

## **Entzug der aufschiebenden Wirkung beim Entscheid über die Erlaubnis zum Wegzug mit dem Kind ins Ausland (Art. 301a i.V.m. Art. 450c ZGB)**

### **Empfehlungen des KOKES-Arbeitsausschusses vom 6. Februar 2023**

*Die vorliegenden Ausführungen nehmen Bezug auf das Urteil des EGMR vom 8. Februar 2022<sup>1</sup> und zeigen auf, wie die Umsetzung in der Praxis erfolgen kann. Es wird empfohlen, die aufschiebende Wirkung nicht oder nur mit grosser Zurückhaltung zu entziehen.*

#### **1. Ausgangslage**

a) Nach Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB bedarf es der Zustimmung der KESB (oder ggf. des Zivilgerichts), wenn bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Elternteil ohne Zustimmung des anderen Elternteils den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland wechseln möchte. Der Entscheid der KESB ist nach Art. 450 ZGB anfechtbar und der betreffenden Beschwerde kommt grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu, doch kann die KESB bei Erlass der Verfügung gemäss Art. 450c ZGB die aufschiebende Wirkung entziehen. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist auch durch die Rechtsmittelbehörde möglich (ferner auch die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung), sobald diese durch Einreichung eines Rechtsmittels zuständig ist.

b) Zieht der eine Elternteil aufgrund des vollstreckbaren Entscheids der KESB ins Ausland und handelt es sich dabei um einen Vertragsstaat des Haager Kinderschutzübereinkommens (HKsÜ), begründet dies gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ die Zuständigkeit des neuen Aufenthaltsstaates und das Verfahren vor den schweizerischen Gerichten wird gegenstandslos (BGE 143 III 193 E. 2). Diesfalls kann in der Schweiz weder der Entscheid der KESB über die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts materiell überprüft noch die Rechtmässigkeit des von der KESB angeordneten Entzugs der aufschiebenden Wirkung gerichtlich beurteilt werden.

c) Mit Entscheid vom 8. Februar 2022 hat der EGMR festgehalten (in Anfechtung von BGE 143 III 193), dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch eine KESB dann Art. 6 EMRK verletzt, wenn (bspw. durch den Wegzug in einen HKsÜ-Staat und der damit verbundenen Gegenstandslosigkeit des Verfahrens) dieser Entscheid nie von einem Gericht überprüft werden kann und die den Entzug der aufschiebenden Wirkung verfügende KESB kein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK darstellt. In solchen Fällen müsse sichergestellt sein, dass der betroffene Elternteil die Möglichkeit hat, sich an ein Gericht zu wenden, bevor der Entzug der aufschiebenden Wirkung in Kraft tritt, und dass er auf das entsprechende Verfahren aufmerksam gemacht wird (EGMR vom 8.2.2022 i.S. Roth vs. Suisse, § 67).

d) Das Bundesgericht betont in BGE 142 III 732 (in Bezug auf die KESB im Kanton Thurgau) den Unterschied zwischen formellen und materiellen Gerichten. Formelle Gerichte sind dabei in die Judikative eingebaut und damit Teil der traditionellen Gerichtsorganisation. Den Anforderungen von Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR jedoch ein Gericht im materiellen Sinn und damit jede «Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein.» (BGE 142 III 732 E. 3)

e) Es ist diskutabel, ob alle KESB Gerichte im materiellen Sinn darstellen. Solange diese Frage unklar ist, kann – nicht nur, aber namentlich für KESB, welche den (materiellen) Gerichts begriff nicht ohne weiteres erfüllen – folgendes Vorgehen empfohlen werden:

<sup>1</sup> Urteil Roth vs. Schweiz, Beschwerde-Nr. 69444/17.

## 2. Empfehlungen

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung nach Art. 450c ZGB nur bei Dringlichkeit und unter Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzusehen. Unbedingt eine Ausnahme bilden muss der Entzug der aufschiebenden Wirkung, wenn durch den Umzug in einen HKsÜ-Staat die Jurisdiktion wechselt und damit die Gegenstandslosigkeit des schweizerischen Verfahrens droht (BGE 144 III 469 E. 4.2; BGer 5A\_520/2017 E. 3.2; BGE 143 III 193 E. 4); dies prinzipiell unabhängig von einer formell-gerichtlichen, materiell-gerichtlichen oder allenfalls nicht-gerichtlichen Struktur der Entscheidungsbehörde.

b) Die KESB, die den oben in Ziff. 1d erwähnten Anforderungen eines materiellen Gerichts entsprechen, könnten den Entzug der aufschiebenden Wirkung mit Wirkung ab Entscheidungseröffnung mit der gebotenen grossen Zurückhaltung anordnen. Bei KESB, die den oben in Ziff. 1d erwähnten Anforderungen eines materiellen Gerichts nicht entsprechen, darf der Entzug der aufschiebenden Wirkung hingegen erst in Kraft treten, wenn der Betroffene bei der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz diese Anordnung nicht angefochten resp. das zuständige Gericht den Entzug bestätigt hat.

c) Diese Zweiteilung ist im Resultat unbefriedigend, zumal auch nicht immer zum vorneherein klar ist, welche KESB die Kriterien eines Gerichts im materiellen Sinn erfüllt. In dieser Situation ist - gerade auch im Sinne der oben in Ziff. 2a angesprochenen Zurückhaltung - zu empfehlen, einer Erlaubnis zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes (ins [jurisdiktionsablösende] Ausland) die aufschiebende Wirkung prinzipiell nicht zu entziehen und aber bei Bedarf ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass ein solcher Entzug bei der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz (allenfalls superprovisorisch) beantragt werden kann.

Wird ausnahmsweise - wie oben in Ziff. 2a erwähnt nur im äussersten Notfall - die aufschiebende Wirkung dennoch entzogen, ist darauf hinzuweisen, dass bei der Rechtsmittelinstanz die (ggf. superprovisorische) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt werden kann.