

BGer 5A_51/2015 vom 25. März 2015

Bundesgericht, 2015-03-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_51_2015

FR: TF 5A_51/2015 du 25 mars 2015

IT: TF 5A_51/2015 del 25 marzo 2015

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid über die auf das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20. Mai 1980 (Europäisches Sorgerechtsübereinkommen, ESÜ, SR 0.211.230.01) gestützte Anerkennung und Vollstreckung eines ungarischen Sorgerechtsentscheides. Diesbezüglich steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 und Art. 75 Abs. 1 BGG). Für das Verfahren kommen ergänzend die Vorschriften des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) zur Anwendung (vgl. Art. 1 und 14 BG-KKE). Mit der Beschwerde in Zivilsachen 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 ESÜ gehört.

E. 2

Das Kantonsgericht ist von der Vollstreckbarkeit des Berufungsurteils im Sinn von Art. 7 ESÜ und von der Einhaltung der sechsmonatigen Frist des Antrages auf Wiederherstellung des Sorgerechts gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b ESÜ ausgegangen. Es hat sodann einen Verstoß gegen den Ordre public gemäss Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b IPRG verneint. Zwar seien die Töchter vom Gericht nicht persönlich angehört worden, wohl aber im Rahmen der den ungarischen Urteilen zugrunde liegenden beiden psychologischen Gutachten. Nebst der Anhörung seien mit den Kindern auch verschiedene Tests gemacht und somit ihr Wille ausführlich erforscht worden. Die delegierte Anhörung würde auch nach schweizerischem Recht genügen.

Gestützt auf die vorstehenden Überlegungen hat das Kantonsgericht das Berufungsurteil als grundsätzlich anerkennbar erachtet und in der Folge die materiellen Einwände geprüft. Dabei hat es zuerst die Erwägungen der ungarischen Gerichte wiedergegeben. Gemäss dem Bezirksgericht U._____ würden die Gutachter sowohl den Vater als auch die Mutter als erziehungsfähig erklären, wobei der Vater durch eine stärkere Gefühlsbeziehung zu den Kindern leicht besser geeignet sei. Mit Blick auf das Heranwachsen der Töchter seien diese aber der Mutter zuzuteilen. Gemäss Berufungsgericht, welches die Zuteilung an den Vater ausführlich begründet habe, hätte die erste Instanz ausser Acht gelassen, dass laut den beiden Gutachten der Vater besser geeignet sei, die Kinder zu erziehen. Bereits im erstinstanzlichen Verfahren seien Angaben aufgetaucht, welche die Kindererziehungsfähigkeiten der Mutter auf gebührendem Niveau in Frage gestellt hätten. Auch ihr Verhalten nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils erwecke diesbezüglich erneut Zweifel. Sie habe durch den Umzug in die Schweiz die Kontaktmöglichkeiten zwischen den Töchtern und dem Bruder E.A._____ erschwert und einseitig ihre

Interessen verfolgt, während sich der Vater kompromissbereit gezeigt habe. Es würden wesentliche Unterschiede zwischen dem Kindererziehungsvermögen der Parteien bestehen. Die Kinder würden sich mit dem Vater emotional verbunden fühlen. Dieser sei vier bis fünf Mal pro Monat über die normale Arbeitszeit hinaus nicht zu Hause. In dieser Zeit könne seine Mutter die Kinder betreuen. Das Kantonsgericht schloss aus den Erwägungen, dass das ungarische Berufungsgericht das Sorgerecht entgegen der Behauptung der Mutter nicht nach dem Verschuldensprinzip zugeteilt habe, was mit dem Ordre public unvereinbar wäre. Vielmehr habe es auf die Gutachten abgestellt, gemäss denen der Vater leicht besser geeignet sei, und befunden, dass das Verhalten der Mutter nach dem erstinstanzlichen Urteil zusätzlich negativ zu beurteilen sei.

Das Kantonsgericht ist sodann auf die Versagensgründe von Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ESÜ zu sprechen gekommen. Es hat festgehalten, dass einzig Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ angerufen werden könne, welcher sich nicht explizit zur Frage äussere, ob die Wirkungen zum Zeitpunkt des Erlasses der materiellen Entscheidung oder zum Zeitpunkt der Urteilsvollstreckung zu prüfen seien. Die Systematik spreche nicht gegen eine offene Auslegung im Sinn eines Einbezuges der aktuellen Verhältnisse, wie dies bei Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ explizit vorgesehen sei. Aufgrund der unterschiedlichen Formulierungen von lit. a und b könnten die veränderten Verhältnisse bei lit. a sogar in einem umfassenderen Bereich und mit einer anderen Gewichtung als bei lit. b berücksichtigt werden. Im Übrigen gehe es primär und letztlich einzig um das heutige Kindeswohl und nicht um die Interessen bzw. Rechte der Eltern, auch wenn von einem widerrechtlichen Verbringen der Kinder in die Schweiz auszugehen sei. Ausgehend von diesem Auslegungsergebnis sei zu berücksichtigen, dass die beiden Kinder nunmehr seit 16 Monaten in V. _____ lebten und sich im Kreis der neuen Familie sowie in der Schule gut integriert hätten. Sie möchten eine gute Beziehung zum Vater, aber nicht zu diesem zurück, sondern hier bleiben. Es scheine, dass sie ihren Bruder E.A. _____ nicht allzu sehr vermissen würden, auch wenn es für sie schön wäre, mehr Kontakt mit ihm zu haben. Sie würden sich in ihrer neuen Umgebung wohl fühlen und aufgrund der grösseren räumlichen Distanz der Parteien die Spannungen weniger spüren. Auch wenn der plötzliche Umzug in die fremde Umgebung und unbekannte Sprache sowie der Verlust des Kontaktes zum Vater und Bruder sowie der Verlust des dortigen schulischen Umfeldes einen schweren Einschnitt in ihrem Leben bedeutet habe, würden sie sich hier gut entwickeln. Aufgrund der Tatsache, dass sie nunmehr mit ihrer Mutter in der Schweiz lebten, würden sie sich ihr emotional stark verbunden fühlen. Mit Blick auf die Geschichte der beiden Mädchen sei es mit dem Kindeswohl heute nicht vereinbar, ihnen gegen ihren Willen die neue Familie und ihre jetzige Umgebung wegzunehmen und sie zurück nach Ungarn zu ihrem Vater zu führen. Es sei auch das Alter der beiden Mädchen zu berücksichtigen, welches eine selbständige Meinungsbildung erlaube, zumal sie auch beim Vater gelebt und dort neulich Urlaub verbracht hätten, so dass sie abschätzen könnten, was eine Rückführung für sie bedeuten würde. Gestützt auf ihre Erfahrungen in beiden Familien seien sie zum Schluss gekommen, dass sie heute lieber in der Schweiz leben würden. Nicht unwesentlich sei schliesslich, dass C.A. _____ am xx.xx.2015 vierzehn Jahre alt werde und als dieses Alter gemäss § 74 des ungarischen Gesetzes über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft ein Entscheid über die Unterbringung des Kindes nur mit seinem Einverständnis erlassen werden könne. C.A. _____ könnte somit, selbst wenn sie jetzt zum Vater zurückgeführt würde, in rund fünf Monaten bestimmen, dass sie bei der Mutter leben möchte; ein "double return" sei aber zu vermeiden.

E. 3

Inhaltlich geht es um die auf das ESÜ gestützte Anerkennung und Vollstreckung der Sorgerechtsentscheidung des Berufungsgerichts Székesfehérvár vom 17. Oktober 2013.

Gemäss Art. 7 ESÜ werden Sorgerechtsentscheidungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind, in jedem anderen Vertragsstaat anerkannt und, wenn sie im Ursprungsstaat vollstreckbar sind, für vollstreckbar erklärt. Für die einzelnen Anerkennungs Voraussetzungen und Versagensgründe sind Art. 8-12 ESÜ zu beachten, unter Berücksichtigung allfälliger Vorbehalte im Sinn von Art. 17 ESÜ.

Art. 8 ESÜ regelt den - vorliegend gegebenen (vgl. E. 4.2) - Fall des unrechtmässigen Verbringens. Damit kommt Art. 9 ESÜ nicht zur Anwendung. Vom Grundsatz her ebenfalls nicht zum Tragen kommt der nur in

anderen als den Fällen gemäss Art. 8 und 9 ESÜ - d.h. bei erlaubtem Verbringen oder bei Ablauf der 6-Monate-Frist (vgl. Explanatory Report, Rz. 46) - anwendbare Art. 10 ESÜ, welcher verschiedene materielle Gründe regelt, die gegen die Anerkennung und Vollstreckung vorgebracht werden können.

Indes hat Ungarn gestützt auf Art. 17 Abs. 1 ESÜ einen Vorbehalt angebracht, wonach der Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ auch in den Fällen von Art. 8 und 9 ESÜ - also bei widerrechtlichem Verbringen - vorgebracht werden kann. Gemäss Art. 17 Abs. 2 ESÜ darf die Schweiz diesfalls Gegenrecht halten und Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ ebenfalls in einem Fall gemäss Art. 8 ESÜ anwenden. Dies liesse sich im Übrigen auch aus Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111) ableiten. Zwar scheint der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 ESÜ der Berücksichtigung von Versagensgründen entgegenzustehen, soweit die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Dies gilt aber nach der Lehre nicht für Versagensgründe, welche sich auf Vorbehalte im Sinn von Art. 17 ESÜ stützen (vgl. PIRRUNG, in: von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vorbem. C-H zu Art. 19 EGBGB, Internationales Kindschaftsrecht 2, Berlin 2009, E 45).

Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ kann die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden, wenn die Wirkungen der Entscheidung mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts im ersuchten Staat offensichtlich unvereinbar sind. Weder Ungarn noch die Schweiz haben einen Vorbehalt in Bezug auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ angebracht, wonach eine Versagung auch möglich wäre, wenn aufgrund einer Änderung der Verhältnisse - wozu auch der Zeitablauf, nicht aber der blosse Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes infolge eines unzulässigen Verbringens zählt - die Wirkungen der ursprünglichen Entscheidung offensichtlich nicht mehr dem Wohl des Kindes entsprechen.

Vorliegend ist also der Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ, nicht aber derjenige von Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ anwendbar. Indes war das Verhältnis der beiden Versagensgründe der Kern der kantonsgerichtlichen Entscheidungsfindung und dieses Verhältnis ist auch der zentrale Punkt der Beschwerde (dazu E. 5).

E. 4

Vorweg zur Behandlung der materiellen Versagensgründe sind die formellen Einwände der Beschwerdegegnerin gegen die Anerkennung und Vollstreckung des ungarischen Urteils zu prüfen. Diese können in der Vernehmlassung - unter Vorbehalt der Bestimmungen des BGG - unbeschränkt vorgetragen werden, weil die Beschwerdegegnerin keine

Veranlassung und Möglichkeit hatte, das für sie günstige kantonsgerichtliche Urteil anzufechten.

E. 4.1

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Ausreise aus Ungarn sei besprochen gewesen und habe auch dem Willen der Kinder entsprochen.

Davon ist im angefochtenen Entscheid nicht die Rede und die Beschwerdegegnerin zeigt nicht auf, dass und an welcher Stelle sie diese Behauptung im kantonalen Verfahren erhoben hätte. Das Vorbringen ist somit neu und unzulässig (Art. 99 Abs. 1 BGG).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin bringt weiter vor, sie habe im Zeitpunkt der Ausreise nicht gewusst, dass der Beschwerdeführer gegen das erstinstanzliche ungarische Urteil fristgerecht Berufung eingereicht habe und dieses deshalb nicht rechtskräftig geworden sei. Sie habe also nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass das Urteil des Bezirksgerichts U._____ in Rechtskraft erwachsen sei und es könne ihr kein vorsätzliches Handeln angelastet werden.

Der Beschwerdegegnerin musste bewusst sein, dass gegen das erstinstanzliche Urteil ein Rechtsmittel offen stand. Abgesehen davon ist dies aber auch nicht entscheidend. Das Verbringen ist nämlich gemäss Art. 1 lit. d i.V.m. Art. 12 ESÜ selbst dann widerrechtlich im Sinn von Art. 8 Abs. 1 ESÜ, wenn im Zeitpunkt des Verbringens noch keine vollstreckbare Sorgerechtsentscheidung vorgelegen hat, wohl aber nachträglich eine solche mit der Feststellung der Widerrechtlichkeit und einer Herausgabeverpflichtung ergangen ist (vgl. auch PIRRUNG, a.a.O., E 68). Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zur Konzeption des Haager Übereinkommens über die Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02), bei welchem ein nach dem Verbringen ergangener Entscheid im Herkunftsstaat keine Widerrechtlichkeit zu begründen vermag (vgl. Urteil 5A_713/2007 vom 28. Februar 2008 E. 3).

Nur ergänzend ist festzuhalten, dass selbst bei Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils der Beschwerdegegnerin nicht das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zugekommen wäre: Im Zeitpunkt des Verbringens galt in Ungarn noch das Gesetz Nr. IV von 1952 über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft (Familiengesetzbuch). Gemäss § 72 dieses Gesetzes übten Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus, und zwar auch im Trennungsfall. Das erstinstanzliche Urteil sah die Unterbringung des Sohnes beim Vater und die Unterbringung der Töchter bei der Mutter vor; zum Aufenthaltsbestimmungsrecht äusserte sich das erstinstanzliche Urteil aber nicht explizit. Folglich war hierfür § 72/B Abs. 1 des Familiengesetzbuches massgeblich. Gemäss dieser Bestimmung übten nach der Unterbringung des Kindes die getrennt lebenden Eltern ihre Rechte in wesentlichen Fragen, welche das Schicksal des Kindes berühren, gemeinschaftlich aus. Nach Abs. 2 gehörte zu diesen wesentlichen Fragen insbesondere die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes und die Wahl der Schule. Vor diesem Hintergrund wäre selbst bei rechtskräftigem erstinstanzlichem Urteil die Zustimmung des Vaters zum Aufenthaltswechsel erforderlich gewesen. Dies bestätigte denn auch das Ministerium für Öffentliche Verwaltung und Justiz von Ungarn (gs. Bel. 14). Nur am Rand sei bemerkt, dass zwischenzeitlich der schweizerische Gesetzgeber ebenfalls eine solche Regelung eingeführt hat (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB) und dass eine dahingehend ausgestaltete Gesetzeslage Entführungsfälle überhaupt erst hervorruft.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin macht weiter geltend, dass das Berufungsurteil bei der ungarischen Kuria angefochten worden sei. Es wäre möglich, dass die Kuria das Berufungsurteil kassieren und es dann zu einem unerwünschten "double return" kommen würde.

Im Urteil des Gerichtshofes Székesfehérvár ist ausdrücklich festgehalten, dass dagegen keine Berufung eingelegt werden kann (Übersetzung, gs. Bel. 8 bzw. 19, S. 2 Mitte). Gemäss den kantonsgerichtlichen Feststellungen hat die ungarische Zentralbehörde mit E-Mail vom 29. Juli 2014 unter Hinweis auf § 228 Abs. 1 der ungarischen Zivilprozessordnung die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Berufungsurteils bestätigt; diese E-Mail sah das Kantonsgericht als Bestätigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. d ESÜ an. Das vor der Kuria eingeleitete Verfahren scheint ein Revisionsverfahren zu sein, mit welchem das Berufungsurteil kassiert werden könnte. Die Beschwerdegegnerin bringt nicht vor, dass die Kuria die Vollstreckbarkeit des Urteils des Gerichtshofes Székesfehérvár vorläufig eingestellt hätte.

Im Übrigen wäre es - umso mehr als Rückführungsverfahren eilbedürftig sind - auch nicht zulässig, die Vollstreckungserklärung für ein vollstreckbares Urteil aufzuschieben, nur weil in unabsehbarer Zeit allenfalls ein kassierendes Urteil der Kuria ergehen könnte. Art. 8 Abs. 1 ESÜ verlangt eine umgehende Rückgabe, wenn Kind und Eltern ausschliesslich Angehörige des Ursprungsstaates sind und das Kind vor dem widerrechtlichen Verbringen dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; auch die Lehre geht diesbezüglich von einer Pflicht zu sofortiger Rückgabe aus (BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genf 2003, Rz. 413; GMÜNDER, *Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Scheidungsurteilen unter besonderer Berücksichtigung von kindesrechtlichen Nebenfolgen*, Diss. St. Gallen 2006, S. 138 f.).

E. 4.4

Die Beschwerdegegnerin sieht weiter den *Ordre public* verletzt, weil ihre Beweisanträge vor dem Gerichtshof Székesfehérvár und mithin auch ihr Antrag auf Anhörung der Kinder abgewiesen worden seien. Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin wurde aber in den psychologischen Gutachten keineswegs nur die Erziehungsfähigkeit der Eltern abgeklärt. Vielmehr wurden auch die Kinder angehört; sodann machten die Gutachter zur Eruierung ihres Zugehörigkeitsgefühls diverse Tests und liessen sie Zeichnungen anfertigen. Eine *Ordre public*-Widrigkeit kann deshalb nicht vorliegen, zumal auch der schweizerische Gesetzgeber die Delegation der Anhörung erlaubt (Art. 298 Abs. 1 ZPO) und nach der schweizerischen Rechtsprechung ein im Rahmen eines Gutachtens angehörtes Kind nicht zwingend noch einmal durch das Gericht angehört werden muss (BGE 133 III 553 E. 4 S. 555; zuletzt Urteil 5A_411/2014 vom 3. Februar 2015 E. 2.2).

E. 4.5

Nach dem Gesagten kommt auch das Bundesgericht zum Schluss, dass das ungarische Berufungsurteil anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden kann.

E. 5

Zu prüfen ist im Folgenden die offensichtliche Unvereinbarkeit der Wirkungen der ungarischen Entscheidung mit den Grundwerten des schweizerischen Familien- und Kindschaftsrechts, welche gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ einen Versagensgrund für die

Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der Entscheidung bildet.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass das Kantonsgericht nur formal den Ausdruck "offensichtliche Unvereinbarkeit" gebraucht, von der Sache her aber das Kindeswohl frei überprüft, mithin das Kriterium der Offensichtlichkeit fallen gelassen und darüber hinaus inhaltlich den Versagensgrund von lit. b auf diejenigen von lit. a übertragen habe; beides sei willkürlich. Überdies gehe es nicht an, das Verfahren zu verzögern, um sich dann auf den Zeitlauf zu berufen. Sodann stehe dem Kind nach der Rechtsprechung kein freies Wahlrecht zu, wo und bei wem es leben möchte. Im Anschluss an seine unhaltbar offene Auslegung von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ habe das Kantonsgericht gar nicht erst eine Prüfung vorgenommen, ob die Rückkehr der Kinder mit den schweizerischen Grundwerten offensichtlich unvereinbar wäre, wodurch es erneut willkürlich gehandelt habe. Insgesamt habe das Kantonsgericht in einem eindeutigen Fall die vertretbare Lösung des ungarischen Berufungsgerichts durch einen eigenen Entscheid ersetzt.

E. 5.2

Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ weist eine gewisse Analogie zu Art. 20 HKÜ auf. Während dort die Menschenrechte und Grundfreiheiten den Prüfungsmaßstab bilden, sind es hier die Grundwerte des Familien- und Kindschaftsrechts des Vollstreckungsstaates, mit welchen die Wirkungen des zu vollstreckenden Entscheides offensichtlich unvereinbar sein müssen. Dies ist beispielsweise gegeben, wenn bei der Sorgerechtsentscheidung nicht vorrangig nach dem Kindeswohl, sondern automatisch zulasten des Ehebrechers entschieden wurde, wenn Sorgerechte an Personen zugeteilt wurden, welche nach den Grundwerten des ersuchten Staates nicht zustehen können, wenn ein Elternteil aufgrund des Geschlechts bevorzugt wurde, wenn uneheliche gegenüber ehelichen Kindern benachteiligt oder wenn sie aufgrund der Religion oder Staatszugehörigkeit diskriminiert wurden (PIRRUNG, a.a.O., E 58).

Eine offensichtliche Unvereinbarkeit mit Grundwerten im Sinn von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ kann nach der Lehre auch gegeben sein, wenn - analog zum Versagensgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ - eine schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls droht (PIRRUNG, a.a.O., E 58). Nach konstanter Rechtsprechung ist eine schwerwiegende Gefahr zu bejahen bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet oder wenn zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird, ohne dass die Behörden rechtzeitig einschreiten würden (Urteile 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.2; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1).

Schliesslich kann auch die verweigernde Haltung des Kindes bei Erreichen des erforderlichen Alters zur Bejahung des Versagungsgrundes von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ führen. Zwar sieht das Übereinkommen einzig vor, dass die Meinung des Kindes im Zusammenhang mit dem Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ festzustellen ist (vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. a ESÜ). Diese Verpflichtung ergibt sich aber in genereller Weise auch aus Art. 9 Abs. 2 BG-KKE und nach der Lehre kann ein klar geäussertes Widerspruch des Kindes im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ berücksichtigt werden, soweit die Berücksichtigung des Kindeswillens zu den Grundwerten des Familien- und Kindesrechts des ersuchten Staates gehört (PIRRUNG, a.a.O., E. 58). Diese Voraussetzung kann vorliegend bejaht werden. Die Bestimmung von Art. 133 Abs. 2 ZGB, wonach die

Meinung des Kindes im Scheidungsverfahren soweit tunlich zu berücksichtigen ist, sowie die im Rückführungsverfahren eine Anhörung des urteilsfähigen Kindes vorschreibende Norm von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE bringen eine Grundanschauung der schweizerischen Werteordnung zum Ausdruck, wonach der Kindeswille in die Entscheidfindung einzufließen habe, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in welchem es zu autonomer Willensbildung befähigt ist. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ab ungefähr elf bis zwölf Jahren der Fall (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149 f.) und kann aufgrund der ersichtlichen Reife für beide Mädchen angenommen werden. Freilich steht es nicht zur freien Disposition der Kinder, schon gar nicht im Vollstreckungsverfahren, wo und bei wem sie lieber sein möchten (BGE 134 III 88 E. 4 S. 91). Vielmehr geht es - in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ und betreffend die materiellen Scheidungs- bzw. Sorgerechtsverfahren - auch im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ nicht um aufenthaltsbezogene Dispositionsbefugnisse des Kindes, sondern darum, dass sein Wille bei der Entscheidfindung mitberücksichtigt und nach Möglichkeit beachtet wird, was umso mehr der Fall ist, je älter das Kind ist und je mehr es seinen Willen mit Nachdruck äussert und sich der Rückführung mit plausiblen Gründen widersetzt (dazu im Einzelnen BGE 133 III 88 E. 4 S. 91, wo im Ergebnis die Rückführung von 8- und 14-jährigen Kindern nach Frankreich angeordnet worden ist; geschützt durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Nr. 3592/08 vom 22. Juli 2014). Bezogen auf das ESÜ muss das Widersetzen folglich so geartet sein, dass die Rückführung angesichts der Verweigerungshaltung der Kinder in offensichtlicher Weise gegen die Grundwerte des schweizerischen Familien- und Kindesrechts verstossen würde.

E. 5.3

Nach den zutreffenden Vorbringen des Beschwerdeführers hat das Kantonsgericht den Norminhalt von Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ in den Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ umgegossen (vgl. zusammenfassende Darstellung der kantonsgerichtlichen Überlegungen in E. 2).

An den Erwägungen des Kantonsgerichts ist so viel richtig, dass auch bei Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ von der Situation im Zeitpunkt der Vollstreckbarerklärung auszugehen ist; der Wortlaut der staatsvertraglichen Bestimmung ist bewusst dahingehend gefasst, dass nicht etwa das ausländische Urteil als solches, sondern dass seine

Wirkungen mit den Grundwerten des Vollstreckungsstaates offensichtlich unvereinbar sein müssen. Im Zusammenhang mit einer HKÜ-Rückführung, welche gestützt auf ein fünf Jahre früher ergangenes rechtskräftiges schweizerisches Urteil und einen vorübergehenden Ferienaufenthalt des Kindes anbegehrt worden war, hat das Bundesgericht festgehalten, dass es bei der Rückführung insofern um eine Momentaufnahme gehe, als sich gerade bei kleineren Kindern die tatsächliche Situation von Natur aus rasch ändern könne und es jedenfalls bei sehr grossem Zeitablauf und vermutungsweise grundlegend veränderter Sachlage dem Gesuchsteller obliege, in groben Zügen die aktuelle Situation zu schildern und damit wenigstens in Umrissen die Kongruenz zwischen Vollstreckungstitel und Vollstreckungsinhalt darzutun (Urteil 5A_293/2010 vom 22. Juni 2010 E. 3). Diese Überlegungen gelten auch im Zusammenhang mit dem ESÜ.

Indes dürfen bei Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ nicht einfach die veränderten Verhältnisse zum Ausgangspunkt des Vollstreckungsentscheides genommen werden; dies wäre nur im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 lit. b ESÜ möglich, welcher inhaltlich eine Nähe zu Art. 12

Abs. 2 HKÜ aufweist. Generell ist einzig der materiell zuständige Sorgerechtsrichter - und dies ist vorliegend nach wie vor nicht der schweizerische Richter (vgl. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Haager Kindesschutzübereinkommens, HKsÜ, SR 0.211.231.011) - befugt und gehalten, direkt auf die veränderten Verhältnisse abzustellen. Beim Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ geht es ausschliesslich um die Frage, ob die Vollstreckung des ungarischen Entscheides im heutigen Zeitpunkt Wirkungen zeitigen würde, die mit den Grundwerten des schweizerischen Familien- und Kindesrechtes schlechterdings unvereinbar wären. Diese Prüfung ist etwas anderes als das Abstellen auf die veränderten Verhältnisse.

Die Prüfung der offensichtlichen Unvereinbarkeit hat das Kantonsgericht zufolge Uminterpretation des Normgehalts von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ von der Sache her nicht vorgenommen. Es ist deshalb nicht zu sehen, inwiefern der angefochtene Entscheid in seiner Begründung geschützt werden könnte, zumal er im Wesentlichen auch auf der falschen Annahme beruht, dass das ältere der beiden Mädchen in wenigen Monaten frei über seinen Aufenthalt entscheiden und es deshalb zu einem baldigen "double return" kommen könnte.

Diese Annahme basiert auf § 74 des früheren Familiengesetzbuches. Indes ist am 15. März 2014 das neue ungarische Bürgerliche Gesetzbuch (Gesetz 2013 Nr. V) in Kraft getreten, welches die frühere Kodifikation aus dem Jahr 1959 (Gesetz 1959 Nr. IV) sowie das als Sondergesetz konzipierte Familiengesetzbuch (Gesetz 1952 Nr. IV) ersetzt hat. Im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch ist die elterliche Sorge in den §§ 4:146 ff. geregelt. Nach § 4:148 haben die Eltern bei ihren Entscheidungen die Meinung des Kindes altersadäquat zu berücksichtigen und gemäss § 4:152 Abs. 4 kann ein Kind, das sein

16. Lebensjahr vollendet hat, den Wohnsitz der Eltern oder einen anderen durch die Eltern bezeichneten Aufenthaltsort mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde ohne Einwilligung der Eltern verlassen, falls dies nicht im Gegensatz zu seinen Interessen steht (vgl. Abdruck des neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches bei BERGMANN/FERID/HENRICH, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M., 209. Lieferung, Ungarn S. 117 f.). Damit knüpft das ungarische Recht an die gleiche Alterslimite an, wie sie auch für die Anwendung des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens und des Haager Rückführungsübereinkommens vorgesehen ist (vgl. Art. 1 lit. a ESÜ bzw. Art. 4 HKÜ). Vorliegend werden noch mehrere Jahre vergehen, bis die beiden Mädchen mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde den ihnen durch das anzuerkennende und für vollstreckbar zu erklärende Urteil des Gerichtshofes Székesfehérvár zugewiesenen Unterbringungsort verlassen können.

Eine Spekulation darüber, was die Mädchen dannzumal entscheiden würden, kann keine offensichtliche Unvereinbarkeit mit den hiesigen familienrechtlichen Grundwerten im Sinn von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ begründen. Ferner sind das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, C.A. _____ werde einen Tag nach Vollendung des 14. Lebensjahres gestützt auf § 74 des Familiengesetzbuches ein Gesuch um Verlegung des Aufenthaltsortes stellen und die ungarische Behörde werde dieses Gesuch umgehend gutheissen, sowie der gestützt darauf gestellte Eventualantrag auf Sistierung des bundesgerichtlichen Verfahrens nach dem Gesagten hinfällig.

E. 5.4

Aus dem vorstehend Dargelegten ergibt sich, dass die kantonsgerichtlich vorgenommene Auslegung von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ nicht geschützt werden kann. Nicht nur überdehnt sie den Wortlaut der betreffenden Bestimmung des Staatsvertrages, sondern sie verkehrt deren Sinn und Zweck ins Gegenteil, indem im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung eine eigentliche materielle Neu beurteilung vorgenommen und damit von der Sache her der ungarische Entscheid durch eine schweizerische Entscheid ersetzt statt dessen Anerkenn- und Vollstreckbarkeit geprüft wird.

E. 6

Im Zusammenhang mit der kantonsgerichtlich implizit verweigerten Prüfung der offensichtlichen Unvereinbarkeit mit den Grundwerten des schweizerischen Familien- und Kindschaftsrechts im Sinn von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ stellt sich die Frage, ob die Sache diesbezüglich an das Kantonsgericht zurückzuweisen ist.

Angesichts der grundsätzlichen Eilbedürftigkeit von Rückführungssachen - der Richtlinienwert gemäss Art. 11 Abs. 2 HKÜ von sechs Wochen für ein gerichtliches Rückführungsverfahren kann angesichts von Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 ESÜ auch für das Sorgerechtsübereinkommen als Richtschnur gelten - scheint eine Rückweisung nicht sachgerecht, zumal es für die Vornahme der Prüfung keiner weiteren Abklärungen bedarf und für die Parteien klar war, dass das Bundesgericht grundsätzlich reformatorisch entscheidet (Art. 107 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Stellungnahme denn auch umfassend zu einer allfälligen Rückführung Stellung genommen, so dass sich unter Gehörsaspekten keine Probleme ergeben. Vom rechtlichen Rahmen her ist es möglich, dass das Bundesgericht die im Übrigen auch durch Art. 10 Abs. 2 BG-KKE gebotene Prüfung selbst vornimmt; soweit das Kantonsgericht hierfür relevante Elemente des sich aus den Akten umfassend und vollständig ergebenden Sachverhaltes nicht in seine Erwägungen überführt hat, kann dies gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG nachgeholt werden.

E. 6.1

Aus den Anhörungen der Kinder ergibt sich, dass diese sich in V. _____ gut eingelebt und integriert haben, insbesondere auch schulisch. Sie haben neue Freundinnen gewonnen und unternehmen mit diesen die üblichen Dinge. Sie werden von den Lehrerinnen als aufgeweckt und begabt geschildert, insbesondere auch in sprachlicher Hinsicht. Indes ist offensichtlich immer noch das Ungarische die ihnen am nächsten liegende Sprache. Bei den Anhörungen, die von einer Dolmetscherin begleitet waren, hat D.A. _____ je nach Situation deutsch oder ungarisch gesprochen und es wurden zum Teil auch Fragen übersetzt (amtl. Bel. 33); C.A. _____ hat zu einem grossen Teil ungarisch gesprochen und es wurden zum Teil auch Fragen übersetzt (amtl. Bel. 34).

Während der Umzug in die Schweiz für die Mädchen eine eigentliche Zäsur war (unbekanntes Land, fremde Sprache, neues schulisches Umfeld), würde eine Rückführung einen nicht annähernd vergleichbaren Einschnitt bedeuten. Sie würden wieder ihre Muttersprache sprechen, in ein bekanntes schulisches Umfeld kommen (gemäss Anhörung haben sie zum Teil auch immer noch Kontakt mit ihren ungarischen Freundinnen - bei C.A. _____ stammen sogar die beiden besten Freundinnen aus Ungarn, während D.A. _____ angab, sie kommuniziere mit den ungarischen Freundinnen nicht persönlich, sondern nur über Facebook) und insbesondere in ein bekanntes und geliebtes Umfeld zurückkehren, hielten sie sich doch ab der Trennung der Eltern bis zur Verbringung in die Schweiz abwechslungsweise eine Woche bei der Mutter und eine Woche beim Vater auf.

Was die Situation im väterlichen Haushalt anbelangt, so hat der Beschwerdeführer, welcher als H. _____ beim Fernsehen arbeitet, bei seiner Anhörung ausgeführt, dass er an zwei Tagen pro Woche auswärts arbeite und dann von 08:30 bis 21:30 Uhr weg sei. An den anderen Tagen sei er flexibel und könne vieles per E-Mail oder Skype organisieren. Seine Eltern würden bei Abwesenheiten einspringen und auch E.A. _____ könnte seinen Schwestern soweit nötig helfen (amtl. Bel. 52). Es würde mithin wiederum die Situation gegeben sein, wie sie vor dem Verbringen der Kinder bestand, als der Beschwerdeführer in vergleichbarer Weise arbeitete. Dass bei den Arbeitstagen, welche er auswärts verbringt, die Grosseltern die Betreuung abdecken, würde im Übrigen dem entsprechen, was im ungarischen Berufungsurteil so vorgesehen ist.

Ferner erklärte der Beschwerdeführer bei seiner Anhörung, dass er in Bezug auf das Besuchsrecht der Beschwerdeführerin flexibel wäre und der räumlichen Distanz Rechnung tragen würde. Während die Mädchen den Vater zwischenzeitlich kaum gesehen haben (je eine Woche in der Schweiz und in Ungarn), ist jedenfalls nicht zu erwarten, dass der Kontakt zur Mutter abbrechen würde, zumal diese selbst Ungarin und seit ihrem Wegzug in die Schweiz auch verschiedentlich nach Ungarn gereist ist. Möglicherweise hätten die Kinder sogar deutlich häufigeren Kontakt zum anderen Elternteil als dies heute der Fall ist.

Vor dem geschilderten Hintergrund kann nicht von einer schwerwiegenden Gefahr im Fall einer Rückkehr gesprochen werden und eine solche wurde auch weder im kantonalen Verfahren noch vor Bundesgericht je von irgendeiner Seite ins Feld geführt. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern die Wirkungen des ungarischen Urteils mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts in der Schweiz offensichtlich unvereinbar sein könnten.

E. 6.2

Es bleibt zu prüfen, ob die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Urteils angesichts des von den Mädchen geäusserten Wunsches auf Verbleiben in der Schweiz zu einer mit den hiesigen familienrechtlichen Grundwerten offensichtlich unvereinbaren Situation führen würde.

Die Mädchen - deren Aussagen weitgehend deckungsgleich sind - äusserten sich dahingehend, dass sie gerne eine gute Beziehung zum Vater und mehr Kontakt zu E.A. _____ hätten, dass sie aber nicht zurückkehren, sondern in der Schweiz bei ihrer Mutter bleiben möchten. Es gefalle ihnen gut in der neuen Familie und in der Schule, sie würden viel gemeinsam unternehmen und sie hätten neue Freundinnen gewonnen.

Der Beschwerdeführer schilderte bei seiner Parteibefragung, dass nach der Übersiedlung das Telefon von D.A. _____ kaputt ging und kurz darauf auch dasjenige von C.A. _____ nicht mehr funktionierte. Im Unterschied zu früher würden ihm die Mädchen auch nicht mehr all ihre innigsten Sachen und Gefühle mitteilen. In mehreren E-Mails hätten sie ihm schliesslich geschrieben, dass sie in der Schweiz bleiben möchten, wobei er nicht wisse, wer die E-Mails verfasse; sie würden Wörter benutzen, die ihm fremd vorkämen (amtl. Bel. 52).

Es scheint die Situation vorzuliegen, wie sie in Fällen einseitigen internationalen Verbringens von Kindern häufig eintritt: Während die Kinder vorher zu beiden Teilen eine gute und enge Beziehung hatten, entsteht durch die Tatsache des Verbringens und die geschaffene räumliche Distanz zwangsläufig eine einseitige Schicksalsgemeinschaft. Die betroffenen Kinder versuchen ihren Loyalitätskonflikt meist dergestalt zu lösen, dass sie

sich demjenigen Elternteil zuwenden, mit welchem sie in der letzten Zeit gelebt haben und von dem sie sich stärker abhängig fühlen.

Dieser Eindruck, wonach die Kinder einen bestehenden Loyalitätskonflikt auf ihre eigene Weise gelöst haben, wird dadurch verstärkt, dass der ungarische Gutachter bei der damaligen Einvernahme vor Gericht betonte, aus den Zeichnungen beider Mädchen gehe der Wunsch nach einer Wiedervereinigung der Familie hervor (gs. Bel. 17, S 8), und dass die Mädchen bei ihrer Einvernahme vor dem Kantonsgericht, aber soweit aus den Akten ersichtlich auch andernorts keine negativen Aussagen oder Vorbehalte gemacht haben, weder gegenüber ihrem Vater noch gegenüber Ungarn oder das dortige schulische und familiäre Umfeld. Vielmehr koppeln sie den "ungarischen Teil" gewissermassen ab, indem sie sich dazu gar nicht äussern, weder zur bisher in Ungarn verbrachten Kindheit noch zur Situation, wie sie bei einer Rückkehr bestehen würde, sondern ihre Ausführungen auf das Leben in der Schweiz beschränken. Darüber berichten sie detailreich und halten fest, dass es ihnen hier besser gefällt und sie in der Schweiz bei ihrer jetzigen Familie bleiben möchten. Nach eineinhalb Jahren am neuen Aufenthaltsort wäre ein anderes Aussageverhalten aber vernünftigerweise auch nur dann zu erwarten, wenn die hiesige Situation für die Mädchen untragbar oder jedenfalls belastend wäre, was nicht der Fall ist. Es bestehen aber auch keine konkreten Anhaltspunkte, dass dies bei einer Rückkehr nach Ungarn im Anschluss an eine kurze Wiedereingewöhnungsphase der Fall wäre. In den Aussagen der beiden Mädchen kommt denn auch nicht ein eigentliches Widersetzen zum Ausdruck, sondern der in jeder Hinsicht nachvollziehbare Wunsch, dass ihre Situation nicht erneut eine Veränderung erfährt, sondern endlich Ruhe einkehrt. D.A. _____ hat dies auf den Punkt gebracht mit der Aussage: So wie es jetzt familiär sei, sei es gut für sie.

So verständlich und konstant geäussert die Wünsche der beiden Mädchen auch sind, müssen sie doch im Kontext der konkreten Situation gelesen werden und ist davon auszugehen, dass sie bei umgekehrter Situation sehr wohl gerade gegenteilig lauten könnten. Jedenfalls erscheinen die Wirkungen der ungarischen Entscheidung vor dem geschilderten Hintergrund nicht als mit den Grundwerten des schweizerischen Familien- und Kindschaftsrechts offensichtlich unvereinbar (vgl. dazu E. 5.2 a.E.).

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ zu verneinen ist, was zu einer auf Art. 7 ESÜ gestützten Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in Bezug auf das Urteil des Gerichtshofes Székesfehérvár vom 17. Oktober 2013 führt.

Der Beschwerdeführer verlangt auch die Rückführung der beiden Kinder und in diesem Zusammenhang zahlreiche Vollzugsanordnungen, namentlich die Bezeichnung einer Begleitperson durch das Gericht. Die Hoheit für den Vollzug liegt aber bei den Kantonen (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE) und das Bundesgericht kann nicht direkt auf das entsprechende Personal zugreifen. Eine konkrete Vollzugsregelung durch die kantonale Instanz scheint deshalb unumgänglich, zumal sie organisatorischer Vorkehrungen und einer Koordination mit den Eltern und der kantonalen Vollzugsbehörde bedarf. Im Vordergrund wird ohnehin die im kantonalen Gesuch als Hauptvariante aufgeführte Abholung der Kinder in der Schweiz und nicht die Rückführung durch behördlich bezeichnete Begleitpersonen stehen.

Nach dem Gesagten ist vorliegend das ungarische Urteil anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären. Im Übrigen ist die Sache für die Organisation und den Vollzug

der Rückführung, welche selbstverständlich unter Vorbehalt unvorhersehbarer neuer Entwicklungen steht, an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 ESÜ ist das Verfahren kostenlos und sind die Kosten der beigezogenen Rechtsanwälte zu vergüten.

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