Art. 8 Abs. 1 BG-KKE). Das geschieht von Amtes wegen, so dass in jedem Fall gesichert ist, dass ein Mediationsversuch eingeschoben wird, wenn sich dieser nicht zum vorneherein als zwecklos erweist. Das kann nur so sinnvoll gehandhabt werden, dass eine Mediation (oder Vermittlung) mit einer gewissen Bestimmtheit eingeleitet wird. Wenn das Gericht gleich a priori davon ausgeht, dass ein solches Unterfangen keinen Sinn macht, so wird das Gesetz umgangen und die Institution der Mediation als alternativer Lösungsweg missachtet.

Das Bundesgericht macht es den Rechtsanwältinnen leicht, vor dem Gericht die Mediation als unnützen Verfahrensschritt weg zu argumentieren. Im Urteil vom 29. April 2010 ist ein solches Begehren der Mutter mit der Begründung abgeschlagen worden, dass sich der Vater einem solchen Vorgehen verschliesse und auf dem Vollzug der Rückführung beharre.⁵ Und im Entscheid vom 10. August 2010 ist die Verweigerung der Mediation als nicht kritisierbar bewertet worden, weil der Vater ja nach dem

³ BGE, 11.1.2010, 5A_764/2009, AJP 2010 S. 385.

⁴ NICCOLÒ RASELLI/CHRISTINA HAUSAMMAN/URS PETER MÖCKLI/DAVID URWYLER, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in: Ausländerrecht, Basel 2009, S. 743–816.

⁵ 5A_154/2010, E. 3.

HKÜ das Recht habe, «die gerichtliche Rückführung zu verlangen».⁶ Kann die Mediation im konkreten Fall im Interesse des Kindes einen Sinn machen, dann ist sie einzuleiten, auch wenn sich der Vater dagegen sträubt. Das Bundesgericht erwähnt nicht, dass bei zivilrechtlichen Schutzmassnahmen gegenüber einem widerspenstigen Elternteil sogar eine sog. Pflichtmediation angeordnet und mit der Androhung der Strafe nach Art. 292 StGB unterlegt werden kann.⁷ Warum soll das bei Kindesentführungen nicht gelten, zumal bei diesen – anders als im Zivilrecht – die Mediation von Amtes wegen einzuleiten ist? Und warum soll der Mediationsversuch allein deshalb zu Fall kommen, weil einer der Betroffenen auf seinem Recht beharrt? Die Mediation ist ja gerade deshalb interessant, weil sie eine von den konkreten Rechtsansprüchen unabhängige Lösung der Konflikte erlaubt. Im Ergebnis muss das bundesgerichtliche Urteil zum Schluss führen, dass ein Versuch zur Mediation oder Vermittlung immer dann ausfällt, wenn der die Rückführung beantragende Vater auf seinem (behaupteten) Recht beharrt und sich weigert, auf einen solchen vermittelnden Verfahrensschritt einzugehen. Damit wird die gesetzliche Anordnung zur Mediation zum blossen Willensakt und wirkungslos.

Das ist bedauerlich, zumal sich auch die Praxis der Zentralbehörde am Rande des Gesetzes entwickelt.⁸ Solange als das Gesuch von dieser Behörde bearbeitet wird und noch nicht vor den zuständigen Richter gebracht worden ist, wird die Mediation nur eingeleitet, wenn sich beide Eltern dazu bereit erklärt haben.⁹ Von diesem Einverständnis steht im Gesetz nichts. Gewiss kann die Behörde in nur geringfügig streitigen Fällen selbst vermittelnd tätig werden und so auch ohne eine eigentliche Mediation zu einer Lösung gelangen. Insofern mag die Formulierung von Art. 4 Abs. 1 BG-KKE als Kannvorschrift richtig sein. Der Gesetzgeber musste aber aus Erfahrung wissen, dass Kannvorschriften von den Verwaltungsbehörden extensiv im Sinne einer Entlastung gehandhabt werden.¹⁰ Zur Unterstützung der Zentralbehörde war vorgesehen, dass diese Behörde dafür sorgt, dass ein «Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen» entsteht, dessen Mitglieder insbesondere für eine Mediation zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1), und zwar «gleich von Beginn an».¹¹ Eine solche Institution macht indessen wenig Sinn, wenn es ohnehin den Parteien überlassen bleibt, ob sie sich einem solchen Versuch stellen wollen, und die Beteiligten überdies

⁶ 5A_535/2010, E. 3.

⁷ Vgl. BGE 9.12.2009, 5A_457/2009, E. 4.

⁸ So der Grundton der Interpellation im Nationalrat von Anita Thanei vom 16.12.2010 (Nr. 10.4017), vom Bundesrat beantwortet am 16.2.2011 (vgl. die Website des Parlaments).

⁹ So die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Thanei, Ziff. 4.

¹⁰ Die «Kann-»version ist von der Verwaltung eingeflochten worden. Die Expertenkommission hatte sie bewusst vermieden; die eingeladenen Vertreter des Bundesamts für Justiz waren damit einverstanden.

¹¹ MONIQUE JAMETTI GREINER, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 9 (2008) p. 277–308 (296); AB NR 2007 S. 1639 f. (Vermot-Mangold).

noch darauf hingewiesen werden, dass sie die Kosten zu tragen hätten.¹² Dafür wäre aber eine Gesetzesnorm nicht nötig gewesen. Es erstaunt denn auch nicht, dass es ein strukturiertes und auf faktische Zusammenarbeit ausgerichtete Netzwerk, wie es der Gesetzgeber und die Expertenkommission schaffen wollten, nicht gibt, sondern lediglich eine Liste von abrufbaren Fachleuten, mit denen allenfalls Erfahrungen ausgetauscht werden können.¹³

Die kantonalen Gerichte übernehmen damit voll die Verfahrensführung im Sinne einer Mediation oder sonstigen Vermittlung. Da erweist es sich als besonders unglücklich, dass das Bundesgericht eine so abweisende Haltung eingenommen hat, die es dem widerstrebenden Elternteil nur allzu leicht macht, sich jedem Mediationsversuch zu entziehen.

II. Der Kindesvertreter

Die Kindesvertretung ist von Amtes wegen anzuordnen (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE). Es ist nicht noch abzuwägen, ob sie «notwendig» sei (so Art. 299 Abs. 1 ZPO). In den parlamentarischen Beratungen ist hervorgehoben worden, wie wichtig es für den Gesetzgeber war, dass dem Kind ein eigener Vertreter beigelegt wird, und zwar noch vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens betreffend die Rückführung.¹⁴ Der Beistand soll die Situation des Kindes ins richtige Licht rücken, und zwar auch dann,

¹² Diese Praxis widerspricht Art. 14 BG-KKE, der die Mediation ausdrücklich in den Grundsatz der Kostenlosigkeit nach Art. 26 HKÜ einschliesst. Die Zentralbehörde hilft finanziell nur bei Mittellosigkeit. Für eine «systematische Übernahme» der Kosten bestünden «weder die gesetzlichen Grundlagen noch die budgetären Voraussetzungen» (Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Thanei, Ziff. 4). Die rechtlichen Gründe bestehen ohne Zweifel: Gemäss Art. 26 Abs. 1 HKÜ (auf den Art. 14 BG-KKE verweist) trägt die Zentralbehörde ihre eigenen Kosten (vgl. Adrian Lobziger, Internationale Übereinkommen im Familienrecht und Kostengarantien, AJP 1994 S. 910–917 [914]). Um solche handelt es sich, wenn sie die Mediation veranlasst, zumal sie sich dabei ausdrücklich als Auftraggeber bezeichnet. Es gibt gewiss eine beachtliche Zahl von Staaten, die den Vorbehalt nach Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht haben und denen gegenüber die Schweiz das Reziprozitätsprinzip anwendet. Das ist jedoch kein Grund, um auch im Verhältnis zu den andern Staaten Kosten einzufordern, die gemäss Gesetz und Staatsvertrag nicht geschuldet sind. Erstaunlich auch, dass sich der Bundesrat der gesetzlichen Pflicht mit dem Argument entziehen will, es bestünden keine «budgetären Voraussetzungen». Dafür hat er ja selbst vorzusorgen.

¹³ Auf die Frage, was vorgekehrt werde, damit vorgängig zum gerichtlichen Verfahren ein «auf das Kindeswohl fokussiertes Mediations- oder Vermittlungsverfahren» durchgeführt werde, antwortet der Bundesrat, dass das vom Einverständnis der «Parteien» (womit offenbar nur die Eltern gemeint sind) und von der Regelung der Kosten abhängt (Interpellation Thanei und Antwort dazu, je Ziff. 4). Das lässt darauf schliessen, dass die von der Zentralbehörde veranlassten Mediationen nicht ins Gewicht fallen, wenn es solche überhaupt gibt. Wie so das «Kindeswohl fokussiert» werden kann, bleibt offen.

¹⁴ Vgl. AB NR 2007 S. 1639 f. (Vermot-Mangold).

wenn das Kindeswohl dafür spricht, dass es wieder in den Herkunftsstaat zurückkehren soll, oder wenn die Rückkehr zumindest keine unzumutbare Situation mit sich bringt. Er muss sich vor allem gegenüber den Standpunkten jedes der Eltern unabhängig verhalten.

Das Bundesgericht sieht das anders. Im Urteil vom 22. März 2010 ging es um die nachträgliche Ernennung eines Kindesvertreters im Zusammenhang mit einem Begehren um Abänderung des Rückführungsentscheids.¹⁵ Das Begehren wurde abgelehnt, weil eine solche Ernennung auf einen «prozessualen Leerlauf» hinauslaufe, insbesondere weil ein solcher Vertreter ausschliesslich auf die Darstellung durch die Mutter angewiesen gewesen wäre.¹⁶ Dass dieser Beistand auch mit dem Vater hätte Kontakt aufnehmen und die Situation des Kindes und dessen Wohl unabhängig vom Einfluss der Eltern hätte einschätzen müssen, wird nicht in Betracht gezogen.¹⁷ Im gleichen Fall ist im Übrigen bei der Beurteilung der Vollzugsfrage wiederum die Kindesvertretung beantragt worden. Hier ist das Begehren als unzulässig qualifiziert worden, da es vor der kantonalen Vollzugsbehörde hätte gestellt werden müssen.¹⁸ Die Begründung ist falsch, denn diese Behörde wäre für eine solche Massnahme gar nicht zuständig gewesen. Beide Urteile lassen im Dunkeln, dass das Bundesgericht von Amtes wegen eine solche Schutzmassnahme hätte anordnen müssen (Art. 6 Abs. 2 und 9 Abs. 3 BG-KKE).

Diese negative Haltung ist natürlich in der Praxis im Hinblick auf die Berücksichtigung des Kindeswohls nicht ermutigend. Es ist zu befürchten, dass sich die kantonalen Gerichte davon werden beeindruckt lassen. Das Bundesamt für Justiz hat denn auch die oberen Gerichte der Kantone und das Bundesgericht auf die «obligatorische Einsetzung einer Kindesvertretung» hingewiesen.¹⁹

Eigenartigerweise macht das Bundesamt für Justiz die Gerichte auf ihre Verantwortung aufmerksam, ohne zu erwähnen, dass die Zentralbehörde über die Möglichkeit verfügt, die Ernennung eines Kindesvertreters aus eigenem Antrieb zu veranlassen.

¹⁵ 5A_80/2010, E. 2.2.

¹⁶ Der frühere Präsident der II. Zivilabteilung hatte sich noch ganz anders geäussert: «La désignation d'un conseiller pour les droits de l'enfant dans la procédure de retour garantit la prise en compte des préoccupations de l'enfant indépendamment de celles des parents et de leur avocat.» (NICCOLÒ RASELLI, Suisse, in: La Lettre des juges VII, 2004, S. 48–52 [51 f.]). Da gehen Bundesrichter auf berufliche Reisen ins Ausland, um Äusserungen zu verbreiten, die sie in der eigenen Praxis nicht umsetzen?

¹⁷ Das ist auch deshalb erstaunlich, weil ja das Bundesgericht vom Kind, das vom Richter angehört werden soll, verlangt, dass es das «Thema des Rückführungsprozesses» verstehen müsse (13.2.2007, 5P.3/2007, BGE 133 III 146 ff., 151, E. 2.6, AJP 2007 S. 521). Wie soll denn das möglich sein, wenn das Kind im Prozess nicht vertreten wird und in der Regel auch nicht als Partei behandelt wird?

¹⁸ BGE 29.4.2010, 5A_154/2010, E. 2.

¹⁹ So gemäss der Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Thanei, Ziff. 1.

Sie ist befugt, eine solche Massnahme beim zuständigen Gericht bereits dann zu beantragen, «wenn das Gesuch bei diesem Gericht noch nicht eingereicht worden ist» (Art. 6 Abs. 2 BG-KKE). Das soll erlauben, dass das Kind bereits bei den vorgegerichtlichen Vermittlungsbemühungen als Person aus eigenem Interesse beteiligt ist. Dieser für den Gesetzgeber als besonders wichtig eingestufte Verfahrensschritt²⁰ ist nicht umgesetzt worden.²¹ Das lässt sich auch damit erklären, dass es auf Veranlassung der Zentralbehörde nicht oder nur selten zu einem Mediationsverfahren kommt, wobei der Standpunkt des Kindes schon deshalb nicht eingebracht werden kann, weil ihm ja kein Beistand beigestellt wird. Und da sich das Bundesgericht nicht «ex post» kritisch äussert, sondern im Gegenteil den möglichen «Leerlauf» befürchtet, kann kaum mit einem Richtungswechsel gerechnet werden.

III. Die Anhörung des Kindes

Ohne eigenen Beistand wird es für das Kind auch schwieriger, seinen eigenen Standpunkt direkt im Verfahren einzubringen. Seine Anhörung muss zwar von Amtes wegen erfolgen, dies aber nur «entsprechend seinem Alter und seiner Reife» (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE). Die Beurteilung von Alter und Reife hängt von der persönlichen richterlichen Meinung ab. Da hat auch ein bereits älteres Kind vor dem Bundesgericht einen schweren Stand, wobei der Hinweis auf das Gesetz wenig hilft.

Noch in seinem Urteil vom 11. Januar 2010 hat das Bundesgericht wiederholt, dass ein Mindestalter von 11 bis 12 Jahren zu postulieren sei und dass das Kind zu «autonomer Willensbildung» fähig sein müsse, was insbesondere das Verständnis für die besondere Problematik von Entführungssituationen mit einschliesse. Dass dem Kind nur wenig Verständnis entgegengebracht wird, zeigt sich schon an der Ausdrucksweise, heisst es doch, es würde nur angehört, wenn es den Sinn und die Problematik des «anstehenden [*sic!*] Rückführungsentscheides» verstehen kann.²² Dass die Anhörung dazu führen könnte, dass es nicht zur Rückführung kommt, wird gar nicht in Betracht gezogen. Sie wird für das Bundesgericht zur gesetzlich angeordneten Farce.

Im zitierten Urteil handelte es sich um ein Kind, das die verlangte Altersschwelle noch nicht erreicht hatte. Das bedeute, dass «grundsätzlich kein Anspruch auf Anhö-

²⁰ Vgl. BBl 2007 S. 2621; AB NR 2007 S. 1639 (Vermot-Mangold), 1641 (Vischer).

²¹ Das ergibt sich implizit aus der Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Thanei, Ziff. 1, wo nur von unabhängigen Rechtsvertretungen, die «nach Kenntnis des Bundesrates» eingesetzt wurden, die Rede ist, was bedeutet, dass sie nicht von der Bundesbehörde selbst veranlasst worden sind.

²² 5A_764/2009, E. 5.1, AJP 2010, S. 385.

rung besteht».²³ Nichts wird gesagt vom Recht des entführten Kindes auf Anhörung gemäss Art. 9 Abs. 2 BG-KKE, welches von Amtes wegen zu beachten ist.²⁴ Das ist gerade in Fällen wie dem zu beurteilenden erschreckend, wo es um sexuelles Fehlverhalten des Vaters ging, wozu auch ein noch junges oder gar sehr junges Kind wichtige Aussagen machen kann (wenn es dazu bereit ist).

Das Bundesgericht näht doppelt: Auch wenn das Kind über das verlangte Alter verfügt, so wird unter dem Begriff der «nötigen Reife» noch die Voraussetzung eingeschoben, dass das Kind in seiner Äusserung die Fähigkeit zeigen müsse, dass es die spezifische Entführungsproblematik verstehe und dass es sich bei seiner Willensbildung nicht auf die Umstände der Entführung und die (positive) Aufnahme in der Schweiz stützen dürfe. Obwohl es klarerweise nur um Äusserungen des Kindes zur tatsächlichen Situation geht, wird von ihm verlangt, dass es das «Thema des Rückführungsprozesses» verstehen müsse.²⁵ Für solche Anforderungen gibt es abgesehen von der Meinung des Bundesgerichts keinerlei Rechtsgrundlage. Es geht darum, den Kindeswillen illusorisch werden zu lassen, damit die Mutter verurteilt und die Rückführung durchgesetzt werden kann. Da bleibt die vom Gesetzgeber angestrebte «kindesgerechte Anwendung» des HKÜ auf der Strecke.

Und wenn es sich um ein Kind handelt, das sich trotz seines jungen Alters als überdurchschnittlich reif erweist und das sich «wiederholt und konstant» zu äussern vermag, so findet das Bundesgericht noch einen andern Weg, um seinen Willen zu brechen.²⁶ Diesem Willen kann man ja immer noch unterschieben, dass er gar nicht «autonom» sei, weil sich das Kind in einem Loyalitätskonflikt befinde und es deshalb «nur schwer denkbar sei», dass das Kind «etwas anderes äussert, als bei der aktuell betreuenden Person und am aktuellen Aufenthaltsort bleiben zu wollen». Ein rein hypothetisch unterstellter Wille wird damit der direkten Aussage des Kindes vorgezogen.²⁷ Und insofern als diese Aussage gleichwohl nicht einfach weggesteckt wer-

²³ 5A_764/2009, E. 5.2.

²⁴ BBl 2007 S. 2626.

²⁵ BGE 13.2.2007, 5P.3/2007, E. 2.6. Das Kind müsse zwischen einer grundsätzlichen Rückkehr einerseits und einer temporären Rückkehr für das Sorgerechtsverfahren andererseits zu unterscheiden wissen: BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 5.4 in fine, AJP 2010 S. 385.

²⁶ Vgl. 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 5.4, AJP 2010 S. 385.

²⁷ So bereits BGE 4.12.2007, 5A_582/2007, BGE 134 III 88 ff., 91, E. 4, AJP 2008 S. 478. Das Bundesgericht schreckt auch nicht davor zurück, zu einer generell-abstrakten Tatbestandsermittlung zu greifen und so festzustellen, dass sich die entführten Kinder «nicht in einer ihnen vertrauten Umgebung» aufhalten und oft eine «andere Sprache» sprechen und dass sie «aufgrund der Entführungssituation nicht über eine Vielzahl von Bezugspersonen» verfügen, ja sich in der «Isolation» befinden, und damit «unter starkem Druck und entscheidendem Einfluss des entführenden Elternteils stehen» (13.2.2007, 5P.3/2007, BGE 133 III 146 ff., 151, E. 2.6, AJP 2007 S. 521). Wo sich die Mitglieder der II. Zivilabteilung all dieses Wissen über Entführungsfamilien angeeignet haben, wird nicht gesagt. Dass es sich in den meisten Fällen um schweizerische oder früher in der Schweiz niedergelassene Mütter handelt, die nach einer gescheiterten Partnerbezie-

den kann, so ist es für das Bundesgericht ein Leichtes, sie als irrelevant hinzustellen, weil die Ausführungen zum künftigen Lebensort zu sehr auf der Ebene von Wünschen ausgedrückt worden seien und deshalb nicht den Grad des «eigentlichen Widersetzens» erreicht hätten.²⁸ Diese Voraussetzung des «eigentlichen Widersetzens» findet sich nur stückweise in der deutschen Übersetzung des HKÜ. Das Bundesgericht konsultiert weder die Originalsprachen des Abkommens («opposer») noch die Erläuterungen dazu. Und wehe dem Kind, das sich im eigentlichen Sinn der Rückführung widersetzen sollte (mit Händen und Füßen, lautem Aufschreien [?]): das Bundesgericht würde ohne zögern urteilen, es fehle ihm an der «nötigen Reife». Man kann die Argumentation drehen, wie man will, für das Bundesgericht findet sich immer ein Weg, um den Kindeswillen in den Wind zu schlagen.

Hat das Kind auch diese Hürde überwunden, so wird seine Willensäusserung noch danach untersucht, ob auch die Motive stimmen. Wenn es einfach schlicht die bestimmte Meinung äussert, dass es weiter beim entführenden Elternteil leben will, so reicht das nicht. Das seien auch für einen immerhin bereits 14-jährigen Knaben keine «ragioni plausibili idonee».²⁹ Es seien Ausführungen über die konkrete Betreuungssituation, die Sprachverhältnisse, die Schulsituation oder die Berufsaussichten zu erwarten.³⁰ Die Frage, ob eine solche Motivprüfung zulässig ist, wird gar nicht gestellt. Würde man das tun, dann würde man ja feststellen müssen, dass Art. 13 Abs. 2 HKÜ dafür keine Grundlage gibt. Unter den ohnehin strengen Voraussetzungen in Bezug auf Alter und Reife verfügt das Kind über das Recht, die Rückkehr zu verweigern, ohne dass diese Wahl noch mit spezifisch vorgegebenen Gründen unterlegt werden müsste.³¹ Und würde es die verlangten Ausführungen vortragen, dann würde die gestellte Falle sogleich zuschnappen: Das Bundesgericht wird antworten, das seien Überlegungen, die sich mit der Sorgerechtsituation, nicht aber mit der blossen Entführungsproblematik befassen.³²

Das Bundesgericht wählt eine Optik, die den Willen des Kindes ausschliesslich als Grund der Verweigerung der Rückführung nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ beurteilt. Es wird

hung im Ausland in ihr bisheriges soziales und familiäres Umfeld zurückkehren, ergibt sich aus den konkreten Sachverhalten, die die Gerichte beschäftigen. Davon will das Bundesgericht nichts wissen.

²⁸ BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 5.5, AJP 2010 S. 385; BGE 4.12.2007, 5A_582/2007, BGE 134 III 88 ff., 91, E. 4, AJP 2008 S. 478.

²⁹ BGE 8.6.2009, 5A_296/2009, E. 3.

³⁰ BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 5.5 in fine, AJP 2010 S. 385.

³¹ Im Rapport explicatif heisst es dazu, dass Art. 13 Abs. 2 HKÜ «donne aux enfants la possibilité de se faire l'interprète de leur propre intérêt» (Actes et doc., 1980, n° 30).

³² So BGE 4.12.2007, 5A_582/2007, BGE 134 III 88 ff., 91, E. 4, AJP 2008 S. 478, wo das Kind unter anderem auf die schwierige Beziehung zum Vater, den Schulabbruch und ähnliche Unannehmlichkeiten hinwies. Das sei bei der Rückführung eines entführten Kindes «nichts als normal» (idem), das heisst unbeachtlich.

nicht in Betracht gezogen, dass die Anhörung auch bei einem dem Reifegrad einer solchen Willensäusserung nicht genügenden Kind stattfinden muss.³³ Das Bundesgericht hat sich die Frage zwar gestellt, «ob in Abweichung zum bisher Gesagten die in BGE 131 III 553 für die Kinderanhörung gemäss Art. 144 genannte Richtlinie von sechs Jahren auch für diejenige im Rückführungsverfahren allgemein bzw. für diejenige gemäss Art. 13 Abs. 2 HEntfÜ im Speziellen massgeblich sein soll».³⁴ Die Frage ist im Ergebnis dahingehend beantwortet worden, dass die «Richtlinie von sechs Jahren» bei Entführungsfällen nicht gilt, sei das nun im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 HKÜ (was verständlich wäre) oder aber im Hinblick auf eine «blosse» Anhörung im Sinne einer Ergänzung des Sachverhalts, wie das bei Art. 144 ZGB gilt.

Der Gesetzgeber hat anders entschieden. Er hat die Regelung von Art. 144 ZGB in Art. 9 Abs. 2 BG-KKE übernommen.³⁵ Das wäre zwar in Anbetracht von Art. 12 KRK nicht unbedingt nötig gewesen, doch ist eine solche Regel für die praktische Verfahrensführung ebenso nützlich wie im Zivilrecht. Nur will das Bundesgericht davon nichts wissen: Es gebe keinen Anspruch auf Anhörung bei einem Kind, das nicht über den Reifegrad im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ verfüge. Damit bleiben Kinder unter etwa 11 oder 12 Jahren in Entführungsfällen ungehört. Das betrifft die weitaus grosse Mehrheit der Kinder in solchen Fällen. Der Gesetzgeber wollte das nicht. Wie wenn es darum ginge, zu zeigen, dass in Lausanne gleichsam aus einer höheren Warte geurteilt wird, wird das BG-KKE im Urteil vom 11. Januar 2010 nicht einmal erwähnt.

Für die Fachleute aus der Praxis ist diese Haltung «nicht nachvollziehbar».³⁶ In der Öffentlichkeit wird berichtet, dass die Praxis zum Haager Übereinkommen zu Fällen führt, die «jede Menschlichkeit im Keim ersticken».³⁷ In einer gelegentlich zitierten ständigen Rechtsprechung heisst es, es sei bei der Rechtsanwendung «ein Auslegungsergebnis anzustreben, das praktikabel ist».³⁸ Das müsste zur Folge haben, dass das Bundesgericht den Fachleuten aus der Praxis zuhört und auch die Situation und das Befinden des Kindes berücksichtigt. Findet bei noch jungen Kindern keine Anhörung statt, so können dem Richter wichtige Kenntnisse über die familiäre Situation

³³ Art. 12 Abs. 1 KRK wird dem Art. 13 Abs. HKÜ gleichgesetzt: sie entsprächen einander und seien folglich analog auszulegen (BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 5.2, AJP 2010 S. 385). Die blosse Lektüre zeigt, dass das falsch ist: Art. 12 KRK betrifft die Kindesanhörung im Allgemeinen; Art. 13 Abs. 2 HKÜ statuiert das Verweigerungsrecht des Kindes, wofür andere (höhere) Anforderungen an die Reife des Kindes gestellt werden können.

³⁴ BGE 13.2.2007, 5P.3/2007, BGE 133 III 146 ff., 150, E. 2.5, AJP 2007 S. 521.

³⁵ Es wurde lediglich für den Fall der Anhörung durch Dritte präzisiert, dass es sich dabei um eine «Fachperson» handeln müsse.

³⁶ JOACHIM SCHREINER/JONAS SCHWEIGHAUSER/DAVID URWYLER, Zivilrechtliche Kindesentführung – die Sicht der Praktiker, in: Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, S. 99–110 (107).

³⁷ NZZ vom 1.3.2007, S. 17.

³⁸ BGE 96 I 602 ff., 605; 135 II 113 ff., 119.

entgehen, was bei dramatischen Situationen, wie sie bei Kindesentführungen oft auftreten, besonders wichtig ist. So kann etwa der Richter etwas über die vom Vater auf die Mutter und das Kind ausgeübte Gewalt erfahren, die für den Entscheid über die Rückgabe von grosser Bedeutung sein kann. Der Vater wird darüber nicht sprechen wollen und die Mutter sieht die Gefahr vor allem aus der Sicht ihrer eigenen Person, wenn sie überhaupt den Mut aufbringt, darüber zu sprechen. Die Aussage des Kindes kann da ergänzend dem Richter einen tatgetreuen Einblick in die Realität vermitteln.

IV. Die Einheit des Verfahrens

Der Gesetzgeber hat in verschiedener Hinsicht für eine Straffung des Verfahrens gesorgt. Das war politisch unbestritten. Es gab zum einen diejenigen Stimmen, welche das Auftreten dramatischer Situationen durch eine möglichst rasche Behandlung von Rückführungsgesuchen vermeiden wollten. Das musste auch für diejenigen akzeptabel sein, die mehr Gewicht auf das Kindeswohl legen wollten, da die Erfahrung zeigt, dass ein sich lange hinziehendes Verfahren die künftige Rückkehr für die Beteiligten erst recht zum Trauma werden lässt. Bei der Umsetzung des Gesetzes sind indessen Hindernisse aufgetreten.

Das mit dem Gesuch befasste Gericht soll auch über alle notwendigen Schutzmassnahmen befinden (Art. 6 BG-KKE). Das wollte das Bundesgericht sich selbst gegenüber nicht gelten lassen. Die Gesetzesvorlage ist diesem Einwand nicht gefolgt.³⁹ Ein entsprechender Vorbehalt findet sich im BG-KKE nicht. Art. 6 Abs. 1 richtet sich an das «mit dem Rückführungsgesuch befasste Gericht», was das Bundesgericht miteinschliesst. Davon will das Bundesgericht nichts wissen. Anträge, noch im Beschwerdeverfahren dem Kind einen Vertreter beizustellen, werden abgewiesen, obwohl es sich um eine von Amtes wegen und ausnahmslos anzuordnende Schutzmassnahme handelt (Art. 6 und 9 Abs. 3 BG-KKE).

Das Gericht soll soweit erforderlich mit den ausländischen Behörden am bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zusammenarbeiten, um die Folgen einer allenfalls anzuordnenden Rückführung besser ermessen zu können und die notwendigen Vorbereitungen einzuleiten (Art. 10 BG-KKE). Das gilt auch für das Bundesgericht, vor allem etwa, wenn die Beschwerde an sich gutgeheissen werden und der kantonale Entscheid aufgehoben werden soll. Dann muss das Bundesgericht die Verfahrensführung gleichsam selbst an die Hand nehmen. Noch bevor das Gesetz in Kraft trat, hat das Bundesgericht im Verfahren, das zum Urteil vom 16. April 2009 führte, einen

³⁹ Vgl. BBl 2007 S. 2624.

begrüssenswerten ersten Schritt getan. Der Instruktionsrichter hat mit dem mit dem Sorgerecht befassten amerikanischen Richter Kontakt aufgenommen, um gewisse Umstände im Zusammenhang mit der Rückführung des Kindes abzuklären, die für die Beurteilung des Verweigerungsgrundes nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ als massgebend betrachtet wurden. Die Parteien haben die Gelegenheit erhalten, die Ergebnisse zu beurteilen. Die nachfolgenden Schritte im gleichen Verfahren lassen allerdings vermuten, dass diese Initiative nicht wiederholt werden wird. Im anschließenden Vollzugsverfahren waren gewisse Bedingungen der an sich beschlossenen Rückführung abzuklären, wozu wiederum der gleiche amerikanische Richter als Auskunftsource am besten hätte dienen können. Diesmal hat das Bundesgericht den Kontakt mit diesem Richter nicht mehr gesucht und sich stattdessen auf die Vorbringen der Parteien bezogen, mit denen sich allerdings nicht alle Zweifel ausräumen liessen. Das Bundesgericht wollte eine neue Verfügung des gleichen amerikanischen Richters nicht mehr berücksichtigen⁴⁰ und hat sie als «Novum» weggewiesen, nicht ohne den Beschwerdeführer im Detail zu belehren, wie er den Fall im Kanton Zürich wieder neu anhängig machen soll. Die direkte Zusammenarbeit mit dem Kollegen im Ausland wäre sicher schneller und zuverlässiger gewesen. Das hätte allerdings einen bejahenden Hinweis auf den Art. 10 des inzwischen in Kraft getretenen BG-KKE beinhaltet. So weit wollte das Bundesgericht nicht gehen. Die gesetzlich vorgezeichnete Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Behörden wird nicht umgesetzt. Und weist die Mutter darauf hin, dass sie auf Hilfe angewiesen sei, weil sie im Rückkehrstaat über keine materielle Existenz verfüge, so wird das mit dem Argument abgehakt, das sei eine «binnenstaatliche Angelegenheit» in jenem Staat.⁴¹ Gleich ist die Haltung, wenn das Kind nach der Rückkehr dem «sexuellen Grenzverhalten» des Vaters ausgesetzt wird. Statt Schutzmassnahmen mit der ausländischen Behörde abzusprechen, begnügt man sich mit der vagen Hoffnung, dass das Kind «vermutungsweise weiterhin durch die Mutter sowie die Grossmutter mütterlicherseits besucht und teilbetreut werden kann».⁴² Allenfalls wird die Zentralbehörde eingeladen, den ausländischen Sozialbehörden anzuraten, bei der Rückkehr des Kindes Massnahmen zu prüfen oder anzuordnen.⁴³ Das hat mit der präventiv angelegten Zusammenarbeit im Sinne von Art. 10 BG-KKE nichts zu tun. Die gesetzliche Anordnung bleibt unbeachtet.

Der Gesetzgeber wollte auch das Erkenntnis- und das Vollzugsverfahren bei einer einzigen kantonalen Behörde zusammenfassen. Es sollte nicht möglich sein, den Streit um die Rückführung in einer Instanz auszutragen, um sich dann «nach verlo-

⁴⁰ BGE 7.12.2009, 5A_721/2009, E. 3, AJP 2010 S. 1185.

⁴¹ BGE 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.7, AJP 2010 S. 1180; BGE 7.12.2009, 5A_721/2009, E. 3, AJP 2010 S. 1185. Dass ein solches Argument auch bei einer drohenden Gefängnisstrafe gelten müsste, bleibt unbemerkt.

⁴² BGE 11.1.2010, 5A_764/2009, E. 4.5, in fine, AJP 2010 S. 385.

⁴³ BGE 21.2.2011, 5A_27/2011, E. 7.

rener Schlacht» noch an eine andere Vollzugsinstanz zu wenden, um mit der gleichen Argumentation wieder von vorne zu beginnen. Deshalb ist vorgesehen, dass der Rückführungsentscheid bereits mit den erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden ist (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE). Er gilt für die ganze Schweiz (Art. 11 Abs. 2) und kann so nicht andernorts beim Vollzug umgestossen werden. Die Einheit des Verfahrens wird vom Gesetz insofern bekräftigt, als die Kantone für die Vollstreckung eine einzige Behörde bezeichnen müssen (Art. 12 Abs. 1). Damit bleibt aber unklar, ob es sich bei dieser Behörde um die gleiche Behörde handeln muss, die auch über das Gesuch in der Sache entschieden hat. Die Expertenkommission sah vor, dass die über das Gesuch urteilende einzige kantonale Instanz auch «die Vollstreckung regelt», der eigentliche Vollzug hingegen einer andern (aber kantonal einzigen) Behörde anvertraut werden kann (Art. 3 des Entwurfs). Die vielleicht etwas subtile Unterscheidung ist im Gesetz kaum mehr sichtbar. Sie findet sich in der Botschaft des Bundesrates⁴⁴. Es wird ausgeführt, dass das obere kantonale Gericht, das für Rückführungsentscheide allein zuständig ist (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE), auch bis zum Abschluss eines allfälligen Vollstreckungsverfahrens tätig sei. Entsprechend wird im Zusammenhang mit einer Änderung des Rückführungsentscheids, die sich im Stadium des Vollzugs aufdrängen kann, auf «das Gericht» verwiesen (Art. 13 Abs. 1 BG-KKE); das gleiche Gericht entscheidet auch über die Einstellung der Vollstreckung (Art. 13 Abs. 2 BG-KKE). Es würde Sinn und Zweck des BG-KKE entsprechen, dass diese Kompetenzen allesamt bei einer einzigen Instanz zusammengefasst werden. So weit ist es in den meisten Kantonen nicht gekommen. Das Bundesgericht hat nicht zur gebotenen Verfahrenskonzentration beigetragen.

Im Urteil vom 16. April 2009 hat sich das Bundesgericht entschlossen, die noch «verbleibende Bedingung» (betreffend die freie Einreise der Mutter in die USA) für die Gutheissung des Gesuchs zur Rückführung des Kindes so zu formulieren, dass sie «keine zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen erfordert» und damit von den «zuständigen Vollzugsbehörden ohne Eröffnung eines materiellen Ermessensspielraums» festgestellt werden könne.⁴⁵ Die Absicht des Bundesgerichts war durchaus verständlich, die Feststellung einer reinen Tatsache der Vollstreckungsbehörde zu überlassen, aber die gewählte Lösung hat sich gleichwohl als nicht überzeugend erwiesen.

Der eingeschlagene Weg erweckt besonders deshalb Bedenken, weil eine für die Beurteilung der Rückführung wesentliche Sachfrage an die Vollzugs- und nicht an die Erkenntnisbehörde verwiesen worden ist. Das eröffnet die Möglichkeit, vor einer anderen als der Erkenntnisbehörde den Fall zumindest teilweise neu aufzurollen, was man gerade vermeiden wollte und was sich auch mit dem Beschleunigungsge-

⁴⁴ BBl 2007 S. 2624: die Entscheidungsinstanz ist «bis zum Abschluss eines allfälligen Vollstreckungsverfahrens» zuständig.

⁴⁵ 5A_105/2009, E. 3.9, AJP 2010 S. 1180.

bot des Übereinkommens nicht verträgt. Wenn das Bundesgericht den Fall nicht gleich bei sich behalten will, weil es ja am besten weiss, was mit der formulierten Bedingung gemeint ist, so sollte das Dossier an die kantonale Vorinstanz verwiesen werden, bis das Urteil über das Rückführungsgesuch endgültig und bedingungslos feststeht.

Im erwähnten Fall war die Vollstreckung im Kanton Zürich beim kantonalen Jugendamt zu beantragen; das Obergericht wollte sich damit nicht befassen, was zu einem unschönen zweimaligen Hin und Her der Akten geführt hat. Die Frage der materiellen Zuständigkeit des Jugendamts in Anbetracht der einschlägigen Bestimmungen des BG-KKE ist vom Bundesgericht nicht beurteilt worden. Es hätte aber jedenfalls Anlass dazu bestanden, zu prüfen oder zumindest als «obiter dictum» zu erwägen, ob die Bezeichnung des Jugendamtes auch vor Art. 75 Abs. 2 BGG standhält. Diese Bestimmung verlangt ja danach, dass als kantonal einzige Behörde, wie das Art. 12 Abs. 1 BG-KKE und viele andere Bundesgesetze vorschreiben, ein «oberes Gerichts» bezeichnet werden muss, wie das bereits der Bundesrat festgehalten hat.⁴⁶ Das Bundesgericht hätte eigentlich Grund dafür gehabt, um im Entscheid vom 7. Dezember 2009 anzumerken, dass im Kanton Zürich die Bezeichnung des Jugendamts als kantonale Vollzugsbehörde mit Art. 75 Abs. 2 BGG nicht übereinstimmt und auch im Rahmen des BG-KKE problematisch ist. Das höchstrichterliche Stillschweigen bestätigt die Kantone in der Möglichkeit, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zu trennen. Das führt genau zu der zweigleisigen Verfahrensaufteilung, die der Gesetzgeber in Anbetracht der bisherigen unglücklichen Praxis vermeiden wollte, weil sie vor der Vollzugsbehörde einen Spielraum zur materiellen Neuurteilung der Rückführung eröffnet.⁴⁷ Ein neueres Urteil öffnet die Tür zu dieser Entwicklung noch etwas weiter. Die Vollstreckungsbehörden hätten – so heisst es – «den Vollzug zu unterlassen, wenn dieser nicht in einer mit dem Kindeswohl zu vereinbarenden Weise erfolgen kann».⁴⁸

Der Gesetzgeber sah das anders. Art. 12 BG-KKE weist die Vollstreckungsbehörde an, den Vollzug so auszuführen, dass er dem Kindeswohl gerecht wird, vor allem, wenn Zwang ausgeübt werden sollte. Wenn das Kindeswohl aber gefährdet ist, und zwar so, dass die Rückführung bei erneuter Beurteilung gemäss dem Haager Abkommen

⁴⁶ BBl 2007 S. 2624.

⁴⁷ Vgl. BBl 2007 S. 2624, 2627 f.

⁴⁸ BGE 22.6.2010, 5A_385/2010, E. 3, 2. Abschnitt in fine. Im konkreten Fall war die Situation allerdings ganz speziell, waren doch Mutter und Kind schon seit Jahren in Deutschland niedergelassen und nur gerade zu einem Besuch bei den Grosseltern in die Schweiz gereist. Das Bundesgericht zweifelte mit Recht an der internationalen Zuständigkeit der schweizerischen Behörden zur Neuurteilung des Rückführungsentscheids (E. 2). Da blieb nur der Weg der Verweigerung des Vollstreckungsbegehrens. Bedenken muss gleichwohl erwecken, dass dieser Weg in der Praxis nicht auf diesen besonderen Fall eingegrenzt werden könnte (so zwar die E. 3, letzter Abschnitt, in fine, nicht aber der übrige Text).

und Art. 5 BG-KKE nicht erfolgen sollte, dann muss gemäss Art. 13 BG-KKE auf Antrag der Weg zur Änderung des Rückführungsentscheids eingeschlagen werden, wobei die dafür zuständige Behörde den Vollzug suspendieren kann. Diese Frage gehört vor das Erkenntnisgericht und nicht vor die Vollzugsbehörde. Die bisherige Rechtsprechung hat diese Abgrenzung verwischt. Das hätte sich mit einer etwas gründlicheren Auseinandersetzung mit dem BG-KKE vermeiden lassen, denn der Wille des Gesetzgebers ist eindeutig, auch wenn man sich klarere Formulierungen im Gesetz hätte wünschen können.

V. Das Kindeswohl

Eine deutliche Ausrichtung im Sinne einer kindesgerechten Praxis der Rechtsprechung enthält Art. 5 BG-KKE, der den Versagungsgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ für eine typischerweise auftretende Entführungssituation verdeutlicht. Der Gesetzgeber wurde durch die Behandlung von Fällen herausgefordert, bei denen Schweizer Mütter, die im Ausland nach der Trennung vom Vater mit den Kindern über keinerlei lokalen Rückhalt verfügten, in ihrer Heimat Zuflucht suchten. Das ist widerrechtlich, wenn der sorgeberechtigte Vater nicht zugestimmt hat. Dem ist auch dann so, wenn er sich nur dem Schein nach um das Kind kümmern will und sich erst kurz vor Ablauf der Jahresfrist nach Art. 12 Abs. 1 HKÜ beim schweizerischen Gericht meldet, offensichtlich um seine frühere Ehefrau oder Partnerin zu verängstigen. Die Verletzung des väterlichen Sorgerechts lässt der Mutter keinen Ausweg aus dem Haager Übereinkommen. Der Grundsatz der Rückführung (fiktiv als Wiederherstellung des «status quo ante» bezeichnet) ist richtig und ist auch vom Gesetzgeber nicht in Zweifel gezogen worden. Indessen soll die allenfalls zwangsweise Rückführung für die Beteiligten, vor allem das Kind und die Mutter, auch menschlich tragbar sein.⁴⁹

Liegt der Fall so, dass eine Unterbringung des Kindes beim Gesuchsteller (meist dem Vater) offensichtlich nicht dem Kindeswohl entspricht (lit. a), so fragt sich, ob dem entführenden Elternteil die Rückkehr mit dem Kind möglich ist oder zumindest zugemutet werden kann (lit. b). Ist auch diese Frage zu verneinen, dann ist davon auszugehen, dass das Kind im Falle der Rückkehr weder mit dem einen noch mit dem andern Elternteil leben müsste. Dabei handelt es sich aber um eine «ultima ratio», deren Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl sehr oft offensichtlich nicht gegeben ist (lit. c). In einem solchen Fall ist auch die dritte Voraussetzung erfüllt und die Rück-

⁴⁹ Die bisherige Praxis zeigt aber, dass die Haager Konvention zur «realitätsfremden juristischen Fiktion» werden kann, «die sich nur schwer mit dem Kindeswohl verträgt»: JAMETTI GREINER, op.cit., FamPra.ch 2008 S. 279.

gabe zu verweigern. Das Schwergewicht liegt demnach auf der Prüfung der Rückkehrmöglichkeit des Entführers, meist der Mutter (lit. b).

Auch wenn das nicht die Absicht des Gesetzgebers war, so birgt diese bewusst offengehaltene Formulierung das Risiko, dass bei einer überdehnten Auslegung doch richterliche Gedanken einfließen, die offensichtlich dem Kindeswohl nicht gerecht werden. Auch als die Fassung von Art. 5 BG-KKE schon längst feststand, hat das Bundesgericht unbeirrt daran festgehalten, dass «sich nicht als Ausrede auf eine Gefahr berufen kann, wer diese durch Ablehnung der Begleitung des Kindes selbst geschaffen hat», da eine solche Argumentation darauf hinauslaufe, dass der Entführer sein widerrechtliches Verhalten zu seinem eigenen Vorteil ausnütze und seine Interessen vor diejenigen des Kindes stelle.⁵⁰ Das würde bedeuten, dass sich die Mutter nicht auf Art. 5 lit. b berufen könnte mit dem Einwand, dass es ihr unmöglich oder unzumutbar sei, in den Herkunftsstaat zurückzukehren. Dass dem Kind das Verhalten seiner Mutter nicht entgegengehalten werden kann, wird schon gar nicht in die Überlegung einbezogen. Ob sich das Bundesgericht auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes auf dieses für den Gesetzgeber legitime, aber vom Bundesgericht als «Ausrede» abqualifizierte Argument der Mutter einlassen wird, lässt sich kaum voraussagen. Art. 5 BG-KKE scheint dafür nicht genügend «kräftig» zu sein, ist doch die Thematik dieser Bestimmung auf die bloße Frage der «Fremdplatzierung» des Kindes heruntergestuft worden.⁵¹ Damit wird verschleiert, dass es primär darum geht, die enge Beziehung von Mutter und Kind im Hinblick auf das Kindeswohl zu schützen. Das will das Bundesgericht nur in Ausnahmefällen zugestehen.

Ursprünglich wollte das Bundesgericht einen solchen Hinderungsgrund bei der Mutter nur bei Säuglingen in Betracht ziehen, mit der Bemerkung, die Frage sei «kontrovers».⁵² Darüber hinaus erfolgte noch ein kleiner Schritt insofern, als auch die Beziehung der Mutter zu ihrem 2-jährigen Sohn zu bewahren sein könnte, wobei allerdings grundsätzlich «ein Abstillen zumutbar sein dürfte».⁵³ Das wäre dann allenfalls auch zwangsweise durchzusetzen, wobei die Bundesrichter offenlassen, wie sie das anordnen wollen. Wie kann das höchste Gericht nur schon auf die Idee kommen, einer Mutter ihr Kleinkind von der Brust wegzunehmen? Es tut sich ein Abgrund auf zwischen dieser Haltung und dem elementaren menschlichen Respekt vor Kind und Mutter.

⁵⁰ BGE 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.3. Vgl. noch insbesondere: BGE 130 III 530 ff., 534 f.; BGE 16.8.2007, 5A_285/2007, E. 1, AJP 2007 S. 1585; BGE 8.6.2004, 5P.156/2004, E. 3.3, AJP 2005 S. 109.

⁵¹ BGE 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 5.

⁵² BGE 27.3.2003, 5P.71/2003, SZIER 2003 S. 411, E. 2.4.2.

⁵³ BGE 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.4, AJP 2010 S. 1180.

Begrifflich wird noch argumentiert, dass die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts als Ausfluss des Zusammenspiels von Grundsatz und Ausnahme zu verstehen sei, was bedeute, dass die Ausschlussgründe eng auszulegen seien.⁵⁴ Eine solche «Logik» gibt es nicht, was in der Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst nachzulesen ist: «Ausnahmebestimmungen sind weder restriktiv noch extensiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der allgemeinen Regelung auszulegen».⁵⁵ Das lässt die lange Reihe von offensichtlich vom fleissigen Gerichtsschreiber zusammengetragenen Zitaten als sehr einseitig selektioniert erscheinen, zumal das Bundesgericht andere Meinungen weder erwägt noch auch nur erwähnt, wozu auch eine Reihe von Kommentaren in der vom Jubilar so erfolgreich geführten AJP gehören.

Das Bundesgericht hat noch einen anderen Weg aufgezeigt, wie Art. 5 lit. b umgangen werden könnte. Mit der Voraussetzung der möglichen oder vertretbaren Rückkehr der Mutter soll ja gemeint sein, dass es auf die Beziehung zwischen ihr und dem Kind ankommt. Das Bundesgericht meint aber, dass bei höherem Alter des Kindes eine physische Trennung von der Mutter eher tragbar sei. Es sei zwischen «umgebungs- und personenbezogenen Kindern» zu unterscheiden.⁵⁶ Was mit dieser abstrakten Floskel gemeint sein soll, bleibt im Dunkeln. Es scheint die Meinung vorzuherrschen, dass nicht mehr ganz junge Kinder (etwa ab dem Schulalter) den regelmässigen Kontakt mit der elterlichen Hauptbezugsperson entbehren könnten. Wie erschreckend diese Haltung auf Eltern und Betreuer wirken muss, die sich mit Jugendlichen befassen, scheint das Bundesgericht nicht zu bemerken. Der bekannte australische Entführungsfall W. hat gezeigt, dass eine solche Trennung mehr als ein Jahr dauern kann und die betroffenen Kinder traumatisch belastet. Das kann für das dafür letztlich verantwortliche Bundesgericht gar nicht wahr sein, denn diese Kinder waren ja bereits «umweltsbezogen». Noch erschreckender ist die Bemerkung, man könnte ja auch nach Abschluss eines Entführungsverfahrens, das mit der Abweisung des Gesuchs endete, das Verfahren wieder neu aufrollen, wenn der ursprünglich bejahte Verweigerungsgrund nicht mehr besteht.⁵⁷ Diese im konkreten Fall irrelevante Äusserung konnte nur den Zweck verfolgen, den betroffenen Familien auf Dauer Angst zu machen. Will man denn die Kinder W. wieder nach Australien zurückschicken, wenn sich die persönliche Situation des Vaters dort stabilisiert hat? Wo bleibt da die Menschlichkeit? Der Gesetzgeber allein kann da offenbar nicht weiterhelfen.

⁵⁴ BGE 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 5.2; so andeutungsweise auch BGE 4.12.2007, 5A_582/2007, BGE 134 III 88 ff., 91, E. 4, AJP 2008 S. 478; BGE 16.8.2007, 5A_285/2007, E. 1, AJP 2007 S. 1585.

⁵⁵ BGE 136 I 297 ff., 300, mit zahlreichen Hinweisen auf frühere Urteile.

⁵⁶ BGE 16.4.2009, 5A_105/2009, E. 3.4, AJP 2010 S. 1180.

⁵⁷ BGE 22.3.2010, 5A_80/2010, E. 3.1.

Gewichtiger dürfte der Einfluss der Menschenrechte sein. Denn der Autorität des Europäischen Gerichtshofs kann sich das Bundesgericht nicht entziehen, auch wenn es über seinen Präsidenten in der Öffentlichkeit darüber klagen lässt, dass es sich zu oft dem Wink aus Strassburg beugen muss. Das liegt meistens daran, dass das Bundesgericht auf die Strassburger Praxis gar nicht eingeht, üblicherweise mit dem Argument, eine Verletzung der EMRK sei «nicht ersichtlich». Das Urteil im Falle Neulinger und Shuruk c. Schweiz des EGMR vom 6. Juli 2010 (Nr. 41615/07) ist wegweisend für den Schutz von Kind und Mutter bei Entführungen. Zwar hat sich der in Plenarbesetzung urteilende Gerichtshof darauf geeinigt, dass die Einschätzung durch das Bundesgericht⁵⁸ zum damaligen Zeitpunkt trotz berechtigten Zweifeln noch im Rahmen des den nationalen Instanzen beigemessenen Beurteilungsspielraums bewege (§ 145), doch ist die Vollstreckung des Urteils mit klarer Mehrheit von 16:1 Richtern als eine Verletzung von Art. 8 EMRK gewertet worden. Das Urteil gibt deutliche Hinweise auf die bei der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. b des Haager Abkommens zu beachtenden Werte und bestätigt damit auch die vom schweizerischen Gesetzgeber gewollte Auslegung gemäss Art. 5 BG-KKE. Für den Gerichtshof stellt das Kindeswohl das entscheidende Kriterium dar (§ 134, 137). Die Frage der Rückführung ist nicht mechanisch, sondern von Fall zu Fall und in Anbetracht der ganzen Familiensituation zu beurteilen (§ 138, 139). Die im Rückkehrland zu erwartenden Schwierigkeiten ebenso wie die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zu diesem Land, aber auch zum Entführungsland, sind zu gewichten (§ 146). Dabei sind auch die Gründe für die Ablehnung der Rückreise durch die Mutter und die Beeinträchtigung, die eine solche Massnahme im Hinblick auf ihr Recht auf Schutz des Familienlebens bedeuten, mit einzubeziehen (§ 149–151).

Wie das Urteil ausführt, ist die Beachtung des Kindeswohls und der Konvention über die Rechte des Kindes ein tragender Bestandteil der sich seit mehreren Jahren in Entwicklung befindenden Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 8 EMRK in Entführungsfällen. Wie peinlich muss da die noch im Urteil vom 11. Januar 2010 aufgestellte Behauptung des Bundesgerichts erscheinen, dass das Kindeswohl das Rückführungsverfahren nicht beschlage.⁵⁹ Das BG-KKE bleibt unerwähnt. Offensichtlich sollte der Gesetzgeber dafür angemahnt werden, dass er das Kindeswohl in Entfüh-

⁵⁸ BGE 16.8.2007, 5A_285/2007, AJP 2007 S. 1585.

⁵⁹ 5A_764/2009, E. 4.4; es sollte damit erklärt werden, dass das gegenüber dem Kind sexuelle Grenzverhalten des Vaters nicht zu beachten sei. Es ist nicht ohne Interesse zu vermerken, dass das Bundesgericht vor nicht allzu langer Zeit genau umgekehrt geurteilt hat, mit der Beobachtung, dass das Abkommen «mehrfach dem Kindeswohl Vorrang vor dem Interesse an der Rückführung eines entführten Kindes einräumt» (BGE 13.9.2001, 5P.160/2001, E. 4b/aa, letzter Absatz, AJP 2002 S. 471); vier Jahre früher ist in der gleichen Sache im gegenteiligen Sinne argumentiert worden (vgl. BGE 123 II 419 ff., 424). Wer noch glaubt, es gehe da um blosse analytische «Rechtsanwendung» oder gar «logischen Syllogismus» wird eines Besseren belehrt. Es geht weit mehr um die moralische und rechtspolitische Verantwortung der Bundesrichter.

rungsfällen besser schützen wollte.⁶⁰ Mit der Berufung auf das übergeordnete Haager Abkommen hätte sich so das Gesetz und vor allem Art. 5 BG-KKE unterlaufen lassen. Das lässt das Urteil Neulinger nicht zu, dessen Lektüre auch deshalb interessant ist, weil sie dem neuen Bundesgesetz einen breiten Raum einräumt, wobei die positive Bewertung leicht erkennbar ist, wie wenn es gölte, für das Bundesgericht ein Vorbild zu schaffen.

Das Bundesgericht zeigt sich noch verschlossen und hat bereits eine erste Verteidigungslinie aufgezo-gen. Der ihm vorliegende Fall könne mit dem Fall Neulinger «nicht im Ansatz verglichen werden». Auch der EMRK anerkenne, dass nur «wirkliche Gefahren» zu berücksichtigen sind.⁶¹ Wer will denn Gefahren zum Urteilsmasstab nehmen, die «nicht wirklich» sind? Wie kann man den oft tragischen Entführungssituationen mit solchen Worthülsen begegnen? Das Urteil Neulinger ist ohnehin schon lang genug, um jedem einsichtigen Richter zu verstehen zu geben, dass es nicht nur um den konkreten Fall ging, sondern auch darum, darzulegen, welche Grundsätze und Leitlinien in Zukunft menschenrechtlich massgebend sein sollen. Dabei steht das Kindeswohl klar im Vordergrund. Wie lange noch will sich das Bundesgericht dem Blick aufs Kind verschliessen?

Was tun?

Die Eidgenössischen Räte haben ihren Beitrag zur kindesgerechten Anwendung des Haager Abkommens geleistet. Man kann sich immer die eine oder andere Verbesserung wünschen, doch werden Gesetze so oder so nie perfekt. Sinn und Zweck des BG-KKE stehen jedem Rechtssuchenden klar vor Augen. Beim Bundesgericht ist hingegen die Einsicht noch nicht durchgedrungen, dass sich die Geisteshaltung in Richtung Kindeswohl gewandelt hat und dass das Gesetz angewandt sein will. Das ist sehr bedauerlich und sollte aus rechtsstaatlicher Sicht auch dem Parlament zu denken geben. Bereits Art. 14 BG-KKE über die Garantie der Kostenlosigkeit ist erlassen worden, um das Bundesgericht in seiner wiederholten Missachtung von Art. 26 HKÜ zu korrigieren. Da das BG-KKE nun steht, fehlt eigentlich nur noch eine Bestimmung wie: «Dieses Gesetz gilt auch für das Bundesgericht». So weit wird es nicht kommen. Das Bundesgericht wird sich seiner Verantwortung einsichtig zeigen. Die Frage ist nur, wie viele Kinder bis dahin noch zum Opfer bundesgerichtlicher Sturheit werden und ob es dabei tatsächlich so weit kommt, dass einer Mutter der Säugling weggenommen wird.

⁶⁰ BBl 2007 S. 2600, 2621.

⁶¹ BGE 4.2.2011, 5A_913/2010, E. 5.2.

Wie hiess es doch im Nachtrag zum Skandal der Kinder der Landstrasse? Man hätte frühzeitig warnen sollen! Der Jubilar hat's getan.

