



GEMEINSAME ELTERLICHE SORGE, AUFENTHALTSBESTIMMUNGSRECHT UND INTERNATIONALE KINDESENTFÜHRUNG

In letzter Zeit liest man in den Medien vermehrt, dass Elternteile oder Angehörige gegen den Willen des andern Elternteils ihre Kinder ins Ausland verbringen oder dort – bspw. nach den Ferien – eigenmächtig zurückbehalten. Der gegenteilige Fall, dass Elternteile ihre Kinder aus dem Ausland in die Schweiz verbringen, ist auch nicht selten. In den meisten Fällen wird vom entführenden Elternteil regelmässig geltend gemacht, dass die Rückführung dem Kindeswohl erheblich widerspreche. Wird ein Rückführungsentscheid dennoch ausgesprochen, führt dies in der Bevölkerung teils zu grosser Empörung. Im Nachfolgenden soll daher insbesondere auf die Rückführung des Kindes und die Berücksichtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit dem Haager Kindesentführungsübereinkommen näher eingegangen werden.

I. GEMEINSAME SORGE UND AUFENTHALTSBESTIMMUNGSRECHT

Seit dem 1. Juli 2014 ist die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern in der Schweiz der Regelfall. In diesem Sinn hält Art. 296 Abs. 1 ZGB ausdrücklich fest, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Wohl des Kindes dient. Dieser Zielsetzung soll auch Art. 301a ZGB dienen, der das Verhältnis zwischen elterlicher Sorge und Aufenthaltsbestimmungsrecht klärt und anordnet, dass die elterliche Sorge das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Damit ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht im Gegensatz zur früheren Rechtslage zwingend von der elterlichen Sorge umfasst. Ob dies absolut gilt oder aber gestützt auf Art. 298 Abs. 2 ZGB ausnahmsweise bei gemeinsamer Sorge das Aufenthaltsbestimmungsrecht einem Elternteil allein übertragen werden kann, ist in der Lehre umstritten und bedarf noch der richterlichen Klärung.

Leben die Eltern getrennt und übt ein Elternteil allein die faktische Obhut aus, darf dieser den Aufenthaltsort des Kindes grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des anderen Elternteils wechseln. Dies gilt generell, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Soll der Umzug innerhalb der Schweiz stattfinden, ist eine Zustimmung dagegen nur erforderlich, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB).

II. KINDESENTFÜHRUNG NACH HKÜ

Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ) gilt nur zwischen Vertragsstaaten, das heisst zwischen der Schweiz und insgesamt 87 weiteren Staaten. Ziel des HKÜ ist es, die sofortige Rückführung widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener – und damit im umgangssprachlichen Sinn entführter – Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in den anderen Vertragsstaaten beachtet wird (Art. 1 lit. a HKÜ). Nach Art. 3 Abs. 1 HKÜ gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes 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 Zu-



rückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (lit. a), 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 (lit. b).

Wie dargelegt, beurteilt sich grundsätzlich nach dem Recht des Aufenthaltsstaates, ob ein Sorgerecht gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ besteht. Ausschlaggebend ist gemäss Art. 5 lit. a HKÜ aber, dass dieses Sorgerecht insbesondere auch das Recht umfasst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.

Ist ein Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge, verfügt er nach neuem Recht in der Schweiz auch über das Aufenthaltsbestimmungsrecht und ist damit Inhaber eines Sorgerechts im Sinne des HKÜ. Damit liegt eine internationale Kindesentführung vor, wenn der Inhaber der faktischen Obhut und der elterlichen Sorge ohne Zustimmung des Mitsorgeberechtigten oder ohne Genehmigung des Gerichts bzw. der Kinderschutzbehörde den Aufenthaltsort des Kindes in einen anderen Staat verlegt.

III. RÜCKFÜHRUNG UND KINDESWOHL

Das Verfahren auf Rückführung eines entführten Kindes wird durch den Antrag des in seinem Sorgerecht verletzten Elternteils eingeleitet. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Antrag an die zuständige ausländische Zentralbehörde übermittelt wird:

- Das Kind hat das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet.
- Vor der Entführung hatte das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz oder in einem Vertragsstaat des HKÜ.
- Der Antrag stellende Elternteil hatte im Zeitpunkt der Entführung das Sorgerecht und hat es bis zu diesem Zeitpunkt auch tatsächlich ausgeübt.
- Seit der Entführung ist weniger als ein Jahr vergangen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die ausländische Zentralbehörde gehalten, den Aufenthaltsort des Kindes ausfindig zu machen, auf die freiwillige Rückführung des Kindes hinzuwirken, und falls erforderlich ein gerichtliches Verfahren zur Rückführung des Kindes einzuleiten.

In Kindesentführungsfällen wird regelmässig geltend gemacht, dass die Rückführung dem Kindeswohl widerspreche. Diesbezüglich muss jedoch festgehalten werden, dass das primäre Ziel des HKÜ ist, dass entführte Kinder sofort in den Staat, wo sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben, zurückgebracht werden. Das Gericht entscheidet somit nur über die Rückführung, nicht aber über materielle Belange wie zum Beispiel das Sorgerecht und die Obhut. Dieser Entscheid obliegt dem Sachrichter des Staates, in welchem das Kind vor der Entführung seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt begründete (vgl. BGer 5A_623/2015).

In gewissen Fällen ist das Gericht gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ausnahmsweise nicht verpflichtet, die Rückführung des Kindes anzuordnen, wenn die Person, die sich der Rückführung des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Rückführung 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 Bundesgericht führt aus, dass solche Ausschlussgründe für eine Rückführung restriktiv auszulegen sind, und betont, dass der ersuchte Staat keinen Sorgerechtsentscheid zu fällen hat und dass der entführende Elternteil keinen Vorteil aus seinem illegalen Verhalten ziehen darf (vgl. BGer 5A_880/2013; 5A_623/2015). Diesbezüglich verdeutlicht die Schweiz in Art. 5 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) die Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ und zählt eine nicht abschliessende Reihe von Fällen auf, in denen eine Rückführung das Kind in eine unzumutbare Lage bringen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Unterbringung bei dem das Gesuch stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (lit. a) oder wenn 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 dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (lit. b).

Insoweit ist auch der Rückführungsrichter verpflichtet, sich mit dem Kindeswohl explizit auseinanderzusetzen und kann dies nicht alleine dem Sachrichter im Ausland überlassen (m.w.H. SCHWEIGHAUSER/AESCHLIMANN/STECK in: FamPra.ch 2014 S. 442).

IV. VORBEUGENDE MASSNAHMEN

Kindesentführungen mit rechtlichen und praktischen Massnahmen zu verhindern, ist trotz des HKÜ sehr schwierig. Je nach den konkreten Umständen, können folgende gerichtliche Massnahmen jedoch sinnvoll sein:

- Alleinige Zuteilung bzw. Neuregelung der elterlichen Sorge;
- Alleinige Zuteilung des Aufenthaltsbestimmungsrecht (in der Schweiz nicht möglich, weil per Gesetz die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht (wohl) untrennbar miteinander verknüpft);
- Anordnung einer Ausreiseperrre;
- Hinterlegung der Reiseausweise;
- Einschränkung des Besuchsrechts.

Je nach Rechtslage sind für diese Massnahmen entweder das Gericht oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde am Aufenthaltsort des Kindes zuständig (m.w.H. Broschüre „Internationale Kindesentführung und Besuchsrechtskonflikte“ des Bundesamts für Justiz).

V. SCHLUSSFOLGERUNG

Durch die Revision der elterlichen Sorge schliesst gemäss Art. 301a Abs. 1 ZGB die elterliche Sorge nun das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Nach Abs. 2 lit. a derselben Bestimmung bedarf der Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes ins Ausland zwingend der Zustimmung beider Elternteile, weil ansonsten eine internationale Kindesentführung vorliegt.

Die Fälle von Kindesentführungen erweisen sich je länger je komplexer und erfordern deshalb einen stärkeren Schutz der Kinder. Es ist offensichtlich, dass sich zwischen der „quasi automatischen“ Rückführung des HKÜ und der Einhaltung der Rechte des Kindes, insbesondere des Kindeswohls, zunehmend ein Spannungsfeld aufbaut. Zwar sind die Gerichte im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ jetzt schon gehalten, sich mit dem Kindeswohl explizit auseinanderzusetzen, jedoch wird dies noch nicht zufriedenstellend umgesetzt (vgl. BGer 5A_880/2013).

28. September 2015 / lic. iur. Judith Rhein, Rechtsanwältin, und Sandra Berner, MLaw