

---

## **Neulinger und Shuruk gg. die Schweiz**

Urteil vom 8.1.2009

Kammer I

Bsw. Nr. 41.615/07

### Kindesentführung aus Furcht vor dem Verhalten des Vaters

Art. 8 EMRK

#### **Sachverhalt:**

Die ErstBf. ist Schweizer Staatsbürgerin jüdischen Glaubens. 1999 zog sie nach Israel, wo sie einen Israeli heiratete. Ihr gemeinsamer Sohn Noam, der ZweitBf., wurde im Juni 2003 in Tel Aviv geboren.

Im Herbst 2003 trat der Vater der den Angaben der Bf. nach ultraorthodoxen und radikalen jüdischen Bewegung „Loubavitch“ bei. Weil die ErstBf. befürchtete, der Vater könnte den Sohn in eine „Loubavitch-Habab“ Gemein-

schaft ins Ausland bringen, beantragte sie beim Familiengericht Tel Aviv ein Ausreiseverbot für den ZweitBf., das auch erteilt wurde. Weiters wies das Familiengericht der Mutter das vorübergehende Sorgerecht zu, die Vormundschaft sollte jedoch von den Eltern gemeinsam ausgeübt werden. Dem Vater wurde ein Besuchsrecht eingeräumt.

Nach einem Einschreiten der Sozialbehörden im Jänner 2005 wurde die getrennte Wohnungnahme der Eltern angeordnet. Die ErstBf. erstattete gegen ihren Ehemann Anzeige wegen aggressiven Verhaltens. Der zuständige Familienrichter erlegte dem Vater ein Betretungsverbot für den Kindergarten und die Wohnung der ErstBf. auf. Das Besuchsrecht wurde eingeschränkt und von einer sozialbehördlichen Aufsicht abhängig gemacht.

Am 10.2.2005 ließen sich die Eltern scheiden. Am 24.6.2005 verließ die ErstBf. heimlich Israel und ließ sich mit dem ZweitBf. in der Schweiz nieder. Nachdem der Vater davon Kenntnis erlangt hatte, wandte er sich an das Familiengericht Tel Aviv, das den gewöhnlichen Aufenthalt des ZweitBf. in Tel Aviv feststellte und dessen Außerlanderschaffung ohne Zustimmung des Vaters unter Verweis auf die gemeinsame Vormundschaft als einen unerlaubten Akt im Sinne des *Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung* (im Folgenden: Haager Übereinkommen) wertete.

Beim Friedensgericht Lausanne beantragte der Vater die Rückverbringung des Sohnes nach Israel. Das Gericht wies den Antrag am 29.8.2006 jedoch ab. Es ging zwar von einer widerrechtlichen Handlung der ErstBf. aus, sah aber Art. 13 des Haager Übereinkommens erfüllt, dem gemäß eine Rückverbringung unterbleiben könne, wenn sie eine psychische oder physische Gefahr für das Kind darstelle.

Im vom Vater angestrebten Berufungsverfahren wurde ebenso entschieden. Das Gericht stützte sich auf ein psychiatrisches Gutachten, in dem die Rückverbringung des ZweitBf. sowohl mit als auch ohne die Mutter als Gefahr für seine Psyche eingestuft wurde, deren Folgen ohne Kenntnis der mit der Rückkehr verbundenen Umstände nicht abschätzbar seien.

Auf Berufung des Vaters hin wurde dieses Urteil vom Bundesgericht jedoch aufgehoben. Dem Gericht nach sei Art. 13 des Haager Übereinkommens restriktiv auszulegen und nur bei ernsthaften Gefahren für das Kind heranzuziehen. Hinweise darauf, dass eine Rückkehr zusammen mit der Mutter eine erhebliche Gefahr für den ZweitBf. darstellen würde, seien nicht ersichtlich, denn der Vater habe sich den

behördlichen Anordnungen gemäß verhalten. Auch von der ErstBf. könne erwartet werden, nach Israel zurückzukehren. Ihr obliege es daher, für die Rückkehr des Kindes nach Israel zu sorgen.

Am 20.8.2007 beantragte der Vater für die Durchführung der Rückverbringung die Bestellung eines *ad hoc*-Kurators für seinen Sohn, zog diesen Antrag aber zurück, nachdem der EGMR vorläufige Maßnahmen angeordnet hatte.

### Rechtsausführungen:

Unter Verweis auf die gerichtliche Zuweisung der Obsorge an die ErstBf. machen die Bf. eine Verletzung ihres *Rechts auf Achtung des Familienlebens* nach Art. 8 EMRK alleine und in Verbindung mit Art. 3 EMRK (hier: *Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung*) und Art. 9 EMRK (*Religionsfreiheit*) geltend. Ihrer Ansicht nach habe das Bundesgericht die dem ZweitBf. im Falle einer Rückkehr drohende erhebliche psychische Gefahr verkannt.

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

Die Beschwerde ist weder offensichtlich unbegründet noch aus einem anderen Grund unzulässig. Sie ist daher für **zulässig** zu erklären (einstimmig).

#### 1. Vom GH entwickelte Grundsätze:

Art. 8 EMRK verpflichtet den Staat neben der Unterlassung von Eingriffen in das Recht auf Achtung des Familienlebens auch zur Setzung von positiven Maßnahmen. Dies beinhaltet etwa die Pflicht, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen Elternteil mit seinem Kind zusammenzuführen und die Ausübung von Besuchs- und Obsorgerechten zu erleichtern. Die Behörden müssen dabei die Interessen und Rechte der Beteiligten, vor allem aber die übergeordneten Interessen des Kindes und die diesem aus Art. 8 EMRK erwachenden Garantien berücksichtigen. Für den Fall, dass diese Interessen oder Rechte durch den Kontakt mit den Eltern gefährdet wären, liegt es an den Behörden, einen gerechten Ausgleich zu erzielen.

Die Auslegung der sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Verpflichtungen hinsichtlich der Zusammenführung eines Elternteils mit seinem Kind hat gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK unter Berücksichtigung der UN-Kinderrechtskonvention 1989 und des Haager Übereinkommens zu erfolgen.

Dem Ziel der EMRK entsprechend, einen konkreten und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, haben Maßnahmen, die die Rück-

verbringung eines entführten Kindes betreffen, rasch zu erfolgen, um unwiederbringliche Folgen für die Eltern-Kind-Beziehung zu vermeiden.

## 2. Sinn und Zweck des Haager Übereinkommens:

Seit Annahme der UN-Kinderrechtskonvention bildet das „übergeordnete Interesse des Kindes“ den Kern des Kinderschutzes. In Obsorgeangelegenheiten kann dieses Interesse einerseits darin bestehen, eine gesunde Entwicklung des Kindes unter Verbot der schädlichen Einflussnahme seitens eines Elternteils zu garantieren, andererseits auch darin, die familiären Beziehungen zu wahren, um das Kind nicht seiner Wurzeln zu berauben.

Bei Verfahren nach dem Haager Übereinkommen kommt dem übergeordneten Interesse des Kindes ebenfalls entscheidende Bedeutung zu. So stellt das Recht eines Kindes, nicht von einem Elternteil getrennt zu werden, ein grundlegendes Element dieses Vertrags dar. Das Haager Übereinkommen ist ein Instrument zur Eindämmung internationaler Kindesentführungen mit dem Interesse, das betroffene Kind, das vorrangig Leidtragender der Entführung ist, zu schützen. Der GH ist von der diesem Vertrag zugrunde liegenden Philosophie vollständig überzeugt und wird bei der Interpretation des Haager Übereinkommens darauf Rücksicht nehmen.

Dem Wortlaut des Haager Übereinkommens lässt sich entnehmen, dass im Falle seiner Anwendbarkeit ehest möglich der *status quo ante* wiederhergestellt werden müsse, um eine rechtliche Verfestigung der durch die Entführung rechtswidrig hervorgerufenen Situation zu verhindern und die Kompetenz zur Klärung von Obsorgeangelegenheiten bei den Gerichten des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Kindes zu belassen.

Wie der GH anmerkt, sieht das Haager Übereinkommen keine automatische Rückverbringung des Kindes vor, sondern enthält auch die besonderen Umstände berücksichtigende Ausnahmebestimmungen, die eine konkret auf den Einzelfall bezogene Untersuchung erfordern. Diese Bestimmungen sind aber streng auszulegen, da es den Zweck der Konvention untergraben würde, sich dabei zu sehr auf die Argumente des entführenden Elternteils zu stützen.

## 3. Anwendung im vorliegenden Fall:

Das Verbringen eines Kindes ist gemäß dem Haager Übereinkommen dann rechtswidrig, wenn dadurch das gemeinsame oder alleinige

Sorgerecht einer Person nach der Rechtsordnung des zuvor gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verletzt wird. Dies ist nach Ansicht des GH vorliegend auch der Fall, da erstens, wie vom Familiengericht festgestellt, die Eltern die gemeinsame Vormundschaft, die nach israelischem Recht auch das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsorts umfasst, innehaben und zweitens das Besuchsrecht des Vaters durch die Außerlanderschaffung des Sohnes praktisch unmöglich gemacht wird.

Unbestritten ist aber auch, dass die Entscheidung des Bundesgerichts über die Rückverbringung des ZweitBf. einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens der Bf. darstellt, der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein muss. Der GH hat daher unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens zu prüfen, ob ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Kindes und jenen der Eltern erzielt wurde. Zentrale Frage dabei ist, ob im konkreten Fall eine der Ausnahmebestimmungen des Haager Übereinkommens erfüllt war oder das Bundesgericht diese zu restriktiv ausgelegt hat.

### *a) Zu den gegen die Rückverbringung vorgebrachten Motiven:*

Die Bf. befürchten, die Rückverbringung nach Israel würde den ZweitBf. der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens iSv. Art. 13 des Haager Übereinkommens aussetzen. Begründend führen sie das Verhalten des Vaters, von ihm getätigte Morddrohungen und seinen religiösen Fanatismus an.

Was die Morddrohungen und den religiösen Fanatismus betrifft, verweist der GH auf die verschiedenen, von den israelischen Behörden bereits vor der Entführung getroffenen Maßnahmen: der Ausspruch des Ausreiseverbots bis zu Noams Volljährigkeit, die Anordnung der getrennten Wohnungnahme, die Betretungsverbote und die Beschränkung des Besuchsrechts. Allem Anschein nach hat sich der Vater auch den behördlichen Vorgaben entsprechend verhalten. Man kann also nicht annehmen, dass die Behörden die Bf. nicht schützen konnten oder wollten. Nichts deutet darauf hin, dass dies nach der Rückkehr der Bf. anders sein würde.

Die Bf. verweisen weiters auf das psychiatrische Gutachten, in dem angemerkt wurde, dass eine Rückkehr ohne die Mutter eine erhebliche psychische Gefahr für den ZweitBf. zur Folge haben könnte. In diesem Zusammenhang erachtet es der GH für notwendig zu prüfen, ob der ErstBf. die Rückkehr nach

Israel zugemutet werden kann. Diese hatte sich 1999 selbst dazu entschlossen, sich in Israel niederzulassen und eine Familie zu gründen. Sie verbrachte dort sechs Jahre, knüpfte soziale Beziehungen und arbeitete für jene multinationale Gesellschaft, für die sie auch gegenwärtig in Lausanne beschäftigt ist. Da die ErstBf. selbst keine weiteren Motive gegen eine Rückkehr angegeben hat, kann von ihr vernünftigerweise erwartet werden, sich wieder in Israel niederzulassen. Zudem befindet sich der ZweitBf. noch in einem anpassungsfähigen Alter. Käme es zu einer Rückkehr des Kindes ohne die Mutter, wäre, wie die israelischen Behörden festgestellt haben, auch der Vater bereit, sich um den Sohn zu kümmern.

Die ErstBf. befürchtet außerdem die Verhängung einer Haftstrafe für den Fall ihrer Rückkehr. Dies könne schwere negative Folgen für den ZweitBf. haben. Hierzu stellt der GH fest, dass Kindesentführung eine allgemein anerkannte Rechtsverletzung darstellt, die wahrscheinlich in allen Staaten des Europarats unter Strafe steht. Zudem bestehen keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit der von den israelischen Behörden vor der Entführung getätigten Sicherheitsmaßnahmen.

Was die mit einer Rückkehr verbundenen Unannehmlichkeiten betrifft, resultieren diese nach Ansicht des GH hauptsächlich aus der einseitigen Entscheidung der Mutter. Es liegt unzweifelhaft im übergeordneten Interesse des Kindes, in einer Umgebung aufzuwachsen, die die Aufrechterhaltung des regelmäßigen Kontaktes mit beiden Eltern ermöglicht. Es wäre daher Aufgabe der ErstBf. gewesen, insbesondere über Fragen der Erziehung, des Aufenthalts und der Obsorge des Kindes ein Einvernehmen mit dem Vater herzustellen.

Die Sorge der Bf., für die Mutter würde im Fall einer Rückkehr wegen des religiösen Fanatismus des Vaters keine Möglichkeit bestehen, auf die religiöse Erziehung ihres Sohnes Einfluss zu nehmen, erachtet der GH als unbegründet und er weist darauf hin, dass Mutter und Vater die Vormundschaft gemeinsam innehaben.

Unter all diesen Umständen und in Anbetracht des den Staaten verbleibenden Ermessensspielraums erachtet der GH die Entscheidung über die Rückverbringung – im Lichte von Art. 13 des Haager Übereinkommens – als verhältnismäßig iSv. Art. 8 Abs. 2 EMRK.

#### *b) Bedingungen für die Durchführung der Rückverbringung:*

Die Bf. rügen, dass im Urteil des Bundesgerichts keine Durchführungsmodalitäten für die Rückverbringung des ZweitBf. vorgesehen wurden. Hier verweist der GH wiederum auf die in Zusammenhang mit Kindesentführungen gebotene Eile, um die Effektivität der gerichtlichen Entscheidungen zu gewährleisten.

Vorliegend kann beiden Bf. zugemutet werden, sich wieder in Israel niederzulassen. Wie die Regierung geht auch der GH davon aus, dass Organisation und Durchführung der Rückverbringung in erster Linie Angelegenheit der ErstBf. sind. Außerdem hätte sich die ErstBf. an die Behörden wenden können, um Hilfe bei den Vorbereitungen zu erhalten. Hinzu kommt, dass nach der Anordnung vorläufiger Maßnahmen die Durchführung der Rückverbringung sofort ausgesetzt wurde. Für den GH ist hier keine Verletzung von Art. 8 EMRK ersichtlich.

#### *c) Ergebnis:*

Im Ergebnis kann der GH **keine Verletzung von Art. 8 EMRK** feststellen (4:3 Stimmen, *Sondervoten von Richter Kovler, Richter Spielmann und Richterin Steiner*).

#### **Zur behaupteten Verletzung von Art. 3, Art. 6 und Art. 9 EMRK:**

Was Art. 3 und Art. 9 EMRK betrifft, haben sich die Bf. im nationalen Verfahren nicht einmal substantiell auf die in diesen Bestimmungen garantierten Rechte berufen. Die Voraussetzung der Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe ist somit nicht gegeben und die Beschwerde nach Art. 35 Abs. 1 und Abs. 4 EMRK **zurückzuweisen** (einstimmig).

Hinsichtlich des Vorbringens der Bf., es liege mangels Würdigung der übergeordneten Interessen des Kindes eine Verletzung von Art. 6 EMRK vor, verweist der GH auf den engen Zusammenhang mit Art. 8 EMRK. Der GH sieht sich deshalb nicht veranlasst, Art. 6 EMRK gesondert zu prüfen und **weist** auch diesen Teil der Beschwerde **zurück** (einstimmig).

#### **Vom GH zitierte Judikatur:**

Tiemann/F und D v. 27.4.2000 (ZE).

Eskinazi Chelouche/TR v. 6.12.2005 (ZE).

Maumousseau und Washington/F v. 6.12.2007

⇒NL 2007, 316.

Baier