

Umsetzung des Haager und des Europäischen Übereinkommens über internationale Kindesentführungen sowie Ratifikation und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen

Begleitbericht

1 Grundzüge der Vorlage	2
1.1 Ausgangslage	2
1.2 Die beantragte Neuregelung	4
1.2.1 Überblick	4
1.2.2 Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ)	5
1.2.3 Haager Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, HEsÜ)	7
1.2.4 Das Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen	8
2 Finanzielle und personelle Auswirkungen	18
2.1 Auf den Bund	18
2.2 Auf Kantone und Gemeinden	18

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Bei internationalen Kindesentführungen und grenzüberschreitenden Besuchsrechtskonflikten kommen in der Schweiz die Bestimmungen des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ, SR 0.211.230.2) sowie des Europäischen Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (ESÜ, SR 0.211.230.01) zur Anwendung. Beide Übereinkommen sind für die Schweiz bereits seit 1. Januar 1984 in Kraft und wurden von bislang 75 bzw. 34 Staaten ratifiziert.

Die Anwendung des Haager Kindesentführungsübereinkommens in der Schweiz führte in Einzelfällen zu diversen parlamentarischen Vorstössen¹ und kritischen Berichterstattungen in den Medien. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) setzte am 10. März 2005 eine eidgenössische Expertenkommission ein, welche unter anderem den Auftrag erhielt, gesetzgeberische und praktische Verbesserungsvorschläge bei der Behandlung von Fällen internationaler Kindesentführungen zu unterbreiten, wobei insbesondere Möglichkeiten für eine kindesgerechtere Anwendung der Bestimmungen des HKÜ zu beurteilen waren. Am 22. Februar 2006 veröffentlichte der Bundesrat den Schlussbericht² vom 6. Dezember 2005 mit einem Entwurf für ein Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen³.

Der Bundesrat nahm die Vorschläge der Expertenkommission am 22. Februar 2006 zur Kenntnis. Gestützt auf diesen Expertenbericht schlägt er das Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vor. Dieses sieht jedoch nicht nur Anpassungen im Bereich der Kindesentführungen vor, sondern auch die Ratifikation und Umsetzung von zwei weiteren Haager Übereinkommen: Das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ)⁴ sowie das Haager Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den

1 Postulat Vermot-Mangold vom 17. Juni 2004 (04.3367; Wirksamer Schutz bei Kindesentführung durch einen Elternteil), angenommen vom Bundesrat am 24. September 2004 und vom Nationalrat am 17. Dezember 2004; Motion Vermot-Mangold vom 7. Mai 2003 (03.3214; Haager Übereinkommen über internationale Kindesentführungen, Schutz der Kinder); Antrag des Bundesrates vom 19. September 2003, die Motion in ein Postulat umzuwandeln; vom Nationalrat am 13. Juni 2005 als Postulat überwiesen; Interpellation Hubmann vom 7. Mai 2003 (03.3208; Schutz der Kinder), mit Antwort des Bundesrates vom 9. September 2003, Diskussion im Nationalrat am 13. Juni 2005, Interpellation erledigt; Motion Leuthard vom 8. Mai 2003 (03.3235; Kindeswohl und Haager Übereinkommen), angenommen von Nationalrat (3.10.2003) und Ständerat (3.3.2004)

2 Der Bericht ist publiziert auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz: www.bj.admin.ch - Rubrik Gesetzgebung/Internationale Kindesentführungen

3 Der Bericht ist publiziert auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz:

www.bj.admin.ch - Rubrik Gesetzgebung/Internationale Kindesentführungen
4 Für den Text vgl. www.hcch.net (Konvention Nr. 34)

internationalen Schutz von Erwachsenen (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, HESÜ)⁵.

Nach Artikel 85 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) steht für die Schweiz seit 4. Februar 1969 das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) in Kraft. Nach Artikel 85 Absatz 2 IPRG gilt dieses Übereinkommen sinngemäss auch für Volljährige oder für Personen, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig sind, sowie für Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem der Vertragsstaaten haben. Das MSA zeigt in verschiedenen Bereichen Mängel: Die Aufenthalts- (Art. 1 MSA) wird durch die Heimatstaatzuständigkeit (Art. 4 MSA) verwässert, es besteht keine Verpflichtung zur Vollstreckung ausländischer Schutzmassnahmen und die internationale Zusammenarbeit funktioniert nur beschränkt.

Die Schwächen des MSA veranlasste die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, dieses grundlegend zu überarbeiten mit dem Ziel, es zu ersetzen und ausserdem auch für den Schutz von Erwachsenen eine Regelung im grenzüberschreitenden Verkehr zu suchen. Daraus ging am 19. Oktober 1996 das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (HKsÜ) hervor. Ihm folgte am 13. Januar 2000 das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HESÜ). Als Mitglied der Haager Konferenz war die Schweiz an der Vorbereitung beider Übereinkommen massgeblich beteiligt. Sie hat das HKsÜ am 1. April 2003 unterzeichnet⁶. Ebenso wie das MSA soll das HKsÜ Konflikte zwischen den Behörden verschiedener Vertragsstaaten beim Treffen von Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes ausschliessen, wobei die internationale Zusammenarbeit und gegenseitige Rechtshilfe entscheidend erweitert wird. Es ergänzt und unterstützt im übrigen das HKÜ in den Bereichen der elterlichen Verantwortung und des persönlichen Verkehrs (Besuchsrecht).

Das HKsÜ und das HESÜ ergänzen auch verschiedene staatsvertragliche Abmachungen, denen sich die Schweiz bereits früher angeschlossen hat, so unter anderem das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (HAÜ; SR 0.211.221.311). Sie reihen sich ein in die Bemühungen der Schweiz, ihr eigenes Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zu reformieren. Erinnert sei namentlich an die Revision des Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung) vom 26. Juni 1998 (AS 1999 1118) und an die geplante Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht). Sie ging 2003 in die Vernehmlassung⁷ und wird 2006 dem Parlament vorgelegt.

⁵ Für den Text vgl. www.hcch.net (Konvention Nr. 35)

⁶ 27 Staaten haben das KSÜ bislang unterzeichnet, 12 ratifiziert

⁷ Vgl. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Vorentwurf Juni 2003 (www.ofj.admin.ch/themen/vormund/entw-zgb-d.pdf) und Begleitbericht (www.ofj.admin.ch/themen/vormund/vn-ber-d.pdf). Ergänzt wird der Vorentwurf von einem Vorentwurf und Bericht für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (www.ofj.admin.ch/themen/vormund/vn-begleitber-d.pdf).

1.2 Die beantragte Neuregelung

1.2.1 Überblick

Das vorliegende Gesetz soll bei Kindesentführungen im Rahmen des HKÜ und des ESÜ anwendbar sein. Das Bundesgesetz regelt Verfahrens- und Vollzugsfragen im Hinblick auf eine beschleunigte und kindeswohlgerechtere Umsetzung der beiden Rechtshilfeübereinkommen in der Schweiz. Es ändert an der für die Schweiz massgebenden monistischen Doktrin nichts. Die Bestimmungen der beiden Staatsverträge sind für die Schweiz auch weiterhin unmittelbar anwendbar.

Die Anpassungen bei Kindesrückführungsverfahren finden sich auch im Entwurf zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung⁸ (insbesondere in den Art. 5 Abs. 1 Bst. h, 297 und 298 E-ZPO). Die doppelte Erwähnung derselben Bestimmungen in zwei verschiedenen Gesetzesentwürfen kann beseitigt werden, sobald klar ist, ob die Neuerungen betreffend die Kindesentführungen im dafür vorgesehenen Bundesgesetz oder in der neuen ZPO verankert werden sollen. Da das vorliegende Gesetz voraussichtlich noch vor der ZPO in Kraft treten wird, ist auch denkbar, dass mit Inkrafttreten der ZPO die analogen Bestimmungen im vorliegenden Bundesgesetz in die ZPO eingefügt werden.

Das Bundesgesetz soll zudem auf das noch zu ratifizierende HKsÜ und HEsÜ Anwendung finden. Die Umsetzung dieser Übereinkommen bedarf ausser der Klärstellung der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen keiner weiteren Präzisierungen. Der Schutz von Kindern und hilfsbedürftiger Erwachsener ist ein zentrales Anliegen jeder Rechtsordnung. Angesichts zunehmender Mobilität ist die Schweiz daran interessiert, dass dieses Ziel auch im Bereich des internationalen Privatrechts nicht aus den Augen verloren wird. Es ist daher zu begrüssen, wenn Regeln des internationalen Privatrechts im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit dem HKsÜ, dem HEsÜ sowie der Umsetzungsgesetzgebung im Bereich der internationalen Kindesentführungen koordiniert und verbindlich festgelegt werden. Mit den Haager Konventionen verbindet sich nicht zuletzt der Vorteil, dass diese Abkommen keinen auf Europa begrenzten Geltungsbereich kennen. Im Rahmen des Erlasses des Bundesgesetz zur Umsetzung der vier Übereinkommen (HKÜ, ESÜ, HKsÜ, HEsÜ) muss schliesslich auch Artikel 85 IPRG revidiert werden.

Formal kann das vorgeschlagene neue Bundesgesetz integrierenden Bestandteil des Bundesbeschlusses zur Ratifikation und Umsetzung der beiden Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (HKsÜ, HEsÜ) bilden. Dieses Vorgehen stützt sich auf Artikel 141a BV und wurde ein erstes Mal beim Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Union erprobt (BBl 2004 7186). Es wäre allerdings auch denkbar, das Gesetz den Räten getrennt von den beiden Haager Übereinkommen zu unterbreiten, da es zur Hauptsache Bestimmungen zur Umsetzung des HKÜ und des ESÜ enthält, die beide bereits ratifiziert sind, und sich deshalb eine Einschränkung der Volksrechte, die das Vorgehen nach Art. 141a Abs. 2 BV mit sich bringt, nicht zwingend rechtfertigt. Es wird sich auf Grund der Vernehmlassungsergebnisse zeigen, welchem Vorgehen der Vorzug zu geben sein wird.

⁸ www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht.html

1.2.2 Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ)⁹

1.2.2.1 Geltungsbereich

Im Zentrum des HKsÜ finden sich Regeln über die zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (Art. 5-14 HKsÜ), Fragen des anwendbaren Rechts (Art. 15-22 HKsÜ) sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und Entscheidungen (Art. 23-28 HKsÜ). In den Anwendungsbereich fallen Massnahmen zum Schutz der Person wie des Vermögens des Kindes. Das HKsÜ enthält ferner Bestimmungen über die Zusammenarbeit der für den Kindesschutz zuständigen Stellen (Art. 29-39 HKsÜ). Keine Anwendung findet das HKsÜ unter anderem im Adoptionsbereich, im Alimentenwesen, bei der sozialen Sicherheit, im Kinderstrafrecht und auf Entscheidungen über Asylrecht und Einwanderung (Art. 4 lit b, e, g, i und j HKsÜ).

Als Kind gilt eine Person von ihrer Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs (Art. 2 HKsÜ).

1.2.2.2 Zuständigkeit

Das HKsÜ baut auf der Zuständigkeit der Gerichte und Behörden jenes Staates auf, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 5 HKsÜ). Dieser Staat bleibt grundsätzlich auch dann zuständig, wenn das Kind der sorgeberechtigten Person widerrechtlich entzogen wird.

Abweichungen vom Grundsatz der Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes sind zulässig bei Ehescheidung und -trennung (Art. 10 HKsÜ), wenn für das Kind Gefahr in Verzug ist (Art. 11 HKsÜ) oder wenn sich die Massnahme nur in diesem andern Staat auswirkt (Art. 12 HKsÜ; vgl. ferner Art. 55 HKsÜ). Schliesslich sieht das HKsÜ Regeln für die einvernehmliche Übertragung eines Verfahrens von einem Staat auf einen andern vor (Art. 8 und 9 HKsÜ). Damit sollen künftig einander widersprechende Entscheide in verschiedenen Vertragsstaaten verhindert werden.

1.2.2.3 Anwendbares Recht

Die nach dem HKsÜ auf die Bestimmung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes und beim Erlass von Schutzmassnahmen zuständigen Gerichte und Behörden wenden ihr eigenes Recht an, soweit nicht der Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes ausnahmsweise die Anwendung eines anderen Rechts nahelegt (Art. 15 ff. HKsÜ). Die Anwendung ausländischen Rechts scheidet aus, wenn dies

⁹ Zum KSÜ existiert ein ausführlicher Begleitbericht von Paul Lagarde in französischer und in englischer Sprache (<http://hcch.e-vision.nl/upload/exp134.pdf>).

zu Lasten gutgläubiger Dritter geht (Art. 19 HKsÜ) oder wenn das ausländische Recht der inländischen öffentlichen Ordnung offensichtlich widerspricht (Art. 22 HKsÜ).

Das eigene Recht wird auch dann angewendet, wenn es um die Beschränkung und den Entzug der nach einer anderen Rechtsordnung eingeräumten elterlichen Verantwortung geht (Art. 16-18 HKsÜ).

1.2.2.4 Anerkennung und Vollstreckung

Das HKsÜ verpflichtet alle Vertragsstaaten, die in einem Vertragsstaat getroffenen Schutzmassnahmen zu anerkennen und zu vollstrecken (Art. 23 ff. HKsÜ). Nur in abschliessend umschriebenen Fällen kann die Anerkennung verweigert werden, so beispielsweise bei fehlender Zuständigkeit der ausländischen Behörden oder bei mangelhafter Anhörung des Kindes (Art. 23 Abs. 2 Bst. a und b HKsÜ). Die Behörde des Anerkennungsstaats ist dabei an die Tatsachenfeststellungen der ausländischen Behörde gebunden (Art. 25 HKsÜ).

Die Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung richtet sich nach dem Recht des Vollstreckungsstaats (Art. 26 Abs. 1 und 28 HKsÜ). Der Vollstreckungsstaat muss auf die Vollstreckbarerklärung oder die Registrierung ein einfaches und schnelles Verfahren anwenden (Art. 26 Abs. 2 HKsÜ); eine Überprüfung der getroffenen Massnahme in der Sache scheidet aus (Art. 27 HKsÜ).

1.2.2.5 Zusammenarbeit

In der Praxis des grenzüberschreitenden Kindesschutzes stehen oft nicht Fragen der Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts, der Anerkennung und Vollstreckung im Zentrum, sondern die Schwierigkeit, sämtliche für einen Entscheid relevanten Informationen über die Familie und das Kind zu erhalten. Das HKsÜ schafft deshalb zusätzlich eine Struktur zur Förderung und Erleichterung des internationalen Informationsaustausches und der Zusammenarbeit zwischen den mit Kindesschutzmassnahmen befassten Behörden und Gerichten (Art. 29 ff. HKsÜ). Das vermittelnde und unterstützende Netzwerk der in jedem Vertragsstaat einzurichtenden Zentralen Behörden hat sich bereits in anderen Haager Abkommen (Adoptionen, Kindesentführungen) bewährt. Als Bundesstaat hat die Schweiz die Möglichkeit, mehrere Zentrale Behörden zu bestimmen, muss jedoch eine benennen, an welche Mitteilungen zur Übermittlung an nationale Stellen zu richten sind.

Den Zentralen Behörden obliegt die Aufgabe, mit den Zentralen Behörden der anderen Vertragsstaaten zusammenzuarbeiten, um die Ziele des HKsÜ zu verwirklichen (Art. 30 Abs. 2 HKsÜ). Sie müssen Auskünfte über das Recht ihrer Staaten sowie die in ihren Staaten für den Schutz von Kindern verfügbaren Dienste erteilen (Art. 30 Abs. 2 und 3 HKsÜ), den Austausch von Mitteilungen erleichtern, den zuständigen Behörden bei der Übergabe eines Verfahrens nach den Artikeln 8 und 9 HKsÜ behilflich sein, gütliche Einigungen unterstützen und den Aufenthaltsort eines schutzbedürftigen Kindes ermitteln (Art. 31 HKsÜ). Nebst diesen allgemeinen Aufgaben können die Zentralen Behörden auch einen Bericht über die Lage eines Kindes erstatten und die zuständigen Behörden des eigenen Staates ersuchen zu prüfen, ob Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes erforderlich sind (Art. 32 HKsÜ). Im Rahmen der Zusammenarbeit verpflichtet das

HKsÜ die zuständige Behörde ferner dazu, die Zustimmung der zuständigen ausländischen Behörde einzuholen, wenn ein Kind im Ausland platziert werden soll (Art. 33 HKsÜ). Ferner muss die zuständige ausländische Behörde informiert werden, wenn ein schutzbedürftiges Kind in diesem Staat seinen gewöhnlichen Aufenthalt nimmt (Art. 36 HKsÜ). Im Gegenzug kann die zuständige Behörde jede Behörde eines anderen Vertragsstaats um sachdienliche Informationen für den Schutz des Kindes angehen (Art. 34 Abs. 1 HKsÜ) oder sie ersuchen, ihr bei der Durchführung von Schutzmassnahmen nach diesem Übereinkommen behilflich zu sein (Art. 35 Abs. 1 HKsÜ). In diesem Zusammenhang können die zuständigen Behörden auch Auskünfte und Beweise betreffend die Eignung eines Elternteils an den Staat übermitteln, in dem über das Recht auf persönlichen Verkehr entschieden wird. Die für den Entscheid zuständige Behörde hat diese Auskünfte, Beweise und Feststellungen zuzulassen und bei seiner Entscheidfindung zu berücksichtigen (Art. 35 Abs. 2 HKsÜ). Von alleine versteht sich, dass weder um Informationen ersucht noch solche erteilt werden dürfen, wenn dadurch die Person oder das Vermögen des Kindes in Gefahr geraten könnte oder die Freiheit oder das Leben eines Familienangehörigen des Kindes ernsthaft bedroht würde (Art. 37 HKsÜ).

Für die kantonalen und kommunalen Kinderschutzhörden und Gerichte bietet das HKsÜ die Möglichkeit der direkten Kommunikation mit einem klar bezeichneten Ansprechpartner im Ausland, sei es um sich bspw. über die Zuständigkeit zu einigen, notwendige Informationen für die Beurteilung von Kinderschutzmassnahmen oder die Zuteilung der elterlichen Sorge einzuholen, einen Bericht über ein Kind im Ausland zu verlangen oder auch nur die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit einer Massnahme zu prüfen.

1.2.3 Haager Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, HEsÜ)¹⁰

Das HEsÜ ist wie das HKsÜ aufgegliedert in den Anwendungsbereich des Übereinkommens (Art. 1-4 HEsÜ), die Zuständigkeit (Art. 5-12 HEsÜ), das anwendbare Recht (Art. 13-25 HEsÜ), die Anerkennung und Vollstreckung (Art. 26-28 HEsÜ), die Zusammenarbeit (Art. 28-37 HEsÜ), allgemeine Bestimmungen (Art. 38-52 HEsÜ) sowie die Schlussbestimmungen (Art. 53-59 HEsÜ).

Das HEsÜ begreift sich als zum HKsÜ komplementär; es ist auf Personen anwendbar, die das 18. Lebensjahr bereits vollendet haben (Art. 2 HEsÜ).

Wie das HKsÜ enthält auch das HEsÜ eine Reihe von Bereichen, auf die es nicht anwendbar ist. Namentlich erwähnt seien Unterhaltspflichten, die soziale Sicherheit und öffentliche Massnahmen allgemeiner Art in Angelegenheiten der Gesundheit sowie Entscheidungen über Asylrecht und Einwanderung (Art. 4 Abs. 1 Bst. a, e, f

¹⁰ Zum HEsÜ existiert ein ausführlicher Begleitbericht von Paul Lagarde in französischer (<http://hcch.e-vision.nl/upload/exp135f.pdf>) und in englischer Sprache (<http://hcch.e-vision.nl/upload/exp135e.pdf>).

und h HESÜ). Die Vertragsstaaten bleiben indes frei, ob und wie sie schutzbedürftige Erwachsene unterstützen.

Unterschiede zwischen HKsÜ und HESÜ ergeben sich daraus, dass Kinder grundsätzlich schutzbedürftig sind, während die Schutzbedürftigkeit Erwachsener die Ausnahme bildet. Ferner ist es so, dass der Schutz eines Kindes vorab den Eltern obliegt, während ihnen der Schutz einer erwachsenen Person nur ausnahmsweise überlassen ist. Daraus resultiert im HESÜ eine leicht andere Gewichtung des Staatsangehörigkeitsprinzips: Während das HKsÜ das Heimatprinzip konsequent zurückgedrängt hat, bleibt nach HESÜ der Heimatstaat für den Fall zuständig, dass der Aufenthaltsstaat keinen förmlichen gegenteiligen Entscheid gefällt hat (Art. 7 Abs. 3 HESÜ).

Eine Besonderheit bildet die Zulässigkeit und internationale Anerkennung der von schutzbedürftigen Erwachsenen durch Vereinbarung oder einseitiges Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht ("mandat d'inaptitude", Art. 15 HESÜ). Vorbehalten bleibt die Möglichkeit einer Korrektur durch die zuständigen Behörden (Art. 16 HESÜ), die Beachtung des zwingenden Rechts (Art. 20 HESÜ) und offensichtliche Verstösse gegen die öffentliche Ordnung (Art. 21 HESÜ).

1.2.4 Das Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen

1.2.4.1 Zentrale Behörden des Bundes und der Kantone (Art. 1-2)

Soweit das HKsÜ und das HESÜ Fragen der Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts sowie der Anerkennung und Vollstreckung regeln, sind sie unmittelbar anwendbar ("self executing"). Es genügt ein Verweis in Artikel 85 IPRG; eine Konkretisierung in einem Bundesgesetz erübrigt sich. HKsÜ und HESÜ sehen jedoch überdies die Einrichtung Zentraler Behörden und die internationale Zusammenarbeit von Behörden in Fragen des Kindes- und Erwachsenenschutzes vor, wozu es zwecks Klärung der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen den Erlass eines Bundesgesetzes bedarf.

Da in der Schweiz ausschliesslich kantonale und kommunale Behörden materiell mit dem Kinderschutz befasst sind, sollten - wie in Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ, SR 211.221.31) - Zentrale Behörden eingerichtet und der Zentralen Behörde des Bundes eine Koordinationsrolle zugedacht werden. Zur Behandlung internationaler Kindesentführungen und grenzüberschreitender Besuchsrechtskonflikte im Rahmen des HKÜ und ESÜ agiert bereits eine Zentrale Behörde des Bundes im Bundesamt für Justiz (Dienst für internationalen Kinderschutz). Sie soll neu auch die mit der Ratifikation des HKsÜ und HESÜ anfallenden Informations- und Koordinationsaufgaben im internationalen Verkehr übernehmen und Anlaufstelle für ausländische Zentrale Behörden und Amtstellen sein, welche um Weiterleitung von Mitteilungen oder um Auskünfte über Schweizer Recht sowie zu spezialisierten schweizerischen Behörden und Institutionen ersuchen. Hinzu kommt die Vertretung der Schweiz namentlich bei internationa-

len Treffen, wie dies bereits im Rahmen des HKÜ, ESÜ sowie HAÜ der Fall ist. Zudem soll sie die Zentralen Behörden der Kantone im Rahmen einer Beratungs- und Koordinationsfunktion unterstützen, wie sie sich bereits im Zusammenhang mit der Umsetzung des HAÜ bewährt hat.

Auf kantonaler Ebene bezeichnen die Kantone zudem eine Zentrale Behörde für ihren Kanton, welche die im HKsÜ und HEsÜ vorgesehenen Aufgaben erfüllen soll. Sie haben namentlich die grenzüberschreitende Übermittlung von Mitteilungen und Dokumenten an die im In- und Ausland direkt befassten Behörden und Gerichte sowie den gegenseitigen Meinungs austausch zu sichern, und gleichzeitig gegen innen die Koordination der materiell mit dem Kindes- und Erwachsenenschutz befassten kantonalen und kommunalen Behörden zu fördern.

1.2.4.2 Zuständigkeit (Art. 3)

Die oft noch zu lange Dauer der meist über mehrere Instanzen geführten Gerichts- und Vollzugsverfahren widersprechen dem Beschleunigungsgebot (Art. 2 und 11 Abs. 2 HKÜ, Art. 14 ESÜ) und einer möglichst kindeswohlgerechten Vorgehensweise. In den Kantonen soll deshalb nur noch eine einzige Instanz zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1). Da Verfahren im Rahmen des HKÜ und des ESÜ an das Bundesgericht weiter gezogen werden können, muss es sich um die kantonale Rechtsmittelinstanz (Obergericht, Kantonsgericht) handeln¹¹.

Die Zuständigkeit dieser kantonalen Instanz umfasst alle Entscheide, die in Bezug auf ein widerrechtlich in die Schweiz verbrachtes oder hier zurückbehaltenes Kind zu treffen sind. Neben der Beurteilung des Rückführungsgesuchs gehören dazu auch alle notwendigen Schutzmassnahmen, einschliesslich der Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während des Verfahrens, der Ernennung eines Kinderbeistands sowie die Entscheide betreffend die Vollstreckung der Rückführung. Wird das kantonale Urteil an das Bundesgericht weiter gezogen, so bleibt das kantonale Gericht für allfällige Schutzmassnahmen oder deren Anpassung weiterhin zuständig bis zur Rechtskraft des Urteils bzw. zum Abschluss eines Vollzugsverfahrens. Auch nach Rechtskraft des Urteils bleibt es für neue Anträge im Sinne von Art. 14 und 15 weiterhin zuständig. Wurde der Antrag endgültig abgewiesen, so geht die Zuständigkeit für Kindesbelange an die ordentlichen Gerichte.

Die örtliche Zuständigkeit liegt im Kanton des Aufenthalts des Kindes (Art. 3 Abs. 2). Es gilt auch hier der Grundsatz, dass eine einmal erstellte Zuständigkeit durch die Verlegung des massgebenden Anknüpfungsfaktors nicht wegfällt (*perpetuatio fori*). In gewissen Fällen kann sich das als wenig praktisch erweisen, vor allem wenn der neue Aufenthaltsort des Kindes in einen andern Landesteil wechselt. Es soll dem zuständigen Gericht deshalb möglich sein, das am neuen Aufenthaltsort zuständige Gericht anzufragen, ob es bereit ist, den Fall zu übernehmen. Ist die Antwort positiv, und sind auch die Parteien mit einer Übertragung an das Gericht des neuen Aufenthalts einverstanden, so kann das Verfahren an dieses Gericht abgetreten werden.

Die Möglichkeit, einen Fall mit dem Einverständnis der Parteien und des ersuchten Gerichts in einen andern Kanton zu verlegen, steht auch dann offen, wenn es sich beim Aufenthaltskanton des Kindes um einen Kanton handelt, dessen an sich zu-

¹¹ Vgl. Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), das am 1.1.2007 in Kraft tritt.

ständiges Gericht über keine oder nur über eine sehr geringe Erfahrung in HKÜ- und ESÜ-Verfahren verfügt. In solchen Fällen kann der Fall an das zuständige Gericht eines Nachbarkantons abgegeben werden, wenn dort mehr Fachwissen vorhanden ist und dieses Gericht und die Parteien dieser Verschiebung zustimmen.

Die lokalen Gemeinde- und Bezirksbehörden sind insbesondere mit dem zwangsweisen Vollzug einer Kindesrückführung ins Ausland teilweise überfordert. Deshalb sollen die Kantone eine einzige Behörde bezeichnen, die über das notwendige Fachwissen und die Kapazität verfügt, um solche Massnahmen auszuführen (Art. 3 Abs. 3).

1.2.4.3 Fachpersonen (Art. 4)

Die Zentrale Behörde des Bundes soll in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein Netzwerk von Fachpersonen und qualifizierten Institutionen errichten, die insbesondere in Kindesentführungsfällen zur Beratung, Vermittlung und Mediation beigezogen werden kann (Art. 7 Abs. 2 Bst. c HKÜ, Art. 31 Bst. b HKsÜ, Art. 31 ESÜ). Die Vertreter des Bundes und der Kantone verfügen über das notwendige Wissen und die Kontakte, um in allen Sprachregionen qualifizierte und verfügbare Fachpersonen auszuwählen, die auch als Kinderrechtsbeistand geeignet sind. Unter der Leitung der Zentralen Behörde und mit Hilfe der Kantone und privater Stellen soll eine institutionalisierte Kooperation im Sinne eines Netzwerkes von Fachkräften aufgebaut werden. Die Zentrale Behörde kann den Aufbau und Unterhalt des Netzwerkes auch einer privaten Stelle übertragen.

Im Einzelfall geht es darum, in einer ersten Phase die Kontakte mit allen kooperationsbereiten Beteiligten und den geeigneten Fachpersonen im In- und Ausland herzustellen und daran anschliessend eine gründliche Situations- und Konfliktsanalyse vorzunehmen, welche es erlaubt, die im konkreten Fall aufgetretenen Kernprobleme zu identifizieren. Darauf kann anschliessend in einer zweiten Phase die eigentliche Beratung, Vermittlung oder Mediation aufbauen, welche auch die mit dem Konflikt befassten in- und ausländischen Behörden und Gerichte miteinbeziehen kann. Die Experten des Netzwerkes sollen auch nach Verfahrensabschluss bei nachträglich auftauchenden Unklarheiten und Zwiſtigkeiten zur Verfügung stehen und so die Nachhaltigkeit einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung ermöglichen.

1.2.4.4 Vermittlungs- und Mediationsverfahren (Art. 5)

Auseinandersetzungen um Kindesrückführungen sind für alle Beteiligten sehr belastend und können langwierige, kostspielige Verfahren auslösen. Eine rasche, einvernehmliche und nachhaltige Konfliktbeilegung hat nicht zuletzt aus Kindeswohlerwägungen Priorität. Die Initiative kann von der Zentralen Behörde ausgehen. Sie wird allerdings in vielen Fällen dem Gericht obliegen, sobald dieses das Gesuch um Rückgabe erhält (entweder über die Zentrale Behörde oder direkt von den Gesuch Stellenden). Das Gericht beschränkt sich in einer ersten Phase darauf, dem Kind einen Beistand zu ernennen (wenn ein solcher nicht schon früher ernannt worden ist) und, wenn nötig, andere Schutzmassnahmen anzuordnen. Das Gericht ist in der Wahl des einzuschlagenden Weges an sich frei, doch wird es sich naheliegenderweise von den Fachpersonen beraten lassen, die im Rahmen des in Art. 4 erwähnten Netzwerkes bereits mit dem Fall in Kontakt getreten sind. In einzelnen Fällen kann die Vermittlung auch vom Gericht geleitet werden.

In der Gestaltung des Vermittlungs- oder Mediationsverfahrens halten sich die Betroffenen an die behördlichen Vorgaben und an die in der Praxis eingeübten Verhandlungsweisen. Dabei ist auf die Verletzlichkeit des Kindes und die emotionale Anspannung der Eltern besonders Rücksicht zu nehmen. Im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot des Haager Übereinkommens sind für diese Bemühungen vom Gericht Zeitvorgaben zu setzen. Das Gericht wird über den Abschluss dieser Bemühungen informiert. Tatsächliche Erkenntnisse oder Meinungsäusserungen der Beteiligten können dem Gericht nur weitergegeben werden, soweit die Beteiligten damit einverstanden sind.

Grosses Gewicht ist auf die aktive Teilnahme aller Beteiligten zu legen. Auch das Kind ist einzubeziehen. Schwierig dürfte es manchmal sein, auch die in einem allenfalls fern gelegenen Staat wohnende Gesuch stellende Person zu bewegen, in die Schweiz zu kommen. Neben hohen Reisekosten können sie auch Befürchtungen hemmen, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden (Strafanzeige wegen unterlassener Alimentenzahlungen, Vorwurf der Misshandlung des Kindes etc.). Ihre Gegenwart würde jedoch die Regelung der Angelegenheit meist erleichtern. Soweit möglich, sind solche Hindernisse zu klären und in Ausnahmesituationen sogar eine finanzielle Unterstützung zu gewähren, zumal eine gütliche Einigung eine wesentliche Einsparung namentlich von Gerichts- und Anwaltskosten zur Folge hat.

1.2.4.5 Schutzmassnahmen (Art. 6)

Ist ein widerrechtlich in die Schweiz verbrachtes oder zurückbehaltenes Kind physisch und/oder psychisch gefährdet, riskiert es, versteckt bzw. in ein Drittland verschleppt zu werden oder droht beispielsweise aufgrund der Zerstrittenheit der Parteien ein langwieriges, für das Kind unnötig belastendes Verfahren bis hin zu einer Zwangsrückführung, sollten rasch alle erforderlichen Schutzvorkehrungen ergriffen oder veranlasst werden. Das mit dem Rückführungsgesuch befasste Gericht muss als erste Massnahme dem Kind einen Beistand ernennen (Art. 6 Abs. 1 Bst. a). Dieser vertritt das Kind im gesamten Verfahren bis zum Zeitpunkt der vollzogenen Rückführung. Der Beistand soll nicht nur über das juristische Fachwissen bei Kindesentführungen verfügen, sondern er muss auch für die Beratung und Anhörung von Kindern geeignet sein sowie Verständnis für die kulturelle, soziale und familiäre Herkunft des Kindes haben. Die Gerichte müssen zudem bei der Auswahl des Kindesvertreters darauf achten, dass der Beistand kraft seiner Erfahrung fähig ist, die Interessen des Kindes unabhängig und ohne übertriebene Einflussnahme durch die Eltern wahrzunehmen. Das in Art. 4 genannte Netzwerk soll den Zugang zu qualifizierten Kindesvertretern erleichtern. Das Kind nimmt am Verfahren als Partei teil. Ist es urteilsfähig, so kann es einen eigenen Vertreter bezeichnen.

Das Gericht regelt soweit erforderlich auch das Besuchsrecht des im Herkunftsstaat verbliebenen Elternteils für die Dauer des Rückführungsverfahrens. Dieser erste Kontakt dient auch der Vertrauensbildung gegenüber dem Gericht und kann die spätere Einleitung von Vermittlungsgesprächen erleichtern. Das Gericht ist überdies für den Erlass anderer Massnahmen zum Schutze des Kindes zuständig (Art. 6 Abs. 1 Bst. b).

In gewissen Fällen kann es sich als sinnvoll erweisen, dass dem Kind ein Beistand bestellt wird oder andere Schutzmassnahmen getroffen werden, obwohl noch kein Gesuch um Rückführung beim in Entführungssachen zuständigen kantonalen Gericht eingereicht worden ist. Handelt es sich um einen Entführungsfall, der der

Zentralbehörde zur Kenntnis gelangt ist, so soll diese solche Massnahmen bei diesem Gericht beantragen können, ebenso wie die betroffenen Eltern (Art. 6 Abs. 2). Das würde es vor allem erlauben, dass das Kind in einem Vermittlungs- oder Mediationsverfahren, das von der Zentralbehörde veranlasst wird, über einen Vertreter verfügt, der seine Interessen wahren kann.

1.2.4.6 Gerichtsverfahren (Art. 7)

Schlägt der Versuch zur Vermittlung oder Mediation fehl, so beginnt das eigentliche gerichtliche Erkenntnisverfahren, welches nach Massgabe des Beschleunigungsgebotes (Art. 11 Abs. 2 HKÜ, Art. 14 ESÜ) in einem vereinfachten Verfahren abzuschliessen ist (Art. 7 Abs. 1).

Das Kind ist von Amtes wegen anzuhören (Art. 7 Abs. 2). Im Übrigen ist für die Durchführung der Anhörung und allfällige Ausnahmen von der Anhörung die Praxis zu beachten, welche sich im Zusammenhang mit Art. 144 Abs. 2 und Art. 314 Ziff. 1 ZGB herausgebildet hat. Das Gericht kann erfahrene Fachpersonen mit der Anhörung beauftragen.

Das Gericht hört die Eltern so weit möglich persönlich an. Dem im Ausland lebenden Gesuch stellenden Elternteil ist die Reise in die Schweiz zu erleichtern, allenfalls auch finanziell. Die Gegenwart beider Eltern kann für das Verständnis der Situation des Kindes entscheidend sein. Sie erlaubt dem Gericht auch, sich auf unmittelbare Weise über die Lebensbedingungen im Herkunftsstaat des Kindes ein Bild zu machen. Der weit entfernt im Ausland lebenden Gesuch stellenden Person soll so weit möglich eine zweimalige Einreise in die Schweiz erspart bleiben. Das Verfahren ist deshalb so zu gestalten, dass im Falle eines negativen Abschlusses der Vermittlungsversuche das Erkenntnisverfahren unverzüglich mit der Anhörung der Parteien aufgenommen werden kann.

Ein wesentlicher Teil der richterlichen Erkenntnisfindung besteht darin, in Erfahrung zu bringen, ob und auf welche Weise das Kind in den Staat, in dem es unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zurückgeführt werden kann (Art. 7 Abs. 4). Die persönliche Anhörung der Beteiligten bringt dazu wichtige Auskünfte, doch müssen hierfür alle verfügbaren Kanäle genutzt werden. Dafür dient insbesondere der Kontakt über die Zentrale Behörde sowie mit dem zu errichtenden Netzwerk, das das Einholen von Auskünften über die Situation im Herkunftsstaat erleichtern kann.

1.2.4.7 Internationale Zusammenarbeit (Art. 8)

Ein besonders hilfreicher Weg, um Auskünfte über die das Kind erwartende Situation im Falle der Rückführung zu erhalten, ist die meist von den Zentralen Behörden vermittelte Kontaktaufnahme mit den Behörden vor Ort. Insbesondere kann es in Rückführungsverfahren für das zuständige kantonale Gericht erforderlich sein, von neutraler Seite Informationen über die Aufnahmebedingungen des Kindes zu erfahren, sei es bei der Gesuch stellenden Partei, sei es an einem andern Ort, wo das Kind nach seiner Rückführung leben soll, oder wo allenfalls eine Platzierung bei Drittpersonen in Frage kommen könnte. Sind diese Informationen nicht befriedigend im Hinblick auf das Kindeswohl, so sind die zuständigen Behörden im Herkunftsstaat anzufragen, ob sie bereit sind, Massnahmen anzuordnen oder zuzusichern, die für

den Schutz des Kindes erforderlich sind. Der Entscheid über das Rückführungsgesuch verlangt nach einer möglichst umfassenden Kenntnis der das Kind erwartenden Auffangsituation.

1.2.4.8 Information (Art. 9)

Gesuch Stellende können auch direkt an die Gerichte gelangen ohne die Zentralen Behörden im In- und Ausland in Kenntnis zu setzen (Art. 29 HKÜ). Die Zentrale Behörde des Bundes kann ihre Funktion als Kontaktstelle für Beratung, Information und Vermittlung nur richtig ausüben, wenn sie auch über über Hängigkeit und Ablauf von gerichtlichen Verfahren regelmässig informiert wird. Deshalb muss das Gericht ihr über die wesentlichen Verfahrensschritte Auskunft geben und ihr auch den Entscheid mitteilen. Einzelheiten sind im gegenseitigen Einverständnis zu regeln. Mit Bezug auf Verfahren nach dem HKÜ kann die Zentrale Behörde von sich aus oder auf Begehren der Zentralen Behörde des Herkunftsstaates nach einer Darstellung der Gründe verlangen, die es nicht erlaubt haben, den Fall innerhalb der Frist von sechs Wochen abzuschliessen (Art. 11 Abs. 2 HKÜ). Sie verfügt auch über das Recht, am kantonalen Verfahren insoweit teilzunehmen, als der Entscheid die ihren Aufgabenbereich betreffende Bundesgesetzgebung verletzen könnte (Art. 111 Abs. 2 BGG).

1.2.4.9 Rückgabe und Kindeswohl (Art. 10)

Um eine kindesgerechte Anwendung des HKÜ zu gewährleisten, erweist es sich als notwendig, dass der Gesetzgeber eine der Fallkategorien klarstellt, in denen es nicht mehr zur Rückführung des entführten Kindes kommen soll, da diese das Kind in eine offensichtlich unzumutbare Lage bringen würde. Die Regelung in Art. 10 soll nicht Art. 13 Abs. 1 Bst. b HKÜ ersetzen. Mit dem Wort "insbesondere" wird darauf hingewiesen, dass es sich nur um einen, wenn auch wichtigen Anwendungsfall handelt, der im Übrigen die Berufung auf die staatsvertragliche Regel nicht hindert.

Die Klarstellung bezieht sich auf Fälle, in denen die Unterbringung bei dem den Antrag auf Rückführung stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (Art. 10 Bst. a). Trifft das nicht zu, insbesondere dann, wenn es sich bei der Gesuch stellenden Person um den allein für die elterliche Sorge verantwortlichen Elternteil handelt oder wenn diese für die Übertragung einer solchen Verantwortung in Frage kommt, so ist grundsätzlich nicht damit zu rechnen, dass das Kind bei der Rückkehr in eine unzumutbare Lage versetzt würde, so dass kein Grund dafür besteht, die Rückführung zu verweigern. Die Situation ist jedoch als kritisch einzustufen, wenn das Gericht in der Schweiz zur Überzeugung gelangt, dass die Unterbringung bei der Gesuch stellenden Person dem Kind nicht zugemutet werden kann.

Stellt die Aufnahme des Kindes bei der Gesuch stellenden Person offensichtlich keine Option dar, so stellt sich die Problematik einer allfälligen Rückkehr des Kindes in den Herkunftsstaat anders dar, je nach dem, ob die entführende bzw. das Kind zurückhaltende Person (sehr oft die Mutter) in der Lage ist, ebenfalls dorthin zurückzukehren oder nicht (Art. 10 Bst. b). Muss diese Frage verneint werden, weil der entführende Elternteil zum Beispiel in jenem Staat mit einer Gefängnisstrafe zu rechnen hat, die eine Trennung vom Kind nach sich zieht, oder weil eine sehr enge Familienbeziehung zur Schweiz besteht (zum Beispiel als Folge einer Eheschlies-

sung oder der Notlage eines hier lebenden andern Familienmitglieds), so kann sich die Lage für das psychische und physische Gleichgewicht des Kindes als gefährlich erweisen, müsste doch das Kind in einem solchen Fall bei der Rückkehr von beiden Eltern getrennt leben. Eine solche Trennung des Kindes von beiden Eltern kann nur in Extremfällen tragbar sein und stellt eine eigentliche ultima ratio dar.

Eine zweite Gruppe von Fällen, in denen die Rückführung des Kindes nur in Verbindung mit seiner Beziehung zum entführenden Elternteil beurteilt werden kann, betrifft Situationen, in denen es dem entführenden Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in welchem es unmittelbar vor der Entführung gelebt hat (Art. 10 Bst. b). Es reicht nicht aus, dass der entführende bzw. das Kind zurückbehaltende Elternteil lediglich erklärt, dass er sich weigere, dorthin zurückzukehren. Es muss sich um eine Notsituation handeln, in der vernünftigerweise von ihm nicht zu erwarten ist, dass er an seinen bisherigen Lebensort zurückgeht, um mit dem Kind dort die vom Gericht zu beschliessende definitive Regelung der elterlichen Sorge abzuwarten. Zum einen ist diesbezüglich an Fälle zu denken, in denen einer Mutter bei der Rückkehr keine sichere und finanziell tragbare Aufnahme ausserhalb der Wohnung des ehemaligen Lebenspartners gewährleistet werden kann. Zum andern sind hier aber auch die Fälle relevant, in denen es offensichtlich ist, dass die Rückführung verlangende Person das Sorgerecht nicht übernehmen noch gerichtlich zugesprochen erhalten wird, währenddem es sich bei der entführenden Partei klarerweise um die für das Kind primär Sorge tragende Person handelt. In einem solchen Fall würde die Rückführung in der Regel darauf hinauslaufen, dass das Kind nur deshalb in den Herkunftsstaat zurückgeführt werden muss, um dort die definitive Zuteilung der elterlichen Sorge an den entführenden Elternteil abzuwarten und alsdann mit diesem wieder in die Schweiz zurückzukehren. Ein solches Hin und Her erfolgt einzig zum Zwecke einer überspitzten Unterwerfung unter die Zuständigkeit der Behörden des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts. Das Haager Übereinkommen deckt nach seinem Sinn und Zweck eine solche mit dem Kindeswohl nicht zu vereinbarende Lösung nicht. Indessen muss die Situation für das in der Schweiz mit dem Rückführungsgesuch befasste Gericht offensichtlich sein. Ist der Sachverhalt nicht eindeutig, so ist die Rückkehr des entführenden Elternteils in den Herkunftsstaat als zumutbar zu beurteilen, mit der Folge, dass in dieser Hinsicht keine für das Kind unzumutbare Lage eintritt, die den Verweigerungsgrund des Art. 13 Abs. 1 Bst. b HKÜ erfüllen würde.

Würde die Rückführung des Kindes eine Trennung von der entführenden bzw. zurückhaltenden Partei mit sich bringen (weil die Rückkehr für diese nicht möglich oder nicht zumutbar ist), so liesse sie sich vernünftigerweise nur durchführen, wenn das Kind bei der Rückkehr von Drittpersonen zur Pflege aufgenommen werden kann. Eine solche Lösung soll aber nur angestrebt werden und damit zur Rückführungsanordnung durch das schweizerische Gericht führen, wenn sie nicht offensichtlich dem Wohl des Kindes widerspricht (Art. 10 Bst. c). Diese dritte Voraussetzung setzt voraus, dass die Trennung vom in der Schweiz verbleibenden Elternteil für das Kind tragbar ist, was etwa dann der Fall sein kann, wenn die Beziehung zu diesem Elternteil auch Konflikt beladen ist und wenn andererseits die zur Aufnahme bereite Pflegefamilie für den Schutz und die Entwicklung des Kindes beste Gewähr bietet. Es bleibt aber dabei, dass seine solche Lösung nur als ultima ratio in Frage kommen soll.

Eine Kindeswohlgerechte Rückführung und namentlich die in Art. 13 HKÜ genannten Voraussetzungen setzen in verschiedener Hinsicht Kenntnisse über die Situation und die Rechtslage im Herkunftsstaat voraus. Für die Ermittlung des Sachverhalts trifft die Parteien und insbesondere die beiden Eltern eine Mitwirkungspflicht. Die gesetzlich vorgesehene persönliche Anhörung durch das Gericht (Art. 7 Abs. 3) ist hiefür von grosser Bedeutung. Die neuen Bestimmungen über das Verfahren und die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden im Herkunftsstaat sind ebenfalls sehr wichtig. Das Gericht soll sich vergewissern, ob und wie die Rückführung des Kindes vollzogen werden kann (Art. 7 Abs. 4). Wenn ihm das nicht oder nur teilweise gelingt, so ergeben sich daraus mittelbar Auswirkungen auf die Einschätzung der Folgen einer allfälligen Rückführung für das Kind. Ähnlich kann es sich verhalten, wenn von den lokalen Behörden im Herkunftsstaat keine tragfähigen Zusicherungen betreffend die Aufnahme und den Schutz des Kindes zu erhalten sind, insbesondere wenn berechtigte Zweifel an der Fähigkeit des Gesuchstellers bestehen, selbst die Betreuung des Kindes zu übernehmen. Die entsprechende Vorschrift in Art. 8 steht insofern in direktem Zusammenhang mit der praktischen Anwendung von Art. 10.

1.2.4.10 Meinung des Kindes (Art. 11)

Diese Bestimmung stellt für die schweizerische Praxis klar, dass die Meinung des Kindes in ihrem gesamten Inhalt zu würdigen ist, auch wenn sich das Kind unter anderem auf die Ursachen und den Ablauf der Entführung bezieht oder die Umstände der Aufnahme in der Schweiz in seine Willensbildung aufnimmt. Allerdings kann auf den Willen des Kindes, das sich der Rückführung widersetzt, dann nicht abgestellt werden, wenn dieser fremdbestimmt ist, weil die Person, die es widerrechtlich in die Schweiz verbracht hat oder hier zurückbehält, unmittelbar die Meinung des Kindes beeinflusst hat.

1.2.4.11 Rückgabeentscheid (Art. 12)

Entscheidet sich das Gericht zugunsten der Gesuch stellenden Partei für die Rückführung des Kindes, so regelt es auch die Einzelheiten der Vollstreckung auf eine Weise, die kein neues Gerichtsverfahren betreffend den Vollzug verlangt (Art. 12 Abs. 1). Den Parteien, einschliesslich des Kindes bzw. seines Beistandes, ist auch in Bezug auf die Anordnung des Vollzugs das rechtliche Gehör zu gewähren. Der Entscheid und die Vollstreckungsanordnung gelten für die ganze Schweiz (Art. 12 Abs. 2). Sie können etwa bei einem Wohnsitzwechsel in einem andern Kanton nicht mehr in Frage gestellt werden.

Die Vollstreckungsmassnahmen sind so anzuordnen, dass sie auch im Falle einer durch eine Beschwerde an das Bundesgericht eintretenden Verzögerung praktisch zu handhaben sind. Wenn dies nicht zutrifft, so erlässt das Bundesgericht die erforderlichen neuen Anordnungen. Bei der Festlegung der einzelnen Massnahmen ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der Vollzug unter Berücksichtigung des Kindeswohls vorgenommen werden muss, und dass dem Vollzugsorgan die Gelegenheit und die Zeit gegeben werden muss, um auf einen freiwilligen Vollzug hinzuwirken (Art. 13). Es empfiehlt sich, die im betreffenden Kanton zuständige Vollzugsbehörde sowie die Zentrale Behörde zu konsultieren.

1.2.4.12 Vollzug und Kindeswohl (Art. 13)

Wie die Rückführung als solche, so darf auch deren Vollzug nicht in einer Weise erfolgen, die für das Kind traumatische Auswirkungen hat und dieses damit in einer psychischen oder physischen Gefährdung aussetzt. Insofern ist das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Der freiwillige Vollzug ist der beste Weg für die Umsetzung des Kindeswohls. Die Verfahrensparteien sind zu veranlassen, sich auf gütlichem Wege für die Rückführung einzusetzen und damit dem Kind den Vollzug durch Drittpersonen zu ersparen.

1.2.4.13 Aufschub des Vollzugs (Art. 14)

Treten nicht vorhersehbare, ausserordentliche Umstände auf, so kann eine Situation eintreten, bei der der Vollzug ausgesetzt bzw. verschoben werden muss. Zu denken ist etwa an eine Krankheit des Kindes oder einer Person, die als dem Kind nahe stehende Begleitperson vorgesehen ist. Dazu gehören aber auch unvorhergesehene Schwierigkeiten, die im Rückkehrstaat aufgetreten sind, wie Kriegswirren, Naturkatastrophen oder die Erkrankung von Personen, die für die Aufnahme des Kindes bezeichnet worden sind.

1.2.4.14 Änderung des Rückgabeentscheids (Art. 15)

Ähnlich wie bei Kinderschutzmassnahmen im Allgemeinen muss es auch in Bezug auf einen Entscheid, der die Rückführung anordnet, in engen Grenzen möglich sein, eine Neubeurteilung vorzunehmen. Handelt es sich um eine klar mangelhafte Feststellung von für den Entscheid tragenden Tatsachen, so steht der Weg der Revision nach dem massgebenden Prozessrecht offen. Es können aber auch neue Tatsachen auftreten, welche den Sachverhalt in so wesentlicher Weise ändern, dass sich eine Neubeurteilung aufdrängt (Art. 15 Abs. 1). Diese darf aber den durch das Übereinkommen gesetzten Rahmen nicht überschreiten; auch in diesem Stadium gelten die gleichen Gründe, die eine Rückführung verhindern können, wie in jedem andern Verfahren bei Kindesentführungen. In der Regel tritt eine Situation, die zu einer Abänderung des Rückführungentscheids führen könnte, nur dann auf, wenn zwischen diesem Entscheid und dem (fehlgeschlagenen oder nicht beantragten) Vollzug eine gewisse Zeit abgelaufen ist. Die neuen Tatsachen können sich dabei auf eine wesentliche Änderung in der familiären Situation des Kindes beziehen, in Bezug auf den einen oder den andern Elternteil oder gar beide, die es betreuende Bezugsperson oder Institution, oder sie betreffen eine wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse im ausländischen Staat, wo das Kind zurückkehren sollte. Zu denken ist aber auch an den Fall, dass das Kind in der Zwischenzeit ein Alter und eine Reife erreicht hat, die danach verlangen, dass auf seine Meinung und insbesondere auf seine Verweigerung der Rückkehr abgestellt wird. In solchen Fällen ist zunächst der Vollzug des ursprünglichen Rückführungentscheids einzustellen (Art. 15 Abs. 2). Das neue Verfahren folgt den in den Übereinkommen und im Gesetz enthaltenden Bestimmungen. Gelangt das Gericht zur Auffassung, dass die neu vorgebrachten Tatsachen nicht ausreichen, um eine Rückführung zu verweigern, so wird diese bestätigt und es werden die Vollzugsmassnahmen entsprechend angepasst. Kommt es definitiv zur Verweigerung der Rückführung, so wird nicht nur der Vollzug eingestellt, sondern es wird auch der Rückführungentscheid als solcher aufgehoben.

1.2.4.15 Kosten (Art. 16)

Diese Bestimmung bezieht sich auf die Art. 26 HKÜ sowie Art. 5 Ziff. 3 ESÜ, welche festlegen, dass die Tätigkeit der Zentralbehörde und der Gerichte für die Beteiligten grundsätzlich kostenlos ist. Dazu ist zu ergänzen, dass die schweizerische Praxis bei HKÜ-Verfahren keine Kostenlosigkeit gewährt, wenn der ersuchende Vertragsstaat seinerseits einen Vorbehalt an diesem Grundsatz angebracht hat (Art. 26 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 42 HKÜ, so genanntes Reziprozitätsprinzip). Art. 16 des Gesetzes fügt ergänzend an, dass auch Vermittlungs- und Mediationsverfahren vom Grundsatz der Kostenlosigkeit erfasst sind, gleich wie das eigentliche Gerichtsverfahren. Er stellt nunmehr auch in Abänderung der bisherigen Bundesgerichtspraxis klar, dass der Rechtsweg an das Bundesgericht zum Verfahren im Sinne von Art. 26 Abs. 2 HKÜ gehört.¹²

Die vorgesehenen Verbesserungen am Verfahren können Mehrkosten verursachen, insbesondere betreffend die Organisation und den Einbezug des Netzwerks von Fachpersonen (Art. 4), die Vermittlungs- und Mediationsversuche (Art. 5) sowie die finanziellen Beihilfen an die Gesuch stellenden Parteien, um diesen das persönliche Erscheinen in der Schweiz zu ermöglichen. Diesen Kosten ist allerdings der proportional um ein Vielfaches höhere Gewinn gegenüberzustellen, wenn es gelingt, zwischen den Beteiligten eine gütliche Einigung zu erzielen. Nicht nur wird damit dem Kind grosses Leid erspart, sondern es werden auch die staatlichen Organe und Sozialdienste sowie die Versicherungen von den Kosten entlastet, die eine zwangsmässige Rückführung nach sich zieht und die sich auch noch nach vollzogener Rückkehr ergeben können, wenn das Kind psychische oder physische Schäden erleidet, die sich unweigerlich zu Lasten der öffentlichen Hand oder der Versicherungen auswirken.

1.2.4.16 Änderungen bisherigen Rechts (Art. 17)

Artikel 85 Absatz 1 IPRG nimmt Bezug auf das MSA. Dieser Hinweis soll ersetzt werden durch den Hinweis auf das HKsÜ. Der geltende Artikel 85 Absatz 2 IPRG erklärt das MSA sinngemäss auch auf Fragen des Erwachsenenschutzes für anwendbar. Diese Verweisung ist in zweifacher Weise zu revidieren. Zum einen tritt, wie vorgängig erwähnt, das HKSÜ an die Stelle des MSA. Zum anderen ist heute der Schutz von Erwachsenen im HESÜ eigens geregelt. Die Notwendigkeit einer bloss sinngemässen Anwendung der für den Schutz von Kindern aufgestellten Bestimmungen ist daher nicht mehr angebracht. Vielmehr ist den Schutz Erwachsener auf das HESÜ zu verweisen. Das MSA bleibt weiterhin im Verhältnis zu denjenigen Vertragsstaaten anwendbar, die nicht das HKsÜ ratifiziert haben (Art. 51 HKsÜ).

Nach Artikel 85 Absatz 3 IPG sind schweizerische Gerichte oder Behörden ausserdem zuständig, wenn es für den Schutz einer Person oder deren Vermögen unerlässlich ist. Diese Regelung wird als Absatz 4 beibehalten. Damit wird es schweizerischen Behörden weiterhin möglich (dem heutigen Art. 4 MSA entsprechend), für im

¹² Bis anhin war die staatsrechtliche Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgeschlossen; BGE 131 III 334 ff., 344. Diese Praxis ist auf Kritik gestossen, vgl. Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 S. 1325-1339 (1337); Bem. Bucher, SZIER 2002 S. 312 f., 2003 S. 419-421, 2005 S. 425, AJP 2002 S. 478 f., 2005 S. 115, 751.

