

ZK 10 655, publiziert Januar 2012

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 5. Juli 2011

Besetzung

Oberrichter Kunz (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und Oberrichter Studiger
Gerichtsschreiberin Gutmann

Verfahrensbeteiligte

A.

vertreten durch Rechtsanwältin X.

Gesuchsteller

gegen

B.

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Gesuchsgegnerin

C.

vertreten durch Fürsprecherin Z.

Betroffener

Gegenstand

Rückführung eines Kindes

Regeste:

- Art. 3 HKÜ, Art. 12 HKÜ, Art. 13 HKÜ, Art. 5 BG-KKE, Art. 11 BG-KKE; Gutheissung eines Gesuchs um Rückführung eines Kindes nach dem HKÜ-Übereinkommen
- Dem Gesuchsteller steht die „elterliche Verantwortlichkeit“ nach dem Recht des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland zu, somit war die Verbringung des Betroffenen in die Schweiz widerrechtlich im Sinne von Art. 3 HKÜ
- Die Einjahresfrist gemäss Art. 12 HKÜ wurde eingehalten.
- Es liegen keine Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 HKÜ vor
- Gemäss Art. 11 BG-KKE ist der Entscheid über die Rückführung mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

keine

Auszug aus den Erwägungen:**I.**

(...)

Am XX. Dezember 2010 ging bei den Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern ein Gesuch um Rückführung eines Kindes nach dem HKÜ-Übereinkommen ein, verbunden mit einem Gesuch um Ausreisebeschränkung (inkl. Sicherungsmassnahmen). Die Ausreisebeschränkung wurde umgehend superprovisorisch verfügt. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel und Einsetzung einer Kinderanwältin ordnete der Instruktionsrichter die Durchführung eines Mediationsverfahrens an, welches scheiterte. Nach Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) ist das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält, als einzige Instanz zuständig für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen, einschliesslich der Massnahmen zum Schutz von Kindern. Das Kind hält sich im Kanton Bern auf, weshalb die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern zur Beurteilung des vorliegenden Rückführungsgesuches örtlich, sachlich und funktionell zuständig sind.

II.

(...)

III.

1. Ziel des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ, SR 0.211.230.02) ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurück gehaltener Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (vgl. Art. 1 HKÜ).
2. Zum unbestrittenen Sachverhalt kann festgehalten werden, dass der Betroffene am XX.XX.2000 als gemeinsames Kind der damals noch nicht verheirateten Parteien in X, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, geboren wurde. Alle Verfahrensbeteiligten haben die britische Staatsangehörigkeit. Am XX.XX.2004 haben die Parteien in Y, wo sich ihr gemeinsamer Wohnsitz befand, geheiratet. Seit Februar 2008 leben die Parteien getrennt. Der Gesuchsteller ist ausgezogen und die Gesuchsgegnerin und der Betroffene wohnten weiterhin in der Familienwohnung. Der Gesuchsteller hat in der Nähe eine Wohnung gemietet. Im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland ist das Scheidungsverfahren hängig. Im Verlauf des Jahres 2010 ist die Gesuchsgegnerin mit dem Betroffenen in die Schweiz gezogen.
3. (...)

4. (...)
5. Im vorliegenden Verfahren ist weder über die elterliche Sorge noch über die Obhut zu befinden. Das ist Sache des Gerichts des Herkunftslandes (hier Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, vgl. auch Art. 19 HKÜ). Vorliegend ist unbestritten, dass das zuständige Sachgericht im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland sein Verfahren sistiert hat, respektive nicht weiterführt (...). In Verfahren betreffend Rückführung gestützt auf das HKÜ ist (nach Möglichkeit) der „status quo ante“ wiederherzustellen: Kein Elternteil soll einen Vorteil ziehen aus einer widerrechtlichen Ausreise, soweit es das Kind betrifft; die Konvention HKÜ hat insofern einen rechtshilfeähnlichen Aspekt, indem sie indirekt garantiert, „dass das Verfahren über die Regelung des Sorgerechts und des Umgang mit dem Kind vor dem Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes entschieden werden soll“ (vgl. JAMETTI GREINER, Der neue internationale Kindesschutz in der Schweiz in FamPra.ch 2/2008, S. 278).

Im Folgenden sind deshalb einzig die Voraussetzungen für eine Rückführung zu prüfen, immer unter Beachtung des Kindeswohls.

Gemäss Art. 9 Abs. 2 BG-KKE hört das Gericht das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson, soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Dazu ist festzuhalten, dass keine Anhörung des Betroffenen durch den Instruktionsrichter oder die Kammer nötig ist. Durch die Prozessbeiständin sowie durch den Beizug der Mediatorin, welche den Betroffenen ebenfalls gesehen und angehört hat, ist sein Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt.

6. Gemäss Art. 3 HKÜ gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn (a.) 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 (b.) 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. Mit Sorgerecht ist dabei die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, gemeint (vgl. Art. 5 HKÜ).
7. Sorgerecht nach dem Recht des vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland

Zur Abklärung des anwendbaren ausländischen Rechts wurde im vorliegenden Verfahren beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben.

Dieses kommt zum Schluss, dass das Recht des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland das Rechtsinstitut des „Sorgerechts“ seit 1995 nicht mehr kennt. Seither hätten die Eltern nur noch die „elterliche Verantwortlichkeit“ für ihre Kinder. Das Gesetz enthalte jedoch keine Liste oder nähere Beschreibung dieser Rechte und Pflichten. Unter den Begriff der elterlichen Verantwortlichkeit gehörten unter anderem die Entscheidung über den Wohnort und die Wohnverhältnisse des Kindes sowie dessen allgemeine Fürsorge. Ein unverheirateter Vater könne grundsätzlich

gemäss der massgeblichen Gesetzgebung nur dann die elterliche Verantwortlichkeit für das Kind erwerben, wenn er sich (a.) als Vater des Kindes registrieren lasse, (b.) eine vertragliche Vereinbarung mit der Mutter des Kindes bestehe oder (c.) durch richterliche Anordnung. Allerdings sei diese Fassung von Art. 7 erst mit Wirkung ab 15. April 2002 in Kraft gesetzt worden und die Variante (a) sei demnach auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Somit habe der Gesuchsteller mit der Geburt seines Sohnes noch keine elterliche Verantwortlichkeit erworben. Allerdings würden in Fällen, in welchen die Eltern des unehelichen Kindes später heirateten und der Vater im Zeitpunkt der Eheschliessung sein Domizil im Vereinigten Königreich habe, die Bestimmungen über die Kinder verheirateter Eltern gelten, gemäss welchen beiden Eltern die elterliche Verantwortlichkeit hätten (...). Somit habe der Gesuchsteller wenigstens seit der Eheschliessung die elterliche Verantwortlichkeit für den Betroffenen.

Art. 8 des massgeblichen Gesetzes untersage es einer Person mit elterlicher Verantwortlichkeit für ein Kind, ohne Einwilligung (des Gerichts oder der übrigen Verantwortlichen) mit dem Kind ins Ausland auszuwandern. Laut Art. 3(1) des massgeblichen Gesetzes mache sich ein Elternteil eines Kindes unter 16 Jahren sogar strafbar, wenn er das Kind „ohne die erforderliche Zustimmung“ aus dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland verbringe. Zu den zustimmungspflichtigen Personen gehöre der Vater, falls er für das Kind die elterliche Verantwortlichkeit habe. Das Gutachten liess offen, ob die Mutter vorliegend die Straftat der elterlichen Kindsentführung begangen hat, da aus dem dem SIR geschilderten Sachverhalt nicht klar hervorgehe, ob der Vater die Zustimmung auf unbillige Weise verweigert habe, es der Mutter trotz Ergreifens aller zumutbarer Massnahmen nicht gelungen sei, Kontakt mit dem Vater aufzunehmen oder die Mutter geglaubt habe, dass der Vater des Kindes zugestimmt habe, oder dass er zustimmen würde, wenn ihm alle relevanten Umstände bekannt wären. Falls die Mutter jedoch die Straftat der elterlichen Kindsentführung begangen habe, müsste gefolgert werden, dass sie dadurch ihre elterliche Verantwortlichkeit für das Kind auf widerrechtliche Weise missbraucht habe. Zum selben Ergebnis würde man gelangen, falls feststehen würde, dass die Mutter ohne Zustimmung des Vaters und ohne einschlägige Gerichtsentscheidung mit dem Kind in die Schweiz ausgewandert sei. Diese Handlungen seien als Missbräuche der elterlichen Verantwortung der Mutter zu bezeichnen, da sie den Vater an der Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortlichkeit hinderten. Es obliege dem Gericht zu entscheiden, ob die Verbringung unter entsprechenden (und nicht unter rechtfertigenden) Umständen geschehen sei und ob dieser Missbrauch gegebenenfalls seitens der Mutter als „Verletzung des Sorgerechts“ des Vaters im Sinne des Haager Übereinkommens qualifiziert werden könne.

Vorliegend sind keine Hinweise gegeben, welche darauf hindeuten, dass die Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller über ihre Ausreise in die Schweiz informieren und seine Zustimmung einholen wollte. Es ist ebenfalls nicht davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin der Meinung war, der Gesuchsteller sei mit der Verbringung des Betroffenen in die Schweiz einverstanden. Sodann hat der Gesuchsteller seine Zustimmung nicht auf unbillige Weise verweigert. Es liegen somit keine rechtfertigenden Gründe für die Verbringung des Betroffenen in die Schweiz vor, die Gesuchsgegnerin macht überdies auch keine solchen Gründe geltend. Der Gesuchsteller hat der

Verbringung von C. in die Schweiz weder zugestimmt, noch hat er diese nachträglich genehmigt.

Als Zwischenfazit kann deshalb festgestellt werden, dass die Voraussetzungen von Art. 3 und 5 HKÜ erfüllt sind. Im Zeitpunkt, in welchem die Gesuchsgegnerin mit ihrem Sohn in die Schweiz ging, hatte der Gesuchsteller die elterliche Verantwortlichkeit inne, welche dem Begriff der elterlichen Sorge gemäss Art. 5 HKÜ entspricht. Sie beinhaltet insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Aus diesen Gründen ist die dauerhafte Verbringung des Betroffenen in die Schweiz als widerrechtlich zu qualifizieren. Auch die vom Gesuchsteller bereits mit seinem Gesuch eingereichten Unterlagen der Zentralbehörde des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland (...) weisen die Widerrechtlichkeit der Verbringung des Betroffenen in die Schweiz und die damit verbundene Verletzung des Sorgerechts des Gesuchstellers nach.

8. Ist ein Kind im Sinn des Artikels 3 (HKÜ) widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden und ist bei Eingang des Antrags bei dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde des Vertragsstaats, in dem sich das Kind befindet, eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen oder Zurückhalten verstrichen, so ordnet das zuständige Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die sofortige Rückgabe des Kindes an (Art. 12 Abs. 1 HKÜ).

Der Betroffene befindet sich unbestrittenermassen seit (...) 2010 in der Schweiz. Das Rückführungsgesuch des Gesuchstellers datiert vom XX. Dezember 2010 und ist der Kammer am selben Tag zugegangen. Die Jahresfrist gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ ist in der vorliegenden Streitsache somit gewahrt. Somit wäre grundsätzlich die sofortige Rückgabe des Betroffenen anzuordnen.

9. Verweigerungsgründe

Ungeachtet des Artikels 12 (HKÜ) ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person, Behörde oder sonstige Stelle, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist (a.) dass die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zustand, das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat, oder (b.) 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 (Art. 13 Abs. 1 HKÜ). Die Rückführung bringt das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b HKÜ, wenn (a.) die Unterbringung bei dem das Gesuch 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 dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und (c.) die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (Art. 5 BG-KKE). Das Gericht oder die Verwaltungsbehörde kann es ferner ablehnen, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, 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 (Art. 13 Abs. 2 HKÜ).

9. a. – c. (...) Die Prüfung hat im vorliegenden Fall ergeben, dass keine solchen Verweigerungsgründe vorliegen.

10. Daraus erhellt, dass die engen Voraussetzungen von Art. 13 HKÜ in Verbindung mit Art. 5 BG-KKE vorliegend nicht erfüllt respektive nicht nachgewiesen sind. Damit ist die Rückführung des Betroffenen zu verfügen. Diese Lösung ist angesichts des im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland hängigen Ehescheidungsverfahrens sachgerecht und verhältnismässig. Die Nebenfolgen der Scheidung sind durch die Parteien in ihrem Heimatstaat mit den zuständigen Gerichtsinstanzen zu regeln, und es ist in Bezug auf ihren Sohn C: sicher zu stellen, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil Gelegenheit hat, den persönlichen Kontakt zum Sohn uneingeschränkt zu pflegen.

Gemäss Art. 11 BG-KKE ist der Entscheid über die Rückführung des Kindes mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden und der Vollstreckungsbehörde sowie der Zentralen Behörde mitzuteilen. Sollte sich die Gesuchsgegnerin weigern, die Rückführung vorzunehmen, hat das Kantonale Jugendamt als Vollstreckungsbehörde des Kantons Bern die Rückführung zu vollstrecken. (...)

IV.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.