

Rechtsprechung / 3. Kindesrecht / 3.5 Kindesschutz

## Nr. 33 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 11. Januar 2019 i.S. A. gegen B., C. – 5A\_982/2018

**Art. 1, 3 und 4 HKÜ: Begriff des Sorgerechts im Sinne des HKÜ, Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im Zeitpunkt der Entführung.**

*Der «cuidado personal» nach chilenischem Recht kann mit der Obhut nach schweizerischem Verständnis verglichen werden. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht wird im chilenischen Recht dagegen nicht eigens geregelt. Der Begriff des Sorgerechts im Sinne von Art. 3 HKÜ ist vertragsautonom und weit auszulegen, wobei nicht nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht sondern auch weitere Personenbefugnisse wie Pflege, Erziehung etc. geschützt sind. Auch wenn die Eltern in einer Vereinbarung den «cuidado personal» einem Elternteil übertragen, können geschützte Sorgerechtspositionen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 HKÜ verletzt sein, wenn Kontakt und Betreuungsrechte des anderen Elternteils vorgesehen sind. Relevanz des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt der vereinbarten Rückführung für die Anwendbarkeit des HKÜ überhaupt (vorliegend vom Bundesgericht verneint).*

**Art. 1, 3 et 4 CLaH 80 : Notion de droit de garde au sens de la CLaH 80, portée de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'enlèvement.**

*Le « cuidado personal » selon le droit chilien peut être comparé à la garde selon l'approche suisse. Le droit de déterminer le lieu de résidence n'est en revanche pas spécifiquement réglé en droit chilien. La notion de droit de garde au sens de l'art. 3 CLaH 80 doit être interprétée de manière autonome et large, cette notion englobant non seulement le droit de déterminer le lieu de résidence, mais aussi d'autres attributions personnelles comme les soins, l'éducation, etc. Même si les parents ont transmis le « cuidado personal » à l'un des parents dans le cadre d'une convention, les composantes du droit de garde protégées par l'art. 3 al. 1 CLaH 80 peuvent être lésées lorsque l'autre parent s'est vu accorder le droit d'entretenir des contacts et de prendre soin de l'enfant. Portée de la résidence habituelle au moment du rapatriement convenu pour l'application de la CLaH 80 de manière générale (niée en l'espèce par le Tribunal fédéral).*

**Art. 1, 3 e 4 Convenzione sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori: Concetto di autorità parentale ai sensi della Convenzione sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori; significato della dimora abituale del figlio al momento del rapimento.**

*Il «cuidado personal» secondo il diritto cileno può essere paragonato alla custodia secondo la concezione svizzera. Per contro, il diritto di determinare il luogo di dimora non è espressamente regolamentato nel diritto cileno. Il concetto di autorità parentale ai sensi dell'art. 3 della Convenzione sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori va interpretato in modo ampio e autonomo, perciò non vi rientra solo il diritto di determinare il luogo di dimora bensì sono tutelate anche altre facoltà personali come la cura, l'educazione eccetera. Anche quando i genitori hanno attribuito per convenzione il «cuidado personal» a un genitore, altri aspetti dell'autorità genitoriale ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 della Convenzione sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori possono essere lesi quando sono previsti il contatto e il diritto di accudire dell'altro genitore. Rilevanza del luogo di dimora al momento del rimpatrio concordato per*

## Sachverhalt:

B. und A., beides chilenische Staatsangehörige, sind die nicht verheirateten Eltern der 2010 geborenen Tochter C. Bis im Sommer 2017 lebten sie in Chile, die ersten eineinhalb Lebensjahre von C. zusammen, danach getrennt.

Im Herbst 2016 ersuchte die Mutter beim Familiengericht in Santiago de Chile um Erlaubnis, das Land mit C. zu verlassen und vom 2. Januar 2017 bis zum 2. Januar 2020 in Spanien zu leben. Der Vater stimmte dem Antrag nicht zu. Nach längeren Verhandlungen schlossen die Parteien am 3. März 2017 eine Vereinbarung, wonach der Vater die Zustimmung erteilte, dass die Mutter mit C. das Land für die Zeit vom 14. August 2017 bis am 22. Dezember 2017 sowie vom 5. Januar 2018 bis am 14. Juli 2018 verlässt und in der Schweiz lebt.

Unbekümmert um diese Vereinbarung verblieb die Mutter mit dem Kind nach dem 14. Juli 2018 in der Schweiz.

Mit Gesuch vom 19. September 2018 beantragte der Vater die Rückführung des Kindes nach Chile.

Mit Beschluss vom 27. November 2018 ordnete das Kantonsgericht Schwyz die Rückführung des Kindes nach Chile bis spätestens am 13. Dezember 2018 an. Es sah als Rückgabevarianten vor, dass der Vater das Kind selber zurückholt oder dass die Mutter das Kind zurückbringt, wobei es je die Einzelheiten regelte.

Mit Beschwerde vom 29. November 2018, ergänzt mit Eingabe vom 10. Dezember 2018, verlangte die Mutter, dass das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und auf das Rückführungsgesuch nicht einzutreten, eventuell es abzuweisen sei.

Mit Verfügung vom 30. November 2018 wurde der Beschwerde superprovisorisch und mit Verfügung 10. Dezember 2018 vorsorglich die aufschiebende Wirkung erteilt.

Am 19. Dezember 2018 reichte das Kantonsgericht seine Vernehmlassung ein. Mit Vernehmlassung vom 21. Dezember 2018 schloss der Vater auf Abweisung der Beschwerde. Der Kindesvertreter verlangte mit Vernehmlassung vom 27. Dezember 2018 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde; er hielt fest, es wäre im besten langfristigen Interesse des Kindes, wenn alle Beteiligten wieder in Chile leben würden. Am 7. Januar 2019 reichte die Mutter eine Replik ein und am 8. Januar 2019 gab sie weitere Unterlagen zu den Akten.

Am 5. Dezember 2018 reichte der Vater seinerseits im Zusammenhang mit der Kostenregelung eine Beschwerde ein, welche Gegenstand des Verfahrens [5A\\_997/2018](#) bildet.

## Aus den Erwägungen:

1. [...]

2.

Nach den Feststellungen des Kantonsgerichtes zog die Mutter im Januar 2012 mit C. für vier Jahre nach Antofagasta (Stadt im Norden von Chile, ca. 1200 km bzw. 2 Flugstunden von Santiago entfernt). Der Vater besuchte C. ein bis zwei Mal pro Monat und leistete auch finanzielle Unterstützung. Im Jahr 2015 lernte die Mutter ihren heutigen Ehemann kennen (deutsch-südafrikanischer Staatsangehöriger), welcher damals in Antofagasta im selben Unternehmen arbeitete. Sie trennte sich jedoch nach einer gewissen Zeit von ihm und zog im Januar 2016 wieder nach Santiago, wo sie in unmittelbarer Nähe des Vaters wohnte. C. besuchte in Santiago die School D. und wurde auf Spanisch unterrichtet. Bevor sie in die Schweiz kam, war der Kontakt zum Vater sehr gut. Er begleitete sie jeden Morgen zur Schule und betreute sie jedes zweite Wochenende. Auch zu den Grosseltern väterlicherseits bestand eine gute Beziehung.

Das Kantonsgericht stellte weiter fest, dass der Vater mit der Elternvereinbarung vom 3. März 2017 die Ausreise bzw. den Aufenthalt von C. in der Schweiz genehmigte für die Perioden vom 14. August 2017 bis 22. Dezember 2017 und vom 5. Januar 2018 bis 14. Juli 2018, wobei die Eltern für diese Zeiträume Besuchstage des Vaters in der Schweiz von je 6 Tagen im September, Oktober und November 2017, von 15 Tagen im Februar 2018 und von 6 Tagen im Juni 2018 sowie Ferien von C. in Chile vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 und vom 7. bis 21. April 2018 vereinbarten; zudem sollte die Kommunikation zwischen C. und dem Vater per Skype, Facetime oder Ähnlichem aufrechterhalten bleiben, insbesondere regelmässig an jedem Wochenende.

In der Schweiz ist C. in der School E. eingeschult. Sie spricht Spanisch und in der Schule Englisch, versteht jedoch, wie es bei der Anhörung schien, kaum bis gar kein Deutsch. Das Kantonsgericht hielt weiter fest, dass die Mutter, welche in der Schweiz nicht arbeitstätig ist und kein Deutsch spricht, mit dem Kind in einer eigentlichen «Expatriat-Blase» lebe; auch C. selbst habe vorwiegend Kontakt zu anderen «Expatriat-Kindern». Im April 2018 heiratete die Mutter in Chile F., welchen sie in Antofagasta kennengelernt hatte (dazu oben) und welcher seit Ende 2016 als Chief Executive Officer für ein international tätiges Unternehmen in Zürich arbeitet. Beide sind in Chile immer noch gut vernetzt und eine Rückkehr ist nicht ausgeschlossen.

In rechtlicher Hinsicht ging das Kantonsgericht gestützt auf die Elternvereinbarung von einem Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht des Vaters und angesichts des Verstosses gegen die Vereinbarung von einer widerrechtlichen Verletzung der betreffenden väterlichen Rechte aus. Sodann äusserte es sich schwerpunktmässig zur Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes und hielt dafür, dass dieses im Zeitpunkt des widerrechtlichen Zurückhaltens ab dem 15. Juli 2018 noch keinen

solchen in der Schweiz hatte, weil es das Land mehrmals verlassen (Ferienaufenthalte in Chile vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 sowie vom 7. bis 21. April 2018) und sich angesichts der vorstehend dargestellten Sachverhaltsumstände in der Schweiz auch noch nicht genügend eingelebt habe. Ferner verneinte das Kantonsgericht die behauptete nachträgliche väterliche Zustimmung zu einem Verbleib des Kindes in der Schweiz. Ebenso wenig wertete es die Äusserungen des 8-jährigen Mädchens bei der Anhörung als beachtliches Widersetzen.

3.

Die Mutter stellt die geschützte Sorgerechtsposition des Vaters im Sinn von [Art. 3 HKÜ](#) bzw. dessen Mitbestimmungsrecht in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Sinn von [Art. 5 HKÜ](#) in Abrede und macht überdies geltend, unabhängig von der elterlichen Sorge benötige jedes Kind eine Bewilligung für die Ausreise aus Chile, also selbst wenn der andere Elternteil nicht sorgeberechtigt sei.

Dabei lässt es die Mutter weitgehend bei abstrakten Ausführungen und blossen Behauptungen bewenden, so dass fraglich ist, ob die Begründungsanforderungen von [Art. 42 Abs. 2 BGG](#) erfüllt sind. Dies kann insofern offen bleiben, als dem Vater offensichtlich eine Sorgerechtsposition bzw. ein Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht zukommt, wie sie von [Art. 3 und 5 HKÜ](#) geschützt und von der Mutter durch das Zurückhalten des Kindes in der Schweiz widerrechtlich verletzt wird:

Der chilenische *Codigo Civil* vom 16. Mai 2000 (nachfolgend CC) unterscheidet zwischen «*patria potestad*» ([Art. 243 ff. CC](#)) und «*cuidado personal*» ([Art. 224 ff. CC](#)). In Abweichung zu vielen Zivilgesetzbüchern des ibero-amerikanischen Rechtskreises lässt sich die «*patria potestad*» nicht gewissermassen mit dem schweizerischen Sorgerecht (ehemals «elterliche Gewalt») gleichsetzen, weil der Begriff nach dem Verständnis des chilenischen Zivilrechts die Vermögensfürsorgerechte betrifft (vgl. [Art. 243 Abs. 1 CC](#)); sodann Turner Saelzer, in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 217. Lieferung, S. 21 zu Chile). Der «*cuidado personal*» bezieht sich auf die persönliche Fürsorge und kann mit der Obhut nach schweizerischem Verständnis verglichen werden, da es offensichtlich um das Zusammenleben mit einem Kind im gemeinsamen Haushalt und die entsprechende Betreuung geht. Er steht den Eltern vom Grundsatz her gemeinsam zu und beruht auf dem Gedanken der gemeinsamen Verantwortung der gemeinsam oder getrennt lebenden Eltern ([Art. 224 Abs. 1 CC](#)). Soweit die Eltern getrennt leben, können sie über den «*cuidado personal*» eine öffentlich zu beurkundende Vereinbarung treffen ([Art. 225 Abs. 1 CC](#)). Die für das Rückführungsübereinkommen zentrale Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird im *Codigo Civil* nicht eigens geregelt.

Vorliegend haben die Eltern am 3. März 2017 eine umfassende notariell beurkundete Vereinbarung betreffend Betreuungs- und Kontaktrechte, Auslandsaufenthalte und Unterhalt des Kindes geschlossen (Gesuchsbeilage 7), welche gerichtlich genehmigt worden ist. Unter «*Cuarto: Régimen de visitas y relación directa y regular*

en Chile de C. con su Padre» haben sie ausführlich die Betreuungsanteile des Vaters geregelt (jedes zweite Wochenende von Freitag, 17:30 Uhr, bis Sonntag, 19:30 Uhr; jede Woche von Mittwoch, 18 Uhr, bis Donnerstagmorgen; tägliches Begleiten zur Schule durch den Vater; häftige Schulferien; Feiertagesregelung; gegenseitige dauernde Vertretung bei Abwesenheit des anderen Elternteils). Unter «*Quinto: Cuidado Personal*» haben sie festgehalten, dass die Mutter unbekümmert um die besagte Regelung weiterhin die persönliche Betreuung und Erziehung im Sinn von [Art. 225 CC](#) ausübe. Unter «*Septimo: Autorización de salida del país del padre*» haben die Eltern vereinbart, dass die Mutter mit dem Kind für die Zeit vom 14. August 2017 bis am 22. Dezember 2017 sowie vom 5. Januar 2018 bis am 14. Juli 2018 das Land Chile verlassen und in der Schweiz leben dürfe, wobei nach Ablauf dieser Perioden jeweils die Beschulung von C. in Chile gewährleistet werden soll und die Mutter sich zur diesbezüglichen Unterzeichnung der Dokumente verpflichte; ferner haben die Eltern stipuliert, dass mit den Aufenthalten in der Schweiz kein Wohnsitzwechsel verbunden sein soll.

Der Begriff des Sorgerechts im Sinn von [Art. 3 HKÜ](#) ist vertragsautonom und weit auszulegen; besonderes Gewicht liegt vor dem Hintergrund des [Art. 5 lit. a HKÜ](#) auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, aber geschützt sind auch weitere Personensorgebefugnisse wie Pflege, Erziehung, Aufsicht u.ä. ([BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362](#); Urteile [5A\\_764/2009](#) vom 11. Januar 2010 E. 3.1; [5A\\_577/2014](#) vom 21. August 2014 E.3.4). Obwohl vereinbarungsgemäss der «*cuidado personal*» im Sinn von [Art. 224 f. CC](#) formell der Mutter allein zusteht, fallen die elterlich vereinbarten umfangreichen Kontakt- und Betreuungsrechte des Vaters zum Kind (jedes zweite Wochenende; häftige Ferienzeit; eine Nacht unter der Woche; tägliche Begleitung zur Schule) unter den konventionsautonom ausgelegten Begriff des Sorgerechts, so dass bereits unter dem Aspekt der Personenfürsorge von einer geschützten Sorgerechtsposition im Sinn von [Art. 3 Abs. 1 HKÜ](#) auszugehen ist,

zumal [Art. 229 Abs. 1 CC](#) das Recht und die Pflicht zu direkter und regelmässiger Beziehung des formell nicht über den «ciudadano personal» verfügenden Elternteils zum Kind hervorstreicht. Jedenfalls aber steht dem Vater aufgrund gerichtlich genehmigten Vereinbarung in internationaler Hinsicht, d.h. mit Bezug auf die Auswanderung, ein zivilrechtliches Aufenthaltsbestimmungsrecht zu, welches von [Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 lit. a HKÜ](#) geschützt wird.

Selbst wenn der Vater – entgegen der soeben dargelegten Überzeugung des Bundesgerichtes – gemäss den auf [Art. 49 des chilenischen Gesetzes Nr. 16618 über Minderjährige \(ley de menores; abrufbar unter <https://www.leychile.cl>\)](#) anspielenden, aber sonst nicht weiter ausgeführten Behauptungen der Mutter über keinerlei geschützte zivilrechtliche Sorgerechts- bzw. Aufenthalts (mit) bestimmungsposition verfügen und nach chilenischem Recht eine Zustimmung zur Ausreise tatsächlich unabhängig von der Sorgerechtslage erforderlich sein sollte, würde eben dies wiederum ein gesetzliches Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht des Vaters in Bezug auf die Aus-

wanderung implizieren, welches vom Sinn her einer «non removal-Klausel» entspräche, die rechtsprechungsgemäss in Anwendung von [Art. 3 HKÜ](#) ebenfalls zu schützen ist (vgl. [BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362 m.w.H.](#)).

4.

Die Mutter beruft sich auf den Vorbehalt in der Elternvereinbarung vom 3. März 2017, wonach C. am 14. Juli 2018 zurückzubringen sei, soweit kein Rechtfertigungsgrund vorliege (*sin causa justificada*). Die Mutter leitete und leitet aus der Tatsache, dass ihr heutiger Ehemann in der Schweiz arbeitet, einen Rechtfertigungsgrund im Sinn der Vereinbarung für das Zurückhalten des Kindes ab, während der Vater sich auf den Standpunkt stellte und stellt, mit der *causa justificada* sei höhere Gewalt gemeint gewesen. Das Kantonsgericht hielt dafür, dass der Vorbehalt unbeachtlich sei, weil die Anwendung des Rückführungsübereinkommens als Rechtshilfeübereinkommen nicht zur Disposition der Parteien stehe.

In der Tat können die Parteien über die Anwendbarkeit des Übereinkommens keine Vereinbarung treffen. Die Ausführungen in der Beschwerde gehen denn auch eher dahin, die Vereinbarung bzw. der Vorbehalt sei im Kontext zu lesen, dass die Parteien im Rahmen des damals vor dem Familiengericht in Santiago de Chile hängigen Verfahrens um Bewilligung der Ausreise von C. einen Kompromiss hätten schliessen wollen, indem sie gewissermassen die Rechtmässigkeit des Zurückhaltens für bestimmte Konstellationen vereinbart hätten.

Was die Parteien mit der «*causa justificada*» genau gemeint haben, lässt sich heute angesichts der konträren Parteistandpunkte nicht eruieren. Insbesondere lässt sich auch nichts – aus dem ohnehin neuen und damit unzulässigen ([Art. 99 Abs. 1 BGG](#)) – «Gutachten» einer chilenischen Anwältin ableiten, welche Mutmassungen dazu anstellt, was die Eltern mit der Klausel «*sin causa justificada*» gemeint haben sollen. Die einzig sinnvolle objektivierte Auslegung könnte dahin gehen, dass der Vater für den Fall des Vorliegens eines «Rechtfertigungsgrundes» gewissermassen einem Verbleib von C. im Sinn von [Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ](#) antizipiert zugestimmt hätte.

Für die Zustimmung bzw. Genehmigung gilt ein strenger Beweismassstab und der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Elternteils muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann (zuletzt Urteil [5A\\_576/2018](#) vom 31. Juli 2018 E. 3 mit Hinweisen auf die reichhaltige Rechtsprechung).

Ausgehend vom soeben Gesagten würde eine antizipierte Zustimmung in einer Elternvereinbarung in Bezug

auf sich erst später verwirklichende «Rechtfertigungsgründe» einen klar abgesteckten Ereignishorizont voraussetzen, wozu eine erst mehr als ein Jahr nach Abschluss der Vereinbarung mit einem gegenwärtig in der Schweiz erwerbstätigen Mann geschlossene Ehe nur schwerlich gehören kann. Jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass der gemäss [Art. 13 Abs. 1 HKÜ](#) der Mutter obliegende Nachweis eines von der Vereinbarung abgedeckten und damit die Wider-

rechtlichkeit des Zurückbehaltens nach dem 14. Juli 2018 ausschliessenden «Rechtfertigungsgrundes» erstellt sei.

Was schliesslich die Behauptung der Mutter in Ziff. 2.4 der Beschwerde anbelangt, sie habe in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2018 zur Genüge triftige Gründe (gemeint sind offenbar weitere Gründe) vorgebracht, ist auf E. 1 zu verweisen, wonach nicht weiter ausgeführte Hinweise auf kantonale Eingaben im bundesgerichtlichen Verfahren nicht zu hören sind.

5.

Wie bereits erwähnt, liegt der Schwerpunkt der Ausführungen der Parteien und der Begründung im angefochtenen Entscheid auf der Frage, ob C. zwischenzeitlich in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt begründet habe. Die Mutter bejaht dies und leitet daraus ab, dass das Rückführungsübereinkommen gar nicht anwendbar sei. Der Vater und das Kantonsgericht gehen davon aus, dass C. angesichts der immer wieder unterbrochenen Aufenthaltsperioden, der elterlichen Vereinbarung und der ungenügenden Integration ihren gewöhnlichen Aufenthalt immer noch in Chile hat, weshalb das Rückführungsübereinkommen zur Anwendung komme.

Das Kantonsgericht und die Parteien unterliegen dem – offensichtlich auf den Denkfehler bzw. das Missverstehen der einschlägigen Konventionsnormen auf S. 17 des von der Mutter bei Frau Prof. G. in Auftrag gegebenen Gutachtens zurückgehenden – Rechtsirrtum, wonach gemäss [Art. 3 HKÜ](#) die Anwendung des Übereinkommens davon abhängig sei, dass das Kind im Zeitpunkt des Zurückhaltens im Zuzugsstaat noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet habe. Die Anwendbarkeit des Übereinkommens bestimmt sich indes nach [Art. 4 HKÜ](#), welcher verlangt, dass das Kind vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten in einem Vertragsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; Vertragsstaaten sind aber sowohl Chile als auch die Schweiz. [Art. 3 HKÜ](#) regelt etwas ganz anderes: Gemäss dieser Norm bestimmt sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unmittelbar von dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten das Sorgerechtsstatut, welches die von der Konvention geschützte Sorgerechtsposition regelt. Diesbezüglich ergibt sich Folgendes:

Hatte das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt des widerrechtlichen Zurückhaltens noch in Chile, so bemessen sich die väterlichen Rechte nach chilenischem Familienrecht (bzw. technisch: nach dem durch das chilenische internationale Privatrecht bestimmten Sorgerecht, vgl. [BGE 136 III 353](#) E. 3.5 S. 362; Urteile [5A\\_764/2009](#) vom 11. Januar 2010 E. 3.1; [5A\\_293/2016](#) 8. August 2016 E. 4.2). Auf dessen Grundlage kam dem Vater nach dem in E. 3 Gesagten unzweifelhaft eine vom Rückführungsübereinkommen geschützte Sorgerechtsposition zu. Gleiches gilt aber auch, wenn das Kind am 15. August 2018 bereits in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hätte: Diesfalls hätte gemäss [Art. 85 Abs. 1 IPRG](#) i.V.m. [Art. 16 Abs. 3 HKsÜ](#) (Haager Kindesschutzübereinkommen, [SR 0.211.231.011](#)) das Mitsorge- bzw. Aufenthaltsmitbestimmungsrecht, wie es in Anwendung des

chilenischen Rechtes begründet wurde, auch nach dem Aufenthaltswechsel weiterhin im gleichen Umfang Bestand.

Somit spielt es für die Widerrechtlichkeit der Verletzung des Sorge- bzw. des Aufenthaltsbestimmungsrechtes im Sinn von [Art. 3 und 5 HKÜ](#) keine Rolle, ob das Kind am 15. August 2018 noch in Chile oder aber bereits in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder ob es (als weitere Variante) aufgrund der Elternvereinbarung allenfalls sich ablösende Sukzessivaufenthalte hat (dazu Urteil [5A 1021/2017](#) vom 8. März 2018 E. 5.1.2). Ferner würde ein allfälliger gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz aufgrund der Sperrwirkung von [Art. 16 HKÜ](#) i.V.m. [Art. 7 HKsÜ](#) auch nicht zu einer materiellen schweizerischen Entscheidzuständigkeit führen. Die Haager Konzeption ist vielmehr dergestalt, dass zuerst das Rückführungsverfahren durchzuführen ist und erst für den Fall eines abweisenden Rückführungsentscheides eine Sorgerechtszuständigkeit im neuen Aufenthaltsstaat begründet werden kann.

Die Parteien und das Kantonsgericht führen mit ihren Vorbringen und Erwägungen zum Einleben des Kindes mit anderen Worten eine Diskussion, welche im Rahmen von [Art. 12 Abs. 2 HKÜ](#) relevant wäre. Vorliegend ist diese Diskussion aber obsolet, weil das Rückführungsgesuch bereits zwei Monate nach dem widerrechtlichen Zurückhalten des Kindes gestellt wurde und deshalb gestützt auf [Art. 12 Abs. 1 HKÜ](#) eine sofortige Rückführung anzuordnen ist, wenn eine widerrechtliche Sorgerechtsverletzung vorliegt und nicht ausnahmsweise ein Rückführungsausschlussgrund im Sinn von [Art. 13 HKÜ](#) greift.

6.

Was solche Ausschlussgründe anbelangt, wird [Art. 13 Abs. 2 HKÜ](#) im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr angerufen, sondern es wird nur noch flüchtig erwähnt, das Kind habe mehrfach zum Ausdruck gebracht, in der Schweiz bleiben zu wollen. Darin kann keine Rüge erblickt werden, zumal in der Beschwerde letztlich eingeräumt wird (vgl. S. 17), dass die Aussagen des Kindes keinen Verweigerungsgrund konstituieren.

In der Tat würde sich vor dem Hintergrund der Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid namentlich aufgrund der Anhörung des Kindes – dieses sagte aus, dass es in der Schweiz bleiben möchte und dies auch dem Vater gesagt habe; in Antofagasta habe es gerne gelebt, dort habe es ein Pferd gehabt und im Meer geschwommen; in Santiago habe es seine Schwestern (gemeint: die älteren Halbschwestern) sehen können, das sei schön gewesen; in Chile sei es gerne zur Schule gegangen, aber hier gehe es lieber zur Schule, weil es in Chile nicht die gleichen Freunde habe – die Erwägung, das 8-jährige Mädchen sei altersgemäss vor allem mit seiner gegenwärtigen Situation beschäftigt und sein Wunsch erscheine jedenfalls nicht als eigentliches Widersetzen im Sinn von [Art. 13 Abs. 2 HKÜ](#), als rechtsprechungskonform erweisen (vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung das Urteil [5A 475/2018](#) vom 9. Juli 2018 E. 4.2 mit vielen weiteren Hinweisen).

7.–8. [...]

## Bemerkungen:

### *Elterliche Vereinbarungen, gewöhnlicher Aufenthalt und Kindesentführungen*

#### *Alte Gewissheiten und neue Herausforderungen betreffend das HKÜ*

##### *1. Immer mehr Eltern üben die elterliche Sorge gemeinsam aus und treffen Vereinbarungen darüber, wie sie*

*Elternrechte und Elternpflichten (auch) über die Landesgrenzen hinweg wahrnehmen wollen. Manchmal vereinbaren sie gar, die Obhut alternierend auszuüben – trotz der dazwischen liegenden Staatsgrenzen. Die internationale Literatur spricht von shuttle custody. In dem Fall, der dem Bundesgericht vorgelegt wurde, liegt keine alternierende Obhut vor, aber immerhin eine Vereinbarung, welche detailliert die Ausübung der Elternrechte und Elternpflichten beschreibt und sich zu den Aufenthaltsorten des Kindes äussert. Solche Konstellationen stellen eine Herausforderung nicht nur für die Familien dar, sondern auch für das Recht. Das Übereinkommen über die internationale Kindesentführung aus dem Jahr 1980 (HKÜ) war zunächst gedacht für die Rückführung von Kindern, die durch überwiegend nicht sorgeberechtigte Väter während eines Besuchskontakts ins Ausland verbracht wurden. Mit der Rückführung sollte das Kind wieder mit der hauptbetreuenden Person zusammengeführt werden. Heute sind meist beide Elternteile Inhaber der elterlichen Sorge und die Mehrzahl der Rückführungsanträge wird gegen Mütter gerichtet, die häufig auch die Obhut über das Kind haben und mit diesem wegen des Berufs, einer neuen Partnerschaft oder der Herkunftsfamilie aus eigenem Antrieb das Land verlassen. Immer häufiger ist auch die Situation anzutreffen, dass im Einvernehmen beider Elternteile der Aufenthalt des Kindes verändert wird, dies mit Blick auf die Rückkehr nach einer bestimmten Zeit. Möglicherweise wird das Kind dann aber nicht mehr zurückgebracht, weil am neuen Ort eine neue familiäre oder berufliche Situation entstanden ist.*

*2. Das HKÜ und seine Zielsetzung sind allerdings gleich geblieben: Das HKÜ ist ein eigentliches Rechtshilfeübereinkommen; sein Ziel ist es, die sofortige Rückgabe des widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachten oder dort zurückgehaltenen Kindes sicherzustellen und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird. Zweck des HKÜ ist folglich die Wiederherstellung des Status quo ante, des Zustands wie er vor der Entführung bestand. Es ist kein Sorgerechtsverfahren,*

*zumal mit dem HKÜ die Zuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Regelung der Kinderbelange gewährleistet bleiben soll. Auseinandersetzungen um die Elternrechte und Elternpflichten sollen durch die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes entschieden werden. Das HKÜ geht davon aus, dass eine Sorgerechtsentscheidung desjenigen Staates, in welchem das Kind bis zur Entführung gelebt hat, dem Kindeswohl am ehesten entspricht. Die Rückgabe des Kindes darf nur abgelehnt werden, wenn einer von den im HKÜ abschliessend aufgezählten Verweigerungsgründen erfüllt ist.*

*3. Zunächst sei der dem Bundesgericht vorgelegte Sachverhalt auf das für diese Bemerkungen Wesentliche zusammengefasst: Das heute 8-jährige Kind, über dessen Rückführung das Bundesgericht zu entscheiden hatte, wurde in Chile geboren. Seine Eltern (chilenische Staatsangehörige) waren nie miteinander verheiratet. Der Vater lebt in Chile, die Mutter lebt seit August 2017 mit ihrem Ehemann in der Schweiz. Die Eltern des betroffenen Kindes hatten im März 2017 in Chile in einer notariell beurkundeten Vereinbarung die Elternrechte und Elternpflichten festgelegt und sich unter anderem auch zum Aufenthaltsort des Kindes geäußert. Danach sollte das Kind ein knappes Jahr lang in der Schweiz leben – mit einem Unterbruch über Weihnachten und Neujahr –, im Juli 2018 aber zurück nach Chile kehren. Mit dem Aufenthalt in der Schweiz sollte kein Wohnsitzwechsel verbunden sein. Die Kontakte zwischen Kind und Vater waren gut; dieser besuchte das Kind mehrmals in der Schweiz. Obwohl die vereinbarte Dauer des Aufenthalts in der Schweiz sich über elf Monate erstreckte, verneinte die kantonale Instanz das Entstehen eines gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz, weil das Kind zweimal je zwei Wochen ferienhalber nach Chile zurückkehrte und weil es sich in Anbetracht der gesamten Umstände noch nicht genügend in der Schweiz eingelebt habe.*

*4. Das Bundesgericht hat sich mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vaters nach chilenischem Recht,*

mit der Auslegung der Vereinbarung zwischen den Eltern und auch mit den wichtigen Gründen, die es rechtfertigen könnten, eine Rückführung abzulehnen, auseinandergesetzt. Das alles will ich hier nicht weiter kommentieren. Das Bundesgericht hat sich aber mit einer Frage bewusst nicht befasst, obwohl sie ihm unterbreitet wurde: mit derjenigen, ob sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nach Ablauf der vereinbarten Zeit, das heisst im Juli 2018, in der Schweiz oder in Chile befand. Das Bundesgericht behauptet nämlich, dies sei für die Anwendbarkeit des HKÜ nicht relevant, weil sowohl die Schweiz wie Chile Vertragsstaaten seien. Es hat sich gar zur Aussage verstiegen, die Vorinstanz und die Parteien seien einem Rechtsirrtum zum Opfer gefallen, indem sie der Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt Bedeutung beigemessen hätten (E. 5 des Bundesgerichts). Diese Aussage ist im Mindesten fahrlässig und anfällig für Missverständnisse. Die Verkürzung, für die Möglichkeit der Rückführung eines Kindes nach HKÜ sei es irrelevant, wo das Kind den gewöhnlichen Aufenthalt habe, solange dies in einem Vertragsstaat der Konvention sei, ist ihrerseits ein Irrtum und kann so nicht stehen gelassen werden.

Die Kontakte zwischen Kind und Vater waren gut; dieser besuchte das Kind mehrmals in der Schweiz. Obwohl die vereinbarte Dauer des Aufenthalts in der Schweiz sich über elf Monate erstreckte, verneinte die kantonale Instanz das Entstehen eines gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz, weil das Kind zweimal je zwei Wochen ferienhalber nach Chile zurückkehrte und weil es sich in Anbetracht der gesamten Umstände noch nicht genügend in der Schweiz eingelebt habe.

5. a) Zum räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens nach [Art. 4 HKÜ](#) Folgendes: Das HKÜ findet Anwendung zwischen Vertragsstaaten. Das noch nicht 16-jährige Kind muss unmittelbar vor der Entführung in einem dieser Staaten seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben. Entgegen der Behauptung des Bundesgerichts ist es aber für das Vorliegen einer Kindesentführung, sprich für die Anwendbarkeit des HKÜ insgesamt sehr wohl relevant, in welchem Staat das Kind den gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der «Entführung» hatte. Das Übereinkommen soll nämlich, in den Worten seiner Präambel, die «sofortige Rückgabe [des Kindes] in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts (Hervorhebung durch die Autorin) sicher(...)stellen». Das Kind muss von dem Staat, in dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Herkunftsstaat), in einen anderen Vertragsstaat verbracht worden sein (Zufluchtsstaat), damit das HKÜ greift.<sup>2</sup> Oder allgemeiner formuliert: Voraussetzung für die Anwendung des HKÜ ist, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt unmittelbar vor dem geltend gemachten rechtswidrigen Verhalten in einem Vertragsstaat hatte und sich danach in einem anderen Vertragsstaat aufhält (vgl. auch [Art. 1 lit. a HKÜ](#)).<sup>3</sup> Hält das Kind sich nach dem geltend gemachten rechtswidrigen Verhalten im selben Staat auf, in welchem es vor dem geltend gemachten rechtswidrigen Verhalten den gewöhnlichen Aufenthalt hatte, liegt gar keine Grenzüberschreitung vor.

b) Zutreffend ist die bundesgerichtliche Aussage, wonach [Art. 3 HKÜ](#) etwas anderes regelt (E. 5): Nach [Art. 3 lit. a HKÜ](#) ist das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes dann widerrechtlich, «wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurück-

halten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte». Es reicht nicht aus, wenn das Sachrecht des ersuchenden Staates ein Sorgerecht im Sinne des HKÜ verleiht oder verliehen hat, es muss sich auch um den Staat handeln, in welchem das Kind zum massgeblichen Zeitpunkt den gewöhnlichen Aufenthalt hat oder hatte. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes dient in diesem Kontext der Ermittlung des anwendbaren Rechts zur Beurteilung, ob der betroffene Elternteil ein (weit verstandenes) Sorgerecht, insbesondere das

Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 5 HKÜ) hat, dessen Verletzung die Anwendung des HKÜ nach sich zieht. Die durch Art. 3 HKÜ ausgesprochene Verweisung ist eine Gesamtverweisung und das internationale Privatrecht des angesprochenen Staates ist zu beachten. Es bestanden im vorliegenden Fall wenige Zweifel daran, dass der Vater eine geschützte Sorgerechtsposition, das heisst ein Aufenthaltsbestimmungsrecht, hatte und hat – nach chilenischem wie nach Schweizer Recht (ein einmal erworbenes Sorgerecht besteht auch bei einem späteren Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts weiter, Art. 16 Abs. 1 und 3 HKsÜ; so auch E. 3 und 5 des bundesgerichtlichen Entscheids). Darüber hinaus wird in Literatur und Rechtsprechung aber auch darauf hingewiesen, dass – gelesen in Verbindung mit Art. 1 und 4 HKÜ – die Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhaltens definitionsgemäss nicht gegeben sein könne, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Zeitpunkt des geltend gemachten rechtswidrigen Verhaltens sich an dem Ort befindet, an den das Kind verbracht wurde oder an dem es zurückgehalten wird – und nicht (mehr) an dem Ort, von welchem es entführt wurde oder ferngehalten wird: «Die Widerrechtlichkeit ist nach dem Übereinkommen gegeben, wenn das Kind von seinem bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort entfernt oder anderweitig unrechtmässig zurückbehalten wird» (FamKomm/Bd. II-Jametti/Weber, Anh. IPR, N 187). Vermisst wird mitunter auch hier entweder die Grenzüberschreitung, die zwingender Bestandteil des «Verbringens» oder «Zurückhaltens» im Sinne des HKÜ ist, oder die Verletzung der Sorgerechtsposition (und nicht die Sorgerechtsposition an sich), wenn das Kind vor dem geltend gemachten rechtswidrigen Verhalten (hier dem Zurückhalten) an einem anderen Ort seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat.<sup>4</sup>

c) Es ist offensichtlich, dass man ein Kind, das mit seiner Mutter im Ausland einen zweimonatigen Sprachaufenthalt absolviert, nicht von dort entführen kann im Sinne des HKÜ, weil es dort keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Und umgekehrt kann, in den Worten des Obersten Gerichtshofs Österreichs, «das Kind, das sich an seinem gewöhnlichen Aufenthalt befindet, (...) dorthin weder verbracht noch dort iSd Art 3 HKÜ zurückgehalten werden» (OGH, 24. April 2003, 2 Ob 80/03h, so auch OGH, 16. Februar 2012, 6 Ob 26/12k, OGH, 29. August 2017, 6 Ob 152/17x, und viele weitere Entscheide). Es gibt zahlreiche Entscheidungen ausländischer Gerichte, die sich mit der Frage befassen, ob sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens beim Elternteil befindet, der das Begehren auf Rückführung im Sinne des HKÜ stellt, oder bei demjenigen, bei welchem sich das Kind aufhält, und zwar um festzustellen, ob das HKÜ überhaupt zur Anwendung gelangt – jeweils mit Verweis auf Art. 1, 3 und/oder 4 HKÜ.<sup>5</sup> Das Bundesgericht selbst hat dies unlängst getan: Im Fall eines in der Schweiz lebenden verheirateten Paares gab der Vater der Mutter im Oktober 2015 die Erlaubnis, mit den Kindern nach Spanien zu gehen; die Mutter tat dies dann auch im Dezember 2015 und die Kinder wurden in Spanien eingeschult. Im Januar 2016 reiste der Vater besuchshalber nach Spanien, verbrachte dann die Kinder ohne Wissen der Mutter in die Schweiz und meldete diese in seiner Gemeinde an. Er widerrief sein Einverständnis, wonach die Mutter mit den Kindern in Spanien leben dürfe. Im Februar 2017 stellte die Mutter ein Gesuch auf Rückführung der beiden Kinder nach HKÜ. Das Bundesgericht bemerkte dazu: «In der Sache selbst stellt sich vorab die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder im Zeitpunkt des Verbringens durch den Vater. Wäre, wie dieser behauptet, in Spanien noch gar kein gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden, sondern hätte er sich nach wie vor in der Schweiz befunden, so wäre das Rückführungsübereinkommen nicht anwendbar» (BGer, Urteil vom 8. August 2016, 5A\_293/2016, E. 3).<sup>6</sup> Wo bleibt diese höchstrichterliche Einsicht in vorliegenden Fall? Hätten die

Kinder den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz gehabt, hätten sie nicht in die Schweiz entführt werden können. Freilich kann man die Konstellation auch anders darstellen und nicht das Verbringen,

sondern das Zurückhalten in den Vordergrund rücken – es gälte der gleiche Grundsatz: Hätte (hypothetisch) der Vater die Kinder nicht zurück in die Schweiz verbracht, sondern in Spanien Antrag auf Rückführung der Kinder nach HKÜ gestellt und geltend gemacht, sie würden widerrechtlich zurückgehalten, so hätten die spanischen Gerichte den Antrag ablehnen müssen, wenn sie zum Schluss gekommen wären, dass die Kinder in Spanien gewöhnlichen Aufenthalt begründet hätten.

d) Dies ist ganz im Sinne der Grundidee des HKÜ. Das Kind soll schnellstmöglich in den Herkunftsstaat, in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts vor der Entführung, zurückgebracht werden.<sup>7</sup> Es wird davon ausgegangen, dass die Behörden im Herkunftsstaat am besten geeignet sind, die Verhältnisse abzuklären und entsprechende Massnahmen zu treffen. Das trifft aber dann nicht mehr zu, wenn sich das Kind längere Zeit im Zufluchtsstaat aufhält und dort einen Lebensmittelpunkt begründet. Der Zweck des HKÜ kann nicht mehr erreicht werden.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Frage, in welchem der beiden Vertragsstaaten das Kind im Zeitpunkt der «Entführung» den gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist nicht nur relevant für die Ermittlung des Sorgerechtsstatuts, welches die geschützte Sorgerechtsposition regelt (Art. 3 und 5 HKÜ), sondern allgemein für die Frage, ob das HKÜ anwendbar ist. Das ergibt sich aus der Konzeption des Übereinkommens und dem Gesamtzusammenhang der Normen und liegt sowohl Art. 1, 3 und 4 HKÜ zugrunde. Der Antrag auf Rückführung setzt voraus, dass ein Kind unter 16 Jahren widerrechtlich vom Vertragsstaat seines gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Vertragsstaat verbracht oder in diesem anderen Vertragsstaat zurückgehalten wird, unter Verletzung eines Sorgerechts.<sup>8</sup> Das widerrechtliche Verbringen und das widerrechtliche Zurückhalten werden im Rahmen des HKÜ grundsätzlich gleich behandelt. Es liegt keine Entführung im Sinne des HKÜ vor, wenn das Kind

an den Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts verbracht oder dort zurückgehalten wird. Hat das Kind nach dem rechtmässigen Umzug einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet, kann die Person, bei welcher sich das Kind aufhält, keine Entführung durch Zurückhalten des Kindes mehr begehen und eine Rückführung kann nicht mehr erfolgen. Freilich beantwortet dies noch nicht die entscheidende Frage, ob, ab wann und wie ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet werden kann.

6. a) Der dem Bundesgericht vorgelegte Fall ist in dieser Hinsicht freilich kein allzu häufiger Fall. Er wirft Fragen auf, die in der Literatur und Rechtsprechung umstritten oder ungeklärt sind, deren Beantwortung man sich vom Bundesgericht erhofft hätte. Die Besonderheit des Falles liegt zunächst darin, dass die «Entführung» nicht mit dem Umzug in die Schweiz im August 2017 geschah, zumal der Vater diesem Umzug zugestimmt hatte, sondern erst mit dem Zurückhalten des Kindes in der Schweiz nach dem vereinbarten knappen Jahr (also im Juli 2018). Ebenfalls eine Herausforderung stellt dieser Fall insofern dar, als die Parteien sich in einer Vereinbarung zum Aufenthalt des Kindes in zweierlei Hinsicht geäussert haben: 1) es soll knapp ein Jahr lang (mit Unterbruch) in der Schweiz leben, danach wieder zurück nach Chile kehren; 2) der Wohnsitz des Kindes soll in Chile bleiben.

b) Der Ortswechsel von Chile in die Schweiz an sich wurde nicht widerrechtlich herbeigeführt. Erst das Zurückhalten in der Schweiz erfolgte ohne Zustimmung des Vaters. Es ist also zu fragen: Hatte das Kind im Juli 2018<sup>9</sup> seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach wie vor in Chile oder begründete es diesen bereits in der Schweiz? Genau diese Frage hat die Vorinstanz zu Recht beschäftigt. Im ersten Fall ist der Anwendungsbereich des HKÜ eröffnet, im zweiten Fall nicht. Um diese Frage für den vorliegenden und ähnliche Fälle beantworten zu können, muss man sich mit zahlreichen Aspekten auseinandersetzen: 1) Kann man über den gewöhnlichen Aufenthalt vertraglich verfügen (die Parteien hatten in der Vereinbarung festgehalten, der Wohnsitz des Kindes sei in Chile)? 2) Kann das Kind im Staat, in welchem es

zurückgehalten wird, überhaupt einen gewöhnlichen Aufenthalt gegen den Willen eines Elternteils begründen<sup>10</sup> > und wie gestaltet sich das Verhältnis zur Jahresfrist des

Art. 12 HKÜ? 3) Wie behandelt das HKÜ eine Vereinbarung der Eltern über einen zeitlich begrenzten Aufenthalt? Das heisst: Kann das Kind im Staat, in dem es zurückgehalten wird, einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen, wenn die Eltern einen befristeten Aufenthalt in diesem Staat und die daran anschliessende Rückkehr in den Herkunftsstaat vereinbart haben? 4) Wenn ja, was muss gegeben sein, damit ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet wird? Welche Bedeutung kommt dabei dem subjektiven Moment (ursprünglich oder später manifestierte und erkennbare Absicht des vorübergehenden oder dauernden Verbleibs eines Elternteils mit dem Kind) im Verhältnis zum objektiven Moment (Lebensumstände des Kindes) zu? 5) Kann es auch zwei parallele gewöhnliche Aufenthaltsorte geben oder können diese alternieren?

c) In der Schweizer Literatur und Rechtsprechung zum HKÜ wird die Frage, ob, wann und wie der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Zufluchtsstaat begründet werden kann, nur spärlich erörtert und ist selten entschieden worden. Noch weniger diskutiert wird die Bedeutung einer elterlichen Vereinbarung für die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im Kontext des HKÜ. Die ausländische Literatur und Rechtsprechung hingegen erörtern regelmässig verschiedene Konstellationen, die mit der dem Bundesgericht unterbreiteten vergleichbar sind. So können Eltern gemeinsam oder ein Elternteil allein mit dem Kind in einen anderen Vertragsstaat umziehen – im mündlichen oder schriftlichen Einverständnis aller – in der Absicht, sich dort eine bestimmte oder eine begrenzte, aber noch unbestimmte Zeit oder «probeweise» oder «für eine Weile» aufzuhalten und danach in den Herkunftsstaat zurückzukehren. Solche Fälle nehmen mit Blick auf die Erfordernisse beruflicher Mobilität und vermehrt binationaler Beziehungen zu. Es kommt freilich vor, dass das Einverständnis der Eltern über den Wohnort nicht mehr gegeben ist, das heisst ein Elternteil nicht mehr zurückkehren will und das Kind bei sich behält, oder dass der rückkehrwillige oder im Herkunftsstaat zurückgebliebene Elternteil das Kind mit in den Herkunftsstaat nimmt. Der jeweils andere Elternteil kann – wie dargelegt – Antrag auf Rückführung dann stellen, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im ersten Fall im Herkunftsstaat, im zweiten Fall im Zufluchtsstaat im Moment des Zurückhaltens (erster Fall) oder des Verbringens (zweiter Fall) liegt.<sup>11</sup> Zur Bedeutung einer Elternvereinbarung äussert sich die Literatur auch und insbesondere unter dem Titel «shuttle custody arrangements».<sup>12</sup> Gemeint sind Vereinbarungen, aufgrund derer das Kind eine gewisse Zeit beim einen Elternteil in einem Vertragsstaat und anschliessend eine gewisse Zeit beim anderen Elternteil in einem anderen Vertragsstaat verbringen soll. Die Frage, ob das Kind unter Umständen

immer aufs Neue einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet, ist auch hier relevant dafür, ob das Zurückhalten nach Ablauf der vereinbarten Frist widerrechtlich und der Anwendungsbereich des HKÜ eröffnet ist oder nicht.<sup>13</sup> Kontrovers diskutiert wird auch, ob es zwei parallele oder doppelte gewöhnliche Aufenthalte geben kann und, wenn ja, ob der Anwendungsbereich des HKÜ eröffnet ist, wenn ein Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten gleichzeitig hat. Es stellt sich die Frage, ob in einer solchen Konstellation überhaupt ein Staat als «Herkunftsstaat» und der andere als «Zufluchtsstaat» angesehen werden kann.<sup>14</sup>

d) Zur Frage des Ob (der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts): Konsultiert man die einschlägige Literatur und Rechtsprechung, so wird rasch deutlich, dass zahlreiche Autorinnen und Autoren und Gerichte die Möglichkeit bejahen, dass ein (neuer) gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes entsteht oder

entstanden ist, wenn das Kind dem Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, gegen dessen Willen vom anderen Elternteil durch das vereinbarungswidrige Zurückhalten entzogen wird.<sup>15</sup> Die Vereinbarung betreffend die Befristung des Auslandsaufenthalts und die Rückkehr in den Herkunftsstaat könne dies nicht grundsätzlich verhindern, zumal sich der gewöhnliche Aufenthalt nach den konkreten Lebensumständen bestimme und es in erster Linie auf den tatsächlichen Daseinsmittelpunkt des Kindes ankomme. Auch wenn die Rückkehr von allem Anfang an fester Bestandteil des Plans gewesen ist und der Elternteil, welcher das Kind zurückbehält, ein Versprechen bricht: Das Konzept des gewöhnlichen Aufenthalts dürfe nicht mit vertragsrechtlichen Erwägungen vermengt und mit Sanktionierungsgedanken verknüpft werden, zumal mit der Orientierung an diesem die Interessen des Kindes gesichert werden sollen.<sup>16</sup> Allerdings sei in solchen Fällen ein gewöhnlicher Aufenthalt im Staat, in

welchem das Kind zurückgehalten wird, nicht leichthin als gegeben zu betrachten.<sup>17</sup> Bemerkenswert in unserem Zusammenhang ist ein Entscheid des Österreichischen Gerichtshofs. Er hatte folgende Konstellation zu beurteilen, die derjenigen, die das Bundesgericht zu entscheiden hatte, ähnlich ist: Die Familie lebte in den Niederlanden. Die Beziehung ging in die Brüche und die Eltern trafen folgende Vereinbarung: «Hiermit vereinbaren wir, dass die Mutter mit der Zustimmung des Vaters im Dezember 2011 mit den Kindern aus den Niederlanden nach Österreich umziehen kann. Es gibt keine Einschränkungen bezüglich des Umganges des Vaters mit den Kindern und wird die Mutter alles in ihren Möglichkeiten tun, damit die Kinder ihren Vater so viel wie möglich sehen. Diese Regelung gilt ausschliesslich für das Jahr 2012.» Im Dezember 2011 übersiedelte die Mutter mit den Kindern nach Wien. Im Januar 2013 forderte der Vater sie auf, mit den Kindern in die Niederlande zurückzukehren, was die Mutter ablehnte. Im Februar 2013 stellte der Vater den Rückführungsantrag nach HKÜ mit der Begründung, die Mutter halte die Kinder in Österreich widerrechtlich zurück. Der Gerichtshof entschied, die Rückführung der Kinder im Sinne des HKÜ sei nicht mehr zulässig, da sich diese bereits umfassend sozial integriert und nach einem Jahr ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet hätten; für den gewöhnlichen Aufenthalt seien einzig die Lebensverhältnisse der Kinder massgebend.<sup>18</sup>

e) Zur Frage des Wann (der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts): Eine zentrale, eng mit derjenigen des Ob verbundene Frage ist auch im Fall, der dem Bundesgericht vorgelegen hat, diejenige, in welchem Verhältnis der gewöhnliche Aufenthalt zu [Art. 12 HKÜ](#) steht, wonach die Gerichte die Rückführung des Kindes anzuordnen haben, wenn bei Eingang des Antrags weniger als ein Jahr seit dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten verstrichen ist.

Einige Stimmen in Lehre und Rechtsprechung vertreten die Auffassung, dass [Art. 12 HKÜ](#) lediglich die Voraussetzungen für den Rückführungsanspruch formalisiere; die Bestimmung sage nichts darüber aus, wann ein entführtes Kind am Entführungsort einen gewöhnlichen Aufenthalt begründe, weshalb ein solcher grundsätzlich auch innerhalb der Frist von einem Jahr begründet werden könne.<sup>19</sup>

Dies wird von vielen Autorinnen und Autoren insofern relativiert, als zwei Konstellationen unterschieden werden: Liege die Entführung darin, dass das Kind aus dem Herkunftsstaat weggebracht werde, dies in Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts eines Elternteils, sei die Rückführung anzuordnen, wenn der Antrag innerhalb der Jahresfrist von [Art. 12 HKÜ](#) gestellt werde, ohne näher zu prüfen, ob das Kind zwischenzeitlich seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zufluchtsstaat erlangt habe. Dies gelte aber nicht im Fall des Zurückhaltens: Erlange das Kind zwischen dem rechtmässigen Umzug ins Ausland und der Rückkehrweigerung seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Staat, in welchem es zurückgehalten wird, sei die

Verweigerung der Rückkehr nicht mehr widerrechtlich im Sinne des HKÜ.<sup>20</sup> Dies steht im Einklang mit den Zielen des HKÜ insofern, als das Kind schnellstmöglich in den Herkunftsstaat zurückgeführt werden soll. Durch die Rückgabe wird ermöglicht, das Sorgerechtsverfahren in dem Staat durchzuführen, in dem das Kind vor der Entführung lebte und in dem die grösste Nähe zu seinem Umfeld besteht. Im dem Fall aber, in welchem überhaupt erst viel später die Rückführung beantragt werden kann, weil sich das Kind vereinbarungsgemäss für einige Zeit in einem anderen Staat aufgehalten hat und nun nicht mehr zurückgebracht wird, können diese Ziele nicht mehr erreicht werden. Man nehme an, die Eltern hätten einen fünfjährigen Aufenthalt des Kindes mit der Mutter im Ausland und die darauffolgende Rückkehr vereinbart, erst das vereinbarungswidrige Zurückhalten ohne Zustimmung des Vaters nach Ablauf dieser fünfjährigen Frist würde die Jahresfrist des Art. 12 HKÜ auslösen.<sup>21</sup> Es widerspricht ganz fundamental der Konzeption und Funktion des gewöhnlichen Aufenthalts, die Möglichkeit des Kindes, im Staat, in welchem es seit langer Zeit lebt und zurückgehalten wird, einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen, erst nach Ablauf des sechsten Jahres zu bejahen.

Nochmals andere Stimmen in der Literatur vertreten ganz allgemein, dass mit Blick auf Art. 12 HKÜ vor Ende der Jahresfrist kein neuer gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes begründet werden könne, da der Bestimmung zu entnehmen sei, das Kind könne sich frühestens nach einem Jahr am neuen Ort eingelebt haben. Bis dahin bestünde der gewöhnliche Aufenthalt im Herkunftsstaat fort.<sup>22</sup> Es ist allerdings den zitierten Stellen nicht zu entnehmen, inwiefern diese Aussage auch auf den Fall des Zurückhaltens bezogen wird.

Einigkeit scheint hingegen in der zugänglichen Literatur und Rechtsprechung darüber zu bestehen, dass eigentliche vertragliche Festlegungen des gewöhnlichen Aufenthalts bedeutungslos, jedenfalls nicht verbindlich sind.<sup>23</sup>

Im vorliegenden Fall befand sich das Kind im Zeitpunkt des Antrags auf Rückführung seit 13 Monaten in der Schweiz. Der Antrag wurde aber bereits zwei Monate nach dem Zurückhalten des Kindes gestellt; die einjährige Frist nach Art. 12 HKÜ wurde klarerweise gewahrt. Das Bundesgericht meint, die Vorinstanz führe mit den Erwägungen zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes eine Diskussion, die lediglich im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 2 HKÜ relevant wäre, das heisst, ob das Kind sich so weit eingelebt habe, dass die Rückführung nicht mehr anzuordnen ist, wenn der Antrag nach Ablauf der Jahresfrist eingegangen ist (E. 5 am Ende). Ist möglicherweise daraus zu folgern, dass das Bundesgericht die Möglichkeit, einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen, regelmässig erst nach Ablauf der Frist von Art. 12 HKÜ bejaht, unabhängig davon, wann diese Frist zu laufen beginnt und wie lange das Kind sich bereits am neuen Ort aufhält? Man hätte es gerne erfahren.

f) Zur Frage des Wie (der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts): Sehr vieles hängt also vom Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ab und wie sich dieser in das System des HKÜ einfügt. Einig ist man sich darüber, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts vertragsautonom auszulegen ist, also nach Systematik, Sinn und Zweck des HKÜ, und nicht anknüpfend an bestimmte nationale Gepflogenheiten.<sup>24</sup> Es ist auf eine einheitliche Auslegung des Begriffs zu achten, dies zum einen international, das heisst in den Vertragsstaaten, und zum andern zwischen den verschiedenen Haager Übereinkommen.<sup>25</sup> Obwohl der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts schon seit Jahrzehnten Bestandteil zahlreicher international-privatrecht-

licher Rechtsquellen ist, so auch der Haager Übereinkommen, hat er weiterhin eher unscharfe Konturen. Aber immerhin bestehen umfangreiche Literatur und Rechtsprechung dazu, welche Elemente einen gewöhnlichen Aufenthalt ausmachen. Diese soll hier nicht referiert werden, erwähnt werden soll einzig, dass grossmehrheitlich vertreten wird, für die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes seien auch im Kontext der Haager Übereinkommen in erster Linie die tatsächlichen Lebensumstände und Bindungen entscheidend. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes befindet sich deshalb an dem Ort, an dem sich der Mittelpunkt seiner Lebensführung, sein Daseinsschwerpunkt, befindet. Die tatsächliche Dauer des Aufenthalts ist ein starkes Indiz für den Lebensmittelpunkt.<sup>26</sup>

7. Das Bundesgericht hat bedauerlicherweise die Frage, ob der Lebensmittelpunkt des Kindes in der Schweiz im zu beurteilenden Fall – mit Blick auf die Jahresfrist von Art. 12 HKÜ und die Vereinbarung – hätte geschaffen werden können und, wenn ja, ob er geschaffen wurde, nicht einmal gestellt, und somit auch nicht beantwortet. Die Behauptung des Bundesgerichts, dass sie nicht gestellt werden müsse, weil beide Staaten Vertragsstaaten seien: diese ist der eigentliche Irrtum. Es war nicht die Absicht dieser Bemerkungen, die vielen – oben (6b) aufgeführten – Fragen rund um den gewöhnlichen Aufenthalt im Kontext des HKÜ zu analysieren und für den vorliegenden Fall zu beantworten. Ebenso wenig sollte darauf eingegangen werden, was auf eine Ablehnung des Rückführungsantrags gefolgt wäre oder hätte folgen können (vgl. zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge Art. 85 IPRG, Art. 5, 16, 17 HKsÜ). Die Absicht war lediglich, darzulegen, dass und weshalb das Bundesgericht die Frage, wo das Kind im Zeitpunkt des vereinbarungswidrigen Zurückhaltens in der Schweiz den gewöhnlichen Aufenthalt hatte – ob in Chile oder in der Schweiz –, hätte zwingend stellen und beantworten müssen, um zu bestimmen, ob überhaupt eine Entführung im Sinne des HKÜ vorlag!



Prof. Dr. Andrea Büchler, Universität Zürich

1 Ich danke Prof. Dr. Andreas Bucher herzlich für die kritische Lektüre und die Hinweise. In Jusletter vom 4. März 2019 hat Prof. Dr. Jonas Schweighauser dasselbe Urteil kommentiert. Seine Kommentierung erschien, nachdem dieser Beitrag abgeschlossen und eingereicht war, weshalb Bezugnahmen darauf fehlen. Dasselbe gilt für Aktualisierung des Commentaire romand, Loi sur le droit international privé von Prof. Dr. Andreas Bucher (Art. 85 N 183 f.). Diese wurde letztmals am 9.2.2019 vorgenommen und ist online verfügbar (<http://www.andreasbucher-law.ch/NewFlash/Commentaire-romand.html>). Das geschah nach Besprechung und Abgabe des vorliegenden Beitrags.

2 Vgl. Nina Keese, Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilrecht, Göttingen 2011, 121 f.; Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, Oxford 2013, 180: «The Convention is only applicable where the child has been abducted to a Member State other than that of the child's habitual residence», mit vielen weiteren Hinweisen.

3 Staudinger/Pirring, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 16, E 23, E 34; Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 11, Rz. 184; Sonja Hauser/David Urwyler, Kindesentführungen, in: Leuenberger/Guy, Rechtshilfe und Vollstreckung, Bern 2004, 65, zur Checkliste für die Antragsstellung unter anderem: «Hatte das Kind vor seinem Verbringen/Zurückhalten in einem HEntfÜ-Staat seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem anderen Vertragsstaat (...)?».

4 Vgl. auch Peter Winkler von Mohrenfels, Internationale Kindesentführung: Die Problematik des gewöhnlichen Aufenthalts, FPR 2001, 189 und 193; deutlich auch James D. Garbolino, The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges, Federal Judicial Center, International Litigation Guide, 2. Aufl., Washington 2015, 50: «Resolving the question of a child's habitual residence is indispensable to a Hague Convention return case because wrongful removal of a child can occur only if the child has been removed or retained from his or her habitual residence. The habitual residence determination is also necessary when an issue arises regarding whether the parent requesting return has custody rights since those rights are determined according to the law of the child's habitual residence»; vgl. Volker H. Holl, Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen, Frankfurt a.M. (wie beim Gericht in Fn. 4) 2001, 31 f.

5 Als Beispiele seien erwähnt: OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 15. Februar 2006 – 1 WF 231/05; OLG Nürnberg, Beschluss vom 5. Juli

- 2017 – 7 UF 660/17; OLG Rostock, Beschluss vom 25. Mai 2000 – 10 UF 126/00; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18. März 2010, 2 UF 179/09; OLG Hamm, Beschluss vom 15. Dezember 2011 – II-11 UF 240/11; OGH Österreich, 25. Oktober 2002, 10b220/02p; 24. April 2003, 20b80/03h; 26. August 2009, 9Ob59/09 f; 16. Februar 2012, 6Ob26/12k; 24. Oktober 2013, 6 Ob 180/13h.
- 6 So im Ergebnis auch BGer, Urteil vom 6. November 2018, [5A\\_846/2018](#). Implizit (auch wenn an gewissen Stellen unklar bzw. widersprüchlich) auch BGer, Urteil vom 8. März 2018, [5A\\_1021/2017](#): Die Eltern des Kindes hatten die alternierende Obhut inne und das Kind lebte abwechselungsweise in Deutschland und der Schweiz für jeweils zwei Wochen, bis die Mutter die Rückkehr der Tochter verweigerte und der Vater die Rückführung nach HKÜ beantragte. Das Bundesgericht hielt fest, der gewöhnliche Aufenthalt könne nicht gleichzeitig an zwei Orten bestehen und wies den Fall an die Vorinstanz zurück mit folgendem Auftrag: «Dès lors que, admettant à tort l'existence de deux résidences habituelles simultanées, la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois n'a pas procédé à l'appréciation des circonstances permettant de déterminer la résidence habituelle de la mineure au moment du non-retour, à savoir si celle-ci jouit d'une résidence habituelle en Allemagne, en Suisse ou de «résidences habituelles alternatives et successives», il convient de lui renvoyer la cause afin qu'elle se prononce sur cette question et en tire les conséquences sur le sort de la requête en retour, au regard de la CLaH80» (E. 5.3). Daraus muss geschlossen werden, dass auch das Bundesgericht der Ansicht ist, es spiele für die Anwendung des HKÜ eine Rolle, in welchem Vertragsstaat das Kind im Zeitpunkt des Zurückhaltens den gewöhnlichen Aufenthalt hat ...
- 7 Zu der Möglichkeit der Rückkehr an einen anderen Ort vgl. Staudinger/Pirring, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 23; CommRomandLDIP-Bucher, Art. 85 N 184.
- 8 Deutlich Garbolino (Fn. 3), XII: «A person or parent petitioning for the return of a child must show by a preponderance of the evidence that: • a child under the age of 16 • has been wrongfully removed or retained • from his or her habitual residence • in violation of the custody rights of the left-behind parent. If the parent petitioning for return of the child has proved the elements above, the court must order the return of the child, unless one of the defenses to return is established».
- 9 Man könnte sich immerhin die Frage stellen, ob stattdessen eine bereits vor diesem Zeitpunkt zum Ausdruck gebrachte Absicht der Mutter, das Kind nach Ablauf der Frist zurückzubehalten, und der Widerspruch des Vaters dazu massgeblich sein können für den relevanten Zeitpunkt zur Bestimmung des widerrechtlichen Zurückhaltens und damit auch des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. In der ausländischen Literatur und Rechtsprechung spricht man von der antizipierten Verletzung der Vereinbarung und dem antizipierten Zurückhalten. Allerdings wird dies eher verneint; vgl. Garbolino (Fn. 3), 28 f.; Staudinger/Pirring, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 23; vgl. mit Blick auf den Fristenlauf nach [Art. 12 HKÜ](#) auch BGer, Urteil vom 28. November 2013, [5A\\_822/2013](#), E. 2.2.
- 10 Zieht ein Elternteil mit dem Kind mit Zustimmung des anderen Elternteils um, und dies mit der Absicht zum definitiven Verbleib, wird der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes am neuen Ort meist sofort begründet und der bisherige aufgehoben (BGer, Urteil vom 8. August 2016, [5A\\_293/2016](#), E. 3.1).
- 11 Ausführlich zu all diesen Konstellationen Garbolino (Fn. 3), 57 ff.
- 12 Vgl. Schuz (Fn. 1), 200 f.; Hauser/Urwylter (Fn. 2), 69; Garbolino (Fn. 3), 78 ff.; Marco Nademleinsky, Das Shuttle Custody Agreement im HKÜ, Zeitschrift für Familien- und Erbrecht 2014, 159 ff. In der Datenbank von INCADAT finden sich ausländische Entscheidungen unter dem Suchbegriff «shuttle custody».
- 13 Zu alternierenden gewöhnlichen Aufenthalten vgl. BGer, Urteil vom 8. März 2018, [5A\\_1021/2017](#) (lässt die Frage, wie diese Konstellation im Kontext des HKÜ zu behandeln ist, unbeantwortet), vgl. dazu kritisch Andreas Bucher, SRIEL 2018, 251 ff.; Staudinger/Pirring, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 35d: «Dagegen kommt bei ständigem Wechsel zwischen mehreren Staaten Nichtfeststellbarkeit gewöhnlichen Aufenthalts (...) in Betracht»; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 27. Februar 2003, IPRax 2005, 362 ff.; OLG Rostock, Beschluss vom 25. Mai 2000 – 10 UF 126/00.
- 14 Vgl. Nademleinsky (Fn. 11), 159; Keese (Fn. 1), 122 f. In einem vieldiskutierten Entscheid hat das OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. Dezember 1998 – 1 UF 318/98, die Möglichkeit des doppelten gewöhnlichen Aufenthalts bejaht und festgehalten, in einer solchen Konstellation komme das HKÜ nicht zur Anwendung. So auch der Österreichische Gerichtshof, OGH, 29. August 2017, 6 Ob 152/17x; Schuz (Fn. 1), 178 f. Eine Mehrheit der Literatur und Rechtsprechung scheint aber davon auszugehen, dass es immer nur einen gewöhnlichen Aufenthalt geben kann, vgl. Staudinger/Pirring, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 35; so auch jüngst das Bundesgericht in BGer, Urteil vom 8. März 2018, [5A\\_1021/2017](#), E. 5.1.2, in Abweichung von der Vorinstanz, die bei alternierender Obhut zwischen Deutschland und der Schweiz zwei gewöhnliche Aufenthalte annahm und den Anwendungsraum des HKÜ als nicht eröffnet sah.
- 15 Implizit wird dies auch durch [Art. 7 HKÜ](#) bejaht.
- 16 Vgl. Dietmar Baetge, Zum gewöhnlichen Aufenthalt bei Kindesentführungen, IPRax 2001, 577.
- 17 Zum Beispiel Nademleinsky (Fn. 11), 162 f.; vgl. auch den ähnlichen Gedankengang in [BGE 109 II 375](#), E. 5b und [BGE 117 II 334](#), E. 4b zum MSA.
- 18 OGH, 24. Oktober 2013, 6 Ob 180/13h; vgl. Nademleinsky (Fn. 12), 159.
- 19 Vgl. Anna Claudia Alfieri, Enlèvement international d'enfants. Une perspective suisse, Bern 2016, 69 f.; Winkler von Mohrenfels (Fn. 3), 193; Isabel Pape, Internationale Kindesentführung. Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, Frankfurt a.M. 2010, 61; Baetge (Fn. 14), 575; vgl. die Hinweise auf die entsprechende Literatur Julia Eppler, Grenzüberschreitende Kindesentführung. Zum Zusammenspiel des Haager Kindesentführungsübereinkommens mit der Verordnung

- (EG) Nr. 2201/2003 und dem Haager Kinderschutzübereinkommen, Frankfurt a.M. 2015, 207; vgl. [BGE 125 III 301](#).
- 20 So Nademleinsky (Fn. 11), 161 ff.: so wohl auch Staudinger/Pirung, Vorbem E zu Art. 19 EGBGB, E 35e, mit Verweis auf diesbezügliche Rechtsprechung, E 35 f; zumindest implizit Hauser/Urwyler (Fn. 2), 69.
- 21 Das ist unbestritten: der Fristbeginn nach [Art. 12 HKÜ](#) ist in diesem Fall das widerrechtliche Zurückhalten des Kindes; vgl. statt vieler Staudinger/Pirung, Vorbem E zu Art. 18 EGBGB, E 64; BGer, Urteil vom 28. November 2013, [5A\\_822/2013](#), E. 2.2.
- 22 Vgl. die Hinweise auf die entsprechende Literatur in Eppler (Fn. 17), 207; vgl. Holl (Fn. 3), 129 f.
- 23 Aufschlussreich ist die Empfehlung der Haager Konferenz zu diesem Thema: «Alternating custody agreements, or «shuttle agreements» might give rise to problems in determining the habitual residence of the child. The question arises whether such agreements may determine habitual residence in a way that would be binding on courts requested to order the return of the child, e.g. by including an additional clause that non-return of the child on the date agreed upon constitutes unlawful retention under the Convention or other kinds of choice of court clauses. Such choice of court clauses do not fall to be recognised under the Convention, however, and parties to such an agreement should not have the power to create a habitual residence that does not match with the factual habitual residence of the child. This is, firstly, because the concept of «habitual residence» under the Convention is regarded as a purely factual matter and, secondly, because the Convention provides for a very specific remedy applicable in cases of emergency and is not meant to solve parental disputes on the merits of custody rights.» Hague Conference on Private International Law, Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17–21 March 1997), August 1997; vgl. auch Garbolino (Fn. 3), 46 f.
- 24 BGer, Urteil vom 15. November 2005, [5P.367/2005](#), E. 5.1; BGer, Urteil vom 27. Juli 2009, [5A\\_427/2009](#), E. 3.2; BGer, Urteil vom 11. November 2009, [5A\\_650/2009](#), E. 5.2; BGer, Urteil vom 25. Mai 2011, [5A\\_257/2011](#), E. 2.
- 25 Vgl. statt vieler Mazenauer (Fn. 2), Rz. 12.
- 26 So das Bundesgericht statt vieler in BGer, Urteil vom 15. November 2005, [5P.367/2005](#), E. 5.1: «Es ist darunter der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen»; BGer, Urteil vom 23. April 2003, [5P.128/2003](#), E. 3.2: «Von Bedeutung ist somit der tatsächliche, eigene Lebensmittelpunkt des Kindes. Neben einer physischen Präsenz von einer gewissen Dauer und Regelmässigkeit kommt es auf den Ort der engsten familiären Beziehung zwischen Kind und Umwelt an».