

# Korrekte Anwendung des HKÜ durch Gerichte in Fall von internationaler Kindesentführung

Rouiller gg. die Schweiz, Urteil vom 22.7.2014, Kammer II, Bsw. Nr. 3.592/08

## Leitsatz

Das Vorbringen einer Partei zu Ausnahmen von der Rückführung eines Kindes nach dem HKÜ muss vom zuständigen Richter tatsächlich berücksichtigt werden. Die Gerichte müssen ihre Entscheidungen in Anbetracht der vom HKÜ vorgesehenen Ausnahmen durch eine ausreichende Begründung rechtfertigen. Die Ausnahmen des HKÜ sind eng auszulegen. Nach dem HKÜ steht es dem Kind nicht frei, seinen Aufenthaltsort zu wählen.

## Rechtsquellen

Art. 8 EMRK, Art. 3, 13 Abs. 2 HKÜ

## Vom GH zitierte Judikatur

- ▶ X./LV v. 26.11.2013 (GK)  
= NL 2013, 429

## Schlagworte

Familienleben; Grundlage, gesetzliche; Kinder; Kindesentführung; Kindeswohl; Sorgerecht; Verfahrensgarantien

Stefan Kieber

## Sachverhalt

Die Bf. ist eine Schweizerin, die zur Zeit in Binningen (Kanton Basel-Landschaft) wohnt. Mit ihrem Ex-Mann hatte sie zuvor in Saint-Louis in Frankreich nahe der Schweizer Grenze gelebt. Aus ihrer Ehe gingen zwei Kinder hervor, die 1993 bzw. 1999 geborenen F. und M.

Am 10.10.2000 wurde die Ehe vom Gericht in Mülhausen geschieden und die gemeinsame elterliche Sorge (*autorité parentale*) für die Kinder verfügt. Der Aufenthalt der Kinder sollte bei der Mutter sein, während der Vater ein Besuchsrecht erhielt. Das Berufungsgericht Colmar wies eine Berufung der Eltern am 24.1.2006 ab.

Die Bf. verließ Frankreich am 19.5.2006, um sich in Binningen niederzulassen (etwa sieben Kilometer vom Wohnsitz des Vaters entfernt).

Ein Jahr später beantragte der Vater die Rückkehr der Kinder unter Berufung auf das Haager Übereinkommen

vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ)<sup>1</sup>. Mit Entscheidung vom 13.6.2007 wies das BG Arlesheim diesen Antrag nach Anhörung der beiden Kinder ab. Es sah keine Kindesentführung gegeben, sondern lediglich eine Verletzung des Sorgerechts durch die Mutter. Zudem hätte F. erklärt, dass sie in der Schweiz leben wolle.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft ordnete in Berufung hingegen die Rückführung der Kinder nach Frankreich bis 18.10.2007 an. Es sei willkürlich, wenn »entgegen der klaren Zielsetzung des Übereinkommens die Rückführung unter Verweis auf nicht zulässige allgemeine Kindeswohlüberlegungen verweigert wird.« Es würden auch keine ausreichenden Gründe für die Anwendung der Ausnahme des Art. 13 Abs. 2 HKÜ vorliegen, weil sich ein Kind der Rückgabe widersetze.

Das Schweizerische Bundesgericht wies die Beschwerde der Mutter gegen diese Entscheidung am 4.12.2007 zurück. Es sah einen Fall internationaler Kindesentführung im Sinne des HKÜ gegeben und ordnete die Rückführung der Kinder nach Frankreich bis 31.1.2008 an. Es prüfte dabei auch die Frage, ob es angebracht sei, den Fall aufgrund von Mängeln zwecks einer neuerlichen Verhandlung vor das Kantonsgericht zurückzuverweisen, kam aber zum Schluss, dass dies nicht nötig sei. Der von F. geäußerte Wunsch, in der Schweiz bleiben zu wollen, würde nicht für die Anwendung der Ausnahme nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ ausreichen.

Die Bf. informierte den GH, dass sie nach dem Urteil des Bundesgerichts seit dem 25.1.2008 wieder in Saint-Louis wohnt. Nach einem Urteil des Gerichts von Mülhausen am 13.7.2009, wonach die Kinder in der Schweiz zur Schule gehen sollten, sei sie nach Binningen zurückgekehrt. Der Teil des Urteilspruchs, der den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder bei ihrer Mutter festlegte, enthielt einen Verweis auf ihre Adresse in Binningen.

## Rechtsausführungen

Die Bf. rügt eine Verletzung von Art. 8 EMRK (hier: *Recht auf Achtung des Familienlebens*) durch die Rückführungs-

<sup>1</sup> BGBl. 1988/512.

anordnung der Schweizer Gerichte. Insbesondere seien die Kinder in der Schweiz gut integriert gewesen und wäre die Meinung der Kinder nicht ausreichend berücksichtigt worden.

### I. Zur Einrede der Regierung

(27-28) Die Regierung ist der Ansicht, dass die gegenständliche Beschwerde durch die Ereignisse nach Beschwerdeeinbringung und insbesondere nach dem Urteil des Gerichts von Mülhausen vom 13.7.2009 gegenstandslos geworden ist. [...]

(31) Der GH befindetet, dass die Entscheidung der Bf., mit ihren Kindern nach Frankreich zurückzukehren und dort zu bleiben, bis die französischen Gerichte über die Frage des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder abgesprochen haben, ihr nicht die Opfereigenschaft im Hinblick auf die Verletzung von Konventionsrechten nimmt, welche sie angeblich aufgrund der gegenüber den Kindern getroffenen Rückführungsanordnung erlitten hat. Der Umstand, dass die Bf. danach von den französischen Behörden autorisiert wurde, ihren Schweizer Wohnort wiederaufzunehmen, ändert daran nichts.

(32) Es gibt somit keinen Grund, die Beschwerde aus der Liste zu streichen. Die diesbezügliche Einrede der Regierung ist deshalb zurückzuweisen.

### II. Zur behaupteten Verletzung von Art. 8 EMRK

#### 1. Zur Zulässigkeit

(35-36) [...] Die Regierung bringt vor, die Bf. hätte den Instanzenzug nicht erschöpft, da sie vor den nationalen Instanzen die Anwendbarkeit des HKÜ auf den vorliegenden Fall nicht ausreichend bestritten und dort auch etwaige Mängel des Protokolls zur Anhörung der Kinder nicht gerügt habe [...].

(39) Die Frage, ob die Bf. vor den nationalen Instanzen die Anwendbarkeit des HKÜ für den vorliegenden Fall ausreichend bestritten hat, ist eng mit der grundlegenden Frage der gesetzlichen Basis des Eingriffs in ihre durch Art. 8 EMRK geschützten Rechte verbunden. Deshalb ist es angebracht, diesen Teil der Einrede der Regierung mit der Entscheidung in der Sache zu verbinden (einstimmig).

(40) Des Weiteren beobachtet der GH, dass die Bf. vor den höherinstanzlichen nationalen Gerichten gerügt hat, dass die Meinung der Kinder nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Vor dem Bundesgericht hat sie klar dargelegt, dass das Kantonsgericht eine neuerliche Anhörung der Kinder anordnen hätte müssen, wenn es der Ansicht war, dass das vom BG verfasste Protokoll die Meinungen der Kinder nicht ausreichend genau wiedergab. Der GH ist daher der Ansicht, dass die

Bf. dadurch die Qualität des Protokolls in Zweifel gezogen hat. Der darauf bezogene Teil der Einrede ist somit zurückzuweisen.

(41) Die Beschwerde unter Art. 8 EMRK ist nicht offensichtlich unbegründet im Sinne der Konvention und auch aus keinem anderen Grund unzulässig. Sie ist daher für **zulässig** zu erklären (einstimmig).

#### 2. Gesetzliche Grundlage

(55) Das Urteil des Bundesgerichts vom 4.12.2007 stützt sich auf das HKÜ, das in das Schweizer Recht inkorporiert wurde. Die Bf. zieht dennoch die Anwendbarkeit dieses Instruments für den vorliegenden Fall in Zweifel, da laut ihr die Entfernung der Kinder aus Frankreich nicht unrechtmäßig gewesen wäre. Der GH muss sich zunächst vergewissern, ob das HKÜ eine gültige rechtliche Grundlage für die Anordnung der Rückführung der Kinder darstellte.

(57) Der GH anerkennt, dass die Bf. auf nationaler Ebene trotz Vertretung durch einen Anwalt nicht explizit bestritten hat, eine internationale Entführung begangen zu haben. Der GH bemerkt dennoch, dass die Schweizer Gerichte bei Behandlung des Antrags auf Rückführung der Kinder auf Basis des HKÜ die Anwendbarkeit dieses Instruments auf den gegenständlichen Fall untersucht und diese Frage – wenn auch nur kurz – bejaht haben. Unter diesen Umständen muss die Einrede der Regierung wegen Nichterschöpfung des Instanzenzugs zurückgewiesen werden (einstimmig).

(58) Das HKÜ findet nur Anwendung auf Situationen, in denen es eine internationale Kindesentführung gegeben hat, was jedes widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten im Sinne des Art. 3 HKÜ umfasst.

(59) Der Begriff des »Sorgerechts« nach dem HKÜ hat eine autonome Bedeutung. Im Sinne von Art. 5 lit. a HKÜ umfasst das »Sorgerecht« »die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.«

(61) Der GH befindetet, dass das Verbringen der Kinder nach Binningen, obwohl dieses nur einige Kilometer entfernt lag, geeignet war, nicht vernachlässigbare Konsequenzen für die Zukunft der Kinder zu haben, insbesondere ihre Einschulung im Schweizer Schulsystem und ihre persönliche Entwicklung in einer kulturellen und sozialen Umgebung, die verschieden von jener war, die sie in Frankreich hatten. Angesichts der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge durch die beiden Eltern konnte die Mutter daher ohne Zustimmung des Vaters nicht einseitig das Land des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder ändern. Im Übrigen gibt es kein Anzeichen dafür, dass der Vater vor dem Verbringen der Kinder in die Schweiz das Sorgerecht, das er gemeinsam mit der Mutter hatte, nicht im Sinne von Art. 3 lit. b HKÜ tatsächlich ausgeübt hätte.

(62) Angesichts des Vorgesagten erachtet der GH [...] die Ansicht des Bundesgerichts nicht als offensichtlich falsch oder willkürlich, wonach das Verbringen der Kinder in die Schweiz durch die Bf. sehr wohl ein »widerrechtliches Verbringen« iSv. Art. 3 HKÜ darstellte. Da das Bundesgericht die Rückführung der Kinder in Anwendung von Art. 12 HKÜ angeordnet hat, beruhte die strittige Maßnahme auf einer gesetzlichen Grundlage.

### 3. Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft

(66) Die Bf. behauptet, dass die Kinder sich gemäß Art. 13 Abs. 2 HKÜ gegen ihre Rückkehr ausgesprochen hätten. In diesem Zusammenhang, insbesondere unter dem Blickwinkel der besonderen verfahrensrechtlichen Verpflichtung, die aus Art. 8 EMRK erfließt, stellt sich somit die Frage, ob deren Ansichten (vor allem jene von F., die angegeben hatte, in der Schweiz bleiben zu wollen) angesichts ihres Alters und ihrer Reife von den Schweizer Behörden ausreichend berücksichtigt wurden.

(67) Im Lichte der im Urteil *X./LV* festgelegten Kriterien muss der GH untersuchen, ob die nationalen Richter die Behauptungen der Bf. tatsächlich berücksichtigt und ihre Entscheidungen im Hinblick auf die vom HKÜ vorgesehenen Ausnahmen durch eine ausreichende Begründung gerechtfertigt haben (das heißt gestützt auf die Gegebenheiten des Falles) – wohl wissend, dass diese Ausnahmen eng auszulegen sind.

(68) Die Schweizer Gerichte haben ihre Entscheidungen zur Nichtrückführung (erste Instanz) bzw. Rückführung (zweite Instanz und Bundesgericht) auf das Protokoll der Verhandlung vom 23.5.2007 gestützt, das vom Gerichtsschreiber des BG Arlesheim verfasst wurde, während die Vorsitzende des Gerichts das Gespräch mit dem Kind führte.

(69) [...] Zusammengefasst geht aus dem Protokoll hervor, dass F. erklärte, sich gut in Binningen integriert zu haben; dass sie dort neue Freunde getroffen habe, ohne völlig den Kontakt mit ihren in Frankreich verbliebenen Freunden zu verlieren; dass ihre schulischen Resultate allgemein zufriedenstellend wären; dass sie fürchten würde, bei einer möglichen Rückkehr nach Frankreich eine neue Schule besuchen zu müssen, wo sie niemanden kennt; und dass sie es aus diesen Gründen vorziehen würde, in Binningen zu bleiben. [...]

(70) Zunächst bemerkt der GH, dass die erste Instanz den Antrag auf Rückführung insbesondere aus folgenden Gründen abgewiesen hat: dass man im gegenständlichen Fall nicht von einer Kindesentführung im eigentlichen Sinn sprechen könne; dass es sich mehr um eine Verletzung des Sorgerechts handle, die von der Bf. durch den Umstand begangen wurde, dass sie den bestimmt geäußerten Widerspruch ihres Ex-Mannes gegen eine Verbringung der Kinder nicht respektiert hatte; dass es

nie eine wirkliche Entführung gegeben habe und dass das Besuchsrecht des Vaters nie geschädigt wurde; dass man sich angesichts der sehr besonderen Umstände über die Anwendbarkeit des HKÜ auf den vorliegenden Fall Gedanken machen könne; und dass F. bei der Anhörung – ohne von ihren Eltern beeinflusst worden zu sein – klar und eindeutig erklärt hätte, dass sie in Binningen bleiben wolle und sich gegen eine Rückkehr nach Frankreich ausspreche.

(71) Wie weiter oben ausgeführt, erscheint die Meinung des Bundesgerichts und des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vernünftig, wonach die Verbringung der Kinder in die Schweiz durch die Bf. durchaus ein widerrechtliches Verbringen darstellte.

(72) Angesichts der Aktenlage hätten das Kantonsgericht oder notfalls das Bundesgericht eine neuerliche Anhörung der Kinder anordnen können, wenn eventuelle Mängel des Protokolls es zweckdienlich erscheinen lassen hätten, um auf ausreichende Weise das Zutreffen der vom HKÜ vorgesehenen Ausnahmen zur sofortigen Rückkehr der Kinder für den vorliegenden Fall zu beurteilen. Dies unter dem Wissen, dass diese Möglichkeiten unter Berücksichtigung der traumatisierenden Folgen, die neuerliche Anhörungen für die Kinder haben könnten, beurteilt werden müssen.

(73) Der GH befindet desgleichen, dass die Ansicht des Bundesgerichts und des Kantonsgericht, wonach das HKÜ dem Kind nicht die Möglichkeit zuerkennt, frei den Ort zu wählen, wo es leben möchte, nicht willkürlich oder unvernünftig ist. Deshalb stellt der GH fest, dass die von F. angegebenen Gründe für ihre Präferenz eines Verbleibens in der Schweiz [...] nicht ausreichen, damit irgendeine der von Art. 13 HKÜ vorgesehenen Ausnahmen ins Spiel kam, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, dass diese Ausnahmen eng auszulegen sind.

(74) Weiters haben die nationalen Gerichte ihre Entscheidungen ausreichend umfassend begründet.

(75) Angesichts des Vorgesagten befindet der GH, dass die nationalen Richter die Behauptungen der Bf. gebührend berücksichtigt und ihre Entscheidungen durch eine ausreichend umfassende Begründung im Hinblick auf die vom HKÜ vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt haben.

(76) **Keine Verletzung von Art. 8 EMRK** (einstimmig).

### III. Zur behaupteten Verletzung von Art. 6 EMRK

(77) Die Bf. behauptet aus denselben Gründen auch eine Verletzung von Art. 6 EMRK.

(78) Angesichts der Schlüsse, zu denen der GH unter Art. 8 EMRK gekommen ist, befindet er, dass sich unter Art. 6 EMRK keine gesonderte Frage stellt. Es ist deshalb nicht angezeigt, die Zulässigkeit oder Begründetheit dieser Behauptungen gesondert unter dem Blickwinkel des Art. 6 EMRK zu untersuchen (einstimmig).