

*Eidgenössische Experten-Kommission über den Kinderschutz bei Kindesentführungen
Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement
Commissione federale d'esperti per la protezione dei minori in caso di rapimento*

Schlussbericht

6. Dezember 2005

Zusammensetzung und Auftrag der Kommission

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat durch Verfügung vom 10. März 2005 eine Expertenkommission eingesetzt, die den Auftrag hat, zuhanden des Vorstehers des EJPD die Fragen des Postulates Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 (04.3367 - Wirksamer Schutz bei Kindesentführung durch einen Elternteil) zu beantworten und gesetzgeberische und praktische Verbesserungsvorschläge bei der Behandlung von Fällen internationaler Kindesentführungen zu unterbreiten, wobei insbesondere Möglichkeiten für eine kindesgerechtere Anwendung der Bestimmungen des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (SR 0.211.230.2) zu beurteilen sind.

Mit der erwähnten Verfügung wurden als Mitglieder der Kommission eingesetzt: Herr Prof. Dr. Andreas Bucher (Präsident), Professor für internationales Privatrecht an der Universität Genf; Herr Prof. Christoph Häfeli, Sekretär der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK); Herr Bundesrichter Niccolò Raselli, Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts; Frau Marianne Galli-Widmer, Rechtsanwältin und Familienmediatorin, Vorstandsmitglied des Schweizerischen Dachverbands Mediation SDM-FSM; Herr Dr.phil. Heinrich Nufer, Pädagoge und Kinderpsychologe. Durch Verfügung vom 3. Juni 2005 hat das EJPD, gestützt auf den Antrag von Herrn Dr. Markus Notter, Regierungsrat des Kantons Zürich, als Vertreterin des Obergerichts des Kantons Zürich Frau Annegret Katzenstein-Meier, Oberrichterin, Präsidentin der Anklagekammer am Obergericht des Kantons Zürich, als weiteres Kommissionsmitglied eingesetzt.

Die Kommission hat mehrmals getagt, und zwar am 31. Mai, 15. August, 14. September, 24. und 25. Oktober, 22. November und am 6. Dezember 2005. Zu diesen Sitzungen hat die Kommission meistens Frau Dr. Monique Jametti Greiner, Fürsprecherin, Vizedirektorin des Bundesamts für Justiz, und Herrn David Urwyler, Chef des Dienstes für Internationalen Kinderschutz, eingeladen.

Am 22. November 2005 hat die Kommission mit besonders interessierten Kreisen einen Gedankenaustausch geführt. Es haben daran die folgenden Personen teilgenommen: Bundesrat Chr. Blocher, Nationalrätinnen V. Hubmann, L. Meier-Schatz, R.G. Vermot-Mangold, Nationalrat U. Siegrist, Professoren A. Bonomi (Lausanne), P. Breitschmid (Zürich), P. Pichonnaz (Freiburg), I. Schwander (St. Gallen), J. Zermatten (Sion), sowie Frau L. Hurni-Caille (Die Rechte des Kindes International), Frau A. Hausheer (Zentralsekretariat für alleinerziehende Mütter und Väter) und Herr R. Widmer (Internationaler Sozialdienst). Am 21. November 2005 hat ein Treffen des Kommissionspräsidenten mit Frau Nationalrätin D. Leuthard stattgefunden.

Die Kommission hat alle in neuerer Zeit eingereichten parlamentarischen Vorstösse berücksichtigt, insbesondere:

- 04.3367 Postulat Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 (Wirksamer Schutz bei Kindesentführung durch einen Elternteil), angenommen vom Bundesrat am 24. September 2004 und vom Nationalrat am 17. Dezember 2004¹;
- 03.3214 Motion Vermot-Mangold vom 7. Mai 2003 (Haager Übereinkommen über internationale Kindesentführungen, Schutz der Kinder); Antrag des Bundesrates vom 19. September 2003, die Motion in ein Postulat umzuwandeln; vom Nationalrat am 13. Juni 2005 als Postulat überwiesen²;

¹ AB NR 2004 S. 2173, Beilagen, S. 200.

² AB NR 2005 S. 782, Beilagen, S. 56.

- 03.3208 Interpellation Hubmann vom 7. Mai 2003 (Schutz der Kinder), mit Antwort des Bundesrates vom 9. September 2003, Diskussion im Nationalrat am 13. Juni 2005, Interpellation erledigt;³
- 03.3235 Motion Leuthard vom 8. Mai 2003 (Kindeswohl und Haager Übereinkommen), angenommen von Nationalrat (3.10.2003) und Ständerat (3.3.2004)⁴.

Die Kommission hat weiterhin Kenntnis genommen von früheren parlamentarischen Vorstössen, die als erledigt gelten (85.579, Interpellation Fankhauser, Kindesentführungen; 98.3122 Interpellation Aeppli Wartmann, Kindesentführungen; 98.3672, Motion Aeppli Wartmann, Bekämpfung von Kindesentführungen).

Die Schweizerische Stiftung des Internationalen Sozialdienstes hat der Kommission einen ausführlichen Bericht über internationale Kindesentführungen und die Erfahrungen des Sozialdienstes zur Verfügung gestellt. Herr Rolf Widmer, Direktor, ist an der Sitzung vom 25. Oktober 2005 angehört worden.

Entsprechend ihrem Auftrag gliedern sich die Antworten und Vorschläge der Kommission in drei Teile:

- I. Antworten auf die im Postulat Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 gestellten Fragen.
- II. Entwurf eines Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen.
- III. Vorschläge für eine Anpassung des Haager Übereinkommens von 1980.

Im Anschluss an diese von der Kommission genehmigten Abschnitte findet sich der Ergänzende Bericht des Kommissionspräsidenten, der der Kommission als Arbeitsgrundlage gedient hat, ohne von dieser formell verabschiedet worden zu sein.

Kurze Zusammenfassung der Antworten und Vorschläge

Antworten auf die im Postulat Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 gestellten Fragen

Der Grundsatz der Rückgabe widerrechtlich entführter Kinder stellt den tragenden Inhalt des Haager Übereinkommens von 1980 dar und wird heute von über 70 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, in der Hoffnung, dort eine ihm günstigere Regelung des Sorgerechts zu erlangen. Die Kommission geht grundsätzlich davon aus, dass das Haager Übereinkommen als wesentlicher Beitrag zur *Bekämpfung internationaler Kindesentführungen* gilt und dass daran auch in Zukunft festzuhalten ist. Diese Haltung wird auch durch Art. 11 BV, Art. 11 KRK und Art. 8 EMRK gefordert.

Die *Rolle der schweizerischen Zentralen Behörde* (bzw. Zentralbehörde) ist wie für alle ausländischen Zentralbehörden in erster Linie im Haager Übereinkommen selbst festgelegt. Grundsätzlich erfüllt die Zentrale Behörde alle Aufgaben der Information, Übermittlung, Organisation und Bei-

³ AB NR 2005 S. 781, Beilagen S. 44.

⁴ AB NR 2003 S. 1723, Beilagen S. 442; AB SR 2004 S. 37.

hilfe bei der Lösung von Fällen der Kindesentführung. Die Tätigkeiten der Zentralbehörde sind rechtlich genügend bestimmt und für die praktische Handhabung durch die interne Dokumentation ausführlich umschrieben. Die Zentrale Behörde steht den schweizerischen Gerichten für Auskünfte und Beistand zur Verfügung, insbesondere um Informationen aus dem Herkunftsstaat zu erhalten oder die Zusammenarbeit mit den dortigen lokalen Behörden zu erleichtern. Verbesserungen sind möglich und werden von der Kommission vorgeschlagen.

Vorschläge für die Behandlung von Fällen internationaler Kindesentführungen

1. Verkürzung und Straffung des Verfahrens

Gesuche um Rückgabe entführter Kinder sollen in jedem Kanton durch eine einzige Instanz beurteilt werden. Der Beschwerdeweg an das Bundesgericht bleibt erhalten. In allen Kantonen soll ein einfaches und rasches Verfahren zur Verfügung stehen.

2. Beurteilung und Vertretung der Kindesinteressen im Verfahren

Dem eigentlichen gerichtlichen Erkenntnisverfahren soll eine Phase der Suche nach einer einvernehmlichen Regelung des Streitfalls vorangehen. Die Zentralbehörde und die Gerichte sollen nicht-juristische Fachleute beiziehen. Die Zentralbehörde sorgt in Zusammenarbeit mit den Kantonen für die Errichtung eines Netzwerks von verfügbaren Fachpersonen und Institutionen. Das Kind ist anzuhören und es ist ihm ein Beistand zu ernennen.

3. Kindesgerechte Beurteilung der Rückgabegesuche

Die in verschiedenen parlamentarischen Interventionen geforderte kindesgerechte Anwendung des Übereinkommens lässt sich einerseits dadurch unterstützen, dass das Kind bzw. sein Beistand vermehrt in das Verfahren einbezogen wird, und dass mehr Gewicht als bisher auf Bemühungen zur Vermittlung und Mediation gelegt wird, wobei möglichst auch interdisziplinäres Fachwissen zu berücksichtigen ist.

Andererseits schlägt die Kommission vor, dass die Anwendung des Haager Übereinkommens in dem Sinn zu präzisieren ist, dass das Gericht sich vergewissern soll, welche Situation das Kind bei der Rückkehr antreffen wird. Kann das Kind dem im Herkunftsstaat verbliebenen Elternteil nicht anvertraut werden, so soll abgeklärt werden, ob der entführende Elternteil das Kind begleiten kann oder ob man ihm das zumuten kann. Für den Entscheid über die Rückgabe ist zu beachten, dass eine Trennung von beiden Eltern, verbunden mit einer Fremdplatzierung, für das Kind oft eine erhebliche Gefährdung darstellt.

4. Vollstreckung des Rückgabeentscheids

Der Rückführungsbeschluss soll künftig auch die Vollstreckungsmodalitäten regeln und in der ganzen Schweiz vollstreckbar sein. Der Vollzug soll möglichst einvernehmlich erfolgen und darf das Kind nicht in unzumutbarer Weise verletzen.

5. Präventive Schutzmassnahmen

Das Risiko einer möglichen Kindesentführung sollte in der Praxis, vor allem im Zusammenhang mit Ehescheidungen, mehr thematisiert und geregelt werden.

Die Kommission schlägt ein *Bundesgesetz über Kindesentführungen* vor. Dieser Entwurf findet sich (deutsch, französisch, italienisch) im Teil II dieses Berichts, gefolgt von den Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen.

Überdies formuliert die Kommission im Teil III Vorschläge, welche die Schweiz an der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht in Erfüllung der Motion Leuthard vom 8. Mai 2003 (03.3235 - Kindeswohl und Haager Übereinkommen) vorlegen kann.

Die Kommission begrüsst die Absicht des Bundes, das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern zu ratifizieren.

I. Antworten auf die im Postulat Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 gestellten Fragen

1. *Welche kritischen Entscheidungssituationen ergeben sich bei allen aus der Schweiz erfolgten Rückführungen und abgelehnten Rückführungsklagen, seit am 1. Januar 2000 nun auch die neue Bundesverfassung in Kraft gesetzt ist? Welche konkreten Auswirkungen hatten die getroffenen Entscheidungen auf die weitere Entwicklung der davon betroffenen, freiwillig oder zwangsrechtlich rückgeführten Kinder?*
 - a) Kritische Entscheidungssituation ergeben sich fast ohne Ausnahme in allen Fällen, in denen die Rückführung nicht freiwillig erfolgt. Handelt es sich um eine Entführung, die gemäss dem Haager Übereinkommen als widerrechtlich gilt, weil das Sorgerecht des im Herkunftsstaat des Kindes verbliebenen Elternteils verletzt worden ist, so muss das Kind grundsätzlich in diesen Staat zurückgeführt werden. Wenn das nicht freiwillig geschieht, so stellt eine behördlich angeordnete Rückgabe in der Regel eine Belastung sowohl für den entführenden Elternteil wie für das Kind dar. Gemäss dem Übereinkommen kann von der Rückgabe nur in eng begrenzten Fällen abgesehen werden, insbesondere, wenn sich für das Kind daraus eine unzumutbare Situation ergeben würde.
 - b) Der Grundsatz der Rückgabe widerrechtlich entführter Kinder stellt den tragenden Inhalt des Haager Übereinkommens dar und wird heute von über 70 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 (oft weit entfernten) Staat verbringt. Dieser Vorteil kann darin bestehen, dass der entführende (verheiratete, geschiedene oder ledige) Elternteil sich den (möglichst) exklusiven Zugang zum Kind sichern will und dass er damit rechnet, dass die Gerichte im Staate, wo das Kind verbracht worden ist, einer Neuverteilung der elterlichen Sorgerechtsansprüche zugunsten des Entführers positiver gegenüberstehen, als das im Herkunftsstaat der Fall wäre. Beides verdient grundsätzlich keinen Rechtsschutz und muss verhindert werden.
 - c) Bei der Anwendung des Übereinkommens lassen sich gewisse Härtefälle nicht vermeiden. Die Kommission hat den Auftrag zu untersuchen, mit welchen praktischen Mitteln und unter Beihilfe des Gesetzgebers Wege gefunden werden können, welche die Folgen von Kindesentführungen für das Kind möglichst tragbar machen. Die Kommission geht grundsätzlich davon aus, dass das Haager Übereinkommen als wesentlicher Beitrag zur Bekämpfung internationaler Kindesentführungen gilt und dass daran auch in Zukunft festzuhalten ist. Eine Kündigung dieses wichtigsten Instruments betreffend Kindesentführungen hätte im wesentlichen zur Folge, dass die Schweiz bei Entführungen von hier lebenden Kindern ins Ausland nicht mehr auf eine staatsvertraglich gesicherte Unterstützung zur Rückgabe des Kindes an den hier lebenden Elternteil rechnen könnte. Überdies hätte sie zur Folge, dass ausländische Gerichte keine Besuchsrechte zugunsten des in der Schweiz lebenden Elternteils gewähren würden, wenn diese eine auch nur vorübergehende Verbringung des Kindes in die Schweiz beinhalten würden, da mangels Staatsvertrag keine Gewähr für die Rückführung des widerrechtlich in der Schweiz zurückbehaltenen Kindes bestünde.
 - d) Der im ersten Teil der Frage enthaltene Hinweis auf die neue Bundesverfassung (BV) soll die Frage dahin verdeutlichen, ob gewisse Bestimmungen der BV, insbesondere Art. 11, aber allenfalls auch Art. 13 und 14 BV, sich dahingehend auswirken könnten, dass die bei Kindesentführungen auftretenden Entscheidungssituationen weniger kritisch sein könnten.
 - aa) Das Völkerrecht geht dem innerstaatlichen Recht vor, einschliesslich der Bundesverfassung (Art. 191 BV; Art. 1 Abs. 2 IPRG). Deshalb konnte das Inkrafttre-

ten der BV auf die Anwendung des Haager Übereinkommens keinen Einfluss haben. Das schliesst nicht aus, dass in der BV neu enthaltene Wertsetzungen, wie sie vor allem in Art. 11 BV enthalten sind, bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen des Übereinkommens sowie bei Fragen, die das nationale Recht zu regeln hat (v.a. das Verfahren betreffend), mitberücksichtigt werden können (vgl. Teil II dieses Berichts).

- bb) Ähnlich verhält sich auch die Situation seit dem Inkrafttreten der Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (KRK; SR 0.107). Diese Konvention schafft eine grosse Anzahl von Rechten des Kindes und verlangt, dass das Wohl des Kindes einen Gesichtspunkt darstellt, der vorrangig zu berücksichtigen ist (Art. 3 Abs. 1). Betreffend Kindesentführungen sieht Art. 11 KRK das Folgende vor:

“1. Die Vertragsstaaten treffen Massnahmen, um das rechtswidrige Verbringen von Kindern ins Ausland und ihre rechtswidrige Nichtrückgabe zu bekämpfen.
2. Zu diesem Zweck fördern die Vertragsstaaten den Abschluss zwei- oder mehrseitiger Übereinkünfte oder den Beitritt zu bestehenden Übereinkünften.”

Die Kinderrechtskonvention verweist damit in erster Linie auf das Haager Übereinkommen.⁵ Diese Konvention kann deshalb die Anwendung und Auslegung des Haager Übereinkommens auch nur insoweit beeinflussen, als das nach dem Inhalt dieses Übereinkommens möglich ist.

- cc) Im Rahmen von Art. 8 EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkannt, dass die Verpflichtung der Vertragsstaaten zum Schutz der Familie auch die Pflicht mit einschliesst, bei Kindesentführungen die bestehenden internationalen Verträge und insbesondere das Haager Übereinkommen anzuwenden.⁶

e) Der zweite Teil der Frage kann auf die erwähnte allgemeine Weise kaum beantwortet werden. In den Fällen, in denen es zu einer Rückführung kommt, teilt das Kind ein Schicksal, das von seinen familiären, sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen in seinem Aufenthaltsstaat bestimmt wird. In gewissen Familien kommt es nach der Rückführung zu einer neuen stabilen Situation. In andern Fällen bleiben Schwierigkeiten bestehen. Interessant wäre vor allem, zu wissen, wie es den Kindern geht, die gemäss einem schweizerischen Urteil zurückgekehrt sind oder die gar zwangsweise zurückgeführt werden mussten.

Die Kommission hat zur Kenntnis nehmen müssen, dass auf eine solche Frage keine auch nur einigermaßen vollständige und vertrauenswürdige Antworten verfügbar sind. Eine auf Veranlassung der Kommission durch die Zentralbehörde durchgeführte Umfrage hat dies bestätigt. Das hängt zum einen davon ab, dass die schweizerische Zentralbehörde nicht über alle vor die Gerichte gebrachten Fälle informiert ist, dass sie von den Gerichten nur mangelhaft über den Ablauf des Verfahrens auf dem Laufenden gehalten wird und dass ihr auch der Entscheid über das Rückgabegesuch nicht in allen Fällen zugestellt wird. Zum andern verfügt weder die Zentralbehörde noch eine schweizerische Gerichtsinstanz über die Möglichkeit, umfassende Informationen über die Situation von Kindern zu erhalten, die ins Ausland zurückgeführt worden sind. Dafür besteht keine Rechtsgrundlage und überdies handelt es sich um Informationen über persönliche und familiäre Situationen, über die die Beteiligten in der Regel nicht bereit sind auszusagen. Abgesehen von einzelnen Fällen, bei denen es gelingt, noch mit Erfolg Erkundigungen im Ausland einzuziehen, ist das Rückgabeverfahren mit dem tatsächlichen Verlassen des Kindes der Schweiz in jeder Hin-

⁵ BGE 130 III 530 ff. 533.

⁶ Vgl. EGMR, Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I S. 205, § 95; Sylvester, 24.4.2003, § 57; Iglesias, 29.4.2003, Recueil 2003 V S. 247, § 51; Maire, 26.6.2003, Recueil 2003 VII S. 309, § 72; BGE 123 II 419 ff., 423.

sicht abgeschlossen. Eine Verbesserung dieser Situation liesse sich (in begrenztem Masse) dadurch erreichen, dass die Gerichte zur regelmässigen Information der Zentralbehörde über wesentliche Verfahrensschritte angehalten werden, und dass im Rahmen der Haager Konferenz eine entsprechende Erweiterung der Zusammenarbeit zwischen den Zentralbehörden angestrebt wird (vgl. Teil II und III dieses Berichts).

Andererseits hat die Kommission auch feststellen müssen, dass die schweizerische Zentralbehörde nicht in der Lage ist, entsprechende Informationen über Kinder, die aus dem Ausland zurückgeführt worden sind, zu erhalten und ins Ausland zu übermitteln.

2. *Was ist die Rolle bzw. was legt die departementsinterne Geschäftsordnung für die "Zentralbehörde des Bundes zur Behandlung internationaler Kindesentführungen" fest?*

Die Rolle der schweizerischen Zentralen Behörde (bzw. Zentralbehörde) ist wie für alle ausländischen Zentralbehörden in erster Linie im Haager Übereinkommen selbst festgelegt.⁷ Grundsätzlich erfüllt die Zentralbehörde alle Aufgaben der Information, Übermittlung, Organisation und Beihilfe bei der Lösung von Fällen der Kindesentführung. Diese Aufgaben sind in dem unter Ziffer 2.1 zitierten Artikel 7 Absatz 2 des Übereinkommens festgelegt.

Die Bedeutung dieser Aufgaben ist unter Mitarbeit der schweizerischen Delegierten im Rahmen der Haager Konferenz für internationales Privatrecht in dem im Jahre 2003 herausgegebenen "Guide de bonnes pratiques"⁸ ausführlich bestimmt. Weitere praktische Hilfen für die Zusammenarbeit der Zentralbehörden ergeben sich bei den regelmässigen Treffen, die zum Zwecke der Überprüfung des Funktionierens des Übereinkommens von der Haager Konferenz organisiert werden.

Eine besondere departementsinterne Geschäftsordnung oder ein Reglement gibt es nicht. Dafür besteht nach Ansicht der Kommission auch kein Bedarf. Das Personal der Zentralbehörde verfügt zusätzlich zum erwähnten "Guide de bonnes pratiques" seit 1997 für den internen Gebrauch über einen ausführlichen "Leitfaden für die Bearbeitung von internationalen Kindesentführungsfällen und Besuchsrechtskonflikten", sowie über eine umfangreiche Sammlung von Formularen und Merkblätter.

Die Aufgaben der Zentralbehörde sind rechtlich genügend bestimmt und für die praktische Handhabung durch die interne Dokumentation ausführlich umschrieben. Das will nicht heissen, dass keine Probleme auftreten, die besser gelöst werden könnten. Solche Probleme sind aber gezielt anzugehen und nicht über eine allgemeine und alles umfassende Sammlung von Vorschriften.

2.1 *Welche detaillierten Aufgaben, Interventionsrechte und Pflichten sind ihr übertragen, und auf welchen rechtlichen Grundlagen basieren diese?*

Die Aufgaben der Zentralen Behörden sind im Übereinkommen im Detail umschrieben. Die Zentralen Behörden haben gemäss Art. 7 Abs. 2 vor allem alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um

- a) den Aufenthaltsort eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes ausfindig zu machen;
- b) weitere Gefahren von dem Kind oder Nachteile von den betroffenen Parteien abzuwenden, indem sie vorsorgliche Massnahmen treffen oder veranlassen;

⁷ Für die Rolle der Zentralbehörde im Rahmen des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01), vgl. dessen Art. 3 und 5.

⁸ 1. Teil: Pratique des autorités centrales, 2. Teil: Mise en oeuvre.

- c) die freiwillige Rückgabe des Kindes sicherzustellen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen;
- d) soweit zweckdienlich Auskünfte über die soziale Lage des Kindes auszutauschen;
- e) im Zusammenhang mit der Anwendung des Übereinkommens allgemeine Auskünfte über das Recht ihrer Staaten zu erteilen;
- f) ein gerichtliches oder behördliches Verfahren einzuleiten oder die Einleitung eines solchen Verfahrens zu erleichtern, um die Rückgabe des Kindes zu erwirken sowie gegebenenfalls die Durchführung oder die wirksame Ausübung des Besuchsrechts zu gewährleisten;
- g) soweit erforderlich die Bewilligung von unentgeltlicher Rechtshilfe und Rechtsberatung, einschliesslich der Beordnung eines Rechtsanwalts, zu veranlassen oder zu erleichtern;
- h) durch etwa notwendige und geeignete behördliche Vorkehrungen die sichere Rückgabe des Kindes zu gewährleisten;
- i) einander über die Wirkungsweise des Übereinkommens zu unterrichten und Hindernisse, die seiner Anwendung entgegenstehen, soweit wie möglich auszuräumen.

Weitere detaillierte Angaben finden sich in den oben erwähnten Unterlagen und insbesondere im "Guide des bonnes pratiques".

Handelt es sich um die Entführung eines Kindes in die Schweiz, so stellen sich der Zentralbehörde vor allem folgende Aufgaben, die im Übrigen für die Beteiligten grundsätzlich keine Kostenfolgen nach sich ziehen (Art. 26 des Übereinkommens):

- Lokalisierung des Kindes, wenn angezeigt wird, dass ein Kind in die Schweiz entführt worden ist und sein Aufenthaltsort unbekannt ist (wenn nötig mit Unterstützung der Flughafen- oder Grenzpolizei);
- Beratung der Personen, die ein Gesuch um Rückgabe des Kindes stellen möchten, einschliesslich die Vorbereitung aller notwendigen Unterlagen und die Bestellung eines Rechtsanwaltes, sowie die Vorbereitung des Antrags auf unentgeltliche Rechtspflege;
- Information und Beratung des Elternteils, der das Kind entführt hat;
- Unterstützung bei der Suche nach einer einvernehmlichen Lösung;
- Kontaktaufnahme mit den Vormundschaftsbehörden am Aufenthaltsort des Kindes im Hinblick auf allfällig zu treffende Schutzmassnahmen, einschliesslich Massnahmen, die eine Flucht zu verhindern helfen;
- Beihilfe an die Parteien und die kantonalen Behörden zur Vorbereitung der freiwilligen Rückkehr;
- Prüfung des Gesuchs auf Rückgabe des Kindes auf seine Vollständigkeit und Weiterleitung an das zuständige kantonale Gericht;
- Mitteilung an die betroffenen kantonalen Gerichte (v.a. im Falle eines in der Schweiz eingeleiteten Scheidungsverfahrens), dass keine Sachentscheidung über das Sorgerecht getroffen werden kann (Art. 16 des Übereinkommens);
- in jedem Stadium und je nach Bedürfnis Kontaktaufnahme und Zusammenarbeit mit den Jugendämtern, Polizeiorganen, kantonalen Koordinationsorganen bei Kindesentführungen, Vertretungen der Auslandschweizer, Konsulate, und allen andern für die Abklärung der Situation des Kindes und der Eltern sowie für die Beilegung des Streitfalls hilfreichen Institutionen, auch von privater Seite, wie insbesondere der Internationale Sozialdienst;
- Kontaktaufnahme und Zusammenarbeit mit der ausländischen Zentralbehörde und andern mit dem Fall befassten Behörden und Gerichten im Staat, in dem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte;
- Beratung und Beihilfe bei der von den kantonalen Behörden zu vollziehenden Vollstreckung eines Rückgabeentscheids.

Im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Zentralbehörde als Vermittlungsstelle sind in den letzten Jahren Schwierigkeiten aufgetreten, die anregen, das Verfahren neu zu überdenken und entsprechende Vorschläge zu machen (vgl. Teil II dieses Berichts).

Oft gelingt es der Zentralbehörde, die Situation dadurch zu regeln, dass die Beteiligten auf das Haager Übereinkommen sowie auf die grundsätzliche Rechtspflicht aufmerksam gemacht werden, das entführte Kind zurückzubringen. In einer anderen Gruppe von Fällen können erste Vermittlungsgespräche zum Ziele führen. Die Zentralbehörde zieht dabei so weit als möglich die Hilfe Dritter bei, insbesondere in Zusammenarbeit mit den freiwilligen und zivilrechtlichen Kinderschutzorganen, zum Teil aber auch mit den Konsulaten der Heimatstaaten der Beteiligten. Der zeitliche Druck, der kleine Personalbestand und die relativ geringe Kenntnis des Einzelfalls ermöglichen es allerdings der Zentralbehörde nicht, eine vertieftere Bearbeitung und Vermittlung zu führen, die auch den Beizug von nicht-juristischen Fachleuten notwendig machen würden. Überdies setzen solche Bemühungen die Präsenz beider Eltern und deren Bereitschaft voraus, zusammenzuwirken, um eine Lösung zu finden. Dabei können sich auch die dadurch entstehenden Kosten als zusätzliches Hindernis erweisen.

In der Praxis empfiehlt die Zentralbehörde dem Gesuchsteller aus dem Ausland, in der Schweiz im Aufenthaltskanton des Kindes einen Anwalt zu bestellen. Die Zentralbehörde stellt damit klar, dass sie den Gesuchsteller nicht vertritt und dass sie für das Handeln und die Kosten des Rechtsvertreters des Gesuchstellers nicht verantwortlich ist. In gewissen Fällen, in denen auf privater Ebene bereits Verhandlungen stattgefunden haben und gescheitert sind, dürfte das angemessen sein. In andern Fällen wird allerdings auf diese Art der Konflikt in einem sehr frühen Stadium zum rechtlichen Streitfall aufgebaut, was dem Versuch, zu einer einvernehmlichen Regelung zu gelangen, oft nicht förderlich ist und die privaten Verhandlungen der Eltern sehr schwierig gestaltet, wenn nicht gar unmöglich macht. Insofern ist den Bestimmungen des Übereinkommens nicht Genüge getan, welche die Zentralbehörde beauftragen, in erster Linie möglichst Erfolg versprechende Massnahmen, die die freiwillige Rückkehr des Kindes bewirken können, einzuleiten und durchzuführen (Art. 7 Abs. 2 lit. c, Art. 10).

Die Zentralbehörde hat auch Mühe, sich vor allem auf der Seite des entführenden Elternteils als objektiver und ausgewogener Vermittler erkennbar zu machen. Von ihrer Funktion her gesehen ist die Zentralbehörde in erster Linie eine Behörde, die die Rückgabe des Kindes erreichen oder unterstützen soll. Damit steht sie den Interessen des Gesuchstellers näher. Die Kontaktaufnahme mit dem entführenden Elternteil leidet auch darunter, dass die Zentralbehörde heute unter dem Namen "Dienst für internationalen Kinderschutz" auftritt und damit dem entführenden Elternteil ein einseitiges Bild von ihrer eigentlichen Aufgabe vermittelt.

Die Zentralbehörde steht den schweizerischen Gerichten für Auskünfte und Beistand zur Verfügung, insbesondere um Informationen aus dem Herkunftsstaat zu erhalten oder die Zusammenarbeit mit den dortigen lokalen Behörden zu erleichtern. Diese Hilfe wird heute von den Gerichten nur relativ selten beansprucht. Bei Sprachschwierigkeiten kann diese auch nützlich sein, wobei auch die Schweizerische Vertretung vor Ort beigezogen werden kann. Die Zentralbehörde verfügt aber über keinerlei Interventionsrechte gegenüber den Gerichten. Diese informieren die Zentralbehörde nur teilweise und im Allgemeinen unvollständig über den Ablauf des Verfahrens. Die Zentralbehörde kann sich auf Anfrage über die Gründe erkundigen, warum sich ein Verfahren in die Länge zieht (Art. 11 Abs. 2), doch beschränkt sich dies auf Einzelfälle. In dieser Beziehung besteht ein Bedürfnis nach Verbesserungen (vgl. Teil II dieses Berichts).

So, wie die Fragen im Postulat gestellt sind, richten sie sich fast ausschliesslich an die Zentralbehörde, die bei Entführungen angegangen wird, die in die Schweiz erfolgt sind. Es sei angemerkt, dass diese Behörde selbstverständlich alle Aufgaben wahrnimmt, die sich bei Entführungen von Kindern aus der Schweiz ins Ausland stellen.⁹ Dabei handelt es sich in erster Linie um

⁹ In den letzten fünf Jahren wurden mehr als doppelt so viele Rückführungsgesuche ans Ausland weitergeleitet als umgekehrt (171 gegenüber 84 eingehenden Gesuchen).

die Information und Beratung des in der Schweiz in seinem Sorgerecht verletzten Elternteils, die Suche nach dem Kind (etwa über Interpol), die Vorbereitung und die Weiterleitung des Rückgabegesuchs ins Ausland, sowie die Kontaktaufnahme und die Zusammenarbeit mit den ausländischen Behörden, insbesondere der Zentralbehörde des Staates, in den das Kind entführt worden ist. Diese Zusammenarbeit funktioniert mit einigen Staaten gut bis sehr gut, während sie sich im Verhältnis zu andern Staaten als nicht einfach oder gar sehr schwierig erweist. Eine Verbesserung der schwierigen Verhältnisse der Zusammenarbeit kann nur auf internationaler Ebene, bilateral oder im Rahmen der Haager Konferenz erreicht werden. Dabei erweist sich als schwerwiegender Nachteil, dass in einigen Staaten, insbesondere in den USA, die Möglichkeit, das Armenrecht oder entsprechende günstige Kostenlösungen zu erhalten, fehlt.

Im Übrigen kann die Zentralbehörde auch angegangen werden, um die Durchführung oder wirksame Ausübung des Besuchsrechts zu fördern oder zu sichern (Art. 21 des Übereinkommens). Die Zentralbehörde ist dabei mit Aufgaben der Information, Vermittlung und Zusammenarbeit mit Behörden in der Schweiz und im Ausland betraut, die denjenigen in Fällen eigentlicher Kindesentführungen vergleichbar sind.

Die Zentralbehörde ist jedes Jahr mit durchschnittlich 100 bis 120 Fällen befasst. Bei einem Drittel geht es um Fragen des Besuchsrechts. Von den 70 bis 80 Entführungsfällen betreffen 20 bis 30 Entführungen von Kindern vom Ausland in die Schweiz.

Die der Kommission vorgelegten Fragen betreffend den Ablauf des Verfahrens beziehen sich nur auf die Zentralstelle des Bundes. Wichtige Fragen stellen sich jedoch auch in Bezug auf die Rolle der Gerichte, auf die näher einzugehen sein wird (vgl. Teil II dieses Berichts).

2.2 *Wie ist die Aktenführung und Fallverantwortlichkeit (umfassendes Case-Management) in der Zentralstelle geregelt?*

Die eingehenden Fälle werden den Mitarbeitern der Sektion gemäss deren Verfügbarkeit bzw. Arbeitsbelastung und in Anbetracht ihrer Sprachkenntnisse zugeteilt. Die Mitarbeiter verfügen über das Fachwissen und die (bereits erwähnten) Instruktionen, um jede Fallbearbeitung grundsätzlich selbst zu übernehmen. Der Kontakt mit den Vorgesetzten und regelmässige interne Treffen erlauben eine angemessene und homogene Bearbeitung. Bei umfangreichen Akten wird ein Verzeichnis erstellt.

Im Dienst für internationalen Kinderschutz stehen für die juristische Bearbeitung von Kindesentführungen knapp 200 Stellenprozent zur Verfügung (neben 160% für Adoptionen und 20% für Schutzmassnahmen). Bei diesem Personalbestand ist keine noch mehr verfeinerte Strukturierung im Sinne eines "Case-Management" möglich.

2.3 *Wie geht die Zentralstelle mit Verdachtsmomenten oder konkreten Anschuldigungen bezüglich Kindesmisshandlung und sexuellen Kindesmissbrauchs um, wenn sie im Laufe des Verfahrens über Akten oder direkte Meldungen davon Kenntnis bekommt? Wie handhabt sie dies grundsätzlich, wenn Kindern mit schweizerischem Bürgerrecht dies im Ausland vonseiten des auf Rückführung klagenden Elternteils widerfahren ist?*

Handelt es sich um die Entführung eines Kindes aus dem Ausland in die Schweiz, so fragt die Zentralbehörde danach, ob die gebotenen Untersuchungen und Massnahmen im ausländischen Herkunftsstaat des Kindes eingeleitet worden sind, und, bejahendenfalls, welches der Stand des betreffenden Verfahrens ist. Ist nichts unternommen worden, so empfiehlt sie dem entführenden Elternteil, die notwendigen Schritte im Herkunftsstaat zu unternehmen oder zu veranlassen, oder sie wird selbst tätig. Ausserdem gilt für die Zentralbehörde eine Anzeigepflicht betreffend den in der Schweiz verfolgten Straftaten.

Sind im Aufenthaltsstaat entsprechende Abklärungen erfolgt, sind deren Resultate hierzulande grundsätzlich zu respektieren. Bestehen jedoch ernsthafte Anhaltspunkte, dass die Kinder, die zurückgeführt werden sollen, Opfer von Misshandlungen irgendwelcher Art geworden sind und können Befürchtungen, dass sie im Falle der Rückführung vor weiteren Misshandlungen ungenügend geschützt sind, nicht ausgeräumt werden, trifft das mit dem Verfahren befasste Gericht von Amtes wegen die nötigen Abklärungen und bezieht deren Resultat in die Entscheidungsfindung ein.

Im Übrigen verfügt die Zentralbehörde weder über die rechtliche noch über die fachliche Kompetenz, um solchen Verdächtigungen oder Anschuldigungen selbst nachzugehen oder gar Entscheide zu treffen.

3. *Wie wird gewährleistet, dass die Anhörung der betroffenen Kinder, welche gemäss Kinderrechtskonvention unabdingbar ist, durch kompetente, unabhängige Fachleute erfolgt?*

Der Entscheid über die Anhörung des Kindes obliegt dem mit dem Rückführungsgesuch befassten Gericht (auch gemäss Art. 12 der Kinderrechtskonvention). Es berücksichtigt dabei die einschlägige Rechtsprechung, die insbesondere in Bezug auf Art. 144 Abs. 2 ZGB im Scheidungsrecht und gestützt auf Art. 314 Ziff. 1 ZGB ergangen ist.¹⁰ Das Gericht kann, wo dies angezeigt erscheint, unabhängige nicht-juristische Fachleute bei der Anhörung beiziehen. Zum Zwecke der weiteren Verbesserung dieser Praxis im besonderen Bereich der Kindesentführungen legt die Kommission Vorschläge vor (vgl. Teil II dieses Berichts).

4. *Wird bei Interessenkollisionen zwischen den beteiligten Elternteilen und betroffenen Kindern ein eigenständiger Rechtsschutz, zumindest im Rechtsverfahren in der Schweiz, gewährleistet? Wird ein Rechtsvertreter für die Kinder, wie es in anderen Rechtsverfahren in der Schweiz üblich ist, eingesetzt - analog zur Einsetzung eines offiziellen unentgeltlichen Rechtsvertreters des auf Rückführung klagenden Elternteiles?*

In der bisherigen Praxis ist dem Kind in der Regel in Entführungssachen kein eigener Rechtsvertreter beigegeben worden, und wenn dies getan wurde, dann auf Antrag eines Elternteils.

Die zurückhaltende Praxis erklärt sich unter anderem damit, dass der Beistand des Kindes oft dazu neigt, die Haltung des entführenden Elternteils zu übernehmen, statt die Situation eigenständig und im Hinblick auf die Beziehung des Kindes zu beiden Eltern zu beurteilen. Idealerweise sollte der Anwalt des Kindes am ehesten geeignet sein, als vermittelnder Rechtsvertreter aufzutreten.

Im australischen Falle W. haben die kantonalen Behörden den Kindern einen Rechtsanwalt als Beistand ernannt, der auch vor dem Bundesgericht im Namen der Kinder Beschwerde führen konnte.¹¹ Das Bundesgericht hat nicht nur die Beschwerde der Mutter und diejenige der Kinder entgegengenommen, es hat sie auch nur teilweise mit den gleichen Argumenten beurteilt. Damit hat sich für den entführenden Elternteil und für die Kinder eine unterschiedliche Anspruchsgrundlage ergeben, die erst recht nach einer eigenständigen Vertretung des Kindes verlangt.

Die Kommission hat diese Frage weiter abgeklärt und unterbreitet dazu Vorschläge (vgl. Teil II dieses Berichts).

Überdies scheint es angezeigt zu sein, darauf aufmerksam zu machen, dass die Behandlung von Kindesentführungen die Mitarbeit besonders qualifizierter Fachpersonen erfordert. Das gilt be-

¹⁰ BGE 124 III 90 ff., 93 f.; 126 III 497 ff.; 127 III 295 ff., 296 f.; 131 III 553 ff.; BGE 23.9.2005, 5C.209/2005, Erw. 3.

¹¹ BGE 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394.

sonders für Rechtsanwälte, Richter und Polizeiangehörige.¹² Das richtet sich unter anderem auch an die Verantwortlichen für die Universitäts- und Anwaltsausbildung.¹³

5. *Warum wird die Zumutbarkeit einer Rückführung bzw. die Trennung von einem Elternteil nicht durch eine spezielle Fachkommission beurteilt, welche interdisziplinär zusammengesetzt ist (Psychologe/Psychologin, Richter/Richterin, Sozialarbeiter/Sozialarbeiterin)? Wie kann in der Folge sichergestellt werden, dass allfällige Gutachten, welche von den Kindern erstellt werden, auch bei einem Verfahren im Ausland einbezogen werden?*

Der Entscheid über Gesuche um die Rückgabe entführter Kinder gehört in der Schweiz in die Zuständigkeit der Gerichtsbehörden. Von diesem unverrückbaren Grundsatz ist die Frage zu unterscheiden, ob die Gerichte nicht in vermehrtem Masse interdisziplinäre Beratung beiziehen sollten. Die Kommission bejaht diese Frage grundsätzlich und macht dazu Verbesserungsvorschläge (vgl. Teil II dieses Berichts).

Wenn die Zentralbehörde oder ein schweizerisches Gericht ein Gutachten veranlasst hat oder erhält, so gehört dies zu den Akten und wird als vertraulich behandelt. Es liegt grundsätzlich an jeder der Parteien zu entscheiden, ob sie ein Gutachten einer anderen Behörde im Ausland vorlegen will. Die ausländische Behörde entscheidet dann selbst, ob und inwiefern sie das Gutachten im Verfahren zulassen oder gar ihrem Entscheid zugrunde legen will. Eine Überweisung ins Ausland von Amtes wegen, ohne die Zustimmung der betroffenen Personen, findet nicht statt.

6. *Wie wird sichergestellt, dass vor einer Rückführung die sozialen, juristischen und finanziellen Rahmenbedingungen, welche die Kinder und den entführenden und somit "schuldigen" Elternteil erwarten, im Voraus genau abgeklärt und entsprechende fachliche Begleitmassnahmen vorbereitet sind? Wie ist in diesen Belangen die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Sozialdienst geregelt, welcher in den meisten Ländern nationale Sektionen hat?*

Bevor das schweizerische Gericht über die Verpflichtung zur Rückgabe des Kindes entscheidet, kann es sich im Rahmen des Haager Übereinkommens als notwendig erweisen, in Erfahrung zu bringen, in welcher psychosozialen und sozioökonomischen Situation das Kind nach der Rückkehr zu leben haben wird. Eine solche Abklärung kann sich aufdrängen, um zu beurteilen, ob die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 lit. b erfüllt sind und eine Rückgabe deshalb zu verweigern ist. Diese Beurteilung muss vor dem Entscheid erfolgen. Solche Erkundigungen werden in der heutigen Praxis in der Regel nur selten eingezogen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich diese Abklärungen je nach dem beteiligten ausländischen Staat als schwierig erweisen können. In Ländern, in denen der Internationale Sozialdienst über Korrespondenten verfügt, können deren Dienste in Anspruch genommen werden. Nach dem Gerichtsentscheid ist der Handlungsspielraum auf Schweizer Seite gegenüber den Parteien und den ausländischen Behörden sehr gering. Hat das Gericht entschieden, dass das Kind in seinen Herkunftsstaat zurückgeführt werden muss, so trifft es in der heutigen Praxis keine oder nur wenige Abklärungen über die Bedingungen, die das Kind nach seiner Rückkehr antreffen wird. In gewissen Fällen wird die Zentralbehörde für die Zwecke der Organisation der Rückführung beigezogen. Die Kommission hat sich mit dieser Problematik näher auseinandergesetzt (vgl. Teil II dieses Berichts).

¹² Vgl. die Empfehlung 1291 (2002)1 der Palamentarischen Versammlung des Europarates über internationale Kindesentführungen durch einen Elternteil, Ziff. 5(2).

¹³ Das betrifft zum einen die Ausbildung im internationalen Familienrecht und zum andern den Einbezug nicht-juristischer Aspekte im grösseren Rahmen der Familienwissenschaften. Zu diesem letzteren Punkt vgl. Ingeborg Schwenger/Sabine Aeschlimann, Towards a New Academic Discipline of Family Sciences, International Law FORUM en droit international 2005 S. 178-185.

Die gestellte Frage geht dahin, wie solche Abklärungen vorgenommen werden. In der Praxis werden die Vorbereitung der Rückkehr und die Regelung der Aufnahme des Kindes im Herkunftsstaat den Parteien überlassen. In einer grossen Zahl von Fällen besteht die Rückkehr darin, dass das Kind mit dem entführenden Elternteil die Situation vorfindet, die vor der Entführung bestanden hat. In anderen, weniger zahlreichen aber damit umso kritischeren Fällen bedarf es besonderer Vorbereitungen, einschliesslich einer Begleitung bei der Rückfahrt und einer neuen Regelung der Unterkunft im Herkunftsstaat. Sind gerichtliche Schritte nötig, so müssen sie im Herkunftsstaat auf Antrag oder von Amtes wegen veranlasst werden.

Die Zentralbehörde steht auf Antrag zur Verfügung, um mit begleitenden Massnahmen die Rückkehr zu unterstützen und zu organisieren. Sie erleichtert auch den Kontakt über die Zentralbehörde des Herkunftsstaates. Sind Zwangsmassnahmen zur Vollstreckung anzuordnen, so liegt dies in der Kompetenz der zuständigen kantonalen Behörden. Der Zentralbehörde sind rund 10 Fälle bekannt, in denen seit dem Inkrafttreten des Übereinkommens eine zwangsweise Rückführung vorgenommen oder zumindest versucht worden ist.

Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Sozialdienst ist sehr willkommen und wird auch verschiedentlich beansprucht. Eine institutionalisierte Regelung dazu besteht nicht, da jede Intervention von Fall zu Fall gesondert zu beurteilen ist.

7. *Wird für Schweizer Bürger bei einer gerichtlich angeordneten Rückführung konsularischer Schutz eingerichtet?*

Im Zusammenhang mit Kindesentführungen ist die Unterstützung durch die Behörden auf den in allen Vertragsstaaten bezeichneten Zentralbehörden aufgebaut. Obwohl das Übereinkommen es nicht ausschliesst, dass diplomatische oder konsularische Dienste eingeschaltet werden, so haben die Vertragsstaaten doch klar zum Ausdruck gegeben, dass die notwendigen Hilfeleistungen von den Zentralbehörden zu erbringen oder auf diesem Wege zu veranlassen sind. In gewissen Fällen kann die Zentralbehörde die Schweizerische Vertretung im Herkunftsstaat des Kindes beiziehen, um die Kontaktaufnahme und die Kommunikation mit den lokalen Behörden zu erleichtern und bei der Rückreise des Kindes den Betroffenen beizustehen.

Schweizer Bürger können sich im Ausland immer an ihre konsularische Vertretung wenden, um Hilfe zu beanspruchen. Diese Vertretung wird allerdings in der Regel zuerst den Kontakt zu den zuständigen Behörden suchen. In einzelnen Fällen wird es dem schweizerischen Konsulat möglich sein, eine bescheidene finanzielle Unterstützung zu erbringen oder zu vermitteln.

In den angesprochenen Fällen geht es indessen vor allem darum, ob die konsularische Vertretung der Schweiz im ausländischen Herkunftsstaat auf Massnahmen hinwirken kann, die den schweizerischen Behörden zum Schutze des Kindes nach seiner Rückkehr notwendig erscheinen. Richtigerweise ist ein solcher Schutz bei den Behörden des Herkunftsstaates bereits zu beantragen, wenn das Kind noch in der Schweiz ist und die Zentralbehörde des Herkunftsstaates die Rückführung des Kindes verlangt. Ist das Kind einmal zurückgekehrt, so ist es für die schweizerischen Behörden zu spät, um sich noch um die Belange des Kindes zu kümmern.

Nach dem Wiener Übereinkommen vom 24. April 1963 über die konsularischen Beziehungen (SR 0.191.02) kann sich die schweizerische Vertretung um die Interessen von Schweizer Minderjährigen kümmern, vor allem wenn eine Bevormundung oder Verbeiständung angezeigt ist (Art. 5 lit. h), oder sie kann dafür sorgen, dass vorsorgliche Schutzmassnahmen getroffen werden (Art. 5 lit. i), doch ist das jeweils nur im Rahmen der Gesetze und Regeln des Aufenthaltsstaates möglich. Erfahrungsgemäss führen solche Bemühungen aber nicht weiter als diejenigen Schritte, die von den betroffenen Eltern oder von Amtes wegen ohnehin veranlasst werden können.

II. Entwurf eines Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen

Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

in Ausführung des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung¹⁴ und des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts¹⁵,
gestützt auf Artikel 11, 54 Absatz 1 und Artikel 122 der Bundesverfassung¹⁶,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom...¹⁷,

beschliesst

1. Kapitel: Gegenstand

Artikel 1

Dieses Gesetz enthält Bestimmungen betreffend die Rückgabe von Kindern, die in internationalen Fällen widerrechtlich verbracht oder zurückbehalten worden sind, insbesondere im Zusammenhang mit dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

2. Kapitel: Behörden und Fachpersonen

Art. 2 Zentrale Behörde

Das Bundesamt für Justiz des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements ist die in den internationalen Übereinkommen betreffend Kindesentführungen vorgesehene Zentrale Behörde.

Art. 3 Kantonale Instanz

¹ Zuständig für die Beurteilung von Gesuchen um Rückgabe von entführten Kindern, einschliesslich der Massnahmen zum Schutze von Kindern, sind die oberen kantonalen Gerichte als einzige Instanzen. Sie entscheiden in einem einfachen und raschen Verfahren und regeln die Vollstreckung.

² Für den Vollzug der Rückgabe des Kindes bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde.

Art. 4 Zuständigkeit

¹ Zuständig ist das Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält.

² Dieses Gericht kann das Verfahren an das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht eines anderen Kantons abtreten, wenn die Parteien und das ersuchte Gericht damit einverstanden sind.

Art. 5 Fachpersonen

¹ Die Zentrale Behörde sorgt in Zusammenarbeit mit den Kantonen für ein Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen, die für die Beratung, Vermittlung und Mediation sowie für die Kindesvertretung zur Verfügung stehen und in der Lage sind, in der gebotenen Eile zu handeln.

² Der Bund kann hierfür Finanzhilfen gewähren.

¹⁴ SR 0.211.230.02

¹⁵ SR 0.211.230.01

¹⁶ SR 101

¹⁷ BBl ...

3. Kapitel: Verfahren

Art. 6 Vermittlungs- und Mediationsverfahren

¹ Die Zentrale Behörde oder das mit dem Gesuch befasste kantonale Gericht leitet ein Vermittlungs- oder Mediationsverfahren ein mit dem Zweck, die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen.

² Die betroffenen Personen sind in angemessener Weise zu veranlassen, an diesem Verfahren teilzunehmen.

Art. 7 Schutzmassnahmen

¹ Das mit dem Gesuch um Rückgabe des Kindes befasste Gericht

- a) ernennt dem Kind für die Belange des Verfahrens einen Beistand;
- b) regelt soweit erforderlich den persönlichen Verkehr des Kindes mit den Eltern und erlässt die notwendigen Massnahmen zum Schutze des Kindes.

² Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht im Aufenthaltskanton des Kindes ist zuständig, diese Massnahmen soweit erforderlich anzuordnen, wenn ein Gesuch um Rückgabe eines entführten Kindes bei der Zentralen Behörde eingegangen, aber bei diesem Gericht noch nicht anhängig gemacht worden ist. Die Zentrale Behörde kann solche Massnahmen beim Gericht beantragen.

Art. 8 Gerichtsverfahren

¹ Lässt sich auf dem Wege der Vermittlung oder Mediation keine Einigung erzielen, die den Rückzug des Gesuchs zur Folge hat, so entscheidet das kantonale Gericht über das Gesuch.

² Das Gericht hört das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson, soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.

³ Das Gericht hört so weit als möglich beide Eltern persönlich an.

⁴ Das Gericht vergewissert sich, allenfalls in Zusammenarbeit mit der Zentralen Behörde, ob und auf welche Weise die Rückführung des Kindes in den Staat, in dem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, vollzogen werden kann.

Art. 9 Zusammenarbeit

Das Gericht arbeitet soweit erforderlich mit den zuständigen Behörden des Staates zusammen, in welchem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, insbesondere um in Erfahrung zu bringen, welche Massnahmen zum Schutz des Kindes von diesen Behörden getroffen werden können.

Art. 10 Information

Das Gericht informiert die Zentrale Behörde über die wesentlichen Verfahrensschritte und teilt ihr den Entscheid mit.

Art. 11 Kosten

Artikel 26 des Haager Übereinkommens von 1980 ist auf die Regelung der Vermittlungs- und Mediationskosten sowie auf die Kosten des Gerichtsverfahrens in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar.

4. Kapitel: Entscheid

Art. 12 Rückgabe und Kindeswohl

Im Sinne von Artikel 13, Absatz 1, Buchstabe b) des Haager Übereinkommens von 1980 bringt die Rückgabe das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage, wenn

- a) die Unterbringung bei dem den Antrag stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht;
- b) der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in welchem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und
- c) die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht.

Art. 13 Meinung des Kindes

Im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 des Haager Übereinkommens von 1980 ist die Meinung des Kindes auch dann zu beachten, wenn sie sich auf die Umstände der Entführung und die Aufnahme in der Schweiz stützt, jedoch unter Vorbehalt der unmittelbaren Einflussnahme durch den Elternteil, der sich der Rückgabe widersetzt.

Art. 14 Rückgabeentscheid

¹ Der Rückgabeentscheid ist mit der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden. Er ist auch der Vollzugsbehörde mitzuteilen.

² Rückgabeentscheid und Vollstreckungsmassnahmen gelten für die ganze Schweiz.

Art. 15 Vollzug und Kindeswohl

Die mit dem Vollzug des Rückgabeentscheids befasste Behörde handelt unter Berücksichtigung des Kindeswohls und wirkt auf einen freiwilligen Vollzug hin.

Art. 16 Aufschub des Vollzugs

Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht kann den Vollzug des Rückgabeentscheids aussetzen, wenn ausserordentliche Umstände auftreten, die ihm entgegenstehen.

Art. 17 Abänderung

¹ Haben sich die Umstände seit dem Entscheid, der die Rückgabe anordnet, unter dem Gesichtspunkt der einer Rückgabe entgegenstehenden Gründe in wesentlicher Beziehung geändert, so kann das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht auf Antrag den Entscheid abändern.

² Es entscheidet auch über die Einstellung des Vollzugs.

Loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

en exécution de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁸ et de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants¹⁹,
vu les articles 11, 54 alinéa 1er et 122 de la constitution²⁰,

vu le message du Conseil fédéral du...²¹,

arrête:

Chapitre 1 Objet

La présente loi contient des dispositions relatives au retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement dans des cas internationaux, relevant notamment de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Chapitre 2 Autorités et experts

Art. 2 Autorité centrale

L'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police est l'autorité centrale prévue dans les Conventions internationales en matière d'enlèvement d'enfants.

Art. 3 Instance cantonale

¹ Sont compétents pour connaître des demandes portant sur le retour d'enfants enlevés ainsi que pour ordonner des mesures de protection de l'enfant, les tribunaux cantonaux supérieurs statuant en instance unique. Ils décident en suivant une procédure simple et rapide et ils règlent également l'exécution.

² Pour l'exécution du retour de l'enfant, les cantons désignent une seule autorité.

Art. 4 Compétence

¹ Est compétent le tribunal du canton de résidence de l'enfant au moment du dépôt de la demande.

² Ce tribunal peut transférer la cause au tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans un autre canton, si les parties et le tribunal requis en conviennent

Art. 5 Experts

¹ L'autorité centrale veille à établir, en collaboration avec les cantons, un réseau d'experts et d'institutions aptes à fournir des conseils, à procéder à une conciliation ou médiation ainsi qu'à représenter l'enfant et disposés à intervenir d'urgence.

² La Confédération peut fournir un soutien financier.

¹⁸ RS 0.211.230.02

¹⁹ RS 0.211.230.01

²⁰ RS 101

²¹ FF

Chapitre 3 Procédure

Art. 6 Procédure de conciliation et de médiation

¹ L'autorité centrale ou le tribunal cantonal saisi de la demande engage une procédure de conciliation ou de médiation afin d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable.

² Les personnes concernées sont incitées de manière appropriée à participer à cette procédure.

Art. 7 Mesures de protection

¹ Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant

- a) désigne, pour les besoins de la procédure, un curateur à l'enfant;
- b) règle au besoin les relations personnelles de l'enfant avec les parents et ordonne les mesures nécessaires pour protéger l'enfant.

² Le tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans le canton de résidence de l'enfant est compétent pour ordonner au besoin ces mesures lorsque l'autorité centrale est saisie d'une demande de retour d'un enfant enlevé, qui n'est pas encore pendante devant de ce tribunal. L'autorité centrale peut requérir du tribunal que de telles mesures soient prises.

Art. 8 Procédure judiciaire

¹ Lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir à un accord entraînant le retrait de la demande, le tribunal cantonal décide de celle-ci.

² Le tribunal entend l'enfant personnellement, de manière appropriée, ou nomme un expert à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition.

³ Le tribunal entend dans la mesure du possible les deux parents personnellement.

⁴ Le tribunal vérifie, le cas échéant en collaboration avec l'autorité centrale, si et de quelle manière le retour de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement peut s'effectuer.

Art. 9 Collaboration

Le tribunal collabore si nécessaire avec les autorités compétentes de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement, en particulier pour se renseigner au sujet des mesures que ces autorités peuvent ordonner afin de protéger l'enfant.

Art. 10 Information

Le tribunal informe l'autorité centrale des principales étapes de la procédure et il lui communique sa décision.

Art. 11 Frais

L'article 26 de la Convention de La Haye de 1980 s'applique au règlement des frais de la procédure de conciliation et de médiation ainsi qu'aux frais de procédure devant les instances, cantonale et fédérale.

Chapitre 4 Décision

Art. 12 Retour et intérêt de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b) de la Convention de La Haye de 1980, l'enfant est placé dans une situation intolérable en cas de retour notamment lorsque

- a) le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant;
- b) le parent ravisseur, compte tenu de toutes les circonstances, n'est pas en état de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement ou l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; et
- c) le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Art. 13 Opinion de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 2, de la Convention de La Haye de 1980, l'opinion de l'enfant est également déterminante si elle reflète les circonstances de l'enlèvement et les conditions d'accueil en Suisse, sous réserve toutefois de l'influence directe exercée par le parent qui s'oppose au retour.

Art. 14 Décision de retour

¹ La décision ordonnant le retour de l'enfant est accompagnée des mesures d'exécution. Elle est communiquée à l'autorité d'exécution.

² La décision de retour et les mesures d'exécution prennent effet dans toute la Suisse.

Art. 15 Exécution et intérêt de l'enfant

L'autorité chargée d'exécuter la décision de retour procède en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et elle tend à ce qu'elle ait lieu volontairement.

Art. 16 Sursis à l'exécution

Le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut surseoir à l'exécution de la décision de retour si des circonstances extraordinaires surviennent qui s'y opposent.

Art. 17 Modification

¹ Lorsque, depuis la décision ordonnant le retour de l'enfant, les circonstances ont changé de manière notable sous l'angle des motifs pouvant s'opposer au retour, le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut, sur requête, modifier la décision.

² Il décide également du non-lieu de l'exécution.

Legge federale sul rapimento internazionale di minori

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

in esecuzione della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980²² sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori e della Convenzione europea del 20 maggio 1980²³ sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento, visti gli articoli 11, 54 capoverso 1 e 122 della Costituzione federale²⁴, visto il messaggio del Consiglio federale del²⁵,

decreta:

Capitolo 1: Oggetto

Articolo 1

La presente legge contiene disposizioni concernenti il ritorno di minori trasferiti o trattenuti illecitamente nell'ambito di casi internazionali, in particolare in relazione alla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori.

Capitolo 2: Autorità e specialisti

Art. 2 Autorità centrale

L'Ufficio federale di giustizia del Dipartimento federale di giustizia e polizia è l'Autorità centrale prevista dalle Convenzioni internazionali sul rapimento di minori.

Art. 3 Istanza cantonale

¹ I tribunali superiori cantonali giudicano, come istanza unica, le domande di ritorno di minori rapiti e l'adozione di misure di protezione dei minori. Decidono con una procedura semplice e rapida e disciplinano l'esecuzione.

² I Cantoni designano un'autorità unica preposta all'esecuzione del ritorno del minore.

Art. 4 Competenza

¹ È competente il tribunale del Cantone nel quale il minore soggiorna al momento dell'inoltro della domanda.

² Tale tribunale può trasmettere la causa al tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 di un altro Cantone, se le parti e il tribunale richiesto acconsentono.

Art. 5 Specialisti

¹ In collaborazione con i Cantoni, l'Autorità centrale provvede alla creazione di una rete formata da specialisti e da istituzioni, a disposizione per consulenza, conciliazione e mediazione nonché per la rappresentanza di minori, e in grado di agire con la dovuta sollecitudine.

² La Confederazione può accordare aiuti finanziari a tale scopo.

²² RS 0.211.230.02

²³ RS 0.211.230.01

²⁴ RS 101

²⁵ FF ...

Capitolo 3: Procedura

Art. 6 Procedura di conciliazione e di mediazione

¹ L'Autorità centrale o il tribunale cantonale adito avvia una procedura di conciliazione o di mediazione allo scopo di ottenere la consegna volontaria del minore o facilitare una soluzione in via amichevole.

² Le persone interessate sono adeguatamente esortate a partecipare a questa procedura.

Art. 7 Misure di protezione

¹ Il tribunale a cui è inoltrata la domanda in vista del ritorno del minore

- a) designa un curatore al minore per le questioni riguardanti la procedura;
- b) regola, se necessario, le relazioni personali del minore con i genitori e ordina le misure necessarie a proteggere il minore.

² Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 nel Cantone di soggiorno del minore è competente per ordinare, in quanto necessario, queste misure, se l'Autorità centrale ha ricevuto una domanda di ritorno ma tale domanda non è ancora pendente davanti a questo tribunale. L'Autorità centrale può richiedere tali misure al tribunale.

Art. 8 Procedura giudiziaria

¹ Se la procedura di conciliazione o di mediazione non permette di giungere a una soluzione consensuale che porti al ritiro della domanda, il tribunale cantonale decide sulla domanda.

² Il tribunale ascolta il minore personalmente e in maniera adeguata o incarica uno specialista, a meno che la sua età o altri motivi gravi vi si oppongano.

³ Il tribunale, nella misura del possibile, ascolta entrambi i genitori personalmente.

⁴ Il tribunale accerta, se del caso in collaborazione con l'Autorità centrale, se e in che modo può essere eseguito il ritorno del minore nello Stato in cui aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento.

Art. 9 Collaborazione

Il tribunale collabora se necessario con le autorità competenti dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, soprattutto per informarsi su quali misure tali autorità possono adottare per proteggere il minore.

Art. 10 Informazione

Il tribunale informa l'Autorità centrale sulle principali fasi procedurali e comunica alla stessa la sua decisione.

Art. 11 Spese

L'articolo 26 della Convenzione dell'Aia del 1980 è applicabile al pagamento delle spese della procedura di conciliazione e di mediazione nonché a quelle della procedura giudiziaria davanti alle istanze cantonale e federale.

Capitolo 4: Decisione

Art. 12 Ritorno e interesse del minore

Il ritorno mette il minore in una situazione intollerabile ai sensi dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione dell'Aia del 1980 segnatamente se:

- a) il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde manifestamente all'interesse del minore;
- b) il genitore rapitore, tenuto conto di tutte le circostanze, non è in grado di prendersi cura del minore nello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, o ciò non può essere ragionevolmente preteso da lui; e
- c) il collocamento presso terzi non corrisponde manifestamente all'interesse del minore.

Art. 13 Opinione del minore

L'opinione del minore ai sensi dell'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione dell'Aia del 1980 è determinante anche quando si basa sulle circostanze del rapimento e sulle condizioni di accoglienza in Svizzera, tenendo conto tuttavia dell'influenza diretta esercitata dal genitore che si oppone al ritorno.

Art. 14 Decisione di ritorno

¹ Nella decisione di ritorno vengono disposte misure di esecuzione. La decisione va comunicata alle autorità preposte all'esecuzione.

² La decisione di ritorno e le misure di esecuzione sono valide in tutta la Svizzera.

Art. 15 Esecuzione e interesse del minore

L'autorità incaricata di eseguire la decisione di ritorno agisce prendendo in considerazione l'interesse del minore e cerca di favorire un ritorno volontario.

Art. 16 Rinvio dell'esecuzione

Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può rinviare l'esecuzione della decisione di ritorno se sono sopravvenute delle circostanze straordinarie che vi si oppongono.

Art. 17 Modifica

¹ Se dopo la decisione di ritorno le circostanze sono sostanzialmente mutate dal profilo dei motivi che si oppongono al ritorno, il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può, su domanda, modificare la decisione.

² Il tribunale decide anche sull'annullamento dell'esecuzione.

Erläuterungen der Bestimmungen des Entwurfs eines Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen

Artikel 1 Zweck

Das Gesetz soll grundsätzlich bei allen Kindesentführungen mit internationalen Elementen (Art. 1 Abs. 1 IPRG) anwendbar sein. Das betrifft in den meisten Fällen Entführungen, auf die das Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung²⁶ anwendbar ist. Gewisse Bestimmungen sind nur anwendbar, wenn dieses Abkommen anzuwenden ist (Art. 10-12). Das Gesetz gilt aber auch in Beziehung zum Europäischen Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts.²⁷ Einzelne Bestimmungen, vor allem das Verfahren betreffend, können auch dann anwendbar sein, wenn kein internationales Abkommen massgebend ist.

Das Bundesgesetz ändert an der für die Schweiz massgebenden monistischen Doktrin nichts. Die Bestimmungen der erwähnten Staatsverträge sind für die Schweiz auch weiterhin unmittelbar anwendbar. Das Gesetz hat zum Zweck, gewisse Fragen ergänzend zu regeln, vor allem im Hinblick auf das Verfahren und den Vollzug von Rückgabeentscheiden, und in einzelnen Punkten ergänzend den Sinn und Zweck des Haager Abkommens zu präzisieren.²⁸

Artikel 2 Zentrale Behörde

Die Bezeichnung des Bundesamts für Justiz als Zentrale Behörde, so wie sie in den beiden Übereinkommen vorgesehen ist, war bisher nicht gesetzlich geregelt. Art. 2 bringt diese Klarstellung.

Artikel 3 Kantonale Instanz

Die notwendige Korrektur der oft überlangen Dauer der Verfahren verlangt danach, dass in den Kantonen nur noch eine einzige Instanz zur Verfügung steht (Abs. 1). Da es sich um Verfahren handelt, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, muss es sich um die kantonale Rechtsmittelinstanz (Obergericht, Kantonsgericht) handeln.²⁹ Diese Instanz entscheidet nach einem einfachen und raschen Verfahren, das im Übrigen vom kantonalen Recht geregelt wird.

Die Zuständigkeit dieser kantonalen Instanz umfasst alle Entscheide, die in Bezug auf ein entführtes Kind zu treffen sind. Neben der Beurteilung des Rückgabegesuchs gehören dazu auch alle notwendigen Schutzmassnahmen, einschliesslich der Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während des Verfahrens, der Ernennung eines Kindesvertreters, sowie die Entscheide betreffend die Vollstreckung der Rückgabe. Sollte gleichzeitig ein Scheidungsverfahren in der Schweiz hängig sein, so geht die Zuständigkeit der in Entführungssachen tätigen Instanz vor. Wird der Beschluss betreffend die Rückgabe des Kindes an das Bundesgericht weitergezo-

²⁶ SR 0.211.230.02

²⁷ SR 0.211.230.01

²⁸ Eine vergleichbare Funktion erfüllt auch das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen vom 22. Juni 2001 (SR 211.221.31).

²⁹ Vgl. Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), das voraussichtlich am 1.1.2007 in Kraft tritt.

gen, so bleibt das kantonale Gericht für allfällige Schutzmassnahmen oder deren Anpassung weiterhin zuständig. Es bestimmt auch über solche Massnahmen bis zum Abschluss des Verfahrens, das heisst bis zum Moment, in dem die Rückgabe vollzogen ist. Ist die Rückgabe endgültig abgewiesen, so geht die Zuständigkeit für die Kindesbelange an die ordentlichen Gerichte.

Die lokalen Gemeinde- und Bezirksbehörden sind mit dem Vollzug einer Rückführung des entführten Kindes ins Ausland sehr oft überfordert. Deshalb sollen die Kantone eine einzige Behörde bezeichnen, die über das notwendige Fachwissen verfügt, um solche Massnahmen auszuführen (Abs. 2).

Artikel 4 *Zuständigkeit*

Die örtliche Zuständigkeit liegt im Kanton des Aufenthalts des entführten Kindes (Abs. 1). Es gilt auch hier der Grundsatz, dass eine einmal erstellte Zuständigkeit durch die Verlegung des massgebenden Anknüpfungsfaktors nicht wegfällt (*perpetuatio fori*). In gewissen Fällen kann sich das als wenig praktisch erweisen, vor allem wenn der neue Aufenthaltsort des Kindes und des entführenden Elternteils sich in einem andern Landesteil befindet. Es soll dem zuständigen Gericht deshalb möglich sein, das am neuen Aufenthaltsort für Kindesentführungen zuständige Gericht anzufragen, ob es bereit ist, den Fall zu übernehmen. Ist die Antwort positiv, und sind auch die Parteien mit einer Übertragung an das Gericht des neuen Aufenthalts einverstanden, so kann das Verfahren an dieses Gericht abgetreten werden (Abs. 2).

Die Möglichkeit, einen Fall mit dem Einverständnis der Parteien und des ersuchten Gerichts in einen andern Kanton zu verlegen, steht auch dann offen, wenn es sich beim Aufenthaltskanton des Kindes um einen kleinen Kanton handelt, dessen an sich zuständiges Gericht über keine oder nur über eine sehr geringe Erfahrung in Entführungssachen verfügt. In solchen Fällen ist es besser, den Fall an das zuständige Gericht eines Nachbarkantons abzugeben, wenn dort mehr Fachwissen vorhanden ist und dieses Gericht und die Parteien dieser Verschiebung zustimmen.

Artikel 5 *Fachpersonen*

Die Zentrale Behörde unternimmt es, in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein Netzwerk von Fachpersonen und qualifizierten Institutionen zu errichten und dessen Tätigkeit zu unterstützen (Abs. 1). Die Vertreter des Bundes und der Kantone verfügen über das notwendige Wissen und die Kontakte, um die Fachpersonen nach deren Qualifikationen und deren Verfügbarkeit auszuwählen. Es soll auf diese Weise mit privater Hilfe eine nach Sprachregionen unterteilte Organisation entstehen, die in Kindesentführungsfällen um Beratung, Vermittlung und Mediation angerufen werden kann. Sie soll auch Personen erfassen, die für die Aufgaben der Kindesvertretung bzw. als Beistand in Kindesentführungsverfahren qualifiziert sind. Diese Organisation muss zahlenmässig begrenzt sein, damit sie operationell befriedigend funktionieren kann. Das schliesst nicht aus, dass dieses Netzwerk noch über weitere Kontakte mit Fachpersonen und Institutionen verfügt, welche in zweiter Linie über das Netzwerk oder direkt von den Gerichten oder den Parteien angerufen werden können. Ist dieses organisierte Netzwerk einmal aufgebaut, wird es möglich sein, in jedem neuen Entführungsfall zuerst einzelne Fachpersonen oder eine Gruppe von Fachpersonen um eine erste Situationsanalyse anzufragen und anschliessend in indizierten Fällen eine vertiefte Vermittlung oder Mediation vorzunehmen, bevor das gerichtliche Erkenntnisverfahren eingeleitet wird.

In ähnlicher Weise wie das für die beratende Tätigkeit bei internationalen Adoptionen vorgesehen ist³⁰, kann der Bund an diese private, von Bund und Kantonen kontrollierte Organisation Finanz-

³⁰ Art. 21 des Bundesgesetzes zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen vom 22. Juni 2001 (SR 211.221.31).

hilfen gewähren (Abs. 2). Es darf auch mit einem Beitrag der kantonalen Sozialdirektorenkonferenz gerechnet werden.

Artikel 6 Vermittlungs- und Mediationsverfahren

In Ausführung von Art. 7 lit. c und Art. 10 des Haager Übereinkommens ist in einer ersten Phase die Priorität auf das Erreichen einer freiwilligen Rückgabe oder einer gütlichen Einigung zu legen (Abs. 1). Die Initiative kann von der Zentralen Behörde ausgehen. Sie wird allerdings in vielen Fällen dem Gericht obliegen, sobald dieses das Gesuch um Rückgabe erhält (entweder über die Zentrale Behörde oder direkt vom Gesuchsteller). Das Gericht beschränkt sich in einer ersten Phase darauf, dem Kind einen Beistand zu ernennen (wenn ein solcher nicht schon früher ernannt worden ist) und wenn nötig andere Schutzmassnahmen anzuordnen. Vor allem aber unternimmt es das Gericht, ein Vermittlungs- oder Mediationsverfahren einzuleiten, ausser in denjenigen Fällen, in denen ein solches Verfahren bereits von der Zentralbehörde in die Wege geleitet worden ist und ein neuer Versöhnungsversuch keinen Erfolg mehr verspricht. Das Gericht ist in der Wahl des einzuschlagenden Weges an sich frei, doch wird es sich naheliegenderweise von den Fachpersonen beraten lassen, die im Rahmen des in Art. 5 erwähnten Netzwerks bereits mit dem Fall in Kontakt getreten sind. In einzelnen Fällen kann die Vermittlung auch vom Gericht geleitet werden.

In der Gestaltung des Vermittlungs- oder Mediationsverfahrens halten sich die Betroffenen an die behördlichen Vorgaben und an die in der Praxis eingeübten Verhandlungsweisen. Dabei ist auf die Verletzlichkeit des Kindes und die emotionale Anspannung der Eltern besonders Rücksicht zu nehmen. Im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot des Haager Übereinkommens sind für diese Bemühungen vom Gericht Zeitvorgaben zu setzen. Das Gericht wird über den Abschluss dieser Bemühungen informiert. Tatsächliche Erkenntnisse oder Meinungsäusserungen der Beteiligten können dem Gericht nur weitergegeben werden, soweit die Beteiligten damit einverstanden sind.

Grosses Gewicht ist auf die aktive Teilnahme aller Beteiligten zu legen (Abs. 2). Diese darf vom entführenden Elternteil als selbstverständlich erwartet werden. Auch das Kind ist einzubeziehen. Schwierig dürfte es manchmal sein, auch den in einem allenfalls fern gelegenen Staat wohnenden Elternteil zu bewegen, in die Schweiz zu kommen. Seine Gegenwart würde die Regelung der Angelegenheit oft erleichtern. Soweit möglich ist auch eine finanzielle Unterstützung zu gewähren, zumal eine gütliche Einigung eine wesentliche Einsparung von Kosten zur Folge hat.

Artikel 7 Schutzmassnahmen

Das Bedürfnis, erste Massnahmen zu treffen, stellt sich schon in einem sehr frühen Anfangsstadium des Verfahrens und jedenfalls dann, wenn das Gericht vom Gesuch um Rückgabe des entführten Kindes Kenntnis erhält. (Abs. 1). Als erste Massnahme soll das Gericht dem Kind einen Beistand ernennen (lit. a). Dieser vertritt das Kind im gesamten Verfahren bis zum Zeitpunkt der vollzogenen Rückführung. Der Beistand soll nicht nur über das juristische Fachwissen bei Kindesentführungen verfügen, sondern er muss auch für die Beratung und Anhörung von Kindern geeignet sein sowie Verständnis für die kulturelle, soziale und familiäre Herkunft des Kindes haben. Die Gerichte müssen bei der Auswahl des Kindesvertreters diese Anforderungen nachprüfen und auch darauf achten, dass der Beistand kraft seiner Erfahrung fähig ist, die Interessen des Kindes unabhängig und ohne übertriebene Einflussnahme durch die Eltern wahrzunehmen. Das in Art. 5 genannte Netzwerk soll den Zugang zu qualifizierten Kindesvertretern erleichtern. Das Kind nimmt am Verfahren als Partei teil. Ist es urteilsfähig, so kann es einen eigenen Vertreter bezeichnen.

Das Gericht regelt soweit erforderlich auch das Besuchsrecht des im Herkunftsstaat verbliebenen Elternteils. Dieser erste Kontakt dient auch der Vertrauensbildung gegenüber dem Gericht und

kann die spätere Einleitung von Vermittlungsgesprächen erleichtern. Das Gericht ist überdies für den Erlass anderer Massnahmen zum Schutze des Kindes zuständig (lit. b).

In gewissen Fällen kann es sich als sinnvoll erweisen, dass dem Kind ein Beistand bestellt wird oder andere Schutzmassnahmen getroffen werden, obwohl noch kein Gesuch um Rückführung beim in Entführungssachen zuständigen kantonalen Gericht eingereicht worden ist. Handelt es sich um einen Entführungsfall, der der Zentralbehörde zur Kenntnis gelangt ist, so soll diese solche Massnahmen bei diesem Gericht beantragen können, ebenso wie die betroffenen Eltern (Abs. 2). Das würde es vor allem erlauben, dass das Kind in einem Vermittlungs- oder Mediationsverfahren, das von der Zentralbehörde veranlasst wird, über einen Vertreter verfügt, der seine Interessen wahren kann.

Artikel 8 Gerichtsverfahren

Schlägt der Versuch zur Vermittlung oder Mediation fehl, so beginnt das eigentliche gerichtliche Erkenntnisverfahren, welches in der Regel innert sechs Wochen abzuschliessen ist (Abs. 1).

Das Kind ist anzuhören, mangels Antrag von Amtes wegen (Abs. 2)³¹. Im Übrigen ist für die Durchführung der Anhörung und allfällige Ausnahmen von der Anhörung die Praxis zu beachten, welche sich im Zusammenhang mit Art. 144 Abs. 2 und Art. 314 Ziff. 1 ZGB herausgebildet hat. Das Gericht kann Fachpersonen mit der Anhörung beauftragen, die für die Beurteilung von entführten Kindern über die nötige Erfahrung verfügen.

Das Gericht hört die beiden Eltern so weit möglich persönlich an (Abs. 3). Dem im Ausland lebenden Gesuchsteller ist die Reise in die Schweiz zu erleichtern, allenfalls auch finanziell. Die Gegenwart beider Eltern kann für das Verständnis der Situation des Kindes entscheidend sein. Sie erlaubt dem Gericht auch, sich auf unmittelbare Weise über die Lebensbedingungen im Herkunftsstaat des Kindes ein Bild zu machen. Dem weit entfernt im Ausland lebenden Gesuchsteller soll so weit möglich eine zweimalige Einreise in die Schweiz erspart bleiben. Das Verfahren ist deshalb so zu gestalten, dass im Falle eines negativen Abschlusses der Vermittlungsversuche das Erkenntnisverfahren unverzüglich mit der Anhörung der Parteien aufgenommen werden kann.

Ein wesentlicher Teil der richterlichen Erkenntnisfindung besteht darin, in Erfahrung zu bringen, ob und auf welche Weise das Kind in den Staat, in dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zurückgeführt werden kann (Abs. 4). Die persönliche Anhörung der Beteiligten bringt dazu wichtige Auskünfte, doch müssen hierfür alle verfügbaren Kanäle genutzt werden. Dafür dient insbesondere der Kontakt über die Zentrale Behörde sowie mit dem zu errichtenden Netzwerk, das das Einholen von Auskünften über die Situation im Herkunftsstaat erleichtern kann.

Artikel 9 Zusammenarbeit

Ein besonders hilfreicher Weg, um Auskünfte über die das Kind erwartende Situation im Falle der Rückführung zu erhalten, ist die meist von der schweizerischen Zentralbehörde vermittelte Kontaktaufnahme mit den Behörden vor Ort. Insbesondere kann es für das zuständige kantonale Gericht erforderlich sein, von neutraler Seite über die Aufnahmebedingungen des Kindes zu erfahren, sei es beim Gesuchsteller, sei es an einem andern Ort, wo das Kind mit seiner Mutter leben soll, oder wo allenfalls eine Platzierung bei Drittpersonen in Frage kommen könnte. Sind diese Informationen nicht befriedigend im Hinblick auf das Kindeswohl, so sind die zuständigen Behörden im Herkunftsstaat anzufragen, ob sie bereit sind, Massnahmen anzuordnen oder zuzusichern, die für den Schutz des Kindes erforderlich sind. Der Entscheid über das Rückgabegesuch verlangt nach einer möglichst umfassenden Kenntnis der das Kind erwartenden Auffangsituation.

³¹ Anders, betreffend Art. 144 Abs. 2 ZGB, BGE 23.9.2005, 5C.209/2005, Erw. 3.

Artikel 10 Information

Die Zentrale Behörde kann ihre Funktion der Information, Vermittlung und Kontaktstelle nur richtig ausüben, wenn sie auch über den Ablauf des Verfahrens regelmässig informiert wird. Deshalb muss das Gericht ihr über die wesentlichen Verfahrensschritte Auskunft geben und ihr auch den Entscheid mitteilen. Einzelheiten sind im gegenseitigen Einverständnis zu regeln. Im Übrigen kann die Zentrale Behörde von sich aus oder auf Begehren der Zentralen Behörde des Herkunftsstaates nach einer Darstellung der Gründe verlangen, die es nicht erlaubt haben, den Fall innerhalb der Frist von sechs Wochen abzuschliessen (Art. 11 Abs. 2 des Haager Übereinkommens). Sie verfügt auch über das Recht, am kantonalen Verfahren insoweit teilzunehmen, als der Entscheid die ihren Aufgabenbereich betreffende Bundesgesetzgebung verletzen könnte (Art. 111 Abs. 2 BGG).

Artikel 11 Kosten

Diese Bestimmung bezieht sich auf den Art. 26 des Haager Übereinkommens, der festlegt, dass die Tätigkeit der Zentralbehörde und der Gerichte für die Beteiligten grundsätzlich kostenlos ist. Dazu ist zu ergänzen, dass die schweizerische Praxis keine Kostenlosigkeit gewährt, wenn der die Rückführung des Kindes verlangende Staat seinerseits einen Vorbehalt an diesem Grundsatz angebracht hat. Art. 11 des Gesetzes fügt ergänzend an, dass auch Vermittlungs- und Mediationsverfahren vom Grundsatz der Kostenlosigkeit erfasst sind, gleich wie das eigentliche Gerichtsverfahren. Er stellt auch klar, dass der Rechtsweg an das Bundesgericht zum Verfahren im Sinne von Art. 26 Abs. 2 des Übereinkommens gehört.³²

Die vorgesehenen Verbesserungen am Verfahren können Mehrkosten verursachen, insbesondere betreffend die Organisation des Netzwerks von Fachpersonen, die Vermittlungs- und Mediationsversuche sowie die finanziellen Beihilfen an den Gesuchsteller, um diesem das persönliche Erscheinen in der Schweiz zu ermöglichen. Im Übrigen verlangt die Teilnahme der Zentralen Behörde am Verfahren und im Zusammenhang mit der Erstellung und Begleitung des Netzwerks von Experten nach einer erhöhten Personaldotation dieser heute am Grenzwert operierenden Behörde (knapp 200% Stellen). Diesen Kosten ist allerdings der proportional um ein Vielfaches höhere Gewinn gegenüberzustellen, wenn es gelingt, zwischen den Beteiligten eine gütliche Einigung zu erzielen. Nicht nur wird damit dem Kind grosses Leid erspart, sondern es werden auch die staatlichen Organe und Sozialdienste sowie die Versicherungen von den Kosten entlastet, die eine zwangsmässige Rückführung nach sich zieht und die sich auch noch nach vollzogener Rückkehr ergeben können, wenn das Kind psychische oder physische Schäden erleidet, die sich unweigerlich zu Lasten der öffentlichen Hand oder der Versicherungen auswirken.

Artikel 12 Rückgabe und Kindeswohl

Um eine kindesgerechte Anwendung des Haager Übereinkommens zu gewährleisten, erweist es sich als notwendig, dass der Gesetzgeber eine der Fallkategorien klarstellt, in denen es nicht mehr zur Rückgabe des entführten Kindes kommen soll, da diese das Kind in eine offensichtlich unzumutbare Lage bringen würde. Die Regelung in Art. 12 soll nicht den Art. 13 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens ersetzen. Mit dem Wort "insbesondere" wird darauf hingewiesen, dass es sich nur um einen, wenn auch wichtigen Anwendungsfall handelt, der im Übrigen die Berufung auf die staatsvertragliche Regel nicht hindert.

³² Bis anhin war die staatsrechtliche Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgeschlossen; BGE 131 III 334 ff., 344. Diese Praxis ist auf Kritik gestossen, vgl. Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 S. 1325-1339 (1337); Bem. Bucher, SZIER 2002 S. 312 f., 2003 S. 419-421, 2005 S. 425, AJP 2002 S. 478 f., 2005 S. 115, 751.

Die in Art. 12 enthaltene gesetzliche Klarstellung bezieht sich auf Fälle, in denen die Unterbringung bei dem den Antrag auf Rückgabe stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (lit. a). Trifft das nicht zu, insbesondere dann, wenn es sich beim Gesuchsteller um den allein für die elterliche Sorge verantwortlichen Elternteil handelt oder wenn dieser für die Übertragung einer solchen Verantwortung in Frage kommt, so ist grundsätzlich nicht damit zu rechnen, dass das Kind bei der Rückkehr in eine unzumutbare Lage versetzt würde, so dass kein Grund dafür besteht, die Rückgabe zu verweigern. Die Situation ist jedoch als kritisch einzustufen, wenn das Gericht in der Schweiz zur Überzeugung gelangt, dass die Unterbringung beim Gesuchsteller dem Kind nicht zugemutet werden kann.

Stellt die Aufnahme des Kindes beim Gesuchsteller offensichtlich keine Option dar, so stellt sich die Problematik einer allfälligen Rückkehr des Kindes in den Herkunftsstaat anders dar, je nach dem, ob der entführende Elternteil (sehr oft die Mutter) in der Lage ist, ebenfalls dorthin zurückzukehren oder nicht (lit. b). Muss diese Frage verneint werden, weil der Entführer zum Beispiel in jenem Staat mit einer Gefängnisstrafe zu rechnen hat, die eine Trennung vom Kind nach sich zieht, oder weil eine sehr enge Familienbeziehung zur Schweiz besteht (zum Beispiel als Folge einer Eheschliessung oder der Notlage eines hier lebenden andern Familienmitglieds), so kann sich die Lage für das psychische und physische Gleichgewicht des Kindes als gefährlich erweisen, müsste doch das Kind in einem solchen Fall bei der Rückkehr von beiden Eltern getrennt leben. Eine solche Trennung des Kindes von beiden Eltern kann nur in Extremfällen tragbar sein und stellt eine eigentliche *ultima ratio* dar, wie das allgemein im Recht der Kinderschutzmassnahmen anerkannt ist.

Eine zweite Gruppe von Fällen, in denen die Rückgabe des Kindes nur in Verbindung mit seiner Beziehung zum entführenden Elternteil beurteilt werden kann, betrifft Situationen, in denen es dem entführenden Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in welchem es unmittelbar vor der Entführung gelebt hat (lit. b). Es reicht nicht aus, dass der Entführer lediglich erklärt, dass er sich weigere, dorthin zurückzukehren. Es muss sich um eine Notsituation handeln, in der vernünftigerweise vom entführenden Elternteil nicht zu erwarten ist, dass er an seinen bisherigen Lebensort zurückgeht, um mit dem Kind dort die vom Gericht zu beschliessende definitive Regelung der elterlichen Sorge abzuwarten. Zum einen ist diesbezüglich an Fälle zu denken, in denen der Mutter bei der Rückkehr keine sichere und finanziell tragbare Aufnahme ausserhalb der Wohnung des ehemaligen Lebenspartners gewährleistet werden kann. Zum andern sind hier aber auch die Fälle relevant, in denen es offensichtlich ist, dass der die Rückgabe verlangende Elternteil das Sorgerecht nicht übernehmen noch gerichtlich zugesprochen erhalten wird, währenddem es sich beim Entführer klarerweise um die für das Kind primär Sorge tragende Person handelt. In einem solchen Fall würde die Rückgabe in der Regel darauf hinauslaufen, dass das Kind nur deshalb in den Herkunftsstaat zurückgeführt werden muss, um dort die definitive Zuteilung der elterlichen Sorge an den entführenden Elternteil abzuwarten und alsdann mit diesem wieder in die Schweiz zurückzukehren. Ein solches Hin und Her erfolgt einzig zum Zwecke einer überspitzten Unterwerfung unter die Zuständigkeit der Behörden des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts. Das Haager Übereinkommen deckt nach seinem Sinn und Zweck eine solche mit dem Kindeswohl nicht zu vereinbarende Lösung nicht. Indessen muss die Situation für das in der Schweiz mit dem Rückgabegesuch befasste Gericht offensichtlich sein. Ist der Sachverhalt nicht eindeutig, so ist die Rückkehr des entführenden Elternteils in den Herkunftsstaat als zumutbar zu beurteilen, mit der Folge, dass in dieser Hinsicht keine für das Kind unzumutbare Lage eintritt, die den Verweigerungsgrund des Art. 13 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens erfüllen würde.

Würde die Rückgabe des Kindes eine Trennung vom Entführer mit sich bringen (weil die Rückkehr für diesen nicht möglich oder nicht zumutbar ist), so liesse sie sich vernünftigerweise nur durchführen, wenn das Kind bei der Rückkehr von Drittpersonen zur Pflege aufgenommen werden kann. Eine solche Lösung soll aber nur angestrebt werden und damit zur Rückgabeanordnung durch das schweizerische Gericht führen, wenn sie offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes wi-

derspricht (lit. c). Diese dritte Voraussetzung setzt voraus, dass die Trennung vom in der Schweiz verbleibenden Elternteil für das Kind tragbar ist, was etwa dann der Fall sein kann, wenn die Beziehung zu diesem Elternteil auch Konflikt beladen ist und wenn andererseits die zur Aufnahme bereite Pflegefamilie für den Schutz und die Entwicklung des Kindes beste Gewähr bietet. Es bleibt aber dabei, dass seine solche Lösung nur als *ultima ratio* in Frage kommen soll.

Die in Art. 12 genannten Voraussetzungen setzen in verschiedener Hinsicht Kenntnisse über die Situation und die Rechtslage im Herkunftsstaat voraus. Für die Ermittlung des Sachverhalts trifft die Parteien und insbesondere die beiden Eltern eine Mitwirkungspflicht. Die gesetzlich vorgesehene persönliche Anhörung durch das Gericht (Art. 8 Abs. 3) ist hiefür von grosser Bedeutung. Die neuen Bestimmungen über das Verfahren und die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden im Herkunftsstaat sind ebenfalls sehr wichtig. Das Gericht soll sich vergewissern, ob und wie die Rückführung des Kindes vollzogen werden kann (Art. 8 Abs. 4). Wenn ihm das nicht oder nur teilweise gelingt, so ergeben sich daraus mittelbar Auswirkungen auf die Einschätzung der Folgen einer allfälligen Rückgabe für das Kind im Rahmen von Art. 12. Ähnlich kann es sich verhalten, wenn von den lokalen Behörden im Herkunftsstaat keine tragfähigen Zusicherungen betreffend die Aufnahme und den Schutz des Kindes zu erhalten sind, insbesondere wenn berechtigte Zweifel an der Fähigkeit des Gesuchstellers bestehen, selbst die Betreuung des Kindes zu übernehmen. Die entsprechende Vorschrift in Art. 9 steht insofern in direktem Zusammenhang mit der praktischen Anwendung von Art. 12.

Artikel 13 Meinung des Kindes

Diese Bestimmung stellt für die schweizerische Praxis klar, dass die Meinung des Kindes in ihrem gesamten Inhalt zu würdigen ist, auch wenn sich das Kind unter anderem auf die Ursachen und den Ablauf der Entführung bezieht oder die Umstände der Aufnahme in der Schweiz in seine Willensbildung aufnimmt. Allerdings kann auf den Willen des Kindes, das sich der Rückgabe widersetzt, dann nicht abgestellt werden, wenn dieser fremdbestimmt ist, weil der Entführer unmittelbar die Meinung des Kindes beeinflusst hat.

Artikel 14 Rückgabeentscheid

Entscheidet sich das Gericht zugunsten des Gesuchstellers für die Rückgabe des Kindes, so regelt es auch die Einzelheiten der Vollstreckung auf eine Weise, die kein neues Gerichtsverfahren betreffend den Vollzug verlangt (Abs. 1). Den Parteien, einschliesslich des Kindes bzw. des Vertreters, ist auch in Bezug auf die Anordnung des Vollzugs das rechtliche Gehör zu gewähren. Der Rückgabeentscheid und die Vollstreckungsanordnung gelten für die ganze Schweiz (Abs. 2). Sie können etwa bei einem Wohnsitzwechsel in einem andern Kanton nicht mehr in Frage gestellt werden.

Die Vollstreckungsmassnahmen sind so anzuordnen, dass sie auch im Falle einer durch eine Beschwerde an das Bundesgericht eintretenden Verzögerung praktisch zu handhaben sind. Wenn dies nicht zutrifft, so erlässt das Bundesgericht die erforderlichen neuen Anordnungen. Bei der Festlegung der einzelnen Massnahmen ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der Vollzug unter Berücksichtigung des Kindeswohls vorgenommen werden muss, und dass dem Vollzugsorgan die Gelegenheit und die Zeit gegeben werden muss, um auf einen freiwilligen Vollzug hinzuwirken (Art. 15). Es empfiehlt sich, die im betreffenden Kanton zuständige Vollzugsbehörde sowie die Zentrale Behörde zu konsultieren.

Artikel 15 Vollzug und Kindeswohl

Wie die Rückgabe als solche, so darf auch deren Vollzug nicht in einer Weise erfolgen, die für das Kind traumatische Auswirkungen hat und dieses damit in einer psychischen oder physischen Gefährdung aussetzt. Insofern ist das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Der freiwillige Vollzug ist der beste Weg für die Umsetzung des Kindeswohls. Beide Eltern sind zu veranlassen, sich auf gutlichem Wege für die Rückführung einzusetzen und damit dem Kind den Vollzug durch Drittpersonen zu ersparen.

Artikel 16 Aufschub des Vollzugs

Treten ausserordentliche Umstände auf, die nicht vorhergesehen werden konnten, so kann eine Situation eintreten, bei der der Vollzug ausgesetzt bzw. verschoben werden muss. Zu denken ist etwa an eine Krankheit des Kindes oder einer Person, die als dem Kind nahe stehende Begleitperson vorgesehen ist. Dazu gehören aber auch unvorhergesehene Schwierigkeiten, die im Rückkehrstaat aufgetreten sind, wie Kriegswirren, Naturkatastrophen oder die Krankheit von Personen, die für die Aufnahme des Kindes bezeichnet worden sind.

Artikel 17 Abänderung

Ähnlich wie bei Kinderschutzmassnahmen im Allgemeinen muss es auch in Bezug auf einen Entscheid, der die Rückgabe anordnet, in engen Grenzen möglich sein, eine Neubeurteilung vorzunehmen. Handelt es sich um eine klar mangelhafte Feststellung von für den Entscheid tragenden Tatsachen, so steht der Weg der Revision nach dem massgebenden Prozessrecht offen. Es können aber auch neue Tatsachen auftreten, welche den Sachverhalt in so wesentlicher Weise ändern, dass sich eine Neubeurteilung aufdrängt (Abs. 1). Diese darf aber den durch das Übereinkommen gesetzten Rahmen nicht überschreiten; auch in diesem Stadium gelten die gleichen Gründe, die eine Rückgabe verhindern können, wie in jedem andern Verfahren bei Kindesentführungen. In der Regel tritt eine Situation, die zu einer Abänderung des Rückgabeentscheids führen könnte, nur dann auf, wenn zwischen diesem Entscheid und dem (fehlgeschlagenen oder nicht beantragten) Vollzug eine gewisse Zeit abgelaufen ist. Die neuen Tatsachen können sich dabei auf eine wesentliche Änderung in der familiären Situation des Kindes beziehen, in Bezug auf den einen oder den andern Elternteil oder gar beide, oder sie betreffen eine wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse im ausländischen Staat, wo das Kind zurückkehren sollte. Zu denken ist aber auch an den Fall, dass das Kind in der Zwischenzeit ein Alter und eine Reife erreicht hat, die danach verlangen, dass auf seine Meinung und insbesondere auf seine Verweigerung der Rückkehr abgestellt wird. In solchen Fällen ist zunächst der Vollzug des ursprünglichen Rückgabeentscheids einzustellen (Abs. 2). Das neue Verfahren folgt den im Übereinkommen und im Gesetz enthaltenen Bestimmungen, wie jedes Rückführungsverfahren nach dem Haager Übereinkommen. Gelangt das Gericht zur Auffassung, dass die neu vorgebrachten Tatsachen nicht ausreichen, um eine Rückgabe zu verweigern, so wird diese bestätigt und es werden die Vollzugsmassnahmen entsprechend angepasst. Kommt es definitiv zur Verweigerung der Rückgabe, so wird nicht nur der Vollzug eingestellt, sondern es wird auch der Rückgabeentscheid als solcher aufgehoben.

III. Vorschläge für eine Anpassung des Haager Übereinkommens von 1980

Die Kommission schlägt gestützt auf die vorangehenden Ausführungen vor, dass die Schweiz an der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, in Erfüllung der Motion Leuthard vom 8. Mai 2003 (03.3235 - Kindeswohl und Haager Übereinkommen), beantragt, dass das Übereinkommen in der angemessenen Form im folgenden Sinne ergänzt wird:

1. Es sind das Verfahren und die Massnahmen, die im Sinne von Artikel 10 die freiwillige Rückkehr fördern können, im Einzelnen zu bestimmen, wobei insbesondere die Methoden der Vermittlung und Mediation zu berücksichtigen sind.
2. Es ist die in Artikel 12, Absatz 1, festgelegte Frist von einem Jahr zu kürzen.
3. Es sind das Verfahren und die Massnahmen im Hinblick auf die sichere Rückgabe des Kindes gemäss Artikel 7, Absatz 2, Buchstabe h) sowie die Regelung des Besuchsrechts (Art. 21) im Einzelnen zu bestimmen, ausgehend von den Folgerungen der 4. Tagung der Spezialkommission betreffend das Übereinkommen von 1980³³ und im Anschluss an das von der Schweiz am vorangehenden Treffen mit-unterzeichnete Arbeitspapier³⁴.
4. Es sind ergänzende Regeln zu schaffen, die es erlauben, dass die Behörden des Staates, in den das Kind entführt worden ist, nach der Rückgabe des Kindes in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts auf Antrag Informationen über die Regelung des Sorgerechts und der Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern sowie über das Wohlbefinden des Kindes erhalten können.
5. Die Bedeutung von Artikel 13, Absatz 1, Buchstabe b), ist dahingehend zu verdeutlichen, dass das Verhältnis zwischen dem Gebot der Rückgabe des entführten Kindes und dem Kindeswohl klargestellt wird.

Dieser Verweigerungsgrund ist insbesondere so zu verstehen, dass die Rückgabe das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage bringt, wenn die Unterbringung bei dem den Antrag stellenden Elternteil oder bei Dritten im Herkunftsstaat offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht und der entführende Elternteil nicht mit dem Kind zurückkehren kann oder ihm dies offensichtlich nicht zugemutet werden kann.

Dieser Verweigerungsgrund soll auch insbesondere dann die Rückgabe verhindern, wenn der Antragstellende Elternteil nicht anstrebt, dass ihm das Kind bei der Rückgabe anvertraut wird, sondern dass es ihm darum geht, sein Recht auf persönliche Beziehungen mit dem Kind zu sichern oder in angemessener Weise neu zu regeln, und wenn die Behörden des Staates, in den das Kind entführt worden ist, in der Lage sind, diesen Anspruch auf Kontakt und Besuch angemessen zu gewährleisten.

³³ Vgl. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), Ziff. 1.13 und 5.1, in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1.

³⁴ Vgl. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), Annexe II, Document de travail No 20, in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1.

Ergänzender Bericht

von

Andreas Bucher

Professor an der Universität Genf

Kommissionspräsident

Neben der Beantwortung der Fragen des Postulates Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 hat die Kommission den Auftrag erhalten, gesetzgeberische und praktische Verbesserungsvorschläge bei der Behandlung von Fällen internationaler Kindesentführungen zu unterbreiten, wobei insbesondere Möglichkeiten für eine kindesgerechtere Anwendung der Bestimmungen des Haager Übereinkommens von 1980 zu beurteilen waren.

Die bisherige Praxis in der Anwendung des Abkommens in der Schweiz und ein Schwerpunkt der parlamentarischen Vorstösse verlangen in erster Linie nach einer Überprüfung des Verfahrens betreffend die Rückgabe entführter Kinder. Dabei sind einerseits der Ablauf und die Dauer des Verfahrens zu beurteilen (1). Andererseits ist der Frage nachzugehen, ob und wie die Kindesinteressen eingehender beurteilt werden können als dies bisher der Fall war (2). Das in den parlamentarischen Vorstössen enthaltene Begehren nach einer kindesgerechten Anwendung des Übereinkommens betrifft jedoch auch die sachliche Beurteilung der Gesuche um Rückgabe entführter Kinder (3), die Rolle des Willens des Kindes, das sich der Rückgabe widersetzt (4), sowie die Vollstreckung von Rückführungsentscheiden (5). Die Kommission hat auch die Frage nach den angemessenen präventiven Schutzmassnahmen gegen Kindesentführungen untersucht (6).

1. Verkürzung und Straffung des Verfahrens

1.1 Verfahrensdauer

a) Ausgangslage

Schon bei der Beantwortung älterer parlamentarischer Vorstösse hat der Bundesrat eingeräumt, dass die Verfahren in Fällen von Kindesentführungen in der Schweiz *zu lange* dauern, nämlich zwischen 9 und 12 Monaten³⁵. Dieselbe Beurteilung zeigt sich im Zusammenhang mit neueren parlamentarischen Vorstössen. In der Doktrin ist auf die übertrieben lange Verfahrensdauer mehrmals hingewiesen worden.³⁶

Das Übereinkommen verlangt, dass die Vertragsstaaten ihre schnellstmöglichen Verfahren anwenden (Art. 2), bzw. in der gebotenen Eile handeln (Art. 11 Abs. 1), um die sofortige Rückkehr zu ermöglichen (Art. 12 Abs. 1), wobei das Überschreiten einer Frist von sechs Wochen als "Verzögerung" gilt (Art. 11 Abs. 2). Man kann davon ausgehen, dass diese Frist getrennt auf jede Instanz anwendbar ist.

Auf der Grundlage von zehn neueren Entscheiden des Bundesgerichts³⁷ lässt sich nachvollziehen, dass ein über zwei kantonale Instanzen und das Bundesgericht laufendes Verfahren betreffend Kindesentführungen durchschnittlich *10 Monate* dauert, mit Extremwerten bei 3 Monaten einerseits und bei 14 Monaten andererseits. Das Bundesgericht urteilt in der Regel innerhalb von sechs Wochen. Das Problem überlanger Verfahren stellt sich damit ausschliesslich in den Kantonen.

³⁵ Antwort vom 8.6.1998, AB NR 1998 S. 1592.

³⁶ Vgl. Hans Kuhn, "Ihr Kinderlein bleibt, so bleibt doch all", Neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, AJP 1997 S. 1093-1105 (1104); Bertrand Reeb, L'enlèvement international d'enfants par un parent en Suisse, RJN 2002 S. 13-34 (27 f.); Bem. Bucher, SZIER 2003 S. 421-423. Nach Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 S. 1325-1339 (1337), dauern die Verfahren in 40 von 60 Fällen zu lange.

³⁷ Urteile: 11.4.2002, 5P.65/2002; 18.11.2002, 5P.310/2002; 23.12.2002, 5P.445/2002; 31.1.2003, 5P.263/2002; 27.3.2003, 5P.71/2003; 23.4.2003, 5P.128/2003; 15.10.2004, 5P.354/2004; 17.12.2004, 5P.437/2004; 22.3.2005, 5P.1/2005; 18.8.2005, 5P.254/2005.

Das erstinstanzliche Verfahren ist naturgemäss etwas länger, da es auch die erstmalige Erfassung des Sachverhalts betrifft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verfahrenslänge nicht nur von den Gerichten allein abhängt, sondern nicht unwesentlich damit zu erklären ist, dass die Rechtsmittelfristen relativ lange sind, und dass die Sache gelegentlich an die Vorinstanz zurückgewiesen werden muss.³⁸ Zusätzliche Zeit ist erforderlich, wenn ein separater Vollstreckungsentscheid notwendig wird, gegen den wiederum Rechtsmittel möglich sind.

Die auf Anregung des Bundes im Jahre 2000 erfolgte Einrichtung von Koordinationsorganen in jedem Kanton hat sich diesbezüglich als nicht erfolgreich erwiesen, insbesondere weil ihnen die Möglichkeit der Einflussnahme auf die einzelnen Verfahren fehlt.

Kindesentführungen führen oft zu Situationen, die für die Beteiligten sehr schwierig zu ertragen sind und die zum Teil gar als dramatisch oder traumatisierend empfunden werden. Diese Situationen werden erfahrungsgemäss jedes Mal wesentlich kritischer, je länger sich das Verfahren hinzieht. Ein Schwebezustand, der sich über eine lange Zeit (zum Teil über Jahre) hinzieht, stellt für das Kind und dessen Familie eine grosse Belastung dar. Die Hauptursache der in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten liegt weniger in der konkreten Auslegung des Übereinkommens, als in der unnötigen Länge des Verfahrens. Das Kind kann eine Rückkehr in seinen Herkunftsstaat viel eher ertragen, wenn die Dauer seiner Abwesenheit relativ kurz war und es sich im Entführungsstaat noch nicht richtig eingelebt hat. Ähnlich stellt sich die Situation für den entführenden Elternteil dar.

Bereits im Jahre 1998 hat der Bundesrat bemerkt, dass die Reduzierung der in den Kantonen zur Verfügung stehenden Instanzen ein wichtiges Mittel darstellt, um die Verfahrensdauer zu kürzen und das Beschleunigungsgebot des Abkommens umzusetzen. Die Kommission erachtet es als dringend, dass dieses Ziel nunmehr möglichst rasch angestrebt wird.³⁹

b) *Kantonale Ebene*

Die Kommission schlägt vor, dass Gesuche um Rückgabe entführter Kinder in jedem Kanton durch eine *einzigste Instanz* zu beurteilen sind. Jeder Kanton muss diese Instanz bezeichnen. Es muss sich um die kantonale Rechtsmittelinstanz (Obergericht, Kantonsgericht) handeln. Auch für den Vollzug von Rückgabeentscheiden haben die Kantone eine einzige Behörde zu bezeichnen.

Die Verkürzung des Instanzenzuges auf der kantonalen Ebene bringt den wichtigen Vorteil, dass die Verfahren bei Kindesentführungen bei einer einzigen Instanz zusammengefasst werden können. Solche Verfahren treten nicht sehr häufig auf und verlangen besondere Kenntnisse, die nicht bei allen Bezirks- und Distriktsgerichten vertreten sind.

Die Kommission hat sich überlegt, ob nicht eine noch stärkere Straffung des Verfahrens möglich wäre. Idealerweise könnten sich die jährlich ca. 20 bis 40 Verfahren über Kindesentführungen bei einem einzigen, eidgenössischen Gericht beurteilen lassen. Das Bundesverwaltungsgericht in St.Gallen würde sich dafür als Erstinstanz anbieten. Die Kommission hat diese Lösung aber schliesslich verworfen, da sie nicht der föderalistischen Struktur des Landes entspricht. Sie hätte auch den nicht unbedeutenden Nachteil, dass dieses Gericht vom Wohnort der Familie weit entfernt sein kann und oft auch in einer anderen Sprachregion gelegen wäre.

Die Struktur der schweizerischen Gerichtsorganisation verlangt deshalb nach einer einzigen kantonalen Instanz, mit der Möglichkeit, den Beschwerdeweg an das Bundesgericht zu ergreifen. In einem solchen System würde sich noch eine Verbesserung verwirklichen lassen, wenn sich die

³⁸ Vgl. BGE 131 III 334 ff., 336 f.

³⁹ Eine Reduzierung der Gerichtsinstanzen wird auch von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht empfohlen, vgl. Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), Ziff. 3.1, in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1.

Gerichte auf *regionaler Ebene* einigen würden, dass alle in der Region auftretenden Fälle der Kindesentführungen beim Gericht eines der Kantone in der Region zusammengefasst werden. Eine solche, an sich wünschbare Regelung ist jedoch nicht vom Bundesgesetzgeber vorzuschreiben, sondern muss den Kantonen überlassen bleiben. Die Kommission schlägt lediglich vor, dass ein kantonales Gericht die Beurteilung eines Gesuchs an die einzige Instanz eines andern Kantons abtreten kann, wenn die Parteien und das ersuchte Gericht damit einverstanden sind.

Als Folge dieser neuen Regelung des Instanzenzugs ergibt sich, dass die umfassende Ermittlung des Sachverhalts nunmehr in einer Instanz erfolgen wird. Das werden die Parteien und die kantonalen Gerichte zu beachten haben. Für die Parteianwälte ergibt sich daraus eine erhöhte Sorgfaltspflicht bei der Ermittlung und Darlegung der massgebenden tatsächlichen Umstände des Falles. Für die Richter erhöht sich die Verantwortung und die Notwendigkeit, sich die für die Behandlung von Kindesentführungen erforderlichen Fachkenntnisse anzueignen. Für die Kommission sind diese Konsequenzen tragbar und im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot unausweichlich.

c) *Bundesgericht*

Der Gang ans Bundesgericht geht gegenwärtig über die *staatsrechtliche Beschwerde*.⁴⁰ Nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005⁴¹ wird die *Beschwerde in Zivilsachen* zu ergreifen sein. Dieser unterliegen Entscheide in Zivilsachen sowie “öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht stehen”, insbesondere Entscheide “auf dem Gebiet des Kindesschutzes” (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 BGG). Die Beschwerde erfolgt auch gegen Entscheide von Gerichten, die als einzige kantonale Instanz eingesetzt sind (Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG). Zur Beschwerde sind die Personen berechtigt, die vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen haben oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG).⁴² In Angelegenheiten betreffend Kindesentführungen wird mit einer solchen Beschwerde die Verletzung von Völker- oder von Bundesrecht⁴³ geltend gemacht (Art. 95 lit. a und b BGG). Dabei kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer rügbaren Rechtsverletzung beruht, insbesondere bei Verletzung des rechtlichen Gehörs; auch muss die Rüge für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG ausdrücklich festgehalten, dass in Abweichung von der allgemein geltenden Beschwerdefrist von 30 Tagen die Beschwerdefrist bei Entscheiden über die Rückgabe eines Kindes nach dem Haager Übereinkommen von 1980 nur *zehn Tage* beträgt. Diese Beschwerdefrist ist zwar kurz, aber tragbar, da sie das Beschleunigungsgebot umsetzt und die verfügbaren Beschwerdegründe ohnehin begrenzt sind. Im Übrigen erscheint es wenig sinnvoll, eine erst kürzlich vom Parlament beschlossene Regelung nach kurzer Zeit wieder in Frage zu stellen.

⁴⁰ BGE 120 II 222 ff., 224; 123 II 419 ff., 421.

⁴¹ SR 173.110; BBl 2005 S. 4045.

⁴² Zur Beschwerde ist auch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement berechtigt, “wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in [seinem] Aufgabenbereich verletzen kann” (Art. 76 Abs. 2 BGG). In diesem Rahmen kann die Bundesbehörde auch beantragen, am kantonalen Verfahren teilzunehmen (Art. 111 Abs. 2 BGG).

⁴³ Die Rüge der Verletzung von Bundesrecht schliesst auch die Bundesverfassung ein und damit die Rüge der willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts (Art. 9 BV). Das kann dann von Bedeutung sein, wenn die Regelung des Vollstreckungsverfahrens weiterhin als eine Frage des kantonalen Rechts betrachtet wird; vgl. BGE 130 III 530 ff., 532 f.; BGE 13.9.2001, 5P.160/2001, Erw. 4 b/aa, AJP 2002 S. 471, SZIER 2002 S. 299. Das Bundesgericht urteilt allerdings mit voller Kognition, wenn der Beschwerdeführer eine Verletzung der Kinderrechtekonvention geltend macht, um auf diesem Wege indirekt die Handhabung des Haager Übereinkommens durch den kantonalen Vollstreckungsrichter zu rügen (BGE 130 III 533 f.). Eine einfachere Handhabung dieses Beschwerdegrundes wäre wünschbar, zumal der Vollzug des Rückgabeentscheids zum Inhalt des Haager Übereinkommens gehört.

1.2 Straffung des Verfahrens

In der Regel sehen die Kantone ein summarisches Verfahren vor, doch ist dem nicht überall so. Der ordentliche Rechtsweg ist in Sachen Kindesentführungen offensichtlich nicht angemessen. Es sollte deshalb für alle Kantone gelten, dass das Beschleunigungsgebot des Übereinkommens durch die Wahl eines *einfachen und raschen* Verfahrens umgesetzt wird. Weiter gehende Einzelheiten sind gegenwärtig vom Bundesgesetzgeber nicht anzuordnen.

Im Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (Stand: September 2005) ist vorgesehen, dass auf Entscheide nach dem Haager Übereinkommen von 1980 das summarische Verfahren anwendbar sei (Art. 304 lit. a).⁴⁴ Für die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens bei Kindesentführungen sind allerdings die im Entwurf enthaltenen Bestimmungen über das summarische Verfahren wenig ergiebig (Art. 257-261). Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts sollen betreffend Erwachsenenschutz einige wenige Verfahrensvorschriften im ZGB aufgenommen werden, die sich auch auf den Kinderschutz auswirken könnten (Stand: 30. September 2005). Auch ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ist vorbereitet worden, doch wird dieses Projekt offenbar nicht weiter verfolgt. Es erscheint wenig überzeugend, dass das Verfahren betreffend Kindesentführungen nicht ebenfalls aus der ZPO ausgegliedert wird. Da sich die erwähnten Entwürfe gegenwärtig noch im Stadium der Vorbereitung befinden, sieht sich die Kommission nicht in der Lage, konkrete Vorschläge zu machen. Die Frage muss von den Eidgenössischen Behörden zum gegebenen Zeitpunkt wieder aufgegriffen werden.

Weder die Wahl eines einfachen und raschen Verfahrens, noch das Beschleunigungsgebot des Übereinkommens dürfen die Gerichte veranlassen, Gesuche um die Rückgabe entführter Kinder nur summarisch und ohne gründliche Prüfung des Sachverhaltes und der auftretenden Rechtsfragen zu beurteilen. Der Vorschlag, auf kantonaler Ebene nur eine Instanz vorzusehen, hat sicher zum Ziel, Zeit zu gewinnen. Die Konzentration auf eine kantonale Instanz soll dieser jedoch erlauben, das Verfahren mit der notwendigen Gründlichkeit zu führen. Die Frist von *sechs Wochen*, mit der das Übereinkommen das Beschleunigungsgebot konkretisiert, stellt eine Richtlinie dar.⁴⁵ Wird diese Frist überschritten, so wird das Übereinkommen nicht verletzt, sondern es entsteht eine "Verzögerung", die auf Anfrage dem Gesuchsteller oder der schweizerischen Zentralstelle zu erklären ist (Art. 11 Abs. 2). Eine entsprechende Erläuterung ist auf Anfrage auch an die Zentralstelle des Herkunftsstaates weiterzuleiten.

Die Kommission schlägt mehrere Lösungen vor, wie das Verfahren kindesgerecht ausgestaltet werden sollte, insbesondere, um auch vermehrt Lösungen auf dem Wege der Vermittlung oder Mediation zu finden. Das kann einerseits zu einer gewissen Verlängerung des Verfahrens führen, doch erlaubt es andererseits, dauerhafte und von allen Beteiligten akzeptierte Lösungen zu finden, was wiederum dem Kindesinteresse entspricht. Was das Beschleunigungsgebot des Übereinkommens anbetrifft, so ist festzuhalten, dass sich dieses nur auf die Entscheidungsorgane bezieht (Art. 11 Abs. 2), nicht aber auf alle Massnahmen, die die Zentralbehörde oder jede andere mit dem Fall befasste Behörde veranlasst, um die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken (Art. 10). Für alle Behörden und Fachpersonen gilt hingegen das Gebot, in der gebotenen Eile zu handeln. Das gilt auch für alle Vermittlungs- und Mediationsversuche. Im Übrigen wird es möglich sein, ein ohne unnötige Verzögerung, aber gründlich durchgeführtes Verfahren den Beteiligten und der ausländischen Behörde mit Überzeugung zu erläutern, wenn die Frist von sechs Wochen sich als zu knapp bemessen erweist.

⁴⁴ Darüber hinaus werden in Art. 305 folgende Bestimmungen vorgeschlagen:

1. Entscheide nach Art. 304 Buchstabe a sind mit der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden.
2. Das Gericht entscheidet innert sechs Wochen seit Eingang des Gesuchs.
3. Es versucht, eine Einigung der Parteien herbeizuführen.
4. Das Gericht prüft die Anordnung einer Vertretung des Kindes."

⁴⁵ Die im soeben zitierten Art. 305 Ziff. 2 des Entwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung enthaltene Regel erweist sich insofern als zu strikt.

In der heutigen Praxis können in Fällen von Kindesentführungen gleich mehrere kantonale Behörden angerufen werden. Als erste wird in der Regel die Vormundschaftsbehörde auf den Fall aufmerksam gemacht und angefragt, ob *Schutzmassnahmen* zu treffen sind. Die lokalen Vormundschaftsbehörden sind mit der besonderen Problematik von solchen Fällen und den erforderlichen Sprachkenntnissen oft überfordert. Die Kommission schlägt deshalb vor, dass die von den Kantonen zu bezeichnende einzige Instanz auch für alle mit dem Einzelfall zusammenhängenden Schutzmassnahmen zuständig ist. Diese ergänzende Zuständigkeit für Schutzmassnahmen bleibt auch bestehen, wenn die Frage der Rückführung des Kindes vor das Bundesgericht getragen wird und bis zum Vollzug der Rückgabe. Diese Zuständigkeit geht auch vor, wenn gleichzeitig ein Scheidungsverfahren hängig gemacht worden ist. In Anbetracht der zentralen Funktion dieser einzigen kantonalen Instanz ist eine gesonderte Bezeichnung von kantonalen Koordinationsorganen nicht mehr nötig. Jene Instanz wird die Funktion dieser Organe übernehmen.

1.3 Die Regelung des Besuchsrechts

Die praktische Erfahrung mit Entführungsfällen zeigt, dass es ausserordentlich wichtig ist, dass der Kontakt beider Eltern mit dem Kind auch während der kritischen Zeit nach der Entführung aufrechterhalten und geschützt wird. Das *Weiterleben der Familienbeziehung* kann helfen, Spannungen abzubauen und das Verständnis für die Situation jedes der Betroffenen zu fördern.⁴⁶ Indirekt wird damit auch eine künftige Vermittlungslösung erleichtert. In denjenigen Fällen, in denen die Rückgabe problematisch erscheint, kann dem im bisherigen Aufenthaltsstaat lebenden Elternteil die Akzeptanz einer Nicht-Rückführung erleichtert werden, wenn ihm ein angemessenes Besuchsrecht zugestanden wird. Andererseits ist es auch für den in der Schweiz verbleibenden entführenden Elternteil zumindest entlastend, wenn sein Besuchsrecht im Rückkehrstaat des Kindes gesichert ist. Das Besuchsrecht ist hier in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Es müssen alle Möglichkeiten zur Aufnahme und Erhaltung des Kontakts genützt werden, einschliesslich die Mittel der Kommunikation auf lange Distanz und unter Einschaltung der verfügbaren Vermittlungsstellen und Fachleute.

So lange als das Entführungsverfahren nicht abgeschlossen ist, kann das Besuchsrecht zwar durch die schweizerischen Gerichte nur vorübergehend geregelt werden, da es für eine definitive Regelung an der Zuständigkeit fehlt (kein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in der Schweiz; gemäss Art. 16 des Übereinkommens keine Möglichkeit, das Sorgerecht auf Dauer zu entscheiden).

Gleich wie für begleitende Massnahmen des Kindesschutzes schlägt die Kommission vor, dass das mit dem Gesuch um Rückführung befasste kantonale Gericht auch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zuständig ist.

Art. 21 des Übereinkommens sieht vor, dass für alle notwendigen Schritte im Hinblick auf die Regelung des Besuchsrechts die Zentralbehörde eingeschaltet werden kann. Dies ist in der Praxis auch relativ häufig der Fall. Diese Bestimmung regelt aber weder die Zuständigkeit der Gerichte und Verfahrensfragen, noch das anzuwendende Recht, und sie ist auch nicht auf die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden über das Besuchsrecht wirksam. Diese Fragen unterstehen gegenwärtig dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Be-

⁴⁶ Das gilt auch insbesondere für die Prävention von schweren Besuchsstörungen und Elternentfremdung, welche die Willensbildung des Kindes so stark beeinflussen, dass die Kindesmeinung nur in beschränktem Masse im Verfahren verwertbar sein kann. Dabei ist allerdings vor jeder pauschalisierenden Beurteilung, wie sie dem Konzept des sog. "Parental Alienation Syndrome" zugrunde liegt, zu warnen. Vgl. dazu Heidi Simoni, *Beziehung und Entfremdung*, FamPra.ch 2005 S. 772-801 (782-799); Kerima Kostka, *Einfache Lösungen für komplexe Situationen?, "PAS" und gemeinsames elterliches Sorgerecht*, ein Bericht aus Deutschland, FamPra.ch 2005 S. 802-821; Corina Bacilieri-Schmid, *Kinder bei Trennung und Scheidung – Psychologisches Basiswissen für Juristinnen und Juristen*, ZVW 2005 S. 199-219 (210-212).

hörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen⁴⁷, das jedoch keine auf die Regelung des Besuchsrechts zugeschnittene Bestimmungen enthält und auch auf der Ebene der Zusammenarbeit zwischen den Behörden wirkungslos ist. Mehr Wirkungen würde Art. 21 des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts⁴⁸ bringen, doch kommt dieses Abkommen nur selten zur Anwendung. Hier würde das neue *Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996* über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern wesentliche Verbesserungen bringen.⁴⁹

Das Haager Abkommen von 1996 bietet die Perspektive, dass im Verhältnis der Vertragsstaaten die Zuständigkeit einheitlich geregelt ist, dass Entscheide über das Besuchsrecht in den andern Teilnehmerstaaten anerkannt und vollstreckt werden, und dass die betroffenen Behörden in Kontakt treten können. Insbesondere können die zuständigen Behörden sachdienliche Informationen für den Schutz des Kindes austauschen (Art. 34). Die Behörden des Herkunftsstaates können um Auskünfte und Beweiserhebungen ersucht werden, welche die Eignung des dort verbliebenen Elternteils zur Ausübung des Besuchsrechts betreffen und die bei der (auch nur provisorischen) Entscheidungsfindung in der Schweiz berücksichtigt werden können (Art. 35 Abs. 2-4).

Die Schweiz hat dieses neue Übereinkommen am 1. April 2003 unterzeichnet, zusammen mit den (damaligen) Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Ratifikation von Seiten der EU steht bevor. Auf Schweizer Seite wird die Botschaft des Bundesrates an die Eidgenössischen Räte vorbereitet. Die Kommission begrüsst die Absicht des Bundesrates, dieses Übereinkommen demnächst zu ratifizieren.

1.4 Beistand nach der Rückführung des Kindes

Die Kommission hat in ihrer Antwort auf die im erwähnten Postulat gestellten Fragen bereits dargelegt, dass die praktischen Möglichkeiten, um Erfahrungen über das weitere Verbleiben des Kindes im Rückkehrstaat zu erhalten, sehr beschränkt sind, und dass dafür auch das rechtliche Instrumentarium fehlt. Für die Verbesserung dieser Situation ist notwendigerweise der Weg über die Zusammenarbeit mit den am meisten betroffenen Staaten im Ausland einzuschlagen. In gewisser Hinsicht kann auch hier das *Haager Übereinkommen von 1996* über den Schutz von Kindern helfen. Neben den bereits erwähnten Regeln betreffend den Informationsaustausch (Art. 34) und den Schutz der Interessen des Besuchsberechtigten (Art. 35) ist auch auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass die schweizerische Behörde bei der zuständigen Behörde des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes nach dessen Rückkehr beantragen kann, dass ein Bericht über die Lage des Kindes erstellt wird oder dass geprüft wird, ob dort geeignete Schutzmassnahmen getroffen werden (Art. 32).

Andersseits wäre zu empfehlen, dass die Schweiz Verbesserungen im Hinblick auf das “*suivi post-retour*” der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht beantragt. Die Notwendigkeit, in dieser Frage Fortschritte zu erzielen, ist im Rahmen der regelmässigen Treffen der Spezialkommission betreffend das Übereinkommen von 1980 insofern anerkannt worden, dass alle angemessenen Massnahmen getroffen werden sollten, um die sichere Rückkehr des Kindes in den Herkunftsstaat zu gewährleisten, bis zum Zeitpunkt, an dem sich die für die Zuteilung des Sorgerechts zuständige Behörde der Sache annimmt.⁵⁰ Konkrete Schritte, welche die Praxis der Vertragsstaa-

⁴⁷ SR 0.211.231.01

⁴⁸ SR 0.211.230.01. Diese Bestimmung wird durch die Regelung im Übereinkommen des Europarats vom 3. Mai 2002 über die persönlichen Beziehungen verbessert und ersetzt (Art. 19).

⁴⁹ Vgl. A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genf etc. 2003, S. 177-205; Jutta Krahe, *Das Haager Kinderschutzübereinkommen*, Frankfurt a.M. etc. 2004.

⁵⁰ Vgl. *Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980* (2001), Ziff. 1.13, in: *Guide de bonnes pratiques*, Bd. I, Annexe 1.

ten beeinflussen würden, sind jedoch von der Haager Konferenz bzw. von den Mitgliedstaaten nicht unternommen worden. Die Haager Konferenz kann allerdings darauf hinweisen, dass hierfür das Übereinkommen von 1996 zumindest Fortschritte bringt, die im Wege der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten erst einmal umzusetzen wären.

Ein letzter Weg wären bilaterale Vereinbarungen, deren Ausarbeitung und praktische Anwendung in der Praxis aber erfahrungsgemäss einen besonderen personellen und finanziellen Aufwand voraussetzt, und die oft auch einen eher engen Anwendungsbereich haben.⁵¹

2. Beurteilung und Vertretung der Kindesinteressen im Verfahren

2.1 Beizug von Fachpersonen

Die Beurteilung der Frage einer möglichen Rückführung des entführten Kindes in seinen Herkunftsstaat beinhaltet zwingend die Abwägung vieler wesentlicher Tatsachen betreffend die persönliche und familiäre Situation des Kindes. Der Entscheid über die Rückgabe ist den schweizerischen Gerichten vorbehalten. Die richterliche Behörde ist kraft ihrer juristischen Ausbildung jedoch oft nicht in der Lage, alle massgebenden psychologischen und sozialen Elemente selbst in Erfahrung zu bringen und auch richtig zu bewerten. Ebenso ist es für das Gericht schwierig, wenn nicht gar unmöglich, eine ausgewogene Vermittlungslösung vorzubereiten, wenn es nicht über die Kenntnis der wesentlichen nicht-juristischen Elemente verfügt. Der *Beizug pluridisziplinären Fachwissens* bringt den Vorteil mit sich, dass die Zahl der Verfahren, die mit einer einvernehmlichen Lösung beendet werden, erhöht wird, und dass die Interessen des Kindes besser wahrgenommen werden können.⁵²

Die Kommission schlägt deshalb vor, dass der Zentralbehörde und den Gerichten mit Nachdruck nahe gelegt werden soll, nicht-juristische Fachpersonen beizuziehen, und zwar sowohl bei den Bemühungen, zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen, wie im eigentlichen Erkenntnisverfahren und später bei der Vorbereitung und Ausführung der Rückführung des Kindes. Die erforderlichen Fachpersonen sind in der Schweiz vorhanden. Schwierig ist es für die Gerichte allerdings oft, die richtigen Fachleute auch zu finden und auf deren kurzfristigen Einsatz zählen zu können. Die Kommission schlägt vor, dass die Zentralbehörde in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein *sprachregional organisiertes Netzwerk* der verfügbaren Fachpersonen erstellt. Die an dieser Dienstleistung beteiligten kantonalen und eidgenössischen Behörden werden darauf zu achten haben, dass nur Fachpersonen berücksichtigt werden, die allen Anforderungen hinsichtlich Fachkenntnisse⁵³, Methodenkompetenz⁵⁴ und Verfügbarkeit genügen. Auf dem gleichen Wege können

⁵¹ Das bilaterale Abkommen mit der Republik Libanon vom 31. Oktober 2005 über die Zusammenarbeit in bestimmten Familienangelegenheiten erfasst den Austausch von Informationen nur während eines laufenden Verfahrens und es beschränkt sich auf Vermittlungsfunktionen, deren Ausübung durch die Gemischte Kommission den diplomatischen Weg voraussetzt. Erwähnen lässt sich auch die schweizerisch-australische Absichtserklärung vom 29. November 1991 (BBl 1992 II S. 1416, Ziff. 2), die in der Praxis allerdings bedeutungslos geblieben ist.

⁵² Die (als Postulat überwiesene) Motion Vermot-Mangold vom 7. Mai 2003 (03.3214 - Haager Übereinkommen über internationale Kindesentführungen, Schutz der Kinder) verlangt nach einer neutralen kinderpsychologischen Abklärung.

⁵³ Zu denken ist an: Entwicklungspsychologie, Kinder- und Jugendpsychiatrie, Erwachsenenpsychiatrie, Familiendynamik, Familienmediation, Verhandlungslehre, Verfahrenskennntnisse, Kennntnisse über interkulturelle Konflikte und in multikultureller Kommunikation (einschliesslich Sprachen), Ausbildung und Erfahrung im internationalen Familienrecht (als Beistand, Rechtsanwalt oder Richter), Kennntnisse über einzelne Länder und Kulturkreise.

⁵⁴ Zu denken ist an: familienspezifische Abklärung, Beratung psychologischer und psychiatrischer Art, Verhandlungs- und Konfliktstechniken, Mediation, begleitende Betreuung von Kindern, Beratung in internationalen Fällen des Familienrechts, Fachbegutachtung (in Einzelfällen).

Institutionen, die sich beruflich mit der Betreuung von Kindern befassen, mit einbezogen werden. Die spezifischen Fähigkeiten jedes Teilnehmers sind dabei zu bestimmen und bekannt zu machen.

Es darf davon ausgegangen werden, dass die zur Verfügung stehenden Fachpersonen sich aufgeteilt nach Sprachregionen organisieren werden, so dass der Zugang zu den verfügbaren Personen möglichst rasch und direkt gefunden werden kann. Es wäre anzustreben, dass auf diese Art unter Leitung der Zentralbehörde und mit Hilfe der Kantone und privater Stellen eine institutionalisierte Kooperation im Sinne eines Netzwerkes von Fachkräften und –stellen ergibt. Die Kommission schlägt vor, dass der Gesetzgeber dafür eine Grundlage schaffen soll, dass aber der Aufbau und die Funktionsweise dieses Netzwerkes im Wesentlichen den beteiligten Experten und Institutionen anvertraut werden kann.

Im Einzelfall wäre der Beizug von Fachpersonen oft am besten so zu gestalten, dass möglichst früh ein Projekt zur Lösung des Entführungsfalles erstellt wird und die verschiedenen Interventionen entsprechend koordiniert werden. Unter der Initiative der Zentralbehörde⁵⁵ würde sich das ad hoc zusammengestellte “*care team*” mit der Planung und Durchführung der einzelnen Schritte befassen, wobei auch die betroffenen Eltern, die allenfalls bereits ernannten Rechtsanwälte und der Beistand des Kindes beizuziehen wären. Auch könnte der Kontakt mit dem zuständigen kantonalen Gericht hergestellt werden. Die Gruppierung der Beteiligten zielt darauf ab, eine Verlagerung der Verantwortung auf eine Vielzahl von Bezugspersonen zu verhindern, welche zu einer Verwirrung der Eltern und damit zu einer intensivierten Konfliktlage führt.⁵⁶

In einer ersten Phase geht es darum, die *Kontakte* mit allen betroffenen Personen und den möglichen Beratern herzustellen und daran anschliessend eine gründliche *Situations- und Konfliktsanalyse* vorzunehmen, welche es erlaubt, die im konkreten Fall aufgetretenen Kernprobleme zu identifizieren. Darauf kann anschliessend in einer zweiten Phase die eigentliche *Beratung, Vermittlung* oder *Mediation* aufbauen.

Das bei Kindesentführungen zur Verfügung stehende Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen wäre auch in der Lage, bei Entführungen von Kindern aus der Schweiz ins Ausland das nötige Fachwissen zu vermitteln und dem in der Schweiz lebenden Elternteil beizustehen. Diese Dienstleistung könnte die heute geleistete Unterstützung durch die schweizerische Zentrale Behörde wesentlich verstärken. Darüber hinaus könnten die Experten des Netzwerkes auch noch nach der Rückkehr eines entführten Kindes in die Schweiz zur Verfügung stehen und damit eine Hilfe leisten, die heute nur in Einzelfällen auf privater Basis geleistet wird.

Indessen ist darauf aufmerksam zu machen, dass bereits bei einer relativ bescheidenen Intensivierung der Tätigkeit der Zentralbehörde deren Personalbestand und die vorhandenen finanziellen Mittel sich sehr bald als zu knapp erweisen werden.

2.2 Vermittlungs- und Mediationsverfahren

Das Übereinkommen geht davon aus, dass die Rückgabe möglichst auf freiwilliger Basis erfolgt. Entsprechend muss auch das Verfahren darauf ausgerichtet sein, dass in erster Linie eine einvernehmliche Lösung angestrebt wird.

In der Regel versucht die Zentralbehörde unmittelbar nach Eintreffen eines Rückgabegesuchs, die Parteien auf einen *einvernehmlichen Weg der Streitbeilegung* zu lenken. Dies gelingt in einer beachtlichen Zahl von Fällen. In Zukunft soll auch die Zentralbehörde auf nicht-juristische Fachbei-

⁵⁵ Gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. b, c, d und h sowie Art. 10 des Übereinkommens.

⁵⁶ Vergleichbare Erfahrungen zeigt die vom französischen Justizministerium eingesetzte “Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles (MAMIF)”, vgl. D. Ganancia, *La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers?*, in: *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes Colloque Lyon 2003, Brüssel 2004, S. 325-335.

träge zählen können, wenn dies zu einer beschleunigten und überzeugenden Regelung führen kann, ohne dass der Fall an die Gerichte weiterzugeben ist. Die Zentralbehörde verfügt nicht über das interdisziplinäre Fachwissen zur Beurteilung schwieriger Kindessituationen und neigt deshalb dazu, den Entführer zur Rückgabe zu mahnen, ohne über eine ausgewogene Kenntnis der Lage des Kindes zu verfügen.

Dort, wo sich die familiäre Situation als zu sehr Konflikt-beladen erweist, ist die Zentralbehörde oft überfordert. Das Rückgabegesuch und die Frage nach der Prüfung allfälliger Schutzmassnahmen sind alsdann möglichst bald dem für Kindesentführungen zuständigen kantonalen *Gericht* zu übergeben. Die Anrufung einer Gerichtsbehörde soll indessen nicht dazu führen, dass der familiäre Konflikt erst recht zum verbissenen umkämpften Streitfall ausartet. Das zuständige Gericht soll gemäss der Richtlinie des Übereinkommens zuerst eine einvernehmliche Lösung anstreben.

Die Kommission hält es für nützlich und notwendig, dass gesetzlich vorgesehen wird, *dass dem eigentlichen gerichtlichen Erkenntnisverfahren eine Phase der Suche nach einer einvernehmlichen Regelung des Streitfalls vorangeht*. In den Fällen, in denen ein solcher Versuch der Streitbeilegung nicht bereits von der Zentralbehörde unternommen worden ist, soll dieser vom Gericht veranlasst werden. Ein solches Verfahren muss aber nicht vom Gericht geführt werden. Das Gericht soll damit Dritte und insbesondere ausgewiesene Fachpersonen betreuen können. Zu diesem Zweck kann es sich an das zu errichtende Netzwerk von Experten wenden.

Die Kommission schlägt vor, dass es sich dabei um ein “Vermittlungs- oder Mediationsverfahren” handelt. Der *Vermittler* versucht, die Standpunkte der Parteien einander näher zu bringen und damit die Parteien selbst zu einer Einigung hinzuführen. Der *Mediator* folgt einem mehr strukturierten Verfahren, bei dem er auch Optionen aufzeigen kann, die von den Parteien selbst nicht erwogen oder anfänglich nicht als tragfähig erachtet worden sind.

Die Mediation ist eine moderne Institution der friedlichen Beilegung von Streitigkeiten, die seit einiger Zeit auch in der Schweiz bekannt geworden ist und in der Praxis auch gehandhabt wird.⁵⁷ Die Familienmediation in Scheidungs- und Trennungssituationen kann in der Schweiz bereits auf eine bald 20-jährige Erfahrung zurückblicken und wird den Parteien von Richtern und Anwälten vielerorts als alternatives Konfliktlösungsinstrument vorgeschlagen, vor allem in Kinderbelangen.⁵⁸ Auf europäischer Ebene steht ihr eine grosse Verbreitung bevor.⁵⁹ Für die behördliche Zusammenarbeit in Fällen, die die elterliche Verantwortung betreffen, ist sie bereits heute vorgesehen.⁶⁰ Sie soll deshalb auch für die Beilegung von familiären Streitigkeiten bei Kindesentführungen zum Zuge kommen, zumindest insoweit als sie dem Gericht im konkreten Fall Erfolg verspricht und mit dem Beschleunigungsgebot noch vereinbar ist.⁶¹ Die Mediation hat auch den gros-

⁵⁷ Dazu auch die Art. 216-220 des Entwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (Stand: September 2005). Vgl. auch Dominique Brown-Berset, *La médiation commerciale: un géant s'éveille*, ZSR 2002 S. 319-424. Das Institut Universitaire Kurt Bösch in Sion bietet eine Ausbildung in “Interculturalité et médiation familiale“ an, die auch die Problematik der Kindesentführungen einbezieht.

⁵⁸ Vgl. Marianne Galli-Widmer, *Familie und Scheidung, Die Familienmediation im Kanton Tessin*, AJP 1994 S. 867-871.

⁵⁹ In der EU ist eine Richtlinie über die Mediation in Zivil- und Handelssachen in Vorbereitung (Vorschlag der Kommission: COM[2004] 718 vom 22.10.2004). Vgl. Jean A. Mirimanoff, *L'eurocompatibilité de la loi n° 8931 sur la médiation civile*, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, SJ 2005 II S. 125-139. Die Mediation in internationalen Fällen wird ebenfalls unterstützt durch die Empfehlung R(98) 1 vom 21. Januar 1998 des Ministerkomitees des Europarates über die Familienmediation, Ziff. VI. Für die Mediation in Konflikten betreffend Kinder auch Art. 13 des Europäischen Übereinkommens vom 25. Januar 1996 und Art. 31 lit. b des Haager Übereinkommens von 1996 über den Schutz von Kindern.

⁶⁰ Art. 55 lit. e der Verordnung Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, ABEU 2003 L 338/1.

⁶¹ So auch die entsprechende Empfehlung in: *Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980* (2001), Ziff. 1.10,

sen Vorteil, dass sie im Unterschied zur Rolle des Gerichts die Frage der Rückkehr des entführten Kindes in den ganzen Zusammenhang des Verhältnisses des Kindes zu seinen Eltern stellen kann, einschliesslich der Regelung des Sorge- und Obhutsrechts und der Gestaltung des Familienlebens in der Zukunft.⁶² Die Erfahrung lehrt, dass die Rückkehr des entführten Kindes den Familienkonflikt nicht löst und so, wie sie im Übereinkommen vorgesehen ist, auch nicht lösen kann. Gelöst wird nur ein Teilaspekt, dessen emotionale Belastung auch dann noch andauert, wenn die Sorgerechtsfrage einmal entschieden ist.

Die Wahl eines Vermittlungs- oder Sühneverfahrens bzw. einer Mediation hat das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Konsultation mit den Parteien vorzunehmen. Grundsätzlich erfolgt die Mediation auch gegenüber dem Gericht *vertraulich*, und es dürfen die dabei geäusserten Meinungen der Parteien im gerichtlichen Verfahren nicht berücksichtigt werden. Das Gericht hat zu beurteilen, ob dieses Verfahren mehr Erfolg verspricht, wobei es auch darauf zu achten hat, dass sich die Gespräche mit den Parteien nicht übermässig in die Länge ziehen dürfen. Nach Abschluss der Vermittlungs- oder Mediationsbemühungen erhält das Gericht einen Bericht darüber, ob eine Einigung erzielt worden ist oder nicht. Dieser Bericht kann über die aufgetretenen Probleme und Lösungsansätze im Einzelnen Auskunft geben, wenn alle Parteien mit einer solchen Mitteilung einverstanden sind.

Grosses Gewicht sollte auch darauf gelegt werden, dass der durch die Entführung in seinen Rechten verletzte Elternteil am Verfahren in der Schweiz möglichst teilnimmt. Das gilt in erster Linie für Vermittlungs- und Mediationsversuche. Kein Aufwand sollte zu gross sein, um die finanziellen, zeitlichen und geographischen Hindernisse zu überwinden, in Anbetracht der oft sehr realen Perspektive einer Einigung.⁶³ Sollten sich allerdings diese Hindernisse als zu gross erweisen, so lässt sich immer noch an eine *Co-Mediation* auf Distanz denken, wobei Mediatoren im Herkunftsstaat und in der Schweiz zusammenwirken.⁶⁴

2.3 Teilnahme des Kindes am Verfahren

Die bisherige schweizerische Praxis geht überwiegend davon aus, dass die Interessen des Kindes von dem am Verfahren teilnehmenden Elternteil, der die Entführung veranlasst hat, wahrgenommen werden.

Es kann als anerkannt gelten, dass die Gerichte eine *Anhörung* des Kindes unter denselben Bedingungen veranlassen, die gestützt auf Art. 144 Abs. 2 und Art. 314 Ziff. 1 ZGB in anderen vergleichbaren Verfahren massgebend sind. Da es an einer gesetzlichen Regel für Entführungsfälle fehlt, erweist es sich jedoch geboten, klarzustellen, dass eine solche Anhörung stattzufinden hat. Sie ist nicht vom Antrag einer Partei abhängig.

Dem betroffenen Kind ist in Entführungsverfahren bisher nur in einzelnen Fällen ein *Beistand* ernannt worden. In Anbetracht der in solchen Verfahren besonders akuten Konfliktsituationen liegt ein Vergleich mit denjenigen wichtigen Gründen nahe, welche nach Art. 146 ZGB im Schei-

in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1. In gleichem Sinne die Empfehlung R(98) 1 vom 21. Januar 1998 des Ministerkomitees des Europarates über die Familienmediation, Ziff. VIII. Vgl. ferner Nika Witteborg, Zur Rückführung des Kindes im Rahmen des Haager Entführungsübereinkommens, IPRax 2005 S. 330-335 (334 f.).

⁶² Vgl. Britta Sievers/Sabine Benisch, Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangs-konflikten, Probleme und Perspektiven, Kind-Prax 2005 S. 126-132.

⁶³ Vgl. Niccolò Raselli, Suisse, in: Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite, La lettre des Juges, printemps 2004, S. 48-52 (52).

⁶⁴ Dafür gibt es bereits die von den Justizministerien in Deutschland und Frankreich seit 2003 aufgebaute professionelle Mediationsgruppe, die durch das unter Leitung der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) im Aufbau befindliche Netzwerk ergänzt wird. Im gleichen Sinne entwickelt sich die Arbeit der britischen Fachorganisation REUNITE, <www.reunite.org>

ungsverfahren zur Anordnung einer Beistandschaft führen.⁶⁵ Grundsätzlich drängt sich die Ernennung eines Kindesbeistands für entführte Kinder in allen Fällen auf, die sich nicht vor der Übermittlung des Gesuchs an die Gerichtsbehörden haben gütlich bereinigen lassen. Dies soll auch für an sich urteilsfähige Kinder gelten, da diese mit der Beurteilung der regelmässig auftretenden schwierigen Fragen überfordert sind. In gewissen Fällen kann es aber auch sinnvoll sein, dem Kind bereits im Anfangsstadium des Verfahrens einen Vertreter zu ernennen, wenn noch kein Rückgabegesuch formell gestellt und beim zuständigen Gericht hängig gemacht worden ist. Die Ernennung des Beistands soll auch in einem solchen Fall durch das zuständige kantonale Gericht erfolgen; die Zentralbehörde ist dafür nicht geeignet, insbesondere auch nicht im Hinblick auf den verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg.

Die von den Eltern unabhängige Vertretung des Kindes drängt sich auch deshalb auf, weil das Kind richtigerweise im Verfahren als *Partei* vertreten sein muss. Das Bundesgericht hat in einem neueren Fall die Parteifähigkeit des entführten Kindes anerkannt⁶⁶. Dabei ist der Parteienantrag des Kindes sachlich anders beurteilt worden als derjenige der Mutter. Dies verlangt zwingend nach der Parteistellung des Kindes, da keine andere Partei auftreten kann, um diese dem Kind vorbehaltenen Rechtsstellung zu vertreten. Die Partei- und Beschwerdefähigkeit des Kindes ergibt sich im Übrigen auch auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 2 BV (bei Urteilsfähigkeit) sowie Art. 8 EMRK⁶⁷. Ein Recht auf Teilnahme am Verfahren ist auch in Art. 9 Abs. 2 KRK vorgesehen. Die Rechtsprechung hat deutlich gemacht, dass die Regelung des Besuchsrechts zu den Persönlichkeitsrechten des Kindes gehört und dass deshalb das (in der Regel ab 12 Jahren) urteilsfähige Kind selbständig (oder durch den Vertreter seiner Wahl) handeln kann.⁶⁸ Die gleiche Lösung muss für die Vertretung der Rechte des Kindes bei Kindesentführungen gelten. Das hat auch zur Folge, dass das Kind auf seine prozessualen Rechte aufmerksam gemacht werden muss.

Den Gerichten wird nahe gelegt, dass sie sich bei der Bestellung von Beiständen an Rechtsanwälte wenden, die nicht nur über die notwendigen Fach- und Sprachkenntnisse verfügen, sondern die auch in der Lage sind, die Situation des Kindes und dessen Wohl unbeeinflusst von den Eltern zu beurteilen und die Kindesinteressen eigenständig zu vertreten.⁶⁹

3. Kindesgerechte Beurteilung der Rückgabegesuche

3.1 Die Rolle des Kindeswohls

Die für die Bedeutung des Haager Übereinkommens und die Rolle des Kindeswohls entscheidende Bestimmung ist *Art. 13 Abs. 1 lit. b*, der die Verweigerung der Rückgabe erlaubt, wenn nachgewiesen ist,

⁶⁵ Dem entspricht auch weitgehend Art. 301 des Entwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (Stand: September 2005). Art. 304 Ziff. 4 sieht allerdings vor, dass bei Verfahren betreffend Kindesentführungen die Anordnung einer Vertretung des Kindes lediglich vom Gericht "zu prüfen" sei. Diese Abschwächung des Anspruchs des Kindes auf Beistand und Vertretung ist nicht gerechtfertigt.

⁶⁶ BGE 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394. Für einen früheren Entscheid vgl. BGE 16.10.2001, 5P.477/2000, Erw. 1b.

⁶⁷ Vgl. den Entscheid des Gerichtshofs vom 26.9.2002 über das Eintreten auf die Beschwerde im Falle Sylvester.

⁶⁸ BGE 120 Ia 369 ff., 371 f.; BGE 2.9.2005, 5C.51/2005, Erw. 2.2.

⁶⁹ Die spezifische Ausrichtung dieser Tätigkeit auf das Kind hat in Deutschland zur Institution des "Verfahrenspflegers" geführt. Vgl. Manuela Stötzel/Jörg M. Fegert, Der Verfahrenspfleger als gerichtlicher Interessenvertreter für Kinder und Jugendliche in Deutschland, FamPra.ch 2005 S. 504-517; Johannes Peetz, Die Stellung des Verfahrenspflegers in gerichtlichen Verfahren zur Erzwingung der Herausgabe eines Kindes von einem Elternteil an den andern und Wahrung der Rechte der Kinder, Regensburg 2005.

“dass die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt”.

Das Rückgabegesuch kann auch abzulehnen sein, wenn das Gesuch nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 12 Abs. 1 eingereicht worden ist und sich das Kind seither “in seine neue Umgebung eingelebt hat” (Art. 12 Abs. 2)⁷⁰ oder wenn die Rückführung “nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist“ (Art. 20). Diese Verweigerungsgründe sind indessen in der Praxis nur von geringer Bedeutung.

Die zentrale Regel des Art. 13 Abs. 1 lit. b verwendet den *Begriff des Kindeswohls* nicht. Die Entführung soll dem entführenden Elternteil nicht einen Vorteil dadurch verschaffen, dass die Bewertung des Kindeswohls dem an sich zuständigen Gericht im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes entzogen wird und dabei auch die Stellung des in diesem Staat lebenden und in seinem Sorgerecht verletzten Elternteils einseitig verschlechtert wird.⁷¹ Der Entscheid über die Rückgabe darf auch nicht als ein Entscheid über die elterliche Sorge verstanden werden; ein solcher Entscheid ist ausschliesslich dem Gericht im Herkunftsstaat des Kindes vorbehalten (Art. 16). Das Übereinkommen ist deshalb auf dem Grundsatz der Rückführung des Kindes aufgebaut, ohne dass eine für die Beurteilung der Frage der elterlichen Sorge erforderliche vertiefte Bewertung des Kindeswohls für diesen Entscheid massgebend sein kann.

Das bedeutet aber nicht, dass das Kindeswohl bei der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. b ohne Bedeutung wäre. Die Frage, ob die Rückgabe das Kind in eine “unzumutbare Lage” bringt, muss notwendigerweise in ihrem Bezug zum Kindeswohl beurteilt werden. Der Wortlaut dieser Bestimmung macht auch deutlich, dass es sich hierbei um die Situation des Kindes handelt, ohne dass dabei das Verhalten von Drittpersonen, einschliesslich der Eltern, massgebend ist. Die Auslegung von Art. 13 Abs. 1 lit. b muss auch die Präambel miteinbeziehen, in der die Unterzeichnerstaaten der Überzeugung Ausdruck geben, “dass das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist”. Indessen kann die Berufung auf das Kindeswohl die Rückgabe nur verhindern, wenn diese für das Kind mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden ist oder es auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Eine blosser Beeinträchtigung des Kindeswohls, die nicht als unzumutbar bezeichnet werden kann, genügt dafür nicht.

Art. 13 Abs. 1 lit. b verlangt nach einer Abwägung der massgebenden Gesichtspunkte, die alle am Kindeswohl orientiert sind, aber nicht zur gleichen Lösung führen:

Die Entführung verletzt das Kindeswohl, da sie das Kind dem andern sorgeberechtigten Elternteil widerrechtlich entzieht und den legitimen Anspruch dieses Elternteils auf die Regelung des Sorgerechtsstreits am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu unterlaufen sucht. Im Einzelfall, aber auch in generalpräventiver Hinsicht ruft eine solche Handlung nach der Korrektur, dass das Kind wieder an seinen bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt zurückgeführt wird.

⁷⁰ Vgl. dazu als Beispiele BGE 18.11.2002, 5P.310/2002, Erw. 2, FamPra.ch 2003 Nr. 66 S. 470, SZIER 2003 S. 423; BGE 18.8.2005, 5P.254/2005, Erw. 2.

⁷¹ Dieses einseitige Verhalten des Entführers verlangt grundsätzlich nach der Rückgabe des Kindes. Das Übereinkommen erlaubt es nicht, eine Rückführung erst nach einem definitiven Entscheid über das Sorgerecht zu vollziehen (so die Interpellation Hubmann vom 7. Mai 2003 [03.3208 – Schutz der Kinder] und die Begründung der Motion Leuthard [03.3235 – Kindeswohl und Haager Übereinkommen]). Die Verweigerung oder Verzögerung der Rückführung würde die Situation des verletzten Elternteils klarerweise verschlechtern. Nach Erlass des Sorgerechtsentscheids im Herkunftsstaat könnten sich in der Schweiz weitere Schwierigkeiten und Verzögerungen daraus ergeben, dass der Entführer argumentiert, der Sachentscheid widerspreche dem schweizerischen Ordre public (dazu BGE 129 III 250 ff., 255 f.; Bem. Bucher, SZIER 2003 S. 389-392) und sei deshalb in der Schweiz nicht anerkennungsfähig und wirkungslos.

Die Rückgabe kann aber andererseits das Kindeswohl verletzen, wenn sie zur Folge hat, dass dem Kind Schaden beifügt wird oder dass es anderswie in eine Situation gerät, die seinen wesentlichen Interessen entgegensteht.

Dem Art. 13 Abs. 1 lit. b kommt als Ausnahmebestimmung die Rolle zu, den Ausgleich zwischen diesen verschiedenen für das Kindeswohl massgebenden Gesichtspunkten herzustellen. Danach soll die Rückgabe nicht stattfinden, wenn sie das Kindeswohl so schwerwiegend beeinträchtigen würde, dass sie dem Kind nicht zugemutet werden kann. In diesem Rahmen ist eine kindesgerechte Anwendung dieser Bestimmung geboten und auch möglich. Der erläuternde Bericht von E. Pérez-Vera erwähnt ebenfalls, dass es sich bei den Verweigerungsgründen des Übereinkommens um “manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière” handle⁷² und dass auch Art. 13 Abs. 1 lit. b klar auf der “prise en considération de l'intérêt de l'enfant” beruhe⁷³. Bereits in früheren Entscheiden hat das Bundesgericht bemerkt, dass Art. 13 des Übereinkommens dazu diene, die “wesentlichen Interessen des Kindes“ zu berücksichtigen⁷⁴ und dass Art. 13 Abs. 1 lit. b “dem Kindeswohl Vorrang vor dem Interesse an der Rückführung eines entführten Kindes einräumt”⁷⁵.

3.2 Problematische Praxiselemente

Die schweizerische Praxis bei Kindesentführungen bedarf in dreifacher Hinsicht einer Korrektur.

a) *Überprüfung der Fremdplatzierung nach der Rückkehr in den Herkunftsstaat*

Die Rechtsprechung anerkennt, dass die Rückgabe eines entführten Kindes nicht dazu führen darf, dass das Kind einem Elternteil auch dann anvertraut wird, wenn dieser gewalttätig oder anderswie einen auf das Kind offensichtlich schädlichen Einfluss ausüben könnte. In solchen Fällen begnügt sich die Praxis aber mit dem Nachweis, dass das Kind auf eine andere Art in den Herkunftsstaat zurückgeführt werden kann, ohne dabei der vom Elternteil ausgehenden Gefahr ausgesetzt zu sein. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es nach dem Abkommen genügt, wenn das Kind in den Staat des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts zurückgebracht werden kann, ohne dass die Frage zu prüfen sei, wie und wo das Kind dahingelangt.⁷⁶ Es wird nicht untersucht, welche Lebensbedingungen das Kind bei der Rückkehr vorfinden wird und es wird in der Regel auch nicht darauf abgestellt, ob der entführende Elternteil das Kind bei der Rückkehr begleiten wird oder kann.⁷⁷ Das Kindesinteresse wird insofern nur generalisierend betrachtet, ohne dass die individuelle Situation des Kindes beachtet wird. Die Gefährdung der Kindesentwicklung oder gar eine psychische Traumatisierung durch die Rückführung werden ungenügend berücksichtigt.

Diese Handhabung von Art. 13 Abs. 1 lit. b schränkt die Beurteilung des Kriteriums der “unzumutbaren Lage” unnötig ein. Diese Bestimmung verlangt danach, dass die Rückgabe bei jeder unzumutbaren Situation nicht stattfinden soll, und zwar auch dann, wenn das Kind durch eine Fremdplatzierung im Gefolge der Trennung von seiner Mutter (wenn diese nicht zurückkehren will oder kann) in seinem seelischen Gleichgewicht schwer beeinträchtigt wird oder wenn die

⁷² Vgl. Actes et documents de la 14e session 1980, La Haye 1982, S. 425-473 (432 Nr. 25).

⁷³ Vgl. Actes et documents de la 14e session 1980, La Haye 1982, S. 425-473 (433 Nr. 29).

⁷⁴ BGE 123 II 419 ff., 423.

⁷⁵ BGE 13.9.2001, 5P.160/2001, Erw. 4 b/aa, letzter Absatz, AJP 2002 S. 471, SZIER 2002 S. 299.

⁷⁶ Die Verurteilung lautet entsprechend allgemein auf Rückführung “nach Deutschland” (BGE 17.12.2004, 5P.437/2004, Erw. 2, SZIER 2005 S. 411) oder “nach Spanien” (BGE 131 III 334 ff., 344 [ohne Dispositiv], AJP 2005 S. 744 ff., 748, SZIER 2005 S. 415 ff., 420).

⁷⁷ Vgl. BGE 11.4.2002, 5P.65/2002, Erw. 4, Praxis 2003 Nr. 122, FamPra.ch 2002 Nr. 95 S. 618, SZIER 2003 S. 407; BGE 31.1.2003, 5P.263/2002, Erw. 4.2, FamPra.ch 2003 Nr. 67 S. 476; BGE 27.3.2003, 5P.71/2003, Erw. 2.4.2, FamPra.ch 2003 Nr. 97 S. 716, SZIER 2003 S. 411.

Rückkehr von Kind und Mutter mangels Integration im betreffenden Land nur sehr schwer zu ertragen ist.

b) *Zusammenarbeit mit den Behörden des Herkunftsstaates*

Die schweizerische Praxis zieht nur selten Nutzen von den Möglichkeiten der Kooperation mit den Behörden des Herkunftsstaates des Kindes. Vereinzelt hat das Bundesgericht angedeutet, dass die Zusicherung dieser Behörden, dass Massnahmen zum Schutz des Kindes bei der Rückkehr möglich sein werden, den Entscheid über die Anordnung der Rückgabe erleichtern kann.⁷⁸ In der Praxis wird gelegentlich für den Vollzug der Rückgabe um die Mitarbeit mit den ausländischen Behörden nachgesucht. Für eine kindesgerechte Umsetzung des Abkommens ist jedoch der Einbezug dieser Behörden im Erkenntnisstadium erforderlich.

In verschiedenen angelsächsischen Ländern gehört es zur ständigen Praxis, dass in Kooperation mit den Behörden des bisherigen Aufenthaltsstaates des Kindes Massnahmen getroffen werden, die dem Kind die Rückkehr erleichtern und erträglicher machen lassen.⁷⁹ In gewissen Fällen kann die Rückgabe auch an die Bedingung geknüpft werden, dass diese Behörden solche Massnahmen auch konkret anordnen (“mirror orders”), bevor die Rückgabe entschieden und vollzogen wird. Die Haager Konferenz unterstützt diese Praxis sehr. Die schweizerische Zentralbehörde stellt sich für jede angemessene Hilfe in dieser Richtung zur Verfügung, ohne jedoch bei den Gerichten auf viel Widerhall zu stossen. Eine deutlich unterstützende Stellungnahme der Zentralbehörde würde hier sicher weiterhelfen.

Eine kindesgerechte Anwendung des Übereinkommens und von Art. 13 Abs. 1 lit. b im Besonderen verlangt, dass alle zur Verfügung stehenden Kanäle genutzt werden, um sich ein möglichst realistisches und vollständiges Bild machen zu können über die Folgen der Kindesrückführung. Dies ist ausserdem erforderlich, um die Rückkehr vorzubereiten. Art. 13 Abs. 3 verpflichtet das urteilende Gericht, die von den Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes erhaltenen Auskünfte über die soziale Lage des Kindes zu berücksichtigen. Dieser Verpflichtung ist vermehrt nachzukommen.

Die Gerichtspraxis beachtet wenig, dass es nicht nur der schweizerischen Zentralbehörde, sondern auch den mittelbar mit diesen verbundenen schweizerischen Behörden gemäss Art. 7 lit. h des Übereinkommens obliegt, “durch etwa notwendige und geeignete behördliche Vorkehrungen die sichere Rückgabe des Kindes zu gewährleisten”. Die Schweiz hat sich an der Haager Konferenz dafür verwendet, dass diese Kooperationspflicht deutlicher und besser umgesetzt wird.⁸⁰ Entsprechende Empfehlungen sind von der Konferenz gutgeheissen worden.⁸¹ Damit sollte einhergehen, dass die schweizerischen Gerichte vermehrt dafür Sorge tragen, dass die Rückkehr des Kindes in Zusammenarbeit mit der Zentralbehörde angemessen vorbereitet und vollzogen wird.

⁷⁸ BGE 18.11.2002, 5P.310/2002, Erw. 3.1-3.3, FamPra.ch 2003 Nr. 66 S. 470, SZIER 2003 S. 423; BGE 27.3.2003, 5P.71/2003, Erw. 2.2 und 2.3, FamPra.ch 2003 Nr. 97 S. 716, SZIER 2003 S. 411; BGE 15.10.2004, 5P.354/2004, Erw. 3, SZIER 2005 S. 405.

⁷⁹ Vgl. Paul R. Beaumont/Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, S. 156-172.

⁸⁰ Vgl. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), Annexe II, Document de travail No 20, in: *Guide de bonnes pratiques*, Bd. I, Annexe 1.

⁸¹ Vgl. Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), Ziff. 1.13, in: *Guide de bonnes pratiques*, Bd. I, Annexe 1.

c) *Sanktion des Verhaltens des entführenden Elternteils*

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich darauf festgelegt, dass der Entführer im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b nicht geltend machen kann, 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.⁸² Eine Ausnahme wird nur bei Müttern mit Säuglingen gemacht. In allen andern Fällen wird die Argumentation der Mutter pauschal abgewiesen⁸³ und nicht im Einzelnen nachgeprüft, ob für die Haltung der Mutter nicht objektiv vertretbare Gründe bestehen. Weigere sich die Mutter zurückzukehren, so sei anzunehmen, dass sie ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder stelle⁸⁴, weshalb auch nicht zu berücksichtigen sei, dass eine Rückkehr für die Mutter möglicherweise subjektiv unzumutbar erscheint, zum Beispiel weil sie sich in der Schweiz verheiratet hat.⁸⁵ Dem entführten Kind, das sich gegen die Rückgabe wehrt, ist diese Argumentation allerdings nicht entgegengehalten worden.⁸⁶

Hat die Mutter das Kind in Verletzung des Sorgerechts des Vaters entführt, so hat sie sicher widerrechtlich gehandelt und damit die Anwendung des Übereinkommens veranlasst. Weder Art. 13 Abs. 1 lit. b noch eine andere Bestimmung des Übereinkommens erlaubt hingegen die Folgerung, dass die Mutter aus diesem Grunde nicht auf ihre persönliche Situation hinweisen dürfte, und dass der Richter bei der Beurteilung der Folgen einer Rückkehr des Kindes nicht berücksichtigen soll, dass die Mutter allenfalls überzeugende Gründe hat, die sie an der Rückkehr hindern. Das Übereinkommen verlangt in Art. 13 Abs. 1 lit. b, dass die Frage der Rückkehr des Kindes ausschliesslich im Hinblick auf die vom Kind dabei anzutreffende Situation zu beurteilen ist. Ein allgemeiner und auch im schweizerischen Zivilrecht anerkannter Grundsatz geht dahin, dass das Kindesinteresse nicht am Verhalten seiner Eltern zu messen ist. Das Haager Übereinkommen ist ausschliesslich als Instrument zum Schutz von Kindern bei und vor Entführungen zu verstehen und nicht als Mittel zur Sanktion des Verhaltens des entführenden Elternteils.

3.3 Entführungen durch die Mutter

Die parlamentarischen Vorstösse, die nach einer kindergerechten Anwendung des Abkommens verlangen, sind vor allem als Reaktionen auf die Fälle von Kindern zu verstehen, die von ihren Müttern entführt worden sind. Die bereits erwähnten zehn Urteile des Bundesgerichts betreffen alle Entführungen durch die Mutter. Auch im internationalen Vergleich sind Entführungen durch die Mutter als für die Sorge um das Kind hauptverantwortliche Person klar dominierend (knapp 70%). Das erklärt sich ursächlich vor allem dadurch, dass in einer immer grösser werdenden Zahl von Staaten das Sorgerecht von den Eltern gemeinsam ausgeübt wird, und zwar auch noch nach einer Ehetrennung oder -scheidung. Dies hat zur Folge, dass der eine Elternteil nicht mit dem Kind aus dem Aufenthaltsstaat wegziehen kann, ohne das Einverständnis des andern Elternteils oder des Gerichts erhalten zu haben. Die ständig steigende Zahl von Entführungen durch die Mütter erklärt sich aber auch daraus, dass sich Frauen im Heimatstaat des Mannes niederlassen und

⁸² Vgl. BGE 130 III 530 ff., 534 f.; BGE 11.4.2002, 5P.65/2002, Erw. 4 c/bb, Praxis 2003 Nr. 122, FamPra.ch 2002 Nr. 95 S. 618, SZIER 2003 S. 407.

⁸³ So kategorisch: "Dabei stellt die Trennung zwischen Kind und Mutter ... keinen Ausschlussgrund dar (...); einzig für Säuglinge ist die Frage kontrovers", BGE 27.3.2003, 5P.71/2003, Erw. 2.4.2, FamPra.ch 2003 Nr. 97 S. 716, SZIER 2003 S. 411; BGE 8.6.2004, 5P.156/2004, Erw. 3.3, AJP 2005 S. 109.

⁸⁴ BGE 18.11.2002, 5P.310/2002, Erw. 3.4, FamPra.ch 2003 Nr. 66 S. 470, SZIER 2003 S. 423.

⁸⁵ BGE 27.3.2003, 5P.71/2003, Erw. 2.4.2, FamPra.ch 2003 Nr. 97 S. 716, SZIER 2003 S. 411. Auch eine durch die Entführung provozierte Strafverfolgung der Mutter ist nicht von Bedeutung, da "die mögliche Gefahr für das Kindeswohl durch die Entführung der Kinder erst geschaffen wurde"; BGE 31.1.2003, 5P.263/2002, Erw. 4.2.2.3, FamPra.ch 2003 Nr. 67 S. 476.

⁸⁶ So im australischen Fall W. Das lässt eine gewisse Öffnung erblicken, da das Bundesgericht die in der Antwort auf die Beschwerde der Mutter enthaltene Verurteilung deren Verhaltens nicht auch im Entscheid wiederholt hat, der in der selben Sache die Beschwerde der Kinder beurteilt hat (BGE 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394). Damit scheint erkannt worden zu sein, dass dem Kind das Verhalten der Mutter nicht zum Nachteil gereichen darf.

eine Familie gründen, ohne dort selbst über ein eigenes soziales und wirtschaftliches Bezugsnetz zu verfügen. Bricht die Beziehung auseinander, so stehen der Mutter in jenem Lande oft nur wenige Wege für eine sinnvolle Existenz mit dem Kind offen, währenddem die Rückkehr in das Heimatland eine leichte Integration in den Kreis der Familie und das frühere Lebensumfeld verspricht. Das muss besonders dann gelten, wenn sich die Mutter vor der Gewalt des Partners und Vater des Kindes schützen muss, vor allem wenn von den lokalen Behörden keine Hilfe zu erwarten ist. Vor diesem Hintergrund ist die Kritik am Verhalten des Kindsentführers ins rechte Licht zu rücken.⁸⁷ Die Mutter als Entführerin handelt keineswegs immer aus Eigennutz und um dem andern Elternteil zu schaden, sondern oft auch aufgrund der Hilflosigkeit, ja der Verzweiflung, die sie als faktisch allein erziehende Person in einem fremden Land zu ertragen hat.⁸⁸ Daran darf eine am Kinde orientierte Anwendung des Übereinkommens nicht vorbeisehen.

Eine Entführung und die daran anschliessenden Spannungen und Streitigkeiten stellen für ein Kind eine nicht zu unterschätzende Belastung dar, die über das bei üblichen Ehestreiten zu ertragende Mass deutlich hinausgeht. Das Kind wird in einen Loyalitätskonflikt hineingezogen, der sich in einem konkret fassbaren Streit über den Ort des weiteren Familienlebens einprägsam artikuliert. Die blosse Unsicherheit über den künftigen Aufenthalt, aber erst recht die drohende Rückkehr belasten das psychische Kindesempfinden sehr. Neuere Untersuchungen haben das Verständnis für die dabei vom Kind zu ertragenden traumatischen Wirkungen auf sein psychisches Gleichgewicht deutlich werden lassen.

In den in der jüngsten Zeit besonders kritisch empfundenen Entführungssituationen ist es jeweils der Mutter nicht möglich gewesen oder es ist ihr ausserordentlich schwer gefallen, mit dem Kind in den Staat des bisherigen Wohnorts zurückzukehren. In einer solchen Situation ergibt sich für das Kind eine erst recht erhöhte Belastung, wenn der Entscheid über seine Rückkehr zur Folge haben sollte, dass es sich von seiner Mutter trennen muss und im Herkunftsstaat künftig beim (an sich nicht primär Sorgeberechtigten) Vater oder bei Dritten untergebracht wird.⁸⁹ Solchen tragischen Situation darf nicht mit dem Argument begegnet werden, dass das Kind damit lediglich die Folgen des Fehlverhaltens der Mutter zu tragen habe. Das Kind hat Anspruch darauf, dass es unabhängig vom Unrechtsgehalt des Verhaltens seiner Mutter nicht in eine Lage gebracht wird, die sein Wohl schwerwiegend beeinträchtigt und die Grenzen des für ein Kind Erträglichen überschreitet. Hierin liegt auch der wahre Sinn des Übereinkommens und von Art. 13 Abs. 1 lit. b.⁹⁰

⁸⁷ So meint der Rapport explicatif von E. Pérez-Vera : "... même dans l'optique choisie, il fallait admettre que le déplacement d'un enfant peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche", Actes et documents de la 14^e session 1980, La Haye 1982, S. 425-473 (432 Nr. 25).

⁸⁸ Vgl. dazu auch die Begründung der Motion Leuthard vom 8. Mai 2003 (03.3235 – Kindeswohl und Haager Übereinkommen). In ihrem an die Kommission gerichteten Bericht führt die Schweizerische Stiftung des Internationalen Sozialdienstes dazu aus: "De manière générale, on peut comprendre les *réticences du parent enleveur à retourner dans l'Etat de la résidence habituelle*. En effet, le risque est grand de se retrouver face à des poursuites pénales, des mauvais traitements conjugaux, des difficultés d'intégration, des pressions familiales ou une perte de contact avec l'enfant. A ce titre, il s'agirait de s'éloigner de la conception selon laquelle c'est à l'auteur de l'enlèvement seul de supporter les conséquences de son comportement répréhensible – chose au demeurant tout à fait fautive, la victime de l'enlèvement selon la Convention étant l'enfant – pour concentrer ses efforts sur la mise en place des conditions de retour." (S. 22)

⁸⁹ Vgl. auch Katja Schweppe, Kindesentführungen und Kindesinteressen, Münster 2001, S. 167-175, 182; Bem. Bucher, SZIER 2003 S. 415-417.

⁹⁰ In seinem Urteil Nr. 10577 vom 4. Juli 2003 hat der italienische Kassationshof die Rückgabe der von der Mutter nach Italien entführten Kinder abgelehnt, weil die Weigerung der Mutter, nach Israel zurückzukehren, für die Kinder im Falle einer Rückführung ein untragbares psychisches Trauma zur Folge hätte, und weil deren Interessen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention allein auf der Grundlage der Auswirkungen in der Person der Kinder zu beurteilen sind, unabhängig vom Verhalten der Eltern (vgl. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004 S. 665).

In dieser Hinsicht ist die schweizerische Praxis bei der Beurteilung von Art. 13 Abs. 1 lit. b anzupassen.

3.4 Kindesgerechte Anwendung des Übereinkommens

Die Kommission legt verschiedene Vorschläge vor, die es der künftigen Praxis erlauben sollten, das Abkommen besser auf die besondere Situation des Kindes auszurichten und damit insbesondere die Bestimmung von Art. 13 Abs. 1 lit. b in einer Weise anzuwenden, die auf das Kindeswohl Rücksicht nimmt und damit dem in der Präambel an erster Stelle genannten tragenden Gedanken des Übereinkommens entspricht. Dabei geht es zum einen um die Ausgestaltung des Verfahrens und zum andern um die sachliche Bewertung der für die Rückgabe massgebenden Kriterien.

a) *Anhörung der Beteiligten und Beizug von Fachpersonen*

Die systematische Anhörung entführter *Kinder* im Verfahren ist ebenso wie im Rahmen von Art. 144 Abs. 2 und 314 Ziff. 1 ZGB zu gewährleisten. Es erweist sich als sinnvoll, dafür gleich wie im Scheidungs- und Massnahmenrecht eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Die Grundlage im Völkerecht findet sich dazu in Art. 12 KKK. Das Kind soll auch bei den Vermittlungs- oder Mediationsbemühungen auf eine seinem Alter entsprechende Art und Weise beigezogen werden.

Beide *Eltern* sollen wenn immer möglich sowohl am Vermittlungs- oder Mediationsverfahren, wie später am Erkenntnisverfahren teilnehmen. Die Erfahrung zeigt, dass sich dank dem persönlichen Kontakt Spannungen abbauen und gar einvernehmliche Lösungen finden lassen. Dafür lohnt es sich, den besten Willen und alle möglichst verfügbaren Mittel einzusetzen. Ein absolutes Gebot lässt sich indessen nicht errichten, da es Fälle geben kann, bei denen der in der Ferne lebende Geschuchsteller grossen Schwierigkeiten gegenübersteht, um die nötigen finanziellen Mittel und die Zeit zu finden, um in die Schweiz zu reisen. Indessen sollte nichts unversucht gelassen werden, um finanzielle Engpässe zu überwinden und um die erforderlichen Anhörungen und Konsultationen auf eine kurze Zeitperiode zusammenzufassen. Der Erfolg einer einvernehmlichen Regelung lohnt einen solchen Aufwand. Darüber hinaus hilft die Anhörung der Beteiligten bei der Sachverhaltsermittlung und der Vorbereitung einer allenfalls zu beschliessenden Rückführung. In diesem Rahmen kann es auch möglich sein, die von der Mutter geäusserten Befürchtungen in Bezug auf die Rückkehr in den Herkunftsstaat in die Entscheidung einzubeziehen und wenn möglich durch geeignete Massnahmen in jenem Staat zu überwinden.⁹¹

In jedem Verfahrensstadium soll es möglich sein, nicht-juristische *Fachpersonen* beizuziehen, deren Anforderungsprofil und Verfügbarkeit bereits vorher geprüft worden sind. Solche Fachpersonen können bereits angerufen werden, wenn das Gesuch noch bei der Zentralbehörde liegt und diese Hoffnung hat, dass sich der Konflikt ohne prozessuale Schritte beilegen lassen könnte. Solche Fachleute sollen aber auch den Gerichten in jedem Schritt des Verfahrens und insbesondere zur Beurteilung der Meinungsäusserung des Kindes zur Verfügung stehen.

Fachpersonen sind im Weiteren für die Führung von Vermittlungs- und Mediationsverfahren heranzuziehen. Solche Bemühungen dürfen nur ausgebildetem Personal anvertraut werden. Im Bereich der Kindesentführungen gilt dies ganz besonders, sind doch in solchen Fällen nicht nur Rechts- und Sprachkenntnisse sondern auch Kenntnisse im Bereich der Human- und Sozialwissenschaften und über die kulturelle Herkunft der betroffenen Familienmitglieder verlangt.

Als Anlaufstelle und Vermittler von Experten und andern fachlich geschulten Beratern soll in erster Linie das auf Vorschlag der Kommission zu bildende *Netzwerk* von Fachpersonen und Institutionen dienen.

⁹¹ Vgl. Niccolò Raselli, Suisse, in: Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite, La lettre des Juges, printemps 2004, S. 48-52 (51).

b) *Kindesgerechte Anwendung von Artikel 13, Absatz 1, Buchstabe b)*

Die Frage, ob die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt, kann nur angemessen beantwortet werden, wenn die *Beziehung des Kindes zu beiden Eltern* beachtet wird. Die Auswirkungen der Rückkehr müssen zum einen im Hinblick auf die Beziehung zum Antragstellenden Elternteil beurteilt werden. Sie müssen aber zum andern auch das Verhältnis des Kindes zum entführenden Elternteil mit einschliessen, unabhängig vom Unrechtsgehalt der Entführung, für die das Kind nicht verantwortlich ist.

Die Abwägung des Verhaltens und der Situation des entführenden Elternteils darf bei der Beurteilung der Folgen einer Rückgabe des Kindes nicht ausser Acht gelassen werden. Die Haltung dieses Elternteils wirkt sich notwendigerweise auf die Situation des Kindes aus. Sie muss berücksichtigt werden, wenn zu entscheiden ist, ob eine Rückgabe des Kindes dieses in eine unzumutbare Lage versetzt. Als erschwerender Faktor sind dabei diejenigen Situationen zu betrachten, in denen der Entführer nicht mit dem Kind in den Herkunftsstaat zurückkehren kann oder dies vernünftigerweise nicht von ihm erwartet werden kann. In fast allen kritischen Fällen handelt es sich dabei um die Mutter als die für das Kind wichtigste Bezugsperson.

Ergibt sich bei der Prüfung des Gesuches um die Rückgabe des Kindes, dass der *antragstellende Elternteil* zumindest vorübergehend für die Aufnahme des Kindes geeignet ist, so besteht in der Regel kein Raum für das Argument, die Rückkehr könnte das Kind in eine unzumutbare Lage bringen. Alsdann muss das Kind auch eine Trennung vom entführenden Elternteil ertragen, wenn dieser daran festhält, das Kind bei der Rückkehr nicht zu begleiten.

Klärungsbedarf besteht jedoch in denjenigen Fällen, in denen die Rückkehr in die Obhut des antragstellenden Elternteils im Herkunftsstaat auch nur vorübergehend nicht in Frage kommt, da sie für das Kind schädlich oder unzumutbar ist. Wie erwähnt erlauben die Möglichkeiten der Kooperation mit den Behörden des Herkunftsstaates genauer abzuklären, ob eine solche Gefahr besteht und ob die dort getroffenen Massnahmen genügen könnten, um eine solche Gefahr abzuwenden. Unkooperatives Verhalten ist zumindest nicht geeignet, das Vertrauen in diese Behörden als Kinderschutzbehörden zu stärken.

Muss das mit dem Gesuch befasste Gericht davon ausgehen, dass der entführende Elternteil, in der Regel die Mutter, das Kind bei der Rückgabe nicht begleiten kann oder dass deren Rückkehr vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, so stellt sich die Frage, ob die *Trennung von beiden Eltern*, einschliesslich der Mutter, und die Platzierung bei Dritten das Kind nicht in eine schädigende und damit unzumutbare Situation bringt. Die Trennung des Kindes von seiner Mutter muss in der Regel als schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohls bewertet werden, wenn die Mutter für das Kind die primäre Bezugsperson ist und wenn überdies das Verhältnis zum Vater es nicht erlaubt, dass dieser das Kind bei der Rückgabe in seine Obhut nimmt. Eine *Fremdplatzierung* des Kindes, welche die regelmässige Beziehung zu beiden Eltern abbricht, darf nur höchst ausnahmsweise in Frage kommen. Sinn und Zweck des Übereinkommens können nicht so verstanden werden, dass das Kind auch in einer solchen Situation dafür herhalten muss, dass die grundsätzliche Zuständigkeit der Behörden des Herkunftsstaats zur Regelung des Sorgerechtsstreits gesichert bleibt. Eine solche Situation ist für das Kind unzumutbar, denn sie verletzt offensichtlich das Kindeswohl und muss somit von dem mit dem Rückgabegesuch befassten Gericht geprüft werden. Da dies nach der gegenwärtigen Praxis nicht gesichert ist, drängt sich eine Verdeutlichung durch den Gesetzgeber auf.

Eine andere Kategorie von kritischen Fällen sind diejenigen, in denen die Mutter nötigenfalls zur Rückkehr veranlasst werden könnte, wenn die Rückgabe des Kindes angeordnet wird. In einem solchen Fall wird nach der heutigen Praxis die Rückkehr des Kindes angeordnet, ohne dass die das Gesuch ablehnenden Parteien mit dem Argument gehört würden, dass ein solcher Entscheid keinen Sinn macht, wenn es offensichtlich ist, dass *der für die Entführung verantwortliche Elternteil*

auch der primär die Sorge zum Kind tragende Elternteil ist. Die praktische Folge einer Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat besteht in solchen Fällen regelmässig darin, dass das Kind und die Eltern dort die endgültige Regelung des Sorgerechts abwarten müssen, um im Anschluss an die zu erwartende Zuspreehung des Kindes an die Mutter und die ergänzende Regelung des Besuchsrechts des Vaters wieder in die Schweiz zurückzukehren. Ein solches Hin und Her macht für die Beteiligten wenig Sinn und stützt sich allein auf die Idee, dass das Haager Übereinkommen strikt nach einer Wiederherstellung des “*statu quo*” verlange.

Richtigerweise sollte eine Rückkehr des Kindes in den Herkunftsstaat nur dann angeordnet werden, wenn das Kind dort mit dem primär die Sorge tragenden Elternteil unter Verhältnissen leben kann, die seinem Wohl angemessen sind und die auch für diesen Elternteil vernünftigerweise tragbar sind. Erfolgt die Rückkehr so, dass Mutter und Kind vom Vater getrennt leben und dass es für beide auch sonst an einem sozialen und wirtschaftlichen Umfeld fehlt, so erweist sich eine solche Situation für beide als kaum ertragbar, zumal sie auch sinnlos ist, wenn der Vater die Übernahme des Sorge- und Beherbergungsrechts nicht beansprucht oder dazu offensichtlich nicht geeignet ist. Dabei muss auch beachtet werden, dass sich die Probleme und die psychische Belastung, welche der entführende Elternteil bei einer Rückkehr antrifft, auch auf das Kind übertragen und auf diese Weise dessen persönliches Gleichgewicht beeinträchtigen.

Das Bundesgericht hat in einem neueren, die Vollstreckung eines Rückgabeurteils betreffenden Entscheid festgestellt, dass die Rückführung keinen Sinn mehr macht, wenn die Behörden des Staates des früheren gewöhnlichen Aufenthalts bereits entschieden haben, dass dem entführenden Elternteil die Obhut über das Kind anzuvertrauen ist.⁹² Richtigerweise sollte jedoch in gleichem Sinne entschieden werden, wenn die Umstände des Falles deutlich zeigen, dass das Kind dem Gesuchsteller im Herkunftsstaat nicht anvertraut werden kann und dass mit grosser Wahrscheinlichkeit die entführende Mutter das volle Sorgerecht erhalten wird. Lässt sich eine solche Situation durch das schweizerische Gericht, in Kooperation mit den Behörden des Herkunftsstaates, als höchst wahrscheinlich erkennen, dann macht die Rückführung des Kindes offensichtlich keinen Sinn.

Es ist heute international allgemein anerkannt, dass das Übereinkommen nicht das geeignete Instrument darstellt, wenn der Gesuchsteller im wesentlichen die Rückführung des Kindes verlangt, um sein *Besuchsrecht* zu sichern und neu zu regeln, ohne dass er auch die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Verantwortung für die Betreuung des Kindes anstrebt. In diesen Situationen ist Art. 13 Abs. 1 lit. b in einer Weise anzuwenden, die das Kindeswohl nicht unnötig und schwerwiegend beeinträchtigt. Diese Situation sollte gleich behandelt werden wie diejenige, bei der die Aufnahme des Kindes in den Haushalt des das Gesuch um Rückgabe stellenden Vaters nicht in Frage kommt. Denn in beiden Fällen ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesuchsteller das Sorge- und Beherbergungsrecht auf Dauer erhalten wird. Die Rückgabe könnte in einem solchen Fall nur einen Sinn haben, wenn von der Mutter vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie die Rückkehr in den Herkunftsstaat in Begleitung des Kindes auf sich nimmt. In den andern Fällen stellt die Rückgabe für das Kind eine offensichtlich zu grosse Belastung dar. Die Interessen des Gesuchstellers sind in solchen Fällen durch eine angemessene Regelung des Rechts auf persönliche Beziehungen zum Kind zu regeln.

c) *Zusammenarbeit mit den Behörden des Herkunftsstaates*

In diesem Zusammenhang erweist es sich als ausserordentlich wichtig, dass die Umstände einer allenfalls angeordneten Rückkehr des Kindes und des Entführers mit der notwendigen Sorgfalt abgeklärt werden, bevor die Rückkehr gerichtlich beschlossen wird. Die von der Kommission befürwortete Zusammenarbeit mit den Behörden des Herkunftsstaates und insbesondere die Möglichkeit, diese Behörden zu veranlassen, die angemessenen flankierenden Massnahmen anzuordnen, bevor die Rückgabe in der Schweiz entschieden wird, stellt ein wichtiges Instrument dar, um die Rückgabe sowohl für das Kind wie für die Mutter ertragbar zu machen.

⁹² BGE 130 III 530 ff., 534.

So kann sehr wohl der Fall eintreten, dass die Vorbereitung der Rückkehr des Kindes und die Bereitschaft der lokalen Behörden, unterstützend einzugreifen, den Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b hinfällig werden lassen.⁹³ Andererseits kann die fehlende Hilfsbereitschaft seitens des Gesuchstellers und der angesprochenen Behörden das schweizerische Gericht zum Entschluss bringen, dass dem Kind die Rückkehr nicht zugemutet werden kann. Eine nicht oder nur ungenügend vorbereitete Rückkehr kann das Kind in eine ebenso schwer zu ertragende Situation bringen wie die Entführung selbst. Die Trennung vom entführenden Elternteil, die fehlende Disponibilität des Elternteils im Herkunftsstaat, das Kind zu beherbergen und zu betreuen (inklusive Wohnung und Unterhalt), und die mangelhafte Aufnahmebereitschaft der lokalen Sozialdienste und Schulbehörden sind alles Faktoren, die das Kindeswohl schwerwiegend beeinträchtigen können. Daran dürfen die schweizerischen Behörden und Gerichte nicht vorbeisehen.

3.5 Die Frage der Beweislast

Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens sieht vor, dass die für die angeführten Verweigerungsgründe relevanten Umstände von der Partei "nachzuweisen" sind, die sich der Rückgabe widersetzt. Es ist offensichtlich, dass eine nicht geringe Zahl von Elementen des Sachverhalts, die für die Beurteilung der Frage, ob das Kind bei der Rückkehr in eine unzumutbare Situation geraten könnte, wesentlich sind, weder vom entführenden Elternteil noch vom Kind bzw. dessen Beistand zur Kenntnis des Gerichts gebracht werden können. Diesem Umstand trägt bereits Art. 13 selbst Rechnung, ist doch in Absatz 3 vorgesehen, dass das Gericht die Auskünfte über die soziale Lage des Kindes zu berücksichtigen hat, die von den Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zu erhalten sind. Die Zentralbehörden sind gehalten, den Austausch solcher Informationen zu gewährleisten (Art. 7 Abs. 2 lit. d).⁹⁴ Auch die allgemein und von der Haager Konferenz sehr geförderte Praxis der Kooperation mit diesen Behörden hält sich nicht an ein strenges Verständnis der Pflicht der opponierenden Partei, die für einen Verweigerungsgrund tragenden Elemente des Sachverhalts "nachzuweisen".

Die in Art. 13 Abs. 1 angeführte Nachweispflicht ist deshalb nicht im Sinne einer Beweisführungslast, sondern als eine Regel über die objektive Beweislast zu verstehen. Die sich der Rückgabe widersetzende Partei muss die Folge einer allenfalls eintretenden Beweislosigkeit tragen. Das bedeutet aber nicht, dass sie auch die Pflicht trifft, alle für den Entscheid wesentlichen Tatsachen selbst nachzuweisen. Das Gericht muss über alle wesentlichen Informationen verfügen, die es ihm erlauben, mit Überzeugung die Frage zu beantworten, ob dem Kind bei der Rückgabe eine unzumutbare Lage im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b droht oder nicht. Die Zusammenarbeit mit den Parteien ist dafür sicher sehr wichtig. Für die Parteien gilt eine *Mitwirkungspflicht* bei der Ermittlung der relevanten Tatsachen.⁹⁵ Wie Art. 13 Abs. 3 zeigt, obliegt es auch dem Gericht, aus eigenem Antrieb den Sachverhalt mit Informationen ergänzen, die für die kindesgerechte Beurteilung der zentralen Bestimmung von Art. 13 Abs. 1 lit. b wichtig sind. Eine auch in nur engen Grenzen am Kindeswohl ausgerichtete Anwendung dieser Bestimmung kann nur möglich sein, wenn die

⁹³ In der Europäischen Union gilt, dass dann, wenn angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten, diese angeordnet werden muss, ohne dass noch Platz für den Verweigerungsgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b bleibt (vgl. Art. 11 Abs. 4 der Verordnung Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, A-BEU 2003 L 338/1). Diese sehr strikte Regelung geht für die Schweiz zu weit und kann nicht auf diese Weise im Verhältnis zu Staaten verallgemeinert werden, die über kein so wirksames System der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Kindessachen verfügt, wie dies in der EU der Fall ist.

⁹⁴ Den in Art. 13 Abs. 3 erwähnten Bericht kann die Zentralbehörde bereits anfordern, wenn sie von der Entführung Kenntnis erhält und es absehbar ist, dass sich der Streitfall nicht sehr bald beilegen lässt. Einer gerichtlichen Anordnung braucht es dafür nicht.

⁹⁵ So ausdrücklich § 38 Abs. 3 des deutschen Gesetzes zum internationalen Familienrecht vom 26. Januar 2005 (BGBl 2005 I S. 162): "Die Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und Beschleunigung des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht."

Behörde *von Amtes wegen* Abklärungen betreffend die tatsächlichen Elemente des Kindeswohls trifft, statt diese Verantwortung allein den Eltern zu überbinden. Das muss auch für die im Postulat Vermot-Mangold aufgeworfene Frage betreffend Kindsmisshandlung oder sexuellen 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.

3.6 Vorschlag

Die Kommission schlägt vor, dass eine dem Kindeswohl eher gerecht werdende Auslegung von Art. 13 Abs. 1 lit. b des Haager Übereinkommens von 1980 darin besteht, dass diese Bestimmung so verstanden wird, dass sie die Feststellung erlaubt, die Rückgabe bringe das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage, wenn die Unterbringung bei dem den Antrag stellenden Elternteil oder bei Dritten im Herkunftsstaat offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht und der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht mit dem Kind zurückkehren kann oder dies ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann.

Eine solche kindesgerechte Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. b steht mit dieser Bestimmung nicht im Widerspruch. Sie verdeutlicht den Sinn und Zweck dieser Norm im Lichte des Kindeswohls und für die heute überwiegende Zahl von Fällen der Entführung durch den die Sorge hauptverantwortlich tragenden Elternteil (in der Regel die Mutter).

An sich wäre es vorzuziehen, wenn das Übereinkommen auf diese Weise in seinem Wortlaut ergänzt und in seinem Sinn verdeutlicht würde. Ein entsprechender Vorschlag liesse sich von der Schweiz an der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht vorlegen (vgl. Teil III dieses Berichts). Bis einem solchen Vorstoss Erfolg beschieden ist, wird es allerdings noch mehrere Jahre dauern. Bis dahin besteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber und die schweizerische Rechtspraxis.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regel (Art. 12 des Entwurfs der Kommission) soll die Bedeutung von Art. 13 Abs. 1 lit. b des Haager Übereinkommens für eine bestimmte Fallsituation klären. Der Umstand, dass es sich bei dieser Bestimmung des Abkommens um eine direkt anwendbare Rechtsnorm handelt, ist kein Hinderungsgrund für eine ergänzende gesetzgeberische Normierung. Das schweizerische Recht kennt andere Beispiele solcher Art, insbesondere betreffend das Anhörungsrecht des Kindes.⁹⁶ Art. 13 Abs. 1 lit. b richtet sich sowohl an den Gesetzgeber wie an die Gerichte. Er steht einer Verdeutlichung durch den Gesetzgeber nicht entgegen, insbesondere wenn es dadurch gelingt, die Rechtsprechung mit Sinn und Zweck der staatsvertraglichen Norm in Einklang zu bringen.

Dieser Vorschlag bringt eine für die schweizerische Praxis willkommene Klarstellung für besonders kritische Fälle. Damit bleibt die Schweiz auf der Linie des Grundsatzes der Rückführung entführter Kinder im Sinne des Übereinkommens. Im Übrigen wird Art. 13 Abs. 1 lit. b in den verschiedenen Vertragsstaaten recht unterschiedlich gehandhabt, weshalb die Schweiz unter dem Gesichtspunkt der Reziprozität nichts zu befürchten hat. Statistische Unterlagen von bemerkens-

⁹⁶ Die Art. 144 Abs. 2 und 314 Ziff. 1 ZGB konkretisieren den Inhalt von Art. 12 KRK, der seinerseits vom Bundesgericht als inhaltlich hinreichend bestimmt und klar und damit direkt anwendbar beurteilt worden ist (BGE 124 III 90 ff., 92). Für andere Beispiele vgl. Art. 1(A) Ziff. 2 des Genfer Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (SR 0.142.30) und Art. 3 des Asylgesetzes (Fassung vom 26.6.1998, SR 142.31) über den Flüchtlingsbegriff, sowie Art. II des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) im Vergleich mit Art. 7 und 178 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291) betreffend die formelle Gültigkeit und die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen.

wertere Aussagekraft gibt es kaum. Eine auch heute noch zitierte globale Untersuchung aus dem Jahre 1999 zeigt, dass von damals fast tausend Kindesentführungen 50% mit der Rückkehr des Kindes endeten. Von denjenigen, die von den Gerichten zu entscheiden waren (etwas über 40%), endeten etwa drei Viertel mit einem Rückgabebeschluss und ein Viertel mit der Ablehnung des Gesuchs, wobei zwischen einzelnen Staaten deutliche Unterschiede bestehen (im Jahre 1999 z.B. 84% gerichtlich angeordnete Rückführungen in England, aber nur 50% in Deutschland).⁹⁷ Auch in dieser Hinsicht hat der Vorschlag der Kommission nicht zur Folge, dass die Schweiz in ihrer Handhabung des Abkommens auf Kritik stossen könnte.

4. Beachtung des Willens des die Rückgabe verweigernden Kindes

Gemäss Art. 13 Abs. 2 kann die Rückgabe abgelehnt werden, “wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen”. Die Rechtsprechung sieht die massgebende Altersgrenze bei ungefähr 10 Jahren.⁹⁸ Diese Regel darf nicht mit dem blossen Recht auf Anhörung verwechselt werden. Bei Art. 13 Abs. 2 geht es darum, ob der Kindeswille ausreicht, um das Rückgabegesuch abzulehnen.

Die Kommission hält diese Bestimmung für sinnvoll und nicht der Korrektur bedürftig. Hingegen hat sich jüngst ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Klarstellung der Bedeutung des Kindeswillens ergeben, seit das Bundesgericht in einem neuen Fall entschieden hat, dass Kinder nicht über die erforderliche Reife verfügten, wenn sich ihre Willensäusserung, nicht in den bisherigen Aufenthaltsstaat (Spanien) zurückzukehren, auf Umstände wie ihre enge Beziehung zur Mutter, die schwierigen Lebensbedingungen in diesem Staat und die gute Aufnahme in der neuen Umgebung und bei den Grosseltern in der Schweiz stützen. In einer solchen Situation könne von einer freien Willensbildung keine Rede sein und dies in einem Fall, in dem ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Mutter auf die Kinder im Hinblick auf deren Befragung nicht unmittelbar eingewirkt habe, und dass die Vorinstanzen festgestellt hätten, dass die Kinder ihren Willen ernsthaft und nachvollziehbar geäussert haben, nicht nach Spanien zurückkehren zu müssen.⁹⁹

Eine solche Beurteilung des Kindeswillens entzieht dem Art. 13 Abs. 2 des Übereinkommens jeden Sinn und findet auch im Wortlaut dieser Norm keine Grundlage. Es kann ja nur als völlig normal zu verstehen sein, dass die Kinder gemäss dem Erlebten und den aktuellen Lebensumständen reagieren und entsprechend ihre Meinung äussern.¹⁰⁰ Eine gesetzliche Klarstellung drängt sich deshalb auf, damit Art. 13 Abs. 2 des Übereinkommens es wie bisher erlaubt, dem Willen von Kindern, die sich ihrer Rücksendung widersetzen, Rechnung zu tragen.¹⁰¹ Es soll entsprechend dem klaren Sinn und Zweck auch für die Schweiz klargestellt sein, dass die Meinung des Kindes auch dann zu beachten ist, wenn sie sich auf die Umstände der Entführung und die Aufnahme in

⁹⁷ Vgl. Nigel Lowe, In The Best Interest of the Child?, Handling The Problem of International Parental Child Abduction, in: Internationaler Kinderschutz, hrsg. von Thilo Marauhn, Tübingen 2005, S. 73-95 (89-93).

⁹⁸ Vgl. BGE 131 III 334 ff., 340.

⁹⁹ BGE 131 III 334 ff., 341-343. Für den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern vom 11. November 2004, vgl. LGVE 2004 I Nr. 1 S. 1 ff.

¹⁰⁰ Es ist überdies die Ansicht vertreten worden, dass es Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens dem Gericht verbiete, auch insofern den Willen des Kindes zu berücksichtigen, als das Kind aussagt, dass es sich auf die neue Umgebung gut eingelebt habe (BGE 131 III 334 ff., 338, 343). Das Abkommen lässt keinerlei Zweifel darüber aufkommen, dass diese Bestimmung mit Art. 13 Abs. 2 nichts zu tun hat. Die Bedeutung des Kindeswillens ist im Abkommen in keiner Weise eingeschränkt, und dies schon gar nicht durch Art. 12 Abs. 2, dessen Anwendbarkeit davon abhängt, ob der Gesuchsteller innerhalb der Jahresfrist gehandelt hat oder nicht. Es ist ohne weiteres einsehbar, dass die Bedeutung des Kindeswillens kraft Art. 13 Abs. 2 nicht davon abhängen kann, ob der Gesuchsteller fristgemäss gehandelt hat oder nicht.

¹⁰¹ Vgl. beispielshalber den Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts von St.Gallen (SZIER 2001 S. 246, GVP-SG 1999 Nr. 79 S. 183).

der Schweiz stützt, jedoch unter Vorbehalt der unmittelbaren Einflussnahme durch den Elternteil, der sich der Rückgabe widersetzt.

5. Vollstreckung des Rückgabeentscheids

5.1 Wirksame Anordnung der Vollstreckung

In den letzten Jahren sind in der Schweiz verschiedene Rückführungsverfahren deshalb unnötig in die Länge gezogen worden, weil es den Beteiligten gelang, als Folge eines Wechsels des Wohnsitzes in einen andern Kanton vor dem Gericht des neuen Kantons ein Verfahren über die Vollstreckung anzustrengen und dort zu einem Urteil zu gelangen, das im Ergebnis den Rückführungsentscheid jede Wirkung entzog. Zumeist ist dies auch deshalb möglich geworden, weil der Rückgabeentscheid keine Angaben über die Modalitäten der Vollstreckung vorgesehen hatte, so dass darüber relativ leicht ein neuer Streitfall vor die Gerichte getragen werden könnte. Es handelt sich hier um Missstände, denen möglichst bald abgeholfen werden soll.

Die Praxis hat bis jetzt nur in Einzelfällen den Rat befolgt, dass die *Vollzugsmodalitäten* bereits im Rückgabebeschluss enthalten sein sollen, soweit diese Fragen vom Gericht geregelt werden können.¹⁰² Vorlagen dazu sind bekannt.¹⁰³ Eine gesetzliche Regel soll diese für eine beschleunigte Regelung von Entführungsfällen sehr wichtige Lösung allgemein verankern.¹⁰⁴

Die Wirksamkeit von Rückgabeurteilen *in andern Kantonen*, insbesondere in Fällen von Wohnsitzwechseln, kann auch deshalb problematisch werden, weil die Vollstreckung solcher Urteile in einem andern Kanton nicht automatisch erfolgt, sondern zunächst ein besonderes Gerichtsverfahren voraussetzt, das zu einer Neuurteilung der Rückgabefrage Anlass geben kann. Solange die neue Schweizerische Zivilprozessordnung aussteht¹⁰⁵, sollte der Gesetzgeber vorsehen, dass kantonale Urteile über Kindesrückführungen in allen andern schweizerischen Kantonen vollstreckbar sind.

5.2 Vollzug der Vollstreckung

In einzelnen seltenen Fällen ist in den letzten Jahren der Vollzug der Vollstreckung eines Rückgabeentscheids am starken Widerstand der Mutter und zum Teil auch des Kindes gescheitert, oder zumindest deutlich verzögert worden.

Grundsätzlich kann der Vollzug der Vollstreckung auch den Einsatz von *Zwang* beinhalten. Wenn die Vollstreckung jedes Mal am physischen Widerstand der Betroffenen scheitern würde, so wäre der Rückgabeentscheid wirkungslos und das Übereinkommen letztlich ohne Sinn.

Indessen haben die Vollzugsbehörden gleichwohl als Grenze zu beachten, dass dem Kind kein Leid angetan werden darf, das dessen physisches und psychisches Gleichgewicht ernsthaft beein-

¹⁰² BGE 130 III 530 ff., 532 f., befürwortet eine solche Regelung, die in die kantonale Vollstreckungskompetenz falle.

¹⁰³ Vgl. Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 S. 1325-1339 (1338); Sonja Hauser/David Urwyler, Kindesentführungen, in: Rechtshilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs, Bern 2004, S. 55-80 (76 f.).

¹⁰⁴ So auch Art. 305 Ziff. 1 des Entwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (Stand: September 2005).

¹⁰⁵ Vgl. Art. 340 des Entwurfs (Stand: September 2005).

trächtig.¹⁰⁶ Es gilt auch hier der in Art. 13 Abs. 1 lit. b enthaltene Leitsatz, dass das Kind nicht einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens ausgesetzt werden darf oder dass die Vollstreckung auf eine andere Weise für das Kind unzumutbar ist. Traumatische, *auf Dauer das Kind schwer belastende Vollzugshandlungen* dürfen nicht ergriffen werden.¹⁰⁷ Das betrifft etwa die Ausübung von Zwang auf die Person des Kindes (wie Schläge oder andere körperliche Züchtigung, zwangsweises Einschliessen), die Verweigerung des Abschiednehmens vom in der Schweiz zurückbleibenden Elternteil¹⁰⁸, die fehlende Betreuung und Begleitung durch im Umgang mit derart belastenden Extremsituationen kinderpsychologisch geschultes Personal. Der Massstab des Kindeswohls wird aber auch in übertriebenem Masse strapaziert, wenn das Kind seinem Umfeld in einer Weise entrissen wird, für die gar kein echtes Interesse besteht, wie dann, wenn das Kind kurz vor dem Ende des Schuljahres aus der Schule genommen wird¹⁰⁹ oder wenn dem Kind das Recht auf Kontakt zu seiner Mutter über längere Zeit entzogen wird, obwohl es möglich wäre, dass beide unter behördlicher Überwachung gemeinsam leben könnten. Das Kindeswohl muss auch in diesen äusserst schwierigen Situationen als Richtschnur gelten.

Die Vorbereitung und der Vollzug der Vollstreckung betrifft eine Extremsituation, die wenn immer möglich dank der *freiwilligen Mitwirkung der Eltern* vermieden werden sollte. Auch wenn vor und während des Gerichtsverfahrens Vermittlungs- und Mediationsversuche gescheitert sind, so lehrt die praktische Erfahrung doch, dass manchmal die Eltern dann doch noch nach dem Erlass des Rückgabeentscheids einander näher kommen und eine ihren Interessen und dem Kindeswohl entsprechende Lösung finden. Auch die Vollzugsbehörde sollte nichts unversucht lassen, um den Streitfall auf diesem Wege zu einem Ende zu bringen. Eine gesetzliche Klarstellung hat in diesem Punkt den Vorteil, dass sich die Vollzugsbehörde nicht vorwerfen lassen muss, sie verzögere den Vollzug der Rückkehr. Bestehen Chancen für eine gütliche Regelung, so ist dieses Vorgehen mit Sicherheit der bessere Weg im Hinblick auf das Kindeswohl, als derjenige, der möglicherweise zur Anwendung von Zwangsmassnahmen führt. Auch im Hinblick auf die Kosten ist eine Rückführung durch einen Elternteil wesentlich vorteilhafter.

5.3 Neuüberprüfung und Abänderung des Rückgabeentscheids

Der Entscheid, mit dem die Rückgabe eines entführten Kindes angeordnet wird, hat keinen definitiven Charakter und ist in verschiedener Hinsicht mit einer Kinderschutzmassnahme vergleichbar.¹¹⁰ Erfolgt keine unmittelbare (freiwillige oder erzwungene) Vollstreckung, so kann mit der Zeit eine Situation entstehen, die danach verlangt, dass die Rückgabeproblematik und die entsprechenden Verweigerungsgründe neu überprüft werden. Das muss mit Sicherheit dann geschehen, wenn das Kind in der Zwischenzeit ein Alter und eine Reife erreicht hat, die es als zwingend erscheinen lassen, dass im Sinne von Art. 13 Abs. 2 des Übereinkommens nunmehr seiner Weigerung der Rückkehr Rechnung zu tragen ist. Neuere, auch in den Medien verbreitete Fälle haben Anlass dazu gegeben, dass im Einzelfall die Frage der Rückgabe des Kindes neu aufgerollt worden ist.

¹⁰⁶ “Geht es um die Vollstreckung eines Entscheides, der den Aufenthaltsort eines Kindes betrifft, so darf der Vollstreckungsrichter die Exekution des Sachurteils nicht unbekümmert um mögliche Auswirkungen auf das Kindeswohl anordnen.” (BGE 13.9.2001, 5P.160/2001, Erw. 4 b/aa, AJP 2002 S. 471, SZIER 2002 S. 299.

¹⁰⁷ Die (als Postulat überwiesene) Motion Vermot-Mangold vom 7. Mai 2003 (03.3214 - Haager Übereinkommen über internationale Kindesentführungen, Schutz der Kinder) verlangt, dass der Vollzug so zu gestalten sei, dass das Kind nicht zusätzlich traumatisiert wird.

¹⁰⁸ Votum Vermot-Mangold vom 13. Juni 2005, AB NR 2005 S. 782.

¹⁰⁹ BGE 131 III 334 ff., 343 f.

¹¹⁰ Alexander R. Markus, Beschleunigungsgebot und Berufungsfähigkeit bei Kinder-Rückgabeentscheiden nach Haager Übereinkommen, AJP 1997 S. 1085-1092 (1090), spricht von einem “Entscheid mit einstweiligem Charakter”. Die von Raphaela Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Zürich 2005, S. 233, vertretene Auffassung, dass ein solcher Entscheid eher mit der Besitzschutzklage zu vergleichen sei, teilt die Kommission nicht. Sie ist mit Sinn und Zweck des Übereinkommens offensichtlich nicht vereinbar.

Auch wenn eine Neuüberprüfung und gar eine Abänderung des Rückgabeentscheids an sich möglich sind, so ist doch in erster Linie der Grundsatz zu bedenken, dass Rückgabeentscheide gemäss dem Übereinkommen zu vollstrecken sind. Ohne Vollstreckung ist das ganze staatsvertragliche System bedeutungslos.

Im Rahmen von Art. 8 EMRK hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, den Schutz von Familienbeziehungen auch dadurch zu sichern, dass sie die Vollstreckung von Rückgabeentscheiden zulassen und unterstützen.¹¹¹ Der Gerichtshof hat allerdings auch erklärt, dass eine Neubeurteilung sich aufdrängen kann, wenn sich die wesentlichen Elemente des Sachverhalts seit dem Entscheid massgeblich und im Hinblick auf das Kindeswohl geändert haben.¹¹²

Ist eine *wesentliche Änderung* in der tatsächlichen Familiensituation eingetreten, welche für die Beurteilung der Rückgabe offensichtlich relevant ist, so gestattet das Übereinkommen eine Neuurteilung, insoweit als diese nicht über die Verweigerungsgründe des Übereinkommens hinausgeht.¹¹³ Es ist angezeigt, dass dieser Aspekt, der in jüngster Zeit Unsicherheiten in der Praxis hervorgerufen hat, gesetzlich klargestellt wird.¹¹⁴ Andererseits sollten solche Situationen zur Seltenheit werden. Dafür ist wesentlich, dass die Gerichte ohne Verzug urteilen und im Rückgabeentscheid auch die Modalitäten der Vollstreckung regeln, und dass diese in den andern Kantonen nicht wieder in Frage gestellt werden kann.

5.4 Einstellung der Vollstreckung und Abänderung des Rückgabeentscheids

Die mit dem konkreten Vollzug der Vollstreckung eines Rückgabeentscheids befassten lokalen Behörden sind sehr oft überfordert, wenn auf Seiten des Entführers und des Vertreters des Kindes geltend gemacht wird, die Rückgabe sei wegen neu eingetretener Tatsachen und der Veränderung der Interessenlage des Kindes nicht mehr tolerierbar. Das darf andererseits aber auch nicht dazu führen, dass diese Behörden ohne Rücksicht auf solche Bedenken den Vollzug (allenfalls unter Verwendung von Zwangsmassnahmen) durchsetzen. Ist die Vollzugsbehörde mit einer Situation konfrontiert, die ihr als kritisch erscheint und den Rückgabeentscheid in Frage stellt, so soll sie veranlassen können, dass das für die Vollstreckung zuständige Gericht oder die für Abänderungsgesuche zuständige kantonale Gerichtsstanz angerufen wird. In der Zwischenzeit ist das Vollstreckungsverfahren *vorsorglich zu sistieren*. Beim Vollstreckungsgericht und beim für Abänderungen zuständigen Gericht soll es sich um die gleiche einzige kantonale Instanz handeln, die auch über die Gesuche um Rückgabe entführter Kinder befindet.

¹¹¹ Vgl. EGMR, Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I S. 205, § 106; Sylvester, 24.4.2003, § 58, 68-72. Dabei darf das Verfahren nicht nur als ganzes nicht zu lange dauern, sondern es dürfen auch zwischendurch keine zu langen Perioden behördlicher Inaktivität auftreten; vgl. EGMR, H.N., 13.9.2005, § 80-83.

¹¹² Vgl. EGMR, Sylvestre, 24.4.2003, § 63; Pini/Bertani und Manera/Atripaldi, 22.6.2004, § 158.

¹¹³ Eine weitergehende generelle Einschränkung ist nicht sinnvoll. Insbesondere kann nicht nach Gründen für die Einstellung der Vollstreckung unterschieden werden, je nach dem, ob diese "provisorischer" oder "dauerhafter" Natur sind, wobei bei der letzteren Kategorie keine Möglichkeit zur Aufhebung der Vollstreckung bestehen würde (so BGE 130 III 530 ff., 534; BGE 18.5.2004, 5P.151/2004, Erw. 2, AJP 2005 S. 106, SZIER 2005 S. 394; BGE 8.6.2004, 5P.156/2004, Erw. 3.3 und 3.4, AJP 2005 S. 109). In Fällen, in denen der Vollzug der Vollstreckung erst nach einiger Zeit eingeleitet wird, würde es eine solche restriktive Interpretation nicht erlauben, auf den Willen des in der Zwischenzeit reif gewordenen Kindes einzugehen, noch wäre es möglich zu berücksichtigen, dass der im Herkunftsstaat verbliebene Elternteil in jüngster Zeit auf Dauer als Obhutverantwortlicher ausgeschieden ist, auch wenn darüber noch kein Urteilsspruch vorliegt.

¹¹⁴ Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob sich eine solche Abänderung des Rückgabeentscheids auf Art. 313 Abs. 1 ZGB stütze oder ob sie aus einem ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatz herzuleiten sei; BGE 16.10.2001, 5P.477/2000, Erw. 2a, SZIER 2002 S. 314 f.

Diese Konzentration der Zuständigkeit bringt den Vorteil mit sich, dass das Begehren auf Einstellung der Vollstreckung mit dem Antrag auf Abänderung des Rückgabeentscheids zusammen gelegt werden kann.

Gemäss dem Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (Stand: September 2005) soll der 9. Titel auch die Vollstreckung von Entscheiden über die Rückgabe von Kindern nach dem Haager Übereinkommen von 1980 erfassen (Art. 340 Abs. 3). Der Entwurf enthält aber keine besonderen Regeln über die Eigenheiten der Vollstreckung solcher Entscheide. Er sieht vor, dass eine Partei beim Vollstreckungsgericht um Einstellung ersuchen kann (Art. 342 Abs. 2), doch enthält er keine Einstellungsgründe, die auf Kindesentführungen zugeschnitten sind (Art. 346 Abs. 3). Diese Regelung ist ungenügend. Im gegebenen Zeitpunkt wird das Verhältnis der von der Kommission vorgeschlagenen Bestimmungen mit der künftigen eidgenössische Zivilprozessordnung zu prüfen sein.

6. Präventive Schutzmassnahmen

Grenzüberschreitende Familienkonflikte bergen nicht selten die Gefahr in sich, dass ein Elternteil nur schwer der Versuchung widerstehen kann, das gemeinsame Kind in ein anderes Land zu entführen oder es nach der normalen Ausübung des Besuchsrechts über die Ferienzeit nicht mehr zurückzubringen. Die Bekämpfung von Kindesentführungen kann nicht nur darin bestehen, einmal entführte Kinder zurückzuschaffen, sondern sie muss auch darauf ausgehen, solche Handlungen zu verhindern, bevor ein Elternteil zur Tat schreitet.

Zu den präventiven Schutzmassnahmen, die heute in der *Praxis* üblich sind, gehören insbesondere:

- Verpflichtung des betroffenen Elternteils, sich bei der zuständigen Stelle regelmässig mit dem Kind zu melden;
- Verbot, das Land zu verlassen, verbunden mit der Niederlegung der Identitätspapiere;
- Verbot der Ausstellung des Geburtsscheins;
- Errichtung einer die Ausübung des Besuchsrechts begleitenden Beistandschaft;
- vorübergehender oder dauerhafter Entzug des Sorgerechts oder des Rechts auf persönliche Beziehungen.

Nur sehr selten wird der Nachweis verlangt, dass das Sorgerecht des in der Schweiz verbleibenden Elternteils im ausländischen Staat, wohin das Kind verbracht wird, anerkannt und nötigenfalls vollstreckt wird. Eine ausführlichere Aufzählung von möglichen Massnahmen findet sich in Art. 10 des Übereinkommens des Europarats vom 3. Mai 2002 über die persönlichen Beziehungen zu Kindern.

Die Kommission hat sich die Frage gestellt, ob eine Liste solcher Schutzmassnahmen gesetzlich festgelegt werden soll. Das schweizerische Zivilgesetzbuch begnügt sich mit relativ allgemeinen Angaben über mögliche Massnahmen zum Schutz des Kindes. In der Praxis haben sich die notwendigen Verfeinerungen herausgebildet. Es besteht deshalb kein Anlass, für die Fälle der Gefahr von Kindesentführungen anders vorzugehen. Eine gesetzliche Kodifikation drängt sich hierfür nicht auf. Sie könnte auch den Nachteil haben, dass sich die Gerichte zu eng an die gesetzlichen Vorgaben halten würden, statt neuartige Massnahmen anzuordnen, wenn sich diese im Einzelfall als sinnvoll erweisen. Die *Mediation* ermöglicht auch hier einen neuen Lösungsweg.¹¹⁵

Nicht immer einheitlich wird in der Praxis die Frage beantwortet, welcher Natur und Intensität die *Entführungsfahr* sein muss, um die Behörden zu veranlassen, Schutzmassnahmen zu ergreifen.

¹¹⁵ Vgl. die Empfehlung 1291 (2002)1 der Palamentarischen Versammlung des Europarates über internationale Kindesentführungen durch einen Elternteil, Ziff. 5(3).

Die Kommission ist auch in dieser Hinsicht der Auffassung, dass diese Frage im Gesetz nur mit relativ unbestimmten Rechtsbegriffen beantwortet werden könnte, zumal das Entführungsrisiko nicht in Bezug auf jede allenfalls mögliche Massnahme das gleiche sein muss. Der Gerichtspraxis muss es gelingen, das richtige Mass zu finden. Das Risiko einer Entführung darf in Familien mit multikultureller Zusammensetzung nicht unterschätzt werden, besonders dann, wenn die Beziehung zwischen den Eltern relativ Konflikt-beladen und das Kind vom Streit nicht ausgenommen ist. Besondere Vorsicht ist dann geboten, wenn das Kind in ein Land gebracht werden könnte, welches das Haager Übereinkommen nicht ratifiziert hat oder von dem bekannt ist, dass es dieses Abkommen nur selten auch richtig anwendet.

Es ist auch den mit *Scheidungen* befassten schweizerischen Gerichten zu empfehlen, vermehrt zu beachten, dass die Ausübung der *gemeinsamen elterlichen Sorge* durch die beiden Eltern nach begleitenden Regelungen oder Massnahmen für den Fall verlangt, dass der primär Sorgeverantwortliche nach der Scheidung die Schweiz mit dem Kind verlassen wird oder dies mit einiger Wahrscheinlichkeit tun könnte. Es sollte vermehrt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Wegzug des einen Elternteils mit dem Kind zu thematisieren und vom Einverständnis des andern Elternteils oder des Richters abhängig zu machen.

Eine in vielen Fällen geeignete Massnahme ist die Scheidungs- und Trennungsmediation. Im Mediationsverfahren gibt es Raum, die zukünftige Eltern-Kind-Beziehung zu thematisieren und individuelle, auf die konkrete Situation zugeschnittene Lösungen für die Ausübung des Sorgerechts und den persönlichen Verkehr zu finden. Aus diesem Grund wäre es zu begrüssen, wenn in Scheidungs- und Trennungsverfahren, in denen minderjährige Kinder involviert sind, die unentgeltliche Mediation angeordnet werden könnte. Die Idee, die unentgeltliche Mediation wenigstens in Kinderbelangen und somit auch in Scheidungs- und Trennungsverfahren in die künftige eidgenössische Zivilprozessordnung aufzunehmen, ist zu unterstützen.

Das von der Kommission vorgeschlagene *Netzwerk* von Fachpersonen und Institutionen könnte auch hier grosse Vorteile bringen. Es stünde den Eltern, Kinderbeiständen und Gerichten beratend zur Verfügung, um sie auf mögliche praktische Lösungen hinzuweisen oder dank des verfügbaren besonderen Fachwissens eine vertiefte Situationsanalyse vorzunehmen, die es den Beteiligten erlaubt, die bestehenden Kernprobleme richtig zu thematisieren und einvernehmlich zu lösen.

