

BGer 5A_154/2010 vom 29. April 2010

Bundesgericht, 2010-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_154_2010

FR: TF 5A_154/2010 du 29 avril 2010

IT: TF 5A_154/2010 del 29 aprile 2010

Erwägungen

E. 1

Rückführungsanordnungen gemäss HKÜ sowie diesbezügliche Vollstreckungsanordnungen betreffen die Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584). Nach Art. 12 Abs. 1 BG-KKE bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde zur Vollstreckung der Rückführungsentscheide; im Kanton Zürich ist dies das AJB. Dessen Verfügung vom 11. Februar 2010, die im Übrigen verfahrensabschliessend und damit ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG ist, kann nach dem Gesagten direkt beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. a BGG). Die Eingabe wurde innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG eingereicht. Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich somit als zulässig, soweit sie im Namen der Mutter erhoben worden ist. Hingegen kann deren Rechtsanwältin, die weder vom Richter noch von der Vormundschaftsbehörde als Beiständin des Kindes ernannt worden ist, nicht für dieses Beschwerde führen.

E. 2

Die Mutter stellt einen Antrag auf Vertretung des Kindes gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-KKE . Ein solches Begehren wurde vor dem AJB nicht gestellt, weshalb es sich als neu erweist und damit im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren unzulässig ist (Art. 99 Abs. 2 BGG).

E. 3

In der Replik stellt die Mutter ein Begehren um Einleitung eines Mediationsverfahrens im Sinn von Art. 4 Abs. 1 bzw. Art. 8 Abs. 1 BG-KKE . Nach der letzteren Bestimmung leitet das Gericht ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation ein mit dem Ziel, die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen, soweit die Zentralbehörde dies noch nicht veranlasst hat.

Unbekümmert um die systematische Stellung von Art. 8 Abs. 1 BG-KKE , der sich auf das materielle Rückführungsverfahren bezieht, scheint die Anwendung der Norm im Vollstreckungsstadium nicht von vornherein ausgeschlossen, hält doch bereits Art. 7 Abs. 2 lit. c HKÜ die Behörden an, auf eine gütliche Regelung hinzuwirken, und muss dies in allen Verfahrensetappen möglich sein. Vorliegend wurde das Begehren um Anordnung einer Mediation allerdings erst vor Bundesgericht gestellt und tritt damit in Konflikt mit Art. 99 Abs. 2 BGG , wonach im bundesgerichtlichen Verfahren neue Begehren unzulässig sind. Wie es sich mit all diesen formellen Aspekten des Begehrens verhält, muss insofern nicht abschliessend beurteilt werden, als die Mediation definitionsgemäss ein lösungsorientiertes Mitwirken der Parteien zum Gegenstand hat und deshalb nur dann Sinn macht, wenn

beidseits wenigstens eine minimale Bereitschaft zur Konfliktbewältigung vorhanden wäre. Dies ist vorliegend nicht der Fall, nachdem sich der Vater einem solchen Vorgehen verschliesst und auf dem Vollzug der Rückführung beharrt.

Bei dieser Ausgangslage kann das Vollstreckungsverfahren nicht zugunsten einer Mediation sistiert werden, sondern ist nachfolgend über die von der Mutter gegen den Vollzug der Rückführung vorgebrachten Einwände zu befinden.

E. 4

Das AJB hat die Vollstreckung angeordnet mit der Begründung, das Bundesgericht habe im Urteil 5A_721/2009 vom 7. Dezember 2009 befunden, die im materiellen Rückführungsentscheid vom 16. April 2009 (Urteil Nr. 5A_105/2009) aufgestellten Bedingungen seien im Zeitpunkt des ersten Vollstreckungsgesuches des Vaters formell nicht erfüllt gewesen, nach Erlass der Order des im Sorgerechtsverfahren zuständigen amerikanischen Richters vom 21. Oktober 2009 nunmehr aber materiell erfüllt. Die Mutter mache in der Vernehmlassung zum zweiten Vollstreckungsgesuch geltend, das Bundesgericht sei dabei einem Irrtum unterlegen. Indes stehe es dem AJB nicht zu, die Würdigung des Bundesgerichtes zu überprüfen oder gar in Frage zu stellen, weshalb das Rückführungsgesuch des Vaters gutzuheissen sei. Vor der zwangsweisen Rückführung des Sohnes sei der Mutter jedoch Gelegenheit zu geben, diesen innerhalb von 20 Tagen selbst in die USA zurückzubringen.

Bei den vom AJB zitierten bundesgerichtlichen Erwägungen im Urteil vom 7. Dezember 2009 ging es zusammengefasst darum, dass Angelpunkt des Rückführungsurteils vom 16. April 2009 war, die von der Mutter befürchtete Trennung von ihrem damals noch nicht einmal zweijährigen Sohn bei einer Rückreise zu vermeiden, weshalb die Rückführung des Kindes von Einreise- und Aufenthaltsgarantien seitens des Herkunftsstaates abhängig gemacht wurde. Diese Garantien waren zwar formell nicht erhältlich, aber von der Sache her sind sie insofern erfüllt, als der in den USA zuständige Sachrichter am 21. Oktober 2009 einen Order erliess, welcher der Mutter die freie Ausreise gemeinsam mit dem Sohn erlaubt, wenn sie aus aufenthaltsrechtlichen Gründen nicht in den USA bleiben könnte (vgl. im Einzelnen die Ausführungen im Urteil 5A_721/2009, E. 3).

Die Mutter hält diese Ausführungen für falsch und macht in ihrer Beschwerde im Wesentlichen geltend, bei der Einreise in die USA würde ihr der Sohn sofort weggenommen, weil nur der Order vom 4. August 2008 aufgehoben, aber derjenige vom 29. Juli 2008, mit welchem die Obhut dem Vater zugeteilt worden sei, vom amerikanischen Sorgerechtsrichter bewusst in Kraft belassen worden sei; aber auch aus dessen Order vom 21. Oktober 2009, mit welchem ihr während des Aufenthaltes in den USA nur die "physical custody" und keine "primary physical custody" zugesprochen werde, sei abzuleiten, dass ihr das Kind weggenommen werden könne, solange sie selbst sich in den USA aufhalten dürfe. Sodann äussert die Mutter ökonomische Bedenken gegen eine Rückkehr.

Der Vater legte zusammen mit seiner Vernehmlassung einen neuen Order des zuständigen amerikanischen Sorgerechtsrichters vom 15. März 2010 vor, mit welchem den vorgenannten Bedenken der Mutter gegen eine Rückkehr in jeder Hinsicht Rechnung getragen wurde. Zunächst wird mit diesem Order sowohl derjenige vom 29. Juli als auch derjenige von 4. August 2008 mit Bezug auf die Obhutzuteilung aufgehoben und dem Vater wird weder die alleinige Sorge noch die Obhut zugeteilt (... father is not granted sole physical custody ... father is not granted primary physical custody ...), sondern die Obhut

wird ab dem Zeitpunkt der Rückkehr mit dem Kind in die USA bis zur vollständigen Anhörung im Sorgerechtsverfahren einschliesslich des Rechtsmittelverfahrens der Mutter zugeteilt (... mother shall have primary physical custody ...). Für die betreffende Zeit soll der Vater ein tägliches Besuchsrecht von 13 bis 17 Uhr haben. Soweit die Mutter ihren Aufenthaltsstatus in den USA unfreiwillig verliert, darf sie mit dem Kind frei in die Schweiz ausreisen. Schliesslich wird der Mutter und dem Kind ab der Rückkehr in die USA während des Sorgerechtsverfahrens das Haus des Vaters zur Alleinbenützung zugewiesen, wobei der Vater weiterhin für alle Kosten des Hauses sowie für sämtliche Gesundheitskosten des Kindes während des Aufenthaltes in den USA aufkommen und der Mutter im Übrigen \$ 25.-- pro Tag für Kost zahlen muss.

Damit würden an sich keine nachvollziehbaren Gründe mehr gegen eine Rückkehr bestehen, mit welcher im Übrigen nichts anderes als der Status quo ante wiederhergestellt wird. Indes weist die Mutter in ihrer Duplik zu Recht darauf hin, dass der Order vom 15. März 2010 nach der angefochtenen Verfügung des AJB ergangen ist und deshalb im bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren als echtes Novum keine Berücksichtigung finden kann (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG). Im Folgenden bleibt deshalb zu prüfen, ob die angefochtene Vollzugsverfügung auch unter Ausblendung der Order vom 15. März 2010 vor den nachfolgend im Einzelnen abzuhandelnden Rügen der Mutter standhält.

E. 5

Soweit geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid müsse schon nur deshalb aufgehoben werden, weil das AJB die im Verfahren 5A_80/2010 erlassene superprovisorische Anordnung, wonach alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben hätten, missachtet habe, kann dem Ansinnen nicht gefolgt werden: Tatsächliche Vollzugshandlungen wurden bislang keine unternommen und das AJB wurde auch im vorliegenden Verfahren mit einer analogen superprovisorischen Anordnung dazu angehalten, solche während des bundesgerichtlichen Verfahrens zu unterlassen (vgl. Lit. D).

E. 6

Sodann macht die Mutter geltend, der Order vom 29. Juli 2008 sei bislang formell nicht aufgehoben worden und gestützt hierauf könne ihr der Sohn in den USA sofort weggenommen werden; nur für den Fall, dass sie selbst aus aufenthaltsrechtlichen Gründen ausreisen müsste, dürfte sie dies zusammen mit dem Sohn tun.

Mit Order vom 29. Juli 2008, bestätigt am 4. August 2008, übertrug der amerikanische Sorgerechtsrichter die physical custody auf den Vater. Mit Schreiben vom 31. März 2009, auf welches im Rückführungsentscheid massgeblich abgestellt wurde, sicherte der amerikanische Richter jedoch zu, den Order vom 4. August 2008 aufzuheben, welchem Vorgehen der Vater ausdrücklich zugestimmt hatte. Der amerikanische Richter erklärte, dass damit der Status quo ante wiederhergestellt sei, wie er vor dem widerrechtlichen Verbringen des Kindes bestanden hatte: the parents could return to a schedule where mother was the primary physical custodian of Z._____, and father had periods of time with the child, but not serving as a primary custodian. Auf die damit bewirkte Wiederherstellung des Status quo ante wurde in E. 3.6 und 3.7 des Rückführungsurteils vom 16. April 2009 hingewiesen. Diese Sorgerechtslage bekräftigte der amerikanische Richter sodann im Order vom 21. Oktober 2009, wobei er darüber hinaus die Zusicherung abgab, dass die Mutter gemeinsam mit dem Sohn aus den USA ausreisen dürfe, wenn sie selbst aus

aufenthaltsrechtlichen Gründen das Land verlassen müsste: X. _____ (hereinafter, "Mother") is awarded physical custody of the child, Z. _____ (hereinafter, "the child"), such that if Mother returns to the United States and involuntarily loses her right to remain in the country under the United States regulations for admittance of a non-citizen prior to the completion of the custody hearing before this Court and any appeals from the Custody Order entered by this Court following the custody hearing, then Mother shall have primary physical custody of the child and the child shall be permitted to return with Mother to Switzerland and remain in Mother's primary custody and care until the custody hearing and all appeals from the Custody Order entered by this Court following the custody hearing are completed. Vor diesem Hintergrund scheint es abwegig, wenn die Mutter in ihrer Beschwerde behauptet, weil formell nur der spätere Order vom 4. August 2008, nicht aber der frühere vom 29. Juli 2008 aufgehoben worden sei, könne der Vater das Kind sofort wegnehmen und sie habe überhaupt keine Kontaktmöglichkeiten mehr zu ihrem Sohn.

E. 7

Was nun diesen Order vom 21. Oktober 2009 anbelangt, sieht die Mutter einen wesentlichen Unterschied in der Verwendung der Begriffe "physical custody" und "primary physical custody". Letztere stehe ihr nur für den Fall zu, dass sie selbst ausreisen müsse, woraus umgekehrt abzuleiten sei, dass ihr das Kind weggenommen werden könne, solange sie selbst sich in den USA aufhalten dürfe.

Diese Interpretation der Order geht offensichtlich am Sinn und Zweck der Erklärungen des amerikanischen Richters sowohl vom 31. März als auch vom 21. Oktober 2009 vorbei, wonach mit der Rückreise in die USA wiederum der Status quo ante bestehen und darüber hinaus die Ausreise mit dem Kind erlaubt sein soll, wenn die Mutter ihren Aufenthaltsstatus in den USA verlieren würde. Nirgends wird hingegen zum Ausdruck gebracht, dass das Kind während des Aufenthaltes der Mutter in den USA in die Obhut des Vaters gegeben werden soll. Was der amerikanische Sorgerechtsrichter schliesslich im Rahmen des materiellen Sorgerechtsverfahrens entscheiden wird, bemisst sich nach dem betreffenden Sachrecht und fällt gerade in den Zuständigkeitsbereich des dortigen Sachrichters (Art. 16 HKÜ).

E. 8

Im Zusammenhang mit dem Order vom 21. Oktober 2009 bringt die Mutter ferner vor, dass im Rückführungsurteil vom 16. April 2009 im Zusammenhang mit den Garantien von "unbedingten Rechtsansprüchen" die Rede gewesen sei. Indem im Order aber davon die Rede sei, dass der Verlust des Aufenthaltsrechts involuntarily sein müsse, könne von der Sache her nicht von einem "unbedingten Rechtsanspruch" die Rede sein.

Bei diesem Vorbringen übergeht die Mutter, dass auch die im Rückführungsurteil verlangten Garantien unter dem Vorbehalt von selbstverschuldeten Unmöglichkeitgründen standen (vgl. Urteil 5A_105/2009, E. 3.8 Abs. 6). Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass sich nicht auf eine Gefahr berufen kann, wer diese selbst mutwillig geschaffen hat; vor diesem Hintergrund ist die Klausel zu lesen, wonach der Verlust des Aufenthaltsrechtes unfreiwillig sein muss.

Keine Anhaltspunkte bestehen schliesslich für die Befürchtung, im Ausreisefall würde sich der amerikanische Sorgerechtsrichter nicht an seine Zusicherung halten, sondern auf Wunsch des Vaters seinen Order vom 21. Oktober 2009 aufheben und das Kind doch in den USA zurückbehalten.

E. 9

Was die vorgebrachten ökonomischen Bedenken gegen eine Rückkehr in die USA anbelangt, ist wie bereits im Urteil 5A_721/2009, E. 3 letzter Absatz, Folgendes festzuhalten: Während sich die Mutter im materiellen Rückführungsverfahren einer Rückkehr ursprünglich nicht widersetzt, sondern lediglich eine drohende Trennung von Z. _____ geltend gemacht hatte, äusserte sie im bundesgerichtlichen Verfahren 5A_105/2009 erstmals am Rande auch, dass ihr B1/B2-Visum nicht zu einer Arbeitsaufnahme in den USA berechtige. Das Bundesgericht hat indes im Rückführungsurteil vom 16. April 2009 unter Hinweis auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung erwogen, dass wirtschaftliche Nachteile im Herkunftsstaat keine Unzumutbarkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ begründen (E. 3.3) und dass das dortige Sozialhilferegime - die Mutter lebt auch in der Schweiz von der Fürsorge - eine binnenstaatliche Angelegenheit der USA ist (E. 3.7). Wenn die Mutter die im Rückführungsverfahren eher beiläufig erwähnte ökonomische Problematik im Rahmen der Vollstreckung nunmehr ausführlich schildert, macht sie einen materiellen Ausschlussgrund im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ geltend, der im Rahmen der Vollstreckung nicht mehr vorgebracht werden kann.

E. 10

An der Sache vorbei geht das Vorbringen, gemäss Art. 11 BG-KKE sei ein jeder Entscheid über die Rückführung mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden: Das materielle Rückführungsurteil war noch vor Inkrafttreten des BG-KKE ergangen, weshalb es vorliegend ein selbständiges Vollstreckungsverfahren gibt. Das AJB ist die vom Kanton Zürich bezeichnete Vollzugsbehörde. In Beachtung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE, wonach die Behörde das Kindeswohl berücksichtigt und auf einen freiwilligen Vollzug hinwirkt, hat sie der Mutter vorab eine letzte Frist gesetzt, um das Kind freiwillig in die USA zurückzubringen. Erst wenn dies nicht der Fall wäre, sollen kindgerechte Zwangsvollstreckungsmassnahmen greifen. Zu denken ist dabei an eine Übergabe an den Vater in der Schweiz oder am amerikanischen Einreiseflughafen (port of entry), wobei das Kind im letzteren Fall während des Fluges durch geeignete Begleitpersonen zu betreuen wäre.

E. 11

Unzutreffend ist - ausgehend vom Umstand, dass es offenbar keinen Direktflug Zürich-Philadelphia gibt - die Behauptung, das AJB habe nicht dafür gesorgt, dass die US-Immigrationsbehörde am auserwählten Flughafen informiert werde: Das AJB hat in Ziff. II des Dispositivs ausdrücklich festgehalten, dass die Mutter den genauen Reiseplan einzureichen habe, der u.a. der schweizerischen Zentralbehörde zuhanden der amerikanischen Zentralbehörde mitzuteilen sei. Diese kann mithin die Immigrationsbehörden am zutreffenden port of entry in den USA ebenso informieren wie sie bereits die Interview-Officers in Philadelphia informiert hat (vgl. Dossier 5A_721/2009).

Unbegründet scheint schliesslich die Befürchtung der Mutter, ohne Zusicherung des Department of Homeland Security bestehe keine Gewissheit, dass Z. _____ nicht von ihr getrennt werde. Die Aufgabe der Immigrationsbehörden ist die Überprüfung der Einreisevoraussetzungen und nicht gewissermassen die "Beschlagnahmung" amerikanischer Staatsbürger, steht doch diesen aus dem grenzpolizeilichen Blickwinkel

nicht nur die freie Ein-, sondern auch die Ausreise zu. Zur Verhinderung der Ausreise des Kindes bedürfte es einer materiellen Grundlage, die nach dem Gesagten gerade nicht vorhanden ist, steht doch der Mutter nach den wiederholten Anordnungen des Sorgerechtsrichters ab dem Betreten des amerikanischen Bodens das volle Obhutsrecht zu und nach dem Order vom 21. Oktober 2009 im Übrigen das Recht zur freien Ausreise mit dem Sohn, wenn sie sich selbst nicht oder nicht mehr in den USA aufhalten darf.

E. 12

Insgesamt ergibt sich, dass keine konkrete Gefahr einer Trennung zwischen Mutter und Kind aufgrund einer Rückführung in die USA mehr besteht und deshalb die Voraussetzungen für eine Rückführung von der Sache her gegeben sind, wurde doch im materiellen Rückführungsurteil vom 16. April 2009 festgehalten, dass ohne Trennungsgefahr eine Rückführung von Z. _____ ohne Weiteres möglich sei, weil erst und nur die Trennung von der Mutter ihn in eine unzumutbare Lage im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bringen würde (Urteil 5A_105/2009, E. 3.5 erster Absatz).

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Aufgrund der gewährten aufschiebenden Wirkung ist jedoch die Frist zur freiwilligen Rückführung des Kindes neu anzusetzen.

In Rückführungsangelegenheiten werden keine Kosten erhoben (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Beide Parteien sind offensichtlich prozessarm und deshalb je durch die sie vertretende Anwältin zu verbeiständen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.