Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.310/2002 /zga

Urteil vom 18. November 2002
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Bianchi, Präsident,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber Möckli.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Arthur Haefliger, Baslerstrasse 30, Postfach, 4601 Olten,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Advokat Jörg Honegger, Elisabethenstrasse 28, 4010 Basel,
Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, Amthaus I, Amthausplatz, 4500 Solothurn.

HEntfÜ (Kindesrückführung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil
des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer,
vom 12. August 2002.

Sachverhalt:
A.
Im Jahr 1987 zog die deutsche Staatsangehörige Y._____ mit ihrem damaligen Ehemann und dem gemeinsamen Sohn A._____ (1983) nach Neuseeland, wo sie ihren zweiten gemeinsamen Sohn B._____ (1988) zur Welt brachte. Nach dem Wegzug ihres Mannes nach Japan liess sie sich mit den Söhnen innerhalb von Neuseeland in Hastings nieder, wo sie X._____ kennen lernte.

Aus dieser Beziehung gingen die beiden Kinder C._____ (geb. 13. Juni 1993) und D._____ (geb. 8. Dezember 1994) hervor. Die Parteien haben nie geheiratet, wohnten aber längere Zeit zusammen. Nach ihrer Trennung im Jahr 1997 wegen Gewalttätigkeiten von X._____ lebte Y._____ mit ihren Kindern allein in Hastings, wobei jener alle 14 Tage ein begleitetes Besuchsrecht von zwei Stunden hatte ("protection order" des Bezirksgerichts Hastings vom 5. März 1997).

Am 14. Mai 1998 erwirkte X._____ eine Anordnung des Familiengerichts Hastings, die Y._____ und den Kinder die Ausreise aus Neuseeland verbot. Am 1. Oktober 1999 erhielt sie jedoch die Erlaubnis, ihre kranke Mutter in Deutschland zu besuchen, wobei sie verpflichtet wurde, die Kinder am 28. Januar 2000 nach Hastings zurückzubringen.
B.
Nachdem Y._____ mit den Kindern nach Ablauf der Frist in Deutschland verblieben war, leitete X._____ am 8. März 2000 ein Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HEntfÜ, SR 0.211.230.02) ein. Mit ihren Entscheiden vom 26. Januar 2001 und 14. Mai 2001 ordneten sowohl das Amtsgericht Düsseldorf als auch das Oberlandesgericht Düsseldorf die Rückführung der beiden Kinder an.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde am 21. August 2001 nicht angenommen hatte, floh die Mutter mit ihren Kindern Ende August in die Schweiz. In der Folge leitete der Kindsvater am 28. November 2001 erneut ein Verfahren nach HEntfÜ ein. Mit Entscheid vom 2. April 2002 verpflichtete das Richteramt Dorneck-Thierstein die Mutter zur Rückführung der Kinder nach Hastings. In Gutheissung ihres Rekurses wies das Obergericht des Kantons Solothurn den Antrag auf Rückgabe der beiden Kinder mit Urteil vom 12. August 2002 ab.
C.
Dagegen hat X._____ am 11. September 2002 staatsrechtliche Beschwerde eingereicht mit dem Begehren um Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen Verletzung von Art. 9 BV sowie Art. 12 und 13 HEntfÜ.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Da Verfahren nach HEntfÜ nicht Zivilrechtsstreitigkeiten, sondern eine Art administrative Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten darstellen, steht die Berufung gegen Rückführungsentscheide nicht offen; auf die subsidiäre staatsrechtliche Beschwerde ist demnach einzutreten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224; 123 III 419 E. 1a S. 421). Bei der Staatsvertragsbeschwerde überprüft das Bundesgericht Konventionsverletzungen mit freier Kognition (BGE 119 II 380 E. 3b S. 382; 126 III 438 E. 3 S. 439).
1.2 Das HEntfÜ zielt auf sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder (Art. 1 lit. a HEntfÜ). Als widerrechtlich gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person allein oder gemeinsam nach den Regeln des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 lit. a HEntfÜ). Dass der Beschwerdeführer nach neuseeländischem Recht eine Rechtsstellung innehat, die den vom HEntfÜ geschützten Rechten entspricht, bleibt in der Vernehmlassung zur staatsrechtlichen Beschwerde unbestritten, so dass sich Ausführungen hierzu erübrigen.
2.
Strittig ist zunächst die Zulässigkeit des Beweises gemäss Art. 12 Abs. 2 HEntfÜ.
2.1 Ist seit dem Gesuch um Rückgabe des Kindes und dessen widerrechtlicher Entführung bzw. dem widerrechtlichen Zurückbehalten weniger als ein Jahr verstrichen, ordnet die zuständige Behörde - unter Vorbehalt der Ablehnungsgründe von Art. 13 und 20 HEntfÜ - die sofortige Rückgabe des Kindes an (Art. 12 Abs. 1 HEntfÜ). Dabei wird gewissermassen fingiert, dass das Kind der alten Umgebung noch nicht entwöhnt ist und die Rückgabe insofern in seinem wohlverstandenen Interesse liegt.

Dagegen steht dem Entführer der Beweis offen, dass sich das Kind am neuen Ort eingelebt hat, wenn das Gesuch mehr als ein Jahr nach der Entführung gestellt worden ist (Art. 12 Abs. 2 HEntfÜ). Diese Bestimmung will einerseits den Rückgabeberechtigten zu raschem Handeln bewegen und andererseits dem Umstand Rechnung tragen, dass die Rückführung dem Kindeswohl abträglich sein kann, wenn das Kind in seiner neuen Umgebung Wurzeln geschlagen hat. Dies ist dann der Fall, wenn sich das Kind in seinem unmittelbaren familiären Umfeld - bei älteren Kindern auch in einem weiteren sozialen Umfeld - in stabilen, seinen Bedürfnissen und seinem Wohl entsprechenden Verhältnissen befindet und nicht selbst - als Indiz für ein noch nicht verfestigtes Sorgeverhältnis - seine Rückkehr verlangt (Staudinger/Pirrung, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Berlin 1994, N. 678 Vorbem. zu Art. 19 EG BGB).
2.2 Während das erstinstanzliche Gericht befunden hatte, massgeblich für das Auslösen der Jahresfrist sei - jedenfalls angesichts der besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falls - die Einreise in die Schweiz, hielt das Obergericht Solothurn dafür, es sei auf den Zeitpunkt der Entführung bzw. des widerrechtlichen Zurückbehaltens abzustellen. Zwischen diesem Zeitpunkt und dem Gesuch in der Schweiz seien 21 Monate verstrichen.
2.3 Der Beschwerdeführer verweist auf die (auch vom Obergericht anerkannte) Tatsache, dass er sowohl in Deutschland als nach der Flucht der Beschwerdegegnerin auch in der Schweiz sofort gehandelt habe, und er hält fest, bei der vom Obergericht vorgenommenen Auslegung des Übereinkommens könne die Jahresfrist durch Ausreise in ein anderes Land einfach umgangen werden. Aus diesem Grund müsse für die Berechnung der Jahresfrist auf die Einreise in die Schweiz abgestellt werden.
2.4 Auf der einen Seite schliesst der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 i.V. mit Art. 3 lit. a HEntfÜ die vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Interpretation aus: Diese Bestimmungen lassen sich nicht anders auslegen, als dass das erstmalige widerrechtliche Verbringen bzw. das widerrechtliche Zurückhalten und nicht spätere

Ortswechsel massgebend sind. Im vorliegenden Fall muss folglich der 28. Januar 2000, an welchem die Beschwerdegegnerin gemäss der Anordnung des Familiengerichts Hastings vom 1. Oktober 1999 die Kinder hätte zurückbringen müssen, bzw. der Folgetag als fristauslösendes Stichdatum angesehen werden (in diesem Sinne auch: Staudinger/Pirrung, a.a.O., N. 676). Folglich steht der Beschwerdegegnerin der Beweis gemäss Art. 12 Abs. 2 HEntfÜ an sich offen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin mit dem alleinigen Zweck in die Schweiz eingereist ist, sich dem rechtskräftigen deutschen Rückgabeentscheid zu entziehen. Dies stellt, was bereits die Vorinstanzen festgehalten haben, offensichtlichen Rechtsmissbrauch dar. Diese speziellen Umstände gebieten, an den Beweis besonders hohe Anforderungen zu stellen (dazu E. 2.5; vgl. auch Staudinger/Pirrung, a.a.O., N. 678, die besonders strenge Anforderungen an den Nachweis des Einlebens stellen, wenn die Jahresfrist nicht eingehalten werden konnte, weil der Entführer den Aufenthalt des Kindes verschleiert hat), denn die unbesehene Sanktionierung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens würde der Zielsetzung des Übereinkommens zuwiderlaufen, ja, dieses geradezu aushöhlen und den Entführer ermuntern, sich auf relativ einfache Weise der Vollstreckung rechtskräftiger Rückgabeentscheide zu entziehen. In diesem Sinn sind vorliegend auch generalpräventive Überlegungen in die Güterabwägung mit einzubeziehen.
2.5 Die Vorinstanz hat erwogen, der "neue Ort" sei nicht allein örtlich zu verstehen, das Hauptgewicht liege auf dem "Einleben" und hierzu gehörten insbesondere auch soziale, familiäre, sprachliche und kulturelle Aspekte. Sie ist davon ausgegangen, dass die Verhältnisse seit der Einreise in die Schweiz stabil seien. D._____ fühle sich nach dem Bericht der Kindergartenleitung vom 26. Juni 2002 wohl und heimisch. Gemäss dem Situationsbericht seiner Lehrerin vom 25. Juni 2002 habe sich auch C._____ nach anfänglichen Schwierigkeiten in der 2. Klasse gut eingelebt und er sei voll integriert. Schliesslich attestiere Dr. med. Z._____ in seinem Schreiben vom 25. Juni 2002, dass sich die Kinder in den letzten zehn Monaten psychosozial günstig entwickelt hätten.

Es ist nicht ersichtlich, worauf das Obergericht die Annahme stabiler Verhältnisse gründet. Sie kontrastiert jedenfalls augenfällig mit den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen. Diesen lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin nach ihrer Einreise in Deutschland zweimal umgezogen und nach ihrer Flucht in die Schweiz auch hier bereits wieder umgezogen ist. Die Vorinstanz räumt auch ein, dass die eingereichten Berichte und Atteste von der Beschwerdegegnerin veranlasst und deshalb vom Beschwerdeführer als Parteiberichte aus ihrem anthroposophischen Umfeld kritisiert worden sind. Des Weiteren lässt sich den Sachverhaltsfeststellungen nicht einmal ansatzweise entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin und ihre Kinder in der Schweiz in ein grösseres familiäres oder soziales Umfeld integriert wären, im Gegenteil: Im angefochtenen Urteil ist davon die Rede, dass die Beschwerdegegnerin mit ihren Kindern offenbar weitgehend auf sich bezogen im kleinen Familienverband lebt. Schliesslich bleibt die Erwägung, die Unterschiede eines Lebens in Europa und in Neuseeland seien mit Sicherheit beträchtlich, eine blosse Annahme; die Vorinstanz führt jedenfalls nicht aus, worin die angeblichen Unterschiede im Einzelnen bestehen sollen.

Die Sachverhaltsfeststellungen des Obergerichts zeigen eine Mutter, die mit ihren Kindern von einem Ort zum anderen zieht, um sich der Rückkehr nach Neuseeland zu entziehen, und die offenbar keine oder kaum Kontakte zu Verwandten oder Bekannten pflegt, sondern allein ihren Kindern verbunden ist und mit diesen in engstem Familienkreis zusammenlebt. Diese Fakten legen den Schluss nahe, dass die Kinder in Hochwald - ihrem fünften Aufenthaltsort seit Oktober 1999 - bislang keine Wurzeln schlagen konnten. Was die Berichte der Kindergärtnerin bzw. der Lehrerin anbelangt, hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass diese zwar nicht völlig unbeachtlich, aber doch von vermindertem Beweiswert seien. Im Übrigen darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sie erst vor zweiter Instanz produziert worden sind und das Rechtsmittelverfahren nicht auf das Schaffen vollendeter Tatsachen durch Zeitablauf, sondern auf die Überprüfung angefochtener Urteile auf ihre Rechtmässigkeit und Angemessenheit zielt. Der Beweis gemäss Art. 12 Abs. 2 HEntfÜ, an den im vorliegenden Fall besonders strenge Anforderungen zu stellen sind (E. 2.4), ist jedenfalls nicht erbracht.
3.
Strittig ist schliesslich, ob der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ vorliegt.
3.1 Das Gericht des ersuchten Staates ist nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn nachgewiesen ist, dass sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das

Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt (Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ).

Die Ausschlussgründe von Art. 13 HEntfÜ sind eng auszulegen, damit der Entführer keinen Vorteil aus seinem Rechtsbruch ziehen kann. Zu berücksichtigen sind daher nur wirklich schwere Gefahren, nicht aber irgendwelche wirtschaftlichen und erzieherischen Nachteile. Kein Platz ist im Rückgabeverfahren namentlich für Überlegungen, bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung der Kinder besser geeignet sei. Der Entscheid darüber ist dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorbehalten (Kuhn, "Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all", in: AJP 1997, S. 1098; Siehr, Münchner Kommentar zum BGB, 3. Aufl., München 1998, N. 61 Anh. II zu Art. 19 EG BGB). Schwerwiegende Gefahren im Sinne der Bestimmung liegen etwa vor, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird, sei es vom Antragsteller oder von Dritten, und umgekehrt nicht zu erwarten ist, dass die Behörden des ersuchenden Staates gegen eine Gefährdung mit Erfolg einschreiten (Staudinger/Pirrung, a.a.O., N. 683).
3.2 Das Obergericht hat darauf verwiesen, dass die Beschwerdegegnerin die schwerwiegende Gefahr mit Gewalttätigkeiten des Beschwerdeführers begründete, und befunden, bei einer Rückführung würden die Kinder von einem Tag auf den anderen von ihrer Mutter getrennt, was katastrophal wäre, zumal der Beschwerdeführer für sie nie eine Bezugsperson gewesen sei. Da sich die Beschwerdegegnerin nunmehr in der Schweiz installiert und eine Aufenthaltsbewilligung in Aussicht habe, sei es ihr nicht zuzumuten, mit D._____ und C._____ nach Neuseeland zurückzukehren und die beiden anderen Söhne in der Schweiz zurückzulassen.
3.3 Soweit das Obergericht frühere Gewalttätigkeiten des Beschwerdeführers ins Feld führt, kann auf seine Feststellung verwiesen werden, dass das Familiengericht Hastings seinerzeit ein überwachtes Besuchsrecht verfügt und diese Regelung am 17. November 2000 aufgehoben hat, nachdem zwei Psychologen bestätigt hatten, das Risiko, dass der Beschwerdeführer gewalttätig werden könnte, sei mittlerweile äusserst tief anzusetzen und es bestehe kein inakzeptables Risiko mehr, falls der Vater ein Besuchs- oder gar das Sorgerecht erhalte. Schliesslich lässt sich den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht entnehmen, dass die neuseeländischen Behörden bei allfälliger Gefährdung nicht einschreiten würden, sondern vielmehr Gegenteiliges: Gemäss einem Beschluss des Familiengerichts Hastings vom 22. April 2002 sollen die notwendigen Schutzmassnahmen für die Rückkehr der Mutter und die Kinder getroffen und dafür gesorgt werden, dass eine Gefährdung der Kinder nicht eintreten kann.

Damit ist dem Argument, eine Rückgabe der Kinder könnte mit einer schwerwiegende Gefahr für deren körperliche Gesundheit verbunden sein, der Boden entzogen. Abgesehen davon ist es nicht Sache des Rückführungsrichters, im Ergebnis familienrechtliche Entscheidungen des zuständigen ausländischen Gerichts nachzuprüfen oder gar abzuändern; will die Beschwerdegegnerin familienrechtliche Entscheidungen erwirken, hat sie sich an den neuseeländischen Richter zu wenden (Kuhn, a.a.O., S. 1101; Siehr, a.a.O., N. 61).
3.4 Es bleibt zu prüfen, ob den Kindern eine schwerwiegende Gefahr für ihre geistige Gesundheit droht. Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen im angefochtenen Entscheid vermögen nicht zu überzeugen: Die Vorinstanz setzt sich mit ihrer Annahme, die Beschwerdegegnerin habe sich in der Schweiz installiert, in Widerspruch zu ihren eigenen Sachverhaltsfeststellungen (dazu E. 2.5) und sie scheint zu übersehen, dass sich das die Rückgabeverpflichtung relativierende Einleben in die neue Umgebung auf die entführten Kinder, nicht auf die Entführerin bezieht. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass der Schaden, der für die Kinder aus dem Verbringen über die Landesgrenzen erwächst, auf der einseitigen Handlungsweise der Entführerin beruht und sie allein für alle Unzuträglichkeiten verantwortlich ist, die aus der Korrektur ihres Fehlverhaltens entstehen. Sie hat es im Übrigen in der Hand, einer Trennung vorzubeugen. Weigert sie sich zurückzukehren, ist anzunehmen, dass sie ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder stellt. Wer durch Ablehnung der Begleitung selbst eine Gefahr schafft, kann sich nicht auf sie als Ausrede berufen (Kuhn, a.a.O., S. 1099; Siehr, a.a.O., N. 61a).

Soweit die Unzumutbarkeit der Rückkehr für die Beschwerdegegnerin damit begründet wird, dass sie noch die beiden älteren Kinder zu betreuen habe und in einen Gewissenskonflikt geriete, enthält der angefochtene Entscheid keine Feststellungen in dem Sinne, dass die beiden Söhne die Schweiz auf gar keinen Fall verlassen möchten. Der Entscheid verweist auf die Aussage von A._____, dass seine Mutter sich letztlich doch dazu

entschliessen würde, mit seinen beiden jüngeren Geschwistern nach Neuseeland zurückzukehren und dass er in diesem Fall wohl mitgehen würde, auch wenn er hier zuerst die Schule fertig machen möchte. Betreffend B._____ wird erwähnt, es sei durchaus denkbar, dass er mit seinem Bruder A._____ in Europa bleiben würde. Diese diffusen Ausführungen deuten darauf hin, dass letztlich wohl auch B._____ zusammen mit den anderen Familienmitgliedern nach Neuseeland zurückkehren würde.

Nicht zu hören sind schliesslich die allgemeinen Hinweise auf anfangs mögliche Sprach- und Integrationsschwierigkeiten. Es handelt sich dabei um die bei jeder Rückgabe auftretenden Erscheinungen, die keinen Ausschlussgrund darstellen (Staudinger/Pirrung, a.a.O., N. 683).

4.

Da feststeht, dass die Vorinstanz bereits auf der Basis des von ihr festgestellten Sachverhaltes das Haager Übereinkommen verletzt hat, erübrigt sich eine Prüfung der gerügten willkürlichen Sachverhaltsfeststellung.

In Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Das Obergericht des Kantons Solothurn hat im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen die sofortige Rückgabe von D._____ und C._____ anzuordnen und die Kosten entsprechend dem Ausgang des Verfahrens neu zu verteilen.

5.

Zufolge Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 12. August 2002 wird aufgehoben.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. November 2002

Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: