Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.367/2005 /ast

Urteil vom 15. November 2005
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Nordmann, Escher,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber Levante.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Vogel-Etienne,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Daetwyler,
Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Kindesrückführung,

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 30. September 2005 (NL050087/U).

Sachverhalt:
A.
Am 27. Mai 2005 verbrachte X._____ ihre Kinder A._____, geboren am 29. März 2002, und B._____, geboren am 8. März 2004, aus Italien in die Schweiz, wo sie seither mit ihnen lebt. Sie machte am 6. Juni 2005 beim Bezirksgericht Meilen ein Eheschutzverfahren anhängig. Der in Italien lebende Ehemann und Vater der Kinder, Y._____, verlangte am 5. Juli 2005 beim Bezirksgericht die sofortige Rückführung der beiden Kinder nach Italien als früherem Aufenthaltsstaat. Mit Verfügung vom 13. Juli 2005 befahl der Einzelrichter am Bezirksgericht, die beiden Kinder nach Italien zurückzubringen oder zurückbringen zu lassen. Gegen diese Verfügung erhob X._____ Rekurs. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, wies den Rekurs mit Beschluss vom 30. September 2005 ab. Es bestätigte die erstinstanzliche Rückführungsverfügung (Dispositiv-Ziffer 1) und befahl X._____, die beiden Kinder innert 15 Tagen ab Zustellung des Beschlusses auf ihre Kosten nach Italien zurückzuführen oder dem Vater der Kinder zur Rückführung zu übergeben; weiter beschloss es über die Modalitäten der Rückführung.

X._____ führt mit Eingaben vom 5. Oktober und 2. November 2005 staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von u.a. Art. 9 BV und des HEntfÜ und beantragt dem Bundesgericht, den angefochtenen Beschluss aufzuheben. Weiter ersucht sie um aufschiebende Wirkung.

Der Beschwerdegegner und das Obergericht widersetzten sich mit Stellungnahmen vom 7. Oktober 2005 dem Gesuch um aufschiebende Wirkung.

Mit Präsidialverfügung vom 17. Oktober 2005 wurde der staatsrechtlichen Beschwerde aufschiebende Wir-

kung zuerkannt.

Vernehmlassungen zur Beschwerde sind nicht eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Auseinandersetzung über die Rückführung eines Kindes nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HEntfÜ; SR 0.211.230.02) stellt keine Zivilrechtsstreitigkeit dar. Es geht in diesem Verfahren vielmehr um eine Art administrative Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten. Damit steht gegen Entscheide über Rückführungsgesuche die Berufung nicht offen, so dass sich die staatsrechtliche Beschwerde als zulässig erweist (BGE 123 II 419 E. 1a S. 421).
1.2 Gemäss Art. 86 Abs. 1 ist die staatsrechtliche Beschwerde nur gegen letztinstanzliche Entscheide zulässig.
1.2.1 Aus dem Urteil 5P.263/2002 des Bundesgerichts vom 31. Januar 2003 geht hervor, dass das Kassationsgericht des Kantons Zürich Nichtigkeitsbeschwerden, mit welchen die Verletzung von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen sowie willkürliche Beweiswürdigung gerügt wird (vgl. § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO/ZH), in Kindesrückführungssachen als zulässig beurteilt. Im angefochtenen Beschluss hat das Obergericht indessen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht in Kindesrückführungssachen für ausgeschlossen erachtet. Rückführungsverfahren seien nach der Praxis des Obergerichts (ZR 1989 Nr. 24; 2004 Nr. 14) nicht als Befehle (im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO/ZH), sondern als vorsorgliche Massnahmen zu verstehen; folglich sei die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 284 Ziff. 7 ZPO/ZH). Das Obergericht führt keine entsprechende (neue) Praxis des Kassationsgerichts an.
1.2.2 Die Frage, ob gewisse, von der Beschwerdeführerin erhobene Rügen (Aktenwidrigkeit, Willkür in der Tatsachenfeststellung bzw. Beweiswürdigung) mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht erhoben werden können, braucht nicht geprüft zu werden, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist (BGE 120 Ia 194 E. 1d S. 198).
1.3 Bei der Staatsvertragsbeschwerde überprüft das Bundesgericht Konventionsverletzungen frei (BGE 130 III 489 E. 1.4 S. 492; 126 III 438 E. 3 S. 439). Die Kognition hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen beschränkt sich auf eine Willkürprüfung, falls sich die Beschwerde - wie hier - gegen den Entscheid einer gerichtlichen Instanz richtet (BGE 129 I 110 E. 1.3 S. 111 f.). In der Würdigung von Beweisen steht dem kantonalen Richter ein grosses Ermessen zu. Willkürliche Beweiswürdigung liegt nicht schon dann vor, wenn vom Sachrichter gezogene Schlüsse nicht mit der Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, sondern wenn sie offensichtlich unhaltbar ist, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder auf einem offenbaren Versehen beruht (BGE 105 Ia 190 E. 2a mit Hinweisen; 116 Ia 85 E. 2b S. 88; 128 I 81 E. 2 S. 86). Die Beweiswürdigung gilt namentlich dann als willkürlich, wenn der Sachrichter aus dem Ergebnis des Beweisverfahrens voreilige Schlüsse zieht (BGE 101 Ia 545 E. 4d S. 551 f.; 118 Ia 28 E. 1b S. 30 mit Hinweisen) oder wenn er einseitig einzelne Beweise berücksichtigt und andere, aus denen sich Gegenteiliges ergeben könnte, ausser Betracht lässt (BGE 112 Ia 369 E. 3 S. 371; 118 Ia 28 E. 1b
S. 30).
1.4 Soweit die Beschwerdeführerin auf ihre Eingabe im kantonalen Verfahren verweist, genügt die staatsrechtliche Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht und es kann darauf nicht eingetreten werden (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG).
1.5 Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 29 und Art. 30 BV geltend. Auf diese nicht substantiierten und in der Beschwerdeergänzung nicht mehr aufrechterhaltenen Rügen kann nicht eingetreten werden (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG).
2.
Die Beschwerdeführerin rügt als aktenwidrig und willkürlich (Art. 9 BV), wenn das Obergericht (auf S. 20 des angefochtenen Beschlusses) festgestellt habe, die Kinder hätten sich vom ca. 8. [recte: 18.]Dezember 2004 bis 26. Mai 2005in Italien aufgehalten. In der persönlichen Befragung hätten die Parteien bestätigt, dass sie sich tatsächlich nur in der Zeit vom Februar 2005 bis Mai 2005 mehr oder weniger gemeinsamin Italien aufgehalten hätten. Der Aufenthalt der Kinder in Italien habe tatsächlich nur zwischen drei und vier Monatengedauert und die Kinder seien nach den Bestätigungen am 18. März 2005 in Zumikon angemeldet worden.
2.1 Die Dauer bzw. der eigentlich strittige Beginn des Aufenthalts der Kinder in Italien ist Tatfrage. Das Obergericht hat dazu (auf S. 20 des angefochtenen Beschlusses) festgehalten, dass in den amtlichen Abmeldebestäti-

gungen der Wegzug für alle vier Familienmitglieder auf den 18. Dezember 2004 terminiert sei. Dieses Datum beruht nicht auf Versehen oder offenkundigem Fehler, sondern geht aus den in Akten liegenden Schriftstücken hervor.
2.2 Die Rüge, dass das Obergericht eine Aussage der Parteien anlässlich der persönlichen Befragung - gemeint wohl - vor dem Bezirksgericht (Protokoll) in unhaltbarer Weise übergangen habe, geht fehl. Die Beschwerdeführerin erklärte (Protokoll S. 6 bis 8): Ïm Januar gaben wir die Wohnung ab, nachdem wir über Weihnachten/Neujahr längere Ferien in Italien gemacht hatten.Ünd weiter: Ïm Januar, als wir die Wohnung zurückgaben, kamen die Kinder mit in die Schweiz. Im Februar lebten sie in Italien.˙ Auf die Frage, wo die Kinder in den Monaten März bis Mai gelebt hätten, antwortete sie: Ïe Kinder lebten in Italien.˙ Weiter hat das Obergericht festgehalten, dass gemäss Bestätigung der Kinderkrippe, die grössere Tochter Ïitte Dezember ... aus der Kinderkrippe genommen wurde, da die Familie nach Italien auswandern wolle.˙ Vor dem Hintergrund der verschiedenen Beweismittel (Aussagen, Dokumente) kann keine Rede davon sein, das Obergericht habe einseitig einzelne Beweise berücksichtigt und andere, aus denen sich Gegenteiliges ergeben könnte, ausser Betracht gelassen, wenn es in tatsächlicher Hinsicht angenommen hat, die Kinder hätten sich seit dem 18. Dezember 2004 (bis zum unstrittigen 26.Mai 2005) in Italien aufgehalten. Die
Willkürrüge ist unbegründet.
2.3 Soweit die weitere Kritik der Beschwerdeführerin (wie betreffend Schlussfolgerungen über den Daseinsmittelpunkt der Kinder oder die Einwilligung des Beschwerdegegners zum Verbringen der Kinder in die Schweiz) auf den Vorwurf einer Verletzung des Staatsvertrages hinausläuft, kann auf eine Rüge willkürlicher Beweiswürdigung nicht eingetreten werden.
3.
Das Obergericht hat in Bezug auf die Anwendbarkeit des HEntfÜ geprüft, ob die Kinder vor dem Verbringen in die Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hatten. Es hat festgehalten, die Parteien seien nach Italien übersiedelt, um eine Kleinpension zu betreiben. Der Aufenthalt in Italien sei zumindest für längere Zeit geplant gewesen, zumal die Beschwerdeführerin in der Schweiz nur noch eine kleine Wohnung und ihre (Teilzeit-) Arbeitsstelle behalten hatte. Die Kinder hätten sich ŕund sechs Monateb̈zw. c̈a. vom 18. Dezember 2004 bis 26.Mai 2005ïn Italien aufgehalten. Das Obergericht hat geschlossen, dass die Kinder in Italien gewöhnlichen Aufenthalt begründet hätten und das Abkommen gemäss Art. 4 HEntfÜ zur Anwendung komme. Was die Widerrechtlichkeit des Verbringens der Kinder in die Schweiz anbelangt, so hat das Obergericht festgehalten, es sei unstrittig, dass den Parteien als verheirateten Eltern das Sorgerecht für die beiden Kinder gemeinsam zustand. Sodann sei der Beschwerdegegner vor dem Verbringen in die Schweiz im Rahmen des gemeinsamen Haushaltes in einer laufenden und täglichen Beziehung zu den tagsüber fremdbetreuten Kindern gestanden, d.h. er habe sich mit ihnen beschäftigt bzw. die Abende mit ihnen verbracht und
sie schlafen gelegt, zumal er während der arbeitsbedingten Abwesenheit der Beschwerdeführerin häufig der allein anwesende Elternteil gewesen sei. Der Beschwerdegegner habe das Sorgerecht vor dem Verbringen der Kinder in der Schweiz tatsächlich ausgeübt. Das Obergericht hat gefolgert, dass das Verbringen widerrechtlich im Sinne von Art. 3 HEntfÜ sei. Schliesslich hat das Obergericht betreffend die Verweigerungsgründe gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a und b HEntfÜ erwogen, aus den Äusserungen und dem Verhalten des Beschwerdegegners lasse sich keine Zustimmung zum Verbringen der Kinder in die Schweiz ableiten, und die Kinder würden trotz ihres niedrigen Alters durch die Rückführung nicht schwerwiegend gefährdet oder in eine unzumutbare Lage gebracht.
4.
Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Anwendung des HEntfÜ bzw. die Rückführung der Kinder seien ausgeschlossen, weil mit Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Meilen vom 27. Juni 2005 betreffend Eheschutz die beiden Kinder ïm Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkungb̈ereits unter die Obhut der Mutter gestellt worden seien. Sie macht zum einen geltend, die betreffende Verfügung sei nach wie vor wirksam, weil die vom Eheschutzrichter am 13. Juli 2005 verfügte Aufhebung der früheren einstweiligen Verfügung einen krassen Verstoss gegen Art. 16 HEntfÜ darstelle. Zum anderen beruft sich die Beschwerdeführerin darauf, dass die einstweilige Verfügung vom 27. Juni 2005 erlassen worden sei, bevor der Beschwerdegegner am 5. Juli 2005 den Rückführungsantrag eingereicht habe. Dem Beschwerdegegner sei die Obhut am 5. Juli 2005 gar nicht mehr zugestanden, so dass er sich vergeblich auf die Widerrechtlichkeit des Verbringens der Kinder in die Schweiz gemäss Art. 3 HEntfÜ berufe. Mit der angefochtenen Rückführungsanordnung sei daher eine gerichtliche Obhutszuteilung ausser Kraft gesetzt worden.

4.1 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin gehen ins Leere. Anfechtungsgegenstand der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde ist der obergerichtliche Rückführungsentscheid, mit welchem der erstinstanzliche Rückführungsentscheid vom 13. Juli 2005 bestätigt wurde. Die ebenfalls am 13. Juli 2005 (am Tag des Erlasses des erstinstanzlichen Rückführungsentscheides) angeordnete Aufhebung der einstweiligen Verfügung betreffend Obhut ist nicht Gegenstand des Rückführungsverfahrens, sondern des Eheschutzverfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin den vom Eheschutzrichter verfügten Widerruf der einstweiligen Verfügung betreffend Obhut kritisiert und ihm eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 BV vorwirft, kann auf ihre Vorbringen nicht eingetreten werden.
4.2 Im Übrigen kann die Beschwerdeführerin nichts für sich aus dem Umstand ableiten, dass ihr am 27. Juni 2005 die Obhut für die Kinder einstweilig zugeteilt und der Rückführungsantrag erst danach, am 5. Juli 2005 gestellt worden ist. Ist den Gerichten oder Verwaltungsbehörden des Vertragsstaats, in den das Kind verbracht oder in dem es zurückgehalten wurde, das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes im Sinn des Art. 3 HEntfÜ mitgeteilt worden, so dürfen sie keine Sachentscheidung über das Sorgerecht treffen, solange nicht entschieden ist, dass das Kind aufgrund dieses Übereinkommens nicht zurückzugeben ist, oder sofern innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung kein Antrag nach dem Übereinkommen gestellt wird (Art. 16 HEntfÜ). Eine Mitteilung liegt namentlich im Antrag nach Art. 8 HEntfÜ (bei den zentralen Behörden) oder - wie hier der Beschwerdegegner vorgegangen ist - nach Art. 29 HEntfÜ unmittelbar bei den Gerichten oder Verwaltungsbehörden, gleichviel ob dies in Anwendung des Übereinkommens oder unabhängig davon erfolgt. Die Mitteilung bewirkt, dass Sorgerechtsanträge unzulässig sind bzw. dass in einem Sorgerechtsverfahren keinerlei Sachentscheidung mehr ergehen darf. Dieses Verfahren ist mindestens
auszusetzen (Jörg Pirrung, in: von Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Berlin 1994, N. 692 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB) und darf erst eingeleitet werden bzw. fortgesetzt werden, wenn der Rückführungsantrag rechtskräftig abgewiesen wurde (Pirrung, a.a.O., N. 694 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB). Die Beschwerdeführerin könnte demnach aus der im Eheschutzverfahren ergangenen einstweiligen Verfügung betreffend Obhut nichts für die Rechtmässigkeit der Anwesenheit der Kinder ableiten, selbst wenn die Verfügung nicht widerrufen worden wäre. Von einer Verletzung von Art. 16 HEntfÜ kann keine Rede sein. Vielmehr wäre die Bestimmung verletzt worden, wenn der kantonale Richter den Rückführungsantrag wegen der vorangegangenen einstweiligen Verfügung abgewiesen hätte.
5.
Das HEntfÜ ist in seinem Anwendungsbereich beschränkt auf Kinder, welche unmittelbar vor einer Verletzung des Sorge- oder Besuchsrechts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatten und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Art. 4 HEntfÜ). Strittig ist, ob das HEntfÜ auf die beiden Kinder anwendbar ist. Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht vor, zu Unrecht den gewöhnlichen Aufenthalt der beiden Kinder in Italien (als Vertragsstaat) angenommen zu haben.
5.1 Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im Sinne des HEntfÜ entspricht dem Anknüpfungsbegriff wie er im Minderjährigenschutzabkommen (MSA; SR 0.211.231.01) und anderen Haager Übereinkommen verwendet wird (Elisa Pérez-Vera, Rapport explicatif, in: Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quatorzième session, Bd. III, Enlèvement d'enfants, Den Haag 1982, Ziff. 66 S. 445). Der gewöhnliche Aufenthalt wird dabei nicht nach Art. 20 IPRG, sondern vertragsautonom ausgelegt. Es ist darunter der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen (BGE 110 II 119 E. 3 S. 122: Ïe centre effectif de la vie et de ses attaches¨; vgl. BGE 117 II 334 E. 4d S. 339), welcher sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder aus der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts und der damit zu erwartenden Integration ergibt (Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. II: Besonderer Teil, St. Gallen 1997, S. 139 Rz. 324).
5.2 Nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil haben sich die beiden Kinder vom ca. 18. Dezember 2004 bis 26. Mai 2005 in M._____/Italien aufgehalten. Während dieser etwa fünfeinhalb Monate lebten sie zusammen mit ihren Eltern. Dabei kümmerte sich der Beschwerdegegner tagsüber offenbar um den geplanten Betrieb der Kleinpension, und die in der Schweiz teilzeitlich arbeitstätige Beschwerdeführerin kehrte jede zweite Woche und an den verlängerten Wochenenden zur Familie heim. Tagsüber wurden die Kinder zum Teil von einem Kindermädchen betreut; zum Teil besuchten sie eine örtliche Kinderkrippe.
5.3 Die Lebensumstände der beiden Kinder legen nahe, dass sie gewöhnlichen Aufenthalt in Italien begründet haben. Der Mittelpunkt der Lebensführung von Kindern wird in entscheidender Weise von den tatsächlichen familiären Bindungen geprägt (Andreas Bucher, L'enfant en droit international privé, Genf 2003, S. 120 Rz.

332); dies trifft gerade für sehr kleine Kinder zu. Vorliegend lebten die beiden (damals ein- bzw. dreijährigen) Kinder zusammen mit ihren Eltern in Italien im gleichen Haushalt; daran ändert nichts, dass sie tagsüber fremdbetreut worden sind und allein die Beschwerdeführerin zeitweise abwesend war. In ihrer arbeitsfreien Zeit war die Beschwerdeführerin regelmässig in Italien, wo die Kinder lebten. Die tatsächlichen familiären Bindungen der beiden noch kleinen Kinder konzentrierten sich demnach in Italien. Daran vermag - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - auch die Rückreise in die Schweiz zur kinderärztlichen Konsultation (Impfung) nichts zu ändern. Im Übrigen ist nichts über weitere familiäre Bindungen (z.B. zu Grosseltern) in der Schweiz festgestellt. Sodann wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass im Sinne einer Faustregel ein tatsächliches Verweilen (im Herkunftsstaat) von ungefähr sechs
Monaten geeignet ist, dass ein Aufenthaltsort eines Kindes zu dessen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen wird (Ivo Schwander, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996, N. 29 zu Art. 85, mit Hinweis auf Jan Kropholler, in: von Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Berlin 1994, N. 130 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB; Monique Jametti Greiner, in: Gerhard Walter/Monique Jametti Greiner/Ivo Schwander, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Texte und Erläuterungen, 8. Ergänzungslieferung Dezember 2000, N. 16 zu Kap. 15 E). Die Kinder haben rund fünfeinhalb Monate zusammen mit ihren Eltern in Italien gelebt. Vor dem Hintergrund, dass am 26. Mai 2005 ein Aufenthalt der beiden Kinder von nicht nur geringer Dauer und hinreichend stabile Beziehungen in familiärer Hinsicht in Italien vorlagen, ist die Annahme des Obergerichts, dass im massgebenden Zeitpunkt der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder in Italien gelegen habe, mit dem HEntfÜ vereinbar.

5.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Obergericht habe übergangen, dass die Parteien sich lediglich zu einem Ferien- bzw. Erholungsaufenthalt nach Italien begeben hätten, und es habe zu Unrecht angenommen, dass die Parteien nach Italien übersiedelt und dort einen länger dauernden Aufenthalt geplant hätten. Diese Vorbringen gehen ins Leere. Ein Kind begründet im Normalfall eines Umzugs (d.h. nicht im Entführungsfall) mit den sorgeberechtigten Eltern sofort einen gewöhnlichen Aufenthalt (Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N. 18 zu Art. 85; Schwander, Kommentar, a.a.O., mit Hinweis auf Kropholler, a.a.O., N. 131 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB; Jametti Greiner, a.a.O.). Das Obergericht hat festgestellt, dass die Parteien ihre Familienwohnung in der Schweiz gekündigt hatten und die Beschwerdeführerin für ihre arbeitsbedingte Anwesenheit in der Schweiz nur noch eine kleine Wohnung genommen hatte. Der Beschwerdegegner hatte seine Arbeitsstelle, deren Weiterbestand gefährdet war, in der Schweiz aufgegeben und wollte sich in Italien gemeinsam mit der Beschwerdeführerin der Kleinpension widmen. Er hatte sich sein BVG-Guthaben wegen endgültigen Verlassens der Schweiz ausbezahlen lassen. Die Parteien hatten
offenbar ihre Familienwohnung im Haus in Italien eingerichtet; sie liessen die Kinder in Italien eine Kinderkrippe besuchen und organisierten dort die weitere Kinderbetreuung. Aus diesen Umständen ergibt sich, dass die Parteien ihren Lebensmittelpunkt in der Schweiz aufgegeben hatten, der Aufenthalt der Parteien in Italien für eine längere Zeitspanne angelegt war und an die Stelle des bisherigen Lebensmittelpunktes treten sollte.

5.5 Vor diesem Hintergrund (tatsächliche familiäre Bindungen und Dauer des Aufenthalts in Italien sowie Umzug nach Italien) ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht angenommen hat, die beiden Kinder hätten ihren gewöhnlichen Aufenthalt am 26. Mai 2005 in Italien. Der Vorwurf, das Obergericht habe Art. 4 HEntfÜ verletzt, ist daher unbegründet, und das Obergericht hat zu Recht geschlossen, dass auf die beiden Kinder das HEntfÜ Anwendung findet.

6.

Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 HEntfÜ). Voraussetzung ist, dass das Sorgerecht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens auch tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Art. 3 Abs. 1 lit. b HEntfÜ).

6.1 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Art. 3 HEntfÜ beruft, so verkennt sie, dass für die Frage der Widerrechtlichkeit massgebend ist, ob dem Beschwerdegegner das Sorgerecht nach dem Recht von Italien, wo die Kinder unmittelbar vor dem Verbringen ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, zustand. Dass dem Beschwerdegegner im massgebenden Zeitpunkt (am 26. Mai 2005, vor dem Verbringen in die Schweiz) das Sorgerecht - wie das Obergericht angenommen hat - ebenfalls zustand, rügt die Beschwerdeführerin nicht.

6.2 Ebenso wenig stellt die Beschwerdeführerin den Schluss des Obergerichts in Frage, dass der Beschwerde-

gegner vor dem Verbringen in die Schweiz im Rahmen des gemeinsamen Haushaltes in einer laufenden und täglichen Beziehung das auch ihm zustehende Sorgerecht tatsächlich ausgeübt habe. Insoweit ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht gefolgert hat, dass das Verbringen bzw. Zurückhalten der beiden Kinder in der Schweiz das Mitsorgerecht des Beschwerdegegners verletzt habe und widerrechtlich im Sinne von Art. 3 HEntfÜ sei.

7.

Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner habe die Mitnahme der Kinder gebilligt bzw. nachträglich genehmigt. Das Obergericht habe übergangen, dass der Beschwerdegegner ihr (der Beschwerdeführerin) überlassen habe, ob sie in M._____/ Italien bleiben oder in die Schweiz zurückkehren wolle. Es sei hinreichend dargetan worden, dass nicht ein blosses Hinnehmen des Aufenthalts der Kinder in der Schweiz, sondern Zustimmung vorliege. Die Rückführung sei daher entgegen der Auffassung des Obergerichts ausgeschlossen.

7.1 Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ ermöglicht es, die Rückführung abzulehnen, wenn die Person, welche sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, dass der Antragssteller dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat. Es muss die klar (ausdrücklich oder stillschweigend) zum Ausdruck gebrachte Zustimmung zur dauerhaften Aufenthaltsänderung nachgewiesen werden (Bucher, a.a.O., S. 160 Rz. 465; Siehr, a.a.O., N. 35 zu Art. 85 Anhang I). Dies gilt auch für die nachträgliche Genehmigung, die sich inbesondere nicht aus blosser zeitweiliger Hinnahme des Aufenthalts beim entführenden Elternteil ergibt (Pirrung, a.a.O., N. 682 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB; vgl. Bucher, a.a.O., S. 161 Rz. 466). Der beweislastpflichtige entführende Elternteil hat die Verweigerungsgründe anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen (vgl. Urteil 5P.65/2002 vom 11. April 2002, E. 4b, FamPra.ch 2002 S. 620; Hans Kuhn, 'Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all', AJP 1997 S. 1102).

7.2 Das Obergericht hat erwogen, aus den mehreren SMS des Beschwerdegegners vom 27. und 28. Mai 2005 (... vorgenommen, Sa. und So. Fiesta zu machen¨; Ëntscheide Du, bei Bologna li[nks]oder re[chts]abzubiegen¨) und aus dem Umstand, dass er der Beschwerdeführerin einen Anteil für die Krippe in der Schweiz bezahlt und ihr persönliche Effekten der Kinder zugesandt hatte, könne weder eine Zustimmung noch eine nachträgliche Genehmigung des Beschwerdegegners abgeleitet werden. Der Beschwerdegegner habe lediglich die neue und unerwartet eingetretene Situation zunächst hingenommen, weil er sich für den direkt vorangegangenen Ehestreit verantwortlich gefühlt habe und er ein praktisches Problem habe lösen wollen; durch ein weiteres Schreiben (vom 1. Juni 2005) habe er die Beschwerdeführerin zudem zur Rückkehr bewegen wollen.

7.3 Die Auffassung des Obergerichts ist mit dem Übereinkommen vereinbar. Aus dem erwähnten SMS (Ëntscheide Du, bei Bologna li[nks]oder re[chts]abzubiegen¨) lässt sich - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - nicht schliessen, der Beschwerdegegner habe klar zum Ausdruck gebracht, dass er mit dem dauerhaften Verbringen der Kinder durch die Beschwerdeführerin in der Schweiz einverstanden sei. Im Übrigen kann aus den weiteren Tatsachenfeststellungen (wie Zusendung persönlicher Effekten, Bezahlung eines Anteils an die Krippenkosten) höchstens abgeleitet werden, der Beschwerdegegner nehme zeitweilig den Aufenthalt der Kinder bei der Beschwerdeführerin hin. Dies genügt indessen nicht als Zustimmung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ. Die Rüge der Beschwerdeführerin, das Obergericht habe den hinreichenden Nachweis für die Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung des Beschwerdegegners übergangen, geht daher fehl.

8.

Schliesslich geht die Beschwerdeführerin von einer Schädigung der Kinder aus, weil sie bei einer Rückkehr nach Italien nicht mehr für die Betreuung zur Verfügung stehen könne, so dass die Kinder hauptsächlich von Drittpersonen betreut würden, zumal der Beschwerdegegner dazu ẅeder pädagogisch noch gesundheitlich in der Lageëi.

8.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ besteht keine Pflicht zur Rückführung, wenn nachgewiesen ist, dass die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht wird. Ziel des Haager Übereinkommens ist, die sofortige Rückführung widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückbehaltener Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten (Art. 1 HEntfÜ); die Ausschlussgründe nach Art. 13 HEntfÜ sind daher eng auszulegen, damit der Entführer keinen Vorteil aus seinem Rechtsbruch ziehen kann (Urteil 5P.71/2003 vom 27. März 2003, E. 2.2, FamPra.ch 2003 S. 718; Pérez-Vera, a.a.O., Ziff. 34 S. 434). Zu berücksichtigen sind daher nur wirklich schwere Gefahren, nicht aber irgendwelche erzieherischen Nachteile. Insbesondere will das Übereinkommen das Kind nicht dem zur Ausübung der elterlichen Sorge besser

befähigten Elternteil zusprechen; vielmehr sollen die mit der Entführung geschaffenen Gegebenheiten rückgängig gemacht werden (BGE 123 II 419 E. 2b S. 424; 131 III 334 E. 5.3 S. 341; Urteil 5P.263/2002 vom 31. Januar 2003, E. 4.2.2.1, FamPra.ch 2003 S. 478).
8.2 Im hier strittigen Fall sind keine schwerwiegenden Gefahren für das Kindeswohl ersichtlich, was die Betreuungsform im Falle der Rückkehr und die Erziehungskompetenzen des Vaters betrifft. Zum einen stellt der Umstand, dass die beiden Kinder nicht ausschliesslich von ihrem Vater betreut werden könnten, sondern auch in einer Kinderkrippe bzw. von einem Kindermädchen, keine solche Gefahr dar, zumal die Mutter diese Betreuungsform mit dem Wohl ihrer Kinder bereits vor dem Verbringen in die Schweiz als vereinbar erachtet hatte. Das Übereinkommen hat aber einzig zum Zweck, den Zustand wiederherzustellen, der vor der Entführung des Kindes bestand (BGE 123 II 419 E. 2b S. 424). Zum anderen lassen sich dem angefochtenen Beschluss keine Feststellungen entnehmen, dass der Beschwerdegegner aus gesundheitlichen Gründen ausser Stande wäre, für die grundlegenden Bedürfnisse des Kindes sorgen (vgl. Bucher, a.a.O., S. 162 Rz. 468; Pirrung, a.a.O., N. 683 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB). Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren vergeblich geltend, die Trennung der Kinder von der Mutter sei grundsätzlich unzumutbar. Sie verkennt, dass die Trennung zwischen der Mutter bzw. dem entführenden Elternteil und Kind für sich allein keinen Ausschlussgrund
darstellt (Urteil 5P.71/2003 vom 27. März 2003, E. 2.4, FamPra.ch 2003 S. 718 ff.; Pirrung, a.a.O., Rz. 683 zu Vorbem. zu Art. 19 EGBGB). Soweit die Beschwerdeführerin sich mit ihrem Vorbringen auf das blosse Kindeswohl beruft und im Wesentlichen geltend macht, die Kinder seien bei ihr besser aufgehoben als beim Vater, gehen ihre Vorbringen an der Sache vorbei, denn im Rahmen des Rückführungsverfahrens darf nicht ein Sorgerechtsentscheid getroffen werden (BGE 131 III 334 E. 5.3 S. 341).
8.3 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Kinder seien zu klein, als dass diesen eine Trennung von der Mutter zumutbar wäre, zumal mindestens das [kleinere]erst eineinhalbjährige Kind auf die Mutter fixiert ist. Es trifft wohl zu, dass der Grundsatz, dass die drohende Trennung von Entführer und Kind eine Verweigerung der Rückgabe nicht zu begründen vermag, dort an Grenzen stösst, wo es um kleinste Kinder oder Säuglinge geht, welche durch die Mutter entführt wurden (vgl. Urteil 5P.151/1990 vom 30. Juli 1990, E. 4; Urteil 5P.263/2002 vom 31. Januar 2003, E. 4.2.2.3, FamPra.ch 2003 S. 478; Bucher, a.a.O., S. 163 Rz. 471; Siehr, a.a.O., N. 37 zu Art. 85 Anhang I). Vorliegend sind die beiden Kinder - wie das Obergericht zu Recht festgehalten hat - tatsächlich noch sehr klein; im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Obergericht waren sie ca. eineinhalb bzw. dreieinhalb Jahre alt. Eine Rückgabe kommt aber insbesondere dann in Betracht, wenn sich der Vater vor der Entführung um die Kinder gekümmert hat (Kuhn, a.a.O., S. 1100). Dass sich der Beschwerdegegner um die Kinder vor deren Verbringen in die Schweiz im Rahmen des gemeinsamen Haushaltes und einer laufenden und täglichen Beziehung gekümmert hat, steht nach dem
angefochtenen Urteil fest. Insoweit besteht kein Anhaltspunkt, dass die Trennung von der Mutter mit einer schwerwiegenden Gefahr oder einem anderen zu erwartenden schwerwiegenden Risiko verbunden wäre. Im Übrigen hat es die Beschwerdeführerin in der Hand, einer Trennung vorzubeugen. Weigert sie sich zurückzukehren, ist anzunehmen, dass sie ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder stellt. Soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf das von ihrem Hausarzt ausgestellte Zeugnis vom 6. Oktober 2005 beruft, wonach es unzumutbar sei, die Kinder der Mutter wegzunehmen, kann sie nicht gehört werden, da im vorliegenden Verfahren neue Beweismittel unzulässig sind (BGE 128 I 354 E. 6c S. 357 f.). Der Vorwurf, das Obergericht habe den Ausschlussgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ übergangen, ist demnach unbegründet.
9.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorgebrachten Rügen nicht begründet sind. Das Obergericht hat in seinem Entscheid das Haager Übereinkommen nicht verletzt. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Obergericht hat der Beschwerdeführerin eine Frist von 15 Tagen ab Zustellung seines Beschlusses vom 30. September 2005 gesetzt, um die Kinder nach Italien zurückzuführen oder dem Beschwerdegegner zur Rückführung zu übergeben. Dieser Termin ist mittlerweile verstrichen; daher hat das Bundesgericht darüber neu zu befinden.
10.
Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG; BGE 131 III 334 E. 7 S. 344). Sie schuldet dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren, da eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung eingeholt worden ist (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Im Übrigen sind dem Beschwerdegegner keine Kosten entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Frist für die Rückführung von A._____, geboren am 29. März 2002, und B._____, geboren am 8. März 2004, nach Italien wird auf den 30. November 2005 festgesetzt.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner mit Fr. 500.– zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. November 2005
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: