

## Kindesentführungen: Neuigkeiten in Gesetz und Praxis

Andreas Bucher

*Récemment, certains cas difficiles et parfois dramatiques ont montré que l'application de la Convention de la Haye de 1980 dans la pratique n'est pas toujours convaincante. La nouvelle Loi fédérale (LF-EEA) entrée en vigueur le 1er juillet 2009 en même temps que deux Conventions de La Haye est censée apporter des améliorations. Un arrêt important du 16 avril 2009 montre que le Tribunal fédéral est prêt à s'acheminer vers de nouvelles voies, plus proches du bien de l'enfant et prenant également en compte les situations très difficiles auxquelles les mères sont confrontées. (if)*

### Inhaltsübersicht

#### I. Grundlagen

#### II. Kindesgerechte Ausgestaltung des Verfahrens

##### 1. Die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung

##### 2. Das Gerichtsverfahren

##### 3. Die Schutzmassnahmen

#### III. Kindesgerechte Beurteilung des Rückführungsgesuchs

#### IV. Vollstreckung von Rückführentscheiden

## I. Grundlagen <sup>^</sup>

[Rz 1] Einige schwierige und zum Teil dramatische Fälle haben in jüngster Zeit gezeigt, dass die Anwendung des Haager Übereinkommens von 1980 (HKÜ)<sup>1</sup> nicht immer überzeugt und neu überdacht werden muss.<sup>2</sup> Auf der Grundlage des vom Parlament veranlassten Entwurfs einer Expertenkommission<sup>3</sup> haben die eidgenössischen Behörden ziemlich rasch und einstimmig eine Gesetzesvorlage entstehen lassen, welche die künftige Praxis auf neue Grundlagen stellt<sup>4</sup> und überdies die Ratifikation der beiden Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Kindern (HKsÜ)<sup>5</sup> und Erwachsenen (HEsÜ)<sup>6</sup> unterstützt hat. Nachdem die Kantone eher zögernd die Umsetzung an die Hand genommen haben, konnte das Bundesgesetz zusammen mit den beiden Abkommen schliesslich auf den 1. Juli 2009 in Kraft gesetzt werden (BG-KKE).<sup>7</sup> Inzwischen hat sich auch die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts mit dem Urteil vom 16. April 2009<sup>8</sup> auf neue, dem Kindesinteresse näher stehende Wege begeben, die auch mehr Verständnis für die manchmal sehr schwierige Situation der heute als Entführer im Vordergrund stehenden Mütter erkennen lassen. Das neue Gesetz und der dort verlangte Beizug von Experten werden auch der Zentralbehörde des Bundes zu einer gegenüber den betroffenen Müttern einfühlbareren Praxis verhelfen. Die praktische Umsetzung der neuen gesetzlichen Vorgaben ist allerdings noch nicht gefestigt. Das zeigt gleichsam als Warnung das neue Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Januar 2010<sup>9</sup>, das vom BG-KKE keine Kenntnis nimmt und gleich mehrere Bestimmungen missachtet.

[Rz 2] An den tragenden Pfeilern des Haager Übereinkommens wird selbstverständlich nicht gerüttelt. Der Grundsatz der Rückgabe widerrechtlich entführter Kinder wird heute von über 80 Staaten befürwortet und praktiziert. Es soll in den internationalen Beziehungen nicht möglich sein, dass sich ein Elternteil einen Vorteil daraus schafft, dass er das gemeinsame Kind dem andern Elternteil entzieht und vom Staate des gemeinsamen Aufenthalts der Familie in einen andern Staat verbringt. Eine gewisse Verschiebung ergibt sich hingegen in den für die Rückführung tragenden Werten. Die Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (KRK) tritt mehr und mehr in den Vordergrund, zumal sie auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Entführungsfällen auf gleicher Ebene mit dem Haager Übereinkommen die Anwendung von Art. 8 EMRK bestimmt.<sup>10</sup> Das war im Grunde schon immer die Rechtslage, vor allem auch auf der Grundlage des *Rapport explicatif*, in dem es an Hinweisen auf das Kindeswohl nicht fehlt.<sup>11</sup> Das ist oft nicht beachtet worden, um einer Werthaltung zum Durchbruch zu verhelfen, die vor allem von vielen betroffenen Müttern als hart und herzlos empfunden worden ist und die sich insoweit in ihren Auswirkungen auch für die Kinder nicht selten als traumatisierend erwies.

[Rz 3] Im Folgenden wird vor allem auf die praxisrelevanten Aspekte eingegangen, wobei im Vordergrund die Neuerungen des BG-KKE und die durch das Urteil vom 16. April 2009 angedeutete Entwicklung stehen. Dabei geht es in erster Linie um die Gerichtsorganisation und die Gestaltung des Verfahrens (II). Dazu gehört auch eine deutlichere Ausrichtung auf das Kindeswohl beim wichtigsten Grund, der es erlauben kann, von einer Rückführung abzusehen (III).

## II. Kindesgerechte Ausgestaltung des Verfahrens <sup>^</sup>

[Rz 4] Die Zentralbehörde steht am Ausgangspunkt der zu treffenden Massnahmen, sobald das Gesuch um Rückführung eines angeblich entführten Kindes bei ihr eintrifft (Art. 7 Abs. 2 HKÜ). Es lassen sich zwei Zielvorgaben unterscheiden. Priorität hat zu Beginn die Herstellung der Kommunikation mit und zwischen den Parteien und der Versuch, eine freiwillige Rückgabe zu erreichen, wobei sich ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation als besonders hilfreich erweisen kann (Art. 7 Abs. 2 lit. c, Art. 10 HKÜ).<sup>12</sup> In zweiter Linie, wenn so keine Lösung zu erreichen ist, ist das Gesuch dem zuständigen Gericht weiterzuleiten (Art. 7 Abs. 2 lit. f), sofern der Antragsteller das nicht bereits selbst getan hat.

### 1. Die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung <sup>^</sup>

[Rz 5] Statt das Gesuch wie bisher umgehend dem Gericht zu überweisen, soll die Zentralbehörde zunächst ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation einleiten (Art. 4 Abs. 1 BG-KKE). In nur geringfügig streitigen Fällen kann die Behörde selbst vermittelnd tätig werden. Dort, wo sich die familiäre Situation als zu sehr Konflikt-beladen erweist, ist die Zentralbehörde aber oft überfordert.

[Rz 6] Art. 3 BG-KKE sieht vor, dass die Zentralbehörde des Bundes in Zusammenarbeit mit den Kantonen dafür sorgt, dass ein *Netzwerk* von Experten und Institutionen aufgebaut wird, in dem das nötige pluridisziplinäre Fachwissen gleichsam abrufbar ist, und zwar in der gebotenen Eile. Damit ist die Schweizerische Stiftung des Internationalen Sozialdienstes (SSI) beauftragt worden. Die per Einzelfall angerufenen Personen sollten zunächst eine Lageanalyse vornehmen, die einzuleitenden Schritte planen und im entsprechenden Sinne mit den betroffenen Personen Kontakt aufnehmen. Die möglichst baldige Einbindung aller Beteiligten hilft, unnötige Konflikte im Keim zu ersticken und zumindest eine Basis für ein minimales Vertrauen zu schaffen.

[Rz 7] Der wichtigste Schritt ist alsdann die Einleitung des Vermittlungsverfahrens oder einer Mediation, wobei in diesem Stadium die spezifischen Elemente dieser beiden Wege wohl kaum auseinander zu halten sind. Die berufenen Angehörigen des Netzwerks vertreten insofern die Zentralbehörde, die letztlich die Verantwortung trägt (Art. 4 Abs. 1 BG-KKE). Obwohl das Gesetz eine Kann-Vorschrift enthält, ist die gesetzliche Absicht klar und insofern für die Zentralbehörde bindend, dass der direkte Gang zum Gericht nur eingeschlagen werden soll, wenn eine vorgerichtliche Regelung des Streitfalls zum Vorneherein als aussichtslos erscheint. Das Netzwerk ist geschaffen worden, um die Zentralbehörde zu unterstützen.<sup>13</sup> Es soll gleich von Beginn an, wenn das Rückführungsgesuch bei der Zentralbehörde eintrifft, mit der Unterstützung von Fachleuten versucht werden, zu einvernehmlichen Lösungen zu kommen.<sup>14</sup>

[Rz 8] Weitere Vorschriften zum Verfahren enthält das Gesetz hierzu nicht, abgesehen von der praktisch wichtigen Bestimmung, dass alle betroffenen Personen zu veranlassen sind, daran teilzunehmen (Art. 4 Abs. 2 BG-KKE). Damit soll vor allem der in seinen Elternrechten verletzte Elternteil (meist der Vater) veranlasst werden, in die Schweiz zu kommen, wobei die Behörden allenfalls mit finanzieller Unterstützung helfen sollten. Die praktische Erfahrung zeigt, dass der Erhalt des Kontakts und der gegenseitigen Beziehungen in der Familie wesentlich dazu beitragen können, dass schliesslich eine tragfähige Lösung gefunden werden kann.<sup>15</sup> Das Kind hat Anspruch auf das Weiterleben der Familienbeziehungen. Das ist vor allem wichtig in dieser Anfangsphase, wenn der Streitfall noch nicht intensiv juristisch bearbeitet worden ist. Im Übrigen können die Bestimmungen der künftigen ZPO als Hilfe dienen, wobei vor allem das Prinzip der Vertraulichkeit wichtig ist (Art. 205, 216).

[Rz 9] Das Netzwerk muss auch in der Lage sein, Kindesvertreter zur Verfügung zu stellen oder zu vermitteln (Art. 3 Abs. 1 BG-KKE). Dafür ist normalerweise eine Beistandschaft zu errichten. Die Zentralbehörde, ebenso wie jede der Parteien ist befugt, eine solche Massnahme beim zuständigen

Gericht zu beantragen, und zwar interessanterweise auch dann, «wenn das Gesuch bei diesem Gericht noch nicht eingereicht worden ist» (Art. 6 Abs. 2 BG-KKE). Das erlaubt, dass das Kind bereits an den Kontakten mit der Zentralbehörde und bei den Vermittlungsbemühungen teilnehmen kann.

[Rz 10] Man wird wohl nicht fehlgehen in der Annahme, dass sich die Vorgaben des Gesetzgebers in der Praxis zumindest in einer Anlaufphase nicht massstabsgetreu werden umsetzen lassen.<sup>16</sup> Eingefahrene Verhaltensmuster und Budgetprobleme werden eine Rolle spielen. Sowohl der Zentralbehörde wie den Fachpersonen aus dem Netzwerk fehlt eine prozessuale Einbettung ihrer Tätigkeit, ohne die es manchmal schwierig ist, die Parteien wirkungsvoll zur Mitarbeit anzuregen. Die Grundlagen dazu sind zwar im Abkommen (Art. 7 und 10) und im BG-KKE (Art. 3, 4 und 6 Abs. 2) vorhanden, doch muss die Zentralbehörde zunächst den Weg finden, um sich in ihrer neuen Rolle der aktiven Vermittlung zu etablieren. Dazu gehört auch die Einbindung der Experten des Netzwerks, die für die praktische Bearbeitung von mittelschweren bis schwierigen Fällen beizuziehen sind. Allerdings wird es auch Fälle geben, in denen die direkte Verweisung an das zuständige kantonale Gericht als unausweichlich erscheinen mag. Genauere Angaben dazu müssen den ersten Erfahrungen mit dem BG-KKE entnommen werden, wobei davon auszugehen ist, dass alle betroffenen Behörden bereit sind, die neuen gesetzlichen Lösungen so gut wie möglich umzusetzen. Bei vielen in dieser Materie an verantwortlicher Stelle tätigen Beamten und Rechtsberatern musste es deshalb als herbe Enttäuschung empfunden werden, dass das Bundesgericht in seinem Urteil vom 11. Januar 2010 vom neuen Gesetz nicht einmal Kenntnis nahm.

## 2. Das Gerichtsverfahren <sup>^</sup>

[Rz 11] Ein zentrales Element der Reform ist die Konzentration des Verfahrens in den Kantonen beim «oberen Gericht», das als «*einzigste Instanz*» urteilt (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE). Als besonders neu erweist sich die Möglichkeit, das Verfahren an ein oberes Gericht eines Nachbarkantons zu verweisen, wenn dieses etwa über mehr Erfahrung verfügt. Um prozessualen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, müssen die betroffenen Gerichte und die Parteien zustimmen (Art. 7 Abs. 2 BG-KKE).

[Rz 12] Das kantonale Gericht hat über das Rückgabegesuch zu befinden. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass sich die Parteien im Rahmen der vorangehenden Vermittlung geeinigt haben, dass sie jedoch danach streben, ihre Einigung gerichtlich genehmigen zu lassen, um sie dadurch solider und auch für eine allfällige spätere Vollstreckung verwendbar zu machen. Die Zuständigkeit des oberen kantonalen Gerichts ist für ein solches Begehren nicht ausdrücklich vorgesehen, doch sollte sie in Analogie zu Art. 6 Abs. 2 BG-KKE bejaht werden.<sup>17</sup> Sie erstreckt sich aber nicht auf Teile der Vereinbarung, die über den Rückzug des Begehrens und allfällige begleitende Schutzmassnahmen hinausgehen, da dem Gericht dafür die Kompetenz abgeht (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ). Eine befriedigende Lösung lässt sich allenfalls in Zusammenarbeit mit dem für das Sorgerecht zuständigen ausländischen Richter finden.<sup>18</sup>

[Rz 13] Sobald es mit dem Gesuch um Rückführung des Kindes befasst ist, 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).<sup>19</sup> Eine Einigung, die den Rückzug des Gesuchs zur Folge hat, kann vom Gericht ratifiziert werden. Kommt es nicht so weit, so muss das Gericht entscheiden (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE). Die Vertraulichkeit des Vermittlungsverfahrens und der Mediation ist dabei zu achten.

[Rz 14] Das Gericht urteilt im *summarischen Verfahren* (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE). Dabei sind aber die davon in vielfacher Hinsicht abweichenden Vorgaben des BG-KKE zu beachten (vgl. auch Art. 302 ZPO). Nach Art. 9 Abs. 1 BG-KKE hat das Gericht die Parteien so weit als möglich persönlich anzuhören. Dabei steht wiederum der im Ausland lebende Elternteil und Antragsteller im Vordergrund. Dessen Meinung kann wertvolle Informationen liefern, vor allem wenn der Verweigerungsgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zur Debatte steht. Dem betreffenden Elternteil sind die Anreise und der Aufenthalt in der Schweiz zu erleichtern und gegebenenfalls zu vergüten. Auch ist das Verfahren so einzuleiten, dass der an einem ersten Vermittlungsversuch teilnehmende Elternteil (Art. 4 BG-KKE) in der Lage ist, im Falle des Scheiterns unmittelbar danach auch vom Gericht angehört zu werden.<sup>20</sup>

[Rz 15] Eine weitere Regel sieht vor, dass das Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife *anzuhören* ist (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE). Die Anhörung erfolgt von Amtes wegen.<sup>21</sup> Will der Richter das ausnahmsweise nicht selbst tun, so muss er damit eine «Fachperson» beauftragen. Das weicht von

den üblichen Formulierungen ab, die auf «Dritte» verweisen (so Art. 298 Abs. 1 ZPO). Die Anhörung darf nicht einfach an eine Behörde delegiert werden, die sich etwa mit Jugendschutz befasst, wie das in der Praxis heute noch oft geschieht. Es muss ein Experte angerufen werden, was verlangt, dass der Richter eine Einzelperson bezeichnet, von deren Kompetenzen er sich hat überzeugen können. Die Anhörung muss vom Kindeswillen im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ unterschieden werden.<sup>22</sup> Das anzuhörende Kind muss sich über alle allenfalls relevanten Aspekte äussern können. Sogar noch kleine Kinder können etwas beitragen, auch wenn sie im Übrigen die besondere Problematik der Kindesentführung nicht überblicken. 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.<sup>23</sup>

[Rz 16] 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), mit dem Ergebnis, dass der Richter oft aus eigenem Urteil darauf verzichtet, ohne sich um das Befinden des Kindes zu kümmern. Es wird noch einige Zeit dauern, bis alle Widerstände überwunden sind, um eine in vielen Ländern selbstverständliche Schutzmassnahme umzusetzen. Man wird mit Rechtsmissbrauch, überspitztem Formalismus, unnötigen Kosten, Verletzung des Beschleunigungsgebots und ähnlichen Gründen argumentieren wollen. Eigentlich sollte es ausreichen, das Gesetz zu beachten. Das gilt im Übrigen auch für Verfahren, die vor dem 1.7.2009 eingeleitet worden sind, an diesem Tag aber noch hängig waren (Art. 16 BG-KKE), und zwar sowohl im Erkenntnis- als auch im Vollstreckungsstadium, da auf diesen beiden Stufen das Kindeswohl zu beachten ist. Das ist bisher erst vereinzelt beachtet worden.<sup>24</sup>

[Rz 17] Wie wenn das nötig wäre, fügt das Gesetz an, dass der Beistand Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen kann (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE). Das macht zumindest deutlich, dass das Kind im Verfahren als *Partei* vertreten wird.<sup>25</sup> Das ist vom Bundesgericht schon bisher akzeptiert worden, doch hat sich die Rechtsprechung nie konsolidiert, mit dem Ergebnis, dass in einigen Fällen das Kind als Partei oder Beschwerdeführer auftrat,<sup>26</sup> während in andern Fällen nur die Eltern beteiligt waren, wie wenn die Qualität als Partei dem Willen der Betroffenen überlassen wäre. Diese rechtsstaatlich bedenkliche Ungleichbehandlung der Kinder soll nun durch den amtlichen Beizug eines Beistands beseitigt werden.<sup>27</sup> Die Umsetzung dieses im Übrigen in Art. 11 Abs. 2 BV enthaltenen Grundrechts ist allerdings noch mangelhaft.<sup>28</sup> Der Beistand muss aus der Sicht des Kindes handeln und sich vor allem gegenüber den Standpunkten jedes der Eltern unabhängig verhalten. Es gehört zu seiner Aufgabe, die Haltung des Kindes einzubringen, und zwar auch dann, wenn das Kindeswohl dafür spricht, dass es wieder in den Herkunftsstaat zurückkehren kann, oder wenn die Rückkehr zumindest keine unzumutbare Situation mit sich bringt. Er muss sich nicht über alle durch das Gesuch aufgeworfenen Fragen äussern, sondern kann sich sehr wohl nur auf die aus der Sicht des Kindes wichtigen Elemente beschränken. Der Beistand, der sich im Verfahren still verhält, handelt pflichtwidrig.<sup>29</sup>

[Rz 18] Neu sieht Art. 10 BG-KKE vor, dass das Gericht mit den zuständigen Behörden des Staates, in dem das Kind zuvor seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (und meist noch hat), *zusammenarbeiten* soll (Abs. 1), wobei es vor allem darum geht, dass sich das Gericht vergewissert, auf welche Weise die Rückführung in diesen Staat vollzogen werden kann (Abs. 2). Die entsprechend anzustrebenden Kontakte mit den zuständigen ausländischen Behörden<sup>30</sup> vermitteln dem Gericht allenfalls auch wichtige Informationen für den Fall, dass dem Kind bei der Rückführung Gefahr drohen sollte, weil sich etwa die Beherbergung beim Vater als unmöglich oder nicht angemessen erweist, weshalb es entscheidend darauf ankommen kann, ob die vom Kind anzutreffenden Verhältnisse als tolerierbar gelten können und ob die zuständigen Behörden bereit sind, die nötigen Schutzmassnahmen anzuordnen und umzusetzen. Das muss vor dem Urteil geschehen.<sup>31</sup> Die nähere Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit ist nicht gesetzlich festgelegt und deshalb der Praxis überlassen.<sup>32</sup> Den Parteien ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Es wird sich als angemessen erweisen, wenn das kantonale Gericht die Parteien vorgängig bezieht, um die zu stellenden Fragen und die einzuleitenden Schritte möglichst gut zu definieren.<sup>33</sup> Das ist keine eigentliche Verpflichtung, sondern muss nach den konkreten Umständen beurteilt werden. Das rechtliche Gehör ist gewahrt, wenn die Parteien die Gelegenheit erhalten, die eingetroffenen Antworten zu kommentieren. Eine intensivere Verfahrensbegleitung durch die Parteien wäre allerdings die bessere Lösung. Zukünftig werden auch hier moderne Formen der Prozessführung eingeführt werden. Was in Schiedsverfahren üblich ist, kann auch in internationalen Verfahren des Familienrechts nützlich sein und vor allem eine zügigere

Verfahrensleitung erlauben. So kann sich eine Kooperation via Videokonferenz, unter Beteiligung der Parteien, als sehr ergiebig erweisen, da sie die hängigen Probleme für alle gleichzeitig auf den Tisch bringt.

[Rz 19] Die *Zentralbehörde* sollte bei diesen Kontakten hilfsweise beigezogen werden (Art. 10 Abs. 2 BG-KKE). Sie ist ohnehin über die wesentlichen Verfahrensschritte zu informieren (Art. 8 Abs. 3 BG-KKE). Im Übrigen könnte sie auch am Verfahren teilnehmen.<sup>34</sup>

[Rz 20] Der kantonale Entscheid eröffnet den Weg der *Beschwerde in Zivilsachen* ans Bundesgericht. Es soll sich nicht um eine Zivilsache handeln, sondern um eine Angelegenheit öffentlich-rechtlicher Natur, die im Zusammenhang mit ausländischem Zivilrecht stehe.<sup>35</sup> Das ist zwar kaum verständlich, aber erreicht das richtige Ziel der gesetzlichen Grundlage in Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG. Für den Gesetzgeber geht es schlicht um Zivilrecht.<sup>36</sup> Die Beschwerdefrist ist sehr kurz, auf 10 Tage bemessen (Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG), und zwar gilt das auch für allfällige Nebenbegehren.<sup>37</sup> Es wird normalerweise die aufschiebende Wirkung gewährt (Art. 103 BGG), denn ohne diese hat die Beschwerde keinen Sinn mehr. Das Zürcher Obergericht hat mit Urteil vom 4. Dezember 2009 die unmittelbare Vollstreckung ermöglicht und das Kind gleich anschliessend an die Urteileröffnung dem Vater mit der Erlaubnis zur Ausreise übergeben.<sup>38</sup> Es hiess, ein Weiterzug an das Bundesgericht sei nach wie vor möglich. Das steht keineswegs fest, denn das Bundesgericht hat in einem ähnlichen Fall entschieden, es bestehe diesfalls kein aktuelles praktisches Interesse an einer (staatsrechtlichen) Beschwerde mehr.<sup>39</sup>

[Rz 21] Der Gesetzgeber hat sich auch gegenüber dem Bundesgericht für die Einheit des Verfahrens entschieden.<sup>40</sup> Das gilt ganz besonders für die allenfalls noch zu treffenden *Schutzmassnahmen* (Art. 6 BG-KKE). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nicht zugelassen, ausser wenn der kantonale Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Dazu kommt, dass das Bundesgericht zwar auf den Sachverhalt der Vorinstanz abstellt, aber davon abweichen kann, wenn die dort festgestellten Tatsachen offensichtlich unrichtig sind oder «auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG» beruhen (Art. 105 BGG). Das sollte bedeuten, dass das Bundesgericht auf Tatsachen eingeht, die bei richtiger Rechtsanwendung relevant sind, aber von der Vorinstanz aufgrund der vorgenommenen falschen materiellen Rechtsanwendung nicht berücksichtigt worden sind. Dann müssen solche Tatsachen aber auch als Nova eingebracht werden können. Im Ergebnis bedeutet das, dass das Bundesgericht auf Antrag der Parteien oder aus eigener Initiative die Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Behörden neu aufnehmen oder anders gestalten kann (Art. 10 BG-KKE) und auch eine aus seiner Sicht unvollständige Anhörung des Kindes zu ergänzen hat (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE). Im Verfahren, das zum Urteil vom 16. April 2009 führte, ist das Bundesgericht sehr innovativ auf diese Weise vorgegangen, was sehr zu begrüßen ist.<sup>41</sup> Der Instruktionsrichter hat mit dem mit dem Sorgerecht befassenen 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.

[Rz 22] Das Bundesgericht hat allerdings nicht für eine klare Linie gesorgt, was für die Parteivertreter grosse Unsicherheit und prozessuale Mehrbelastungen mit sich bringt, einschliesslich der damit verbundenen zusätzlichen Kosten, die in solchen Verfahren letztlich vom Steuerzahler zu tragen sind. Im Folgeentscheid vom 7. Dezember 2009 wollte das Bundesgericht eine neue Verfügung des gleichen amerikanischen Richters nicht mehr berücksichtigen und hat sie als «Novum» weggewiesen, nicht ohne den Beschwerdeführer im Detail zu belehren, wie er den Fall im Kanton Zürich wieder neu hängig machen soll. Im Urteil vom 11. Januar 2010 wird grosses Gewicht darauf gelegt, dass die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen grundsätzlich verbindlich seien, aber «unter Vorbehalt offensichtlicher Sachverhaltsmängel im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG, die dem Richter geradezu in die Augen springen».<sup>42</sup> Auf dieser Grundlage wurden diverse Schreiben der Schulbehörden, die vom Vater nachgereicht wurden, zugelassen, wobei die blosser Lektüre zeigt, dass deren Bedeutung keineswegs in die Augen springt, da sie sich in erster Linie mit dem Vater befassen und die für das Kind entstandene sexuelle Bedrängnis durch den Vater nicht ansprechen. Mit dieser Praxis wird es für jeden Beschwerdeführer, der den kantonalen Vorentscheid vor Bundesgericht umwerfen will, nahe liegen, neue Beweismittel vorzutragen, von denen leicht zu sagen sein wird, dass sie bei weitem mehr «in die Augen springen» als die vom Bundesgericht mit offensichtlich grosser Naivität empfangenen Schulberichte.

[Rz 23] Es gilt in allen Instanzen und bereits in der Vorphase das *Beschleunigungsgebot* (Art. 2, 11). Das gilt auch bei der Anwendung der Bestimmungen des BG-KKE, die ja die Wirksamkeit des Abkommens nicht untergraben wollen.<sup>43</sup> Das Überschreiten einer Frist von sechs Wochen gilt als Verzögerung, die erklärungs pflichtig ist. Es überwiegt die Ansicht, dass diese Frist für jede Instanz separat zu beachten ist. Neuerdings kann eine Partei dem Bundesgericht auch beantragen, dass festgestellt wird, die Vorinstanz hätte wegen ungebührlichen Zeitablaufs Art. 11 Abs. 2 HKÜ verletzt, was eine Verletzung von Art. 6 EMRK und von Art. 29 Abs. 1 BV mit einschliesst.<sup>44</sup> Die betroffene Partei verfügt auch über die Möglichkeit, gegen den betroffenen Kanton im Rahmen des kantonalen Rechts eine Klage auf Verantwortlichkeit einzureichen.<sup>45</sup>

[Rz 24] Das Verfahren ist für den Gesuchsteller grundsätzlich *kostenlos*, nicht aber in den Beziehungen zu Staaten, die gegenüber der Garantie der Kostenlosigkeit einen Vorbehalt angebracht haben. Seit der Einführung der Beschwerde in Zivilsachen hat sich das Bundesgericht dem Grundsatz von Art. 26 HKÜ angeschlossen.<sup>46</sup> Der Zweck von Art. 14 BG-KKE ist damit frühzeitig erreicht worden.<sup>47</sup> Die Bestimmung dient immerhin noch dazu, festzuhalten, dass auch die Kosten eines Vermittlungsverfahrens und einer Mediation damit abgedeckt sind. Überdies kann sie das Bundesgericht<sup>48</sup> und die Zentralbehörde<sup>49</sup> gemahnen, Art. 26 HKÜ auch vollständig zu beachten.

### 3. Die Schutzmassnahmen ^

[Rz 25] Das obere kantonale Gericht verfügt nicht nur über die alleinige Kompetenz, um das Rückkehrgesuch zu beurteilen, sondern es ist auch *ausschliesslich* dafür zuständig, alle notwendigen begleitenden Schutzmassnahmen anzuordnen. Das gilt, sobald das Gericht mit dem Gesuch befasst ist (Art. 6 Abs. 1 BG-KKE). Das gilt aber auch, sobald das Gesuch bei der Zentralbehörde eingegangen ist, auch wenn es «bei diesem Gericht noch nicht eingereicht worden ist» (Art. 6 Abs. 2 BG-KKE). Im letzteren Fall handelt das Gericht aber nur auf Antrag der Zentralbehörde oder einer der Parteien. Ist ein schweizerischer Richter bereits vorgängig mit einem Begehren betreffend die Beziehungen zum Kind befasst worden (im Zusammenhang mit dem Schutz der Ehe oder einer Scheidung), so entfällt seine Zuständigkeit, sobald das BG-KKE eingreift.

[Rz 26] Es geht dabei hauptsächlich um die möglichst frühzeitige Ernennung des *Kindesvertreters*, damit das Kind bereits gegenüber der Zentralbehörde und im Rahmen des Vermittlungsverfahrens oder der Mediation präsent ist. Der andere wichtige Aspekt ist die Regelung der *Beziehungen* mit dem in seinem Sorgerecht verletzten Elternteil. Dessen Kontakte mit dem Kind müssen möglichst bewahrt und gefördert werden, auch wenn sich der entführende Elternteil dagegen zur Wehr setzt. Die Lösung des durch die Entführung entstandenen Familienkonflikts darf durch das Ausgrenzen eines Elternteils nicht präjudiziert werden. Regelmässige Kontakte erleichtern oft eine einvernehmliche Lösung, vor allem wenn das Besuchsrecht unter kompetenter Begleitung ausgeübt wird.

[Rz 27] Zu den Schutzmassnahmen gehören allenfalls auch Sicherungsmassnahmen, damit der Entführer nicht so weit geht, dass das Kind versteckt oder in ein anderes Land gebracht wird oder sonstwie versucht wird, dem verletzten Elternteil seine legitimen Ansprüche auf richterliche Beurteilung seines Gesuchs illusorisch zu machen. Die praktischen Schwierigkeiten sind indessen beträchtlich. Die Hinterlegung des Passes ist wenig wirksam geworden, seit dieser Ausweis für die Reise im Schengen-Raum nicht mehr nötig ist. Das Bundesgericht meint, diese Massnahme sei deswegen noch nicht nutzlos geworden, weil eine Niederlassung auf Dauer im Ausland ohne Pass nur schwer möglich ist.<sup>50</sup> Indes reicht die Wartezeit bei Ausländern oft aus, um sich Ersatzpapiere zu verschaffen. Bei Schweizer Bürgern kann die Ausstellung neuer Reisedokumente gesperrt werden.

[Rz 28] Die getroffenen Schutzmassnahmen gelten für die ganze Dauer des Verfahrens, vorbehältlich einer Abänderung oder Aufhebung. Sie gelten damit auch während der Vollstreckung, bis diese abgeschlossen ist.<sup>51</sup> Die Kindesvertretung bleibt aufrecht, solange als allfällige Annexverfahren noch möglich oder noch nicht abgeschlossen sind, welche etwa den Zugang zu den Akten der Vollstreckung, ein Revisionsgesuch oder eine Beschwerde beim EGMR betreffen können.

### III. Kindesgerechte Beurteilung des Rückführungsgesuchs ^

[Rz 29] Obwohl es an Äusserungen nicht gefehlt hat, das Haager Übereinkommen insgesamt als überholt und kaum kindesfreundlich einzustufen, hat sich der Gesetzgeber sehr bald darauf

eingestellt, dass dieser weltweit so wichtige Pfeiler des internationalen Kinderschutzes zu erhalten und zu unterstützen ist. Diese Haltung soll aber Anpassungen und neue Leitlinien für die praktische Handhabung nicht ausschliessen. Die Schweiz hat in diesem Sinne bei der Haager Konferenz den Entwurf eines ergänzenden Protokolls eingereicht, der es eingedenk des dem «Bureau Permanent» eigenen Beurteilungstempos seit 2006 bzw. 2007 allerdings noch nicht weiter als bis zu summarischen Diskussionen gebracht hat. Eine neue Diskussionsrunde ist für 2011 angesagt. Der Gesetzgeber hat sich deshalb für einen ersten Schritt in Art. 5 BG-KKE entschlossen, der den Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ergänzend begleiten soll. Die Methode ist nicht neu. Es gibt andere Bundesgesetze, die an sich direkt anwendbare staatsvertragliche Bestimmungen übernehmen oder in ihrem Gehalt präzisieren.<sup>52</sup> Die Europäische Union hat in Art. 11 ihres Reglements «Brüssel IIa» ihrerseits für ihre eigenen Bedürfnisse Regeln geschaffen, die gar vom HKÜ abweichen.

[Rz 30] Das HKÜ enthält in den Art. 12 Abs. 2, 13 und 20 mehrere Verweigerungsgründe. Art. 5 BG-KKE betrifft nur einen davon. Es sei deshalb nur kurz daran erinnert, dass Art. 12 Abs. 1 HKÜ grundsätzlich den Anspruch auf unmittelbare Rückführung des widerrechtlich entführten Kindes<sup>53</sup> schützt, wenn das Gesuch innerhalb der dort definierten 1-Jahresfrist eingereicht worden ist. Leider geschieht es mehr und mehr, dass betroffene Väter ihr Gesuch erst kurz vor Fristablauf einreichen, in der offensichtlichen Absicht, die entführende Mutter zu beängstigen und unter Druck zu setzen. Andererseits manipulieren auch Mütter das Fristerfordernis, indem sie vor Fristablauf den Aufenthalt des Kindes so verlegen, dass der Vater bis zum Ablauf der Frist nicht in der Lage ist, das Kind zu lokalisieren. Ist die Frist abgelaufen, so ist die Rückführung immer noch möglich, aber nur sofern es nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat (Art. 12 Abs. 2 HKÜ). Dieses Erfordernis soll das Kind vor einem abrupten Weggang von der vertrauten Umgebung schützen. Auch wenn diese Gefahr nicht real besteht, so liegt hier doch eine Ursache für unangenehme Verfahrenshindernisse.

[Rz 31] Unabhängig von Art. 12 Abs. 2 sind in allen Fällen die Bestimmungen von Art. 13 und 20 zu beachten. Der im Herkunftsstaat verbliebene Elternteil sieht sich manchmal überraschenderweise mit dem Argument konfrontiert, dass er dem Wegzug des Kindes vor- oder nachher zugestimmt habe. Die dazu entstandene Rechtsprechung geht sehr auf die besonderen Umstände jedes Falles ein, zumal die Voraussetzungen für den Verzicht auf Rückkehr streng auszulegen sind.<sup>54</sup> Eine einmal erfolgte Zustimmung kann nicht zurückgezogen werden, zumindest vom Zeitpunkt an, an dem die Abreise in die Tat umgesetzt wird.<sup>55</sup>

[Rz 32] Im Mittelpunkt der Praxis und der Entstehung von Art. 5 BG-KKE steht der Versagungsgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, der das Kind davor bewahren soll, dass die gewiss widerrechtliche Entführung nicht darin enden soll, dass es bei der Rückgabe in eine *unzumutbare Lage* gebracht wird. Die Praxis zu dieser Bestimmung ist reich, im In- und im Ausland. Die Anwendung ist weit herum sehr restriktiv. Das gilt auch für die Schweiz, weshalb das gelegentlich gehörte Argument, die Schweiz dürfte den Aspekt der Gegenseitigkeit nicht missachten,<sup>56</sup> einer Neuausrichtung der Rechtsprechung keineswegs entgegensteht, zumal keinerlei Zahlenmaterial dafür besteht, dass dieser Aspekt Sorgen aufkommen lassen könnte. Es handelt sich somit meist um ein blosses Druckmittel, das von der wahren Problematik des Kindes- und Mutterschutzes ablenken soll.

[Rz 33] Das Verständnis von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ist insoweit im Grundsatz konsolidiert, als das Kind nicht der Gefahr ausgesetzt werden darf, im Falle einer Rückkehr misshandelt oder missbraucht zu werden, oder dass es auf eine andere Weise in eine gefährliche Lebenssituation geraten würde, wobei ergänzend hinzukommt, ob die lokalen Behörden bereit und in der Lage sind, die notwendigen Schutzmassnahmen zu ergreifen, und zwar so, dass die Situation für das Kind noch tolerierbar ist.<sup>57</sup> Blosser Nachteile bei der Rückkehr genügen nicht, seien sie wirtschaftlicher oder anderer Art.

[Rz 34] Die Analyse wird dort besonders kritisch, wo es bei den heute zur Regel gehörenden Entführungen durch Mütter um die Frage geht, ob für die *Hauptbezugsperson des Kindes* die Rückkehr möglich oder zumindest zumutbar ist. Mit dem stereotyp wiederholten Argument, dass der Entführer im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b nicht geltend machen könne, dass es ihm nicht möglich sei, das Kind bei der Rückkehr zu begleiten, 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,<sup>58</sup> kommt man nicht weit, denn wenn dem so wäre, so könnte sich der Entführer überhaupt nie auf diesen Verweigerungsgrund berufen. Das Argument geht auch an den Realitäten vorbei, gibt es doch neben den klar abschreckenden Entführungen auch

solche, deren Umstände im Hinblick auf die konkreten Lebensumstände der Mutter und ihrer Kinder verständlich oder zumindest einsehbar sind. Darauf ist schon im *Rapport explicatif* hingewiesen worden,<sup>59</sup> und die jüngsten Fälle von Schweizer Müttern, die im Ausland nach der Trennung vom Vater mit den Kindern über keinerlei lokalen Rückhalt verfügten, sprechen deutlich für eine mehr die konkrete Familiensituation berücksichtigende Beurteilung. Das Festhalten am *status quo* ist im Grundsatz richtig, aber das kann nur gelten, wenn diese Lösung auch tragbar ist.<sup>60</sup> Da wird es gewiss schwierig, wenn man der Mutter entgegenhält, sie sei an der möglichen Inhaftierung selber schuld<sup>61</sup> oder sie hätte es selbst zu verantworten, dass sie nicht ins Herkunftsland einreisen dürfe und deshalb miterleben müsse, dass die Kinder allein und unter Zwangsgewalt dorthin geschickt und bei Dritten untergebracht werden.<sup>62</sup> Auch der Hinweis auf das Schicksal der «Kinder der Landstrasse» hat nichts genützt.<sup>63</sup> Das waren Richter und Richterinnen, die so entschieden haben. Das waren nicht die Gesetzestexte, die solches verlangten, zeigt doch das Urteil des Bundesgerichts vom 16. April 2009, dass man es mit den gleichen Normen auch anders machen konnte, noch bevor das BG-KKE in Kraft getreten ist. Die neue Ausrichtung der Praxis ist im Wesentlichen, auf der Grundlage dieses Entscheids und Art. 5 BG-KKE,<sup>64</sup> die gleiche. Ein Unterschied besteht insofern, als durch die systematische Anteilnahme des Kindes als Partei das Verhalten der Mutter dem Kind und damit den andern Beteiligten gegenüber ohnehin nicht mehr entgegengehalten werden kann.<sup>65</sup> Diese gesetzlichen Vorgaben sind allerdings erst noch richtig umzusetzen, was angesichts des Urteils des Bundesgerichts vom 10. Januar 2010 noch nicht gesichert ist.

[Rz 35] Mit dem Wort «insbesondere» unterstreicht Art. 5 BG-KKE, dass es nur darum geht, für eine besonders schwierige Situation einen Lösungsweg aufzuzeigen, der im Übrigen die Grundsatznorm des Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ unberührt lässt.<sup>66</sup> Es sind drei Schritte aufgezeigt, deren Voraussetzungen *kumulativ* zutreffen müssen, um die Rückgabe auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 1 lit. b zu verweigern.

[Rz 36] Als Ausgangslage gilt, dass der besondere Fall eintritt, dass der antragstellende Elternteil auch nur vorübergehend für die Aufnahme des Kindes offensichtlich nicht in Frage kommt (Art. 5 lit. a BG-KKE). Denn ist er dazu geeignet, so besteht in der Regel kein Raum für das Argument, die Rückkehr könnte das Kind in eine unzumutbare Lage bringen. Sind beide Elternteile gleich zur Erziehung berechtigt und fähig, so geht der Schutz des in seinem Sorgerecht verletzten Partners vor. Alsdann muss das Kind auch eine Trennung vom entführenden Elternteil ertragen, wenn dieser daran festhält, das Kind bei der Rückkehr nicht begleiten zu wollen.<sup>67</sup> Oft zeigt es sich auch, dass die Mutter ihre ursprüngliche Weigerung, zurückzukehren, aufgibt, wenn die Rückführung des Kindes unmittelbar bevorsteht.

[Rz 37] Würde eine Unterbringung beim Gesuchsteller offensichtlich nicht dem Kindeswohl entsprechen (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).<sup>68</sup> In einem solchen Fall ist auch die dritte Voraussetzung erfüllt und die Rückgabe zu verweigern. Das Schwergewicht liegt demnach auf der Prüfung der Rückkehrmöglichkeit des Entführers, meist der Mutter (lit. b). Diese Problematik wird nicht nur akut, wenn es sich um Säuglinge handelt. Auch für ein älteres Kind kann die Trennung von seiner Hauptbezugsperson grossen Schaden anrichten. Der Fall des zweijährigen Kindes im Urteil vom 16. April 2009 ist insofern nicht etwa ein Grenzfall. Das hat das Zürcher Obergericht im Fall eines fast zehnjährigen Mädchens richtig erkannt.<sup>69</sup>

[Rz 38] In einigen Fällen kann die Rückkehr der Mutter *nicht möglich* sein, oder sie ist zumindest *nicht gesichert*. Das gilt wie erwähnt bei der Androhung von Gefängnisstrafe (wegen der Entführung oder aus anderen Gründen).<sup>70</sup> Dazu gehört aber auch die Verweigerung der Einreise bzw. die fehlende Zusicherung, dass die Einreise mit dem Kind realisierbar sein wird.<sup>71</sup> Dieses Problem ist im Zusammenhang mit dem am 16. April 2009 entschiedenen Fall des Bundesgerichts akut aufgetreten. Dass es praktisch jedem Ausländer geschehen kann, dass er an der USA-Grenze wieder nach Hause geschickt wird, ist bekannt, ebenso wie die Tatsache, dass diese Gefahr bei mittellosen Personen besonders gross ist. Dass sich die Einreise aber in besonders heiklen Fällen nicht auf dem behördlichen Wege vorgängig sichern lässt, ist eher erstaunlich. Das Bundesgericht hat im gleichen Fall unterschiedlich geurteilt. Während es im Urteil vom 16. April 2009 hiess, es müsse der Mutter von Seiten der US-Behörden eine «schriftliche und verbindliche Garantie» gegeben werden, dass sie mit



dem Kind in die USA einreisen darf,<sup>72</sup> begnügt sich das mit dieser Vollzugsfrage direkt befasste Urteil vom 7. Dezember 2009 damit, dass die Einreisebehörden in den USA seitens der US-Zentralbehörde über den Zweck und die Hintergründe der bevorstehenden Einreise informiert worden sind.<sup>73</sup> Dieser Umstand war dem Bundesgericht bereits bei Erlass des Urteils vom 16. April 2009 bekannt und hat die Bemerkung veranlasst, ein solches Angebot «vermag nicht zu genügen».<sup>74</sup> Zwar lässt sich die Meinung vertreten, dass man sich aus schweizerischer Sicht mit der vertrauenswürdigen Zusicherung der amerikanischen Behörden begnügen soll. Bedenken erweckt hingegen, dass sich das Bundesgericht an seine eigenen rechtskräftigen Vorgaben (Art. 61 BGG) nicht gehalten hat.

[Rz 39] Zur möglichen und zumutbaren Rückkehr gehört auch die Zusicherung des Aufenthalts für Mutter und Kind, jedenfalls bis ein Sorgerechtsverfahren endgültig abgeschlossen ist.<sup>75</sup> Gibt es dafür keine Garantien, so wäre die Rückkehr für die Mutter zwar möglich, aber *nicht zumutbar*. Denn es würde im Ergebnis zu einer Trennung vom Kind kommen, die es gerade zu vermeiden gilt.<sup>76</sup> Zur Aufenthaltsgarantie kommen minimale Anforderungen an die Lebensumstände bei der Rückkehr hinzu. Es ist zwar richtig, dass wirtschaftliche Nachteile in Kauf zu nehmen sind. Andererseits muss die Mutter doch über eine Möglichkeit zum Wohnen und zum Lohnerwerb verfügen, damit der Aufenthalt bei der Rückkehr nicht faktisch unmöglich oder unzumutbar wird.<sup>77</sup> Beide Eltern sind verpflichtet, kooperativ zu einer vernünftigen Lösung beizutragen.<sup>78</sup> Insofern steht ihr persönliches Interesse hinter dem vorgängigen Interesse des Kindes.<sup>79</sup> Darüber hinaus sind die lokalen Behörden einzuschalten, damit die in Aussicht genommene Regelung auch diesbezüglich unterstützt und abgesichert ist.

[Rz 40] Die in Art. 10 BG-KKE vorgesehene Pflicht zur *internationalen Zusammenarbeit* verfolgt diesen Zweck. Das Gericht, einschliesslich des Bundesgerichts, soll sich über die Umstände betreffend den Vollzug der Rückführung des Kindes vergewissern.<sup>80</sup> Dafür ist der Kontakt mit den Behörden des Herkunftsstaates aufzunehmen, direkt oder mit Hilfe der Zentralbehörden der beteiligten Staaten. Die Möglichkeiten der Kooperation mit den Behörden des Herkunftsstaates erlauben es auch abzuklären, ob eine Gefahr für das Kind entstehen könnte und welche Massnahmen zu treffen sind, um eine an sich mögliche Gefahr abzuwenden.<sup>81</sup> Unkooperatives Verhalten ist zumindest nicht geeignet, das Vertrauen in diese Behörden als Kindesschutzbehörden zu stärken. Insofern besteht zwischen Art. 10 BG-KKE und der praktischen Anwendung von Art. 5 BG-KKE ein direkter Zusammenhang.<sup>82</sup>

[Rz 41] Die Regelung in Art. 10 BG-KKE belegt auch, dass die Abklärung der Gründe nach Art. 13 HKÜ nicht einfach mit dem Argument eingegrenzt werden kann, sämtliche Tatsachen seien vom Gesuchsgegner zu beweisen. Dieser trägt zwar die (objektive) Beweislast, nicht aber die (uneingeschränkte) Beweispflicht.<sup>83</sup> Die Parteien trifft eine *Mitwirkungspflicht*.<sup>84</sup> Sie werden unterstützt von den *von Amtes wegen* tätig werdenden Gerichten, die ja, neben der Zentralbehörde, allein in der Lage sind, die Kooperation mit den ausländischen Behörden wirkungsvoll voranzutreiben. Eine solche Zusammenarbeit sieht in begrenztem Masse bereits Art. 13 Abs. 3 HKÜ vor. Da Fragen des Kindeswohls eine Rolle spielen, gilt auch dafür die *Offizialmaxime*.<sup>85</sup> In dem durch das Urteil vom 16. April 2009 entschiedenen Fall hat sich das Bundesgericht zu einer bisher als undenkbar hingestellten Praxis entschieden, im Kontakt mit dem mit der Sorgerechtsfrage befassten amerikanischen Richter Hindernisse wegzuräumen, die eine allfällige Strafverfolgung darstellten, ebenso sehr wie eine vorgängig verordnete alleinige Zuweisung des Sorgerechts an den Vater («chasing order»)<sup>86</sup>

[Rz 42] Neben den Lebensumständen bei der Rückkehr ist auch die im Herkunftsstaat anzutreffende *Sorgerechtslage* mit zu beachten. Es geht nicht etwa darum, dass der Schweizer Richter über die Regelung der Sorge zu befinden hätte; das ist ihm klarerweise verwehrt (Art. 16 HKÜ). Hingegen gibt es Situationen, die im Herkunftsstaat vom Sorgerecht bestimmt sind und die in gewissen (seltenen) Fällen in die Beurteilung der Frage einfließen können, ob dem Kind bei der Rückkehr eine unzumutbare Situation bevorsteht.

[Rz 43] Wenn etwa im Herkunftsstaat bereits entschieden worden ist, dass dem entführenden Elternteil das alleinige Sorgerecht zustehen soll, dann ist eine Rückkehr offensichtlich sinnlos, auch wenn sie faktisch vollziehbar wäre.<sup>87</sup> Im Hinblick auf eine solche Perspektive sollten sich die betroffenen Gerichte auch vermehrt dazu bereit finden, das Sorgerechtsverfahren «auf Distanz» zu Ende zu führen, was mit den heute verfügbaren Kommunikationsmitteln sehr wohl möglich ist.<sup>88</sup> Insofern erweist sich die zwangsweise Personenrückführung des HKÜ oft als veraltet und unverhältnismässig.<sup>89</sup>

[Rz 44] Gleich verhält es sich aber auch für den Fall, dass die Beherbergung und künftige Betreuung des Kindes durch den Gesuchsteller offensichtlich nicht in Frage kommt und es sich ergibt, dass eine Zuteilung des Sorgerechts an den entführenden Elternteil die einzige vernünftige Lösung darstellt. In einem solchen Fall erweist sich die Rückkehr ebenfalls als sinnlos, wird das Kind mit der Mutter doch wieder die Reise in die Schweiz antreten. Ein solches unnützes Hin und Her gibt auch in Anbetracht von Ziel und Zweck des HKÜ keinen Sinn.<sup>90</sup> Die Zusammenarbeit mit den lokalen Behörden im Herkunftsstaat ist in einer solchen Situation ebenfalls von grosser Bedeutung. Die Sorgerechtslage muss auch aus der Sicht dieser Behörden klar sein, damit nicht der Eindruck entstehen kann, es soll das HKÜ umgangen werden.

[Rz 45] Die Formulierung von Art. 5 BG-KKE erlaubt es, mit der Entwicklung der Bedeutung der Interessen des Kindes und dessen Beziehung mit seinen Eltern Schritt zu halten. Das HKÜ dient heute in der Praxis nicht nur dazu, das Sorgerecht zu sichern, wie das sein primäres Ziel sein sollte. Es geht nicht selten allein darum, dem im Herkunftsland verbliebenen Vater den Kontakt mit dem Kind zu erhalten, auch wenn er mit einer Zuteilung des Sorgerechts nicht rechnen kann oder gar nicht danach verlangt. Diese Absicht ist allerdings in einigen Fällen nur vordergründig, denn das HKÜ gibt dem Vater auch eine starke Waffe in die Hand, um die ins Ausland abgezogene Mutter unter Druck zu setzen, und dazu ohne Kostenfolge. Diesen Situationen ist heute im Rahmen des HKÜ kaum wirkungsvoll zu begegnen. Die Praxis wird gleichwohl im Rahmen des Verweigerungsgrundes von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ damit umgehen müssen. Erweist sich, dass der Gesuchsteller allein danach strebt, das Besuchsrecht regelmässig an seinem Lebensort ausüben zu können (statt sich ins Ausland zu begeben), so kann sich die Rückkehr von Mutter und Kind als unzumutbar und nicht tolerierbar erweisen.<sup>91</sup> Das sollte auch dann gelten, wenn das Risiko besteht, dass sich das Gericht im Herkunftsstaat dazu veranlasst sehen könnte, die Zuteilung des Kindes an die Mutter mit einer «non removal clause» zu versehen, die zur Folge hat, dass Mutter und Kind nicht mehr ausreisen können. Ein solches Ergebnis geht weit über den Zweck des HKÜ hinaus.<sup>92</sup> Die Rückkehranordnung würde in einem solchen Fall die Regelung der Sorge vorwegnehmen, weshalb der mit Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ befasste Richter darauf auch eingehen kann, um abzuwägen, ob damit nicht für das Kind eine unzumutbare Lage entstehen könnte.

[Rz 46] Der Gesetzgeber hat klugerweise auf eine ergänzende Bestimmung über die Beachtung der *Meinung des Kindes*, wie sie von der Expertenkommission vorgeschlagen wurde, verzichtet. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts erweckt zwar grosse Bedenken, wenn sie verlangt, dass sich das Kind bei seiner Willensbildung nicht auf die Umstände der Entführung und die (positive) Aufnahme in der Schweiz stützen dürfe.<sup>93</sup> Dass das Kind insoweit einfach blind sein müsste und andererseits doch auf die spezifische Entführungsproblematik eingehen müsse, um damit zu einer *klaren, ernsthaften und nachvollziehbaren Äusserung* zu gelangen, legt das Anforderungsprofil auf ein Niveau, das für kein Kind erreichbar sein kann. Für den Gesetzgeber hat die Hoffnung überwogen, dass die Praxis doch noch einen vernünftigen Weg wird finden können. Dabei darf es keine Motivprüfung geben. Der *Rapport explicatif* hatte bereits festgehalten, dass Art. 13 Abs. 2 den Kindern die Möglichkeit gibt, als Interpret ihres eigenen Interesses ernst genommen zu werden.<sup>94</sup> Die Argumentation des Kindes ist allerdings insofern bedeutsam, als sie auch für den Test darüber massgebend ist, ob das Kind über die nötige Reife verfügt, damit der Richter auf seinen Willen, nicht in den Herkunftsstaat zurückzukehren, abstellen kann. Insofern ist es legitim, in Bezug auf die Deutlichkeit und Ernsthaftigkeit des Kindeswillens streng zu sein, wobei allerdings auch noch eher junge Kinder über eine durchaus beachtliche Willensreife verfügen können,<sup>95</sup> während andere Kinder auch bei höherem Alter noch so im Loyalitätskonflikt mit den Eltern verfangen sind, dass ihr Wille nicht als reif gebildet und frei geäussert erscheint.<sup>96</sup> Allerdings muss dieser Konflikt konkret erkennbar sein und darf nicht als hypothetisch unterlegt werden. Welches die Situation im Einzelfall ist, kann nur im Gefolge einer Anhörung des Kindes beurteilt werden.<sup>97</sup>

#### IV. Vollstreckung von Rückführentscheiden <sup>^</sup>

[Rz 47] Damit sich nicht im Vollzugsstadium neue Verfahrenshindernisse errichten lassen, muss das Gericht seinen Rückweisungsentscheid mit *Vollstreckungsmassnahmen* verbinden (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE). Das ist relativ einfach, wenn die Mutter bereit ist, das Kind bei der Rückkehr zu begleiten, zumal das Gericht ja bereits vorgängig die Modalitäten der Rückführung abgeklärt hat (Art. 10 Abs. 2 BG-KKE). Allerdings genügt es nicht, der Mutter einfach eine Frist anzusetzen,<sup>98</sup> denn dann bleibt offen, wie die Vollstreckung notfalls umzusetzen ist. Es sollen neue Verfahren beim Vollzug vermieden werden.<sup>99</sup> Auf die Möglichkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht ist Rücksicht zu nehmen; soweit

nötig erlässt das Bundesgericht die ergänzenden Anordnungen.<sup>100</sup> Vorlagen gibt es dazu in der Praxis nur wenige.<sup>101</sup>

[Rz 48] Bei der Vollstreckung ist das *Kindeswohl* zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 2 BG-KKE).<sup>102</sup> Das gilt sowohl für die im Rückführungsentscheid enthaltenen Massnahmen wie für den konkreten Vollzug. Es dürfen keine Zwangs- oder andere Mittel eingesetzt werden, die auf das Kind traumatisierend wirken können, wie körperliche Züchtigung, Einschliessen, Gefügigmachen durch Medikamente, Verweigerung des Abschiednehmens, fehlende psychologische Begleitung, unnötiger Schulabbruch und ähnliche Eingriffe, vor denen die Praxis in einigen Fällen früher nicht zurückgeschreckt hat. Das schliesst Zwangsmassnahmen nicht aus, aber sie dürfen auch hier im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nicht über den Rahmen des dem Kind Zumutbaren hinausgehen. Deshalb soll die Vollzugsbehörde in erster Linie auf einen freiwilligen Vollzug hinwirken (Art. 12 Abs. 2 BG-KKE).

[Rz 49] Nicht mit der wünschbaren Klarheit sind die zuständigen Behörden bezeichnet worden. Für die *Vollstreckung* müssen die Kantone eine *einzigste Behörde* bezeichnen. Die Ausweisung von Kindern soll im Kanton von einer kompetenten Stelle übernommen werden und nicht Gemeinde- oder Bezirksbehörden belasten. Die Botschaft führt aus,<sup>103</sup> 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 ist. Entsprechend wird im Zusammenhang mit einer Änderung des Rückführungsentscheids, die sich im Stadium des Vollzugs aufdrängen kann, auf «*das Gericht*» verwiesen (Art. 13 BG-KKE).

[Rz 50] Die Idee war, dass die Zuständigkeit des kantonalen Erkenntnisgerichts umfassend sein soll. Sie muss sich auch auf die Vollstreckungsphase erstrecken, und zwar insofern als in diesem Stadium noch Entscheide getroffen werden müssen. Das gilt auch für Schutzmassnahmen, die noch anzuordnen sind, wie die Ernennung eines neuen Beistands oder Sicherungsanordnungen zur Vorbereitung des Vollzugs. Das eigentliche Vollzugsorgan (Jugendamt, Polizeibehörde) handelt alsdann als blosse Ausführungsinstanz. Diese Konzentration der Zuständigkeit ist nicht in allen Kantonen verstanden worden. Immerhin darf es auf kantonaler Ebene keinen Instanzenzug mehr geben. Der Rechtsweg gegen Entscheide der kantonalen Vollzugsbehörde geht an das Bundesgericht.<sup>104</sup>

[Rz 51] In Zukunft sollte es in Anbetracht der beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung eher seltener Fälle geben, in denen seit dem Erlass des Rückführungsurteils soviel Zeit verstrichen ist, dass sich die für den Entscheid über die Rückgabe wesentlichen Faktoren massgeblich geändert haben. Tritt aber ein solcher Fall ein, so muss es eine Möglichkeit zur *Änderung* eines auf der Grundlage des HKÜ nicht mehr tragbaren Urteils geben. Die Kompetenz dazu liegt beim «Gericht», womit das gleiche Gericht gemeint ist, das über die Rückführung geurteilt hat. Zu denken ist an Änderungen in der Lebenssituation des Gesuchstellers, der etwa nicht mehr in der Lage ist, das Kind aufzunehmen, oder an eine Reifeentwicklung des Kindes, dessen Wille nun nicht mehr ausgeschlagen werden kann. Eine wesentliche Änderung der dem Rückführungsurteil zugrunde liegenden Situation liegt auch dann vor, wenn es sich nachträglich herausstellt, dass die vom ausländischen Sorgerichter gegebene Zusicherung betreffend das zumindest vorläufige Zusammenbleiben von Mutter und Kind nicht bestätigt oder widerrufen wurde und damit eine Voraussetzung, die für das schweizerische Gericht von entscheidender Bedeutung war, weggefallen ist.<sup>105</sup> Je nach Fall ist alsdann die Vollstreckung auszusetzen oder ganz einzustellen. Das muss auch eine Änderung des Rückführungsentscheids nach sich ziehen (Art. 13 BG-KKE). Änderungen sind auch insoweit durch das Gericht anzuordnen, als die angeordneten Vollzugsmassnahmen nicht mehr zutreffen, weil sich etwa das Datum der Reise und deren Modalitäten verschoben haben, oder weil in der Person des begleitenden Elternteils ein wesentlicher Wechsel der Umstände eingetreten ist. Vor allem aber dürfen nur neue Umstände berücksichtigt werden, die auf der Grundlage der Verweigerungsgründe des HKÜ (einschliesslich Art. 5 BG-KKE) von Bedeutung sind. Das Gericht kann den Entscheid nur auf Antrag ändern. Man wollte damit vermeiden, dass die Vollstreckungsbehörde von sich aus auf das definitive Urteil zurückkommen kann. In der Praxis wird es kaum am Antrag fehlen, der ja von jedem der Eltern wie auch vom Kindesvertreter gestellt werden kann.

---

Andreas Bucher, Prof. em. Universität Genf. Präsident der Expertenkommission für die Vorbereitung des Bundesgesetzes betreffend Kindesentführungen. Experte für Internationales Privatrecht, Mitglied

der Schweizer Delegation an der Haager Konferenz für IPR seit 1993. Mitglied des Institut de droit international.

[www.andreasbucher-law.ch](http://www.andreasbucher-law.ch)

---

<sup>1</sup> SR 0.211.230.02.

<sup>2</sup> Vgl. A. Bucher, L'enfant du couple désuni en droit international privé, *Semaine judiciaire* 128 (2006) II S. 239-292. Zur schweizerischen Praxis allgemein ders., *L'enfant en droit international privé*, Genf 2003, S. 149-177.

<sup>3</sup> [www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/kindesentfuehrung.Par.0013.File.tmp/051206\\_ber-kindesentfuehrung-d.pdf](http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/kindesentfuehrung.Par.0013.File.tmp/051206_ber-kindesentfuehrung-d.pdf). Dazu auch A. Bucher, Internationale Kindesentführungen heute, in: Dritte Schweizer Familienrechtstage 2006, Bern 2006, S. 103-137; ders., *L'enfant du couple désuni en droit international privé*, *Sem.jud.* 128 (2006) II S. 239-292.

<sup>4</sup> Vgl. die Botschaft des Bundesrates in *BBI 2007 S. 2595 ff.*

<sup>5</sup> SR 0.211.231.011. Dem Bundesgericht ist der Einstieg in das HKsÜ missglückt. Im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_469/2009](#) vom 26.10.2009, Erw. 4.3, ist dem Zürcher Obergericht beschieden worden, es sei seit dem 1.7.2009 das HKsÜ zu berücksichtigen. Im Verhältnis zu Frankreich, wo das HKsÜ noch nicht in Kraft ist, ist aber das MSA von 1961 weiterhin anwendbar (Art. 51 HKsÜ; so richtig Bundesgerichtsentscheid [5A\\_427/2009](#) vom 27.7.2009, Erw. 4.5.1, *FamPra.ch* 2009 Nr. 97 S. 1088). Und wenn das HKsÜ anzuwenden gewesen wäre, so hätte die Frage nach dem kraft Gesetzes bestehenden elterlichen Sorgerecht nach Art. 16 HKsÜ beurteilt werden müssen, was nicht die Aussage erlaubt hätte, das Obergericht hätte gemäss der «einschlägigen Lehre» richtig nach Art. 82 Abs. 1 IPRG geurteilt (Erw. 3.2), was im Übrigen ohnehin nicht zutrifft. Das Bundesgericht hätte sich seiner eigenen Rechtsprechung erinnern können ([BGE 114 II 412 ff.](#), 415 f.), um zu erkennen, dass das Zürcher Obergericht den Art. 3 MSA übersehen hat, der es nicht erlaubt hätte, das Sorgerecht des mit der Mutter nicht verheirateten Vaters nach dem Recht der Elfenbeinküste zu missachten. Der zitierte Autor (Siehr, *ZK-IPRG*, 2.A., Art. 82 N. 7) macht darauf ausdrücklich aufmerksam, ist aber offenbar nicht verstanden oder gelesen worden.

<sup>6</sup> SR 0.211.230.02.

<sup>7</sup> Vgl. zur Erläuterung: A. Bucher, *The New Swiss Federal Act on International Child Abduction*, *Journal of Private International Law* 4 (2008) S. 139-165; ders., *Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, in Liber Fausto Pocar, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Mailand 2009, S. 181-197; Daniel Häring, Neuerungen im Bereich internationaler Kindesentführung, *FamPra.ch* 8 (2007) S. 256-279; Monique Jametti Greiner, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, *FamPra.ch* 9 (2008) S. 277-308; Niccolò Raselli/Christina Hausamman/Urs Peter Möckli/David Urwyler, *Ausländische Kinder sowie andere Angehörige*, in *Ausländerrecht*, Basel 2009, S. 743-816; Merle H. Weiner, *Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases*, *American University Law Review* 58 (2008) S. 335-403.

<sup>8</sup> [BGE 5A\\_105/2009](#), *FamPra.ch* 2009 Nr. 80 S. 791, *SJZ* 2009 S. 270.

<sup>9</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.01.2010, vereinigt mit Bundesgerichtsentscheid [5A\\_778/2009](#).

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere *Ignaccolo-Zenide*, 25.1.2000, *Recueil* 2000-I S. 205, (95); *Iglesias*, 29.4.2003, *Recueil* 2003-V S. 247, § 51; *Maire*, 26.6.2003, *Recueil* 2003-VII S. 309, § 72; *Bianchi*, 22.6.2006, § 82, *JAAC* 2006 Nr. 115 S. 1871; *Carlson*, 6.11.2008, § 68 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Actes et documents de la 14<sup>e</sup> session 1980*, Den Haag 1982, S. 425-473, insbesondere S. 432 Nr. 25, S. 433 Nr. 29.

<sup>12</sup> Vgl. dazu die Botschaft, *BBI* 2007 S. 2620.

<sup>13</sup> Jametti Greiner, *op.cit.*, *FamPra.ch* 2008 S. 296, mit dem Hinweis, dass die Zentralbehörde so «von Beginn an» Fachpersonen beiziehen kann, weil sie vom entführenden Elternteil sehr oft als befangen wahrgenommen wird (S. 297).

<sup>14</sup> So die Darstellung der Vertreterin der Kommission für Rechtsfragen im Nationalrat, Ruth-Gaby Vermot-Mangold, *AB NR* 2007 S. 1639 f.

<sup>15</sup> Dabei könnte auch eine wohlwollende Praxis des sog. «umgekehrten Familiennachzugs» helfen (vgl. [BGE 135 I 153 ff.](#)), zumal es sich ja beim Antragsteller um einen am Sorgerecht beteiligten und damit dem Kind sehr nahe stehenden Elternteil handelt.

<sup>16</sup> Dahin deutet bereits die Darstellung auf dem Website des Bundesamts für Justiz (unter «Kindesentführungen – Bundesgesetz»).

<sup>17</sup> Ist ein Kindesvertreter bereits bezeichnet worden, so ist er beizuziehen. Sein Einverständnis ist für die richterliche Genehmigung nicht erforderlich. Das Gesuch kann ja ohnehin ohne die Zustimmung des Kindesvertreters zurückgezogen werden.

<sup>18</sup> Vgl. Raselli et al., *op.cit.*, Nr. 16.177.

<sup>19</sup> Das Gesetz verwendet die Worte: «Das Gericht leitet ein». Es ist nicht vorgesehen und meistens kontraproduktiv, die Parteien zuerst anzufragen, ob sie für einen solchen Versuch bereit sind. Denn aus der Distanz und wenn die juristische Beurteilung bereits ausgereift ist, wird die Reaktion oft negativ sein und sie endet mit einem Verlust an Zeit und einer weiteren Verfestigung der Positionen. Das Verfahren muss pro-aktiv eingeleitet werden und kann immer noch abgebrochen werden, wenn es nicht weiter führt. Die Erfahrung zeigt, dass der persönliche Kontakt der Eltern

vor einer Drittperson und dem Kindesvertreter die Eltern oft näher bringt, da das Kindeswohl so viel deutlicher in den Mittelpunkt gerückt werden kann. Es sind in der Regel mehrere Treffen nötig, doch müssen diese ohne zeitliche Verzögerung in einem intensiven Rhythmus durchgeführt werden.

<sup>20</sup> Vgl. [BBI 2007 S. 2625 f.](#); Raselli *et al.*, Nr. 16.177.

<sup>21</sup> [BBI 2007 S. 2626](#). Die in der neueren Rechtsprechung begründete Praxis, dass Kinder unter 11-13 Jahren nur auf Antrag anzuhören sind, gilt nicht (vgl. [BGE 131 III 553 ff.](#), 554, 557; Bundesgerichtsentscheid [5P.214/2005](#) vom 24.8.2005, Erw. 2.2.2; Bundesgerichtsentscheid [5C.209/2005](#) vom 23.9.2005, Erw. 3, FamPra.ch 2006 Nr. 19 S. 189; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_43/2007](#) vom 15.5.2008, Erw. 4.1, FamPra.ch 9 (2008) Nr. 103 S. 967). Diese Praxis bricht mit der früheren Rechtsprechung ([BGE 124 III 90 ff.](#), 93; [126 III 497 ff.](#), 498; [127 III 295 ff.](#), 296; [131 III 409 ff.](#), 413) und verletzt Art. 12 der Konvention über die Rechte des Kindes, ebenso wie Art. 144 Abs. 2 ZGB: vgl. Bucher, *op.cit.*, Sem.jud. 2006 II S. 283 f.

<sup>22</sup> Das übersieht Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 5, wo einem 10-jährigen Kind beschieden wird, es verfüge über keine «autonome Willensbildung» nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ, was bedeute, dass «grundsätzlich kein Anspruch auf Anhörung besteht». Das verletzt nicht nur Art. 12 KRK, sondern auch Art. 9 Abs. 2 BG-KKE, den das Urteil nicht einmal erwähnt.

<sup>23</sup> So erscheint es erschreckend, wenn das Bundesgericht in Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, in einem Fall erzieherischer Verwahrlosung und sexuellen Missverhaltens des Vaters gegenüber einem 10-jährigen Mädchen das Schwergewicht auf die Berichte der Schulbehörden legt (Erw. 4.3) und dem Kind mangels «autonomer Willensbildung» weder einen «formellen» Anspruch auf Anhörung gewähren will (Erw. 5.1 und 5.2), noch irgendwelche Schutzmassnahmen bei der Rückkehr prüft, wobei das BG-KKE insgesamt nicht berücksichtigt wird. Das Kind wird so dem Vater schutzlos übergeben, mit der vagen Hoffnung, dass es «vermutungsweise weiterhin durch die Mutter sowie Grossmutter mütterlicherseits besucht und teilbetreut werden kann» (Erw. 4.5 *in fine*).

<sup>24</sup> Mangelhaft insofern Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, ebenso wie der kantonale Vorentscheid.

<sup>25</sup> Jametti Greiner, *op.cit.*, FamPra.ch 2008 S. 302.

<sup>26</sup> Vgl. Bundesgerichtsentscheid [5P.151/2004](#) vom 18.5.2004, SZIER 2005 S. 394, AJP 2005 S. 106; Bundesgerichtsentscheid [5P.380/2006](#) vom 17.11.2006, SZIER 2007 S. 347, AJP 2007 S. 394.

<sup>27</sup> Für das deutsche Bundesverfassungsgericht handelt es sich dabei um ein Grundrecht, vgl. Urteil vom 18.7.2006, IPRax 2006 S. 1261. Eigenartigerweise handelt es sich dabei in der Schweiz nicht nur um eine Verfahrensfrage. Das Bundesgericht hat in einem wichtigen Fall einer Kindesentführung die Beschwerde der Mutter und diejenige der Kinder auch materiell nicht gleich beurteilt: vgl. Bundesgerichtsentscheid [5P.151/2004](#) vom 18.5.2004, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394.

<sup>28</sup> So will das Bundesgericht vom Kindesvertreter im Sinne von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG den Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses des Kindes an der Beschwerde in Zivilsachen verlangen (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 1.2, 2.1), ohne Begründung aber offenbar in der Meinung, dass das Kind am Verfahren nicht als Partei teilnehme. Das Bundesgericht bezieht sich auf das Beschwerderecht des Kantons in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (mit dem Zitat von [BGE 133 II 400 ff.](#)), das mit der Situation des Kindes in Entführungsprozessen nichts zu tun hat. Es handelt sich auch hier um ein Beispiel dafür, dass man das Kind als Rechtssubjekt nicht wahrnehmen will. Im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010 wurden die Eingaben des Rechtsvertreters des Kindes berücksichtigt, doch wird das Kind als Verfahrensbeteiligter nicht wahrgenommen.

<sup>29</sup> So, wenn der Vertreter des Kindes vor Bundesgericht auf «jegliche Vernehmlassung» verzichtet, wie im zit. Urteil vom 17.11.2006 berichtet wird.

<sup>30</sup> Dazu gehört vor allem das mit dem Sorgerechtsstreit befasste Gericht. Diese Kooperation ist nach Art. 10 BG-KKE direkt anzustreben, sehr oft unter Vermittlung der schweizerischen Zentralbehörde, die möglichst frühzeitig die Möglichkeit zum Kontakt mit dem ausländischen Richter, der das Verfahren leitet, ergründet.

<sup>31</sup> Das Gericht kann sich nicht darauf beschränken, die Zentralbehörde um die Weiterleitung von Informationen und Vorschlägen im Hinblick auf künftige Massnahmen an die ausländischen Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts zu ersuchen. Das Gericht kann sich ja nicht *ex post* «vergewissern» (Art. 10 Abs. 2 BG-KKE), wie die Rückführung vollzogen werden kann. Die gleichsam «nachgereichten» Empfehlungen sind hingegen sinnvoll, wenn sie die Betreuung des Kindes unterstützen, die Rückführung als solche aber nicht betreffen (vor allem im Rahmen von Art. 32 HKÜ).

<sup>32</sup> Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Bestimmung zumindest gelesen und angemessen berücksichtigt wird. Beides hielt das Bundesgericht im Urteil vom 11. Januar 2010 für unnötig, obwohl der Sachverhalt auf Verwahrlosung und sexuelles Fehlverhalten des Vaters schliessen liess (Erw. 4.2, 4.5) und damit begleitende Schutzmassnahmen der lokalen Behörden bei der Rückkehr dringend nahe legen musste.

<sup>33</sup> Und zwar gleich von allem Anfang an oder aber nach der persönlichen Anhörung, aber in der Regel vor dem Abschluss des Schriftwechsels. So kann das Verfahren sehr rasch auf die relevanten Fragen eingegrenzt werden.

<sup>34</sup> Art. 76 Abs. 2, 111 Abs. 2 BGG; [BBI 2007 S. 2625](#).

<sup>35</sup> [BGE 133 III 584 f.](#); Bundesgerichtsentscheid [5A\\_285/2007](#) vom 16.8.2007, Erw. 2, AJP 2007 S. 1585.

<sup>36</sup> So der Ingress des BG-KKE, der sich nur auf Art. 122 BV bezieht. Eigentlich hätte auch ein Hinweis auf Art. 11 BV über den Schutz der Kinder und Jugendlichen nahe gelegen, doch gilt diese Grundnorm offenbar als Nebensache, wenn sie nicht gar nur zur Zierde in der Verfassung steht.

<sup>37</sup> Wie die Beschwerde gegen die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege: Bundesgerichtsentscheid [5A\\_352/2007](#) vom 7.9.2007.

<sup>38</sup> NZZ vom 14.12.2009, S. 11. Die erhebliche Fluchtgefahr von Mutter und Kind gab dafür den Ausschlag. Wichtig ist,

dass noch andere Gründe dazu kommen, wie die offensichtlich eindeutige Rechtslage und die Unmöglichkeit, eine andere und für das Kind tragbare Übergangslösung zu finden. Denn das Risiko zur Flucht besteht in vielen Entführungssituationen und darf nicht ausreichen, um den Beschwerdeweg illusorisch werden zu lassen.

<sup>39</sup> BGE 120 Ia 165 ff.

<sup>40</sup> Vgl. BBI 2007 S. 2624.

<sup>41</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.6 und 3.7. Das Urteil begnügt sich mit dem Hinweis auf die Rolle des Instruktionsrichters (Art. 32 BGG) und sagt nicht, wie diese Praxis im Übrigen auf das BGG abzustützen ist. Als Grundlage steht wohl Art. 105 Abs. 2 BGG im Vordergrund.

<sup>42</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 1, 4.3.

<sup>43</sup> So die beiden Bundesgerichtsentscheide [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 2, und [5A\\_583/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 3.

<sup>44</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_427/2009](#) vom 27.7.2009, Erw. 5.4. Eigenartigerweise handelt es sich um einen Fall, in dem das Bundesgericht zum (richtigen) Schluss kam, dass das HKÜ gar nicht anwendbar war.

<sup>45</sup> Gleiches Urteil, Erw. 5.5. Der gleiche Gedanke wird sich wohl *mutatis mutandis* auch auf die Tätigkeit der Zentralbehörde erstrecken.

<sup>46</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_713/2007](#) vom 28.2.2008, Erw. 5, AJP 2008 S. 1312; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_33/2008](#) vom 26.2.2008, Erw. 3; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 4; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_427/2009](#) vom 27.7.2009, Erw. 6.

<sup>47</sup> BBI 2007 S. 2628.

<sup>48</sup> Die Kostenlosigkeit bezieht sich für den Antragsteller auch auf die Entschädigung des Beistands des Kindes (anders Bundesgerichtsentscheid [5A\\_579/2009](#) vom 17.9.2009; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_650/2009](#) vom 11.11.2009, Erw. 7). Hingegen kann der Entführer zur Erstattung der Kosten des Antragstellers (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_296/2009](#) vom 8.6.2009, Erw. 4.2; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 6) und des Kindesvertreters (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 6.2) verpflichtet werden (Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

<sup>49</sup> Deren Website führt unter «Kindesentführungen – Bundesgesetz» Tätigkeiten als kostenpflichtig an, die von Art. 14 BG-KKE erfasst sind. Das kann nur dazu führen, dass wenig bemittelte Eltern glauben, sie müssten auf gewisse Dienste verzichten.

<sup>50</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_306/2009](#) vom 25.6.2009, Erw. 4, FamPra.ch 2009 Nr. 98 S. 1096. Der an sich banale Entscheid ist in Vollbesetzung und öffentlich beraten worden und gar unter [BGE 135 III 574](#) erschienen, während das (sicher mehr umstrittene) Grundurteil vom 16.4.2009 im selben Fall sich mit der elektronischen Präsentation begnügen musste. Das gleiche Los ist im gleichen Fall dem betreffend den Vollzug ergangenen Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, beschieden worden, obwohl dort auch die Frage der Hinterlegung des Passes angesprochen wird (Erw. 3).

<sup>51</sup> BBI 2007 S. 2624, 2626; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_306/2009](#) vom 25.6.2009, Erw. 3.

<sup>52</sup> So Art. 3 des Asylgesetzes ([SR 142.31](#)), Art. 298 al. 1 ZPO, Art. 7 und 178 Abs. 1 IPRG.

<sup>53</sup> Das bedingt gemäss Art. 3 die vorgängige Feststellung, dass das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem andern Vertragsstaat hatte (vgl. dazu die neueren Entscheide: Bundesgerichtsentscheid [5P.367/2005](#) vom 15.11.2005, Erw. 5, SZIER 2007 S. 337; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_427/2009](#) vom 27.7.2009, Erw. 3, FamPra.ch 2009 Nr. 97 S. 1088; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_650/2009](#) vom 11.11.2009, Erw. 5.2 und 5.3; sowie den von der bisherigen Praxis in der Begründung abweichenden Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 2) und dass der Wegzug oder das Zurückhalten des Kindes das nach dessen Recht bestehende Sorgerecht verletzt hat, wobei im Herkunftsstaat ergangene und wirksame Urteile zu berücksichtigen sind, auch wenn sie die Voraussetzungen der Anerkennung in der Schweiz nicht erfüllen (Art. 14; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_650/2009](#) vom 11.11.2009, Erw. 5.4).

<sup>54</sup> Cf. [BGE 125 III 301](#) ff., 304; Bundesgerichtsentscheid [5P.215/2001](#) vom 21.3.2002, FamPra.ch 2002 Nr. 94 S. 614; Bundesgerichtsentscheid [5P.263/2002](#) vom 31.1.2003, Erw. 4.1, FamPra.ch 2003 Nr. 67 S. 476; Bundesgerichtsentscheid [5P.367/2005](#) vom 15.11.2005, Erw. 7, SZIER 2007 S. 337; Bundesgerichtsentscheid [5P.380/2006](#) vom 17.11.2006, Erw. 3, SZIER 2007 S. 347, AJP 2007 S. 394; Bundesgerichtsentscheid [5A.446/2007](#) vom 12.9.2007, Erw. 3 et 5.

<sup>55</sup> Cf. Raselli *et al.*, Nr. 16.162. Unklar Bundesgerichtsentscheid [5A.446/2007](#) vom 12.9.2007, Erw. 5.

<sup>56</sup> So [BGE 130 III 530](#) ff., 534.

<sup>57</sup> Vgl. so, wenn auch meist summarisch: Bundesgerichtsentscheid [5P.310/2002](#) vom 18.11.2002, Erw. 3, SZIER 2003 S. 423; Bundesgerichtsentscheid [5P.354/2004](#) vom 15.10.2004, Erw. 3, SZIER 2005 S. 405; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.3; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 4.1.

<sup>58</sup> Vgl. [BGE 130 III 530](#) ff., 534 f.; Bundesgerichtsentscheid [5P.65/2002](#) vom 11.4.2002, Erw. 4 c/bb, Praxis 2003 Nr. 122, FamPra.ch 2002 Nr. 95 S. 618, SZIER 2003 S. 407; Bundesgerichtsentscheid [5P.310/2002](#) vom 18.11.2002, Erw. 3.4, FamPra.ch 2003 Nr. 66 S. 470, SZIER 2003 S. 423; Bundesgerichtsentscheid [5P.71/2003](#) vom 27.3.2003, Erw. 2.4.2, FamPra.ch 2003 Nr. 97 S. 716, SZIER 2003 S. 411; Bundesgerichtsentscheid [5P.156/2004](#) vom 8.6.2004, Erw. 3.3, AJP 2005 S. 109; Bundesgerichtsentscheid [5P.367/2005](#) vom 15.11.2005, Erw. 8.3; Bundesgerichtsentscheid [5A.285/2007](#) vom 16.8.2007, Erw. 4.1, AJP 2007 S. 1585; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.3, 3.8.

<sup>59</sup> Actes et documents de la 14<sup>e</sup> session 1980, Den Haag 1982, S. 425-473 (432 Nr. 25).

- <sup>60</sup> Die bisherige Praxis hat aber gezeigt, 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.
- <sup>61</sup> Bundesgerichtsentscheid [5P.263/2002](#) vom 31.1.2003, Erw. 4.2.2.3, FamPra.ch 2003 Nr. 67 S. 476.
- <sup>62</sup> [BGE 130 III 530](#) ff., 535.
- <sup>63</sup> Ivo Schwander, 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).
- <sup>64</sup> Vgl. dazu Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4, und Bundesgerichtsentscheid [5A\\_583/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4.
- <sup>65</sup> So bereits in Bundesgerichtsentscheid [5P.151/2004](#) vom 18.5.2004, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394, ein Urteil, auf das sich das Bundesgericht seither nie mehr bezogen hat. Für das nicht gleich lautende Urteil über die Beschwerde der Mutter, vgl. [BGE 130 III 530](#) ff.
- <sup>66</sup> So auch Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4, und Bundesgerichtsentscheid [5A\\_583/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4.
- <sup>67</sup> Sind die Fähigkeiten des Gesuchstellers, sich um das Kind zu kümmern, ausgewiesen, so kann auch eine Rückführung noch sehr kleiner Kinder möglich sein, obwohl sich die Mutter weigert, sie zu begleiten; Bundesgerichtsentscheid [5P.367/2005](#) vom 15.11.2005, Erw. 8.
- <sup>68</sup> Die Rückkehr des Kindes wäre hingegen etwa dann tolerierbar, wenn die Beziehung auch zum entführenden Elternteil gestört ist, so dass ohnehin eine Unterbringung bei Dritten zur Debatte steht (vgl. [BBI 2007 S. 2623](#)).
- <sup>69</sup> Urteil vom 3.11.2009, angezeigt in der NZZ vom 23.11.2009, S. 11. Das Bundesgericht hat anders entschieden: Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 4.
- <sup>70</sup> So Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4.3.2.
- <sup>71</sup> Kann die Mutter am Verfahren im Herkunftsstaat nicht teilnehmen, so könnte der Fall einer Rechtsverweigerung eintreten, der die Rückführung im Hinblick auf Art. 20 HKÜ problematisch werden lässt.
- <sup>72</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Dispositiv Nr. 3, Erw. 3.5, 3.7.
- <sup>73</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 2.5. Nicht unbedenklich ist, wenn sich das Bundesgericht ausschliesslich auf die «informierten Einreisebehörden in Philadelphia» bezieht (Erw. 2.5), obwohl dorthin kein Direktflug aus der Schweiz möglich ist, so dass die Einreise wohl nicht dort stattfinden kann oder soll.
- <sup>74</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.5.
- <sup>75</sup> So richtig das Bundesgericht im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16. April 2009, Erw. 3.7 und Dispositiv Nr. 3. Eine Einschränkung auf die Geltungsdauer eines üblichen Visums auf drei Monate ist offensichtlich zu kurz und damit wirkungslos.
- <sup>76</sup> Im hier oft erwähnten USA-Fall ist die Situation eingetreten, dass der Vater bei dem mit der Frage der elterlichen Sorge befassten amerikanischen Richter eine Verfügung erwirkte, wonach der Mutter die freie Ausreise mit dem Kind erlaubt wird für den Fall, dass sie selbst sich aus unverschuldeten Gründen nicht bis zum Abschluss des Sorgerechtsverfahrens in den USA aufhalten kann. Eine solche Regelung ist zwar im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, nicht angesprochen worden, doch erfüllt sie in den Augen des Bundesgerichts den die Garantie des Aufenthalts tragenden Zweck, dass keine Trennung von Mutter und Kind eintreten darf (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 3). Der Vergleich beruht auf einer groben Vereinfachung und mag insoweit nicht zu überzeugen. Eine Aufenthaltsgarantie vermittelt eine wesentlich stabilere Rechtslage als eine Kindesschutzmassnahme, die je nach den Umständen leichthin wieder aufgehoben oder geändert werden kann. Damit ist wohl zu rechnen, denn die Zuständigkeit des amerikanischen Richters würde ja im Falle eines Wegzugs des Kindes in die Schweiz wegfallen oder wirkungslos werden, was aus der Sicht der USA dem Zweck des HKÜ, den «status quo ante» wiederherzustellen, widersprechen würde. Von einem «unbedingten Rechtsanspruch», wie er im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Dispositiv Nr. 3, verlangt wurde, kann da jedenfalls keine Rede sein. Und was soll der Sinn einer Rückkehrgarantie mit dem Kind sein, wenn der Aufenthalt der Mutter in den USA gar nicht zugesichert ist? Im Ergebnis ist damit das rechtskräftige Dispositiv des Entscheids vom 16.4.2009 geändert, und nicht etwa bloss richtig erläutert worden, wie das Bundesgericht meint (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 3). Eigenartigerweise hat das Bundesgericht diese Verfügung zwar ausführlich besprochen, um sie alsdann als «echtes Novum» wegzustecken und die Beschwerde des Vaters abzuweisen, nicht ohne diesem anzuraten, beim Jugendamt in Zürich ein neues Gesuch um Vollstreckung einzureichen, dessen Erfolg vom Bundesgericht gleichsam zugesichert wird, und das noch mit dem ergänzenden Hinweis, dass eine Verlängerung der Hinterlegung des Reisepasses des Kindes während eines Monats ausreichen würde, eine Massnahme, von der ja im Dispositiv nichts steht, da sie mit diesem Novum zusammenhängt, und die damit wirkungslos bleibt, solange das Verfahren im Kanton Zürich nicht neu hängig gemacht wird. Der Entscheid steht in deutlichem Kontrast zum Urteil vom 16.4.2009, das sich tragend auf die neuen Elemente des Sachverhalts stützt, die der bundesgerichtliche Instruktionsrichter bei seinen Kontakten mit dem amerikanischen Richter zusammengetragen hat. Nicht minder offensichtlich ist die Verletzung des Beschleunigungsgebots des HKÜ, zumal das Bundesgericht ja das Ergebnis des in Zürich zu erwartenden Verfahrens vorwegnimmt. Das Bundesgericht meint richtig, dass das BG-KKE dem Beschleunigungsgebot des HKÜ untersteht, aber es übersieht, dass dies selbstverständlich auch für das BGG gelten muss.
- <sup>77</sup> Insofern tritt das Bundesgericht mit dem Argument zu kurz, es handle sich bei den wirtschaftlichen Umständen des Aufenthalts nach der Rückkehr (in die USA) um «binnenstaatliche Angelegenheiten der USA» (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.7 *in fine*; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 3 *in fine*). Dieser Begriff ist unscharf und unzutreffend, denn auch eine drohende Gefängnisstrafe gegenüber der Mutter ist rein «binnenstaatlich» und wird gleichwohl im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b beachtet. Richtig ist, dass die lokalen Lebensumstände sozialer und wirtschaftlicher Art nicht relevant sind,

ausser im engen Rahmen der Prüfung der Frage, ob die Lebenssituation für das Kind tragbar sein wird. Es macht ja wenig Sinn, das Aufenthaltsrecht in den USA nachzuprüfen, nicht aber die Möglichkeit, ob dort überhaupt eine Existenz unter allenfalls auch sehr bescheidenen Bedingungen möglich ist, auch wenn das geographisch als «binnenstaatlich» gelten mag. In einer Situation, wo beide Parteien als «offensichtlich prozessarm» gelten, kann man dieser materiell-finanziellen Frage nicht ausweichen, zumal sich die amerikanischen Behörden ja unkooperativ gezeigt haben, wie das Bundesgericht selbst berichtet (Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 2.5). In dieser letzten Entscheidung meint das Bundesgericht noch (Erw. 3), es hätte die Frage betreffend die wirtschaftlichen Nachteile bereits in Erw. 3.3 seines Urteils vom 16. April 2009 erwogen, und zwar «unter Hinweis auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung». Das trifft so nicht zu. Dieses Urteil beschränkt sich in diesem Punkt, ohne Literaturangabe, auf zwei Entscheide des Bundesgerichts, die jedoch nicht auf die Frage einer minimalen Unterstützung eingehen, die in beiden Fällen offensichtlich vorhanden war. Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft dafür, es müsse der Mutter eine «sichere und finanziell tragbare Aufnahme ausserhalb der Wohnung des ehemaligen Lebenspartners gewährleistet werden» ([BBI 2007 S. 2622](#)). Auch darauf geht das Bundesgericht nicht ein.

<sup>78</sup> So das Bundesgericht richtig im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.8.

<sup>79</sup> Der entführende Elternteil kann sich nicht darauf berufen, dass er in der Schweiz integriert ist und dass dort seine eigenen Eltern leben; vgl. Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 4.3.1.

<sup>80</sup> Der Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 10. Januar 2010 hat diese Bestimmung weder geprüft noch überhaupt konsultiert, was besonders erstaunt, da das betroffene Kind dem Risiko sexuellen Fehlverhaltens des Vaters ausgesetzt war.

<sup>81</sup> Anders noch Bundesgerichtsentscheid [5A.285/2007](#) vom 16.8.2007, Erw. 4, AJP 2007 S. 1585, Bem. Bucher.

<sup>82</sup> Vgl. [BBI 2007 S. 2623](#).

<sup>83</sup> Unzutreffend deshalb Raselli *et al.*, S. 815, N. 362. Das Bundesgericht hat auch schon geurteilt, es genüge, die für die Anwendung von Art. 13 HKÜ massgebenden Tatsachen wahrscheinlich zu machen (Bundesgerichtsentscheid [5P.199/2006](#) vom 13.7.2006, Erw. 4, FamPra.ch 2006 Nr. 132 S. 982; Bundesgerichtsentscheid [5P.380/2006](#) vom 17.11.2006, Erw. 3.3, AJP 2007 S. 394, SZIER 2007 S. 347). Richtigerweise wäre zu sagen, dass sich das Gericht bei der Beweiswürdigung gegebenenfalls auf Indizien stützen muss.

<sup>84</sup> Jeder Elternteil muss das ihm Mögliche beitragen, und insofern ist die im Urteil vom 16. April 2009 in diesem Zusammenhang nochmals wiederholte Bemerkung richtig, dass der entführende Elternteil seine eigenen Interessen nicht über diejenigen des Kindes stellen darf (Erw. 3.8). Das heisst: Der Entführer darf sehr wohl die vom Abkommen vorgesehenen Ausschlussgründe geltend machen, die ja das Kind schützen sollen, auch wenn er das auch aus eigenem Interesse tut, doch muss er die ihm obliegenden Mitwirkungspflichten, die die Rückführung erlauben oder erleichtern könnten, erfüllen, auch wenn sie seinen eigenen Interessen nicht entsprechen.

<sup>85</sup> Das muss auch in Fällen von Kindsmisshandlung oder sexuellem Missbrauch gelten. Wird ein solcher Verdacht glaubhaft vorgebracht, so muss die Behörde dieser Frage von Amtes wegen nachgehen; sie kann sich nicht mit der Feststellung begnügen, dass eine solche Tatsache vom Entführer «nachzuweisen» sei, zumal sich dieser erfahrungsgemäss leicht in einem Beweisnotstand befinden kann.

<sup>86</sup> Vgl. Bundesgerichtsentscheid [5A\\_105/2009](#) vom 16.4.2009, Erw. 3.7.

<sup>87</sup> So auch [BGE 130 III 530 ff.](#), 534.

<sup>88</sup> Die Zusammenarbeit ist vor allem im Rahmen des neuen HKÜ erleichtert worden.

<sup>89</sup> Das gilt nicht, wenn man das Rückführungsgesuch wie eine Besitzschutzklage versteht, wie das für Raphaela Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Zürich 2005, gilt (S. 233), die entsprechend das Kindesinteresse ausschliesslich auf die Rückkehr reduziert (S. 221 f.), die Kindesvertretung als «Zeitverschwendung» einstuft (S. 222) und die Anhörung des Kindes nur in Ausnahmefällen für angemessen erachtet (S. 188).

<sup>90</sup> Vgl. [BBI 2007 S. 2622](#); Jametti Greiner, *op.cit.*, FamPra.ch 2008 S. 300.

<sup>91</sup> In [BGE 134 III 88 ff.](#) ist ein Vater geschützt worden, obwohl die «Entführung» nur gerade über eine Distanz von 8 km erfolgte. Weil dazwischen eine Grenze lag, konnte er sich auf das KHÜ berufen, um die Mutter mit den Kindern von Binningen ins Elsass zurück zu verlangen.

<sup>92</sup> Die Frage, ob solche Ausreisehindernisse noch unter den Schutzbereich des Haager Übereinkommens fallen, ist vor dem U.S. Supreme Court hängig (*Abbott v. Abbott*, Nr. 08-645). Das Bundesgericht hat die Frage bejaht, doch ist die Bedeutung solcher Situationen im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ noch nicht geklärt worden; vgl. [BGE 133 III 694 ff.](#), 697; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_713/2007](#) vom 28.2.2008, AJP 2008 p. 1312, FamPra.ch 2008 Nr. 75 S. 703. Wer die in [BGE 133 III 697](#) enthaltenen Hinweise auf die Vorarbeiten nachliest, erkennt, dass sie alle falsch sind; der *Rapport explicatif* ist nicht erwähnt und sagt dazu im Übrigen nichts.

<sup>93</sup> [BGE 131 III 334 ff.](#), 339-343 ; [133 III 146 ff.](#) ; [134 III 88 ff.](#) Kritisch dazu Jametti Greiner, *op.cit.*, FamPra.ch 2008 S. 302; Bem. Bucher, AJP 2005 S. 749 f.

<sup>94</sup> Actes et doc. 14/III, 1980, S. 433, Nr. 30.

<sup>95</sup> Bei einem 10 Jahre alten Kind handle es sich um einen «Grenzfall»: [BGE 131 III 334 ff.](#), 340 f. Für eine positive Beurteilung vgl. das Kantonsgericht St. Gallen, SZIER 2001 S. 246, GVP-SG 1999 Nr. 79 S. 183. In Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, ist die Altersschwelle auf 11-12 Jahre gesetzt worden (Erw. 5.2).

<sup>96</sup> So Bundesgerichtsentscheid [5A\\_296/2009](#) vom 8.6.2009, Erw. 3, bei einem immerhin 14 Jahre alten Knaben, dem bedeutet wird, er hätte keine «ragioni plausibili idonee» für die Verweigerung der Rückkehr vorgebracht, wozu er nicht verpflichtet ist, denn was allein verlangt werden kann, ist, dass die Argumentation des Jungen plausibel genug ist, um anzunehmen, dass er über die nötige Reife verfügt.

<sup>97</sup> Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 5.2, vermischt die Willensbildung im Sinne von Art. 13



Abs. 2 HKÜ mit der Anhörung und verweigert dem Kind, das nicht über die von Art. 13 Abs. 2 verlangte Reife verfügt, auch das Recht angehört zu werden, in offensichtlicher Verletzung von Art. 12 KRK sowie von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE, der gar nicht erwähnt wird.

<sup>98</sup> So Bundesgerichtsentscheid [5A\\_569/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 2.3, und Bundesgerichtsentscheid [5A\\_583/2009](#) vom 10.11.2009, Erw. 3.3; Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11.1.2010, Erw. 6.

<sup>99</sup> Von dem will das Bundesgericht im Bundesgerichtsentscheid [5A\\_764/2009](#) vom 11. Januar 2010, nichts wissen, zumal das BG-KKE ja gar nicht beachtet worden ist. Mit dem blossen Hinweis auf die «Anordnung der Zwangsvollstreckung» werden neue Prozesse geradezu provoziert. Die Parteien haben ja Anspruch auf die Anwendung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 BG-KKE.

<sup>100</sup> [BBI 2007 S. 2627](#).

<sup>101</sup> Vgl. Obergericht Zürich, BIZR 2007 Nr. 7 S. 33 (wenn auch eher zu kompliziert).

<sup>102</sup> Das gilt ja auch in innerschweizerischen Fällen, wenn es um die Vollstreckung eines Entscheids geht, der den Aufenthaltsort eines Kindes betrifft (vgl. Bundesgerichtsentscheid [5P.160/2001](#) vom 13.9.2001, Erw. 4 b/aa, AJP 2002 S. 471, SZIER 2002 S. 299).

<sup>103</sup> [BBI 2007 S. 2624](#), offenbar auf der Grundlage des insofern deutlicheren Entwurfs der Expertenkommission.

<sup>104</sup> Art. 75 Abs. 2 BGG. Das hätte das Bundesgericht veranlassen können, in Bundesgerichtsentscheid [5A\\_721/2009](#) vom 7.12.2009, Erw. 1, anzumerken, dass im Kanton Zürich die Bezeichnung des Jugendamts als kantonale Vollzugsbehörde mit Art. 75 Abs. 2 BGG nicht übereinstimmt. Die Botschaft weist auf diese Bestimmung hin und verlangt die Bezeichnung einer kantonalen Rechtsmittelinstanz ([BBI 2007 S. 2624](#)); vgl. auch Jametti Greiner, *op.cit.*, FamPra.ch 2008 S. 303.

<sup>105</sup> Vgl. auch Jametti Greiner, *op.cit.*, FamPra.ch 2008 S. 305, die auf den Fall hinweist, wo es sich um eine klar mangelhafte Feststellung von Tatsachen handelt, die für den Entscheid ausschlaggebend waren, oder um Tatsachen, welche den Sachverhalt in so wesentlicher Weise ändern, dass sich eine Neu Beurteilung aufdrängt. Im Vergleich zu einer in gewissen Umständen an sich möglichen Revision sollte Art. 13 Abs. 1 BG-KKE als *lex specialis* vorgehen.