

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 136 (2017)

Artikel: Die Relocation von Kindern

Autor: Möckli, Urs Peter

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895913>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Relocation von Kindern

URS PETER MÖCKLI*

* Dr. iur., Fürsprecher, Gerichtsschreiber am Bundesgericht, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	233
I.	Begriff der Relocation	233
II.	Relocation des Kindes	233
III.	Regelung des Um- und Wegzuges von Kindern	235
1.	Materielle Regelung im Zivilrecht	235
a.	Wegzug des Kindes	235
b.	Zuzug des Kindes	236
2.	Flankierende Regelung im Strafrecht	237
3.	Rechtshilfe bei Kindesentführung	237
B.	Rechtsquellen	238
I.	Nationales Recht	238
1.	USA	238
2.	Australien	239
3.	Kanada	240
4.	Südafrika	240
5.	England und Wales	241
6.	Frankreich	241
7.	Deutschland	242
8.	Italien	244
9.	Österreich	244
II.	Internationale Rechtsvereinheitlichung	245
1.	Washington Declaration	245
2.	Haager Konferenz	246
3.	Europäische Ebene	247
4.	US-bundesstaatliche Ebene	247
C.	Relocation-Modelle	248
I.	Materielles Recht	248
1.	Familienhaupt-Konzeption	248
a.	Definition	248
b.	Umsetzung	249
c.	Vorzüge	251
d.	Nachteile	251
2.	Kindeswohl-Konzeption	253
a.	Definition	253
b.	Umsetzung	253
c.	Vorzüge	253
d.	Nachteile	257
3.	Interessenausgleich-Konzeption	259
a.	Definition	259
b.	Umsetzung	259
c.	Vorzüge	260
d.	Nachteile	260
4.	Niederlassungsfreiheit-Konzeption	261
a.	Definition	261
b.	Umsetzung	261
c.	Vorzüge	261
d.	Nachteile	263
II.	Kindesrückführung	264

D.	Rechtslage in der Schweiz	265
I.	Entstehungsgeschichte von Art. 301a ZGB	265
	1. Sorgerechtsnovelle	265
	2. Frühere Rechtslage	265
	3. Art. 301a des Entwurfes	267
	4. Parlamentarische Beratung	268
	a. Nationalrat	268
	b. Ständerat	269
	c. Verabschiedete Gesetzesfassung	269
II.	Eckpunkte von Art. 301a ZGB	270
	1. Zustimmungserfordernis	270
	a. Aufenthaltswechsel des Kindes	270
	b. Intensität der Wegzugsfolgen	271
	c. Gemeinsames Sorgerecht	272
	2. Informationspflichten	273
	a. Elternteile ohne Sorgerecht	273
	b. Umzug eines Elternteils	273
	3. Anpassung der Eltern-Kind-Belange	273
III.	Zustimmungsbedürftigkeit bzw. Genehmigungspflicht	274
	1. Wegzug des Kindes ins Ausland	274
	2. Umzug des Kindes im Inland	276
	a. Erhebliche Auswirkungen auf die elterliche Sorge	276
	b. Erhebliche Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr	277
	c. Alternativität der erheblichen Auswirkungen	278
IV.	Anpassung der Kinderbelange an die neue Situation	279
	1. Interdependenz zwischen Wegzugsfrage und Neuregelung	279
	2. Wegzugskriterien	279
	a. Betreuungsmodell	280
	b. Kontinuität und Stabilität	280
	c. Erziehungsfähigkeit, Bindungstoleranz und Betreuungs- möglichkeit	281
	d. Alter des Kindes	282
	e. Äusserungen des Kindes	283
	f. Weitere Umstände	284
	3. Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses	284
	a. Neugestaltung in Bezug auf beide Elternteile	284
	b. Neugestaltung auch bei Verweigerung des Wegzuges	284
	c. Elterliche Sorge	285
	d. Obhut	285
	e. Persönlicher Verkehr	286
	f. Unterhalt	287
V.	Entscheidungszuständigkeit	287
VI.	Vorsorgliche Massnahmen	288
	1. Problemkreise	288
	2. Präjudizierende Wirkung	288
	3. Hauptsachenprognose	290
	4. Zuständigkeitsverlust	290
VII.	Strafrechtlicher Schutz des Aufenthaltsbestimmungsrechts	291
E.	Kinderückführung	294
I.	Allgemeines	294

II. Rückführungsvoraussetzungen	295
1. Rückführungsmechanismus	295
2. Prüfungsprogramm des Rückführungsentscheides	296
III. Relocation-Diskussion im Rückführungsentscheid	297
1. Tatsächliche Ausübung des Sorgerechtes	298
2. Schwerwiegende Gefahr für das Kind	298
3. Widersetzen des Kindes	302
4. Menschenrechte und Grundfreiheiten	303
5. Einleben des Kindes am neuen Ort	303
IV. Relocation-Aspekte auf Verfahrensebene	303
1. Schutzmassnahmen	304
2. Prüfung der Situation vor Ort	304
3. Vollstreckungsanordnungen	305
V. Relocation und Revisionsbedürftigkeit des Übereinkommens	305
F. Zusammenfassung	308

A. Einleitung

I. Begriff der Relocation

Nach dem Wortsinn bedeutet *Relocation* eine Ortsveränderung. Im rechtlichen Kontext ist die Veränderung des Wohnsitzes bzw. des gewöhnlichen Aufenthaltes gemeint. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird mit der *Relocation* meist die Internationalität der Übersiedlung verbunden. So wird beispielsweise mit *Relocation Service* das Dienstleistungsangebot einer Firma bezeichnet, eine Person oder Familie, die aus beruflichen oder privaten Gründen ihr Heimatland verlässt, bei diesem Vorhaben zu unterstützen, indem nebst der physischen Hilfe beim Umzug insbesondere die in verschiedener Hinsicht erforderlichen Papiere und Bewilligungen im Zuzugsland besorgt werden (Einreise, Aufenthalt, Arbeit, Beschulung von Kindern, etc.) und allenfalls auch erste Integrationshilfe vor Ort geleistet wird.

II. Relocation des Kindes

Im Kontext mit Kindern ist mit der *Relocation* die Frage angesprochen, wo bzw. bei wem sich diese aufhalten sollen. Von spezifischem Interesse ist dabei, ob ein Umzug Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis hat. Dies trifft meist zu, sobald die Eltern nicht (mehr) in einem gemeinsamen Haushalt leben und deshalb nicht die ganze Familie umzieht, sondern ein Elternteil mit dem Kind.¹ Diesfalls ist als erstes zu klären, wer über die Veränderung des Aufent-

¹ Diese Frage ist so alt wie das Menschengeschlecht und schon in den ältesten greifbaren schriftlichen Zeugnissen thematisiert. So äussern sich beispielsweise die Art. 133 ff. des *Codex Hammurabi* um das Jahr 1750 vor Christus zur *Relocation* von Mann und Frau in verschiedenen

haltsortes des Kindes entscheiden kann; danach bestimmt sich, ob die Eltern diesbezüglich gemeinsam entscheiden müssen, oder ob der wegziehende Elternteil allein handeln und das Kind mitnehmen darf. Kommt es zum Wegzug des Kindes, ist als zweites zu eruieren, ob eine (Neu-)Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses erforderlich ist. Dies kann bei einem binnenstaatlichen Umzug ebenso gut der Fall sein wie bei der internationalen *Relocation*.

Damit der Umzug eines Kindes faktische Auswirkungen auf sein Verhältnis zum anderen Elternteil zeitigt, wird regelmässig eine gewisse geographische Distanz nötig sein. Ab welcher Distanz dies der Fall ist, hängt stark vom aktuellen Betreuungsmodell und den weiteren Umständen des Einzelfalles ab.² So kann beim Modell der alternierenden Obhut bereits ein Umzug von geringer Distanz erhebliche Auswirkungen haben, weil ein Kind nicht gleichzeitig zwei Schulen besuchen kann und möglicherweise keine geeigneten Transportmöglichkeiten bereitstehen, mit welchen es zur Schule gebracht werden oder es selbst vom neuen Domizil des weggezogenen Elternteils zur angestammten Schule pendeln könnte. Das klassische Besuchsrechtsmodell, bei welchem der eine Teil die Kinder in Obhut hat und der andere Teil sie typischerweise jedes zweite Wochenende zu sich auf Besuch nimmt, lässt grössere Entfernungen zu. Bei gutem Willen auf beiden Seiten kann dies über einen Radius von einigen Hundert Kilometern bewerkstelligt werden, jedenfalls bei guter Verkehrsanbindung und genügend finanziellen Mitteln für den Reiseweg.³

Bei zunehmenden Distanzen stossen die Beteiligten aber auch mit dem Besuchsrechtsmodell rasch an Grenzen. Kleinere Kinder können nicht selbst Flugreisen unternehmen und die Möglichkeit der Begleitung durch einen Elternteil kennt meist finanzielle und zeitliche Limiten. Zudem sind allenfalls weite Wege zwischen den Wohnorten der Elternteile und dem Flughafen zu bewältigen, und es ist auch zu bedenken, dass ein Kind, welches am Montag wieder zur Schule gehen soll, nicht erst am späten Sonntagabend am Zielort landen darf. Kurz: Eine von beiden Elternteilen als gerecht empfundene Lösung wird hier schwierig. Vielleicht kann eine kleinere Frequenz an gegenseitigen Besuchen durch ein längeres Ferienrecht kompensiert werden. Bei kleinen Kindern sind aber vereinzelte lange Besuchseinheiten nicht ideal.⁴ Ferner kann bei blossen Ferien-

Konstellationen (freiwillige oder unfreiwillige *Relocation* des Mannes; Folgen für eine beabsichtigte *Relocation* der Ehefrau) und Art. 135 regelt auch spezifisch die *Relocation* der Kinder. Der Rechtssatz lautet wie folgt: «Gesetzt, ein Mann ist gefangen fortgeführt worden und in seinem Haus ist nichts zu essen, seine Gattin ist in ein anderes Haus eingetreten und hat Kinder geboren, nachher ist ihr Gatte zurückgekehrt und hat seine Stadt erreicht, so wird selbige Frau zu ihrem ersten Gatten zurückkehren, die Kinder folgen ihrem Vater.» Das bedeutet, dass die Gattin zu ihrem ersten Mann zurückkehren muss und dabei die gemeinsamen Kinder mitnimmt, während die mit dem anderen Mann gezeugten Kinder in dessen Haushalt verbleiben.

2 Dazu Ziff. D.IV.

3 Dazu im Einzelnen Ziff. D.III.2.b.

4 Siehe Ziff. D.IV.3.e.

kontakten das für ein Kind wichtige Element verloren gehen, den anderen Elternteil in dessen normaler Umgebung zu sehen.

Wenn das Aufenthaltsbestimmungsrecht den Elternteilen gemeinsam zusteht und die Situation, wie sie sich aus einer geplanten oder vollzogenen *Relocation* des Kindes ergibt, nicht von beiden Elternteilen als gerecht empfunden wird, kann es zu einer Verhärtung der Fronten und zu einer langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung kommen. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der zurückbleibende Elternteil die Motive des anderen Elternteils für den Wegzug nicht nachvollziehen kann oder er diese darin ortet, ihm das Kind zu entfremden. Das Kernproblem besteht darin, dass sich eine gerechte Regelung objektiv nicht finden lässt, wenn eine vernünftige Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kind und dem nicht die Obhut ausübenden Elternteil an unüberwindbaren Distanzen scheitert.

III. Regelung des Um- und Wegzuges von Kindern

1. *Materielle Regelung im Zivilrecht*

Das privatrechtliche Eltern-Kind-Verhältnis wird gemeinhin im Kindesrecht normiert, welches einen Teil des Familienrechts bildet. Regelungsgegenstand dieses Verhältnisses ist insbesondere auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffend das Kind. Kommt dieses Recht beiden Elternteilen zu (umfassend oder in bestimmten Konstellationen), müssen sie sich für den Fall, dass der Aufenthaltsort des Kindes verändert werden soll, über die betreffende Frage einigen. Gelingt dies nicht, hat ein Gericht oder eine Behörde über diese Frage zu entscheiden. Gegebenenfalls beschränkt sich der Entscheid nicht auf die bloße Frage des Wegzuges, sondern es wird in der Folge auch das Eltern-Kind-Verhältnis angepasst.⁵

a. *Wegzug des Kindes*

Im Idealfall besprechen die Eltern einen geplanten Umzug frühzeitig bzw. lässt sich der wegzugswillige Elternteil bei fehlender Einigung die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes gerichtlich oder behördlich bewilligen. Die Umzugspläne des hauptbetreuenden Elternteils können allgemein begründet sein wie beispielsweise durch eine neue Arbeitsstelle oder durch eine neue Partnerschaft, welche mit der Aufnahme eines gemeinsamen Haushaltes intensiviert werden soll. Ein Wegzug kann aber auch gewissermassen durch die Vergangenheit motiviert sein. Geht beispielsweise eine internationale Beziehung zu Bruch, sieht sich der ausländische Elternteil oft mit einer Reihe von Problemen konfrontiert, welche sich aus der Trennung ergeben: Beispielsweise sollte er aufgrund der ökonomisch veränderten Ausgangslage eine Erwerbstätigkeit auf-

5 Für das schweizerische Recht vgl. zu dieser Frage Ziff. D.IV.

nehmen, was sich aber aufgrund von sprachlichen Defiziten oder nicht anerkannten Diplomen als schwierig erweist. Weiter kann mit dem Verlust des durch den inländischen Partner vermittelten sozialen Netzes eine Isolation verbunden sein. Häufig bricht auch die bisherige Unterstützung durch das familiäre Umfeld im Aufenthaltsstaat weg, etwa die tageweise Betreuung der Kinder durch die dort ansässigen Grosseltern. Gerade wenn ab dem Trennungszeitpunkt das klassische Besuchsrechtsmodell gelten soll und dabei der ausländische Elternteil die Hauptbetreuungsperson ist, kann sich für ihn die Frage nach einer Rückkehr ins eigene Land stellen, wo gegebenenfalls ein unterstützendes Umfeld (Eltern, Freunde, etc.) vorhanden ist und sich ein berufliches Vorhaben leichter umsetzen lässt.

b. Zuzug des Kindes

Ist der Aufenthaltsort des Kindes bereits verlegt worden, stellen sich die gleichen materiellen Fragen, indes gewissermassen im «Nachvollzug»; faktisch steht im Vordergrund, das Eltern-Kind-Verhältnis (elterliche Sorge, Obhut und Betreuung, persönlicher Verkehr, Unterhalt) an die bereits eingetretene neue Situation anzupassen.⁶ Mithin kann die Beantwortung der *Relocation*-Thematik durchaus anders ausfallen als bei der prospektiven Beurteilung eines geplanten Wegzuges. Zum einen werden Aspekte wie Stabilität und Kontinuität oder konkrete Bedürfnisse des Kindes häufig anders zu beurteilen sein. Weiter kommt bei einem internationalen Wegzug meist ein anderes Statut zur Anwendung, weil sich die *lex causae* nach dem jeweiligen internationalen Privatrecht im Aufenthaltsstaat des Kindes bzw. nach internationalen Übereinkommen bestimmt,⁷ welche in der Regel das am Aufenthaltsort des Kindes geltende Recht für anwendbar erklären.⁸ Schliesslich sind, jedenfalls soweit kein Entführungsfall vorliegt, beim Zuzug auch andere Gerichte oder Behörden entscheidungszuständig als für die Bewilligung eines geplanten Wegzuges, weil sich die Zuständigkeit ebenfalls nach dem jeweiligen internationalen Privatrecht im Aufenthaltsstaat des Kindes bzw. nach dem einschlägigen Staatsvertragsrecht bemisst.⁹

6 Vgl. als Anwendungsbeispiel BGer 5A_105/2016 und 5A_106/2016, je vom 7. Juli 2016.

7 Für die Schweiz: Art. 82 f. IPRG; Haager Kindesschutzübereinkommen (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 vom 19. Oktober 1996, HKsÜ, SR 0.211.231.011); Haager Unterhaltsübereinkommen (Haager Übereinkommen über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, HUÜ, SR 0.211.213.01).

8 Für die Schweiz: Art. 82 Abs. 1 IPRG; Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 HKsÜ; Art. 4 HUÜ.

9 Siehe als Anwendungsfall BGer 5A_105/2016 und 5A_106/2016 vom 7. Juli 2016 betreffend die Rückkehr einer Schweizer Mutter mit ihren Schweizer Kindern aus Nepal.

2. *Flankierende Regelung im Strafrecht*

Soweit das Zivilrecht die Wegzugsfrage ausdrücklich oder wenigstens implizit regelt, wird es sich meist um eine *lex imperfecta* handeln, indem keine eigentliche zivilrechtliche Sanktion wie die Rückverlegung des Aufenthaltsortes des Kindes vorgesehen ist, wenn der eine Elternteil diesen gegen den (zivilrechtlich relevanten) Willen des anderen Elternteils verändert hat. Dies trifft jedenfalls für das schweizerische Zivilrecht zu: Art. 301a ZGB statuiert keine zivilrechtlichen Folgen, wenn der eine Elternteil in einem zustimmungsbedürftigen Fall eigenmächtig den Aufenthaltsort des Kindes verändert.¹⁰ Denkbar ist höchstens eine (prospektive oder reaktive) kindesschutzrechtliche Massnahme im Sinn von Art. 307 ff. ZGB, wenn die Aufenthaltsverlegung das Kindeswohl gefährdet.¹¹

Indes kann der nationale Gesetzgeber das beschriebene elterliche Verhalten unter Strafe stellen. Damit erhalten zivilrechtliche Gebote flankierend Rechtsschutz, welcher indirekt für deren Beachtung sorgt. Für die Schweiz ist mit Art. 220 StGB eine entsprechende Strafnorm aufgestellt.¹²

3. *Rechtshilfe bei Kindesentführung*

Bei einer zivilrechtlich nicht erlaubten internationalen *Relocation* eines Kindes sieht das Haager Entführungsübereinkommen¹³ einschneidende Konsequenzen vor, indem ein widerrechtliches Verbringen des Kindes grundsätzlich dessen Rückführung in den Herkunftsstaat auslöst (Art. 3 und Art. 12 Abs. 1 HKÜ). Das Entführungsübereinkommen ist nur bei grenzüberschreitendem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes anwendbar. Auf binnenstaatliche Sachverhalte findet es keine Anwendung.

Das Haager Entführungsübereinkommen trägt als Drohkulisse auf der Ebene der Vollstreckung bzw. der Rechtshilfe dazu bei, dass die Wegzugsfrage prospektiv geklärt wird, soweit das Aufenthaltsbestimmungsrecht den Eltern gemeinsam zusteht. Die präventive Wirkung des Übereinkommens dürfte noch stärker sein als diejenige einer Strafandrohung des nationalen Gesetzgebers.

10 Dazu Ziff. E.I.

11 Für Nachweise siehe Fn. 145, 286 und 360.

12 Ausführlich dazu Ziff. D.VII.

13 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, Haager Kindesentführungsübereinkommen, HKÜ, SR 0.211.230.02; dazu Ziff. C.II. und im Einzelnen Ziff. E.

B. Rechtsquellen

I. Nationales Recht

Die Regelung der *Relocation* eines Kindes ist – als materielle Rechtsfrage – bislang alleinige Domäne des in der Sache anwendbaren nationalen Rechts. Dies gilt nicht nur für die zivilrechtliche Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses, sondern auch für die Strafbewehrung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Einzig im Bereich der internationalen Kindesentführung bestehen staatsvertragliche Instrumente, welche sich aber auf gegenseitige Rechtshilfe beschränken.¹⁴

Die materielle Rechtslage und auch die diesbezüglichen Rechtsquellen in den einzelnen Staaten sind heterogen.¹⁵ In gewissen Ländern besteht gar keine Regelung, in anderen beruht sie auf Richterrecht, wiederum in anderen ist sie gesetzlich positiviert. Mehr oder weniger ausführliche (gesetzliche oder auf Richterrecht beruhende) Regelungen finden sich typischerweise in grossen Binnenstaaten wie den USA, Kanada oder Australien, wo bereits der Umzug innerhalb der Landesgrenzen eine komplette Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses nötig machen kann.

Die gesetzliche Niederlegung des für die *Relocation* relevanten materiellen Rechts erleichtert dessen Kenntnisnahme insbesondere für ausländische Elternteile, was die Rechtssicherheit erhöht. Gerade bei internationalen Kindesentführungen kommt es entscheidend darauf an, ob der Elternteil, welcher das Kind ins Ausland verbracht hat, hierzu nach dem Recht des Herkunftsstaates berechtigt war oder nicht (vgl. insb. Art. 3 HKÜ).¹⁶ Umgekehrt ist es für den zurückbleibenden Elternteil mit Blick auf dessen allenfalls nötige Zustimmung zur *Relocation* wichtig zu wissen, wie sein rechtliches Verhältnis zum Kind aussehen wird, wenn dieses in einem anderen Staat seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben wird.¹⁷

Nachfolgend wird ein kurzer Überblick gegeben, wie verschiedene Länder mit der Frage der *Relocation* von Kindern umgehen.

1. USA

In den USA fällt die Regelung der vorliegend interessierenden Fragen grundsätzlich in die Zuständigkeit der Bundesstaaten. Einige regeln die *Relocation*

14 Dazu Ziff. A.III.3, C.II. und insbesondere E.I.

15 Vgl. die Hinweise im Vorbericht (*Preliminary Note on International Family Relocation*, Prel. Doc. No 11) der Haager Konferenz vom Januar 2012, Rz. 44; siehe sodann Ziff. B.II.2.

16 Dazu im Einzelnen Ziff. E.II.2.

17 In diesem Kontext ist insbesondere auch das Haager Kindesschutzübereinkommen (Fn. 7) zu beachten. Das auf das Kind anwendbare Recht wird in Art. 15 ff. HKsÜ geregelt; welche Wirkungen die internationale *Relocation* auf die gesetzliche elterliche Sorge hat, ist spezifisch in Art. 16 Abs. 3 und 4 HKsÜ normiert.

des Kindes mehr oder weniger ausführlich im positiven Recht, andere überlassen dies vollständig der richterlichen Rechtsfindung. Die Vielfalt ist zu gross, um sie an dieser Stelle darzustellen.¹⁸ Die Regelungen gehen meist dahin, dass entweder Kriterienkataloge für eine individuelle Betrachtung des Einzelfalles oder aber abstrakte Regeln aufgestellt werden, beispielsweise, dass der *primary carer* ohne Zustimmung des anderen Elternteils den betreffenden Bundesstaat nicht verlassen oder beim Umzug einen bestimmten Radius (z.B. 50, 100 oder 150 Meilen) nicht überschreiten darf.

2. Australien

Australien unterscheidet in *sect. 60CC Family Law Act 1975* für die Bestimmung des Kindeswohls zwischen zwei vorrangigen Entscheidungskriterien (*primary considerations*), nämlich der Möglichkeit einer gelebten Beziehung zu beiden Elternteilen¹⁹ und dem Kindesschutzaspekt,²⁰ welchem das Hauptgewicht zukommt, sowie zusätzlichen Kriterien (*additional considerations*), die in einem ausserordentlich langen Katalog aufgeführt sind.²¹

18 Vgl. beispielsweise Übersicht bei BÉRÉNOIS, Appendix B.

19 *The benefit to the child of having a meaningful relationship with both of the child's parents.*

20 *The need to protect the child from physical or psychological harm from being subjected to, or exposed to, abuse, neglect or family violence.*

21 (a) Any views expressed by the child and any factors (such as the child's maturity or level of understanding) that the court thinks are relevant to the weight it should give to the child's views; (b) the nature of the relationship of the child with: (i) each of the child's parents; and (ii) other persons (including any grandparent or other relative of the child); (c) the extent to which each of the child's parents has taken, or failed to take, the opportunity: (i) to participate in making decisions about major long-term issues in relation to the child; and (ii) to spend time with the child; and (iii) to communicate with the child; (ca) the extent to which each of the child's parents has fulfilled, or failed to fulfill, the parent's obligations to maintain the child; (d) the likely effect of any changes in the child's circumstances, including the likely effect on the child of any separation from: (i) either of his or her parents; or (ii) any other child, or other person (including any grandparent or other relative of the child), with whom he or she has been living; (e) the practical difficulty and expense of a child spending time with and communicating with a parent and whether that difficulty or expense will substantially affect the child's right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis; (f) the capacity of: (i) each of the child's parents; and (ii) any other person (including any grandparent or other relative of the child); to provide for the needs of the child, including emotional and intellectual needs; (g) the maturity, sex, lifestyle and background (including lifestyle, culture and traditions) of the child and of either of the child's parents, and any other characteristics of the child that the court thinks are relevant; (h) if the child is an Aboriginal child or a Torres Strait Islander child: (i) the child's right to enjoy his or her Aboriginal or Torres Strait Islander culture (including the right to enjoy that culture with other people who share that culture); and (ii) the likely impact any proposed parenting order under this Part will have on that right; (i) the attitude to the child, and to the responsibilities of parenthood, demonstrated by each of the child's parents; (j) any family violence involving the child or a member of the child's family; (k) if a family violence order applies, or has applied, to the child or a member of the child's family – any relevant inferences that can be drawn from the order, taking into account the following: (i) the nature of the order; (ii) the circumstances in which the order was made; (iii) any evidence admitted in proceedings for the order; (iv) any findings made by the court in, or in proceedings for, the or-

3. Kanada

Für Kanada hat der *Supreme Court* in der Leitentscheidung *Gordon vs. Goertz*²² festgehalten, dass es – konkret ging es um den Wegzug der Mutter mit den Kindern von Kanada nach Australien – im Zusammenhang mit dem Wohl des Kindes keine Vermutung zugunsten des wegziehenden hauptbetreuenden Elternteils (mehr) gebe, sondern dieser die materielle Auswirkung des Wechsels darzulegen und sodann das Gericht im besten Interesse des Kindes zu entscheiden habe (Rz. 47), wobei diesbezüglich sieben (nicht abschliessende) Kriterien zu beachten sind (Rz. 49).²³

4. Südafrika

In Südafrika ging der *Supreme Court of Appeal* in der Leitentscheidung *Jackson vs. Jackson* davon aus,²⁴ dass der Wegzug mit den Kindern – konkret: von Südafrika nach Australien aufgrund erfolgter Scheidung – in der Regel zu bewilligen ist, wenn der wegzugswillige Elternteil nach Treu und Glauben handelt und vernünftige Gründe hat. Dies ergebe sich aber nicht aus den Rechten des betreffenden Elternteils, sondern aus dem Umstand, dass es in den meisten Fällen im Kindeswohl liege, selbst wenn die Beziehung zum besuchsberechtigten Elternteil beeinträchtigt werde, wenn das Kind beim wegziehenden hauptbetreuenden Elternteil bleibe und als Folge mit diesem emigriere.

der; (v) any other relevant matter; (l) whether it would be preferable to make the order that would be least likely to lead to the institution of further proceedings in relation to the child; (m) any other fact or circumstance that the court thinks is relevant.

22 *Supreme Court of Canada*, File No 24622, Report 1996 2 SCR 27, vom 2. Mai 1996.

23 1. The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child. 2. If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them. 3. This inquiry is based on the findings of the judge who made the previous order and evidence of the new circumstances. 4. The inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect. 5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case. 6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents. 7. More particularly the judge should consider, inter alia: (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent; (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent; (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents; (d) the views of the child; (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child; (f) disruption to the child of a change in custody; (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.

24 *Supreme Court of Appeal*, Case number 18/2001, vom 5./29. November 2001.

5. *England und Wales*

Während die *Relocation*-Problematik in grossen Binnenstaaten wie den vorstehend genannten bereits seit Jahrzehnten ein Thema ist, nimmt sich der Gesetzgeber in den europäischen Staaten erst in jüngerer Zeit dieses Themas an. Der Ausgangspunkt der Entwicklung dürfte in England und Wales zu lokalisieren sein. In *sect. 13 (1) b Children Act 1989* wurde eine Bestimmung für die internationale *Relocation* aufgestellt.²⁵ Danach darf, sobald ein Gericht darüber befunden hat, bei wem ein Kind lebt (sog. *resident order*), niemand dieses ohne Zustimmung aller sorgeberechtigter Personen oder richterliche Bewilligung ausser Landes bringen.

Für die gerichtliche Beurteilung einer beantragten Erlaubnis, das Kind ausser Landes zu bringen, dürfte nach wie vor der Fall *Payne vs. Payne*²⁶ aus dem Jahr 2001 die Leitentscheidung bilden. Darin hat der *Court of Appeal* im Zusammenhang mit der Erlaubnis des Wegzuges eines vierjährigen Mädchens nach Neuseeland das Kindeswohl als oberste Leitlinie angesehen (Rz. 64) und – in Anlehnung an die für den betreffenden Fall an sich nicht direkt anwendbare *welfare checklist* des *Children Act 1989* (vgl. Rz. 33) – gewissermassen einen Kriterienkatalog aufgestellt (Rz. 85), welchen die Gerichte bei *Relocation*-Fällen zu beachten haben. Dabei ist vom Kindeswohl auszugehen und es besteht keine Vermutung zugunsten des gesuchstellenden Elternteils; zu beachten sind namentlich die Motive und die Willensrichtung des wegziehenden Elternteils und die Auswirkungen auf diesen und die neue Familie sowie auf den Kontakt zum anderen Elternteil, unter Berücksichtigung der Möglichkeit einer fortgesetzten Kontaktpflege.²⁷ Für die einzelnen Kriterien wurde allerdings keine eigentliche Hierarchie aufgebaut.

6. *Frankreich*

Gemäss *art. 373-2 al. 3 CCfr* haben die Eltern die Pflicht, sich vorgängig und rechtzeitig über einen geplanten Aufenthaltswechsel des Kindes gegenseitig zu

25 *Where a residence order is in force with respect to a child, no person may remove him from the United Kingdom without either the written consent of every person who has parental responsibility for the child or the leave of the court.*

26 *Court of Appeal (Civil Division)*, Case Number 2000/3457, Citation Number 2001 EWCA Civ 166, vom 13. Februar 2001.

27 Der Kriterienkatalog lautet wie folgt: (a) *The welfare of the child is always paramount.* (b) *There is no presumption created by section 13(1)(b) in favour of the applicant parent.* (c) *The reasonable proposals of the parent with a residence order wishing to live abroad carry great weight.* (d) *Consequently the proposals have to be scrutinised with care and the court needs to be satisfied that there is a genuine motivation for the move and not the intention to bring contact between the child and the other parent to an end.* (e) *The effect upon the applicant parent and the new family of the child of a refusal of leave is very important.* (f) *The effect upon the child of the denial of contact with the other parent and in some cases his family is very important.* (g) *The opportunity for continuing contact between the child and the parent left behind may be very significant.*

informieren, soweit er die Ausübung der elterlichen Sorge modifiziert; bei Uneinigkeit ist der Familienrichter anzurufen, welcher im Sinn des Kindeswohls entscheidet und gegebenenfalls auch die Umzugskosten verteilt sowie den Unterhaltsbeitrag anpasst.²⁸

Die *Cour de cassation* hat entschieden, dass für die Bewilligung des Wegzuges das Kindeswohl das ausschlaggebende Kriterium ist.²⁹ Dass dieses auch für den elterlichen Wegzugsentscheid die massgebliche Richtlinie bilden muss, ergibt sich indirekt daraus, dass im Fall der Uneinigkeit der Eltern gemäss art. 372-2 al. 3 CCfr der angerufene Richter aufgrund dieser Maxime zu entscheiden hat.

7. Deutschland

In Deutschland finden sich keine gesetzlichen Normen, welche die Frage der *Relocation* von Kindern direkt regeln. Anwendbar sind letztlich § 1631 Abs. 1 BGB, wonach die Personensorge das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind umfasst, in Verbindung mit § 1671 Abs. 1 BGB, wonach der getrennt lebende Elternteil beantragen kann, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil davon allein überträgt. In zwei Entscheiden hat sich der *Bundesgerichtshof* zur Thematik geäussert.³⁰

Bei der Leitentscheidung vom 28. April 2010 – welche einen Wegzug von Mutter und Kind nach Mexiko betraf – hat der *Bundesgerichtshof* das Kindeswohl als unbestrittenen Massstab für die Entscheidung angeführt (Rz. 17) und darauf hingewiesen, dass jedoch für die Auswanderung in ein fernes Land umstritten sei, welches Gewicht den einzelnen Aspekten des Kindeswohls beizumessen sei und welche Bedeutung den Elternrechten sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils für die Entscheidung zukomme (Rz. 18). Er hat befunden, dass die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils gemäss Art. 2 Abs. 1 GG³¹ zunächst nur mittelbar betroffen (Rz. 21), aber gleichwohl bedeutsam sei, indem sie die tatsächliche Ausgangslage für die Abwägung bestimme. Denn für die Beurteilung des Kindeswohles sei nicht davon auszugehen, dass der hauptsächlich betreuende Elternteil mit dem Kind im Inland verbleibe, selbst wenn dies mit dem Kindeswohl am besten zu vereinbaren wäre, sondern tatsächlicher Ausgangspunkt

28 *Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.*

29 Entscheid der *Cour de cassation* vom 13. März 2007, Nr. 06-17869.

30 *Bundesgerichtshof*, Beschluss XII ZB 81/09 vom 28. April 2010 und ferner Beschluss XII ZB 407/10 vom 16. März 2011.

31 Grundgesetz vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949 S. 1.

müsse vielmehr sein, dass der Elternteil seinen Auswanderungswunsch in die Tat umsetze (Rz. 22). Die Motive für den Auswanderungsentschluss stünden grundsätzlich nicht zur Überprüfung durch das Familiengericht und es komme insoweit nicht darauf an, ob der Elternteil triftige Gründe anführen könne (Rz. 23). Die Befugnisse des Gerichtes beschränkten sich vielmehr auf das Kind und die Beurteilung habe sich darauf zu konzentrieren, wie sich die Auswanderung auf das Kindeswohl auswirke; die Frage, ob der Elternteil triftige Gründe habe auszuwandern, finde demnach nur bei der Beurteilung des Kindeswohls Berücksichtigung. Verfolge der Elternteil mit der Übersiedlung den Zweck, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu vereiteln, stehe die Bindungstoleranz und somit die Erziehungseignung in Frage. Wenn mit der Auswanderung für das Kind schädliche Auswirkungen verbunden seien, sei die Erziehungseignung des betreuenden Elternteils in Zweifel zu ziehen und könne sogar ein Entzug des Sorgerechts angebracht sein. Bei einem ersichtlich unvernünftigen Vorhaben würden sich für die Kontinuität und die Qualität der Bindung zum Obhutselternteil nachteilige Folgen ergeben und sei das Sorgerecht bei bestehender Erziehungseignung gegebenenfalls dem anderen Elternteil zu übertragen (Rz. 24). Einer Auswanderung stehe nicht ohne weiteres die gesetzliche Regelung entgegen, dass zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehöre; auch wenn durch die Auswanderung der Umgang mit dem anderen Elternteil wesentlich erschwert werde, ergebe sich daraus allein weder eine generelle noch eine vermutete Kindeswohlgefährdung (Rz. 25). Die Entscheidung des Familiengerichtes sei demnach nicht durch tatsächliche oder rechtliche Vermutungen eingeengt, die im Zweifelsfall den Ausschlag für oder gegen eine Auswanderung mit dem Kind geben könnten; zu fragen sei demnach, ob die Auswanderung mit dem hauptbetreuenden Elternteil oder der Verbleib des Kindes beim weiter im Inland ansässigen Elternteil die für das Kindeswohl bessere Lösung sei (Rz. 28).

Das bedeutet, dass in einem ersten Schritt die Wegzugsfreiheit der Elternteile, mithin der von einem Elternteil für seine Person getroffene Wegzugsentscheid zu beachten und in einem zweiten Schritt ausgehend von der als gegeben anzusehenden neuen Situation anhand der Maxime des Kindeswohls zu entscheiden ist, ob für das Kind der Wegzug mit dem hauptbetreuenden Elternteil oder der Verbleib beim zurückbleibenden Elternteil die bessere Lösung ist. Mit diesen Leitlinien gibt der *Bundesgerichtshof* eine andere Richtung vor, als sie von einzelnen Oberlandesgerichten eingeschlagen worden war. So hatte beispielsweise das *OLG München* verlangt,³² dass die Beweggründe des betreuenden Elternteils für den Auslandswegzug – konkret in den Heimatstaat Peru – «beachtenswert» sein müssen, bzw. in einem anderen Beschluss gefordert,³³

32 *OLG München*, Beschluss 12 UF 1854/07 vom 9. Mai 2008, in: FamRZ 2008, 1775.

33 *OLG München*, Beschluss 16 WF 1252/08 vom 3. September 2008, mit zustimmender Rezension in: FamRZ 2009, 794.

dass «triftige Gründe» für den Wegzug – konkret in den Heimatstaat Italien – vorliegen müssen.

8. *Italien*

Der italienische *Codice Civile* wurde mit Gesetz vom 28. Dezember 2013 um verschiedene Bestimmungen ergänzt, welche unter anderem auch den Wegzug des Kindes regeln. Gemäss *art. 337^{ter} cpv. 3 CCit* üben die Eltern das Sorgerecht gemeinsam aus. Verschiedene wichtige Entscheide in Bezug auf die Kinder, wozu insbesondere auch die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes gehört, erfordern elterlichem Konsens, wobei auf die Bedürfnisse und Fähigkeiten der Kinder Rücksicht zu nehmen ist. Bei Uneinigkeit der Eltern entscheidet der Richter.³⁴ Sodann verpflichtet *art. 337^{sexies} cpv. 2 CCit* die Eltern zu gegenseitiger Information bei Verlegung des Aufenthaltsortes oder des Wohnsitzes des Kindes.³⁵

9. *Österreich*

Auch in Österreich ist mit dem per 1. Februar 2013 in Kraft getretenen neuen § 162 ABGB eine gesetzliche Regelung in Bezug auf die Ausübung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts erlassen worden. Sie lautet wie folgt: Soweit die Pflege und Erziehung es erfordern, hat der hierzu berechtigte Elternteil auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Abs. 1). Haben die Eltern vereinbart oder hat das Gericht bestimmt, welcher der obsorgeberechtigten Elternteile das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuen soll, so hat dieser Elternteil das alleinige Recht, den Wohnort des Kindes zu bestimmen (Abs. 2). Ist nicht festgelegt, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll, so darf der Wohnort des Kindes nur mit Zustimmung beider Elternteile oder Genehmigung des Gerichts in das Ausland verlegt werden. Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Genehmigung sowohl das Kindeswohl zu beachten als auch die Rechte der Eltern auf Schutz vor Gewalt, Freizügigkeit und Berufsfreiheit zu berücksichtigen (Abs. 3).

Der *Oberste Gerichtshof* hat sich bereits ein Jahr nach Inkrafttreten der Bestimmung näher zur Frage geäußert, wann ein Elternteil mit dem Kind auto-

34 *La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.*

35 *In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto.*

nom ins Ausland ziehen kann.³⁶ Es ging um einen Fall, in welchem die Eltern die gemeinsame Obsorge hatten; das Kind hatte den hauptsächlichen Aufenthalt bei der Mutter, jedoch ein umfangreiches Kontaktrecht mit dem Vater. Die Mutter zog mit dem Kind nach Israel, wobei sie gegenüber dem Vater eine Reise vortäuschte. Das Erstgericht entzog der Mutter in der Folge vorläufig die Obsorge und übertrug diese auf den Vater. Vor dem *Obersten Gerichtshof* brachte die Mutter vor, als Domizilelternteil sei sie zur alleinigen Bestimmung des Wohnortes des Kindes berechtigt gewesen. Dieser erwog, die Formulierung von § 162 Abs. 3 ABGB könnte den Schluss nahelegen, dass bei Feststehen eines hauptsächlich betreuenden Elternteils im Sinn § 162 Abs. 2 ABGB (sog. Domizilelternteil) dieser alleine zur Bestimmung des Wohnortes des Kindes berechtigt sei; aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich aber, dass sich auch dieser um die Zustimmung des anderen Elternteils zu bemühen habe.

II. Internationale Rechtsvereinheitlichung

Wie bereits erwähnt worden ist,³⁷ existieren bislang keine rechtsvereinheitlichenden internationalen Regulative. Auf verschiedenen Ebenen sind aber Bestrebungen im Gang, Kriterien im Zusammenhang mit der *Relocation* von Kindern zu entwickeln.

1. Washington Declaration

An der internationalen Richterkonferenz³⁸ im März 2010 wurde die sog. Washingtoner Erklärung³⁹ verabschiedet. Darin wird postuliert, dass die Staaten für die Klärung von Wegzugsfragen Verfahren zur Verfügung stellen⁴⁰ und der wegzugswillige Elternteil den anderen vorgängig über sein Vorhaben unterrichten soll.⁴¹ Sodann wird ein Katalog von Entscheidungskriterien aufgeführt, wenn sich die Eltern nicht über den Aufenthaltsort des Kindes im Wegzugsfall einigen können, wobei zwischen den einzelnen Kriterien ausdrücklich keine Hierarchie bestehen soll. Unter anderem werden die Möglichkeit der Aufrechterhaltung einer Beziehung zu beiden Elternteilen, die Wünsche des Kindes, die Vorschläge der Eltern, die Gründe für den Wegzug, die Erziehungskontinuität, die vorbestehende Sorge- und Umgangsrechtsregelung, die Vollstreckbarkeit

36 *Oberster Gerichtshof*, Urteil 9Ob 8/14p vom 26. Februar 2014.

37 Vgl. Ziff. B.I.

38 *International Judicial Conference*.

39 *Washington Declaration on International Family Relocation*.

40 *States should ensure that legal procedures are available to apply to the competent authority for the right to relocate with the child. Parties should be strongly encouraged to use the legal procedures and not to act unilaterally.*

41 *The person who intends to apply for international relocation with the child should, in the best interests of the child, provide reasonable notice of his or her intention before commencing proceedings or, where proceedings are unnecessary, before relocation occurs.*

der Vereinbarung und die Mobilität der Familienmitglieder als mögliche Kriterien genannt.⁴² Ferner enthält die Deklaration auch verschiedene Postulate im Zusammenhang mit dem Haager Entführungsübereinkommen.

2. Haager Konferenz

Die Haager Konferenz für internationales Privatrecht ist im Begriff, Grundlagen im Bereich der *Relocation* zu schaffen. Im Januar 2012 veröffentlichte das Ständige Büro der Haager Konferenz einen Vorbericht,⁴³ in welchem empfohlen wird, dass die Spezialkommission weitere Untersuchungen zum Thema anstellt (Rz. 83). Der Vorbericht hebt hervor, dass die jüngere sozio-psychologische Forschung keineswegs einig geht, ob dem Kindeswohl mit umfangreichem Kontakt zu beiden Elternteilen (was die Erlaubnis des Wegzuges tendenziell ausschliesst) am besten Rechnung getragen, oder ob in erster Linie die Qualität des Kontaktes zum hauptbetreuenden Elternteil (was den Wegzug tendenziell erlaubt) für das Gedeihen des Kindes verantwortlich ist (Rz. 32). Weiter hält der Vorbericht fest, dass nur wenige Staaten die *Relocation* konkret geregelt und spezifische Verfahrensnormen aufgestellt haben (Rz. 44 f.); etliche Staaten würden das Problem unter dem Aspekt des Sorge- bzw. Obhutsrechts und dessen Abänderung angehen (Rz. 46).⁴⁴ Der Vorbericht weist ferner darauf hin, dass für den Ausgang des Wegzugsverfahrens entscheidend sein kann, ob bestimmte Vermutungen oder Beweislastregeln gelten, die Beweise frei zu würdigen sind oder sogar die Untersuchungs- und Officialmaxime gilt (Rz. 48 ff.).⁴⁵

42 i) *The right of the child separated from one parent to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis in a manner consistent with the child's development, except if the contact is contrary to the child's best interest; ii) the views of the child having regard to the child's age and maturity; iii) the parties' proposals for the practical arrangements for relocation, including accommodation, schooling and employment; iv) where relevant to the determination of the outcome, the reasons for seeking or opposing the relocation; v) any history of family violence or abuse, whether physical or psychological; vi) the history of the family and particularly the continuity and quality of past and current care and contact arrangements; vii) pre-existing custody and access determinations; viii) the impact of grant or refusal on the child, in the context of his or her extended family, education and social life, and on the parties; ix) the nature of the inter-parental relationship and the commitment of the applicant to support and facilitate the relationship between the child and the respondent after the relocation; x) whether the parties' proposals for contact after relocation are realistic, having particular regard to the cost to the family and the burden to the child; xi) the enforceability of contact provisions ordered as a condition of relocation in the State of destination; xii) issues of mobility for family members; and xiii) any other circumstances deemed to be relevant by the judge.*

43 *Preliminary Note on International Family Relocation* (Fn. 15).

44 Dies war bisher auch in der Schweiz der Fall (vgl. BGer 5A_375/2008 vom 11. August 2008) und letztlich hat sich daran nichts geändert (vgl. nunmehr Art. 301a ZGB).

45 Für die Schweiz gilt in allen Kinderbelangen die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; BGE 128 III 411 E. 3.1 und 3.2; 142 III 153 E. 5.1.1), insbesondere auch für die *Relocation* des Kindes (BGE 142 III 502 E. 2.6).

3. Europäische Ebene

Der Europarat hat im Oktober 2011 die von der eingesetzten Expertengruppe abgegebene Empfehlung betreffend Kinderrechte gebilligt,⁴⁶ deren Grundsatz Nr. 31 sich dem Thema der *Relocation* von Kindern widmet. Danach sollen die Staaten geeignete Mechanismen wie die Mediation fördern und habe im Streitfall die zuständige Behörde zu entscheiden, soweit das nationale Recht nichts anderes vorsehe; dabei sei in erster Linie auf das Kindeswohl abzustellen, im Übrigen sollten aber auch alle weiteren relevanten Faktoren gebührend berücksichtigt werden.⁴⁷

Sodann hat das Ministerkomitee am 11. Februar 2015 die Empfehlung *CM/Rec(2015)4* an die Mitgliedstaaten über die Vorbeugung und Beilegung von Streitigkeiten über den Umzug eines Kindes angenommen,⁴⁸ welche postuliert, dass das innerstaatliche Recht betreffend den Umzug eines Kindes hinlängliche Rechtssicherheit zur Vorbeugung und Beilegung von Streitigkeiten bieten, die Einzelfälle genügend flexibel und in zufriedenstellender Weise regeln und gütliche Einigungen fördern sollte (Ziff. 1). Das Wohl des Kindes soll bei der Herbeiführung einer Einigung und der Beilegung von Streitigkeiten über den Umzug ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt sein (Ziff. 2). Sodann werden weitere Empfehlungen zu den Rechten des Kindes (Ziff. 3), zur Streitvermeidung (Ziff. 4) und zur Beilegung von Streitigkeiten (Ziff. 5-11) gemacht. Darunter ist Ziff. 7 hervorzuheben, wonach bei fehlender Einigung der Umzug des Kindes ausser in den vom innerstaatlichen Recht vorgesehenen Fällen nicht ohne eine Entscheidung der zuständigen Behörde erfolgen sollte.⁴⁹

4. US-bundesstaatliche Ebene

In den USA sind grundsätzlich die Bundesstaaten für die Regelung der *Relocation* von Kindern zuständig.⁵⁰ Indes gibt es Bestrebungen zur Herbeiführung einer gewissen Vereinheitlichung. Im Jahr 1997 schlug die *American Academy*

46 *Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities, Meeting Report of the 86th Plenary meeting of the European Committee on Legal Co-Operation (CJ/CJ), Strassburg, Oktober 2011, CDCJ 2011 15.*

47 *Principle 31 Residence and relocation: (1) In cases where holders of parental responsibilities are living apart, they should agree upon with whom the child resides. (2) If a holder of parental responsibilities wishes to change the child's residence, he or she should seek to obtain the agreement of any other holder of parental responsibilities thereof in advance and states are encouraged to provide appropriate mechanisms, such as mediation, to facilitate agreements. (3) In the absence of an agreement between the holders of parental responsibilities, the child's place of residence should not be changed without a decision of the competent authority, unless, in cases of relocation within the state, national law provides otherwise. In the latter case there should be the possibility of bringing disputes before the competent authority.*

48 *Recommendation CM/Rec(2015)4 on preventing and resolving disputes on child relocation.*

49 *In the absence of agreement, the child's habitual residence should not be changed without a decision of the competent authority, except in circumstances provided for by national law.*

50 Vgl. Ziff. B.I.1.

of Matrimonial Lawyers (AAML) einen *Model Relocation Act* vor,⁵¹ welcher verschiedene Varianten von Vermutungen aufstellte und Beurteilungskriterien nannte. Sodann hat die *American Bar Association (ABA)* einen *Model Relocation of Children Act* ausgearbeitet, welcher aber im Februar 2012 zurückgezogen wurde.⁵² Der Entwurf nannte verschiedene Kriterien und sah im Übrigen davon ab, Vermutungen aufzustellen.

C. Relocation-Modelle

I. Materielles Recht

Im Anschluss an die vorstehend dargestellte Regelung in diversen Ländern und bevor im Einzelnen auf die Rechtslage in der Schweiz eingegangen wird,⁵³ sollen verschiedene *Relocation*-Modelle typisiert dargestellt werden. Es ergeben sich grundsätzlich vier Systeme, die hier als «Familienhaupt-Konzeption», «Kindeswohl-Konzeption», «Interessenausgleich-Konzeption» und «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» bezeichnet werden. Dabei handelt es sich keineswegs um gebräuchliche Bezeichnungen, weshalb sie mit Nachdruck in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzt sein sollen.

Jedes Modell hat seine Vor- und Nachteile; keines kann als den anderen eindeutig überlegen bezeichnet werden. In der Gesetzgebung und der gerichtlichen Praxis wird ein Modell denn auch selten in Reinform umgesetzt. Beispielsweise stellt die vom schweizerischen Gesetzgeber mit der Sorgerechtsnovelle vom 23. Juni 2013 verabschiedete Regelung die Niederlassungsfreiheit der Elternteile voran;⁵⁴ ausgehend von dieser Prämisse ist aber in einem zweiten Schritt das Kindeswohl die für die *Relocation*-Entscheidung massgebliche Maxime.

1. Familienhaupt-Konzeption

a. Definition

Bei der «Familienhaupt-Konzeption» bestimmt eine einzige Person in verbindlicher Weise den Aufenthaltsort aller anderen Familienmitglieder oder jedenfalls der Kinder. Angesichts der Konzentration der Entscheidzuständigkeit kann es nicht zu divergierenden rechtsrelevanten Ansichten kommen; insofern ist auch die Konfliktlösung durch richterliche Entscheidung obsolet.

51 Siehe <<http://www.aaml.org/library/publications/model-relocation-act-0>>.

52 Siehe <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/abanews/13285666982012mm104.authcheckdam.pdf>>.

53 Dazu Ziff. D.

54 Dazu Ziff. D.I.4.

b. Umsetzung

Die «Familienhaupt-Konzeption» lässt in erster Linie an den mit umfassender Gewalt ausgestatteten *paterfamilias* des Römischen Rechts denken,⁵⁵ welchem nebst der Ehefrau (*uxor in manu*) auch die nicht erwachsenen und die erwachsenen Kinder unterstanden,⁵⁶ oder an die germanische *munt* des Hausvaters, die eine ähnliche personenrechtliche Gewalt über die Ehefrau und die Kinder beinhaltete.⁵⁷ Solche Konzeptionen blieben lange massgeblich. Selbst das ZGB von 1907 folgte noch einem ähnlichen Modell: Gemäss Art. 160 Abs. 2 aZGB bestimmte der Ehemann die eheliche Wohnung und die Frau war, von einigen Ausnahmen abgesehen, verpflichtet, ihm dorthin zu folgen.⁵⁸ Diese Folgepflicht bestand auch, wenn der Mann seine Wohnung in eine abgelegene Gegend oder ins Ausland verlegte.⁵⁹ Der Wohnsitz des Ehemannes galt als Wohnsitz der Ehefrau, der Wohnsitz von Vater und Mutter als derjenige der unter ihrer Gewalt stehenden Kinder (Art. 25 Abs. 1 aZGB). Die elterliche Gewalt über die Kinder wurde während der Ehe zwar von beiden Elternteile gemeinsam ausgeübt (Art. 274 Abs. 1 aZGB); im Fall der Uneinigkeit entschied aber der Wille des Vaters (Art. 274 Abs. 2 aZGB). Bei der Trennung und Scheidung erfolgte die Zuteilung der Kinder (Art. 156 Abs. 1 und 2 aZGB) unter Berücksichtigung des unschuldigen Teils und des Wohls der Kinder.⁶⁰ Entgegen teilweiser kantonaler Praxis bzw. früheren kantonalen Normierungen kam deshalb eine Zuteilung nach Geschlecht oder Alter des Kindes nicht mehr in Frage.^{61, 62} Beim ausserehelichen Kind richtete sich die Aufenthaltsbestimmung danach, ob es unter Vormundschaft kam (Art. 311 Abs. 2 aZGB) oder ob es unter die elterliche Gewalt der Mutter oder des Vaters gestellt wurde (Art. 324 Abs. 3 und Art. 325 Abs. 3 ZGB).

Die «Familienhaupt-Konzeption» – so wie sie hier verstanden wird, nämlich als auf eine einzige Person konzentrierte Entscheidungszuständigkeit – muss keineswegs einen patriarchalen Hintergrund haben. Dies zeigt sich exemplarisch an den Revisionsetappen des schweizerischen Familienrechts. Ein Anliegen der per 1. Januar 1978 erfolgten Neuordnung des Kindesrechts war, die

55 KASER, § 12 Ziff. I.2.a.

56 KASER, § 12 Ziff. I.3; CANTIENI, S. 70 f.

57 Vgl. CANTIENI, S. 75 f.

58 BK-GMÜR, Art. 160 ZGB N 8.

59 BK-GMÜR, Art. 160 ZGB N 9.

60 BK-GMÜR, Art. 156 ZGB N 10.

61 Vgl. BK-GMÜR, Art. 156 ZGB N 11; sodann eindrücklich BGE 38 II 32 E. 4.

62 Die Zuteilung der Kinder erfolgt in einigen Staaten noch heute nach festen Altersgrenzen. Beispielsweise kommt im Iran gemäss Art. 1169 ZGB das Sorgerecht über Knaben bis zum zweiten und über Mädchen bis zum siebten Geburtstag der Mutter und danach dem Vater zu (vgl. ENAYAT, S. 86 und 130). In verschiedenen muslimischen Staaten gilt aber auch eine Prärogative der Mutter, wobei die elterliche Sorge bis zur Geschlechtsreife der Kinder dauert (vgl. beispielsweise Vereinigte Arabische Emirate, Art. 146 ZGB, SALAMA, S. 23 und 50; Kuwait, Art. 189 Personalstatutgesetz, SALAMA, S. 20 und 49).

Stellung der Elternteile, insbesondere der Mutter, bei ausserehelichen Kindern zu verbessern. Bis dahin waren die Vormundschaftsbehörden frei, das Kind allein aufgrund seiner Unehelichkeit unter Vormundschaft statt unter die elterliche Gewalt eines Elternteils zu stellen, wovon sie ausgiebig Gebrauch machten.⁶³ Die Neuordnung sah vor, dass der nicht verheirateten Mutter die elterliche Gewalt über das Kind zukam (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Mithin änderte sich im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht nichts; war bis dahin der Vormund oder der Elternteil, dem die elterliche Gewalt zugewiesen wurde, allein entscheidungszuständig gewesen, so war es nun die unverheiratete Mutter. Ähnlich verhielt es sich bei der auf 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Änderung des 5. Titels des ZGB (Wirkungen der Ehe),⁶⁴ deren Kernpunkt die formale Gleichberechtigung von Mann und Frau war. Dies führte zwar zu einer Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse bei den ehelichen Kindern, nicht aber dazu, dass durchwegs gemeinsam über deren Aufenthaltsort zu bestimmen gewesen wäre. Der diesbezügliche Paradigmenwechsel erfolgte erst mit der auf den 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Sorgerechtsnovelle.⁶⁵

Bis zum 30. Juni 2014 war es üblich, im Rahmen der Regelung des Getrenntlebens dem hauptbetreuenden Elternteil die alleinige Obhut über das Kind zuzuweisen; dies war in der Regel die Mutter. Weil das Obhutsrecht bis dahin auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffend das Kind umfasste, wurde der hauptbetreuende Elternteil mit dem Eheschutzentscheid in der Regel allein für die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes zuständig. Er konnte mit diesem insbesondere auch ins Ausland ziehen, ohne dass er dabei den anderen Elternteil hätte um Zustimmung bitten müssen.⁶⁶ Bei ausserehelichen Kindern stand die elterliche Sorge bis zum 30. Juni 2014 ohnehin mit all ihren Bestandteilen ausschliesslich und ungeteilt der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Das schweizerische Recht folgte mithin bis zum 30. Juni 2014 in den praktisch relevanten Fällen der «Familienhaupt-Konzeption».⁶⁷

Aber selbst die heutige gesetzliche Regelung folgt für den Fall, dass kein gemeinsames Sorgerecht besteht,⁶⁸ der «Familienhaupt-Konzeption». In Bezug auf einen Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes trifft nämlich den Sorge-

63 Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Kindesrechts vom 5. Juni 1974, BBl 1974 I 72 f.

64 Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984, AS 1986 I 122.

65 Bundesgesetz vom 23. Juni 2013, AS 2014 357.

66 Zum Ganzen Ziff. D.I.2 und dortige Hinweise.

67 Etwas anderes galt einzig für die im gemeinsamen Haushalt lebenden ehelichen Kinder; hier stellte sich aber die Frage nach deren Aufenthaltsort nur im seltenen Fall, dass nicht die ganze Familie gemeinsam umzog.

68 Insbesondere mangels Anerkennung des Kindes oder aufgrund einer Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts. Sodann ist die alleinige elterliche Sorge übergangsrechtlich immer noch weit verbreitet; sie hat namentlich überall dort Bestand, wo nicht gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB binnen Jahresfrist die gemeinsame elterliche Sorge verlangt wurde oder wo sie aufgrund von Art. 12 Abs. 5 SchlT ZGB übergangsrechtlich nicht verlangt werden konnte.

rechtsinhaber gegenüber dem anderen Elternteil lediglich eine Informationspflicht (Art. 301a Abs. 3 ZGB). Indes ist er allein entscheidungszuständig und hat der andere Elternteil keine Interventionsmöglichkeiten, auch wenn die Ausübung des persönlichen Verkehrs durch den Wegzug des Kindes stark beeinträchtigt wird.

c. Vorzüge

Bestechend an der «Familienhaupt-Konzeption» ist, dass *Relocation*-Entscheide rasch gefällt werden können und ein Gezerre um das Kind weitgehend entfällt. Es ist selten zu seinem Besten, wenn über die Umzugsfrage ein elterlicher Konflikt entbrennt und schliesslich der Richter angerufen werden muss; werden Rechtsmittel erhoben, können Jahre verstreichen, in denen das Kind die Ungewissheit aushalten muss, wo es in Zukunft leben wird. Wird es überdies direkt in den elterlichen Konflikt einbezogen, indem die Eltern schlecht übereinander reden und je vom Kind verlangen, dass es sich auf ihre Seite schlägt, kann dies einen Loyalitätskonflikt hervorrufen. Nicht zu vergessen ist, dass das Kind im Streitfall auch gerichtliche Anhörungen und allenfalls sogar eine Begutachtung über sich ergehen lassen muss.

d. Nachteile

Die Nachteile der «Familienhaupt-Konzeption» sind nicht weniger augenfällig. Die Interessen des anderen Elternteils und diejenigen des Kindes bleiben auf der Strecke, wenn nur eine Person etwas zu sagen hat. Dies zeigte sich exemplarisch im «Tschechien-Fall», welchen das Bundesgericht im Jahr 2010 beurteilt hat: Im Anschluss an die Trennung von ihrem Ehemann war die Mutter aufgrund des ihr zugeteilten Obhutsrechts nach der damaligen Rechtslage frei, ins Ausland zu ziehen, ohne dass es einer vorgängigen Besprechung der (immerhin noch verheirateten) Eltern über den zukünftigen Aufenthaltsort der gemeinsamen Kinder bedurft hätte.⁶⁹

Sollen nicht grössere Friktionen entstehen, bedingt die «Familienhaupt-Konzeption», dass der Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechtes auch über das Betreuungskonzept für das Kind entscheiden darf. Soweit ersichtlich, war dies beim schweizerischen Recht für die einzelnen Revisionsstapen der Fall, insbesondere auch für die Zeit unmittelbar vor der Sorgerechtsrevision: Bei der Regelung des Getrenntlebens war bis zum 30. Juni 2014 wie gesagt die Alleinzuteilung der elterlichen Obhut im Eheschutzentscheid üblich.⁷⁰ Ferner erfolgte bei der Scheidung in der Regel auch eine Zuteilung der elterlichen Sorge, wobei die Belassung des gemeinsamen Sorgerechtes mit jedem Jahr zunahm.⁷¹ Bei

⁶⁹ BGE 136 III 353 E. 3.3.

⁷⁰ Vgl. Ziff. C.I.1.b. und insbesondere Ziff. D.I.2.

⁷¹ Vgl. Statistik in BBI 2011 9083.

den ausserehelichen Kindern stand bis zum 30. Juni 2014 die elterliche Sorge mit all ihren Bestandteilen ohnehin ausschliesslich und ungeteilt der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Die gemeinsame elterliche Sorge für aussereheliche Kinder wurde ab dem 1. Januar 2000 zwar möglich (Art. 298a Abs. 1 ZGB);⁷² sie setzte aber einen gemeinsamen Antrag der Eltern und eine genehmigungsfähige Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten voraus. Mithin hing sowohl die gemeinsame elterliche Sorge als auch ein von der Alleinbetreuung abweichendes Modell vollständig von einer entsprechenden Konzession bzw. dem Goodwill der Mutter ab.

Erst die auf 1. Juli 2014 in Kraft getretene Revision des Sorgerechts brachte den Paradigmenwechsel, indem nunmehr zivilstandsunabhängig die gemeinsame elterliche Sorge den Grundsatz darstellt (Art. 296 Abs. 2 ZGB).⁷³ Bei ausserehelichen Kindern wird das gemeinsame elterliche Sorgerecht in der Regel bereits im Urteil angeordnet, mit welchem das Kindesverhältnis zum Vater festgestellt wird (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Andernfalls geben die Eltern zuhanden der Zivilstands- oder später der Kindesschutzbehörde eine gemeinsame Erklärung ab (Art. 298a Abs. 4 ZGB), wonach sie bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen, und sie sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag geeinigt haben (Art. 298a Abs. 2 ZGB). Der Mutter steht im Zusammenhang mit dieser Erklärung kein verbindliches Vetorecht mehr zu: Weigert sich ein Elternteil, die Erklärung abzugeben, verfügt die Kindesschutzbehörde die gemeinsame elterliche Sorge autoritativ, soweit nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder diese dem Vater zu übertragen ist (Art. 298b Abs. 2 ZGB). Ein Abweichen vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch bei ausserehelichen Kindern die eng begrenzte Ausnahme zu bleiben.⁷⁴

Indem die Sorgerechtsnovelle vom Grundsatz des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts ausgeht und diesen für alle Konstellationen konsequent umsetzt, soweit nicht das Kindeswohl gebieterisch die elterliche Alleinsorge verlangt, musste sich der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes von der «Familienhaupt-Konzeption» verabschieden. Während der Entwurf die «Kindeswohl-Konzeption» vor Augen hatte,⁷⁵

72 Bundesgesetz vom 26. Juni 1998; AS 1999 1118; BBl 1996 I 1.

73 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 S. 9078 und 9092; zum Inhalt des Sorgerechts vgl. Ziff. D.II.1.c. und D.IV.3.c.

74 BGE 141 III 472 setzt in E. 4.3 die verschiedenen Konstellationen der Alleinzuteilung bzw. Alleinbelassung der elterlichen Sorge (Art. 298 Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB) von den Voraussetzungen her einander gleich und hält in E. 4.7 fest, dass die Alleinsorge die eng begrenzte Ausnahme bleiben muss; weitere Nachweise in Fn. 179.

75 Dazu Ziff. D.I.3.

schwenkte das Parlament schliesslich auf die «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» um.⁷⁶

2. *Kindeswohl-Konzeption*

a. *Definition*

Bei der «Kindeswohl-Konzeption» steht nicht im Vordergrund, wem die Entscheidungsbefugnis zukommt, sondern wie diese auszuüben ist. Dabei muss sich der Entscheid über die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes immer an dessen Wohl ausrichten. Auf die Interessen anderer Personen, insbesondere der Elternteile, kommt es nicht an oder jedenfalls dürfen diese nur eine untergeordnete Rolle spielen. Bei diesem Modell steht der Pflichtcharakter der elterlichen Sorge im Vordergrund.

b. *Umsetzung*

In der Schweiz geniesst der Grundsatz des Kindeswohls Verfassungsrang (Art. 11 BV) und bildet für sämtliche materiellen Entscheidungen im Zusammenhang mit Kinderbelangen die oberste Richtschnur.⁷⁷ Daraus allein lässt sich jedoch noch keine *Relocation*-Konzeption ableiten. Wie zu zeigen sein wird,⁷⁸ hat der Gesetzgeber mit der verabschiedeten Fassung von Art. 301a ZGB denn auch ein anderes Modell verwirklicht. Immerhin orientierte sich der Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011 relativ stark an der «Kindeswohl-Konzeption». Eine Stossrichtung war nämlich, die Eltern durch Betonung des Pflichtcharakters des Sorgerechtes⁷⁹ auch im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht eng in die Pflicht zu nehmen, indem nicht bloss die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes, sondern ebenso der Umzug der Elternteile – selbst der Umzug des nicht betreuenden Elternteils – gegenseitig genehmigungspflichtig sein sollte.⁸⁰ Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁸¹

c. *Vorzüge*

Die «Kindeswohl-Konzeption» entspricht der allgemeinen Entwicklung, das Kind und seine Bedürfnisse ins Zentrum zu stellen. Exemplarisch dafür steht, dass mit der auf 1. Januar 1978 erfolgten Kindesrechtsrevision⁸² erstmals der Begriff des Kindeswohls im Gesetz erschien,⁸³ indem der noch heute geltende

76 Dazu Ziff. D.I.4. und D.II.1.a.

77 BGE 129 III 250 E. 3.4.2; 141 III 312 E. 4.2.4; 141 III 328 E. 5.4; 142 III 481 E. 2.6.

78 Dazu Ziff. D.I.4.

79 Vgl. BBl 2011 9087, ferner 9092 und 9102.

80 Vgl. BBl 2011 9107 f.

81 Vgl. Ziff. C.I.2.d. und Ziff. D.I.3.

82 Bundesgesetz vom 25. Juni 1976, AS 1977 237.

83 Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1974, BBl 1974 I 76.

Art. 301 Abs. 1 ZGB festhält, dass die Eltern im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung leiten und unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen treffen. Sodann wurde im Rahmen der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision⁸⁴ der Begriff der «elterlichen Gewalt» durch denjenigen der «elterlichen Sorge» abgelöst. Es sollten nicht mehr die als «Gewaltverhältnis» umschriebenen Rechte der Eltern,⁸⁵ sondern vielmehr die sich aus der Sorge gleichermassen ergebenden Pflichten im Vordergrund stehen.⁸⁶ Während auf der Elternebene eine Verlagerung von der «Gewaltausübung» zur «Sorgeausübung» erfolgte, wurde im Gleichschritt auf der Ebene des Kindes die «Gewaltunterworfenheit» sukzessive durch die Betonung und Erweiterung seiner Rechte abgelöst: Waren die Kinder in der Gesetzesfassung bis 31. Dezember 1977 den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig (Art. 275 Abs. 1 ZGB)⁸⁷ und waren die Eltern bis dahin befugt, die zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel anzuwenden (Art. 278 ZGB), dient nunmehr die elterliche Sorge dem Wohl des Kindes (Art. 278 Abs. 1 ZGB), nehmen die Eltern bei wichtigen Entscheidungen soweit tunlich auf die Meinung des Kindes Rücksicht (Art. 301 Abs. 2 ZGB), wird dieses in Verfahren mit Kinderbelangen grundsätzlich angehört (Art. 298 ZPO; Art. 314a ZGB; Art. 9 Abs. 2 BG-KKE), ist ihm dabei gegebenenfalls auch ein Vertreter zu bestellen (Art. 299 ZPO; Art. 314a^{bis} ZGB; Art. 9 Abs. 3 BG-KKE), welcher zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt ist (Art. 300 ZPO; Art. 314a^{bis} Abs. 3 ZGB; Art. 9 Abs. 3 BG-KKE), wobei das urteilsfähige Kind sogar autoritativ und beschwerdebefugt eine Vertretung verlangen kann (Art. 299 Abs. 3 ZPO), und ist seine Meinung vom Richter bei der Entscheidungsfindung soweit tunlich zu berücksichtigen (Art. 133 Abs. 2 ZGB). Um dem Kindeswohl im gerichtlichen Verfahren auch wirklich zum Durchbruch zu verhelfen, ist für alle Kinderbelange die Untersuchungs- und Officialmaxime aufgestellt (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO),⁸⁸ denn das Kind ist regelmässig das schwächste Mitglied der Familie und sein Wohlergehen besonders schutzwürdig.

Freilich handelt es sich beim Begriff des «Kindeswohls» um ein typisches Blankett, welches mit konkreten Inhalten zu füllen ist. Dass diese von der gesellschaftlichen Anschauung,⁸⁹ aber auch von der individuellen Betrachtungs-

84 Bundesgesetz vom 26. Juni 1998, AS 1999 1118.

85 Schon die Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1974 zur Revision des Kindesrechts nahm an der Terminologie Anstoss, hielt aber den Begriff «Sorge» für zu unbestimmt, vgl. BBl 1974 I 69.

86 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. November 1995 zur Scheidungsrechtsrevision, BBl 1995 I 48 f.

87 Seither schulden sie den Eltern immerhin noch «Gehorsam» (Art. 301 Abs. 2 ZGB).

88 Vgl. BGE 128 III 411 E. 3.1 und 3.2; 142 III 153 E. 5.1.1; 142 III 502 E. 2.6.

89 Beispielsweise ist nach *sect. 5(f) Care of Children Act 2004* von Neuseeland für das Kindeswohl folgendes Kriterium zu beachten: *a child's identity (including, without limitation, his or her culture, language, and religious denomination and practice) should be preserved and*

weise der Eltern abhängen, ist evident. Oft lässt sich aber unabhängig vom gesellschaftlichen und persönlichen Empfinden nur schwer sagen, was zum besten Wohl des Kindes ist. Für die Frage der *Relocation* sei dies anhand einer typischen Ausgangssituation dargestellt: Der Vater ist Schweizer, die Mutter Australierin, welche vor der Ehe in Australien als Lehrerin gearbeitet hat. In der Schweiz pflegten die Eltern eine klassische Rollenteilung. Die Mutter betreute die beiden gemeinsamen Kinder und ging keiner Erwerbstätigkeit nach. Sie spricht auch nicht besonders gut Deutsch, schon gar nicht Dialekt. Im Anschluss an die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes steht sie ohne viele soziale Kontakte und ohne Aussicht auf eine adäquate Erwerbsarbeit da. Angesichts der ungenügenden Unterhaltsbeiträge muss sie mit den Kindern von der Sozialhilfe leben. In der Heimat würde sie als Lehrerin sofort eine Arbeitsstelle finden und könnte sich eine deutlich grössere Wohnung leisten. Ihre dort wohnhaften Eltern, welche eben erst pensioniert worden sind, würden noch so gerne die beiden Kinder hüten. Ist es bei dieser Ausgangslage im besseren Interesse der bislang zweisprachig aufgewachsenen Kinder (inzwischen 9- und 11-jährig), wenn sie mit ihrer Mutter in eine für diese klar bessere Umgebung ziehen, die auch den Kindern grösseren materiellen Wohlstand und im Übrigen ähnliche Ausbildungs- und spätere Arbeitsmöglichkeiten bietet? Was ist aber mit der engen und an sich gut funktionierenden Besuchsrechtsbeziehung zum Vater, welcher arbeitsmässig in der Schweiz gebunden ist und die Kinder nicht selbst betreuen, sie aber angesichts seiner limitierten finanziellen Leistungsfähigkeit auch nicht jedes Jahr ferienhalber in Australien besuchen kann? Wie ist hier abzuwägen? Das Bundesgericht braucht zwar oft die Formel, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann.⁹⁰ Diese Überlegung steht aber spezifisch im Zusammenhang mit der Besuchsrechtsausübung und hilft im Zusammenhang mit der *Relocation* nicht weiter, zumal es beim geplanten Wegzug der Mutter im genannten Beispiel nicht um Besuchsrechtsvereitelung geht, sondern um eine für sie angesichts der Trennung sinnvolle Neuorientierung und Zukunft. Es lässt sich objektiv kaum eruieren, ob es für die Kinder besser ist, wenn sie mit ihrer Mutter nach Australien auswandern, oder wenn sie mit ihrer in der Schweiz isolierten Mutter in prekären Verhältnissen leben und dafür regelmässig ihren Vater sehen.

Wie das Beispiel zeigt, kommt man auch bei der «Kindeswohl-Konzeption» letztlich nicht darum herum, gewisse Entscheidungskriterien aufzustellen, wie sie für die «Interessenausgleich-Konzeption»⁹¹ typisch sind. Der Unterschied zwi-

strengthened. Dies schliesst streng genommen den Wegzug eines Maori-Kindes aus, weil die Bewahrung von dessen Sprache und kultureller Identität ausserhalb von Neuseeland gefährdet erscheint.

90 BGE 130 III 585 E. 2.2.2; 131 III 209 E. 4; 142 III 481 E. 2.8.

91 Dazu Ziff. C.I.3.

schen den beiden Konzeptionen liegt primär darin, dass die Kriterien bei der Ersteren ausschliesslich am Kindeswohl orientiert sind und dieses näher definieren, während bei der Letzteren die Interessen aller beteiligten Personen gegeneinander abzuwägen sind. Freilich führt der Einbezug der spezifischen Interessen auch der Elternteile bei der «Interessenausgleich-Konzeption» zu einer Erweiterung der zu berücksichtigenden Kriterien.

Zwar hat das Besuchsrechtsmodell keineswegs ausgedient; auch heute werden die Kinder, sobald der gemeinsame Haushalt aufgelöst worden ist oder wenn von Anfang an gar nie ein gemeinsamer Haushalt bestanden hat, mehrheitlich von einem Elternteil betreut.⁹² Aufgrund des gesellschaftlichen Wandels und des leichteren Zugangs zu Teilzeitbeschäftigungen finden aber zunehmend auch andere Betreuungsmodelle Verbreitung. Bereits die seit 1. Juli 2014 in Kraft stehenden Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 134 Abs. 4, Art. 298 Abs. 2, Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 298d Abs. 2 ZGB sprechen von «Betreuungsanteilen» und mit der Unterhaltsnovelle hat am 1. Januar 2017 durch die neu geschaffenen Art. 298 Abs. 2^{ter} und Art. 298b Abs. 3^{ter} ZGB der Begriff der «alternierenden Obhut» Eingang ins Gesetz gefunden,⁹³ indem das Gericht bei gemeinsamer elterlicher Sorge im Sinn des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen hat, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt.⁹⁴

Die Modelle der geteilten bzw. alternierenden Obhut erfordern, jedenfalls beim vorherrschenden Pendelmodell,⁹⁵ dass die elterlichen Haushalte relativ nahe – bei Kindern, welche eine Krippe oder die Schule besuchen, sogar sehr nahe – beieinander gelegen sind. Die «Kindeswohl-Konzeption» steht klar im Zeichen solcher Betreuungsmodelle, jedenfalls wenn – wie beispielsweise der Entwurf des Bundesrates zur Sorgerechtsrevision dies vorsah – die Elternteile nicht frei sein sollen, ihren eigenen Aufenthaltsort autonom zu bestimmen. Darauf wird im Zusammenhang mit den Nachteilen der «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» noch zurückzukommen sein.⁹⁶ An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass die «Kindeswohl-Konzeption» die Förderung von Modellen mit geteilter Obhut begünstigt, und zwar in zweifacher Hinsicht: Zum einen kann ein solches Modell leichter aufrechterhalten werden, wenn dem wegzugswilligen Elternteil die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes untersagt wird mit der Begründung, die Fortführung der geteilten Obhut liege im Kindeswohl. Zum andern könnte aus der «Kindeswohl-Konzeption» sogar die Verpflichtung

92 CANTIENI, S. 174 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011 zur Sorgerechtsnovelle, BBl 2011 9090; Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Unterhaltsnovelle, BBl 2013 564, je mit Hinweisen auf verschiedene Studien.

93 Bundesgesetz vom 20. März 2015, AS 2015 4299, BBl 2013 564 f.; zur Begrifflichkeit vgl. Fn. 244.

94 Vgl. sodann Resolution Nr. 2079 des Europarates, dazu im Einzelnen Ziff. C.I.4.d.

95 Beim Pendelmodell wechselt das Kind zwischen den beiden Haushalten der Elternteile, während es beim sog. Nestmodell stets im gleichen Haushalt verbleibt, welcher auch ein Dritthaus halt sein kann (vgl. FASSBINDER, S. 696).

96 Dazu Ziff. C.I.4.d.

eines Elternteils abgeleitet werden, an den Ort des anderen Elternteils zu ziehen, damit eine alternierende Obhut (neu) installiert werden kann, soweit das Kindeswohl dies bedingt.

d. Nachteile

In ihrer reinen Form würde die «Kindeswohl-Konzeption» das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern quasi in sein Gegenteil verkehren: Es wären nicht mehr die Eltern, welche über das Recht verfügen, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, sondern gewissermassen die Bedürfnisse des Kindes, welche über den Aufenthaltsort der Eltern entscheiden. Wer aber bestimmt, was die objektiven Bedürfnisse des Kindes sind? Die konsequente Weiterentwicklung des Gedankens, dass bei der «Kindeswohl-Konzeption» in Reinform das Aufenthaltsbestimmungsrecht gar kein Recht mehr sein kann, wäre, das Kind selbst über die Aufenthaltsfrage verfügen zu lassen. Dies wäre aber nur bei urteilsfähigen Kindern denkbar und würde selbst bei diesen an praktische Grenzen stossen; man denke nur an den Fall, dass ein Kind bereits urteilsfähig ist, nicht aber seine Geschwister.

Eine derart puristische Durchführung des Modells wird indes niemand fordern. Auch bei der «Kindeswohl-Konzeption» bleiben selbstverständlich die Eltern zur Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes berufen; sie haben sich dabei aber nicht an ihren eigenen Interessen, sondern ausschliesslich am Kindeswohl auszurichten. Leben die Eltern getrennt und plant der hauptbetreuende Elternteil einen Umzug, gehen die Meinungen darüber, ob dieser für das Kind gut ist, oder ob es nicht besser am bisherigen Ort verbleiben sollte, typischerweise auseinander.

Entscheidet im Streitfall eine staatliche Stelle über die Aufenthaltsverlegung des Kindes, untergräbt dies den – jedenfalls nach traditioneller Ansicht hochzuhaltenden – Grundsatz der Familienautonomie, wonach sich der Staat eines Eingriffs in die Lebensplanung der Eltern enthalten soll. So können Familien, selbst bei getrennten Haushalten, mit dem Kind an sich beliebig herumziehen; es bestehen keinerlei Genehmigungs-, sondern lediglich Meldepflichten insofern, als die Eltern sich selbst sowie das Kind am alten Ort ab- und am neuen Ort anmelden müssen. Dies dient indes lediglich der Einwohnerkontrolle und begründet eine allgemeine Behördenzuständigkeit, führt aber nicht zu einer Überprüfung der Motive für den Umzug und ebenso wenig zu einer Prüfung, ob der Umzug im Kindeswohl liegt. Vielmehr geht der Staat in freiheitlichen Systemen davon aus, dass die Eltern ihre Erziehungsverantwortung wahrnehmen und letztlich am besten für das Wohl der Kinder sorgen können.⁹⁷ Erst wenn ein Umzug das Kindeswohl konkret gefährden würde, wäre die Kindes-

⁹⁷ In diesem Sinn: COESTER-WALTJEN, S. 312 f.; REUSSER/GEISER, S. 763; BGE 142 III 481 E. 2.5; zustimmend FamKomm-BÜCHER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 14.

schutzbehörde zur Intervention angehalten. Was die Schweiz anbelangt, könnte die Kindesschutzbehörde in Anwendung von Art. 307 Abs. 3 ZGB – auch unabhängig von elterlichen Anträgen bzw. vom Vorliegen eines elterlichen Dissenses – für das Kind ein Umzugsverbot aussprechen⁹⁸ oder im Extremfall gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern aufheben und das Kind fremdplatzieren. Ansonsten aber können Eltern aus beliebigen Gründen den gewöhnlichen Aufenthalt ihrer Kinder wechseln, ohne dass dies eine staatliche Intervention nach sich ziehen würde. Letztlich lässt sich nicht mit einer rechtlichen Argumentation erklären, wieso bei der «Kindeswohl-Konzeption» die Autonomie der Eltern nur deshalb aufgehoben sein soll, weil diese unterschiedliche Auffassungen über den Aufenthaltsort haben. Soll das Kindeswohl tatsächlich über der Elternautonomie stehen, müsste dies konsequenterweise immer gelten, auch bei elterlichem Konsens in Bezug auf eine nicht im Interesse des Kindes liegende oder von diesem nicht gewünschte Ortsveränderung.

Eine konsequente Umsetzung der «Kindeswohl-Konzeption» führt zu einer starken Beschneidung verschiedener Freiheitsrechte der Eltern. Im Vordergrund stehen die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV; Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Darauf wurde in der Literatur,⁹⁹ aber auch in Gerichtsentscheiden verschiedener Länder hingewiesen.¹⁰⁰ Zwar können Grundrechte eingeschränkt werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, ein öffentliches Interesse oder der Schutz von Grundrechten Dritter dies gebietet und nicht in den Kerngehalt des Grundrechtes eingegriffen wird (Art. 36 Abs. 1, 2 und 4 BV). An der vorrangigen Beachtung des Kindesinteresses besteht durchaus ein öffentliches sowie ein spezifisches Interesse des Kindes, und die Rechtsprechung mutet Eltern verschiedene Einschränkungen zu.¹⁰¹ So muss beispielsweise ein den Kindern gegenüber unterhaltspflichtiger Elternteil seine Arbeitskraft voll ausschöpfen, soweit ihm dies zumutbar ist,¹⁰² was eine Einschränkung der persönlichen Freiheit, der Gewerbefreiheit und allenfalls auch der Niederlassungsfreiheit bedeuten kann.¹⁰³

98 Siehe Fn. 145 und 360; vgl. ferner Fn. 286.

99 REUSSER/GEISER, S. 762 f.; BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 127; ähnlich COESTER-WALTJEN, S. 314.

100 Schweiz: BGE 142 III 481 E. 2.5; England und Wales: *Court of Appeal (Civil Division)*, Entscheid vom 13. Februar 2001 in Sachen *Payne vs. Payne*, Case Number 2000/3457, Citation Number 2001 EWCA Civ 166, Rz. 36 mit Verweis auf Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK; Deutschland: *Bundesgerichtshof*, Beschluss XII ZB 81/09 vom 28. April 2010, Rz. 7 und 21 mit Hinweis auf Art. 2 GG.

101 Vgl. auch die Ausführungen von Bundesrätin *Sommaruga* bei der Verteidigung des bundesrätlichen Entwurfes zum Sorgerecht im Nationalrat, AB 2012 N 1654; vgl. ferner die generellen Überlegungen bei CHK-BREITSCHMID, Art. 301a ZGB N 6.

102 BGE 137 III 118 E. 2.3 und 3.1.

103 Zur Frage der Zumutbarkeit der Rückkehr eines Vaters in die Schweiz zwecks Erzielung eines höheren Einkommens vgl. BGer 5A_513/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 4; ferner 5A_629/2007 vom 20. März 2008 E. 3.

Sodann handelt es sich beim Sorgerecht um ein sog. Pflichtrecht,¹⁰⁴ welches zum Wohl des Kindes auszuüben ist (Art. 296 Abs. 1 ZGB).¹⁰⁵ Allerdings darf bezweifelt werden, ob eine vom Gesetz generell angeordnete Zustimmungsbzw. Genehmigungspflicht für die Verlegung des Aufenthaltsortes der Elternteile vor dem Verhältnismässigkeitsgebot im Sinn von Art. 36 Abs. 3 BV standhielte. Im Übrigen würde mit einer Kindeswohl-Konzeption, bei welcher die Eltern gegenseitig dem Umzug des anderen Elternteiles zustimmen müssten, letztlich ein Element der «Familienhaupt-Konzeption» implementiert, indem dem anderen Teil jeweils in ultimativer Form das letzte Wort zukäme.

Schliesslich führt die «Kindeswohl-Konzeption» tendenziell zur Perpetuierung eines Vorzustandes, ohne Rücksicht darauf, dass sich die faktische Situation geändert hat: Umzugswünsche des hauptbetreuenden Elternteils sind oft die Folge der elterlichen Trennung; vielleicht muss sich der Obhutsinhaber beruflich neu orientieren, vielleicht möchte er Schutz finden in seinem Heimatland oder in der Nähe seines eigenen Familienkreises, vielleicht möchte er mit seinem neuen Partner zusammenziehen, der Unterstützung und Stabilität verspricht. Die «Kindeswohl-Konzeption» würde hier oft der künstlichen Aufrechterhaltung einer in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr gegebenen Vergangenheit statt einer zukunftsorientierten Lösung das Wort reden.¹⁰⁶

3. *Interessenausgleich-Konzeption*

a. *Definition*

Im Unterschied sowohl zur «Familienhaupt-Konzeption» als auch zur «Kindeswohl-Konzeption» werden bei der «Interessenausgleich-Konzeption» die Interessen aller Beteiligten – beider Elternteile, der Kinder, allenfalls weiterer wichtiger Bezugspersonen wie Grosseltern – berücksichtigt und gegeneinander abgewogen. In der Praxis werden hierfür Kriterienkataloge aufgestellt, wobei die Kriterien gleichgeordnet sind oder in einer bestimmten Gewichtung bzw. Reihenfolge stehen.

b. *Umsetzung*

Die «Interessenausgleich-Konzeption» darf als im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrschend betrachtet werden.¹⁰⁷ Das Abwägen der Interessen aller Beteiligten ist typisch für eine auf Richterrecht beruhende Rechtsfindung. Zwar gibt es im betreffenden Rechtskreis zur Frage der *Relocation* heute durchaus auch gesetzliche Regelungen. Diese übernehmen aber bis zu einem gewis-

104 BGE 136 III 353 E. 3.1; 142 III 1 E. 3.4; 142 III 197 E. 3.5.

105 Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011 zur Sorgerechtsnovelle, BBl 2011 9087.

106 Weiteres in Ziff. C.I.4.c.

107 Vgl. Ziff. B.I.1.-B.I.5.

sen Grad die richterrechtlich geprägte Denkart, indem ausserordentlich lange Kriterienkataloge aufgestellt werden,¹⁰⁸ während die Thematik der *Relocation* im kontinentaleuropäischen Rechtskreis, soweit gesetzlich geregelt, in wenigen abstrakten Rechtssätzen gebündelt wird.¹⁰⁹

c. Vorzüge

Bei der «Interessenausgleich-Konzeption» kann weder ein Elternteil über die Köpfe der anderen Betroffenen hinweg entscheiden, noch steht das Kindeswohl in einer derart absoluten Weise im Vordergrund, dass berechnete Interessen der Elternteile unbeachtet zu bleiben hätten. Die Berücksichtigung der Interessen aller involvierten Familienmitglieder, auch wenn zwangsläufig nicht sämtliche Anliegen gleichermassen umgesetzt werden können, dürfte tendenziell zu einer höheren Einzelfallgerechtigkeit führen. Insbesondere kann bei dieser Konzeption flexibler auf das konkret praktizierte oder für die Zukunft beabsichtigte Erziehungsmodell reagiert werden. Auch unkonventionelle Lösungen, wie sie sich namentlich bei weit entfernten Distanzen aufdrängen können, werden gefördert, wenn alle Beteiligten gleichermassen in den Entscheidungsprozess einzubeziehen und ihre Interessen nach Möglichkeit zu berücksichtigen sind.

d. Nachteile

Fallen die Kriterien-Kataloge für die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes zu lang und zu kompliziert aus,¹¹⁰ werden bei den Betroffenen Erwartungen geweckt, die sich in der praktischen Umsetzung nicht verwirklichen lassen. Letztlich muss im Streitfall eine autoritative *Relocation*-Entscheidung gefällt werden, bei der sich zwangsläufig nicht alle Beteiligten zufrieden stellen lassen. Sodann besteht die Gefahr, dass der zu treffenden richterlichen Entscheidung etwas von «Scheinmathematik» anhaftet, wenn aufgrund gesetzlicher oder präjudizienrechtlicher Vorgaben allzu viele Kriterien in Erwägung zu ziehen sind. Bei der Lektüre von Urteilen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis kann man sich oft des Eindrucks nicht erwehren, dass zuerst eine Vielzahl von Kriterien aufgelistet, aber das sich daraus ergebende Kräftepolygon dergestalt aufgelöst wird, dass am Ende des Entscheides ohne wirklich fall-spezifische Begründung festgehalten wird, im vorliegenden Fall scheine die Lösung X angemessen.

Sind – im Unterschied zur «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» – die Eckpunkte nicht klar, nämlich dass der andere Elternteil grundsätzlich umziehen darf und lediglich die Kinderbelange neu zu regeln sind, dürfte dies den Druck

108 Vgl. Ziff. B.I.2., B.I.3. und B.I.5.

109 Vgl. Ziff. B.I.6., B.I.8., B.I.9. und D.I.4.

110 Symptomatisch beispielsweise *sect. 60CC Family Law Act 1975* von Australien, vgl. Ziff. B.I.2.

für die Eltern, autonom eine Lösung zu finden, tendenziell mindern und entsprechend die Lust auf gerichtliche Austragung des Streites erhöhen, gerade wenn die aufgestellten Kriterienkataloge lang ausfallen und jeder Teil einen Punkt findet, der für seine Position spricht. Dies ist nicht im Interesse des Kindes, welches unter Umständen in diesen Streit eingebunden wird.

4. *Niederlassungsfreiheit-Konzeption*

a. *Definition*

Bei der «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» sind die Elternteile frei, ihren Wohnort zu wählen und zu verändern. Für die Frage, wo das Kind seinen Aufenthaltsort haben soll, ist von der Hypothese auszugehen, dass der Elternteil, bei welchem es sich ganz oder teilweise aufhält, wegzieht. Daran anknüpfend ist zu bestimmen, ob das Kind mit dem betreffenden Elternteil wegzieht oder ob eine andere Lösung vorzuziehen ist (Umteilung des Kindes an den anderen Elternteil, Platzierung des Kindes beispielsweise bei den am alten Aufenthaltsort wohnenden Grosseltern, u.Ä.m.). Dies bemisst sich anhand des Kindeswohls oder anderer Kriterien.

b. *Umsetzung*

Bei der Revision des schweizerischen Sorgerechts wurde die «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» von der vorberatenden Kommission des Ständerates in den Gesetzgebungsprozess eingebracht. Sie entspricht der verabschiedeten Fassung von Art. 301a ZGB.¹¹¹ Sodann gilt dieses Modell aufgrund der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* auch für Deutschland.¹¹² Schliesslich ergibt sich aus der gegenseitigen vorgängigen Informationspflicht über den Wegzug des Kindes gemäss *art. 372-2 al. 3 CCfr*, dass die Konzeption auch in Frankreich zum Tragen kommen dürfte.¹¹³

c. *Vorzüge*

Bei der «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» muss das angerufene Gericht die Motive des wegziehenden Elternteils nicht ergründen. In vielen Fällen sind diese denn auch kaum justiziabel¹¹⁴ und können diesbezügliche richterliche Abklärungspflichten zu Rechtsunsicherheit führen. Vor dem Hintergrund der Familienautonomie und der unerwünschten staatlichen Einflussnahme auf die persönliche Lebensplanung ist wenig einsichtig, wieso es allein aufgrund der

111 Dazu Ziff. D.I.4.

112 Beschluss XII ZB 81/09 vom 28. April 2010 betreffend einen Wegzug nach Mexiko und ferner Beschluss XII ZB 407/10 vom 16. März 2011; vgl. dazu Ziff. B.I.7.

113 Dazu Ziff. B.I.6.

114 BGE 142 III 481 E. 2.5.

Tatsache, dass gemeinsame Kinder vorhanden sind, zu einer «staatlichen Gesinnungsschnüffelei»¹¹⁵ betreffend die Umzugsmotive kommen sollte.

Die «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» beachtet die Elternautonomie und die Grundrechte der Elternteile, insbesondere die persönliche Freiheit und die Niederlassungsfreiheit.¹¹⁶ Die Konzeption erlaubt es dem wegziehenden Elternteil auch, mit Blick auf den Wegzug die nötigen Verpflichtungen am Zuzugsort einzugehen, wie beispielsweise das Abschliessen eines Arbeitsvertrages, der vielleicht sogar Anlass für den Wegzug bildete, oder das Eingehen eines Mietverhältnisses für eine neue Wohnung. Genau darauf ist der wegzugswillige Elternteil angewiesen, wenn er in einem gesicherten Umfeld ankommen soll. Würde nämlich der Wegzug des Elternteiles als solcher zur Diskussion stehen, könnte die Gegenseite diesen durch Prozessführung in die Länge ziehen, dadurch den anderen Elternteil am Eingehen von persönlichen Verpflichtungen am geplanten Zuzugsort faktisch hindern und dies wiederum im Prozess als Argument verwenden, dass der Wegzug nicht bewilligt werden dürfe, weil am neuen Ort mangels einer Arbeitsstelle und einer Unterkunft keine für das Kind gesicherte Situation bestünde.¹¹⁷ Dieser Zirkel lässt sich nur durchbrechen, wenn der wegzugswillige Elternteil wenigstens seinen eigenen Umzug autonom planen und vollziehen kann.

Indem die «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» den Eltern die autonome Wegzugsentscheidung zubilligt, wird die künstliche Aufrechterhaltung eines oft nicht mehr in der ursprünglichen Weise bestehenden Vorzustandes verhindert und vielmehr die neue Situation zum Ausgangspunkt einer entsprechenden Anpassung der Eltern-Kind-Belange genommen, mithin nach einer Lösung für die Zukunft gesucht.¹¹⁸ Das Bundesgericht hat darin eine Parallele zur Scheidung und zur Wiederverheiratung gesehen und befunden, die Scheidungsfreiheit werde nicht beschränkt, nur weil aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgegangen seien; dem Scheidungsbegehren eines Elternteils sei selbst dann stattzugeben, wenn der andere Teil scheidungsunwillig sei oder es der grösste Wunsch der Kinder wäre, dass die Eltern zusammen bleiben würden. Ebenso wenig sei ein Elternteil daran gehindert, durch das Eingehen einer (neuen) Ehe von seiner Ehefreiheit Gebrauch zu machen, selbst wenn der frühere Partner damit nicht einverstanden sei oder sich die Kinder aus der früheren Beziehung dagegen auflehnten und eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zur Debatte stehe. Auch hier werde von der sich aus dem Heiratswillen des einen Elternteils ergebenden Tatsache der (Neu-)Verheiratung ausgegangen und seien als Folge gegebenenfalls die Belange der aus der früheren Beziehung stammenden Kinder anzupassen, wiederum unter Beachtung des Kindeswohl als oberster Maxime.¹¹⁹

115 FASSBIND, S. 699.

116 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. D.I.3. und D.II.1.a.

117 Genau dies brachte der Vater vor in BGE 142 III 481 E. 2.2.

118 Vgl. FASSBIND, S. 697 f.

119 BGE 142 III 481 E. 2.5.

d. Nachteile

Der Wunsch nach Wegzug geht regelmässig nicht vom Kind aus, sondern vom Elternteil, welcher das Kind betreut. Bei der «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» kann weder das Kind noch der andere Elternteil Einfluss auf die Wegzugsentscheidung des betreuenden Elternteils nehmen; dieser trifft sie vielmehr autonom. Er kann sich dabei – und wird es oft auch – über den Kindeswohlgedanken hinwegsetzen. Jedenfalls aus der Perspektive des Kindes entspricht es einem Defizit, wenn sein Wohlergehen erst auf einer zweiten Stufe ins Spiel kommt, nämlich bei der Regelung der Folgen des elterlichen Wegzuges. Das urteilsfähige Kind kann sich im Rahmen der Kindesanhörung zwar zu diesem äussern (Art. 298 ZPO, Art. 314a^{bis} ZGB), aber eben nicht zur Wegzugsentscheidung des Elternteils. Im Übrigen sind die Anpassungen beim Eltern-Kind-Verhältnis, wie sie als Folge der autonom getroffenen elterlichen Wegzugsentscheidung vorzunehmen sind, oft von Sachzwängen kanalisiert. So kann dem allfälligen Wunsch des Kindes nach einem Verbleib am bisherigen Ort vielfach nicht nachgelebt werden, selbst wenn dies in seinem objektiven Interesse liegen würde, weil der andere Elternteil oder Drittpersonen (insb. Grosseltern) nicht in der Lage oder jedenfalls nicht willens sind, es im Haushalt aufzunehmen und vollzeitig zu betreuen.

Schliesslich wirkt sich die «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» nachteilig auf die Möglichkeit des Betreuungsmodelles der alternierenden bzw. geteilten Obhut aus.¹²⁰ Solche Betreuungsmodelle bedingen – jedenfalls beim Pendelmodell, welches die Regel bildet¹²¹ – eine örtliche Nähe der elterlichen Haushalte, insbesondere wenn die Kinder schulpflichtig sind oder von den Eltern alternierend zur Krippe gebracht werden.¹²² Seit der auf 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision des Unterhaltsrechts findet dieses Betreuungsmodell auch Erwähnung im ZGB, indem das Gericht bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen hat, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298 Abs. 2^{ter} und Art. 298b Abs. 3^{ter} ZGB). Zwar geht es dabei lediglich um eine gerichtliche Prüfungsobliegenheit und leben die Kinder bei getrennt wohnenden Eltern auch heute noch in der überwiegenden Zahl der Fälle ausschliesslich im Haushalt des einen Elternteils.¹²³ Formen geteilter Betreuung nehmen aber zu und auf europäischer Ebene soll die sog. Doppelresidenz sogar das in Zukunft anzustrebende Standardmodell werden. Am 2. Oktober 2015 hat die Versammlung des Europarates die Mitgliedstaaten mit der Resolution Nr. 2079 aufgefordert, die Doppelresidenz als bevorzugt an-

120 Zur gemeinsamen, geteilten und alternierenden Obhut vgl. Fn. 244.

121 Dazu FASSBIND, S. 696.

122 Vgl. BGE 142 III 502 E. 2.4.1.

123 Vgl. CANTIENI, S. 174 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011 zur Sorgerechtsnovelle, BBl 2011 9090; Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Unterhaltsnovelle, BBl 2013 564, je mit Hinweisen auf Studien.

zunehmendes Modell im Gesetz zu verankern.¹²⁴ Dabei ist Ziff. 5.5 der Resolution sehr verbindlich gefasst, indem die Mitgliedstaaten aufgefordert werden, in ihren Gesetzen den Grundsatz der Doppelresidenz (Wechselmodell) nach einer Trennung einzuführen und Ausnahmen auf Fälle von Kindesmisshandlung, Vernachlässigung oder häusliche Gewalt zu beschränken, dies mit jener Zeitaufteilung, in der das Kind mit jedem Elternteil lebt, die entsprechend den Bedürfnissen und Interessen des Kindes angepasst ist.¹²⁵ Eine solche Forderung lässt sich mit einer auf der «Niederlassungsfreiheit-Konzeption» beruhenden nationalen Gesetzgebung schlecht umsetzen.

II. Kindesrückführung

Auf die Rückgabe von Kindern in den Herkunftsstaat im Fall von internationalen Kindesentführungen wird am Schluss dieses Beitrages näher eingegangen.¹²⁶ Bereits an dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass auch den gängigen Kindesentführungsübereinkommen ein *Relocation*-Konzept zugrunde liegt,¹²⁷ jedoch ein negatives in dem Sinn, dass der Rückführungsrichter gerade nicht materiell über die Frage der *Relocation* entscheiden darf, sondern bei widerrechtlichem Verbringen des Kindes dieses grundsätzlich in den Herkunftsstaat zurückgeben muss.

Im Vordergrund steht das Haager Kindesentführungsübereinkommen.^{128, 129} Es ist ein Rechtshilfeabkommen, welches der Respektierung und Durchsetzung des im Herkunftsstaat geltenden Zivilrechts dient.¹³⁰ Das bedeutet wie gesagt, dass der Rückführungsrichter keine materielle Entscheidung über das Sorgerecht, aber auch keine materielle Entscheidung über die *Relocation* fällt; diese ist vielmehr dem zuständigen Gericht im Herkunftsstaat vorbehalten (Art. 16 und 19 HKÜ; vgl. auch Art. 7 HKsÜ). Das mit der Rückführung befasste Gericht prüft einzig, ob ein Kind widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat

124 Resolution No 2079 (2015): *Equality and shared parental responsibility – the role of fathers*. Die Resolution wurde vom Europarat mit 46:0 Stimmen verabschiedet.

125 *The Assembly calls on the member States to introduce into their laws the principle of shared residence following a separation, limiting any exceptions to cases of child abuse or neglect, or domestic violence, with the amount of time for which the child lives with each parent being adjusted according to the child's needs and interests.*

126 Siehe Ziff. E.

127 Vgl. im Einzelnen Ziff. E.III.

128 HKÜ (Fn. 13); dieses ist inzwischen von über 90 Staaten unterzeichnet worden.

129 Ferner ist hinzuweisen auf das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses vom 20. Mai 1980, ESÜ, SR 0.211.230.01, welches indes kaum praktische Bedeutung erlangt hat. Für die amerikanischen Staaten gibt es schliesslich als Parallelinstrument die 1989 *Inter-American Convention on International Return of Children*, der 14 Staaten beigetreten sind und die gemäss Art. 34 im Verhältnis zwischen diesen Staaten dem Haager Entführungsübereinkommen vorgeht.

130 Dazu Ziff. E.I.

verbracht worden ist oder dort widerrechtlich zurückgehalten wird (Art. 3 HKÜ). Dies ist der Fall, wenn dadurch eine Sorgerechtsposition verletzt wird, die einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in welchem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ) und dieses Recht auch tatsächlich ausgeübt wurde oder worden wäre (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ). Als geschützte Sorgerechtsposition gilt insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Art. 5 lit. a HKÜ).¹³¹

Obwohl im Rückführungsverfahren nicht materiell über den richtigen Aufenthaltsort des Kindes entschieden werden darf, kann die *Relocation*-Thematik dennoch über die Ausschlussgründe indirekt in das Verfahren getragen werden.¹³² Im Vordergrund steht – der in der Praxis fast immer angerufene – Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, wonach von einer Rückgabe des Kindes abgesehen werden kann, wenn sie mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre oder dieses anderweitig in eine unzumutbare Lage bringen würde.¹³³

D. Rechtslage in der Schweiz

I. Entstehungsgeschichte von Art. 301a ZGB

1. *Sorgerechtsnovelle*

Die gesetzliche Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes in Art. 301a ZGB erfolgte im Rahmen der auf den 1. Juli 2014 in Kraft getretenen ersten Etappe der Revision des Kindesrechts.¹³⁴ Hauptanliegen war die zivilstandsunabhängige Ausgestaltung des elterlichen Sorgerechts, bei welcher die gemeinsame elterliche Sorge im Vordergrund stehen und die Alleinzuteilung des Sorgerechts die eng begrenzte Ausnahme bleiben soll.¹³⁵

2. *Frühere Rechtslage*

Bis zum 30. Juni 2014 enthielt das ZGB keine spezifische Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes. Die Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes sowie die Art und Weise seiner Unterbringung zu bestimmen, wurde als Kerngehalt

¹³¹ Dazu im Einzelnen Ziff. E.II.2.

¹³² Ausführlich zu diesem Effekt unter Ziff. E.II.2.

¹³³ Vgl. dazu Ziff. E.III.2.

¹³⁴ Bundesgesetz vom 21. Juni 2013, BBl 2011 9077, AS 2014 357.

¹³⁵ Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9078 und 9092; zur Entstehungsgeschichte vgl. Ziff. C.I.1.d.; zum Inhalt des Sorgerechts vgl. Ziff. D.II.1.c.; zur Rechtsprechung vgl. Fn. 179.

des Obhutsrechts angesehen,¹³⁶ welches seinerseits als ein Bestandteil der elterlichen Sorge aufzufassen war. Weitere Inhalte der Obhut waren damals nach der Rechtsprechung die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes,¹³⁷ welche ein Teil der Lehre allerdings vom Obhutsrecht unterschied und als «faktische Obhut» (*garde de fait*) bezeichnete.¹³⁸

Waren die Eltern unverheiratet und stand das Sorgerecht mangels einer genehmigten Vereinbarung über die gemeinsame Sorge (Art. 298a ZGB in der Fassung vom 1. Januar 2000)¹³⁹ der Mutter allein zu, was bis zum 30. Juni 2014 überwiegend der Fall blieb, so war sie damit auch alleinige Inhaberin des Obhuts- und spezifisch des Aufenthaltsbestimmungsrechtes. Trennten sich verheiratete Eltern, wurde das Obhutsrecht in den meisten Fällen bereits im Rahmen des Eheschutzverfahrens dem hauptbetreuenden Elternteil zugewiesen,¹⁴⁰ wobei gewisse kantonale Unterschiede bestanden. Dieser erlangte damit das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht und konnte mit den Kindern insbesondere auch ins Ausland ziehen, ohne den anderen Elternteil um Zustimmung bitten zu müssen.¹⁴¹ Das Bundesgericht ging nämlich davon aus, dass auch die Einschulung am neuen Ort durch das Aufenthaltsbestimmungsrecht abgedeckt sei, weil sich die Tatsache eines Schulwechsels direkt und zwangsläufig aus der Verlegung des Wohnortes und der betreffenden örtlichen Schulpflicht ergebe und auch ein allfälliger Wechsel der Unterrichtssprache bei eingeschulerten Kindern eine unmittelbare Folge des auf der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes des obhutsberechtigten Elternteils beruhenden Aufenthaltswechsels des Kindes sei.¹⁴² Der alleinige Obhutsinhaber machte sich durch den Wegzug mit dem Kind weder strafbar¹⁴³ noch riskierte er ein Rückführungsverfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen.¹⁴⁴ Einzig bei einer Gefährdung des Kindeswohls war ein auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestütztes Ausreiseverbot – bzw. analog auch ein Umzugsverbot im Inland – denkbar.¹⁴⁵ Dabei ging es freilich nicht um den Schutz der Beziehung zwischen dem Kind und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil, sondern allein um die Abwendung der Gefährdung des Kindeswohls.¹⁴⁶

136 BGE 120 Ia 260 E. 2a; 128 III 9 E. 4a; 136 III 353 E. 3.2.

137 BGE 136 III 353 E. 3.2.

138 Beispielsweise STETTLER, S. 233; ZK-BRÄM, Art. 176 ZGB N 81B.

139 Bundesgesetz vom 26. Juni 1998, AS 1999 1118, BBl 1996 I 1.

140 BGE 136 III 353 E. 3.1.

141 Dazu ausführlich MAZENAUER, Elterliche Sorge, S. 270 f.

142 BGE 136 III 353 E. 3.2.

143 BGE 136 III 353 E. 3.4.

144 BGE 136 III 353 E. 3.5; zum HKÜ (Fn. 13).

145 BGE 136 III 353 E. 3.3; BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 148 und 149; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 28; CANTIENI/BIDERBOST, S. 793; MEIER/STETTLER, Rz. 875; MAZENAUER, Elterliche Sorge, S. 273 f.

146 Dies ergibt sich explizit aus BGE 136 III 353 E. 3.3. Allerdings kann ein allein zur Entfremdung des Kindes vom anderen Elternteil erfolgreicher Wegzug unter Umständen eine Kindesgefährdung indizieren.

3. Art. 301a des Entwurfes

Das Hauptanliegen der Sorgerechtsnovelle, die Parität der Elternrechte zu stärken,¹⁴⁷ sollte im Sinn einer «flankierenden Massnahme»¹⁴⁸ dadurch abgesichert werden, dass in Art. 301a ZGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht direkt als Komponente des elterlichen Sorgerechts konzipiert wurde. Der unverändert zum Gesetz gewordene Wortlaut von Abs. 1 lautete wie folgt: «Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.»

Die rechtliche Konsequenz dieses Grundsatzes wäre, dass jeder Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes elterlichen Konsens erfordern würde. Der Entwurf wollte aber den betreffenden Effekt in eine Richtung abschwächen und in eine andere Richtung verstärken, indem Abs. 2 das Folgende vorsah: «Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil seinen Aufenthaltsort oder jenen des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn: a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil hat.»

Die Abschwächung, welche schliesslich – in abgeänderter Form¹⁴⁹ – Gesetz wurde, lag darin, dass für den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes dann keine Zustimmung des anderen Elternteils eingeholt werden muss, wenn es um einen binnenstaatlichen Umzug geht, welcher ohne erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge des anderen Elternteils bleibt. Die Botschaft ging davon aus, dass dies beispielsweise der Fall sei, wenn die Eltern nicht in der gleichen Gemeinde lebten und sich wegen des Umzuges der Reiseweg nur geringfügig verlängere oder sogar verkürze.¹⁵⁰

Auf der anderen Seite sah der Entwurf in Abs. 2 im Sinn einer Verstärkung vor, dass nicht nur der Umzug des Kindes, sondern auch derjenige eines Elternteils zustimmungsbedürftig sei, und zwar selbst der Umzug des nicht obhutsberechtigten Teils. Die Botschaft hielt ausdrücklich fest, dass der Entwurf bewusst beide Elternteile anspreche und Absprachen in Bezug auf den Aufenthaltsort auch dann nötig seien, wenn der andere Elternteil wegziehe und dies erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge habe.¹⁵¹ Dass eine solche Regelung die Niederlassungsfreiheit und die persönliche Freiheit der Elternteile tangieren würde, wurde in der Botschaft andeutungsweise erwähnt, aber nicht weiter vertieft.¹⁵² Angesichts des an anderer Stelle betonten Pflicht-

147 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9078 und 9092.

148 So die ausdrückliche Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, vgl. BBl 2011 9078 und 9093.

149 Dazu Ziff. D.I.4.

150 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9107.

151 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9107.

152 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9093; siehe sodann zur parlamentarischen Debatte Ziff. D.I.4.

charakters der elterlichen Sorge¹⁵³ darf jedoch davon ausgegangen werden, dass die Botschaft die geplante gegenseitige Genehmigungspflicht stillschweigend aus diesem Aspekt ableiten wollte.

4. *Parlamentarische Beratung*

a. *Nationalrat*

Der nationalrätliche Mehrheitsantrag ging dahin,¹⁵⁴ dass das Zustimmungserfordernis für den Wegzug des Kindes nicht nur bei erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge, sondern neu auch bei erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr mit dem anderen Elternteil gelten sollte.

Die Minderheit versuchte den bundesrätlichen Entwurf mit dem Argument zu verteidigen, das verfassungsmässig garantierte Recht auf Niederlassungsfreiheit dürfe nicht ungebührlich eingeschränkt werden; mit gutem Willen sei es möglich, die gemeinsame elterliche Sorge auch bei grösseren geografischen Distanzen wahrzunehmen.¹⁵⁵

Die Mehrheit wollte jedoch im Zusammenhang mit dem Zustimmungserfordernis auch das Recht des andern Elternteils auf persönlichen Verkehr berücksichtigt wissen. Es dürfe nicht sein, dass dieser durch einen Wohnortswechsel des Kindes faktisch vereitelt werde, und es könnten sich bei grösseren Distanzen auch finanzielle Fragen stellen.¹⁵⁶

Bundesrätin *Sommaruga* versuchte zu beschwichtigen, indem sie betonte, Ziel des bundesrätlichen Entwurfes sei nicht, den Umzug der Elternteile zu verhindern, sondern sicherzustellen, dass die Interessen der Kinder berücksichtigt und bei Bedarf die Modalitäten der bestehenden Regelung einschliesslich der finanziellen Belange angepasst würden.¹⁵⁷ Im Übrigen hielt sie im Zusammenhang mit der Kritik, die Niederlassungsfreiheit der Elternteile werde beschnitten, fest, dass Grundrechte bekanntlich eingeschränkt werden könnten, sofern eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse bestünden bzw. der Schutz von Grundrechten Dritter, hier des Kindes, bezweckt werde und im Übrigen die Beschränkung verhältnismässig sei.¹⁵⁸

Der Mehrheitsantrag, wonach das Zustimmungserfordernis auch bei erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr gelten sollte, setzte sich schliesslich mit 129 gegen 54 Stimmen durch.¹⁵⁹

153 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9087, ferner 9092 und 9102.

154 AB 2012 N 1652 und 1656.

155 Votum *Markwalder*, AB 2012 N 1652.

156 Voten *Schwander*, AB 2012 N 1653, und *von Graffenried*, AB 2012 N 1655.

157 AB 2012 N 1654 f.

158 AB 2012 N 1654.

159 AB 2012 N 1656.

b. Ständerat

Im Ständerat erhielt der Art. 301a ZGB plötzlich eine ganz neue Stossrichtung. Aufgrund verbreiteter Kritik wurde mit Mehrheitsantrag eine Modifikation von Absatz 2 dahingehend verlangt, dass nur die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes, nicht aber der Umzug der Elternteile zustimmungsbedürftig sein sollte. Sodann sah der Mehrheitsantrag vor, Art. 301a ZGB durch die Absätze 3–5 zu ergänzen (Informationspflicht des alleinigen Sorgerechtsinhabers gegenüber dem anderen Elternteil bei geplanter Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes; Informationspflicht in Bezug auf den eigenen Wohnsitzwechsel; Prüfung einer Anpassung der Sorgerechts-, Obhuts-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung).

Im Zusammenhang mit dem Mehrheitsantrag wurde erneut betont, dass es nicht darum gehe, den anderen Elternteil am Umzug zu hindern, sondern dass die Eltern sich die Konsequenzen des Umzuges überlegten, gemeinsam nach einer Lösung für die allfällige Anpassung der Eltern-Kind-Belange suchten und sich dabei vom Kindeswohl leiten liessen.¹⁶⁰ Bundesrätin *Sommaruga* hielt fest, mit der vorgeschlagenen Fassung von Art. 301a Abs. 2 ZGB werde klar und deutlich festgehalten, dass die Zustimmung des anderen Elternteils sich nur auf den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes beziehe.¹⁶¹

Ein Minderheitsantrag wollte demgegenüber die Mediation in den Vordergrund stellen. Dies wurde von der Ratsmehrheit mit dem Argument abgelehnt, dass bereits in der Zivilprozessordnung entsprechende Instrumente vorgesehen seien.¹⁶²

Der Nationalrat stimmte am 3. Juni 2013 der ständerätlichen Fassung von Art. 301a ZGB zu.¹⁶³

c. Verabschiedete Gesetzesfassung

Die Schlussabstimmung in den Räten erfolgte am 21. Juni 2013.¹⁶⁴ Die verabschiedete Fassung von Art. 301a ZGB lautet wie folgt:

Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Abs. 1). Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn: a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat (Abs. 2). Übt ein Elternteil die elterliche Sorge allein aus

160 Votum *Seydoux-Christe*, AB 2013 S 13; Bundesrätin *Sommaruga*, AB 2013 S 14.

161 AB 2013 S 14.

162 Votum *Seydoux-Christe*, AB 2013 S 13; Bundesrätin *Sommaruga*, AB 2013 S 14.

163 AB 2013 N 645.

164 AB 2013 N 704; AB 2013 S 1208.

und will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so muss er den anderen Elternteil rechtzeitig darüber informieren (Abs. 3). Dieselbe Informationspflicht hat ein Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will (Abs. 4). Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde (Abs. 5).

II. Eckpunkte von Art. 301a ZGB

1. Zustimmungserfordernis

Auf die Einzelheiten der elterlichen Zustimmung bzw. der substituierenden behördlichen Genehmigung des Wegzuges wird an anderer Stelle einzugehen sein.¹⁶⁵ Vorliegend geht es einzig um die Nennung der mit Art. 301a Abs. 2 ZGB verwirklichten Grundsätze.

a. Aufenthaltswechsel des Kindes

Der erste Eckpfeiler der gesetzlichen Regelung besteht darin, dass sich das Zustimmungserfordernis des anderen Elternteiles auf die Verlegung des Aufenthaltsortes¹⁶⁶ des Kindes beschränkt. Das bedeutet zweierlei:

Im Prinzip kann sich jeder Elternteil, der über das Aufenthaltsbestimmungsrecht im Sinn von Art. 301a Abs. 1 ZGB verfügt, auf Art. 301a Abs. 2 ZGB berufen. Zwar dürfte der Gesetzgeber beim Elternteil, der mit dem Kind umziehen will, die Hauptbetreuungsperson vor Augen gehabt und mit dem «anderen Elternteil» in erster Linie denjenigen gemeint haben, der über ein Besuchsrecht verfügt; das zeigt sich namentlich im Bemühen des Nationalrates, die betreffende Rechtsausübung sicherzustellen.¹⁶⁷ Die Norm zielt aber auch auf den Elternteil mit dem grösseren Betreuungsanteil. Will dieser den Aufenthaltsort des Kindes ändern, hat dies in der Regel «erhebliche Auswirkungen» auf die Ausübung des Sorgerechtes des anderen Elternteils; bei der alternierenden Obhut

¹⁶⁵ Ziff. D.III.

¹⁶⁶ Unter dem «Aufenthaltsort» im Sinn von Art. 301a Abs. 2 ZGB ist der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen (FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 4; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 6; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 7; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 72 Fn. 132; REUSSER/GEISER, S. 760; leicht abweichend BUCHER, Rz. 125 Fn. 115; GEISER, S. 95). Beim Auslandwegzug geht es um den vertragsautonom nach den Haager Übereinkommen zu bestimmenden «gewöhnlichen Aufenthalt», für welchen wiederum auf den tatsächlichen Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes abgestellt wird (vgl. LEVANTE, S. 196 ff.; PIRRUNG, G 47; BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 42 f.; CHK-PRAGER, Art. 85 IPRG N 36; FamKomm-JAMETTI/WEBER, Anh. IPR N 153; JAMETTI GREINER, S. 287; BGer 5A_650/2009 vom 11. November 2009 E. 5.2; 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4; 5A_119/2011 vom 29. März 2011 E. 6.2.1).

¹⁶⁷ Dazu Ziff. D.I.4.a.

dürfte dies sogar durchwegs der Fall sein.¹⁶⁸ Weil Art. 301a Abs. 2 ZGB neutral formuliert ist, kann sich die Norm im Prinzip auch auf den Elternteil mit dem kleineren Betreuungsanteil beziehen.¹⁶⁹ Zu denken ist ferner an den Fall, dass das Kind nicht im Haushalt der Eltern wohnt und der eine Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes verlegen möchte.¹⁷⁰

Zum anderen impliziert die Beschränkung der Zustimmungsbefähigung auf die Änderung des Aufenthaltsortes des Kindes, dass der Umzug des Elternteils nicht zur Debatte steht. Es ist vom geplanten Wohnortswechsel des Elternteils auszugehen, ohne dass dessen Umzugsmotive entscheidend wären¹⁷¹ oder diskutiert werden könnte, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden. Vielmehr ist die entscheidende Fragestellung, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es seinen Aufenthaltsort mit dem wegzugswilligen Elternteil verlegt oder wenn es sich (neu oder nunmehr ausschliesslich) beim zurückbleibenden Elternteil aufhält.¹⁷²

b. Intensität der Wegzugsfolgen

Der zweite Eckpunkt geht dahin, dass der in Art. 301a Abs. 1 ZGB aufgestellte Grundsatz, wonach das Aufenthaltsbestimmungsrecht ein Teil des elterlichen Sorgerechts ist, in seiner Auswirkung durch Art. 301a Abs. 2 ZGB abgeschwächt wird,¹⁷³ indem die Rechtsausübung durch den anderen Elternteil daran geknüpft ist, dass die Veränderung des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf das betreffende Eltern-Kind-Verhältnis hat. Dies wird in Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB fingiert für den Fall des Wegzuges ins Ausland; beim Inlandumzug ist die Zustimmung erforderlich im Fall von erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung des Sorgerechts des anderen Elternteils oder des persönlichen Verkehrs mit diesem.¹⁷⁴

168 Je umfangreicher der Betreuungsanteil «des anderen Elternteils» ist, desto eher werden «erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge» gegeben sein, vgl. im Einzelnen Ziff. D.III.2.a.

169 BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 15, gehen davon aus, dass sich nur bei alternierender Obhut beide Elternteile auf Art. 301a Abs. 2 ZGB berufen können. In der Tat dürfte die im Haupttext genannte Konstellation eher von theoretischer Natur sein, weil sich der Lebensmittelpunkt des Kindes in der Regel beim Elternteil mit dem grösseren Betreuungsanteil befindet.

170 Der Anwendungsbereich von Art. 301a ZGB ist hier allerdings begrenzt, weil die auf Art. 310 ZGB gestützten Fremdplatzierungen nicht erfasst sind; bei diesen verfügt die Behörde den Ort der Unterbringung. Zur Debatte stehen könnte aber beispielsweise ein zwischen den Eltern strittiger Internatswechsel des Kindes; da es sich hier nicht um eine erstmalige Unterbringung handelt, ist in erster Linie Art. 301a Abs. 2 ZGB und nicht Art. 301 Abs. 1 ZGB angesprochen.

171 BGE 142 III 481 E. 2.5; 142 III 502 E. 2.7; FASSBIND, S. 699; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 85; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 14; vgl. auch COESTER-WALTJEN, S. 312 f.

172 BGE 142 III 481 E. 2.6; 142 III 502 E. 2.5.

173 Siehe Ziff. D.I.3.

174 Vgl. Ziff. D.I.3. und D.I.4.a. sowie im Einzelnen Ziff. D.III.

c. *Gemeinsames Sorgerecht*

Im Sinn eines dritten Eckpfeilers ist die Zustimmung des andern Elternteils zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes nur dann erforderlich, wenn diesem ebenfalls das Sorgerecht zukommt. Dies ergibt sich bereits aus Art. 301a Abs. 1 ZGB, wonach das Aufenthaltsbestimmungsrecht ein Teilgehalt des elterlichen Sorgerechts ist. Steht einem Elternteil die Alleinsorge zu, darf er autonom über den Aufenthaltsort des Kindes befinden; gegenüber dem anderen Elternteil trifft ihn lediglich eine Informationspflicht (Art. 301a Abs. 3 ZGB).¹⁷⁵

Die elterliche Sorge ist ein Pflichtrecht,¹⁷⁶ welches ein ganzes Bündel von Teilgehalten umfasst. Dazu gehören zunächst die Entscheidungsbefugnisse in zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes, insbesondere Grundfragen der Erziehung (Art. 302 Abs. 1 ZGB), die Bestimmung der Religionszugehörigkeit (Art. 303 ZGB), die Namensgebung (Art. 301 Abs. 4 ZGB) und Entscheide betreffend die schulische und berufliche Ausbildung (Art. 302 Abs. 2 ZGB), so- dann aber auch Entscheidungen betreffend medizinischen Eingriffen, gefährlichen Hobbys oder Hochleistungssport.¹⁷⁷ Traditionelle Teilgehalte der elterlichen Sorge sind weiter die Vertretung des Kindes (Art. 304 ZGB) und die Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 Abs. 1 ZGB). Neu hinzugekommen ist mit der Sorgerechtsnovelle das Aufenthaltsbestimmungsrecht, welches nunmehr direkt Ausfluss der elterlichen Sorge ist (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Angesichts der Tragweite, welche die Aufenthaltsbestimmung hat, ist diese legislatorische Änderung durchaus gerechtfertigt.

Hauptziel der auf den 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Sorgerechtsrevision war die zivilstandsunabhängige Verwirklichung des gemeinsamen Sorgerechts (Art. 296 Abs. 2 ZGB).¹⁷⁸ Die Alleinzuteilung an einen Elternteil – bzw. die Belassung einer bestehenden Alleinsorge – kommt nur in Frage, wenn sich dies zur Wahrung des Kindeswohls als nötig erweist (Art. 298 Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB). Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere der Fall, wenn ein heftiger elterlicher Dauerkonflikt oder eine anhaltende komplette Kommunikationsunfähigkeit vorliegt, welche sich auf verschiedene Lebensbereiche des Kindes erstreckt, wenn dieser Mangel für das Kind eine Belastung darstellt und wenn von einer Alleinzuteilung des Sorgerechts eine Verbesserung der Situation zu erwarten ist; insofern muss die Alleinsorge die eng begrenzte Ausnahme bleiben.¹⁷⁹

175 Dazu Ziff. D.II.2.

176 BGE 136 III 353 E. 3.1; 142 III 1 E. 3.4; 142 III 197 E. 3.5.

177 BGE 136 III 353 E. 3.2; 142 III 502 E. 2.4.1.

178 Vgl. Ziff. C.1.1.d. und D.I.1.

179 BGE 141 III 472 E. 4.6; 142 III 1 E. 3.3; 142 III 56 E. 3; 142 III 197 E. 3.5 und 3.7; vgl. ferner die Übersicht in BGer 5A_81/2016, 5A_89/2016 und 5A_186/2016, je vom 2. Mai 2016 und je E. 4; sodann BGer 5A_222/2016 vom 16. November 2016 E. 2; 5A_345/2016 vom 17. November 2016 E. 2; 5A_292/2016 vom 21. November 2016 E. 2; 5A_833/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2; 5A_609/2016 vom 13. Februar 2017 E. 2.2.

2. Informationspflichten

a. Elternteile ohne Sorgerecht

Soweit ein Elternteil nicht über das Sorgerecht verfügt, kommt ihm zwangsläufig auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teilgehalt nicht zu (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Entsprechend kann die Änderung des Aufenthaltsortes des Kindes selbst in qualifizierten Fällen – Wegzug ins Ausland oder erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung des persönlichen Verkehrs – nicht von seiner Zustimmung abhängen. Immerhin auferlegt Art. 301a Abs. 3 ZGB dem Sorgerechtsinhaber gegenüber dem anderen Elternteil eine Informationspflicht in Bezug auf den geplanten Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes. Diese Pflicht besteht unabhängig von der Distanz des Umzuges¹⁸⁰ und der Auswirkung auf die Ausübung des persönlichen Verkehrs, denn Art. 301a Abs. 3 ZGB enthält anders als Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB keine Einschränkungen. Die Missachtung der Informationspflicht zieht keine Sanktion nach sich.¹⁸¹

b. Umzug eines Elternteils

Sodann trifft die Eltern eine gegenseitige Informationspflicht in Bezug auf den eigenen Wohnsitzwechsel (Art. 301a Abs. 4 ZGB). Sie gilt unabhängig von der Frage, wem das Sorgerecht und die Obhut über das Kind zukommt. Weil der obhutsberechtigte Elternteil, welcher mit dem Kind wegziehen möchte, in den qualifizierten Fällen von Art. 301a Abs. 2 lit. a und b ZGB ohnehin die Zustimmung des anderen sorgeberechtigten Elternteils einholen muss, zielt die Informationsverpflichtung in erster Linie auf den nicht obhutsberechtigten Elternteil, insbesondere wenn sein Wegzug einen Einfluss auf die Wahrnehmung des Besuchsrechts hat. In diesem Fall sind die Eltern im Übrigen zu einer Anpassung des persönlichen Verkehrs aufgerufen, und zwar gestützt auf Art. 301a Abs. 5 ZGB. Diese Norm ist offen formuliert und bezieht sich nicht allein auf den Umzug des Kindes im Sinn von Art. 301a Abs. 2 ZGB,¹⁸² auch wenn dies den Hauptanwendungsfall für die Neuregelung des Eltern-Kind-Verhältnisses bildet.

3. Anpassung der Eltern-Kind-Belange

Gemeinsam mit der Frage des Wegzuges des Kindes ist die Anpassung der Kinderbelange an die neuen Verhältnisse zu prüfen (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Dazu

¹⁸⁰ GLOOR/SCHWEIGHAUSER, S. 17.

¹⁸¹ BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 157; MEIER/STETTLER, Rz. 876; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 20; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 34; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 21.

¹⁸² GLOOR/SCHWEIGHAUSER, S. 23; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 59; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 21; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 37.

gehören je nach der konkreten Konstellation das Sorgerecht, die Obhut und die Betreuungsanteile, der persönliche Verkehr sowie die Unterhaltspflicht.¹⁸³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf über die Wegzugsfrage in der Regel nicht separat entschieden werden, weil zwischen dieser und der künftigen Ausgestaltung der Kinderbelange eine enge Interdependenz besteht.¹⁸⁴ Diese wird mit dem Umstand begründet, dass weder der zur Abgabe einer Zustimmungserklärung aufgerufene andere Elternteil noch im Streitfall das Gericht oder die Kindesschutzbehörde quasi im luftleeren Raum über die Frage des Wegzuges entscheiden könnten, sondern es vielmehr einer konkreten Entscheidungsbasis bedürfe, welche eine grobe Vorstellung darüber voraussetze, in welche Umgebung das Kind zu leben komme und wie das zukünftige Betreuungs- und Besuchskonzept einerseits bei einem Mitgehen und andererseits bei einem Verbleib des Kindes aussehen würde.¹⁸⁵

III. Zustimmungsbedürftigkeit bzw. Genehmigungspflicht

1. *Wegzug des Kindes ins Ausland*

Soll der Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland verlegt werden,¹⁸⁶ bedarf dies ausnahmslos der gemeinsamen Entscheidung der sorgeberechtigten Eltern oder substituierend der Erlaubnis durch die Kindesschutzbehörde oder das Gericht (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Die «erheblichen Auswirkungen» auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder des persönlichen Verkehrs, wie sie in Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB für den Inlandumzug verlangt sind, werden beim Auslandwegzug gewissermassen fingiert. Die Botschaft führt diesbezüglich an, dass der Wegzug regelmässig zur Begründung einer ausländischen Jurisdiktion führe.¹⁸⁷ Dies ist im Grundsatz richtig, wobei gewisse Einschränkungen zu machen sind:

Beim Wegzug in einen Vertragsstaat des Haager Kindesschutzübereinkommens¹⁸⁸ – welches nicht nur für eigentliche Kindesschutzverfahren, sondern für alle Fragen rund um die Zuteilung des Kindes (elterliche Sorge, Obhut, Betreuung) und den persönlichen Verkehr zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a und b HKsÜ) – werden die Behörden am neuen Aufenthaltsort des Kindes zuständig, denn gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ besteht grundsätzlich keine

183 Hierzu im Einzelnen Ziff. D.IV.3.

184 BGE 142 III 481 E. 2.8; 142 III 502 E. 2.6.

185 BGE 142 III 502 E. 2.6.

186 Gemeint ist hier stets der gewöhnliche Aufenthalt. Dieser Begriff ist vertragsautonom nach den Haager Übereinkommen auszulegen (vgl. dazu Fn. 166 und dortige Zitate) und fällt in der Regel mit dem Lebensmittelpunkt zumindest eines Elternteils zusammen (vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1; BGR 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1).

187 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9108.

188 HKsÜ (Fn. 7).

perpetuatio fori.^{189, 190} Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Kind bei einem Wegzug mit dem hauptbetreuenden Elternteil im Zuzugsstaat in der Regel sofort neuen Aufenthalt begründet¹⁹¹ und die schweizerischen Gerichte in diesem Fall davon ausgehen, dass ein in der Schweiz hängiges Verfahren betreffend die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses mit dem tatsächlichen Wegzug des Kindes gegenstandslos wird.¹⁹²

Anders verhält es sich jedoch bei einem Wegzug in ein Land, welches nicht Vertragsstaat des Haager Kindesschutzübereinkommens ist: Zwar wird das Übereinkommen *erga omnes*, d.h. auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten angewandt.¹⁹³ Dies gilt aber nicht für Art. 5 Abs. 2 HKsÜ, d.h. bei einem Wegzug in einen Nichtvertragsstaat bleibt die vor dem Wegzug begründete schweizerische Zuständigkeit erhalten.^{194, 195} Freilich kann es bei der Anerkennung einer auf dem Grundsatz der *perpetuatio fori* beruhenden schweizerischen Entscheidung zu Problemen im Drittstaat kommen, wenn dieser gestützt auf eine nationale Norm, welche inhaltlich Art. 5 Abs. 2 HKsÜ entspricht, eine sofortige direkte Entscheidungszuständigkeit für sich beansprucht bzw. die indirekte Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts nicht anerkennt.¹⁹⁶

Nebst der von der Botschaft angeführten Begründung einer ausländischen Jurisdiktion sprechen noch weitere Aspekte für die ohne Ausnahme bestehende Zustimmungsbedürftigkeit bei Auslandwegzug: Namentlich können Unter-

189 Der gegenteilige Vorschlag verschiedener Länder-Delegationen wurde ausdrücklich verworfen (vgl. LAGARDE, Rz. 41 f.). Eine Ausnahme besteht bei hängigem Scheidungsverfahren, soweit davon auch die Kinderbelange erfasst sind (vgl. Art. 10 HKsÜ), was für den Zuzugsstaat eine Sperrwirkung in Bezug auf die Zuständigkeit entfaltet (Art. 13 Abs. 1 HKsÜ).

190 Das Haager Kindesschutzübereinkommen weicht damit ab vom Grundsatz der *perpetuatio fori*, wie er binnenstaatlich in der Schweiz (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO), aber aufgrund von Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa VO (Verordnung EG Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003) auch innerhalb der EU gilt.

191 Vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1; 142 III 1 E. 2.1; BGer 5A_650/2009 vom 11. November 2009 E. 5.2; 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4.1; 5A_346/2012 vom 12. Juni 2012 E. 4.1; 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.3; 5A_324/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 5.2; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1; 5A_274/2016 vom 26. August 2016 E. 2.2; 5A_619/2016 vom 23. März 2017 E. 2 (zur Publ. best.).

192 BGE 132 III 586 E. 2.2.4 und 2.3.1; BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3 und 4; 5A_131/2011 vom 31. März 2011 E. 3.3.1; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1; 5A_619/2016 vom 23. März 2017 E. 2 (zur Publ. best.); BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 46; CR-BUCHER, Art. 85 IPRG N 24.

193 BGE 140 V 136 E. 4.2.2; 142 III 1 E. 2.1; 142 III 56 E. 2.1.3; FamKomm-JAMETTI/WEBER, Anh. IPR N 149 und 165; BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 9 f.

194 BGE 142 III 1 E. 2.1; BGer 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.1; 5A_292/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1; 5A_274/2016 vom 26. August 2016 E. 2.2; vgl. auch LAGARDE, Rz. 42; BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 46; CR-BUCHER, Art. 85 IPRG N 25; CHK-PRAGER, Art. 85 IPRG N 43; FamKomm-JAMETTI/WEBER, Anh. IPR N 169.

195 Gleiches gilt für die analoge Regelung in Art. 5 HESÜ (Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen, Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, SR 0.211.232.1); vgl. BGer 5A_151/2017 vom 23. März 2017 E. 2.3 (zur Publ. bestimmt).

196 Vgl. LAGARDE, Rz. 42.

schiede bei den nationalen Sozialversicherungssystemen das Eltern-Kind-Verhältnis direkt berühren. Sodann können die je nach Zielstaat divergierenden Schul-, Berufsbildungs- und Gesundheitssysteme Änderungen im Leben des Kindes nach sich ziehen, welche direkt oder indirekt die Ausübung der elterlichen Sorge betreffen. Insgesamt scheint es gerechtfertigt, wenn für die transnationale Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes unabhängig von der Prüfung der konkreten Situation das Einverständnis beider sorgeberechtigten Elternteile erforderlich ist.

2. *Umzug des Kindes im Inland*

Die binnenstaatliche Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes ist im Grundsatz ohne Zustimmung des anderen Ehegatten möglich (vgl. Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB). Dies stellt vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Sorgerechtsnovelle das Aufenthaltsbestimmungsrecht zum Bestandteil der elterlichen Sorge gemacht (Art. 301a Abs. 1 ZGB) und gleichzeitig die gemeinsame elterliche Sorge zum Grundsatz erklärt hat (Art. 296 Abs. 2 ZGB), an sich eine Inkonsistenz dar. Hängt die Aufenthaltsverlegung des Kindes nicht durchwegs von einer gemeinsamen Entscheidung der Eltern ab, wird ein Versprechen gemacht, das in der Realität nicht eingelöst wird.¹⁹⁷ Im Ergebnis ist die mit Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB erfolgende Einschränkung des in Art. 301a Abs. 1 ZGB aufgestellten Grundsatzes jedoch sinnvoll: Nach wie vor überwiegt das Modell der alleinigen Obhut, sobald die Eltern nicht (mehr) in einem gemeinsamen Haushalt leben. Vor der Sorgerechtsrevision konnte der allein obhutsberechtigte Elternteil unter Vorbehalt des Kindeswohls mit dem Kind beliebig umziehen, ohne auf den anderen Elternteil Rücksicht nehmen zu müssen.¹⁹⁸ Dies wurde als unbillig empfunden. Eine konsequente Durchführung des Grundsatzes, wonach die Verlegung des Aufenthaltsortes von der Zustimmung des anderen Elternteils abhängt, würde aber dort über das Ziel hinausschiessen, wo der Umzug ohne Auswirkung auf das Verhältnis zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil bleibt. Die vom Gesetzgeber in Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB verwirklichte Lösung, welche beim binnenstaatlichen Umzug die Zustimmungsbedürftigkeit – im Kern handelt es sich um eine Ausübungsbefugnis des dem Grundsatz nach bestehenden Aufenthaltsbestimmungsrechts – von den Auswirkungen auf die elterliche Sorge bzw. auf den persönlichen Verkehr abhängig macht, stellt deshalb einen vernünftigen Kompromiss dar.

a. *Erhebliche Auswirkungen auf die elterliche Sorge*

Weil die elterliche Sorge ein ganzes Bündel von Teilaspekten umfasst, lässt sich die Frage, ob der Wegzug des Kindes «erhebliche Auswirkungen» im Sinn von

197 Vgl. BUCHER, *Elterliche Sorge*, Rz. 128; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 4.

198 Vgl. D.I.2 und dortige Hinweise.

Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB hat, nicht abstrakt beantworten. Die meisten der aus der elterlichen Sorge fliessenden Befugnisse erheischen angesichts der heutigen Kommunikationsmittel nicht zwingend eine physische Präsenz des andern Elternteils, sie lassen sich auch auf Distanz ausüben.¹⁹⁹ Dazu gehören nicht nur die Entscheidungen über die zentralen Fragen der Lebensplanung und -gestaltung des Kindes (z.B. Schulwahl oder medizinischer Eingriff), sondern auch die Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 Abs. 1 ZGB) und in der Regel die Vertretung des Kindes (Art. 304 ZGB).^{200, 201} Im Vordergrund steht deshalb vielmehr die persönliche Pflege und Erziehung des Kindes; angesprochen ist dabei die Wahrnehmung von Betreuungsanteilen im Rahmen einer geteilten Obhut. Dieser Themenkomplex ist bei einem Umzug des Kindes rasch betroffen, allenfalls sogar in seinem Kern. Je ortsgebundener die Betreuung (Krippe, Schule) ist und je rascher der Betreuungswechsel (z.B. täglich statt wochenweise alternierend) erfolgt, desto mehr kommt es darauf an, dass der Aufenthaltsort des Kindes und der Wohnort des andern Elternteils nicht weit entfernt sind. Die «erheblichen Auswirkungen» im Sinn von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB hängen mithin vom Betreuungsmodell ab, welches die Eltern für das Kind gewählt haben.²⁰² Die Zustimmung des anderen Elternteils ist umso eher erforderlich, je stärker dieser in die Betreuung des Kindes eingebunden ist.

b. Erhebliche Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr

Eine erhebliche Auswirkung auf den persönlichen Verkehr ist gegeben, wenn das übliche Besuchs- und Ferienrecht infolge des (geplanten) Umzuges des Kindes auch mit gutem Willen nicht mehr ohne Weiteres ausgeübt werden kann. Dies lässt sich nicht in absoluter Weise als Distanz bestimmen. Vielmehr kommt es auf die Mobilität der Eltern angesichts der konkreten Verhältnisse an. Dabei kann eine Vielzahl von Faktoren eine Rolle spielen, etwa die Verfügbarkeit eines Autos, die berufliche Flexibilität der Elternteile (Arbeitsmodell, spezielle Arbeitszeiten, etc.) und das Alter des Kindes, welches vielleicht bereits

199 BGE 142 III 502 E. 2.4.1; REUSSER/GEISER, S. 763; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, S. 21; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Rz. 13.38; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 9.

200 BGE 142 III 502 E. 2.4.1; im Einzelnen Ziff. D.II.1.c.

201 Immerhin ist dem Umzug in ein anderes Sprachgebiet besondere Beachtung zu schenken. Dieser kann erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge haben (BUCHER, Rz. 139; MEIER/STETTLER, Rz. 877; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 17; DUREL, S. 220), und zwar insbesondere bei kleineren Kindern distanzunabhängig, weil das in einer anderen Sprache eingeschulte Kind die ursprüngliche Muttersprache verlieren kann, namentlich wenn es sich nicht um die Hauptsprache des mit dem Kind wegziehenden Elternteils handelt (MÖCKLI, Relocation, S. 160), und weil der zurückbleibende Elternteil sich die zur Ausübung der elterlichen Sorge nötigen Informationen unter Umständen nicht oder nur schwer beschaffen kann, wenn er der Sprache des Zuzugsortes nicht mächtig ist (vgl. BGer 5A_47/2017 betreffend Wegzug relativ kleiner Kinder aus der Deutschschweiz nach Bellinzona, wobei die Mutter italienischsprachig und der Vater des Italienischen nicht mächtig war).

202 Vgl. BGE 142 III 502 E. 2.4.1; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, S. 21; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 80; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 9.

fähig ist, eine unbegleitete Reise mit dem öffentlichen Verkehr zu unternehmen; sodann können knappe finanzielle Verhältnisse eine weite Reise an jedem zweiten Wochenende in Frage stellen. Rechtsprechung zur Frage der «erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr» im Sinn von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB gibt es noch wenig; das Bundesgericht ist davon ausgegangen, dass sich eine Distanz von 100 km im Normalfall gut bewältigen lässt.²⁰³

c. Alternativität der erheblichen Auswirkungen

Art. 301a Abs. 2 lit. b E-ZGB der bundesrätlichen Vorlage sprach lediglich von «erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil».²⁰⁴ Gemäss dem nationalrätlichen Mehrheitsantrag wurde die Zustimmungspflichtigkeit um die «erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung des persönlichen Verkehrs» erweitert mit der Begründung, das Besuchsrecht des anderen Elternteils dürfe nicht durch den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes faktisch vereitelt werden.²⁰⁵ In der verabschiedeten Gesetzesfassung wurden die beiden Zustimmungsvoraussetzungen mit der Partikel «und» verknüpft, was grammatikalisch bedeutet, dass sie kumulativ gegeben sein müssten. Wie die parlamentarische Begründung der Erweiterung des Wortlautes zeigt, soll aber zusätzlich die Ausübung des Besuchsrechts sichergestellt werden. Deshalb muss es sich um zwei alternative Tatbestandsvarianten handeln.²⁰⁶ Dies hat auch das Bundesgericht so gesehen mit dem Argument, die Kumulation der Voraussetzungen würde zum sinnwidrigen Ergebnis führen, dass beim klassischen Besuchsrechtsmodell selbst der Wegzug an einen entlegenen Ort in der Schweiz nicht zustimmungsbedürftig wäre, weil sich der Inhalt des Sorgerechts beim bloss besuchsberechtigten Elternteil auf die Komponente der Entscheidungsbefugnis im Sinn eines Mitentscheidungsrechts bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes sowie allenfalls auf vertretungs- und vermögensrechtliche Fragen beschränke, welche auch auf Distanz wahrgenommen werden könnten.²⁰⁷ In teleologischer Reduktion der Norm ist deshalb die Partikel «und» in Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB als «oder» zu lesen.

203 BGE 142 III 502 E. 2.3.

204 Im Einzelnen Ziff. D.I.3.

205 Im Einzelnen Ziff. D.I.4.a.

206 In diesem Sinn: GLOOR/SCHWEIGHAUSER, S. 22; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 77; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 10; CHK-BREITSCHMID, Art. 301a ZGB N 2; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 17; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Rz. 13.36a bzw. Fn. 77.

207 BGE 142 III 502 E. 2.4.2.

IV. Anpassung der Kinderbelange an die neue Situation

1. *Interdependenz zwischen Wegzugsfrage und Neuregelung*

Wie vorstehend ausgeführt worden ist,²⁰⁸ sind die Grundsatzfrage des Wegzuges (Art. 301a Abs. 2 ZGB) und die Anpassung der Kinderbelange an die neuen Verhältnisse (Art. 301a Abs. 5 ZGB) aufgrund der wechselseitigen Beeinflussung eng miteinander verknüpft. Die Lebenssituation, in welcher sich das Kind einerseits am neuen Ort und andererseits bei einem Verbleib am bisherigen Ort bzw. beim anderen Elternteil befinden würde (konkrete Eltern-Kind-Beziehung, Vertrautheit der Umgebung, familiäre und sprachliche Situation, Beschulung und Ausbildungsmöglichkeiten, medizinische Bedürfnisse, Wünsche des Kindes, etc.), muss von den Umrisen her feststehen, damit abgewogen werden kann, welcher Aufenthaltsort für das Kind am besten ist. Dies bedingt, dass die Eltern sich über die eigene zukünftige Situation, insbesondere über die konkrete Betreuungsmöglichkeit, ein Bild machen und sich gegenseitig darüber informieren. Das Gesetz ist denn auch darauf angelegt, dass die Eltern nach Möglichkeit autonom eine dem Kindeswohl verpflichtete Lösung finden und nur im Ausnahmefall das Gericht oder die Kindesschutzbehörde anrufen.

2. *Wegzugskriterien*

Aufgrund der bewussten Wertung des Gesetzgebers, dass die Niederlassungsfreiheit der Eltern zu respektieren ist,²⁰⁹ können die Motive des wegzugswilligen Elternteils nicht direkt zur Diskussion stehen.²¹⁰ Dennoch spielen sie indirekt eine Rolle, nämlich bei der Frage, wo das Kind in Zukunft am besten aufgehoben ist. Lässt sich der Wegzug nicht vernünftig erklären, ja erscheint er aus der Perspektive des Kindeswohls als geradezu unvernünftig, oder beruht er auf fehlender Bindungstoleranz und dient er allein dazu, das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden, stellt sich die Frage nach einem Verbleib des Kindes am bisherigen Ort bzw. beim anderen Elternteil, in erster Linie bei geteilter Obhut, allenfalls aber auch aufgrund eines Obhutswechsels, wenn die Beziehung zum anderen Elternteil gut und dieser bereit und fähig ist, das Kind bei sich aufzunehmen.^{211, 212} Für die Entscheidung über die Wegzugsfrage ist eine ganze Reihe von Faktoren zu berücksichtigen, die je nach der konkreten Situation

208 Ziff. D.II.3.

209 Vgl. D.I.4.b. und D.II.1.a.

210 Hierzu im Einzelnen D.II.1.a.

211 BGE 142 III 481 E. 2.7.

212 Die Botschaft spricht als weitere Möglichkeit von einer Fremdplatzierung (vgl. BBl 2011 9108), was aber nur in Ausnahmefällen zur Debatte stehen kann; zu denken ist etwa an die Unterbringung bei nahen Verwandten wie den Grosseltern, insbesondere wenn diese bereits bislang stark in die Betreuung involviert waren (zur Kritik an der Fremdplatzierung vgl. BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 143).

eine mehr oder weniger wichtige Rolle spielen und die sich teilweise auch gegenseitig beeinflussen. Die wichtigsten werden nachfolgend dargestellt.

a. Betreuungsmodell

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist klar, dass das bisher gelebte und das zukünftig mögliche Betreuungskonzept für die Wegzugsentscheidung eine zentrale Rolle spielt. Dabei bildet die bisher gelebte Betreuung zwangsläufig den Ausgangspunkt für die Überlegung, wo der zukünftige Aufenthaltsort des Kindes sein soll, und sie kann insofern auch präjudizierend wirken, als sie die jeweilige Eltern-Kind-Beziehung konkret beeinflusst. So dürfte beim klassischen Besuchsrechtsmodell die Vertrautheit und Bindung zwischen dem hauptbetreuenden Elternteil und dem Kind besonders eng sein, jedenfalls wenn der besuchsberechtigte Elternteil im Leben des Kindes qualitativ nicht sehr präsent ist. Demgegenüber nimmt das Kind beim Modell der alternierenden Betreuung beide Elternteile als verfügbar wahr und hat es in der Regel zu beiden Teilen eine tragfähige Beziehung, welche aus seiner Sicht auch im Sinn einer Hauptbetreuung weitergeführt werden könnte. Meist dürfte bei dieser Ausgangslage das Kindeswohl für eine Beibehaltung des *status quo* sprechen; dies steht aber nicht zur Debatte, weil nach dem Konzept von Art. 301a Abs. 2 ZGB jeder Elternteil frei ist, seinen eigenen Aufenthaltsort zu verlegen, und deshalb das Kindeswohl erst auf einer zweiten Stufe zum Tragen kommt.

b. Kontinuität und Stabilität

Im Allgemeinen legt die Rechtsprechung grosses Gewicht auf den Faktor der Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse.²¹³ So präjudiziert die Kinderzuteilung im Rahmen des Eheschutzverfahrens meist die im Scheidungsurteil getroffene Regelung, indem auf den *status quo* hingewiesen wird, jedenfalls soweit sich dieser bewährt hat.²¹⁴

Anders als bei der Scheidung, die primär Rechtsfolgen zeitigt, geht es bei der Wegzugsfrage stets um eine sich verändernde tatsächliche Situation. Das Kriterium der Kontinuität und Stabilität kann deshalb nicht in gleicher Weise topisch sein,²¹⁵ jedenfalls wenn es um einen Wegzug auf grössere Distanz geht und damit vielleicht sogar ein Wechsel des Sprachraums verbunden ist, so dass die Veränderung des Aufenthaltsortes für das Kind eine einschneidende Zäsur bedeutet, selbst wenn es bei der hauptbetreuenden Person bleibt. Es kommt immer auf die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls an. Aus diesen kann sich

213 Statt vieler: BGer 5A_94/2010 vom 27. Mai 2010 E. 3.1; 5A_264/2012 vom 10. September 2012 E. 2.1.

214 Statt vieler: BGer 5A_823/2008 vom 27. März 2009 E. 3.4.2 und 3.4.3. Gleiches gilt im Übrigen für Abänderungsverfahren, vgl. statt vieler: BGer 5A_591/2008 vom 24. Oktober 2008 E. 5.4.

215 In der Begründung scheinbar anders, aber im Ergebnis gleich BGE 142 III 481 E. 2.7; 142 III 498 E. 4.4.

auch ergeben, dass gerade der Wegzug des Kindes am ehesten dem Kontinuitätsgedanken entspricht, indem es nach einem kurzen Aufenthalt an einem fremden Ort in ein langjährig gelebtes Umfeld (familiär, schulisch, sprachlich, u.a.m.) zurückkehren soll.

In allgemeiner Weise lässt sich einzig bei Säuglingen und Kleinkindern, welche naturgemäss personengebunden sind,²¹⁶ von Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse sprechen, wenn sie sich unabhängig von der sich ändernden Örtlichkeit bei der bisherigen Hauptbetreuungsperson aufhalten. Aber bereits beim Kleinkind trägt der Kontinuitätsgedanke nicht, soweit es von beiden Eltern alternierend betreut worden ist und zu beiden Teilen eine vertrauensvolle, tragfähige Bindung gewonnen hat. Weil hier im Zusammenhang mit einem Umzug die Kontinuität objektiv unmöglich wird, ist nach anderen Kriterien zu suchen.²¹⁷

c. Erziehungsfähigkeit, Bindungstoleranz und Betreuungsmöglichkeit

Wo der Kontinuitätsgedanke in den Hintergrund tritt, gewinnt die Erziehungsfähigkeit einschliesslich der Bindungstoleranz der Elternteile an Bedeutung.²¹⁸ Dies ist namentlich in zwei Konstellationen der Fall: Zum einen bei bisher praktizierter alternierender Obhut, welche sich zufolge Umzuges nicht mehr aufrechterhalten lässt. Hier ist für die Frage, bei wem das Kind zukünftig leben soll, die Ausgangsbasis gewissermassen neutral²¹⁹ und es rückt in den Vordergrund, welcher Elternteil den erzieherischen Bedürfnissen des Kindes besonders gerecht wird und grosszügigen Kontakt zum anderen Elternteil zulassen oder sogar fördern würde, wobei auch die konkrete Beziehung zwischen dem Kind und dem jeweiligen Elternteil zu berücksichtigen ist. Zum anderen stellt sich – gewissermassen als Gegenpol – die Frage nach der Erziehungsfähigkeit und Bindungstoleranz auch dort, wo der bisher hauptbetreuende Elternteil wegziehen will, um den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil zu zerstören und es dem Besuchselternteil nachhaltig zu entfremden. Hier ist gegebenenfalls die Frage nach einer Umteilung des Kindes zu prüfen.²²⁰

Die Zuteilung (bzw. im Extremfall die Umteilung) des Kindes steht naturgemäss unter der Prämisse, dass der betreffende Elternteil das Kind auch tatsächlich vollumfänglich bei sich aufnehmen kann und will.²²¹ Er muss dazu von den Betreuungsmöglichkeiten her (Arbeitszeiten, Wohnverhältnisse, etc.) in der Lage sein, wobei – jedenfalls ab einem gewissen Alter des Kindes – keine voll-

216 Dazu Ziff. D.IV.2.d.

217 BGE 142 III 498 E. 4.4 und 4.5.

218 BGE 142 III 612 E. 4.3; 142 III 617 E. 3.2.3; BGer 5A_59/2017 vom 24. März 2017 E. 4.3.

219 Vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7.

220 BGE 136 III 353 E. 3.3; 142 III 1 E. 3.4; 142 III 481 E. 2.7; Beschluss des *Bundesgerichtshofes* XII ZB 81/09 vom 28. April 2010 Rz. 24. Bereits in BGE 38 II 32 wurde diese Thematik ausführlich behandelt.

221 BGE 142 III 481 E. 2.7.

ständige Eigenbetreuung verlangt werden kann, sondern auch eine (Teil-)Betreuung durch Familienmitglieder (z.B. Grosseltern) oder Dritte (Lebenspartner, Nanny, Krippe) eine adäquate Lösung darstellt.²²² Massgeblich ist immer das Kindeswohl im konkreten Einzelfall.

d. Alter des Kindes

Die Personenbindung, welche einer der wichtigsten Faktoren für die Beantwortung der Frage bildet, bei wem das Kind zukünftig leben soll, hängt stark von dessen Alter ab.²²³ Der Säugling ist in erster Linie muttergebunden – das Bundesgericht anerkennt im Zusammenhang mit der Kindesentführung, dass eine Trennung des Säuglings von der Mutter diesen in eine schwere Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bringen kann, welche eine Rückgabe ausschliesst²²⁴ – und auch das Kleinkind bleibt vorerst personenorientiert,²²⁵ wobei hier die Bindung stark durch die tatsächliche Betreuung gesteuert wird. Mit zunehmendem Alter spielt die Umgebung für das Kind eine grössere Rolle²²⁶ und es löst sich sukzessive von den Eltern ab, vielleicht gerade auch von der bisherigen Hauptbetreuungsperson, indem sich der Teenager dem anderen Elternteil zuwendet und bei diesem einziehen will. Zu denken ist auch an die schulische Integration des Kindes an einem neuen Ort, welche mit zunehmendem Alter aufwändiger wird, namentlich wenn damit ein Wechsel zu einer für das Kind nicht geläufigen Sprache verbunden ist.²²⁷ Während ein kleines Kind eine neue Sprache schnell und akzentfrei aufnimmt, führt ein Sprachwechsel bei eingeschulten Kindern immer zu einer gewissen Zäsur, wobei die Adaption mit fortschreitendem Alter einen zunehmend grösseren Aufwand verursacht.²²⁸ Gegen Ende der Kindheit treten berufliche Ziele in den Vordergrund, deren Umsetzung

222 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Kindesunterhaltsrevision, wo die persönliche Betreuung des Kindes und die Betreuung durch Dritte bewusst nicht in ein hierarchisches Verhältnis gebracht werden (BBl 2013 555 und 573). Siehe sodann als Anwendungsbeispiel BGer 5A_59/2017 vom 24. März 2017 E. 4.3.

223 Vgl. statt vieler SALZGEBER/SCHREINER, S. 74 ff. m.w.H.

224 BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.6.

225 Vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7; in BGE 142 III 498 E. 4.5 wurde auch das siebenjährige Kind als noch tendenziell personenorientiert bezeichnet.

226 Vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7; 142 III 498 E. 4.5; 142 III 612 E. 4.3; 142 III 617 E. 3.2.3.

227 Siehe als Anwendungsbeispiel BGE 142 III 498 betreffend geplanten Wegzug nach Spanien, wobei das Kind dieser Sprache nicht mächtig war.

228 Sprachliche und anderweitige Integrationsschwierigkeiten bilden zwar nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, d.h. sie schliessen die Rückgabe eines grenzüberschreitend entführten Kindes nicht aus (vgl. BGE 130 III 530 E. 3; BGer 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.2; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; 5A_51/2015 vom 25. März 2015 E. 5.2; 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 6.1; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 5.3); sie sind aber typischerweise bei der materiellen Entscheidung über eine beabsichtigte *Relocation* des Kindes ein zentraler und wichtiger Diskussionspunkt (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7; 142 III 498 E. 4.5).

je nachdem mit dem Aufenthaltsort verknüpft ist, insbesondere wenn eine konkrete Lehrstelle in Aussicht steht oder angetreten ist. Hier dürfte der Aufenthaltswechsel an einen weit entfernten Ort und/oder in einen anderen Sprachraum kaum im Interesse des Kindes liegen.²²⁹

e. Äusserungen des Kindes

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Kind ab dem vollendeten sechsten Altersjahr angehört werden,²³⁰ soweit nicht konkrete Gründe dagegen sprechen.²³¹ Allerdings wird die Aussage eines sechsjährigen Kindes primär Rückschlüsse auf dessen unmittelbare Befindlichkeit, auf Ängste und die konkrete Beziehung zu den Elternteilen zulassen, hingegen nicht als gereifte Reflektion über die eigene Situation und als gefestigte persönliche Meinung über die Wegzugsfrage angesehen werden können.²³² Mit zunehmendem Alter sind die Äusserungen des Kindes aber sukzessive auch als Entscheidungskriterium im Sinn eines beachtlichen Kindeswillens und gegebenenfalls als Zuteilungswunsch im Zusammenhang mit der *Relocation* zu berücksichtigen.²³³ Dabei wird die eigentliche Urteilsfähigkeit im Sinn von Art. 16 ZGB nicht für alle Aspekte der *Relocation* ab dem gleichen Alter zu bejahen sein. So dürfte ein Kind schneller eine Vorstellung über die Auswirkung eines anderen Sprachraumes, einer Trennung von der alten Umgebung, aber auch einer vertrauten Situation am neuen Ort (dortige Familie, Ferienaufenthalte, etc.) haben als über abstrakte Fragen wie die Auswirkung eines Wegzuges auf seine spätere berufliche Situation oder auf die Befriedigung spezieller medizinischer Bedürfnisse.

In verfahrensmässiger Hinsicht hat im Zusammenhang mit dem Alter des Kindes und dessen Anhörung die Kindesschutzbehörde Art. 314a Abs. 1 ZGB bzw. das Gericht Art. 298 Abs. 1 ZPO zu beachten, wobei das urteilsfähige Kind das Unterbleiben der Anhörung selbständig mit Beschwerde anfechten kann (Art. 314a Abs. 3 ZGB bzw. Art. 298 Abs. 3 ZPO). Ferner ist unabhängig vom Alter des Kindes die Beigabe eines Kindesvertreters zu prüfen, weil sich

229 Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3; 142 III 481 E. 2.7; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 25 f.; BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 148.

230 BGE 131 III 553 E. 1.2.3.

231 BGE 131 III 553 E. 1.3.1 nennt beispielhaft die geistige Beeinträchtigung des Kindes, die elterlicherseits unbeeinflusste Ablehnung der Anhörung durch das Kind, den begründeten Verdacht auf Repressalien gegenüber dem Kind, dessen dauernden Aufenthalt im Ausland, die Beeinträchtigung der Gesundheit des Kindes durch die Anhörung sowie die besondere Dringlichkeit der Anordnungen.

232 Vgl. BGer 5A_482/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 3.1; 5A_620/2016 vom 17. Januar 2017 E. 4.

233 BGE 142 III 481 E. 2.7; allgemein betreffend die Berücksichtigung von Zuteilungswünschen vgl. BGE 122 III 401 E. 3 und 4; 142 III 612 E. 4.3; 142 III 617 E. 3.2.3; siehe ferner betreffend Berücksichtigung einer Verweigerungshaltung von Kindern im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht BGE 126 III 219 E. 2b; BGer 5A_716/2010 vom 23. Februar 2011 E. 5; 5A_925/2014 vom 28. August 2015 E. 5.

die Eltern zwangsläufig nicht über die Wegzugsfrage einig sind, wenn es zu einem Verfahren kommt (vgl. Art. 314a^{bis} Abs. 2 Ziff. 2 ZGB bzw. Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO).

f. Weitere Umstände

Oft bedingt der Einzelfall die Berücksichtigung weiterer Aspekte, insbesondere bei einem Wegzug in ein fernes Land. Es kann beispielsweise vorkommen, dass ein Kind auf spezielle medizinische Versorgung angewiesen ist, welche im Zielstaat nicht zugänglich ist oder jedenfalls nicht in der erforderlichen Qualität garantiert werden kann.²³⁴ Allenfalls ist auch die Sicherheit des Kindes oder seine Lebensgrundlage am Zielort konkret gefährdet, so dass das Kindeswohl einem Wegzug dorthin entgegensteht.

3. Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses

Bei Wegzug des besuchsberechtigten Elternteils ist in der Regel nur der persönliche Verkehr betroffen. Will hingegen der Elternteil, welcher das Kind bislang teil- oder hauptbetreut hat, umziehen, erstreckt sich der Regelungsbedarf potentiell auf vier Themen, nämlich die elterliche Sorge, die Obhut bzw. die Betreuungsanteile, den persönlichen Verkehr und die Unterhaltspflicht. Diese Belange sind je nach konkreter Situation in unterschiedlicher Weise angesprochen.

a. Neugestaltung in Bezug auf beide Elternteile

Soweit die Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes erlaubt wird, hat dies Einfluss auf seine Beziehung zu beiden Elternteilen. Entsprechend ist die Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses eine doppelte. Wie erwähnt sind aber je nach konkreter Konstellation nicht alle Kindesbelange gleichermassen betroffen. Beispielsweise kann bei einem auf grosse Distanz angelegten Wegzug des Kindes die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich belassen werden,²³⁵ während eine bisher geteilte Obhut zwangsläufig einem Elternteil allein übertragen werden muss²³⁶ und in der Regel auch der persönliche Verkehr anzupassen ist.²³⁷

b. Neugestaltung auch bei Verweigerung des Wegzuges

Die Eltern-Kind-Beziehung ist nicht nur bei Bewilligung, sondern unter Umständen auch bei Verweigerung des Wegzuges des Kindes neu zu gestalten, insbesondere wenn der wegzugswillige Elternteil seine eigene Ortsveränderung

²³⁴ BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 148; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 26; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 15; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Rz. 13.41.

²³⁵ Dazu Ziff. D.IV.3.c.

²³⁶ Dazu Ziff. D.IV.3.d.

²³⁷ Dazu Ziff. D.IV.3.e.

vollzieht, obwohl er das Kind zurücklassen muss. Dies führt zwangsläufig zu einer Umteilung der vorher vom wegziehenden Elternteil allein oder geteilt wahrgenommenen Obhut an den zurückbleibenden Elternteil.²³⁸ Die mit einem solchen Obhutswechsel verbundene Umplatzierung des Kindes zieht die Regelung des persönlichen Verkehrs zum wegziehenden Elternteil nach sich²³⁹ und löst bei gegebener Leistungsfähigkeit auch dessen Unterhaltspflicht aus.²⁴⁰

Zieht hingegen der bereits bisher nicht obhutsberechtigte Elternteil weg, liegt kein zustimmungsbedürftiger Fall von Art. 301a Abs. 2 ZGB vor, sondern ein bloss informationspflichtiger Umzug im Sinn von Art. 301a Abs. 4 ZGB. Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Umstand, dass auch ein solcher Wegzug allenfalls eine Neugestaltung der Beziehung zum Kind erfordert,²⁴¹ namentlich eine Anpassung des persönlichen Verkehrs bei einem zu grosser Entfernung vom Aufenthaltsort des Kindes führenden Wegzug.

c. *Elterliche Sorge*

Die meisten Teilgehalte der elterlichen Sorge können angesichts der heutigen Kommunikationsmittel auch auf Distanz ausgeübt werden.²⁴² Einzig wo dies aufgrund eines ausgeprägten und sich auf die Kinderbelange beziehenden elterlichen Konfliktes nicht möglich ist, stellt sich die Frage nach einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge.²⁴³ Die entsprechende Prüfung hängt dann aber nicht mit dem Wegzug zusammen, sondern ist durch den elterlichen Konflikt bedingt.

d. *Obhut*

Zieht das Kind beim klassischen Besuchsrechtsmodell mit dem alleinigen Obhutsinhaber weg, bedarf es keiner Anpassung der Obhut. Anders verhält es sich beim Modell der geteilten bzw. alternierenden Obhut,²⁴⁴ welche bereits ab rela-

238 Vgl. als Anwendungsbeispiel BGer 5A_59/2017 vom 24. März 2017 lit. B.

239 Dazu Ziff. D.IV.3.e.

240 Dazu Ziff. D.IV.3.f.

241 Vgl. BÜCHLER/MARANTA, Rz. 89.

242 Siehe Ziff. D.III.2.a.

243 Grundlegend zu den Voraussetzungen für eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge: BGE 141 III 472; spezifisch im Zusammenhang mit dem Wegzug des Kindes sodann BGE 142 III 1 E. 3.3; 142 III 56 E. 3; für weitere Nachweise siehe Fn. 179.

244 In der Lehre werden die Begriffe der gemeinsamen, geteilten und alternierenden Obhut uneinheitlich gebraucht (vgl. Übersicht bei GLOOR, S. 343 ff.; KILDE, S. 235 ff.). Vorliegend folgt die Terminologie der Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zum neuen Kindesunterhaltsrecht (BB1 2013 572). Danach nehmen die Eltern die Obhut gemeinsam wahr, wenn sie mit ihrem Kind in einem Haushalt zusammenleben; führen die Eltern getrennte Haushalte und betreuen sie das Kind zu ungefähr gleichen Teilen, ist von alternierender Obhut, bei asymmetrischen Betreuungsanteilen von geteilter Obhut zu sprechen (vgl. allerdings Bundesrätin *Sommargu*, AB 2014 S 1126). Bei der geteilten oder alternierenden Obhut sind die Betreuungsanteile der Eltern mit einem Betreuungsplan zu regeln. Lebt das Kind im Haushalt des allein obhutsberechtigten Elternteils und hält es sich beim anderen Elternteil im Rahmen des persönlichen Ver-

tiv geringen Distanzen in der Regel nicht aufrechterhalten werden kann, weder bei einem Wegzug des Kindes noch bei dessen Verbleib beim nicht wegziehenden Elternteil. Hier ist meist eine Alleinzuteilung der Obhut an denjenigen Elternteil nötig, bei welchem das Kind künftig lebt. Bei dieser Konstellation sind keine Betreuungsanteile zu regeln, sondern ist vielmehr der persönliche Verkehr zum andern Elternteil anzupassen. In praktischer Hinsicht steht eine Ausnahme im Vordergrund, bei welcher die Obhut auch auf grössere Distanz geteilt (belassen) werden kann und als Folge die Betreuungsanteile (neu) zu regeln sind.²⁴⁵ Wenn das Kind noch nicht schulpflichtig und eine – namentlich wochenweise, allenfalls sogar monataeweise – alternierende Betreuung für die Eltern machbar ist. Zu denken ist ferner an die umgekehrte Situation, dass ein Umzug die geteilte Obhut überhaupt erst ermöglicht, indem der andere Elternteil in die Nähe des Kindes zieht.

Bei der geteilten bzw. alternierenden Obhut ist festzulegen, wo sich der Wohnsitz des Kindes befindet (vgl. Art. 25 Abs. 1 ZGB). Dieser ist massgeblich für die daran knüpfenden zivilrechtlichen Folgen, aber auch für verschiedene öffentlich-rechtliche Belange (Steuern, Sozialhilfe, Beschulung, etc.).

e. Persönlicher Verkehr

Ab einer gewissen Distanz des Umzuges ist allenfalls eine Anpassung des persönlichen Verkehrs an die neuen Verhältnisse vorzunehmen, weil die Besuchsfrequenz nicht in gleichem Umfang aufrechterhalten werden kann. Angesichts des zeitlichen und finanziellen Aufwandes für die Ausübung des persönlichen Verkehrs sowie unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Kindes wird die Neuregelung bei grösseren Distanzen meist darauf hinauslaufen, dass häufige Wochenendbesuche durch eine kleinere Kadenz an längeren einzelnen Wochenendeinheiten und/oder durch längere Ferienaufenthalte (teil-)kompensiert werden.²⁴⁶ Bei älteren Kindern ist dies weniger problematisch, weil hier die Qualität des persönlichen Verkehrs im Vordergrund steht; hingegen wären bei Kleinkindern eigentlich häufige und kurze Besuchsintervalle ohne Übernachtungen besser.²⁴⁷ Gerade bei

kehr auf, welcher rechtlich an die fehlende Obhut knüpft (vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB), liegt das Besuchsrechtsmodell vor. Ab wann ein erweitertes Besuchsrecht in eine geteilte Obhut kippt, lässt sich nicht abstrakt definieren; es kann nicht einfach von 30% ausgegangen werden, weil Betreuung während der Freizeit nicht mit Betreuung während (potentieller) Arbeitszeit und persönliche Betreuung nicht mit Krippenbetreuung gleichgesetzt werden kann.

245 Die Betreuungsanteile werden zwar in Art. 301a Abs. 5 ZGB nicht ausdrücklich genannt, sie gehören aber selbstverständlich zu den je nach Konstellation neu zu regelnden Belangen und sind deshalb stillschweigend mitgemeint (BÜCHLER/MARANTA, Rz. 88; BUCHER, Rz. 166; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 23; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 21).

246 BGE 136 III 353 E. 3.3; 142 III 481 E. 2.8.

247 GLOOR/SIMONI, S. 251; FamKomm-BÜCHLER, Art. 273 ZGB N 28; FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 190 ff., insb. 197 ff. Es entspricht denn auch verbreiteter Praxis, Wochenendbesuche mit Übernachtungen sowie gemeinsame Ferien im Streitfall ungefähr ab dem Schuleintritt

grossen Distanzen wird oft keine ideale, sondern bloss eine unter den gegebenen Umständen optimierte Lösung möglich sein.

f. Unterhalt

Die Anpassung des Kindesunterhalts drängt sich namentlich in zwei Konstellationen auf: Zum einen ergibt sich eine neue Unterhaltssituation, wenn die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes nicht als in dessen bestem Interesse erscheint und deshalb eine Umteilung an den anderen Elternteil zu Gebote steht. Sodann kann sich bei einem Wegzug des Kindes ins Ausland mit dem schon bislang hauptbetreuenden Elternteil die finanzielle Situation in mannigfaltiger Hinsicht ändern.²⁴⁸ Das Niveau der Lebenshaltungskosten, aber auch die Höhe des erzielbaren Lohnes kann deutlich von den bisherigen schweizerischen Verhältnissen abweichen. Mitunter ist im Zielstaat aus sprachlichen oder anderen Gründen eine private Beschulung nötig. Sodann entstehen allenfalls hohe Kosten für die Ausübung des persönlichen Verkehrs. Mithin können sich so viele Faktoren ändern, dass auf den Zeitpunkt des Wegzuges nicht nur eine Anpassung, sondern eine komplette Neuberechnung des Kinderunterhaltes erforderlich ist. In praktischer Hinsicht ist zu empfehlen, dass das Gericht eine möglichst detaillierte Rechnung durchführt und den ab dem Zeitpunkt des Umzuges geltenden neuen Unterhaltsbetrag festlegt, so dass lückenlos ein Unterhaltstitel für den Kindesunterhalt besteht.

V. Entscheidungszuständigkeit

Im Grundsatz ist die Kindesschutzbehörde zur Regelung von Kinderbelangen zuständig. Davon sind aber mehrere gewichtige Ausnahmen zu machen: Von einem familienrechtlichen Gerichtsverfahren (Eheschutzverfahren, Scheidungsverfahren) werden automatisch auch die Kinderbelange erfasst; diese sind zwingend im Rahmen des Gerichtsverfahrens zu regeln (Art. 287 Abs. 3, Art. 298, Art. 301a Abs. 2 und 5 ZGB; Art. 295 ff. ZPO). Sodann ist für die strittige Abänderung gerichtlicher Anordnungen wiederum das Gericht zuständig (vgl. Art. 134 Abs. 1 und 4, Art. 179 Abs. 1 ZGB). Schliesslich verfügt die Kindesschutzbehörde in Bezug auf den Kindesunterhalt selbst bei unverheirateten Eltern nur über Genehmigungs- (Art. 287 Abs. 1 ZGB), im Streitfall jedoch nicht über Entscheidkompetenz (Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB);²⁴⁹ bei Unterhaltsstreitigkeiten ist ein gerichtliches Verfahren mithin unumgänglich

zu gewähren (CHK-BREITSCHMID, Art. 273 ZGB N 5; KUKO ZGB-MICHEL, Art. 273 N 12; FamKomm-BÜCHLER, Art. 273 ZGB N 23).

248 Siehe MEIER/STETTLER, Rz. 877.

249 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011 zum Sorgerecht, BBl 2011 9094 und 9101; ferner Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zum Unterhaltsrecht, BBl 2013 542 und 580.

(vgl. Art. 279, Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB). Das bedeutet, dass bei streitigem Wegzug auch der unverheiratete Elternteil das Gericht und nicht die Kindesschutzbehörde anzurufen hat, wenn sich die Prüfung einer Anpassung des Unterhalts aufdrängt;²⁵⁰ es wäre aufgrund der Interdependenz²⁵¹ zwischen der Wegzugsfrage (Art. 301a Abs. 2 ZGB) und der Anpassung des Eltern-Kind-Verhältnisses (Art. 301a Abs. 5 ZGB) nicht opportun und im Übrigen auch nicht verfahrensökonomisch, wenn die Kindesschutzbehörde über den Wegzug und die persönlichen Folgen, hingegen das Gericht über die finanziellen Auswirkungen entscheiden würde.

VI. Vorsorgliche Massnahmen

1. Problemkreise

Die konkreten Umstände können den Umzug dringlich machen.²⁵² Die Gerichtspraxis, welche allerdings noch nicht als reichhaltig bezeichnet werden kann, lässt denn auch erkennen, dass der im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ergangenen Umzugsentscheidung eine erhebliche Bedeutung zukommt. Die Krux in Bezug auf die Dringlichkeit besteht zunächst darin, dass sich diese meist aus Bedürfnissen des wegzugswilligen Elternteils und nicht unmittelbar aus dem Kindeswohl ergibt. Ein zentrales Problem ist sodann die präjudizierende Wirkung eines den Wegzug ermöglichenden Massnahmeentscheides in Bezug auf den Hauptsacheentscheid, welche sich verstärkt manifestiert bei einem Wegzug ins Ausland, indem hier mit der Begründung neuen gewöhnlichen Aufenthaltes in der Regel die schweizerische Jurisdiktion wegfällt und mithin gar keine Hauptsachenzuständigkeit mehr besteht.

2. Präjudizierende Wirkung

Kernproblem der vorsorglichen Massnahme ist die faktische Vorwegnahme des Hauptsacheentscheides, soweit die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes bewilligt wird. Zwar kann der Richter im ordentlichen Verfahren nach vertiefter Prüfung durchaus zum Ergebnis gelangen, dass das Kind im Haushalt des anderen Elternteils besser aufgehoben und deshalb die Obhut umzuteilen ist. Indes hat er hierfür auf die aktuellen Verhältnisse und damit auf den Zeitpunkt der Hauptsacheentscheidung abzustellen.²⁵³ Bis dahin haben sich die faktischen Verhältnisse meist im Sinn der vorsorglichen Anordnung entwickelt und verfestigt. Jedenfalls soweit die aktuelle Situation im Zeitpunkt der Hauptsacheentscheidung für das Kind befriedigend ist, gewinnen die Entscheidungskriterien

250 BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 41.

251 Dazu Ziff. D.II.3 und D.IV.1.

252 Vgl. zur Dringlichkeit BGer 5A_641/2015 vom 3. März 2016 E. 4.1.

253 BGE 142 III 502 E. 2.7; BGer 5A_106/2016 vom 7. Juni 2016 E. 3.2 und 3.4.

der Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse²⁵⁴ erfahrungsgemäss Oberhand. Wie die Praxis zeigt, ist eine andere als die in der vorsorglichen Massnahme erfolgte Zuteilung selten.

Die Gefahren, wie sie aus dem Gesagten abgeleitet werden könnten, sind freilich insofern zu relativieren, als die von den Parteien vorgetragenen Argumente und die Entscheidungsgrundlagen im Hauptprozess in aller Regel denjenigen des Massnahmeverfahrens entsprechen. Meist lautet der spätere Hauptsacheentscheid aus diesen Gründen und nicht aufgrund der präjudizierenden Wirkung gleich wie die vorsorgliche Massnahme. Ausnahmen ergeben sich in erster Linie, wenn ein im Rahmen des Hauptverfahrens in Auftrag gegebenes Gutachten völlig neue Aspekte liefert, welche eine Umteilung der Obhut als angezeigt erscheinen lassen. Jedenfalls kann das Argument der präjudizierenden Wirkung nicht bedeuten, dass im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nur eine auf Sicherung der bestehenden Verhältnisse gerichtete Anordnung verfügt, nicht aber die Erlaubnis zur Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes erteilt werden dürfte.

Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass sich die Dringlichkeit des Wegzuges selten unmittelbar aus der Perspektive des Kindes, sondern meist aus Sicht des wegzugswilligen Elternteils ergibt, welcher vielleicht am alten Ort bereits seinen Mietvertrag gekündigt hat oder am neuen Ort auf einen bestimmten Zeitpunkt eine Arbeitsstelle antreten sollte,²⁵⁵ so dass das Durchlaufen des ordentlichen Verfahrens einschliesslich des Instanzenzuges an den konkreten Bedürfnissen nach vernünftiger Lebensplanung vorbeigehen würde.²⁵⁶ Wenn der Gesetzgeber den Elternteilen in bewusster Wertung die autonome Wegzugsentscheidung zubilligt,²⁵⁷ sollte diese bei Umzugssituationen mit klar indizierter Nebenfolgenregelung innert nützlicher Frist umsetzbar sein. Im Übrigen ist zu bedenken, dass es auch im Interesse des Kindes liegt, wenn der betreuende Elternteil am neuen Ort rasch eine gesicherte Lebensbasis herstellen kann (Wohnung, Arbeit, Betreuung, Beschulung, etc.). Soweit im Rahmen des Hauptverfahrens die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes zu bewilligen sein wird, ist diesem wenig gedient, wenn seine engste Bezugsperson zunächst an den alten Ort gebunden bleibt. Es scheint nicht vorteilhaft, wenn die Ungewissheit über die eigene Zukunft und der Loyalitätskonflikt, in welchem sich das Kind bei der gegebenen Ausgangssituation häufig befindet, unnötig in die Länge gezogen werden. So besehen wird der Wegzug plötzlich durchaus auch unter dem Aspekt des Kindeswohls dringlich.

254 Dazu Ziff. D.IV.2.b.

255 Vgl. als konkrete Beispiele die berufliche Situation des hauptbetreuenden Elternteils in BGer 5A_641/2015 vom 3. März 2016; 5A_306/2016 vom 7. Juli 2016; 5A_619/2016 vom 23. März 2017 (zur Publ. best.).

256 Vgl. DUREL, S. 220 f.

257 Dazu Ziff. D.I.4.b., D.II.1.a. und D.IV.2.

3. *Hauptsachenprognose*

Das zentrale Wertungskriterium für die Massnahmeentscheidung ist die Hauptsachenprognose. Je klarer diese zugunsten der Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes ausfällt, desto unproblematischer ist es, die Erlaubnis bereits im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu erteilen. Die Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes ist in der Regel zu erlauben, wenn der bislang hauptbetreuende Elternteil mit diesem umziehen will,²⁵⁸ namentlich wenn der andere Elternteil das Kind nicht selbst aufnehmen kann oder will. Hingegen ist die Ausgangssituation bei geteilter Obhut meist komplexer. Hier wäre es oft im besten Interesse des Kindes, dass die Situation bleibt, wie sie ist.²⁵⁹ Indes gilt die Wegzugsfreiheit für die Elternteile weitgehend absolut,²⁶⁰ so dass es, jedenfalls wenn der Umzug auf eine bestimmte Distanz erfolgen soll, zwangsläufig zu einer Alleinzuteilung des Kindes an den wegziehenden oder an den zurückbleibenden Elternteil kommt.²⁶¹ Dies bedingt meist vertiefte Abklärungen, eventuell sogar ein Gutachten. Bleibt in solchen Fällen zunächst offen, wo der bessere Aufenthaltsort für das Kind ist, sollte die Erlaubnis zur Verlegung seines Aufenthaltsortes nicht vorsorglich erteilt werden.

4. *Zuständigkeitsverlust*

Bei der internationalen *Relocation* kommt ein weiteres Problem hinzu, welches gerade Anlass war, den Wegzug des Kindes ins Ausland unabhängig von der konkreten Sachlage zustimmungspflichtig zu machen (Art. 301a Abs. 1 lit. a ZGB).²⁶² Der Wegzug in einen Vertragsstaat des Haager Kindesschutzübereinkommens führt zum Verlust der schweizerischen Jurisdiktion, sobald das Kind am neuen Ort gewöhnlichen Aufenthalt begründet.²⁶³ Dies geschieht in der Regel unmittelbar, wenn das Kind mit dem betreuenden Elternteil wegzieht und die Brücken zum bisherigen Staat des Lebensmittelpunktes abgebrochen werden.²⁶⁴ Soweit hier der Wegzug gestützt auf eine Massnahmeentscheidung erfolgt, liegt kein widerrechtliches Verbringen im Sinn von Art. 7 HKsÜ vor, so dass die schweizerische Entscheidungszuständigkeit nicht erhalten bleibt, sondern gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ auf die Behörden am ausländischen Aufenthaltsort des Kindes übergeht.²⁶⁵ Weil der Kompetenzwechsel eine konventionsmässige Folge des tatsächlichen Aufenthaltswechsels des Kindes ist, kann er nach der

258 Vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7.

259 Dazu Ziff. D.IV.2.a.

260 Dazu Ziff. D.I.4.b., D.II.1.a. und D.IV.2.

261 Vgl. als Anwendungsfall BGer 5A_59/2017 vom 24. März 2017.

262 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9108; vgl. zum Ganzen Ziff. D.III.1.

263 Dazu ausführlich Ziff. D.III.1.

264 Für Nachweise siehe Fn. 191.

265 BGer 5A_306/2016 vom 7. Juli 2016 E. 3.2.2; 5A_619/2016 vom 23. März 2017 E. 2 und 3 (zur Publ. best.).

bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gleichzeitig ein determinierendes materielles Kriterium für die Wegzugsentscheidung sein.²⁶⁶ In der Tat sollte die Folge der Wegzugserlaubnis nicht zum (negativen) Entscheidkriterium für die Wegzugsfrage gemacht werden; dies wäre eine unerlaubte Rückkoppelung, weil Art. 5 HKsÜ keine materielle Aussage über das Kindeswohl macht, sondern einzig Zuständigkeiten regelt. Im Übrigen würde die *perpetuatio fori* zu einem Behördenkonflikt führen, wenn die Zuständigkeit am alten Ort aufrechterhalten bliebe und gleichzeitig der gewöhnliche Aufenthalt am neuen Ort gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ die Zuständigkeit der dortigen Behörden begründet. Genau dies will das Haager Kindesschutzübereinkommen aber vermeiden²⁶⁷ und in Art. 23 Abs. 2 lit. a HKsÜ ist auch vorgesehen, dass eine Entscheidung in einem anderen Vertragsstaat nicht anerkannt werden kann, wenn keine auf Art. 5 ff. HKsÜ gestützte Entscheidung zuständigkeit bestand.

Dies scheint vordergründig einen Widerspruch zur Ausgangsaussage zu begründen, wonach der Gesetzgeber gerade wegen des Verlustes der schweizerischen Jurisdiktion den Auslandwegzug mit Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB in generell-abstrakter Weise zustimmungspflichtig gemacht habe. Indes wurde das Zustimmungserfordernis vom Gesetzgeber nicht aufgestellt, damit ein Wegzug in jedem Fall verhindert werden kann, sondern damit die Eltern oder notfalls die Kindesschutzbehörde bzw. das Gericht eine Lösung suchen und die Folgen des Wegzuges regeln.²⁶⁸ Immerhin sollte aber der Wegzug des Kindes ins Ausland im Rahmen vorsorglicher Massnahmen mit der gebotenen Zurückhaltung bewilligt und im Zweifelsfall auf das ordentliche Verfahren verwiesen werden.

VII. Strafrechtlicher Schutz des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Art. 220 StGB stellt das «Entziehen von Unmündigen» unter Strafe; es handelt sich um ein Antragsdelikt.

Seit jeher wurde das Aufenthaltsbestimmungsrecht als das von Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut angesehen.²⁶⁹ Weil sich aus dem Zivilrecht ergibt, wer Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechtes ist,²⁷⁰ und die zivilrechtliche Lage mit der per 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Sorgerechtsnovelle umgestaltet wurde,²⁷¹ musste im Rahmen der betreffenden Revision der Wortlaut von Art. 220 StGB angepasst werden.²⁷²

266 BGer 5A_306/2016 vom 7. Juli 2016 E. 3.2.2; 5A_619/2016 vom 23. März 2017 E. 5.5 (zur Publ. best.).

267 LAGARDE, Rz. 41.

268 Vgl. Ziff. D.I.4.a.

269 BGE 80 IV 70; 97 IV 137; 110 IV 35 E. 1c; 125 IV 14 E. 2a; 141 IV 205 E. 5.3.1.

270 BGE 128 IV 154 E. 3.3; 141 IV 205 E. 5.3.1; BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 4.3.

271 Dazu Ziff. D.I.

272 AS 2014 357, 365.

Nach der früheren Rechtslage war das Aufenthaltsbestimmungsrecht ein Teil des Obhutsrechts, wobei es vom Bundesgericht sogar als dessen wichtigste Komponente bezeichnet wurde.²⁷³ Die bis zum 30. Juni 2014 gültige Fassung von Art. 220 StGB umschrieb den strafrechtlichen Tatbestand folgerichtig damit, dass der Täter «eine minderjährige Person dem Inhaber des Obhutsrechts entzieht». Bereits nach dieser Fassung der Strafnorm konnte sich der Mitinhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts strafbar machen, wenn er ohne Zustimmung des anderen den Aufenthaltsort des Kindes veränderte.²⁷⁴ Auch die Lehre zur seinerzeitigen Fassung von Art. 220 StGB ging davon aus, dass als Täter jedermann in Frage kam, dem das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nicht allein und uneingeschränkt zustand.²⁷⁵

Seit dem 1. Juli 2014 ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht ein selbständiger Teil der elterlichen Sorge (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Nun enthält aber das elterliche Sorgerecht noch ein ganzes Bündel von anderen Rechten,²⁷⁶ deren Verletzung keine strafrechtlichen Folgen oder jedenfalls nicht diejenigen von Art. 220 StGB nach sich ziehen soll. Bei Art. 220 StGB konnte deshalb nicht einfach der Ausdruck «Obhut» durch den Begriff «elterliche Sorge» ersetzt werden. Vielmehr wird jetzt in der gesetzlichen Umschreibung des Straftatbestandes direkt das eigentliche und seit jeher geschützte Rechtsgut – das Aufenthaltsbestimmungsrecht – genannt.

Bekanntlich soll das Sorgerecht nach der neuen Konzeption zivilstandsunabhängig beiden Elternteilen gemeinsam zukommen (Art. 296 Abs. 1, Art. 298 Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 ZGB).²⁷⁷ Das bedeutet, dass den Eltern heute mehrheitlich auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemeinsam zusteht.²⁷⁸ Bei konsequenter Umsetzung des Grundsatzes wäre das geschützte Rechtsgut immer verletzt, wenn ein Elternteil einseitig den Aufenthaltsort des Kindes verlegt. Indes ist zivilrechtlich nicht in allen *Relocation*-Konstellationen die gemeinsame Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes vorgesehen. Soweit ein Elternteil aus zivilrechtlicher Sicht allein handeln darf, kann der Straftatbestand nicht greifen, denn man wird nicht von einem «Entziehen» im Sinn von Art. 220 StGB sprechen können, wenn das Zivilrecht dem «Täter» erlaubt, einseitig den Aufenthaltsort des Kindes zu verändern.²⁷⁹ Die massgebliche Regelung findet sich in Art. 301a Abs. 2 ZGB. Danach ist stets die Zustimmung des anderen Elternteiles oder substituierend die Erlaubnis durch das Gericht oder

273 Vgl. im Einzelnen Ziff. D.I.2 und dortige Hinweise.

274 BGE 118 IV 61 E. 2a; 125 IV 14 E. 2a; 136 III 353 E. 3.4; 141 IV 205 E. 5.3.1.

275 BSK Strafrecht II-ECKERT, Art. 220 N 8; STRATENWERTH/WOHLER, Art. 220 StGB N 2; TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, Art. 220 StGB N 2.

276 Entscheidungsbefugnisse betreffend die Lebensplanung des Kindes, Vertretung des Kindes, Vermögensverwaltung, vgl. dazu BGE 136 III 353 E. 3.1 sowie Ziff. D.II.1.b.

277 Vgl. Ziff. C.I.1.d., D.I.1 und D.II.1.c.

278 Zu den Ausnahmen vgl. Fn. 68.

279 Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.4; BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 156.

die Kindesschutzbehörde verlangt, wenn der Aufenthaltsort des Kindes neu im Ausland liegen soll (lit. a).²⁸⁰ Bei der Verlegung des Aufenthaltsortes innerhalb der Schweiz ist eine Zustimmung bzw. die behördliche Erlaubnis hingegen nur dann erforderlich, wenn dieser erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder den persönlichen Verkehr hat (lit. b).²⁸¹ Daraus lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass der eine Elternteil – obwohl das Aufenthaltsbestimmungsrecht an sich beiden Teilen zusteht (Art. 301a Abs. 1 ZGB) – den Aufenthaltsort des Kindes einseitig verlegen darf, wenn die Verlegung innerhalb der Landesgrenzen erfolgt und sich daraus keine erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil ergeben. Solches Handeln ist nicht strafbar nach Art. 220 StGB.

Bei den «erheblichen Auswirkungen» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auslegungsbedürftig ist; massgeblich sind die Umstände des Einzelfalls (Betreuungskonzept, Distanz des Wegzuges, etc.).²⁸² Vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips (Art. 1 StGB) ist es nicht unproblematisch, wenn das für die Tatbestandsmässigkeit von Art. 220 StGB massgebliche Zivilrecht – anders als dies bislang der Fall war – die tatsächliche Entscheidzuständigkeit in Bezug auf den Aufenthaltsort des Kindes (Art. 301a Abs. 2 ZGB) in einer von der rechtlichen Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes (Art. 301a Abs. 1 ZGB) abweichenden Weise definiert.²⁸³ Für die Praxis bedeutet dies, dass der umzugswillige Elternteil gut daran tut, wenn er den anderen Elternteil in nicht restlos klaren Fällen vorher um Zustimmung bittet oder notfalls das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde anruft; andernfalls riskiert er, zumindest wegen eventualvorsätzlicher Tatbegehung bestraft zu werden. Es darf im Übrigen die Prognose gewagt werden, dass aufgrund der neuen Rechtslage (Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge und damit des geteilten Aufenthaltsbestimmungsrechtes) und der blankettmässigen Bestimmung, wonach bei Abwesenheit von erheblichen Auswirkungen der Aufenthaltsort des Kindes dennoch einseitig verlegt werden kann, mehr Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 220 StGB eingeleitet werden und sich die Elternteile noch ausgeprägter als bislang im Strafverfahren als Täter und Opfer gegenüberstehen.²⁸⁴

280 Begründet wird dies mit der sich ändernden Jurisdiktion; vgl. Ziff. D.I.3. und im Einzelnen Ziff. D.III.1.

281 Ausführlich dazu Ziff. D.III.2.

282 Vgl. im Einzelnen Ziff. D.III.2.a.

283 Eine Meinung geht davon aus, dass der Straftatbestand nur dann erfüllt ist, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes trotz Ablehnung des anderen Elternteils bzw. bei fehlender gerichtlicher oder behördlicher Genehmigung vorgenommen wird (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a ZGB N 19), während eine andere auch den Aufenthaltswechsel ohne konkrete Zustimmung des anderen Elternteils bzw. ohne gerichtliche oder behördliche Genehmigung als strafbar erachtet (BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 51).

284 Vgl. BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 4.3.

Generell nicht strafbewehrt ist die Vereitelung des Besuchsrechts. Während der Vorentwurf für die Revision des Sorgerechts dies noch vorsah, wurde im Entwurf darauf verzichtet mit der Begründung, Besuchsrechtsstreitigkeiten würden regelmässig mit hohem emotionalem Aufwand ausgetragen und zusätzliche Strafandrohungen dürften kaum zur Vermeidung von Konflikten beitragen.²⁸⁵

E. Kindesrückführung

I. Allgemeines

Bei Art. 301a ZGB als zentraler materieller Rechtsnorm für die *Relocation* von Kindern handelt es sich insofern um eine *lex imperfecta*, als für den Fall der Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes des anderen Elternteils keine zivilrechtlichen Folgen vorgesehen sind,²⁸⁶ sondern bloss eine strafrechtliche Sanktion nach Art. 220 StGB erfolgen kann.²⁸⁷ Auf nationaler Ebene hat es dabei sein Bewenden. Es gibt kein formalisiertes Verfahren, in welchem der andere Elternteil gegen denjenigen, welcher den Aufenthaltsort des Kindes unerlaubt verändert hat, ein Gesuch um «Rückführung» des Kindes an den alten Ort stellen könnte. Einzig eine Umplatzierung des Kindes zum anderen Elternteil ist denkbar, indem das Gericht oder die Kindesschutzbehörde die Obhut über das Kind vom wegziehenden bzw. weggezogenen Elternteil auf den anderen Elternteil überträgt.²⁸⁸ In diesem Fall ist aber die Zuführung des Kindes zum anderen Elternteil Ausfluss der Umteilung und das Kind kehrt auch nicht zwangsläufig an den früheren Aufenthaltsort zurück, sondern lebt fortan vielmehr am Ort des anderen Elternteils. Bei der Obhutsumteilung handelt sich mithin nicht um das, was man unter dem Begriff der Rückführung versteht, nämlich die Rückgabe des Kindes an den früheren Aufenthaltsort, idealerweise unter gleichzeitiger Rückkehr des Elternteils, soweit es in dessen Obhut steht.

Anders sieht es im internationalen Verhältnis aus zwischen Staaten, welche das Haager Entführungsübereinkommen²⁸⁹ unterzeichnet haben. Hier kann der zurückgebliebene Elternteil, soweit er unmittelbar vor dem Verbringen des Kindes über eine geschützte Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 HKÜ verfügte, eine Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat verlangen. In der Schweiz

285 Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9096; a.M. GEISER, S. 101.

286 REUSSER/GEISER, S. 764; BUCHER, Elterliche Sorge, Rz. 150; BÜCHLER/MARANTA, Rz. 91; MEIER/STETTLER, Rz. 878; MAZENAUER, Elterliche Sorge, S. 273; FASSBIND, S. 699; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 16, 18; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 49; FamKomm-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 301a ZGB N 20; unklar GEISER, vgl. S. 99 unten gegenüber S. 100 oben.

287 Dazu im Einzelnen Ziff. D.VII.

288 Siehe hierzu Ziff. D.IV.2. und D.IV.2.c.

289 HKÜ (Fn. 13).

ist das Übereinkommen, obwohl an sich *self-executing*,²⁹⁰ mit dem BG-KKE als nationalem Einführungsgesetz ins Rechtssystem implementiert worden.²⁹¹

Beim Haager Entführungsübereinkommen handelt es sich um ein Rechtshilfeabkommen,²⁹² welches der Respektierung und Durchsetzung des im Herkunftsstaat geltenden Zivilrechts dient.²⁹³ Es verpflichtet die Vertragsstaaten zur Bestimmung einer Zentralbehörde (Art. 6 Abs. 1 HKÜ),²⁹⁴ welche mit den sich aus dem Übereinkommen ergebenden Vollzugsaufgaben befasst ist. Dazu gehört in erster Linie das Entgegennehmen und Übermitteln von Rückführungsgesuchen (Art. 8 Abs. 1 HKÜ).²⁹⁵ Die Zentralbehörden arbeiten in allen Bereichen eng miteinander zusammen (Art. 7 Abs. 1 HKÜ). Die Zentralbehörde hat keine Entscheidkompetenz, sondern einzig eine Vermittlungsfunktion, indem sie auf eine freiwillige Rückgabe des Kindes hinwirkt (Art. 10 HKÜ); die schweizerische Zentralbehörde kann zu diesem Zweck auch eine Mediation einleiten (Art. 4 Abs. 1 BG-KKE).

II. Rückführungsvoraussetzungen

1. Rückführungsmechanismus

Die autoritative Anordnung der Rückführung des Kindes in den Herkunftsstaat obliegt dem Gericht (vgl. Art. 11 ff. HKÜ). In der Schweiz ist hierfür als einzige kantonale Instanz das obere Gericht des Kantons zuständig, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Rückführungsgesuchs aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE). Als Rechtsmittel ist die Beschwerde ans Bundesgericht gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG),²⁹⁶ wobei angesichts der Eilbedürftigkeit des Verfahrens (vgl. Art. 2 und Art. 11 Abs. 1 HKÜ)²⁹⁷ eine verkürzte Rechtsmittelfrist gilt (Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG).

Wesentlich ist, dass der Rückführungsrichter keine materielle Entscheidung fällt; diese ist vielmehr dem zuständigen Gericht im Herkunftsstaat vorbehalten (Art. 16 und 19 HKÜ). Die Erhaltung der entsprechenden Zuständigkeit wird durch Art. 7 HKÜ sichergestellt, welcher im Entführungsfall verhindert, dass gestützt auf Art. 5 Abs. 2 HKÜ der Richter am neuen Aufenthaltsort des Kindes entscheidungszuständig wird. Das mit der Rückführung befasste Gericht im Zu-

290 ALFIERI, S. 152; ZÜRCHER, S. 190 f.

291 Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, BG-KKE, SR 211.222.32; vgl. dazu JAMETTI GREINER, S. 282 f.; KÜNG, S. 64 ff.

292 BGE 120 II 222 E. 2b; 123 II 419 E. 1a; 133 III 584 E. 1.2.

293 BGE 133 III 584 E. 1.2.; ausführlich zur Natur des Rückführungsentscheides ALFIERI, S. 101 ff.

294 In der Schweiz ist die Zentralbehörde im Bundesamt für Justiz, Fachbereich Internationales Privatrecht, angesiedelt (Art. 1 Abs. 1 BG-KKE); ferner hat jeder Kanton eine Vollzugsbehörde zu bezeichnen (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE).

295 Vgl. sodann die Umschreibung des Aufgabenkreises in Art. 7 Abs. 2 HKÜ und Art. 1 BG-KKE.

296 Bundesgesetz über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110.

297 Zur Konkretisierung der Eilbedürftigkeit siehe BGE 137 III 529 E. 2.2.

zugsstaat prüft einzig, ob ein Kind widerrechtlich dorthin verbracht worden ist oder widerrechtlich dort zurückgehalten wird (Art. 3 HKÜ). Ist dies der Fall, muss die schnellstmögliche Rückgabe des Kindes angeordnet werden (Art. 12 Abs. 1 HKÜ), soweit nicht ausnahmsweise ein Ausschlussgrund greift.²⁹⁸

2. *Prüfungsprogramm des Rückführungsentscheides*

Ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten des Kindes liegt vor, wenn dadurch eine Sorgerechtsposition verletzt wird, die einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in welchem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ), und wenn dieses Recht auch tatsächlich ausgeübt wurde oder worden wäre (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ). Als geschützte Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 HKÜ gilt insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Art. 5 lit. a HKÜ). Aber auch zahlreiche weitere, sich nach dem materiellen Recht des Herkunftsstaates bestimmende Aspekte können darunter fallen, weil der Begriff des «Sorgerechts» im Sinn von Art. 3 HKÜ nach allgemeiner Auffassung weit auszulegen ist.²⁹⁹ Die vom Rückführungsrichter vorzunehmende Prüfung, ob nach dem Recht des Herkunftsstaates eine von Art. 3 HKÜ geschützte Sorgerechtsposition bestand, bildet lediglich eine Vorfrage, welche der Beantwortung der im Rückführungsverfahren zu entscheidenden Hauptfrage dient, ob das Kind widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbracht worden ist oder dort widerrechtlich zurückgehalten wird. Ist dies der Fall, hat das Gericht nach dem Gesagten grundsätzlich die sofortige Rückgabe des Kindes anzuordnen (Art. 12 Abs. 1 HKÜ).

In diesem Sinn ist dem Rückführungsverfahren die materielle Prüfung des geeigneten Aufenthaltsortes des Kindes und mithin eine individuell-konkrete *Relocation*-Diskussion grundsätzlich fremd. Über die Hintertür, namentlich im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen, findet sie aber dennoch Eingang und drängt sich bei der gerichtlichen Auseinandersetzung meistens sogar in den Vordergrund, indem häufig nicht die Tatsache des widerrechtlichen Verbringens des Kindes, sondern allein das Vorliegen eines die Rückgabe hindernenden Ausschlussgrundes zwischen den Parteien strittig ist. Unter den Ausschlussgründen, welche es dem Rückführungsrichter ermöglichen, von einer Rückgabe des Kindes in den Herkunftsstaat abzusehen, steht derjenige im Vordergrund, dass sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre oder das Kind auf eine an-

298 Aus der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung als jüngste Beispiele: BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 4.4; 5A_513/2016 vom 12. August 2016 E. 2.4.

299 BEAUMONT/MCELEAVY, S. 45; MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 13 ff.; BUCHER, L'enfant, Rz. 434; PIRRUNG, D 30; ZÜRCHER, Fn. 347; RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, Rz. 16.155.

dere Weise in eine unzumutbare Lage bringen würde (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ). Eine solche Gefahr wird in der überwiegenden Zahl der Rückführungsverfahren angerufen. Teilweise werden allgemeine Sicherheitsbedenken in Bezug auf den Herkunftsstaat geäußert,³⁰⁰ teilweise spezifische Bedenken hinsichtlich der Situation beim zurückgebliebenen Elternteil, insbesondere wenn der entführende Teil nicht willens oder aus objektiven Gründen nicht in der Lage ist, mit dem Kind in den Ursprungsstaat zurückzukehren und es dort selbst zu betreuen.³⁰¹ Hier – wie auch in anderen, nachfolgend dargestellten Konstellationen – kommt es indirekt zu einer *Relocation*-Diskussion, indem das Prozessthema faktisch darauf hinausläuft, wo sich der geeignetere Ort für das Kind befindet.³⁰²

Der Rückführungsentscheid wird aber auch im Fall, dass von einer Rückgabe des Kindes abgesehen wird, nicht etwa zum Sorgerechtsentscheid; vielmehr bleibt er ein Akt zwischenstaatlicher Rechtshilfe. Indes wird der Weg frei, dass die im Wegzugsstaat bislang gestützt auf Art. 7 HKsÜ erhalten gebliebene materielle Entscheidzuständigkeit wegfällt und am neuen Aufenthaltsort des Kindes die materielle Sorgerechtszuständigkeit begründet wird (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ).

III. Relocation-Diskussion im Rückführungsentscheid

Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht,³⁰³ ist das Haager Kindesentführungsübereinkommen auf die Wiederherstellung des *status quo ante* durch schnellstmögliche Rückgabe des Kindes angelegt.³⁰⁴ Entgegen dem ersten Anschein wohnt dem durchaus eine *Relocation*-Konzeption inne, und zwar eine abstrakt-negative, indem das Übereinkommen davon ausgeht, dass dem Kindeswohl in der Regel durch eine sofortige Rückführung an den früheren Aufenthaltsort bzw. in den Herkunftsstaat am besten gedient ist.³⁰⁵ Ob dies im konkreten Einzelfall tatsächlich zutrifft, bzw. wo für das betroffene Kind der

300 Exemplarisch dazu BGer 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 6 betreffend Mexiko; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.4 betreffend Südafrika.

301 Exemplarisch dazu BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3 betreffend von der Mutter geltend gemachte Probleme für die eigene Einreise in die USA und demzufolge drohende Unterbringung des Kindes beim Vater, der nie die Hauptbezugsperson und von dem fraglich war, ob er das Kind überhaupt zureichend würde betreuen können.

302 Vgl. im Einzelnen Ziff. E.III.2.

303 Vgl. Ziff. E.II.1.

304 ALFIERI, S. 78; PIRRUNG, D 71; ZÜRCHER, S. 5, 19 und 61; SCHWEPPE, S. 43 ff.; EPPLER, S. 49 f.; PAPE, S. 72; BACH/GILDENAST, Rz. 3 f.; RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, Rz. 16.149.

305 Vgl. Präambel und Art. 1 lit. a HKÜ; PÉREZ-VERA, Rz 16 ff.; BGer 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; EGMR Nr. 7548/04 vom 22. Juni 2006 *Bianchi* § 83; Nr. 39388/05 vom 6. Dezember 2007 *Maumousseau* §§ 68 f. und 75; Nr. 49492/06 vom 6. November 2008 *Carlson* §§ 73 f.; Nr. 27853/09 (Grosse Kammer) vom 26. November 2013 X. gegen *Lettland* § 97; Kritik an dieser Konzeption übt insbesondere MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 61 ff. und 84 ff.

bestmögliche Aufenthaltsort wäre, darf der Rückführungsrichter gerade nicht materiell prüfen (Art. 16 und 19 HKÜ); dies ist vielmehr dem zuständigen Sachgericht im Herkunftsstaat vorbehalten.³⁰⁶ Allerdings kann auch das Entführungsübereinkommen nicht die Augen davor verschliessen, dass die strikte Durchsetzung der Rückführung in den Herkunftsstaat, welche in abstrakter Weise als Kindeswohlorientiert vermutet wird,³⁰⁷ im konkreten Einzelfall dem tatsächlichen Kindeswohl abträglich sein mag. Das Übereinkommen sieht deshalb bereits bei den Rückführungsvoraussetzungen, schwergewichtig aber bei den Ausschlussgründen punktuell Korrekturmöglichkeiten vor,³⁰⁸ bei welchen die *Relocation*-Thematik individuell-konkret angesprochen ist. Ferner verwirklicht das BG-KKE³⁰⁹ auf der Verfahrensebene gewisse Prinzipien, welche im Zusammenhang mit Aspekten der *Relocation* stehen.³¹⁰

1. *Tatsächliche Ausübung des Sorgerechtes*

Zum ersten anerkennt das Haager Entführungsübereinkommen, dass die Durchsetzung einer bloss abstrakt innegehaltenen und nicht tatsächlich gelebten Sorgerechtsposition nicht im Kindeswohl liegen kann. Deshalb setzt die Rückführung des Kindes voraus, dass das Sorgerecht, welches einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle zusteht, vor dem widerrechtlichen Verbringen des Kindes auch tatsächlich ausgeübt worden ist (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ). In der Praxis wird die tatsächliche Rechtsausübung aufgrund der Einreichung eines Rückführungsgesuches vermutet und nur im Bestreitungsfall näher überprüft.³¹¹ Soweit eine solche erfolgt, fällt dies mit dem spiegelbildlichen Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ zusammen. Wie bei allen Ausschlussgründen erfolgt keine strikte Beweisführung; vielmehr sind die Tatsachen, welche einer Rückgabe des Kindes entgegenstehen, mit substantzierter Darlegung objektiv glaubhaft zu machen.³¹²

2. *Schwerwiegende Gefahr für das Kind*

Sodann kann die Partei, welche sich der Rückführung des Kindes widersetzt, geltend machen, dass die Rückgabe mit einer schwerwiegenden Gefahr eines

306 Vgl. Ziff. E.II.1.

307 Diese Vermutung knüpft wie gesagt an die Idee, dass der *status quo ante* wiederherzustellen sei (vgl. SCHWEPPE, S. 44 f. und 47 f.; PAPE, S. 72; ZÜRCHER, S. 61; BGE 123 II 419 E. 2b; 133 III 146 E. 2.4; BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 2), was aber in vielen Fällen gar nicht möglich ist.

308 Insbesondere Ziff. E.III.2.-E.III.4.

309 BG-KKE (Fn. 291).

310 Dazu Ziff. E.IV.

311 RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, Rz. 16.158 und 16.188; MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 114; ALFIERI, S. 58.

312 BGer 5P.367/2005 vom 15. November 2005 E. 7.1; 5A_520/2010 vom 31. August 2010 E. 3; 5A_1003/2015 vom 14. Januar 2016 E. 5.1.1.

körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre oder dieses auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringen würde (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ).³¹³ Diesem Ausschlussgrund liegt der Gedanke zu Grunde, dass Rechtshilfe nicht geleistet werden darf, wo dies eine unmittelbare Gefahr für das Kind bedeuten würde.

Das Bundesgericht interpretiert diesen Ausschlussgrund – in Übereinstimmung mit der klassischen Lehre³¹⁴ und der ausländischen Rechtsprechung³¹⁵ – seit jeher eng.³¹⁶ Von einer schwerwiegenden Gefahr geht es beispielsweise aus, wenn das Kind in ein Kriegs- oder Seuchengebiet zurückzuführen wäre oder wenn befürchtet werden muss, dass es nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird; demgegenüber werden anfängliche Sprach- und Reintegrationsschwierigkeiten nicht als schwerwiegende Gefahr anerkannt, weil sie einer Rückführung bis zu einem gewissen Grad typischerweise immanent sein können.³¹⁷ Auch die Trennung zwischen der Hauptbezugsperson und dem Kind sieht das Bundesgericht für sich allein genommen nicht als schwerwiegende Gefahr für das Kind an, soweit es sich nicht um Säuglinge oder Kleinkinder handelt.³¹⁸

Je weniger restriktiv der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ gehandhabt wird, desto mehr Platz bleibt für eine individuell-konkrete Betrachtung des Kindeswohls und damit letztlich für eine Beurteilung der *Relocation* im Sinn der Suche nach dem geeigneteren Aufenthaltsort für das Kindes. Dahingehende neue Wege schlug der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Neulinger* ein,³¹⁹ welchem eine vom Bundesgericht angeordnete Rückführung eines Kindes nach Israel zugrunde lag.^{320, 321} Während der Ge-

313 Vgl. Ziff. E.II.2.

314 Statt vieler: PIRRUNG, D 71 m.w.H.

315 Beispielsweise EGMR (Grosse Kammer) Nr. 27853/09 vom 26. November 2013 X. gegen *Lettland* § 107; *Bundesverfassungsgericht* (Deutschland), Beschlüsse BvR 1206/98 vom 29. Oktober 1998 Rz. 48 und 1 BvQ 27/16 vom 18. Juli 2016 Rz. 18; *Oberster Gerichtshof* (Österreich), Beschlüsse 5Ob47/09 m vom 12. Mai 2009, 2Ob103/09z vom 16. Juli 2009 und 2Ob90/10i vom 8. Juli 2010; für weitere Nachweise zu deutschen Urteilen siehe PAPE, S. 77 ff.; für Nachweise zu Urteilen namentlich aus dem anglo-amerikanischen Bereich vgl. BEAUMONT/McELEVAY, S. 138 ff., insb. 141 ff.

316 Aus der letzten Zeit insbesondere BGer 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.2; 5A_246/2014 vom 28. April 2014 E. 3.1; 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 6.1; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 5.3.

317 BGE 130 III 530 E. 3; BGer 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.2; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; 5A_51/2015 vom 25. März 2015 E. 5.2; 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 6.1; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 5.3.

318 BGE 130 III 530 E. 3; BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3; 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 4.1; 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.3.

319 EGMR (Grosse Kammer) Nr. 41615/07 vom 6. Juli 2010 *Neulinger und Shuruk*.

320 BGer 5A_285/2007 vom 16. August 2007.

321 Die Mutter hat über ihre Erlebnisse ein Buch veröffentlicht, welches insbesondere auch die Lebensumstände in und die Flucht aus Israel beschreibt (Isabelle Neulinger, *Jamais vous n'aurez mon fils*, 2011).

richtshof zunächst die bundesgerichtliche Anordnung schützte,³²² obwohl eigentlich bereits im damaligen Zeitpunkt typischerweise eine schwerwiegende Gefahr bzw. eine unzumutbare Lage für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ vorgelegen hätte, kam erst die Grosse Kammer in ihrem Entscheid vom 6. Juli 2010 zum Schluss, dass eine Rückführung des Kindes nach Israel gegen Art. 8 EMRK verstosse. Bemerkenswert daran ist angesichts der Ausgangslage³²³ nicht das Resultat, sondern die Art der Begründung. Die Grosse Kammer führte aus, dass das stets zu beachtende übergeordnete Kindesinteresse von vielen Umständen des Einzelfalls abhängig sei (§ 138)³²⁴ und die nationalen Gerichte hierfür eine vertiefte Prüfung der familiären Gesamtsituation und einer ganzen Serie von Faktoren, namentlich faktischer, emotionaler, psychologischer, materieller und medizinischer Natur vornehmen und einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen allen Beteiligten schaffen müssten, unter stetem Bemühen zu beurteilen, was im Kontext mit einem Rückführungsgesuch die beste Lösung für das Kind sei (§ 139).³²⁵ Diese Erwägungen bedeuten im Klartext, dass auch im Rückführungsverfahren die *Relocation* des Kindes in einer ergebnisoffenen und materiellen Weise zu prüfen wäre, was in Widerspruch zur Konzeption und zum Rechtshilfecharakter des Haager Entführungsübereinkommens und insbesondere zu Art. 16 und 19 HKÜ stünde, welche dem Rückführungsrichter explizit untersagen, eine materielle Entscheidung zu treffen.³²⁶

Dies hat kurze Zeit später auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkannt. Nachdem er anfänglich seine neue Rechtsprechung angewandt hatte,³²⁷ ist er – aufgrund einer Weiterziehung durch den betroffenen Staat wie-

322 EGMR Nr. 41615/07 vom 8. Januar 2009 *Neulinger und Shuruk*.

323 Zeitablauf von fünf Jahren seit dem Verbringen des damals zweijährigen Kindes; Integration und Einschulung in der Schweiz, wo das Kind französisch sprach; fehlender Kontakt zum Vater, der lediglich über ein stark eingeschränktes Besuchsrecht verfügte, gewalttätig und religiös extremistisch war, Kinderalimente nicht bezahlte, seine zweite Frau während der Schwangerschaft verlassen und zum dritten Mal geheiratet hatte; fehlendes Bemühen des Vaters, das Kind zu sehen, so dass er das Interesse am Fall verloren zu haben schien; Gefahr einer möglicherweise unbedingten Gefängnisstrafe für die Mutter in Israel, so dass dieser eine Begleitung des Kindes nicht zumutbar erschien; durch zwei medizinische Gutachten erwiesene Gefahr eines psychischen Schadens für das Kind bei alleiniger Rückkehr zum Vater oder bei Fremdplatzierung in Israel.

324 *L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, ... C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas ...* (§ 138).

325 *En outre, la Cour doit ... vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et ... une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine* (§ 139).

326 Vgl. hierzu Ziff. E.II.1.

327 EGMR Nr. 25437/08 vom 26. Oktober 2010 *Raban*; Nr. 14707/09 vom 12. Juli 2011 *Sneersone und Campanella*; Nr. 27853/09 vom 13. Dezember 2011 *X. gegen Lettland*.

derum in der Besetzung als Grosse Kammer – in der Lettland-Entscheidung³²⁸ auf Distanz zur *Neulinger*-Sichtweise gegangen, indem er festhielt, das Rückführungsverfahren sei klarerweise vom Sorgerechtsverfahren zu unterscheiden (§ 101)³²⁹ und es gehe nicht etwa darum, in vertiefter Prüfung eine Gesamtchau vorzunehmen und einen materiellen Entscheid zu fällen (§§ 103 ff.).³³⁰ Jedoch ergebe sich aus Art. 8 EMRK die Verpflichtung der nationalen Gerichte, im Rahmen des Mechanismus des HKÜ (dazu § 97)³³¹ nicht nur die eine Rückführung begründenden Elemente, sondern auch die geltend gemachten Ausschlussgründe zu prüfen und im Lichte des Kindeswohls genügend zu begründen (§ 106),³³² unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (§ 107).³³³ Bei Anordnung der Rückführung müsse sich das Gericht ausserdem vergewissern, dass im Herkunftsstaat hinreichende Garantien bestehen und bei allfälligen Gefahren wirksam eingeschritten würde (§ 108).³³⁴

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass Fragen der *Relocation* bis zu einem gewissen Grad durchaus auch im Zusammenhang mit dem Ausschlussgrund der schwerwiegenden Gefahr für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ diskutiert werden können, indes der Mechanismus des Haager Entführungsübereinkommens zu beachten ist und keine Sorgerechtsentscheidung gefällt werden und in diesem Sinn auch nicht materiell über die *Relocation* befunden werden darf, weil dies dem zuständigen Sachgericht vorbehalten ist.

328 EGMR Nr. 27853/09 vom 26. November 2013 X. gegen Lettland.

329 *Thus, in the context of an application for return made under the Hague Convention, which is accordingly distinct from custody proceedings ...* (§ 101).

330 *On this point, the Court observes that the Grand Chamber judgment in Neulinger and Shuruk ... may and has indeed been read as suggesting that the domestic courts were required to conduct an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors ...* (§ 104). *Against this background the Court considers it opportune to clarify that its finding in paragraph 139 of Neulinger and Shuruk does not in itself set out any principle for the application of the Hague Convention by the domestic courts ...* (§ 105).

331 *The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which associates this interest with restoration of the status quo by means of a decision ordering the child's immediate return to his or her country of habitual residence in the event of unlawful abduction, while taking account of the fact that non-return may sometimes prove justified for objective reasons that correspond to the child's interests, thus explaining the existence of exceptions ...* (§ 97).

332 *... the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point ...* (§ 106).

333 *... must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case ... reasoning of the domestic courts that is not automatic and stereotyped, but sufficiently detailed in the light of the exceptions set out in the Hague Convention, which must be interpreted strictly ...* (§ 107).

334 *Furthermore, ... the courts must satisfy themselves that adequate safeguards are convincingly provided in that country, and, in the event of a known risk, that tangible protection measures are put in place* (§ 108).

3. *Widersetzen des Kindes*

Von einer Rückführung des Kindes kann auch abgesehen werden, wenn festgestellt wird, dass sich dieses der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass das Widersetzen eine gewisse Intensität erfordert³³⁵ und der Kindeswille mehr oder weniger autonom gebildet worden sein muss, d.h. das Kind seine eigene Situation zu erkennen vermag und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung bilden kann.³³⁶ Dabei wird anerkannt, dass die Willensbildung nicht völlig losgelöst von äusserer Beeinflussung erfolgt, schon gar nicht bei kleineren Kindern.³³⁷ Indes darf sie nicht auf eine Manipulation oder gar Indoktrination durch den entführenden Elternteil zurückzuführen sein, ansonsten der Kindeswille nicht im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ beachtet werden kann.³³⁸ Von einer Manipulation, welche die Äusserungen des Kindes als nicht die eigenen erscheinen lässt, geht das Bundesgericht beispielsweise aus, wenn der entführende Elternteil das Kind gewissenmassen von Kontakten mit dem anderen Teil abschneidet und dieses stereotyp bzw. offensichtlich nicht auf eigener Erfahrung beruhend in negativer Weise über das Herkunftsland, die dortige Situation und/oder den zurückgebliebenen Elternteil spricht.³³⁹

Soweit das urteilsfähige Kind sich einer Rückführung widersetzt, nimmt es seine (*Re-*)location gewissermassen selbst in die Hand. Entsprechend seinem Alter und seiner Fähigkeit zu autonomer Willensbildung kann seine Meinungsäusserung bei der Entscheidungsfindung in determinierender Weise berücksichtigt werden, nicht anders als dies bei einer materiellen Sorgerechtsentscheidung der Fall wäre.³⁴⁰ Mithin vermag das urteilsfähige Kind, welches sich der Rückführung widersetzt, den Rückführungsentscheid funktional zu einem Sorgerechtsentscheid zu machen.

335 BGE 133 III 88 E. 4; als Anwendungsbeispiele vgl. BGer 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 5.3–5.5; 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.3.

336 BGE 131 III 334 E. 5.1. In BGE 133 III 146 E. 2.4 wurde die weitergehende Anforderung gestellt, wonach das Kind erkennen müsse, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen *status quo ante* gehe und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden werde. Dies dürfte zu weit gehen, denn selbst für den erwachsenen Laien ist der Mechanismus des Entführungsübereinkommens nicht leicht durchschaubar; ein Kind kann sich einer Rückführung durchaus entschieden und mit nachvollziehbaren Gründen widersetzen, ohne dass es die Konventionsmechanismen im Einzelnen versteht.

337 BGE 131 III 334 E. 5.1.

338 Diese Rechtsprechung wird verschiedentlich kritisiert, namentlich von MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 206 ff., welche dafür plädiert, den beeinflussten Kindeswillen gleichermassen zu beachten; ausführlich und differenzierend zur Problematik SCHWEPPE, S. 182 ff., insb. 193 ff.

339 Als Beispiele seien angeführt BGer 5A_229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.2 und 5.3; 5A_513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.1.

340 Sinnleich MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 205.

4. Menschenrechte und Grundfreiheiten

Die Rückführung des Kindes kann schliesslich abgelehnt werden, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist (Art. 20 HKÜ). Dieser Ausschlussgrund wird in der Praxis selten angerufen. Soweit er verwirklicht wäre, dürfte ohnehin regelmässig eine schwerwiegende Gefahr für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ drohen.³⁴¹

5. Einleben des Kindes am neuen Ort

Ist zwischen dem Rückführungsantrag und dem widerrechtlichen Verbringen des Kindes mehr als ein Jahr verstrichen, steht der Nachweis offen, dass sich dieses in seine neue Umgebung eingelebt hat (Art. 12 Abs. 2 HKÜ).

Hier kommt eine eigentliche *Relocation*-Prüfung ins Spiel, welche dem Entführungsübereinkommen ansonsten in dieser Weise fremd ist. Es handelt sich denn auch nicht *stricto sensu* um einen Ausschlussgrund, sondern eher um eine Erweiterung des Prüfungsthemas, ob eine Rückführung des Kindes erfolgen soll. Das Übereinkommen trägt hier der Erfahrungstatsache Rechnung, dass Kinder sich naturgemäss relativ schnell in eine neue Umgebung eingewöhnen und eine erst nach erheblicher Zeit erfolgende Rückführung nicht unbedingt im Interesse des Kindes liegt. Es soll deshalb eine konkrete Prüfung der Aufenthaltssituation ermöglicht und das Kind aus der Umgebung, an welche es sich zwischenzeitlich gewöhnt hat, nicht unnötig (wieder) herausgelöst werden. Mithin sind Kriterien wie Stabilität und Kontinuität der Verhältnisse zu gewichten, nicht anders als dies bei materiellen Zuteilungsentscheiden der Fall ist.³⁴²

Soweit das Rückführungsbegehren jedoch innerhalb eines Jahres seit dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten des Kindes gestellt wurde, ist die entsprechende Prüfung von vornherein abgeschnitten. Es bleibt beim abstrakten Grundsatz, dass dem Kindeswohl – unter Vorbehalt von Ausschlussgründen – mit einer sofortigen Rückführung an den Herkunftsort am besten Rechnung getragen ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 HKÜ).³⁴³

IV. Relocation-Aspekte auf Verfahrensebene

Erst auf den zweiten Blick ist ersichtlich, dass seit Inkrafttreten des BG-KKE³⁴⁴ bei Kindesrückführungen die Thematik der *Relocation* auch direkt auf der Verfahrensebene Eingang gefunden hat.

341 ALFIERI, S. 71.

342 Dazu Ziff. D.IV.2.b.; vgl. sodann MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 104 ff.

343 Vgl. Ziff. E.II.1 und E.III.

344 BG-KKE (Fn. 291); vgl. im Übrigen Ziff. E.I.

1. Schutzmassnahmen

Gemäss Art. 6 Abs. 1 BG-KKE regelt das mit dem Rückführungsgesuch befasste Gericht soweit erforderlich den persönlichen Verkehr des Kindes mit den Eltern und ordnet Massnahmen zum Schutz des Kindes an. Gestützt auf diese Norm organisieren verschiedene Gerichte Besuchstage zwischen dem Kind und dem aus dem Ausland für die gerichtliche Anhörung angereisten Elternteil.³⁴⁵ Oft werden auch Telefon- oder Skype-Kontakte angeordnet. Speziell im Zusammenhang mit der Relocation stehen Schutzmassnahmen wie Ausreiseverbote in Bezug auf das Kind, Hinterlegung der Ausweisschriften, Erfassung in Fahndungssystemen, u.Ä.m.³⁴⁶

2. Prüfung der Situation vor Ort

In unmittelbarem Zusammenhang mit der *Relocation* des Kindes stehen sodann Art. 10 Abs. 1 BG-KKE, welcher das Rückführungsgericht soweit nötig zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden des Herkunftsstaates auffordert, sowie Art. 10 Abs. 2 BG-KKE, der zu Abklärungen im Zusammenhang mit den Vollzugsmöglichkeiten im Herkunftsstaat anhält. Dazu gehören im weiteren Sinn auch Nachforschungen, wie die konkrete Wohn-, Schul- und Betreuungssituation vor Ort aussieht, oder das Eruiieren, ob die Behörden vor Ort bereit sind, mit Blick auf die Rückkehr des Kindes geeignete Vorkehrungen wie Familienbegleitung, Errichtung einer Beistandschaft u.ä.m. zu treffen, um eine drohende schwerwiegende Gefahr oder Unzumutbarkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ abzuwenden. Diesbezüglich kann das Rückführungsgericht direkt mit den betreffenden Behörden kommunizieren³⁴⁷ oder für Abklärungen vor Ort beispielsweise auch den Internationalen Sozialdienst einschalten, welcher über ein breit abgestütztes Netzwerk in 140 Ländern verfügt.³⁴⁸ Es ist auch möglich, von Behörden im Herkunftsstaat bestimmte Zusicherungen zu verlangen.³⁴⁹

Sinnvoll kann schliesslich die direkte Kommunikation mit dem zuständigen Sorgerechtsgericht im Herkunftsstaat sein,³⁵⁰ welche die Haager Konferenz für

345 Zur Kompatibilität solcher Anordnungen mit dem Entführungsübereinkommen vgl. ALFIERI, S. 168.

346 Vgl. die ausführlichere Auflistung bei ALFIERI, S. 129 ff.

347 Dazu MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 151 ff.; ALFIERI, S. 95 f. und 140; JAMETTI GREINER, S. 294.

348 In der Schweiz: Schweizerische Stiftung SSI.

349 Beispielsweise hat das Bundesgericht in einem Verfahren die Rückführung eines Kleinkindes davon abhängig gemacht, dass die Mutter dieses in die USA zurückbegleiten und dort weiterhin in Obhut haben konnte, indem sie ein Einreisevisum erhielt, keine unbedingte Gefängnisstrafe wegen *contempt of court* zu riskieren hatte und keine unmittelbare Obhutsumteilung an den Vater drohte bzw. die betreffende Verfügung zurückgenommen wurde (vgl. BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2016 E. 3.3–3.8, insb. E. 3.6).

350 Diesen Weg hat das Bundesgericht im soeben beschriebenen Verfahren beschritten (vgl. BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.6).

internationales Privatrecht weiter fördern möchte.³⁵¹ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz seit einiger Zeit am Haager Richternetzwerk³⁵² beteiligt ist. Hierfür hat das Bundesgericht am 5. Februar 2013 zwei schweizerische Richter als sog. Verbindungsrichter bezeichnet, über welche der schweizerische Rückführungsrichter im Bedarfsfall Kontakt zum ausländischen Gericht eines sich am Netzwerk beteiligenden Staates herstellen kann, soweit er nicht direkt mit dem zuständigen Gericht des Herkunftsstaates in Kontakt treten will.³⁵³

3. Vollstreckungsanordnungen

Konkrete Auswirkungen auf die *Relocation* des Kindes hat schliesslich Art. 11 Abs. 1 BG-KKE, wonach die Vollstreckung, d.h. die Modalitäten der Rückführung, direkt im Rückführungsentscheid zu regeln sind. Die betreffenden Anordnungen können von einer detaillierten Regelung der Übergabe des Kindes bis zum Buchen von Flugreisen und Begleitung des Kindes durch geeignete Fachpersonen gehen.³⁵⁴

V. Relocation und Revisionsbedürftigkeit des Übereinkommens

Aus gerichtlicher Sicht kann bestätigt werden, dass die Entführung durch die Hauptbetreuungsperson häufig ist oder sogar im Vordergrund steht.³⁵⁵ Oft hat der *primary carer* auch gute Gründe, mit dem Kind heimlich den Herkunftsstaat zu verlassen, namentlich wenn die Situation für ihn unzumutbar geworden ist, nachdem die im Ausland vollzogene Beziehung in die Brüche gegangen und es im betreffenden Staat kaum oder erst nach jahrelangen Verfahren möglich ist, mit dem Kind erlaubterweise auszureisen. Ausgehend von dieser Tatsache wird zunehmend die Ansicht vertreten, dass bei der Anwendung des Haager Entführungsübereinkommens nicht einem strikten Rückführungsautomatismus zu huldigen, sondern durch weite Auslegung der Ausschlussgründe das Kindeswohl in den Vordergrund zu stellen sei.^{356, 357}

351 Vgl. die Empfehlungen der 6. Spezialkommission (*Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions, Conclusions and Recommendations*) vom Januar 2012, Rz. 78 f.; siehe u.a auch *Report on judicial communications in relation to international child protection*, Prel. Doc. No 3B vom April 2011; *Note on the desirability and feasibility of a potential legal instrument providing a basis for direct judicial communications*, Prel. Doc. No 3D vom Dezember 2011.

352 *International Hague Network of Judges*, IHNJ.

353 Für Einzelheiten zum IHNJ und dessen Funktionsweise vgl. BÄHLER, S. 359 ff.; MENNE, S. 344 ff.; ALFIERI, S. 95 f.; ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, S. 79 f.

354 Weitere Auflistung bei ALFIERI, S. 145.

355 MAZENAUER, Rz. 119; EPPLER, S. 261 ff.; SCHWEPPE, S. 46 f.; ALFIERI, S. 2, 203 und 207; JAMETTI GREINER, S. 279; KÜNG, S. 58 f. und 65.

356 Namentlich MAZENAUER, Kindesentführungen, insb. S. 84 ff.; vgl. auch die in Ziff. E.III.2 behandelte *Neulinger*-Entscheidung.

357 Soweit dies direkt aus Art. 3 UN-KRK (New Yorker Übereinkommen über die Rechte des Kin-

In der Tat wäre es wünschbar, wenn dem Rückführungsgericht bei internationalen Kindesentführungen situationsadäquatere Entscheidungsmöglichkeiten offen stünden. Mit einer weiten Auslegung der Ausschlussgründe wird aber der Rückführungsrichter im Ergebnis zum Sorgerechtsrichter und damit das Pferd beim Schwanz aufgezäumt. Naheliegender wäre, das Problem durch eine engere Umschreibung in Art. 3 HKÜ der geschützten Sorgerechtsposition am Schopf anzupacken,³⁵⁸ was freilich eine Änderung des Übereinkommens erfordern würde. Denkbar wäre etwa, andere sorgerechtliche Belange als das in Art. 5 lit. a HKÜ speziell erwähnte Aufenthaltsbestimmungsrecht auszuklamern.

Damit wäre aber noch nicht allen als unbillig erscheinenden Rückführungssituationen Rechnung getragen. Die Krux ist, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach vielen Statuten – seit dem 1. Juli 2014 aufgrund von Art. 301a Abs. 1 ZGB auch nach dem schweizerischen – zivilstandsunabhängig beiden Elternteilen zukommt, wobei in der Regel nicht graduell nach Intensität des Eltern-Kind-Verhältnisses unterschieden wird, was für den internationalen Wegzug des Kindes gerade auch bei Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB der Fall ist. Das bedeutet, dass sich ein Vater, welcher das Kind sexuell missbraucht hat und über ein begleitetes Besuchsrecht von wenigen Stunden pro Monat verfügt, unter dem Aspekt des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die gleiche Rechtsposition berufen kann wie derjenige, der sich im Rahmen einer alternierenden Obhut hälftig um die Betreuung des Kindes gekümmert und bei welchem das Kind in entsprechendem Umfang gelebt hat.

Noch pointierter äussert sich das Missverhältnis zwischen der von Art. 3 HKÜ geschützten Rechtsposition und der tatsächlich gelebten Beziehung, wenn das verletzte (Mit-)Sorgerecht im Sinn des (Mit-)Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht einem Elternteil, sondern einer – in Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ gleichberechtigt genannten – Behörde oder sonstigen Stelle zusteht. Dies trifft namentlich auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis zu, wo Kinder verbreitet zu Gerichtsmündeln (sog. *wards of court*) werden, sobald ein Gerichtsverfahren hängig ist (sog. *wardship jurisdiction*).³⁵⁹ Hier nimmt also ein Richter oder eine Behörde für sich eine Sorgerechtsposition in Anspruch, die bei Verbringen des Kindes ins Ausland widerrechtlich im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ verletzt wird. Zu denken ist auch an den zu einem analogen Resultat führenden Fall,

des vom 20. November 1989, Kinderrechtskonvention, SR 0.107) abgeleitet wird (z.B. MAZENAUER, Kindesentführungen, S. 75 ff.; EPPLER, S. 373), scheinen Zweifel angebracht, fordert doch Art. 11 Abs. 1 UN-KRK die Vertragsstaaten dazu auf, Massnahmen gegen das rechtswidrige Verbringen von Kindern ins Ausland zu treffen – was die Schweiz mit Art. 301 Abs. 2 lit. a ZGB getan hat –, und hält Art. 11 Abs. 2 UN-KRK die Vertragsstaaten dazu an, den Abschluss von Übereinkünften (gemeint: von Entführungsübereinkommen) zu fördern und bestehenden Abkommen beizutreten.

358 Vgl. MÖCKLI, Kindeswohl, S. 128; sinngemäss auch DUREL, S. 221.

359 Vgl. BEAUMONT/McELEVAY, S. 66 ff.; SIEHR, S. 526 ff.; SCHWEPPE, S. 14; ZÜRCHER, S. 80 f.; PIRRUNG, D 30; BACH/GILDENAST, Rz. 51; DUREL, S. 217.

dass zwar dem Entführer das nach Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ geschützte Sorgerecht allein zusteht, er aber dennoch nicht allein über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen darf, weil ein – meist zur Sicherung der Durchsetzung eines Besuchsrechts ausgesprochenes – gerichtliches Ausreiseverbot (sog. *non-removal clause* bzw. *ne eatur clause*) als ausreichend angesehen wird, um die Widerrechtlichkeit des Verbringens im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ zu begründen.³⁶⁰

Freilich muss das Haager Kindesentführungsübereinkommen auf den Umstand Rücksicht nehmen, dass die Umschreibung der Elternrechte nicht in allen Rechtsordnungen gleich aussieht. Klar ist auch, dass dem Aufenthaltsbestimmungsrecht weiterhin eine zentrale Bedeutung zukommen muss. Es scheint aber nicht sinnvoll, wenn gegenüber der hauptbetreuenden Person die Rückführung des Kindes verlangen kann, wer bloss über ein irgendwie geartetes Aufenthaltsmitbestimmungsrecht verfügt, ohne je selbst Betreuungsanteile wahrgenommen zu haben. In diesem Zusammenhang wäre ferner dem Problem des *double return* Rechnung zu tragen, welcher droht, wenn der materiell zuständige Sorgerechtsrichter im Herkunftsstaat nach der erfolgten Rückführung des Kindes zum Ergebnis kommt, dass der *primary carer* den Aufenthaltsort des Kindes in den Zielstaat verlegen darf. Nach der aktuellen Fassung des Übereinkommens bildet dieses Hin und Her, welches in den seltensten Fällen im Interesse des Kindes liegt, für sich genommen keinen Ausschlussgrund im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, weil die Rückführung des Kindes in die Jurisdiktion des Herkunftsstaates gerade das zentrale Anliegen des Entführungsübereinkommens ist (vgl. Art. 1 und 16 HKÜ).³⁶¹

Wären die angesprochenen Konstellationen vom Anwendungsbereich des Haager Kindesentführungsübereinkommens ausgenommen, würde bei Verletzung eines Aufenthaltsbestimmungsrechtes die Möglichkeit der strafrechtlichen Sanktionierung verbleiben, soweit der Herkunftsstaat dies vorsieht. Eine

360 Siehe Entscheidung des *US Supreme Court* Nr. 08-645 vom 17. Mai 2010 *Abbott*; vgl. sodann die Entscheidungsverweise in EGMR Nr. 41615/07 (Grosse Kammer) vom 6. Juli 2010 *Neulinger und Shuruk* §§ 71 ff., wobei der in § 74 angeführte «Gegenentscheid» des *US Court of Appeals* i.S. *Croll* durch den vorgenannten Entscheid des *US Supreme Court* i.S. *Abbott* overruled wurde. Für weitere Nachweise siehe BEAUMONT/MCELEAVY, S. 76 ff., insb. 79 ff.; SCHWEPPE, S. 14 f.; DUREL, S. 212 f.; PIRRUNG, D 30; ZÜRCHER, S. 85 f.; BUCHER, L'enfant, Rz. 435 und 478; RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, Rz. 16.155. Auch das Bundesgericht anerkennt solche im Ausland verfügten Klauseln (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.5) und räumt umgekehrt dem schweizerischen Richter bzw. der Kindesschutzbehörde die Möglichkeit ein, gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB eine entsprechende Anordnung zu treffen (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3).

361 Vgl. ALFIERI, S. 84. Es sind indes Konstellationen denkbar, in welchen ein absehbarer *double return* das Kind in eine unzumutbare Lage im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bringt, so dass von Anfang an die Rückgabe des Kindes zu verweigern wäre (im Ergebnis ähnlich FamKomm-JAMETTI/WEBER, Anh. IPR N 199). Hingegen ist eine generelle Sistierung des Rückführungsverfahrens bis zum Abschluss des ausländischen Sorgerechtsverfahrens aufgrund des Eilgebotes nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht statthaft (BGer 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 6; ferner 5A_51/2015 vom 25. März 2015 E. 4.3).

gegen den verbringenden Elternteil ausgesprochene Strafe dürfte in den betreffenden Fällen denn auch eine adäquatere Sanktionierung für den von diesem verwirklichten Handlungsunwert darstellen als die Rückführung des Kindes, welches den Wegzug in den seltensten Fällen aktiv unterstützt hat, zu einem Elternteil, welcher bislang nicht massgeblich an der Betreuung beteiligt war.

F. Zusammenfassung

Das Thema der *Relocation* des Kindes ist so alt wie das Menschengeschlecht. Es geht um die Frage nach dem Aufenthaltsort des Kindes, wenn Eltern umziehen, insbesondere getrennt lebende Eltern. Die Antwort ist abhängig vom anwendbaren Statut. Im ZGB ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil des Sorgerechtes konzipiert. Dieses steht den Eltern grundsätzlich gemeinsam zu, folglich auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Dennoch ist die Zustimmung des anderen Elternteiles für die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes im Inland nicht nötig, soweit sie keine wesentlichen Auswirkungen auf die Ausübung des Sorgerechtes oder des persönlichen Verkehrs hat. In allen anderen Fällen bedarf es des elterlichen Konsenses oder eines gerichtlichen bzw. behördlichen Entscheides. Ferner berechtigt das grenzüberschreitende Verbringen eines Kindes den Elternteil, dessen Aufenthaltsbestimmungsrecht verletzt wurde, ein Rückführungsgesuch nach dem Haager Entführungsübereinkommen zu stellen.

Literatur

AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses: Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft, Bern 2016 (zitiert BK).

ALFIERI, Enlèvement international d'enfants, Diss. Bern 2016.

ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, La coopération internationale en matière de protection des enfants, in: La famille dans les relations transfrontalières, Zürich 2013, 69 ff.

BACH/GILDENAST, Internationale Kindesentführung, Bielefeld 1999.

BÄHLER, Direkte richterliche Kommunikation und das Internationale Haager Richternetzwerk, in: FamPra.ch 2014, S. 359 ff.

BEAUMONT/McELEVAY, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999/2004.

BÉRÉNOIS, Time to Move On?, UtrechtLawReview, Volume 8 Issue 1, Januar 2012, S. 1 ff.

- BRÄM, Zürcher Kommentar, Teilband II 1 c, Das Familienrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zürich 1998 (zitiert ZK).
- BREITSCHMID, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zitiert CHK).
- BUCHER, L'enfant en droit international privé, Genf 2003 (zitiert L'enfant).
- BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Zürich 2013, S. 1 ff. (zitiert Elterliche Sorge).
- BUCHER, in: Bucher (Hrsg.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Basel 2011 (zitiert CR).
- BÜCHLER, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB, 3. Aufl., Bern 2017 (zitiert FamKomm).
- BÜCHLER/CLAUSEN, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB, 3. Aufl., Bern 2017 (zitiert FamKomm).
- BÜCHLER/MARANȚA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter vom 11. August 2014.
- CANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Bern 2007.
- CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – erste Erfahrungen und Klippen, in: FamPra.ch 2015, S. 771 ff.
- COESTER-WALTJEN, Relocation – from Theory to Practice, in: iFamZ 2012, S. 311 ff.
- DUREL, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, in: ZKE 2012, S. 190 ff.
- ECKERT, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013 (zitiert BSK Strafrecht II).
- ENAYAT, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Loseblattsammlung, Kommentierung von Iran, Frankfurt a.M.
- EPPLER, Grenzüberschreitende Kindesentführung, Diss. Konstanz 2014.
- FASSBIND, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, in: AJP 2014, S. 692 ff.
- GEISER, Zum sogenannten «Zügelartikel» (Art. 301a ZGB), in: ZKE 2017, 87 ff.
- GLOOR, Der Begriff der Obhut, in: FamPra.ch 2015, S. 331 ff.
- GLOOR/SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra.ch 2014, S. 1 ff.

- GLOOR/SIMONI, Wohnortswechsel mit Kindern nach Trennung und Scheidung, in: Siebte Schweizer Familienrechtstage 2014, S. 243 ff.
- GLOOR/UMBRICHT LUKAS, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck (Hrsg.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Kapitel 13 Elterliche Sorge, Zürich 2016.
- GMÜR, Berner Kommentar, Teilband II 1, Familienrecht, Das Eherecht, Bern 1914.
- JAMETTI GREINER, Der neue internationale Kindeschutz in der Schweiz, in: FamPra.ch 2012, S. 277 ff.
- JAMETTI/WEBER, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zitiert FamKomm)
- KASER, Römisches Privatrecht, 15. Aufl., München 1989.
- KILDE, Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, in: recht 2015, S. 235 ff.
- KÜNG, L'enlèvement international d'enfants, in: Le droit civil dans le contexte international, Genf 2012, S. 57 ff.
- LAGARDE, Erläuternder Bericht zum Haager Kindesschutzübereinkommen, Paris 1998, publ. auf der Website der Haager Konferenz.
- LEVANTE, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998.
- MAZENAUER, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und Kindesentführung, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich 2014, S. 261 ff. (zitiert Elterliche Sorge).
- MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Diss. Freiburg 2012 (zitiert Kindesentführungen).
- MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl., Genf 2014.
- MENNE, Verbindungsrichter und internationale Richternetzwerke in der familiengerichtlichen Praxis, in: FamPra.ch 2014, S. 344 ff.
- MICHEL, in: Bächler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Basel 2012 (zitiert KUKO ZGB).
- MÖCKLI, Zum Kindeswohl als Leitmaxime bei Rückführungsanordnungen, in: iFamZ 2011, S. 124 ff. (zitiert Kindeswohl).
- MÖCKLI, Relocation: Die Schweizer Sicht, in: Tagungsband 9. Deutsch-Englischsprachige Richterkonferenz, 2012, unpublizierte Herausgabe des Bundesamtes für Justiz, S. 157 ff. (zitiert Relocation).
- PAPE, Internationale Kindesentführung, Diss. Berlin 2009.

- PÉREZ-VERA, Erläuternder Bericht zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, Madrid 1981, publ. auf der Website der Haager Konferenz.
- PIRRUNG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung der 13. Aufl., Berlin 2009, Vorbem. zu Art. 19 EG/BGB.
- PRAGER, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zitiert CHK).
- RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländer, § 16 Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, 2. Aufl., Basel 2008.
- REUSSER/GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, in: ZBJV 2012, S. 758 ff.
- SALAMA, in Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Loseblattsammlung, Kommentierung von Kuwait bzw. der Vereinigten Arabischen Emirate, Frankfurt a.M.
- SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, in: FamPra.ch 2014, S. 66 ff.
- SCHREINER, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zitiert FamKomm).
- SCHWANDER, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zitiert BSK IPRG).
- SCHWENZER/COTTIER, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014 (zitiert BSK ZGB I).
- SCHWEPPE, Kindesentführungen und Kindesinteressen, Diss. Frankfurt a.M. 2001.
- SIEHR, Entführung eines «Mündels des Gerichts» (ward of court) nach Deutschland, in: IPRax 2005, S. 526 ff.
- STETTLER, Schweizerisches Privatrecht, Band III/2, Familienrecht, Das Kindesrecht, Basel 1992.
- STRATENWERTH/WOHLER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013.
- TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013.
- ZÜRCHER, Kindesentführung und Kindesinteressen, Diss. Zürich 2005.

