

# **BGer 5A\_721/2009 vom 7. Dezember 2009**

Bundesgericht, 2009-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_721\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_721_2009)

FR: TF 5A\_721/2009 du 7 décembre 2009

IT: TF 5A\_721/2009 del 7 dicembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Rückführungsanordnungen gemäss dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) 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 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) , das gemäss Art. 16 der Übergangsbestimmungen ab seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2009 sofort anwendbar ist, bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde zur Vollstreckung der Rückführungsentscheide; im Kanton Zürich ist dies das Jugendamt. Dessen Verfügung vom 25. September 2009, 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. 2 lit. a BGG ). Die Eingabe wurde innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG an die Bildungsdirektion gesandt und von dieser an das Bundesgericht weitergeleitet. Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde sind mithin erfüllt.

### **E. 2**

Das Jugendamt hatte als Vollstreckungsbehörde darüber zu befinden, ob die im Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 festgehaltenen Rückführungsbedingungen eingetreten waren.

#### **E. 2.1**

Angelpunkt der bundesgerichtlichen Überlegung für die Formulierung solcher Bedingungen im Rückführungsurteil vom 16. April 2009 war, dass es nicht zu einer Trennung zwischen dem damals knapp zweijährigen (heute zweieinhalbjährigen) Sohn und der Mutter, die ihn bislang ausschliesslich betreut hatte, kommen dürfe, weil sonst eine Unzumutbarkeit der Rückführung für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ gegeben sei (E. 3.5). Die Befürchtung der Mutter, das Kind könnte ihr bei einer Rückkehr aufgrund einer amerikanischen Sorgerechtsregelung weggenommen werden oder es könnte aufgrund einer unbedingten Gefängnisstrafe wegen contempt of court zu einer Trennung kommen, konnte in einer direkten Kontaktaufnahme mit dem zuständigen amerikanischen Richter ausgeräumt werden (E. 3.6). Hingegen blieb das Problem bestehen, dass das B1/B2-Visum der Mutter keine Einreise in die USA und noch weniger ein dortiges Aufenthaltsrecht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens garantiert (E. 3.7). Aus diesem Grund hat das Bundesgericht die Rückführung von entsprechenden Einreise- und Aufenthaltsgarantien seitens des Herkunftsstaates abhängig gemacht, damit es zu keiner

Trennung zwischen Mutter und Kind kommen kann (E. 3.8).

### **E. 2.2**

In der Folge hat sich die Mutter mit Schreiben vom 1. Mai 2009 unter Beilage des Bundesgerichtsentscheides an die amerikanische Botschaft gewandt. Diese übermachte ihr am 4. Juni 2009 ein an das Department of Homeland Security (Customs and Border Protection) gerichtetes Memorandum der amerikanischen Zentralbehörde (Office of Children's Issues) vom 29. Mai 2009 sowie ein an die Mutter gerichtetes Schreiben des Department of State vom 3. Juni 2009. Im Memorandum wird festgehalten, dass die Einreisebehörden in Philadelphia seitens der Zentralbehörde unter Beilage des Bundesgerichtsentscheides über die Hintergründe der bevorstehenden Einreise von Mutter und Kind informiert worden sind. Mit Schreiben vom 8. Juli 2009 an die Mutter hielt die amerikanische Botschaft schliesslich fest, am 9. Oktober 2008 sei ihr ein für zehn Jahre gültiges B1/B2-Visum ausgestellt worden, das zur mehrfachen Einreise in die USA berechtige. Sie könne ein neues Visum mit spezifischem Einreisegrund (a new visa bearing an annotation which refers to the specific purpose) beantragen; dieses gebe aber nicht mehr Rechte, sondern enthalte einzig zusätzliche Informationen für die Einreisebehörden (an annotated visa will only serve to provide additional information to an officer of the U.S. Customs and Border Protection (CBP) at the U.S. Port of Entry about your current Hague Convention case), die aber nicht über diejenigen hinausgingen, welche die Einreisebehörden inzwischen bereits besässen.

### **E. 2.3**

Das Jugendamt hat in der angefochtenen Verfügung auf die Erwägungen im Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 hingewiesen, wonach das B1/B2-Visum als solches keinen Anspruch auf Einreise gebe und dass das Department of State den Einreisebehörden keine Anweisungen geben könne. In der Folge sei der Mutter keine Einreisegarantie gegeben, sondern lediglich mitgeteilt worden, dass man die Einreisebehörden über den Zweck ihrer Reise informiert habe. Insbesondere aber fehle es auch an Garantien in Bezug auf die Rückführungsbedingung, dass sich die Mutter bis mindestens zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens in den USA aufhalten dürfe. An diesem letztgenannten Umstand vermöge insbesondere das Vorbringen des Vaters in seiner Eingabe vom 24. August 2009, das bestehende Visum bilde zusammen mit dem Memorandum und dem Schreiben des Department of State faktisch eine Einreisegarantie, nichts zu ändern. Es sei deshalb festzustellen, dass die Mutter die für eine Rückführung des Sohnes erforderlichen Garantien trotz ihres fristgerechten Bemühens nicht erhalten habe.

### **E. 2.4**

Der Vater macht in seiner Beschwerde geltend, die Bedingungen im Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 seien allein deshalb aufgestellt worden, dass es nicht zu einer Trennung zwischen Mutter und Kind komme. Nachdem nun Schreiben der amerikanischen Zentralbehörde bzw. des Department of State zuhanden der Einreisebehörden vorlägen und sämtliche Interview-Officers in Philadelphia über den Fall informiert seien, müsse die Einreise im Ergebnis als gesichert gelten, denn kein CBP-Officer würde es wagen, Mutter und Kind die Einreise zu untersagen und damit gegen die klaren Interessen der USA zu verstossen. Eventualiter könne den Bedenken der Mutter dadurch Rechnung getragen werden, dass A. \_\_\_\_\_ erst nach der gelungenen Einreise der Mutter nachkomme. Der

Vater verweist schliesslich auf die Möglichkeit, für die Prozessteilnahme bei Kindesentführungen einen Antrag auf eine Significant Public Benefit Parole (SPBP) zu stellen; diese spezielle Einreisebewilligung stelle eine Art freies Geleit dar, garantiere aber kein Aufenthaltsrecht und sei nur möglich, wenn kein anderes Visum bestehe.

Die Mutter macht in ihrer Vernehmlassung geltend, das B1/B2-Visum erlaube ihr keine Einreise, weil sie mehrere Fragen des an der Grenze auszufüllenden Formulars mit "Ja" beantworten müsse, nämlich ob sie arbeiten wolle, ob sie je das Sorgerecht eines US-Bürgers verletzt habe und ob ihr je ein Visum verweigert bzw. annulliert worden sei. Sodann würden bei der Einreise bekanntlich Fragen über die sozialen und finanziellen Verhältnisse gestellt; sie verfüge aber weder über finanzielle Ressourcen noch über eine Wohnung oder ein soziales Netz in den USA. Über das B1/B2-Visum hinausgehende Garantien seien nicht gegeben worden. Dass ihre Einreise nicht gesichert sei, zeige auch der Vorschlag des Vaters, dass zuerst sie und später der Sohn mit einer Begleitperson einreise; im Übrigen käme es dabei zur verpönten Trennung zwischen ihr und dem Kind. Insbesondere aber sei ihr Aufenthalt in den USA mit einem Visum, das einen Aufenthalt von maximal sechs Monaten erlaube, bei einem möglicherweise lange Zeit in Anspruch nehmenden Sorgerechtsverfahren nicht gesichert. Im Übrigen verfüge sie über keine finanziellen Mittel für den dortigen Aufenthalt; zwar habe der Vater offenbar in einem Affidavit erklärt, für die Kosten von "food and lodging" aufzukommen, allerdings nur "in his home", was nicht akzeptabel sei. Wenn der Vater in der Beschwerde erstmals ein SPBP-Visum anspreche, so stelle dies ein unbeachtliches Novum dar; ohnehin führe er selbst aus, ein solches Visum sei nur erfolgversprechend, wenn noch kein anderes bestehe, und ausserdem gebe dieses kein Aufenthaltsrecht.

### **E. 2.5**

Vor dem Hintergrund des Memorandums der amerikanischen Zentralbehörde und dem Schreiben des Department of State erscheint es absolut unwahrscheinlich, ja ausgeschlossen, dass die über den Zweck und Hintergrund der Einreise informierten Einreisebehörden in Philadelphia der Mutter die Einreise aufgrund ihres bis Oktober 2018 gültigen B1/B2-Visums verweigern, ihr aber gleichzeitig den Sohn A. \_\_\_\_\_ wegnehmen und diesen in den USA zurückbehalten würden. Indes ist nicht zu übersehen, dass der Erwägung im Rückführungs Urteil des Bundesgerichtes vom 16. April 2009, eine Unzumutbarkeit für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ wäre auch dann anzunehmen, wenn es während des Sorgerechtsverfahrens zu einer Trennung käme, indem z.B. die Mutter die USA aus aufenthaltsrechtlichen Gründen verlassen müsste, das Kind aber zurückbehalten würde, nicht Rechnung getragen wird: Diese Bedingung wird in keinem der amerikanischen Schreiben auch nur erwähnt, und noch weniger wurden Garantien für ein Aufenthaltsrecht der Mutter bis zum Abschluss des Sorgerechtsverfahrens abgegeben. Das Jugendamt hat demnach mit seiner Verfügung vom 25. September 2009 weder Recht verletzt noch eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung getroffen, wenn es befunden hat, die im Rückführungs Urteil vom 16. April 2009 aufgestellten Bedingungen seien nicht (alle) erfüllt.

### **E. 3**

Eine völlig andere Ausgangslage ergibt sich nun freilich aufgrund des am 21. Oktober 2009 gefällten Entscheides des Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, wonach der Mutter die freie Ausreise mit dem Sohn A. \_\_\_\_\_ erlaubt wird für den Fall, dass sie

selbst sich aus unverschuldeten Gründen nicht bis zum Abschluss des Sorgerechtsverfahrens in den USA aufhalten dürfte: Y. \_\_\_\_\_ (hereinafter, "Mother") is awarded physical custody of the child, A. \_\_\_\_\_ (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. Diese Regelung gilt sogar für den Fall, dass die Mutter ihrerseits Rechtsmittel gegen den zu fällenden Sorgerechtsentscheid ergreifen sollte: Mother is awarded physical custody of the child such that if after the custody hearing this Court enters a Custody Order that gives Father any periods of physical custody of the child and Mother appeals from the Custody Order to an appellate court in the United States and Mother 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 appeal proceedings, then this Court will grant a supersedeas and stay any portion of its Custody Order which would have prevented Mother and child from returning to Switzerland until all proceedings on appeal are completed.

Damit sind die mit Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 gestellten Bedingungen zwar nicht vom isoliert betrachteten Wortlaut des Dispositivs, wohl aber von der Sache her erfüllt, ging es doch ausschliesslich darum, eine Trennung zwischen Mutter und Kind zu vermeiden. Mit der neuen Entscheidung bzw. den Garantien des zuständigen amerikanischen Sorgerechtsrichters ist nun aber Gewähr dafür geboten, dass dieser Fall nicht eintreten kann; insbesondere ist die im Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 erwähnte Gefahr gebannt, dass der Sohn A. \_\_\_\_\_ trotz Verpflichtung der Mutter zur Rückkehr als ward of court in den USA zurückbehalten werden könnte (E. 3.5). Ein Sachurteil erwächst in jener Form in Rechtskraft, wie es im Dispositiv zum Ausdruck kommt, doch ergibt sich die Tragweite des Dispositivs vielfach erst aus den Urteilsabwägungen ( BGE 121 III 474 E. 4a S. 478; 123 III 16 E. 2 S. 18 unten). So verhält es sich auch im vorliegenden Fall, in welchem die im Dispositiv aufgestellten Rückführungsbedingungen vor dem Hintergrund der Urteilsabwägungen zu lesen sind.

Beim amerikanischen Entscheid vom 21. Oktober 2009 handelt es sich indes, weil zeitlich nach der angefochtenen Verfügung des Jugendamtes ergangen, um ein echtes Novum, das im bundesgerichtlichen Verfahren nicht beachtet werden kann ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Andere Aktenstücke oder Umstände, welche die angefochtene Verfügung als widerrechtlich erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen werden muss.

Nichts hindert aber den Vater, unter Vorlage des amerikanischen Entscheides vom 21. Oktober 2009 ein neues Vollstreckungsgesuch zu stellen, weil einerseits nur Sachurteile, nicht aber Vollstreckungsentscheide in materielle Rechtskraft erwachsen ( BGE 121 III 474 E. 4a S. 477 unten; 123 III 16 E. 2 S. 18) und einem erneuten Gesuch folglich nicht die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden kann und weil andererseits mit dem Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 bewusst nur der Mutter als Verfahrenspartei, nicht aber den amerikanischen Behörden Fristen auferlegt worden sind und deshalb der Berücksichtigung der neuen Entscheidung des Court of Common Pleas of Centre County,

Pennsylvania, mit dessen Erlass der Bedingungseintritt als erfüllt angesehen werden kann, nichts im Wege steht. Aus diesem Grund ist im Übrigen der beim Jugendamt hinterlegte Reisepass von A. \_\_\_\_\_ mit Blick auf ein neues Vollstreckungsgesuch noch während eines Monats ab Zustellung des vorliegenden Urteils zurückzubehalten.

Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass die ökonomischen Bedenken, welche die Mutter in ihrer Vernehmlassung nunmehr ausführlich vorbringt, keine vollstreckungshindernden Tatsachen begründen: Während sie sich im materiellen Rückführungsverfahren einer Rückkehr ursprünglich nicht widersetzt, sondern lediglich eine drohende Trennung von A. \_\_\_\_\_ geltend gemacht hatte, äusserte sie im bundesgerichtlichen Verfahren am Rande auch, dass ihr B1/B2-Visum nicht zu einer Arbeitsaufnahme in den USA berechtigte. 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 des Rechtsmittelverfahrens betreffend die Vollstreckung nunmehr ausführlich schildert und gewissermassen als Hauptgrund für die verlangte Gesuchsabweisung anführt, so macht sie einen materiellen Ausschlussgrund im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ geltend, der - abgesehen davon, dass er im Rückführungsentscheid behandelt worden ist - im Vollstreckungsverfahren nicht vorgebracht werden kann.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die gegen die Verfügung des Jugendamtes vom 25. September 2009 erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

In Rückführungsverfahren 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.