

Internationale Kindesentführung; Voraussetzungen der Rückführung – Art. 3, Art. 5 und Art. 12 Abs. 1 HKÜ.

Im Anwendungsbereich des HKÜ ist der Begriff "Sorgerecht" vertragsautonom und weit auszulegen; wem dieses Recht zukommt, bestimmt sich nach der Rechtsordnung des Staates, in welchem das Kind vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (E. 3).

Es liegt keine widerrechtliche Entführung vor, wenn das Sorgerecht im Zeitpunkt der Ausreise nicht tatsächlich ausgeübt wurde bzw. ohne die Entführung ausgeübt worden wäre. Dies gilt selbst dann, wenn der andere Elternteil die Sorgerechtsausübung absichtlich verhindert hat (E. 4).

OGE 20/2020/1/E vom 25. September 2020

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

X. und Y. sind britische Staatsangehörige und leben seit 2017 getrennt. Aus der Beziehung sind zwei Kinder hervorgegangen. Kurz nach der Trennung brach der Kontakt von Y. zu den Kindern ab, was im Wesentlichen auf das Verhalten von X. zurückzuführen war. Im Jahr 2019 zog X. ohne Wissen von Y. mit den Kindern von Grossbritannien in die Schweiz. Einige Monate später entzog die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Schaffhausen X. das Aufenthaltsbestimmungsrecht und platzierte die Kinder in einem Kinderheim. Als Y. vom Aufenthaltsort der Kinder erfuhr, gelangte er ans Obergericht und beantragte die sofortige Rückführung der beiden Kinder nach Grossbritannien.

Das Obergericht wies das Begehren ab.

Aus den Erwägungen

2.1. Ziel des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ, SR 0.211.230.02) ist es, die sofortige Rückgabe des widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachten oder dort zurückgehaltenen Kindes sicherzustellen und den Schutz des Rechts zum persönlichen Umgang mit dem Kind zu gewährleisten. Dabei ist das Wohl des Kindes von vorrangiger Bedeutung (vgl. Präambel und Art. 1 HKÜ). Im Anwendungsbereich des HKÜ gilt der Untersuchungsgrundsatz analog Art. 296 ZPO (vgl. dazu Andreas Bucher, Vollstreckung bei Kindesentführungen, FamPra 02/2018 S. 377, 381, mit Verweis auf BGer 5A_655/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 5.2).

2.2. Beim HKÜ geht es um die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (statt vieler: BGer 5A_440/2019 vom 2. Juli 2019 E. 1). Das Rückführungsverfahren ist kein Sorgerechtsverfahren (vgl. Art. 19 HKÜ), denn mit dem HKÜ soll die Zuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts (d.h. dort, wo sich das Kind vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückbehalten befand) zur Regelung der Kinderbelange gewährleistet bleiben. Im Falle eines widerrechtlichen Verbringens des Kindes hat das Gericht daher grundsätzlich die Rückgabe anzuordnen, ausser es sei ein Verweigerungsgrund erfüllt (Art. 12 Abs. 1 HKÜ). Die Rückgabe kann verweigert werden, wenn erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat und der Antrag erst nach Ablauf eines Jahres seit dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückbehalten gestellt worden ist (Art. 12 Abs. 2 HKÜ), wenn 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 (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ), wenn sich das Kind der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 2 HKÜ), oder wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist (Art. 20 HKÜ).

3. Vorliegend ist umstritten, ob das Verbringen der Kinder in die Schweiz überhaupt als widerrechtlich im Sinn von Art. 3 HKÜ gilt. Sowohl die Gesuchsgegnerin als auch der Kindesvertreter stellen die geschützte Sorgerechtsposition des Gesuchstellers bzw. dessen Mitbestimmungsrecht in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Sinne von Art. 5 HKÜ in Abrede. Es sei nicht belegt, dass der Gesuchsteller – mithin für beide Kinder – sorgeberechtigt sei. [...]

3.1. Das Verbringen oder Zurückbehalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Art. 3 Abs. 1 HKÜ).

3.2. Die vom HKÜ geschützte Sorgerechtspositionen (rights of custody gemäss englischem, droit de garde gemäss französischem Konventionstext) sind in einem weiten Sinn zu verstehen. Der Begriff des vom HKÜ geschützten Sorgerechts ist vertragsautonom auszulegen; besonderes Gewicht liegt vor dem Hintergrund des Art. 5 lit. a HKÜ auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, aber geschützt sind auch

weitere Personensorgebefugnisse wie Pflege, Erziehung, Aufsicht u.ä. (BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362 mit Hinweis; BGer 5A_982/2018 vom 11. Januar 2019 E. 3 mit Hinweisen). Wem diese Rechtspositionen in materieller Hinsicht zustehen, so dass es zu einer widerrechtlichen Verletzung im Sinn von Art. 3 und 5 HKÜ und somit zu einer Entführung im Sinn des HKÜ kommen kann, ist zwangsläufig nicht im Übereinkommen normiert; vielmehr bemisst sich dies nach dem Recht, welches gemäss dem internationalen Privatrecht im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes vor dem widerrechtlichen Verbringen Anwendung findet (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.3 S. 485 mit Verweis auf BGer 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1).

[Es folgen Erwägungen zur sog. parental responsibility gemäss britischem Recht. Nach summarischer Prüfung gelangt das Obergericht zum Schluss, dass dem Gesuchsteller für beide Kinder eine geschützte Sorgerechtsposition zukommt.]

4. Weiter machen sowohl die Gesuchsgegnerin als auch der Kindesvertreter geltend, der Gesuchsteller habe ein allfälliges Sorgerecht im Zeitpunkt, als sich die Gesuchsgegnerin angeschickt habe, England mit den Kindern zu verlassen, nicht tatsächlich ausgeübt.

4.1. Nach Ansicht des Gesuchstellers sei dieser Umstand einzig auf das Verhalten der Gesuchsgegnerin zurückzuführen, die ihm sein Besuchs- und Kontaktrecht eigenmächtig und grundlos entzogen habe. Das Sorgerecht sei in dieser Zeit sehr wohl aktiv geblieben, auch wenn wegen der Gesuchsgegnerin kein direkter Kontakt mehr habe hergestellt werden können. Die Gesuchstellerin habe ihn aktiv an der Ausübung seiner Rechte gehindert. Es sei treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nunmehr darauf berufe, dass er sein Sorgerecht nicht tatsächlich ausgeübt habe.

4.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, den Kontakt zwischen dem Gesuchsteller und den Kindern nach der Trennung der Parteien nicht mehr zugelassen zu haben. Sie macht jedoch geltend, dass das Kindeswohl gefährdet gewesen sei und sie die Kinder vor dem Gesuchsteller habe schützen müssen. Sodann habe der Gesuchsteller bis heute kein Verfahren zwecks Erlangung des Sorgerechts eingeleitet. Sofern er tatsächlich Kontakt zu den Kindern hätte herstellen und elterliche Verantwortung hätte wahrnehmen wollen, wäre ihm dies in den Jahren seit der Geburt und insbesondere nach der Trennung jederzeit offen gestanden.

4.3. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers trägt nicht die Gesuchsgegnerin die Beweislast für den Nachweis der faktischen Nichtausübung des Sorgerechts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ. Diese trifft lediglich die Beweislosigkeit bezüglich der (eng auszulegenden) Ausschlussgründe gemäss Art. 13 HKÜ, da sie das Kind

ins Ausland verbracht hat (vgl. BGer 5A_576/2018 vom 31. Juli 2018 E. 3.1 und BGer 5A_58/2016 vom 14. März 2016 E. 2.2, je mit Hinweisen). Hinsichtlich der Voraussetzungen der Rückführung ist der Gesuchsteller beweisbelastet. Auch wenn vorliegend die Untersuchungsmaxime gilt, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

4.3.1. Der Gesuchsteller hat unbestrittenermassen seit Juni, spätestens August 2017 keinen Kontakt mehr zu den Kindern. In der Folge war es offenbar noch zweimal zu Kontaktversuchen mit der Gesuchsgegnerin gekommen; die Kinder konnte er jedoch nicht mehr sehen. Der Gesuchsteller vermag glaubhaft zu machen, dass er nach diesem Zeitpunkt bei einem Rechtsanwalt vorstellig geworden war und auch versucht hat, ein Mediationsverfahren einzuleiten, womit er zumindest erste Schritte zur behördlichen Durchsetzung seiner Rechtsansprüche nach britischem Recht unternommen hat. Ein Mediationsverfahren kam in der Folge nicht zustande, da sich die Gesuchsgegnerin nicht darauf einliess. Weiter zahlte der Gesuchsteller auch nach Abbruch des persönlichen Kontakts unbestrittenermassen Unterhalt an die beiden Kinder.

4.3.2. Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ verdeutlicht, dass eine rein theoretische Verletzung der Sorgerechtsposition noch keine widerrechtliche Entführung im Sinne des HKÜ darstellt; vielmehr muss das Sorgerecht im Zeitpunkt des Verbringens auch tatsächlich ausgeübt worden sein. Dabei genügt, wenn das Sorgerecht ohne das Verbringen tatsächlich ausgeübt worden wäre. Diese Einschränkung des Schutzbereichs auf tatsächlich ausgeübte Sorgerechtspositionen macht denn auch Sinn, wenn der Zweck des HKÜ berücksichtigt wird. Wie erwähnt geht es den Vertragsstaaten darum, bei Entführungen schnellstmöglich den Status quo ante wiederherzustellen und die Gerichtsbarkeit am Ort des bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zu wahren. Die Konvention hat insofern einen rechtshilfeähnlichen Aspekt, als sie indirekt garantiert, dass das Verfahren über die Regelung des Sorgerechts und des Umfangs mit dem Kind vor dem Gericht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes entschieden werden soll. Ziel ist also die "gerechte" und korrekte Zuständigkeit für den nachfolgenden Sorgerechtsprozess zu gewährleisten (vgl. Bucher, S. 377; Monique Jametti Greiner, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra 2008 S. 278 ff., 278 f.). Dieser Garantie bedarf es nicht, wenn das Sorgerecht nicht gelebt wird und rein theoretischer Natur ist.

4.3.3. Der Gesuchsteller übte im Zeitpunkt des Verbringens der Kinder in die Schweiz das Sorgerecht nicht tatsächlich aus. Daran ändert auch nichts, dass er weiterhin Unterhaltszahlungen leistete. Zwar vermag der Gesuchsteller glaubhaft zu machen, dass ihm die Gesuchsgegnerin die Kinder eigenmächtig entzogen hat,

indem sie keine Kontaktnahme mehr zulies; es ist im Wesentlichen auf ihr Verhalten – namentlich auch auf die häufigen Wohnsitzwechsel und nicht zuletzt die Namensänderungen der Kinder – zurückzuführen, dass der Gesuchsteller sein Recht auf Umgang nicht wahrzunehmen vermochte. Dieser Umstand führt jedoch nicht dazu, dass auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts verzichtet werden könnte. Mithin muss in dieser Situation vom Gesuchsteller verlangt werden, dass er seine Rechtsansprüche mithilfe staatlicher Organe durchsetzt. Als die Gesuchsgegnerin die Kinder in die Schweiz verbrachte, bestand die durch ihr eigenmächtiges Verhalten herbeigeführte Familiensituation schon rund zwei Jahre lang. In dieser Zeit hatte der Gesuchsteller die Möglichkeit gehabt, seine Ansprüche hinsichtlich Sorge- und Betreuungsrecht mit Hilfe der zuständigen britischen Behörden vor Ort zu verfolgen und eine entsprechende Entscheidung zu erwirken. Dass ihm der Rechtsweg nicht offen gestanden hätte oder eine entsprechende Klage nicht zumutbar gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht behauptet. Rein finanzielle Überlegungen genügen jedenfalls nicht. Dass der Gesuchsteller seine Bemühungen vorzeitig abgebrochen hat, ist zwar zu einem gewissen Grad nachvollziehbar, ändert aber nichts an der Tatsache, dass schlussendlich nicht das Verbringen der Kinder in die Schweiz ursächlich war für die Nichtausübung des Sorgerechts und die Gesuchsgegnerin nunmehr seit rund drei Jahren die ausschliessliche (elterliche) Betreuungsperson der Kinder ist. Mithin ist davon auszugehen, dass das Sorge- bzw. Kontaktrecht auch bei einem Verbleiben der Kinder in Grossbritannien weiterhin nicht tatsächlich gelebt worden wäre. Vorliegend würde auch eine rasche Wiederherstellung des Status quo ante den persönlichen Umgang mit den Kindern nicht gewährleisten. Auf diese Fälle zielt das HKÜ jedoch nicht ab (vgl. vorherige E. 4.3.2).

4.3.4. Im Ergebnis mag es zwar unbillig erscheinen, die Gesuchsgegnerin von ihrem eigenmächtigen Verhalten profitieren zu lassen; das Kindeswohl, dem auch im Anwendungsbereich des HKÜ vorrangige Bedeutung zukommt, gebietet es jedoch, die tatsächlichen Verhältnisse in jedem Fall zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob diese von einem Elternteil in unzulässiger Weise herbeigeführt worden sind oder nicht. Der Grundsatz, wonach missbräuchliches Verhalten keinen Rechtsschutz geniessen soll, hat in diesem Sinne hinter das Kindeswohl zurückzutreten. Das HKÜ schützt denn auch den persönlichen Umgang des Kindes mit dem betreffenden Elternteil, nicht die abstrakte Rechtsstellung des Letzteren.

4.3.5. Damit liegt kein Fall einer widerrechtlichen Entführung im Sinne von Art. 3 HKÜ vor. Unter diesen Umständen ist nicht weiter zu prüfen, ob Ausschlussgründe gegeben sind.