Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.148/2005 /bnm

Urteil vom 31. August 2005
II. Zivilabteilung

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Heidi Koch-Amberg,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Edith Heimgartner,
Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, als Rekursinstanz nach ZPO, Postfach, 6002 Luzern.

Gegenstand
Art. 9 BV (vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Kammer, als Rekursinstanz nach ZPO vom 30. März 2005 (22 05 15).

Sachverhalt:
A.
X._____ (Ehemann), Y._____ (Ehefrau) und das Mädchen Z._____ (geboren 1992) sind von der Schweiz anerkannte Flüchtlinge der Demokratischen Republik Kongo, dem früheren Zaire. Z._____ ist nicht das leibliche Kind der Ehegatten, sondern ein Kind der Familie der Ehefrau; das Mädchen lebte früher bei den Ehegatten in der Schweiz und ist heute beim Bruder der Ehefrau in der Demokratischen Republik Kongo. Zwischen den Ehegatten ist vor dem Amtsgericht Luzern-Land das Scheidungsverfahren hängig. Mit Gesuch vom 11. Oktober 2004 stellte der Ehemann den Antrag, Z._____ sei während der Dauer des Scheidungsverfahrens unter seine Obhut zu stellen und ihm zur Pflege und Erziehung zuzuweisen, währenddem die Ehefrau mit Gesuch vom 26. Oktober 2004 ebenfalls die Obhutszuteilung verlangte.
B.
Der Amtsgerichtspräsident II von Luzern-Land wies beide Gesuche mit Entscheid vom 4. Februar 2005 betreffend vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Ehemann Rekurs, welchen das Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, als Rekursinstanz nach ZPO mit Entscheid vom 30. März 2005 abwies. Zur Begründung hielt das Obergericht im Wesentlichen fest, dem Ehemann stehe nach der in Anwendung von Bantu-Stammesrecht ausgesprochenen Adoption kein Obhutsrecht für Z._____ zu; sodann stehe die im Jahre 2004 im Kongo errichtete Vormundschaft über das Kind einer Zuteilung der elterlichen Gewalt entgegen.
C.
Der Ehemann führt mit Eingabe vom 25. April 2005 staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Will-

kürverbots und beantragt dem Bundesgericht im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Weiter ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege.

Vernehmlassungen sind keine eingeholt worden.

Strittig ist im Wesentlichen, ob dem Beschwerdeführer nach der in Anwendung von Bantu-Stammesrecht ausgesprochenen Adoption das Obhutsrecht für Z._____ zusteht und welche Wirkung die später im Heimatstaat errichtete Vormundschaft entfaltet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegen (letztinstanzliche) Entscheide über den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren ist nach ständiger Praxis die staatsrechtliche Beschwerde gegeben (BGE 126 III 261 E. 1 S. 263 mit Hinweisen). Sodann steht gegen Entscheide über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte nur die staatsrechtliche Beschwerde offen (BGE 118 Ia 118 E. 1a S. 119). Aus dieser Sicht ist auf die vorliegende Beschwerde demnach ohne weiteres einzutreten.
1.2 Neue tatsächliche Vorbringen sind im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht erlaubt (BGE 109 II 69 E. 1 S. 71; 119 II 6 E. 4a S. 7). Die offerierten Beweismittel (Zeugen) und neuen, zum Teil nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichten Schriftstücke - darunter ein Adoptionsurteil vom Friedensgericht von Kinshasa vom 20. Juni 2005, mit dem das Gesuch des Beschwerdeführers vom 14. Juni 2005 um Adoption von Z._____ gutgeheissen worden ist - können nicht berücksichtigt werden.
1.3 Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht Willkür (Art. 9 BV) in der Rechtsanwendung und in der Beweiswürdigung vor. Soweit der Beschwerdeführer eine willkürliche Beweiswürdigung geltend macht, kann auf die Rüge mangels Substantiierung nicht eingetreten werden (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Was der Beschwerdeführer als Willkür in der Beweiswürdigung (dazu BGE 128 I 81 E. 2 S. 86) rügt, läuft im Übrigen auf die Rüge willkürlicher Rechtsanwendung hinaus.
2.
2.1 Das Obergericht hat im Wesentlichen festgehalten, dass der Beschwerdeführer kein Obhutsrecht beanspruchen könne, wenn er sich auf die im Jahre 1994 vorgenommene "petite adoption" von Z._____ berufe. Diese Adoption minderen Grades stütze sich auf das Stammesrecht der Bantu und widerspreche den zwingenden Adoptionsnormen des massgebenden Familiengesetzbuches von Zaire, weshalb sie nicht anerkannt werden könne. Im Übrigen sei Z._____ mit Entscheid des Familienrates der Familie W._____ in Kinshasa, Demokratische Republik Kongo, wo das Kind derzeit lebe, am 27. Oktober 2004 in rechtsgültiger Weise unter Vormundschaft gestellt worden und sei in der Person von V._____, dem Bruder der Beschwerdegegnerin, ein Vormund bestellt worden. Auch aus diesem Grund könne dem Beschwerdeführer die elterliche Sorge nicht zugeteilt werden.
3.
Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht im Wesentlichen vor, das Obergericht habe die Wirkungen der stammesrechtlichen "petite adoption" willkürlich übergangen. Die in der Demokratischen Republik Kongo praktizierten Regeln der Stammesrechte seien nach wie vor wirksam. Das Bundesamt für Flüchtlinge habe das Kindesverhältnis im positiven Asylentscheid zudem verbindlich anerkannt. Sodann sei willkürlich, wenn das Obergericht die in der Folge errichtete Vormundschaft anerkannt habe.
3.1 Das Obergericht hat seine Zuständigkeit auf Art. 62 Abs. 1 IPRG gestützt, als anwendbares Recht nach Art. 82 Abs. 1 und 2 IPRG das kongolesische Recht bezeichnet und die Anordnung einer Massnahme gemäss Art. 297 Abs. 2 ZGB geprüft. Es hat allerdings übergangen, dass die - hier in Frage stehende - hoheitliche Regelung über die persönlichen Beziehungen zwischen Kind und Eltern, einschliesslich der Zuordnung, Übertragung, Entzug oder Beschränkung der elterlichen Gewalt (Sorgerecht), der elterlichen Obhut oder des Besuchsrechts unter das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anwendbare Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen fällt (MSA, SR 0.211.321.01; vgl. Art. 85 IPRG; BGE 118 II 184 E. 3 S. 186; 126 III 298 E. 2a/bb S. 302; Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Band II, Rz. 323; Siehr, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., N. 26 [lit. a, b]zu Art. 85 IPRG).

Das Obergericht hat nicht festgestellt, seit wann sich Z._____ im Kongo befindet, sondern lediglich auf

verschiedene Akten verwiesen, aus denen hervorgeht, dass sich das Kind offenbar seit mehreren Monaten dort aufhält. Ob das Kind seinen mehrjährigen gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 1 MSA) in der Schweiz aufgegeben bzw. einen neuen Lebensmittelpunkt (BGE 110 III 119 E. 3 S. 122) im Kongo begründet hat, ist indessen nicht weiter zu erörtern. Der Beschwerdeführer rügt nicht, dass das Obergericht die Regeln des MSA über die internationale Zuständigkeit verletzt habe, wenn es angenommen hat, dass es zur Beurteilung der Obhutszuteilung zuständig sei, und wenn es die in Frage kommende Schutzmassnahme nach innerstaatlichem Recht (Art. 297 Abs. 2 ZGB) gerichtet hat (Art. 2 MSA).

3.2 Umstritten ist hingegen, ob die im Jahre 1994 nach Bantu-Stammesrecht vorgenommene "petite adoption" gültig ist und dem Beschwerdeführer das Recht gibt, im Rahmen der elterlichen Gewalt die Obhut für das Kind zu beanspruchen. Das Obergericht hat zu Recht erwogen, dass der betreffende Rechtsakt - die Gültigkeit der ausländischen Adoption als Vorfrage - nach den Anerkennungsregeln des IPRG zu prüfen ist (Art. 31 i.V.m. Art. 29 Abs. 3 IPRG; vgl. Siehr, a.a.O., N. 49 zu Art. 85 IPRG).

3.2.1 Ausländische Adoptionen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind (Art. 78 Abs. 1 IPRG). Ausländische Adoptionen oder ähnliche Akte, die von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts wesentlich abweichende Wirkungen haben, werden in der Schweiz nur mit den Wirkungen anerkannt, die ihnen im Staat der Begründung zukommen (Art. 78 Abs. 2 IPRG). Das Obergericht hat der im Heimatstaat nach Stammesrecht ausgesprochenen Adoption in der Schweiz (in Anwendung von Art. 78 Abs. 1 IPRG sowie Art. 27 Abs. 1 IPRG) die Anerkennung vollumfänglich versagt. Der Beschwerdeführer selber leitet aus der in seinem Heimatstaat ergangenen und nach Stammesrecht errichteten "petite adoption" ab, dass diese nach Art. 78 Abs. 2 IPRG mit den im Heimatstaat zukommenden Wirkungen, darunter das Sorge- und Obhutsrecht, anerkannt werden könne.

3.2.2 In der Demokratischen Republik Kongo gilt das zairische Familiengesetzbuch (Gesetz Nr. 87-010) vom 1. August 1987 (vgl. Mupepe Mandola, Droit des villes, droit des champs, in: RCN Justice & Démocratie, Brüssel, 2004, Bulletin 8, S. 21). Nach dem im Familiengesetzbuch (Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Zaire, Stand: 1995, S. 8 ff.) geregelten Adoptionsrecht ist der Antrag auf Adoption beim Friedensgericht - der untersten Instanz der staatlichen Gerichtsorganisation (Art. 22 ff. und Art. 110 des Gesetzes Nr. 82-020 vom 31. März 1982 über die gerichtliche Organisation und Zuständigkeit; Bergmann/Ferid/Henrich, a.a.O., S. 2) - zu stellen und spricht das Gericht die Adoption aus (Art. 670 und Art. 672 Familiengesetzbuch). Das Obergericht hat einzig festgehalten, dass die Adoption im Jahre 1994 nach Sitten und Gebräuchen der Bantu vorgenommen worden sei. Der Beschwerdeführer selber behauptet nicht, das stammesrechtlich begründete Adoptionsverhältnis sei von den nach Familiengesetzbuch zuständigen staatlichen Behörden ausgesprochen, bestätigt oder registriert worden. Nach eigener Darstellung ist der Beschwerdeführer nach dem Tod der Mutter vom Kindsvater vor dessen Tod als Adoptivvater ernannt
worden. Vor Obergericht hat der Beschwerdeführer ausgeführt, dass ihm Z._____ "vom sterbenden leiblichen Vater an Kindesstatt gegeben wurde".

3.2.3 Bei der Adoption, deren Anerkennung der Beschwerdeführer verlangt, handelt es sich um eine Privatadoption, bei der keine staatlichen Organe mitgewirkt haben. Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei dieser Adoption, wie sie nach Bantu-Stammesrecht gültig sein soll, um einen anerkennungsfähigen Entscheid nach Art. 25 ff. und Art. 78 IPRG handle (vgl. BGE 122 III 344 E. 3 S. 346; Bucher, Droit international privé suisse, Bd. I/1, Rzn 581 und 584). Das Bundesgericht hat in Bezug auf eine ausländische Privatscheidung erwogen, dass diese als "Entscheid" im Sinne von Art. 25 ff. IPRG gilt und daher in der Schweiz grundsätzlich anerkennbar ist, da in vielen Staaten die Privatscheidung staatlich anerkannt ist und teilweise sogar die einzig mögliche Form der Eheauflösung ist (BGE 122 III 344 E. 3 S. 346 betreffend Privatscheidung nach ghanaischem Gewohnheitsrecht). Analog kann einer gewohnheitsrechtlich und ohne Mitwirkung staatlicher Behörden begründeten Privatadoption nicht von vornherein die Eigenschaft eines nach Art. 25 ff. und Art. 78 IPRG grundsätzlich anerkennungsfähigen Entscheides abgesprochen werden. Art. 652 des zairischen Familiengesetzbuches erklärt indessen die Bestimmungen über die Adoption als zwingend. Daraus hat
das Obergericht geschlossen, dass in der Demokratischen Republik Kongo als Heimatstaat eine Privatadoption (anders als die Privatscheidung nach ghanaischem Gewohnheitsrecht in Ghana; vgl. BGE 122 III 344 E. 2 S. 346, E. 3b S. 347 unten) nicht anerkannt ist. Diese Auffassung ist haltbar, denn das zairische Familiengesetzbuch will - im Unterschied zur früheren Gesetzgebung, die an der Privatadoption festgehalten hatte - die Adoption von einem Gerichtsentscheid abhängig machen, mit dem die Adoptionsvoraussetzungen grundsätz-

lich überprüft werden sollen (Emile Lamy, Le Code de la famille du Zaïre, in: Jahrbuch für afrikanisches Recht, Köln, 1993 S. 39). Vor diesem Hintergrund ist es nicht unhaltbar, wenn das Obergericht im Ergebnis angenommen hat, es fehle an einem anerkennungsfähigen Entscheid nach Art. 25 ff. i.V.m. Art. 78 IPRG und die nach Stammesrecht vorgenommene "petite adoption" aus dem Jahre 1994 könne in der Schweiz überhaupt nicht (weder als Voll- noch als schwache Adoption) anerkannt werden. Daher ist die Schlussfolgerung des Obergerichts, dem Beschwerdeführer komme mangels Adoptivvaterschaft keine elterliche Sorge zu und es könne ihm folglich auch kein Obhutsrecht zugeteilt werden, nicht willkürlich. Bei diesem Ergebnis
(Fehlen eines anerkennungsfähigen Entscheides) erübrigt sich zu prüfen, ob die Anerkennung der erwähnten Privatadoption gegen den schweizerischen Ordre public gemäss Art. 27 IPRG verstossen würde.
3.2.4 Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf die vom Obergericht festgestellte Tatsache, dass der Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 15. April 1999 - neben den anderen Kindern - auch das Kind Z._____ umfasst. Die Adoptivvaterschaft und die Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers als Inhaber der elterlichen Gewalt seien dadurch von den schweizerischen Behörden bereits verbindlich anerkannt worden. Aus dem Asylentscheid kann der Beschwerdeführer nichts für sich ableiten. Für die Frage, ob minderjährigen Kindern das Familienasyl gewährt wird, ist nach der Rechtsprechung nicht die rechtliche Qualifikation der Bindung, sondern das Bestehen einer tatsächlichen dauernden Familiengemeinschaft entscheidend (EMARK 2000 Nr. 22 E. 5b S. 204). Folglich wirft der Beschwerdeführer dem Obergericht vergeblich vor, es habe die rechtliche Tragweite des Asylentscheides verkannt.
3.2.5 Nach dem Dargelegten ist die Rüge des Beschwerdeführers, das Obergericht habe gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) verstossen, wenn es ihm mangels Adoptivvaterschaft keine elterliche Sorge bzw. Obhut für Z._____ zugeteilt hat, unbegründet.
3.3 Schliesslich geht die Rüge des Beschwerdeführers, das Obergericht habe die am 27. Oktober 2004 in der Demokratischen Republik Kongo errichtete Vormundschaft willkürlich anerkannt, ins Leere. Vorliegend hat der Massnahmenrichter im Scheidungsverfahren - wie dargelegt - keine Beziehung zwischen Eltern und Kindern zu gestalten. Folglich fehlt es ihm an einer Zuständigkeit gemäss Art. 315a ZGB (vgl. BGE 125 III 401 E. 2b/aa S. 404), über die Gültigkeit und Wirkung von allenfalls bestehenden bzw. die allfällige Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zu befinden. Ebenso wenig ist er zuständig, über die Vormundschaft von Unmündigen, die nicht unter elterlicher Gewalt stehen, zu befinden (Art. 368, Art. 376 ZGB). Das Obergericht hat sich daher zu Unrecht über die Anerkennung des im Ausland ergangenen Vormundschaftsentscheides ausgesprochen. Dies ändert indessen nichts daran, dass der angefochtene Entscheid, mit welchem die Verweigerung der vom Beschwerdeführer beantragten Zuteilung der Obhut für Z._____ bestätigt wurde, im Ergebnis (BGE 127 I 54 E. 2b S. 56) nicht gegen das Willkürverbot verstösst.
4.
Nach dem Dargelegten ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ergebnis wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Eine Entschädigungspflicht entfällt, da keine Vernehmlassung eingeholt worden ist und der Beschwerdegegnerin keine Kosten erwachsen sind. Die Voraussetzungen, um dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, sind erfüllt (Art. 152 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen, und es wird ihm Rechtsanwältin Heidi Koch-Amberg als Rechtsbeistand beigegeben.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt, einstweilen jedoch auf die Bundesgerichtskasse genommen.
4.
Rechtsanwältin Heidi-Koch Amberg wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'000.– ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, als Rekursinstanz nach

ZPO, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 31. August 2005
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: