Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.128/2003 /min

Urteil vom 23. April 2003
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Escher, Hohl,
Gerichtsschreiberin Scholl.

Parteien
F._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Advokat Reto Gantner, Haus Thurgauerhof, Postfach 552, 4410 Liestal,

gegen

G._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Stefano Cocchi, Pilatusstrasse 55, Postfach,
6000 Luzern 7,
Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, Postfach, 6002 Luzern.

Gegenstand
HEntfÜ (Kindesrückführung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Kammer, vom 14. Februar 2003.

Sachverhalt:
A.
Aus der Ehe zwischen F._____ (Ehefrau) und G._____ (Ehemann) ging 1999 der Sohn S._____ hervor. Die Ehegatten hatten ihren gemeinsamen Haushalt in Italien. In den Jahren 2001 und 2002 hielt sich F._____ mit ihrem Sohn mehrmals in der Schweiz auf. Am 25. Juni 2002 reisten die beiden wiederum in die Schweiz, wo sie sich seither aufhalten.
B.
Mit Gesuch vom 30. September 2002 verlangte G._____ gestützt auf das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung die Rückführung von S._____ nach Italien. Mit Entscheid vom 4. Dezember 2002 ordnete die Amtsgerichtspräsidentin I von Willisau an, dass F._____ ihren Sohn bis zum 10. Januar 2003 nach Italien zurückzuführen habe. Dagegen erhob diese kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche das Obergericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 14. Februar 2003 abwies, soweit es darauf eintrat. Es verlängerte gleichzeitig die Frist für die Rückführung von S._____ bis zum 15. März 2003.
C.
F._____ gelangt mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Luzern. Zudem stellt sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Mit Verfügung vom 4. April 2003 des Präsidenten der II. Zivilabteilung wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Vernehmlassungen wurden nur zur Frage der aufschiebenden Wirkung eingeholt.

Mit Eingabe vom 16. April 2003 ersuchte G._____ um die Neuregelung des Besuchsrechts ab dem 26. April 2003 für die Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und in welchem Umfang auf eine staatsrechtliche Beschwerde einzutreten ist (BGE 128 I 46 E. 1a S. 48).
1.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich beim Verfahren betreffend Rückführung eines Kindes im Sinne des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02; Haager Übereinkommen; HEntfÜ) nicht um eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 44 ff. OG; vielmehr stellt das Übereinkommen eine Art administrative Rechtshilfe für den Fall von Kindesentführungen zur Verfügung. Damit kann ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid weder mit Berufung noch mit Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224; 123 II 419 E. 1a S. 421).
1.2 Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Praxis (BGE 128 I 354 E. 6c S. 357) dürfen auch im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen (Art. 84 Abs. 1 lit. c OG) keine Noven vorgebracht werden. Soweit die Beschwerdeführerin daher auf Eingaben verweist, die bereits das Obergericht als unzulässige Noven aus dem Recht gewiesen hat, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
1.3 Da sodann zwischen der Zulassung neuer tatsächlicher Vorbringen bzw. dem Novenverbot und der (freien) Überprüfung des Sachverhalts ein Zusammenhang besteht, hat das Bundesgericht in einer weiteren Praxisänderung erkannt, dass der Sachverhalt bei einer Staatsvertragsbeschwerde lediglich auf Willkür zu überprüfen ist, wenn eine gerichtliche Vorinstanz den Sachverhalt festgestellt hat (BGE 129 I 110 E. 1.3 S. 111 f.). Im Übrigen unterliegt, soweit gehörig gerügt (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG), die Anwendung des betreffenden Staatsvertrages der freien Überprüfung durch das Bundesgericht.
2.
Die Beschwerdeführerin rügt als erstes eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, da das Obergericht keine mündliche Verhandlung durchgeführt habe. Eine solche wäre jedoch erheblich gewesen, um die Glaubwürdigkeit und den Wahrheitsgehalt der Parteivorbringen sowie der angebotenen Beweismittel zu ermitteln. Zudem habe der Entscheid über die Rückführung eine präjudizielle Wirkung auf das nachfolgende Sorgerechtsverfahren hinsichtlich Gerichtsstand und anwendbares Recht, so dass der gleiche Rechtsschutz zu gewähren sei wie in der Zivilsache selbst.
2.1 Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat in einem Nichtzulassungsentscheid Art. 6 Abs. 1 EMRK in Verbindung mit dem Haager Übereinkommen angewendet (EKMR, W. P. gegen Schweiz, No. 25860/94 vom 11. April 1996). Somit ist davon auszugehen, dass es sich bei Streitigkeiten bezüglich Rückführung von Kindern um zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt, so dass die Verfahrensgarantien dieser Bestimmung im vorliegenden Fall grundsätzlich anwendbar sind.
2.2 Im Gegensatz zu Strafverfahren gewährt Art. 6 Abs. 1 EMRK in Zivilverfahren bzw. zivilrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich kein eigentliches Recht auf ein mündliches Verfahren und eine damit verbundene persönliche Anhörung (Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 328 und 331; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention,1996, N. 97 zu Art. 6 EMRK). Inwiefern das Öffentlichkeitsprinzip von Art. 6 Abs. 1 EMRK eine mündliche Verhandlung bedingt (Wolfgang Roth, Der Anspruch auf öffentliche Verhandlung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, EuGRZ 1998 S. 496 f.; Ruth Herzog, a.a.O., S. 332 f.), kann offen bleiben, da sich aus den Rügen der Beschwerdeführerin ergibt, dass es ihr ausschliesslich um die mündliche Ausübung ihres rechtlichen Gehörs geht und nicht um die Öffentlichkeit des Verfahrens.

Wie das Obergericht zutreffend ausgeführt hat, können ausnahmsweise die Art der Streitigkeit oder die konkreten Umstände des Falles eine persönliche Anhörung auch in einem Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche erforderlich machen, wenn dies der Fairnessgrundsatz gebietet (Ruth Herzog, a.a.O., S. 328). Dies gilt insbesondere, wenn der persönliche Eindruck der Partei von wesentlicher Bedeutung ist, so beispielsweise bei Ent-

scheidungen über die Zuteilung der elterlichen Sorge oder die Regelung des Besuchsrechts (Frowein/Peukert, a.a.O., N. 97 zu Art. 6 EMRK, mit Hinweisen). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall: In einem Verfahren betreffend Rückführung eines Kindes gemäss Haager Übereinkommen wird gerade nicht über die elterliche Sorge und Obhut entschieden oder ein solcher Entscheid präjudiziert. Es wird nicht abgeklärt, welcher Elternteil besser befähigt ist, für das Kind zu sorgen (vgl. nachfolgend E. 4.1), so dass es auch nicht wesentlich auf den persönlichen Eindruck der Parteien ankommt. Somit liegt im Verzicht auf eine mündliche Verhandlung vor Obergericht keine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.
3.
In Bezug auf die Festlegung des gewöhnlichen Aufenthalts von S._____ rügt die Beschwerdeführerin, das Obergericht habe in willkürlicher, aktenwidriger Weise und unter Verletzung des Haager Übereinkommens den Lebensmittelpunkt des Kindes in Italien angesiedelt.
3.1 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Ansicht des Obergerichts, es gebe keine Hinweise, dass sich S._____ bereits vor dem 25. April 2002 (recte: 25. April 2001) regelmässig in der Schweiz aufgehalten habe, sei aktenwidrig. Sie begründet dieses Vorbringen einzig mit einem Hinweis auf eine ihrer im kantonalen Verfahren eingebrachten Rechtsschrift, ohne genau aufzuzeigen, inwiefern die darin aufgestellten Behauptungen offenkundig der Annahme des Obergerichts widersprechen oder sich überhaupt auf die hier strittige Zeitperiode beziehen. Das Bundesgericht prüft jedoch im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene Rügen (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 125 I 492 E. 1b S. 495; 127 I 38 E. 3c S. 43). Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde in diesem Punkt nicht, so dass darauf nicht einzutreten ist.
3.2 Das Haager Übereinkommen enthält keine Definition des "gewöhnlichen Aufenthaltes". Der Begriff muss vertragsautonom ausgelegt werden, insbesondere ist die Legaldefinition von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG nicht massgeblich (Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002 S. 1326; Hans Kuhn, "Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all", AJP 1997 S.1095). Dabei ist er grundsätzlich gleich zu bestimmen wie der nämliche Anknüpfungspunkt des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01; Siehr, IPRG Kommentar, 1993, N. 59 zu Art. 85 IPRG; Staudinger/Pirrung, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 1994, N. 647 der Vorbem. zu Art. 19 EGBGB). Von Bedeutung ist somit der tatsächliche, eigene Lebensmittelpunkt des Kindes. Neben einer physischen Präsenz von einer gewissen Dauer und Regelmässigkeit kommt es auf den Ort der engsten familiären Beziehung zwischen Kind und Umwelt an (Hans Kuhn, a.a.O., S. 1095; Staudinger/Pirrung, a.a.O., N. 647 der Vorbem. zu Art. 19 EGBGB). Insbesondere wird der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht von einem Elternteil rechtlich abgeleitet (BGE 110 II 119 E. 3 S.122; Siehr, a.a.O., N. 15 zu Art. 85 IPRG).
3.3 Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein dreijähriges Kleinkind. Wie das Obergericht zutreffend ausführt, spielen daher soziale Integrationsfaktoren wie Kindergarten oder Jugendverbände keine Rolle. Von Bedeutung ist vielmehr die Beziehung zu den sorgeberechtigten Eltern (Monique Jametti Greiner, Praxiskommentar Scheidungsrecht, 2000, N. 95 zu Anh. IPR). Wie das Obergericht festgestellt hat, befand sich der Lebensmittelpunkt und damit auch der gewöhnliche Aufenthalt von S._____ zumindest bis April 2001 am ehelichen Wohnsitz der -gemeinsam sorgeberechtigten - Eltern in Italien.

Zeitweilige Unterbrechungen der Anwesenheit, auch wenn sie von längerer Dauer sind, schliessen das (Weiter-) Bestehen eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht aus, solange der Lebensmittelpunkt erhalten bleibt (Staudinger/Kropholler, a.a.O., N. 140 der Vorbem. zu Art.19 EGBGB). So führten insbesondere die Ferien von S._____ bei seinen Grosseltern in der Schweiz zu keiner Veränderung des Lebensmittelpunkts. Die weiteren Aufenthalte in der Schweiz erfolgten gemäss Obergericht, wenn sich die Parteien auf Grund ihrer jeweiligen beruflichen Tätigkeiten nicht selber um ihn kümmern konnten. In dieser Zeit wurde S._____ denn offenbar auch vorwiegend von seinen Grosseltern betreut und nicht von seiner Mutter. Zudem ist zu berücksichtigen, dass S._____, auch wenn er sich teilweise länger in der Schweiz als in Italien aufhielt, zwischendurch immer wieder an den ehelichen Wohnsitz der Eltern zurückgekehrt ist. Es ergibt sich aus den obergerichtlichen Feststellungen im Übrigen nicht, dass praktisch nur zwischen S._____ und seiner Mutter eine Beziehung bestehe und der Vater keine Zeit für sein Kind gehabt habe, wie die Beschwerdeführerin behauptet.

Damit kann auch nicht von gleichwertigen, alternierenden gewöhnlichen Aufenthalten in Italien und der Schweiz ausgegangen werden. Vielmehr befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt von S._____ -wie das Obergericht

korrekt erkannt hat - ausschliesslich in Italien. Kein Platz besteht zudem für eine (subsidiäre) Anknüpfung an den Geburtsort von S._____ in der Schweiz, wie die Beschwerdeführerin verlangt.
4.
Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ geltend. Der Beschwerdegegner habe aus beruflichen Gründen keine Zeit für das Kind und eine Betreuung durch Tante und Grossmutter, die S._____ nicht besonders gut kenne, sei nicht zumutbar. Eine Verpflanzung in eine weitgehend fremde Umgebung und in eine fremde Betreuungssituation gefährde das Kindeswohl offensichtlich. Es sei eine schwere Belastung für S._____, wenn er zum Vater zurück müsse, ohne dass die Mutter mitkomme, was dieser nicht zumutbar sei.
4.1 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. 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 und der Entscheid über die Kinderzuteilung dem Richter am Ort des bisherigen Aufenthalts anheimgestellt werden (BGE 123 II 419 E. 2b S.424).
4.2 Im hier strittigen Fall sind keine schwerwiegenden Gefahren für das Kindeswohl ersichtlich; insbesondere stellt der Umstand, dass S._____ in Italien nicht ausschliesslich von seinem Vater betreut werden soll, sondern auch durch Verwandte, keine solchen dar. Zudem nimmt das Haager Übereinkommen gewisse Unannehmlichkeiten, die für das Kind mit der Rückführung fast zwangsläufig verbunden sind, in Kauf. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Rückführung im Sinne des Haager Übereinkommens nicht zwingend eine Rückgabe an den Antragsteller bedeutet (Carla Schmid, a.a.O., S.1333; Hans Kuhn, a.a.O., S. 1099). Selbst wenn für die Beschwerdeführerin eine Rückkehr mit dem Kind zum Beschwerdegegner unzumutbar sein sollte, bedeutet dies nicht, dass ihr eine Rückkehr nach Italien an sich nicht zuzumuten wäre.
5.
Das Obergericht hat der Beschwerdeführerin für die Rückführung von S._____ eine Frist bis zum 15. März 2003 gewährt. Infolge der Gewährung der aufschiebenden Wirkung für die staatsrechtliche Beschwerde durch das Bundesgericht, ist dieser Termin neu festzulegen.

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Neuregelung des Besuchsrechts vom 16. April 2003 des Beschwerdegegners gegenstandslos. Es kann daher offen bleiben, ob das Bundesgericht angesichts der diesbezüglich bestehenden Anordnungen der kantonalen Instanzen dafür überhaupt angerufen werden kann.
6.
Damit ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art.156 Abs. 1 OG). Da der Beschwerdegegner mit seiner Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht durchdringen konnte, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Beschwerdeführerin hat für das bundesgerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gestellt. Die unentgeltliche Rechtspflege ist einer Partei zu bewilligen, die bedürftig und deren Sache nicht aussichtslos ist (Art. 152 Abs. 1 OG). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 265 E. 4b S. 275; 127 I 202 E. 3a und b S. 204, je mit Hinweisen).

Angesichts des einlässlich begründeten Entscheids des Obergerichts und der wenig begründeten Rügen der

Beschwerdeführerin haben sich im vorliegenden Fall die Gewinnaussichten als deutlich geringer als die Verlustgefahren dargestellt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen, womit die Frage der Bedürftigkeit nicht zu prüfen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Frist für die Rückführung von S._____ nach Italien wird auf den 15. Mai 2003 angesetzt.
3.
Das Gesuch um Neuregelung des Besuchsrechts während des bundesgerichtlichen Verfahrens wird gegenstandslos.
4.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
5.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 23. April 2003
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: