

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Übersetzung wurde bereits in Newsletter Menschenrechte 2010/4 veröffentlicht] Die erneute Veröffentlichung wurde allein für die Aufnahme in die HUDOC-Datenbank des EGMR gestattet. Diese Übersetzung bindet den EGMR nicht.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Translation already published in Newsletter Menschenrechte 2010/4] Permission to republish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC. This translation does not bind the Court.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Traduction déjà publiée dans Newsletter Menschenrechte 2010/4] L'autorisation de republier cette traduction a été accordée dans le seul but de son inclusion dans la base de données HUDOC de la Cour. La présente traduction ne lie pas la Cour.

Sachverhalt

Bei den Bf. handelt es sich um eine Schweizer Staatsbürgerin und ihren Sohn Noam. Sie leben derzeit in Lausanne.

Die ErstBf. hatte Noams Vater in Israel, wo sie ab 1999 lebte, kennengelernt und geheiratet. Nach der Geburt Noams 2003 trat ihr Ehemann der jüdischen Bewegung »Lubavitch« bei, die von den Bf. als ultraorthodox und radikal beschrieben wird. Es kam zu Ehestreitigkeiten und die ErstBf. befürchtete, ihr Mann würde Noam zur religiösen Indoktrination in eine »Chabad-Lubavitch«-Gemeinde ins Ausland verbringen. Auf ihren Antrag hin sprach das Familiengericht Tel Aviv 2004 eine *ne exeat*-Anordnung aus, womit die Außerlanderschaffung Noams bis zu seiner Volljährigkeit untersagt wurde. Dasselbe Gericht sprach der Mutter am 17.11.2004 das vorübergehende Sorgerecht für ihren Sohn zu. Dem Vater wurde ein Besuchsrecht eingeräumt, die Vormundschaft verblieb weiterhin bei beiden Elternteilen gemeinsam.

Nach einem Einschreiten der Sozialbehörden im Jänner 2005 wurde den Eltern die getrennte Wohnungnahme aufgetragen. Per gerichtlicher Verfügung wurde dem Vater verboten, den Kindergarten und die Wohnung der ErstBf. zu betreten. Sein Besuchsrecht wurde auf zwei Tage pro Woche beschränkt und von sozialbehördlicher Aufsicht abhängig gemacht.

Am 10.2.2005 ließen sich die Eltern scheiden. Nachdem die ErstBf. erfolglos die Aufhebung der *ne exeat*-Anordnung beantragt hatte, verließen sie und ihr Sohn am 24.6.2005 heimlich Israel und ließen sich in der Schweiz nieder. Noams Vater erfuhr erst im Mai 2006 von ihrem Aufenthaltsort. Das Familiengericht Tel Aviv stellte auf seinen Antrag hin fest, dass der gewöhnliche Aufenthalt Noams in Tel Aviv liege, zum Zeitpunkt der Ausreise die Eltern die Vormundschaft gemeinsam innehatten und die Außerlanderschaffung Noams ohne Ein-

verständnis des Vaters deshalb gegen Art. 3 des *Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung von 1980* (im Folgenden: Haager Übereinkommen) verstoßen habe.

Beim Friedensgericht Lausanne suchte der Vater um eine Anordnung zur Rückverbringung seines Sohnes nach Israel an. Das Gericht wies den Antrag jedoch ab. Die Außerlanderschaffung Noams sei zwar widerrechtlich erfolgt, doch sei Art. 13 lit. b des Haager Übereinkommens anzuwenden, wonach eine Rückverbringung nicht angeordnet werden müsse, wenn eine erhebliche Gefahr bestehe, dass das Kind dadurch physische oder psychische Schäden erleiden würde. Die vom Vater dagegen erhobene Berufung wurde von der Kammer für Vormundschaftsangelegenheiten des Kantonsgerichts Waadt ebenfalls abgewiesen. Wie Letztere unter Bezugnahme auf ein psychiatrisches Gutachten feststellte, würde die Rückkehr Noams nach Israel sowohl mit als auch ohne Begleitung durch die Mutter eine erhebliche Gefahr für seine Psyche darstellen, deren Folgen ohne Kenntnis der mit der Rückkehr verbundenen Umstände nicht abschätzbar seien.

Das Bundesgericht hob das Urteil des Kantonsgerichts am 16.8.2007 auf. Art. 13 des Haager Übereinkommens sei restriktiv auszulegen. Nur erhebliche Gefahren seien zu berücksichtigen, die jedoch für den Fall der Rückkehr zusammen mit der Mutter nicht belegt worden seien. Bei seinen früheren Besuchen habe sich der Vater immer den Anordnungen gemäß verhalten. Auch sei nicht gezeigt worden, dass die ErstBf. im Falle ihrer Rückkehr in Israel aufgrund der – strafrechtlich untersagten – Kindesentführung tatsächlich einer Gefängnisstrafe ausgesetzt würde. Bis Ende September 2007 habe sie deshalb für Noams Rückkehr zu sorgen.

Am 27.9.2007 empfahl der EGMR der Schweizer Regierung die Verhängung einer vorläufigen Maßnahme.

Die Bf. legten dem EGMR später ein medizinisches Gutachten vom 23.2.2009 vor, das eine gute Entwicklung Noams in seiner neuen Umgebung bestätigte und darauf hinwies, dass eine plötzliche Rückkehr ohne die Mutter für ihn ein signifikantes Trauma und psychische Störungen zur Folge hätte.

Am 29.6.2009 ordnete der Präsident des Bezirksgerichts Lausanne auf Antrag der ErstBf. eine vorläufige Maßnahme an, wonach Noam mit seiner Mutter in Lausanne bleiben sollte. Er setzte das Besuchsrecht des Vaters aus, übertrug der Mutter die elterliche Gewalt und stellte fest, dass der Vater während des Rechtsstreits nie versucht habe, sein Kind zu sehen.

Rechtsausführungen

Die Bf. rügen eine Verletzung von Art. 8 EMRK (hier: *Recht auf Achtung des Familienlebens*). Für den Fall der Durchführung der Rückverbringung machen sie zudem eine Verletzung von Art. 3 EMRK (hier: *Verbot unmenschlicher Behandlung*) und von Art. 9 EMRK (*Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*) geltend.

Die Beschwerden in Hinblick auf die beiden letztgenannten Bestimmungen wurden von der Kammer wegen Nichtausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs für unzulässig erklärt. Deshalb können sie nicht Gegenstand der Untersuchung durch die Große Kammer sein.

I. Zur behaupteten Verletzung von Art. 8 EMRK

Was die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK betrifft, so unterstreicht der GH die von der Kammer gemachten Feststellungen. Diesen zufolge stellt die Möglichkeit für die Bf., weiterhin zusammen leben zu können, einen fundamentalen Erwägungsgrund dar, der klar in den Bereich des Familienlebens nach Art. 8 EMRK fällt und diese Bestimmung somit anwendbar macht. Die Anordnung des Bundesgerichts zur Rückverbringung des Kindes begründet einen Eingriff in die darin garantierten Rechte. Die Große Kammer hat nun zu untersuchen, ob dieser auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, ein legitimes Ziel verfolgt und notwendig in einer demokratischen Gesellschaft ist.

1. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage

Das Urteil des Bundesgerichts vom 16.8.2007 war vorwiegend auf das in das Schweizer Recht inkorporierte Haager Übereinkommen gestützt. Da die Bf. in der Außerlandesschaffung Noams jedoch keinen widerrechtlichen Akt sehen, bestreiten sie die Anwendbarkeit dieses Instruments. Zu klären ist, ob das Haager Über-

einkommen eine ausreichende rechtliche Basis für die Anordnung zur Rückverbringung des Kindes nach Israel darstellte.

Vorliegend haben drei innerstaatliche Gerichte befunden, dass die Wegverbringung des ZweitBf. ein nach dem Haager Übereinkommen unrechtmäßiges Vorgehen darstellte. Diese Feststellung wurde von der Kammer bestätigt, da erstens die Vormundschaft in Bezug auf Noam nach israelischem Recht beiden Elternteilen gemeinsam zukam und zweitens die Außerlandesschaffung des Kindes zur Folge hatte, dass das dem Vater zugestandene Recht auf Kontakt mit seinem Sohn praktisch illusorisch wurde.

Den im Haager Übereinkommen geregelten Sorgerechten kommt eine autonome Bedeutung zu. Das Konzept der Vormundschaft nach israelischem Recht ist dabei mit den Sorgerechten nach Art. 5 lit. a des Übereinkommens vergleichbar. Beide Konzepte umfassen das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Vorliegend wurde dieses Recht verletzt, da die Vormundschaft beiden Elternteilen gemeinsam zukam. Darüber hinaus hat die Mutter das Kind entgegen einer gerichtlichen Anordnung in die Schweiz gebracht, die die Außerlandesschaffung Noams untersagte und von der ErstBf. sogar selbst beantragt worden war. In manchen Staaten begründet ein solches Zuwiderhandeln die Anwendung des Haager Übereinkommens. Weiters ist aus der Präambel des Übereinkommens ableitbar, dass dieses, obwohl es nur auf die Verletzung von Sorgerechten anwendbar ist, auch den Schutz von Rechten auf Kontakt mit dem Kind beabsichtigt.

In Anbetracht des Gesagten befindet auch die Große Kammer, dass die Verbringung des ZweitBf. in die Schweiz entsprechend Art. 3 des Haager Übereinkommens als unrechtmäßig zu qualifizieren ist. Da die ErstBf. somit eine Entführung im Sinne des Übereinkommens begangen hat, ist dieses im vorliegenden Fall anwendbar. Art. 12 des Übereinkommens stellt dabei eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Rückverbringungsanordnung dar.

2. Verfolgung eines legitimen Ziels

Der GH teilt die Ansicht der Kammer, wonach die Entscheidung des Bundesgerichts das legitime Ziel verfolgte, die Rechte und Freiheiten Noams und seines Vaters zu schützen.

3. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

In Fällen internationaler Kindesentführung sind die den Staaten aus Art. 8 EMRK erwachsenden Pflichten im Lichte des genannten Haager Übereinkommens sowie der Kinderrechtskonvention von 1989 auszulegen. Jedoch ist auch der besondere Charakter der EMRK als ein Ins-

trument eines europäischen *ordre public* zu berücksichtigen.

Entscheidend ist die Vornahme einer Interessensabwägung. Die Interessen des Kindes müssen dabei im Vordergrund stehen. Sie umfassen zwei Aspekte: Einerseits muss die Bindung des Kindes zu seiner Familie, außer in Ausnahmefällen, gewahrt werden; andererseits ist die Entwicklung in einer gesunden Umgebung zu garantieren. Diese Philosophie liegt auch dem Haager Übereinkommen zugrunde, das grundsätzlich die sofortige Rückkehr des entführten Kindes fordert, sofern damit nicht eine erhebliche Gefahr psychischer oder physischer Schädigungen verbunden ist. Aus Art. 8 EMRK folgt, dass die Rückverbringung eines Kindes auch bei Anwendung des Haager Übereinkommens nicht automatisch angeordnet werden darf, sondern dass dies immer von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

Es ist nicht Aufgabe des GH, anstelle der nationalen Behörden zu beurteilen, ob die Rückkehr nach Israel Noam einer erheblichen Gefahr psychischer oder physischer Schäden aussetzen würde. Er hat zu klären, ob die nationalen Gerichte bei der Anwendung und Interpretation des Haager Übereinkommens die Garantien des Art. 8 EMRK gewahrt haben.

Die nationalen Gerichte waren sich über den Ausgang des Falls nicht einig. Das Friedensgericht Lausanne sowie die Kammer für Vormundschaftsangelegenheiten des Kantonsgerichts Waadt lehnten eine Rückverbringung Noams nach Israel ab. Das Bundesgericht gab dem Antrag des Vaters mangels hinreichender Beweise für das Bestehen einer schwerwiegenden Schädigungsgefahr hingegen statt und ordnete die Rückkehr des Kindes an. Mit der Anordnung einer vorläufigen Maßnahme vom 29.7.2009 entschied der Präsident des Bezirksgerichts Lausanne, dass Noam mit seiner Mutter in Lausanne bleiben solle.

In zwei Gutachten wurde aufgezeigt, dass Noam im Falle seiner Rückkehr nach Israel gefährdet wäre. Dem ersten – von der Vormundschaftskammer herangezogenen – Gutachten zufolge würde eine Rückkehr mit der Mutter das Kind der Gefahr einer psychischen Schädigung aussetzen, deren Schwere aber ohne nähere Klärung der sie dort erwartenden Umstände nicht vorhersehbar sei. Eine Rückkehr ohne die Mutter würde eine schwerwiegende Gefahr für Noams Psyche bedeuten. Das zweite Gutachten vom 23.2.2009 legt dar, dass eine umgehende Rückverbringung Noams ohne Begleitung durch die Mutter ein signifikantes Trauma auslösen und zu einer ernsthaften psychischen Störung führen würde.

Wie es scheint, wäre den innerstaatlichen Gerichten und Experten zufolge eine Rückkehr des Kindes daher nur zusammen mit der Mutter vorstellbar. Auch das Bundesgericht gründete seine Entscheidung darauf, dass es keine objektiven Gründe gab, die die Weigerung der Mutter, nach Israel zurückzukehren, gerechtfertigt hätten. Es

bleibt damit zu klären, ob die erzwungene Rückverbringung Noams zusammen mit seiner Mutter, obwohl jene diese Möglichkeit ausschloss, einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 8 EMRK darstellen würde.

Der GH ist bereit zu akzeptieren, dass die Rückverbringungsanordnung im Rahmen des staatlichen Ermessensspielraums getroffen wurde. Um festzustellen, ob Art. 8 EMRK eingehalten wurde, ist es jedoch auch erforderlich, jene Entwicklungen zu berücksichtigen, die sich seit der Entscheidung des Bundesgerichts ergeben haben. Der GH hat die Angelegenheit deshalb im Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme zu betrachten. Wird diese einige Zeit nach der Entführung vorgenommen, könnte damit die Bedeutung des Haager Übereinkommens unterlaufen werden, das dadurch anstelle eines menschenrechtlichen Vertrags vorwiegend zu einem Instrument prozessualer Natur würde. Nach Art. 12 des Haager Übereinkommens ist zwar die Rückkehr des Kindes auch dann anzuordnen, wenn seit der Entführung ein Jahr vergangen ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn gezeigt wird, dass sich das Kind mittlerweile in seiner neuen Umgebung eingewöhnt hat.

Gewisse Hinweise zur Klärung der Angelegenheit können der Rechtsprechung des GH in Hinblick auf Ausweisungsfälle entnommen werden. Zur Feststellung der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung eines Kindes, das sich im Gastland eingelebt hat, ist es nötig, dessen Interessen, sein Wohlergehen und vor allem seine möglichen Schwierigkeiten im Zielstaat sowie die Stärke seiner sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen in beiden Ländern zu berücksichtigen. Auch die sich für begleitende Familienmitglieder im Zielstaat ergebenden Schwierigkeiten müssen miteinbezogen werden.

Noam verfügt über die Schweizer Staatsbürgerschaft. Er lebt seit dem Alter von zwei Jahren in der Schweiz. Den Ausführungen der Bf. zufolge hat er sich gut eingelebt. Ab 2006 ging er in den Kindergarten, besucht heute eine Schweizer Schule und spricht französisch. Auch wenn er sich noch in einem anpassungsfähigen Alter befindet, könnte ein neuerliches Herausreißen aus seiner vertrauten Umgebung – wie auch die ärztlichen Gutachten zeigen – ernste negative Konsequenzen für ihn haben.

Die für den ZweitBf. absehbaren psychischen Folgen müssen gegen alle aus der Rückkehr möglicherweise resultierenden Vorteile abgewogen werden. Hier ist darauf hinzuweisen, dass das Recht des Vaters auf Kontakt zu seinem Kind schon vor der Entführung eingeschränkt war. Angaben der Bf. zufolge hat er in der Zwischenzeit zwei weitere Male geheiratet und ist gegen ihn ein Verfahren wegen Nichtzahlung von Unterhaltskosten anhängig. Der GH bezweifelt, dass solche Umstände – angenommen, sie bestehen tatsächlich – förderlich für Noams Wohlergehen und Entwicklung sein können.

Was die Mutter betrifft, so erscheint ihre Weigerung, nach Israel zurückzukehren, nicht gänzlich unbegründet.

Sie läuft Gefahr, dort strafrechtlich verfolgt und Sanktionen unterworfen zu werden, auch wenn deren Ausmaß ungewiss ist. Ein solches Szenario würde dem Kindeswohl klarerweise zuwiderlaufen und würde die Frage aufwerfen, wer für das Kind im Falle einer Haft sorgen könnte. Ob der Vater dazu geeignet wäre, erscheint fraglich.

In Anbetracht dieser Erwägungen und vor allem wegen der neueren Entwicklungen ist der GH nicht davon überzeugt, dass eine Rückkehr nach Israel dem übergeordneten Interesse des Kindes entspräche. Die Mutter hätte einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihr Recht auf Achtung des Familienlebens hinzunehmen, würde sie zu einer Rückkehr gezwungen. Die Vollstreckung der bundesgerichtlichen Anordnung zur Rückverbringung Noams würde daher in Hinblick auf beide Bf. eine **Verletzung** von **Art. 8 EMRK** begründen (16:1 Stimmen; *Sondervotum von Richter Zupančič; im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Lorenzen, gefolgt von Richterin Kalaydjieva;*

im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Cabral Barreto; im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Malinverni; gemeinsames, im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum der Richterinnen Jočienė und Tsotsoria und von Richter Sajó).

II. Zur behaupteten Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK

Die Kammer hielt die gesonderte Prüfung von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht für notwendig, da die diese Bestimmung betreffenden Beschwerdepunkte bereits wichtiger Teil der Untersuchung nach Art. 8 EMRK waren. Die Große Kammer schließt sich dieser Ansicht an (einstimmig).

III. Entschädigung nach Art. 41 EMRK

€ 15.000,- für Kosten und Auslagen (einstimmig).