

BGer 5A_475/2018 vom 9. Juli 2018

Bundesgericht, 2018-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_475_2018

FR: TF 5A_475/2018 du 9 juillet 2018

IT: TF 5A_475/2018 del 9 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

Bei Rückführungsentscheiden nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) geht es um die Regelung der 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). Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts, welches als einzige kantonale Instanz entschieden hat (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), steht die Beschwerde in Zivilsachen offen. Mit ihr kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das HKÜ gehört.

E. 2

Das Kantonsgericht ist angesichts der elterlichen Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge und der fehlenden mütterlichen Zustimmung von einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes in die Schweiz im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ, indes gestützt auf die nachfolgend zusammengefassten Sachverhaltsfeststellungen von einem beachtlichen Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ ausgegangen, welches die Rückführung ausschliesse.

C._____ habe die Mutter wiederholt inständig darum gebeten, sie in die Schweiz gehen zu lassen. Auch dem Richter in Mexiko habe sie bei mehreren Anhörungen gesagt, dass sie mit ihrem Vater in die Schweiz ziehen wolle; ihr Wille sei auch in diversen Briefen an den Richter des mexikanischen Sorgerechtsverfahrens dokumentiert, wobei für die überwiegende Zahl der Dokumente davon auszugehen sei, dass sie "echt" seien. Schliesslich sei C._____ nach eigener Darstellung selber aktiv geworden, indem sie nach dem Besuchswochenende beim Vater Ende Januar 2018 nicht mehr zur Mutter zurückgekehrt und auch nicht mehr zur Schule gegangen sei. Bei der Kindesanhörung im vorliegenden Verfahren habe C._____ im Wesentlichen mitgeteilt, dass sie unbedingt in der Schweiz bleiben wolle. Hier habe sie grössere Chancen, die Schule sei besser, es sei sicherer und man habe grössere Freiheiten. Sie fühle sich hier einfach wohler und merke selber, dass es ihr hier besser gefalle. Wenn alles geregelt sei, wolle sie ihre Ferien gern in Mexiko verbringen und alle Leute besuchen, denn es gefalle ihr dort schon auch. Die Zukunft stelle sie sich so vor, dass sie in der Schweiz bleibe und auch die Mutter in die Schweiz komme. Wenn das nicht möglich sei, wünsche sie sich, dass die Mutter sie oft in der Schweiz besuche und/oder sie Ferien mit ihr in Mexiko verbringe. Die Mutter meine, dass der Vater sie manipuliere, und wolle nicht glauben, dass sie eine eigene Meinung habe. Gemäss Stellungnahmen der Kindesvertreterin habe sich C._____ im Gespräch mit ihr

in gleicher oder ähnlicher Weise geäussert. Sie habe viele Male vergeblich versucht, von der Mutter die Zustimmung zum Umzug in die Schweiz zu erhalten und fühle sich von ihr nicht ernst bzw. nicht wahrgenommen.

Vor dem Hintergrund, dass C. _____ ihren Wunsch, in der Schweiz zu leben, bereits in Mexiko geäussert hatte, wo sie überwiegend bei der Mutter wohnte, und angesichts der konstanten Äusserung ihres Willens gegenüber verschiedenen Personen (Vater, Mutter, Richter, Notar, Kinderanwältin, Psychologe) und dem Fehlen von Schwankungen, Zweifeln oder Relativierungen ging das Kantonsgericht von einem nicht manipulierten und angesichts des Alters des Kindes beachtlichen Willen aus, weshalb gestützt auf Art. 13 Abs. 2 HKÜ von einer Rückführung nach Mexiko abzusehen sei.

In der Folge hat sich das Kantonsgericht nur noch ergänzend zum ebenfalls geltend gemachten Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ geäussert und diesen tendenziell verneint, aber nicht abschliessend beurteilt (Feststellung, dass die Schilderungen von C. _____ über die Unterbringung bei ihrer Mutter keinerlei Hinweise auf drohenden Schaden enthielten; Anerkennung von Gewaltvorkommen in Mexiko, namentlich in der fraglichen Gegend, wobei die Schilderungen des Vaters über die immense Gefährlichkeit in einem gewissen Widerspruch zur Tatsache stünden, dass ihm nach kurzer Zeit auch die neue Partnerin nach Mexiko gefolgt sei, dort den gemeinsamen Sohn zur Welt gebracht und die "neue" Familie während rund zwei Jahren in der Umgebung von C. _____ gelebt habe).

E. 3

Vorab wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Ansicht des Kantonsgerichts, die Unabhängigkeit der Kindesvertreterin sei nicht allein deshalb in Frage gestellt, weil sie vor dem Gespräch mit C. _____ zuerst mit dem Vater gesprochen habe.

Es versteht sich von selbst, dass die Kindesvertreterin sich angesichts des Alters des Kindes nicht direkt an dieses gewandt, sondern den Kontakt über den Vater hergestellt hat, und es ist auch naheliegend, dass sie sich vorab über die Lebensumstände des Kindes erkundigen wollte. Es bedeutet sodann keine Ungleichbehandlung der Eltern, dass die Kindesvertreterin dies nur beim Vater tat und sich nicht vorgängig zum Gespräch mit C. _____ auch an die Mutter wandte, denn offensichtlich musste die Herstellung des Kontaktes über denjenigen Elternteil erfolgen, bei welchem das Kind aktuell lebt, und konnte auch nur dieser über die aktuellen Lebensumstände des Kindes berichten. Ferner ist nicht zu sehen, weshalb die Kindesvertreterin über das Gespräch mit dem Vater ein Protokoll hätte anfertigen müssen, denn es ging offensichtlich nicht um eine vom Gericht an die Kindesvertreterin delegierte oder anderweitig für die Akten bestimmte Anhörung des Vaters. Im Übrigen ist nicht zu sehen, inwiefern die Kontaktherstellung und Auskunftserteilung einen konkreten Einfluss auf die Sachverhaltsfeststellung rund um den Kindeswillen gehabt hätte, so dass sich Weiterungen erübrigen. Ferner liegt in der Natur der Sache, dass die Anträge der Kindesvertretung zwangsläufig mit denjenigen des einen oder anderen Elternteils übereinstimmen, soweit ein ausdrückliches Rechtsbegehren gestellt wird.

E. 4

Kern des angefochtenen Entscheides wie auch der Beschwerde bildet der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ. Gemäss dieser Staatsvertragsbestimmung kann von einer Rückführung abgesehen werden, wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, die eine Berücksichtigung seiner

Meinung als angebracht erscheinen lassen.

E. 4.1

Im Zusammenhang mit den Sachverhaltsfeststellungen rund um den Willen des Kindes (dazu E. 2) werden keine Rügen erhoben. Es wird einzig eine psychologische Begutachtung von C. _____ im Zusammenhang mit der Behauptung verlangt, der geäußerte Kindeswillen sei vom Vater manipuliert. Indes ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Entscheides gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG) und es nimmt selbst keine Beweise ab. Ferner drängt sich auch keine Rückweisung zur Begutachtung auf, weil keinerlei Anhaltspunkte für eine massgebliche Beeinflussung des Kinderwillens bestehen (dazu im Einzelnen E. 4.4).

E. 4.2

Die publizierte Rechtsprechung zum Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ wurde in den Urteilen 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.1 und 5A_666/2017 vom 27. September 2017 E. 5 zusammengefasst, und zwar wie folgt: Das HKÜ legt kein bestimmtes Alter fest, ab wann ein Widersetzen des Kindes berücksichtigt werden kann. In der Lehre werden Mindestalter zwischen 10 und 14 Jahren postuliert (für Nachweise vgl. BGE 131 III 334 E. 5.2 S. 340; 133 III 146 E. 2.3 S. 148 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Reife im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung fähig ist, d.h. wenn es seine eigene Situation zu erkennen und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung zu bilden vermag (BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340) und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheides verstehen kann; dies heisst, dass es insbesondere erkennen können muss, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante geht und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149 f.). Gestützt auf die einschlägige kinderpsychologische Literatur geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die erwähnten Voraussetzungen in der Regel ab ungefähr elf bis zwölf Jahren gegeben sind (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 150). Indes darf auch der aktenkundig geäußerte Wille eines etwas jüngeren Kindes nicht einfach ausgeblendet werden; vielmehr hat sich das Gericht damit auseinanderzusetzen. In jedem Fall ist aber Voraussetzung, dass der geäußerte Kindeswillen, damit er die Basis für den eigenständigen Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ bilden kann, autonom gebildet worden ist. Selbstverständlich erfolgt eine jede Willensbildung nicht völlig losgelöst von äusserer Beeinflussung, schon gar nicht bei kleineren Kindern (BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340). Er darf aber nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen, denn es lässt sich dort nicht mehr von einem dem Kind zurechenbaren autonomen Willen sprechen, wo es bloss die Ansicht seiner momentanen Bezugsperson transportiert. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung zu verstehen, wonach das Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden muss (vgl. BGE 133 III 88 E. 4 S. 91; nicht beanstandet im Urteil Nr. 3592/08 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Juli 2014).

Zusammenfassend wird also im Sinn einer Richtlinie bei Kindern ab ungefähr elf bis zwölf Jahren von einer den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ begründenden Willensbildungsfähigkeit ausgegangen, wobei der Wille mit einem gewissen Nachdruck und nachvollziehbaren Gründen geäußert werden muss und er nicht aufgrund elterlicher

Manipulation entstanden sein darf.

E. 4.3

Die Mutter anerkennt letztlich, dass die heute 12½-jährige C._____ ein Alter erreicht hat, in welchem ein Kind grundsätzlich zu autonomer Willensbildung fähig und insofern dem geäusserten Kindeswillen grundsätzlich Beachtung zu schenken ist. Sie geht aber davon aus, dass das Mädchen nach wie vor unter starkem Einfluss des Vaters und dessen Familie steht und der geäusserte Kindeswillen deshalb fremdbestimmt ist. So könne sie sich nicht klar dazu äussern, zu welchem Elternteil sie sich stärker hingezogen fühle, und sie stehe in einem enormen Spannungsfeld, was ihr verunmögliche, einen freien Entschluss in Bezug auf ihren Aufenthaltsort zu fällen. Daran habe sich seit dem Rückführungsverfahren im Jahr 2015 nichts geändert. Nur schon aufgrund der Vorgeschichte sei es höchst unwahrscheinlich, dass die damals erwiesene Beeinflussung durch den Vater seither eingestellt worden sei. So erscheine es beispielsweise unglaublich, dass es der Idee eines 12-jährigen Kindes entspringe, seinen Willen notariell beglaubigen zu lassen. Weiter müsse davon ausgegangen werden, dass sich das Mädchen nur unter väterlichem Einfluss im Nachgang zur Vermittlungsverhandlung an die Kindesvertreterin gewandt und dieser mitgeteilt habe, dass sie auch unter Zwang nicht in ein Flugzeug nach Mexiko einsteigen werde.

E. 4.4

Während im Zusammenhang mit der Kindesrückführung im Jahr 2015 die Beeinflussung des Kindes durch den Vater ins Auge sprang (dazu im Einzelnen Urteil 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.2), ergeben sich für das vorliegende Verfahren aus den kantonalen Sachverhaltsfeststellungen keine Hinweise auf eine eigentliche Manipulation des Kindeswillens. Im Gegenteil spricht die Tatsache, dass C._____ bereits in Mexiko, wo sie überwiegend bei der Mutter lebte, den Wunsch äusserte, in der Schweiz leben zu dürfen, und sie die Mutter zunehmend auch drängte, ihrem Bitten nachzugeben, für eine autonome Willensbildung. Gegen eine massgebliche Beeinflussung des Kindeswillens spricht weiter, dass C._____ Mexiko keineswegs verteufelt, sondern es ihr dort ebenfalls gut gefällt und sie gerne für Ferientaufenthalte zurückkehren möchte. Gleich zu bewerten sind ihre Aussagen, dass sie beide Elternteile gern hat und es ihr Herzensanliegen wäre, soweit beide in ihrer Nähe zu haben. Die gute Beziehung zu beiden Elternteilen äusserte sich auch darin, dass C._____ (wie sich aus der Stellungnahme der Kindesvertreterin an das Bundesgericht ergibt) mit ihrer Mutter möglichst viel Zeit verbringen wollte, als diese für das vorinstanzliche Rückführungsverfahren in der Schweiz weilte. Die Tatsache des zu beiden Seiten intakten Eltern-Kind-Verhältnisses (in den Worten der Mutter: C._____ könne sich nicht entscheiden, zu wem sie sich mehr hingezogen fühle) spricht entgegen den Ausführungen in der Beschwerde nicht für eine Beeinflussung durch den Vater, sondern wie gesagt dagegen, ist dies doch erfahrungsgemäss ein zentrales Anliegen von Kindern und wirken die entsprechenden Aussagen von C._____ spontan und natürlich. Es ist zu hoffen, dass gute und freie Kontakte (Skype, Besuche in der Schweiz, Ferientaufenthalte in Mexiko, etc.) zum anderen Elternteil im Anschluss an den vorliegenden Entscheid im Interesse des Kindes ermöglicht und gefördert werden.

Für den auf Verbleib in der Schweiz gerichteten und im Übrigen seit längerer Zeit gegenüber verschiedenen Personen bzw. Institutionen und in unterschiedlichen Situationen bzw. Konstellationen konstant geäusserten Kindeswillen vermag C._____

nachvollziehbare und altersadäquate Gründe zu nennen, nämlich die schulische Situation, die späteren beruflichen Möglichkeiten (die mit den "grösseren Chancen" offensichtlich angesprochen sind) und die generell grösseren Freiheiten. Hierfür verfügt das zwischenzeitlich 12½-jährige Mädchen über umfassende und auf eigener Wahrnehmung beruhende Grundlagen, kennt es doch die Umgebung, die Wohn- und Schulsituation sowie das familiäre Umfeld in beiden Ländern aus eigener und während längeren Zeiteinheiten gewonnener Erfahrung. Aufgrund dieser Umstände und auch, weil es bereits einmal eine Rückführung durchgemacht hat, kann es deren volle Tragweite sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den konkreten Lebensalltag abschätzen.

Sodann hat C._____ ihren Willen auch mit einem gewissen Nachdruck kundgetan. So ist sie in Mexiko mit ihrem Anliegen mehrmals ihre Mutter angegangen und hat sich auch mehrmals mit Briefen an die dortigen Richter gewandt. Schliesslich ist sie nach ihrer Darstellung bei der Anhörung aus eigenen Stücken von einem Besuchswochenende beim Vater nicht mehr zur Mutter zurückgekehrt, um ihren Wunsch in die Tat umzusetzen, als sie zum Schluss kam, dass dieser von der Mutter nicht wahrgenommen bzw. diese einem Landeswechsel nicht zustimmen würde.

All das Gesagte spricht für einen eigenen und gefestigten Willen, im Staat des Verbringens verbleiben zu dürfen, welchen es bei einem offensichtlich gut entwickelten und ziemlich selbständigen 12½-jährigen Mädchen im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 HKÜ zu beachten gilt.

E. 4.5

Ferner verweist die Mutter in ihrer Beschwerde darauf, dass in Mexiko nach wie vor das Sorgerechtsverfahren hängig sei und namentlich die psychologische Begutachtung von C._____ noch ausstehe. Ohne Rückgabe des Kindes werde der mexikanische Entscheid über die Sorgerechtszuteilung gewissermassen vorweggenommen.

In der Tat ist eines der vorrangigen Ziele des HKÜ die Rückführung des Kindes in den Herrschaftsbereich der ursprünglichen Jurisdiktion; dies zeigt sich zum einen darin, dass es im Grundgedanken der Konvention nicht an einen bestimmten Ort, sondern in den Herkunftsstaat zurückzuführen ist (vgl. Präambel des HKÜ; allerdings Möglichkeit und gegebenenfalls auch Pflicht zur Rückführung an einen bestimmten Ort, vgl. Urteil 5A_27/2011 vom 21. Februar 2011 E. 8; für weitere Hinweise siehe namentlich ALFIERI, *Enlèvement international d'enfants*, Diss. Bern 2016, S. 66), und zum anderen anhand der Verknüpfung des HKÜ mit dem die materielle Sorgerechtszuständigkeit regelnden Haager Kinderschutzübereinkommen (HKsÜ, SR 0.211.231.011), indem der in Art. 5 Abs. 2 HKsÜ für den Fall der Veränderung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes vorgesehene Zuständigkeitswechsel gemäss Art. 7 Abs. 1 und 3 HKsÜ bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes durchbrochen und die ursprüngliche Entscheidzuständigkeit diesfalls aufrechterhalten wird (vgl. auch Art. 16 und 19 HKÜ).

Indes gehören auch die Ausschlussgründe als Teil des Rückführungsübereinkommens zum Haager System. Ist ein Ausschlussgrund gegeben, führt dies - ungeachtet der offenen "kann-Formulierung" - grundsätzlich dazu, dass Abstand von einer Rückführung genommen wird. Die Argumentation der Mutter würde darauf hinauslaufen, dass die Ausschlussgründe grundsätzlich keine Wirksamkeit erlangen könnten; hierzu sind sie selbstredend nicht geschaffen worden.

E. 5

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter der Beteiligten sind aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), wobei dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass die Rechtsschriften sich im Wesentlichen auf das Thema des Kindeswillens beschränkten und deshalb im Vergleich zu anderen Rückführungsverfahren eher kurz ausfielen.

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