Urteilskopf

117 II 334

61. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. September 1991 i.S. J. D. gegen J. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 20 Abs. 1 lit. b, Art. 64 Abs. 1, Art. 85 Abs. 1 IPRG; Art. 1 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01); internationale Zuständigkeit zur Abänderung eines Scheidungsurteils bezüglich der Kinderzuteilung.

1. Die internationale Zuständigkeit der Schweiz für Klagen auf Abänderung von Scheidungsurteilen hinsichtlich der Kinderzuteilung beurteilt sich aufgrund von Art. 64 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 IPRG nach Art. 1 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (E. 3).

2. Nach Art. 1 dieses Übereinkommens kommt es für die Zuständigkeit darauf an, in welchem Staat ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts in einem Fall von unberechtigter Entfernung des Kindes von seinem bisherigen Aufenthaltsort beim Inhaber der elterlichen Gewalt (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 20 al. 1 let. b, art. 64 al. 1, art. 85 al. 1 LDIP; art. 1er de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01); compétence internationale quant à la modification d'un jugement de divorce concernant l'attribution des enfants.

1. La compétence internationale de la Suisse pour connaître d'une action en modification d'un jugement de divorce portant sur l'attribution des enfants se détermine en application des art. 64 al. 1 et 85 al. 1 LDIP d'après l'art. 1er de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (consid. 3).

2. D'après l'art. 1er de cette convention, c'est l'Etat dans lequel le mineur a sa résidence habituelle qui est compétent. Détermination de la résidence habituelle dans un cas où l'enfant est éloigné sans droit de son lieu de résidence sis jusqu'alors auprès du détenteur de l'autorité parentale (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 20 cpv. 1 lett. b, art. 64 cpv. 1, art. 85 cpv. 1 LDIP; art. 1 della Convenzione dell'Aia concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni (RS 0.211.231.01); competenza internazionale per la modifica di una sentenza di divorzio per quanto riguarda l'attribuzione dei figli.

1. La competenza internazionale della Svizzera per decidere su di un'azione tendente alla modifica di una sentenza di divorzio per quanto riguarda l'attribuzione dei figli va determinata, in applicazione degli art. 64 cpv. 1 e 85 cpv. 1 LDIP, secondo l'art. 1 della Convenzione dell'Aia concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni (consid. 3).

2. Secondo l'art. 1 di tale convenzione, è competente lo Stato di dimora abituale del minorenne. Determinazione della dimora abituale in un caso in cui il figlio è stato allontanato illecitamente dal suo luogo di dimora, che era sino ad allora quello del titolare dell'autorità parentale (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 335

BGE 117 II 334 S. 335

A.- Durch das Scheidungsurteil eines Amtsgerichts in der Bundesrepublik Deutschland wurde der Sohn T. der Eheleute J. dem Vater zugeteilt. Ungeachtet dieser Anordnung behielt die

BGE 117 II 334 S. 336

geschiedene Ehefrau den Sohn, der sich Anfang 1990 an ihrem Wohnsitz im Kanton Zürich aufhielt, bei sich. Sie stellte bei der Fremdenpolizei des Kantons Zürich das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, das indessen abgewiesen wurde. Nachdem der Sohn erneut einige Wochen bei seinem Vater in Deutschland verbracht hatte, holte ihn die Mutter wieder in die Schweiz zurück. Er befindet sich seit Anfang August 1990 "ferienhalber" irgendwo im Ausland, wohin die Mutter ihn verbracht hatte, weil sie befürchtete, der Vater werde den Knaben gegen seinen Willen zu sich nehmen.

B.- Ende April 1990 hatte die geschiedene Ehefrau J. Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils eingereicht, womit sie die Übertragung der elterlichen Gewalt über den Sohn T. an sich selber verlangte. Das Bezirksgericht trat jedoch auf die Klage mangels internationaler Zuständigkeit nicht ein, und das Obergericht des Kantons Zürich wies einen von der Klägerin hiegegen gerichteten Rekurs ab und bestätigte den erstinstanzlichen Beschluss. Das Bundesgericht, das die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte ebenfalls verneinte, wies die Berufung der Klägerin ab und bestätigte den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Das Obergericht des Kantons Zürich und die Parteien gehen zutreffend davon aus, dass sich die internationale Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegenden Klage auf Abänderung des in der Bundesrepublik Deutschland gefällten Scheidungsurteils nach dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) richtet. Die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat am 8. Dezember 1983 im Fall Christ gegen Mills entschieden, dass die Abänderung der vom ausländischen Scheidungsrichter getroffenen Kinderzuteilung sachlich in den Anwendungsbereich des erwähnten Übereinkommens fällt und die Zuständigkeit des mit einer solchen Klage befassten schweizerischen Richters sich somit nach dem Übereinkommen beurteilt (BGE 109 II 378 ff. E. 4). Daran hat sich mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) am 1. Januar 1989 nichts geändert. Art. 64 Abs. 1 IPRG, der die Zuständigkeit der

BGE 117 II 334 S. 337

schweizerischen Gerichte für die Ergänzung oder Abänderung von Scheidungsurteilen regelt, behält Art. 85 IPRG über den Minderjährigenschutz ausdrücklich vor, und Abs. 1 der letzteren Bestimmung erklärt für den Schutz von Minderjährigen das Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 als anwendbar (vgl. auch ANTON K. SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, 2. Auflage Zürich 1990, S. 77 f.).

4. Gemäss Art. 1 MSA sind die Gerichte des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zur Anordnung von Schutzmassnahmen zuständig. Unter diese Zuständigkeit fällt, wie sich aus der vorstehenden Erwägung ergibt, auch die Abänderung einer vom Scheidungsrichter vorgenommenen Kinderzuteilung. Die Zuständigkeit des Bezirksgerichts zur Beurteilung der Abänderungsklage hängt somit davon ab, ob der Sohn der Parteien im Zeitpunkt der Klageeinleitung - das heisst, am 26. April 1990 - seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz gehabt hat (BGE 109 II 380 f. E. 5a). Nach dem zitierten Entscheid darf die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz nicht leichthin als erfüllt betrachtet werden, und zwar umso weniger, als das widerrechtliche Vorenthalten eines Kindes nach Art. 3 Abs. 1 lit. a des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02), das für die Schweiz am 1. Januar 1984 in Kraft getreten ist, als eine Form von Kindesentführung betrachtet wird (a.a.O., S. 381). a) Ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat eine Person nach der Legaldefinition von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit von vornherein befristet ist. Was unter längerer Zeit zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Gesetz nicht und ist daher aufgrund der Verhältnisse des einzelnen Falles zu bestimmen. Dabei kommt es auf den Zusammenhang an, in welchem sich die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt stellt. Allgemein kann gesagt werden, dass stärker als beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein und weniger auf subjektive Momente, insbesondere den Willen, abzustellen ist (SCHNYDER, a.a.O., S. 43, unter Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft zum IPRG). Massgebend ist aber grundsätzlich wie beim Wohnsitz, wo sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse befindet (VISCHER, Internationales Privatrecht, in: SPR Bd. I, S. 544 f.; STEFAN SCHLOSSHAUER-SELBACH, Entführung des gemeinsamen Kindes nach Deutschland, SJZ 78/1982, S. 75).

BGE 117 II 334 S. 338

b) Im vorliegenden Fall hat der Aufenthalt des Sohnes der Parteien am Wohnort der Klägerin bis zur Klageeinleitung rund dreieinhalb Monate (vom 12. Januar bis 26. April 1990) gedauert. Diese Zeitdauer wird von der Vorinstanz mit Recht als zu gering betrachtet, um den gewöhnlichen Aufenthalt des Knaben bei seiner Mutter begründen zu können. Es muss in diesem Zusammenhang nicht grundsätzlich dazu Stellung genommen werden, ob ein gewöhnlicher Aufenthalt überhaupt begründet werden könne, wenn ein Kind dem Elternteil, dem die elterliche Gewalt zusteht, gegen dessen Willen vom andern Elternteil entzogen wird. In BGE 109 II 381 f. E. 5b ist diese Möglichkeit an sich bejaht worden. Hier genügt es, in Übereinstimmung mit BGE 109 II 380 f. E. 5a hervorzuheben, dass beim widerrechtlichen Vorenthalten eines Kindes gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts gewiss nicht leichthin als gegeben zu betrachten ist. Mit der unberechtigten Entfernung des Kindes von seinem bisherigen Aufenthaltsort wird sein Lebensmittelpunkt schon deshalb nicht ohne weiteres an den neuen Aufenthaltsort verlegt, weil damit zu rechnen ist, dass sich der Inhaber der elterlichen Gewalt mit der Wegnahme des Kindes nicht abfinden, sondern sich dagegen zur Wehr setzen wird. Der Aufenthalt des Kindes am neuen Ort ist somit von einer grossen Unsicherheit geprägt, die der Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthalts - auf jeden Fall in einer ersten Phase - entgegensteht. Diese Unsicherheit ist im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt worden, dass der Sohn in der Schweiz nur hätte bleiben können, wenn er als deutscher Staatsangehöriger von der Fremdenpolizei eine Bewilligung für einen längeren Aufenthalt als von drei Monaten hätte erhalten können. Es bestand jedoch von vornherein keinerlei ernsthafte Aussicht darauf, dass das Gesuch der Klägerin um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ohne das Einverständnis des Inhabers der elterlichen Gewalt bewilligt würde. War aber nicht damit zu rechnen, dass der Knabe sich für längere Dauer bei der Klägerin würde aufhalten können, so befand sich sein Lebensmittelpunkt und damit sein gewöhnlicher Aufenthalt nicht in der Schweiz - und zwar selbst dann nicht, wenn bis zur weiteren Klärung der Situation mehrere Monate verstrichen. Darauf, ob die Fremdenpolizei bereits Massnahmen ergriffen habe, um den Knaben ausser Landes zu schaffen, kann es anderseits entgegen

den Ausführungen in der Berufungsschrift nicht entscheidend ankommen.

BGE 117 II 334 S. 339

c) Zuzustimmen ist der Vorinstanz auch darin, dass selbst bei Berücksichtigung des Zeitraumes nach der Einleitung der Abänderungsklage ein gewöhnlicher Aufenthalt des Knaben in der Schweiz nicht angenommen werden kann. Nach den Feststellungen im angefochtenen Beschluss holte der Beklagte ihn am 17. Juli, eventuell schon am 16. Juni 1990, also nur zwei bis drei Monate nach Anhebung der Abänderungsklage durch die Klägerin, nach Deutschland zurück. Dass die Klägerin den Sohn zwei Wochen später erneut in die Schweiz kommen liess, vermag den anschliessenden Aufenthalt bei seiner Mutter schon deshalb nicht zu einem gewöhnlichen zu machen, weil er nur von ganz kurzer Dauer war. Die Klägerin verbrachte den Knaben in der Folge irgendwohin ins Ausland, weil sie befürchtete, der Beklagte würde sein Recht auf Obhut andernfalls durchsetzen. Diese Unterbringung im Ausland steht der Konstruktion eines gewöhnlichen Aufenthalts des Knaben in der Schweiz, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, entgegen. Selbst wenn die Klägerin ihn am ausländischen Aufenthaltsort mehrmals besucht haben sollte, wie sie im kantonalen Verfahren geltend gemacht hat, kann darin entgegen den Ausführungen in der Berufungsschrift nicht die Ausübung einer faktischen Obhut durch die Klägerin erblickt werden, die für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von irgendwelcher Bedeutung wäre. Der Sohn hatte seinen Lebensmittelpunkt während seines Aufenthalts im Ausland jedenfalls nicht in der Schweiz, und dies ist unter dem Gesichtspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts allein massgebend. Die Vorinstanz hatte unter diesen Umständen keinen Anlass zu einer näheren Abklärung der Verhältnisse, weshalb sich der mit der Berufung erhobene Vorwurf der Verletzung der Offizialmaxime als unbegründet erweist.
d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Aufenthalt des Sohnes in der Schweiz bis zur Einleitung der Abänderungsklage auch unter Berücksichtigung des nachfolgenden Zeitraumes als zuwenig lang und zuwenig stabil erweist, um - jedenfalls unter den hier gegebenen Verhältnissen - als gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von Art. 1 MSA anerkannt werden zu können. Die Vorinstanz hat den Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichts demzufolge mit Recht bestätigt. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob das Verhalten der Klägerin im Falle, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz zu bejahen wäre, nicht als offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu betrachten wäre und aus

BGE 117 II 334 S. 340

diesem Grund keinen Rechtsschutz finden könnte. Es lässt sich nicht übersehen, dass verschiedene Tatbestandselemente für einen Rechtsmissbrauch sprechen, hat die Klägerin doch insbesondere einen Besuch des Knaben bei ihr dazu benützt, ihn entgegen der mit dem Vater getroffenen Vereinbarung bei sich zu behalten. Durch den Rückzug ihrer in Deutschland hängigen Klage hat sie eine Klärung der Rechtslage vorerst verhindert, um in der Schweiz eine richterliche Zuständigkeit zu begründen.