

# **BGer 5P.380/2006 vom 17. November 2006**

Bundesgericht, 2006-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.380\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.380_2006)

FR: TF 5P.380/2006 du 17 novembre 2006

IT: TF 5P.380/2006 del 17 novembre 2006

## **Erwägungen**

### **E. 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 im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. c OG als zulässig erweist ( BGE 123 II 419 E. 1a S. 421; 120 II 222 E. 2b S. 224).

### **E. 1.2**

Bei der Staatsvertragsbeschwerde überprüft das Bundesgericht Konventionsverletzungen frei ( BGE 130 III 489 E. 1.4 S. 492; 126 III 438 E. 3 S. 439). Hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen beschränkt sich die Prüfung dagegen auf Willkür, jedenfalls wenn sich die Beschwerde - wie hier - gegen den Entscheid einer gerichtlichen Instanz richtet ( BGE 129 I 110 E. 1.3 S. 111 f.).

### **E. 1.3**

Nova sind in einer Staatsvertragsbeschwerde unzulässig ( BGE 128 I 357 E. 6c, d). Soweit sich die Parteien in ihren Eingaben nicht an den vom Obergericht festgestellten Sachverhalt halten, ohne die entsprechenden Feststellungen als willkürlich zu beanstanden, ist darauf nicht einzutreten. Nicht unter dieses Novenverbot fallen indes Zugeständnisse an die Gegenpartei in den Eingaben an das Bundesgericht; auf die entsprechenden Zugeständnisse kann somit im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde ohne weiteres abgestellt werden.

## **E. 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 Abs. 1 lit. a HEntfÜ).

Im vorliegenden Fall ist vor Bundesgericht nicht mehr strittig, dass das Kind am 3. Juni 2005, als die Beschwerdeführerin mit ihm aus Frankreich in die Schweiz reiste, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich hatte und das Sorgerecht über das Kind nach dem anwendbaren französischen Recht beiden Eltern gemeinsam zustand. Fest steht schliesslich, dass die Beschwerdeführerin das Kind ohne Einverständnis des Beschwerdegegners in die Schweiz überführt und damit das dem Beschwerdegegner ebenfalls zustehende Sorgerecht im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a HEntfÜ verletzt hat. Die Überführung des Kindes in die

Schweiz gilt damit als widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a HEntfÜ .

### **E. 3.1**

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 Gesuchsteller dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat.

### **E. 3.2**

Gemäss der nicht veröffentlichten Praxis des Bundesgerichts (Urteil 5P. 367/2005 vom 15. November 2005, E. 7.1) hat der beweislspflichtige entführende Elternteil die Verweigerungsgründe anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen und muss die Zustimmung bzw. Genehmigung (ausdrücklich oder konkludent) klar zum Ausdruck gelangen. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung im ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006, E. 4 präzisiert, da sie nicht mit der nötigen Klarheit zwischen tatsächlichen Feststellungen einerseits und der Frage andererseits unterscheidet, ob die festgestellten Tatsachen (Tatfrage) den Schluss erlauben, dass der Gesuchsteller den Verweigerungsgründen - hier dem Verbringen oder Zurückhalten - zugestimmt oder dieses Verhalten nachträglich genehmigt hat (Rechtsfrage).

### **E. 3.3**

Nach dem zitierten präzisierenden Urteil interessiert mit Bezug auf die Tatfrage, welchem Beweismass die Tatsachenfeststellungen im Zusammenhang mit dem HEntfÜ zu genügen haben. Soweit das HEntfÜ keine verfahrensrechtlichen Bestimmungen enthält, kommt in der Schweiz - in Ermangelung einer eidgenössischen Einführungsgesetzgebung - zwangsläufig kantonales Recht zur Anwendung ( BGE 130 III 530 E. 1 S. 532 f.). Gemäss dem angefochtenen Urteil beurteilen sich Gesuche um Rückführung von Kindern aufgrund des Übereinkommens im Summarverfahren (E. 1 des angefochtenen Urteils). Das typische oder eigentliche Summarverfahren ist u.a. durch Beschränkung der Beweismittel, aber auch der Beweisstrenge charakterisiert (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, 12. Kap., N. 150 ff.; betreffend Kanton AG: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, N. 4 Vorbemerkungen zu §§ 289-316): Gefordert wird Glaubhaftmachung. Auch in der (schweizerischen) Literatur wird hinsichtlich der Beweisstrenge bei den Verweigerungsgründen nach Art. 13 HEntfÜ postuliert, es seien diese "anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft" zu machen "und zwar ohne langwierige Ermittlungsverfahren" (Hauser/Urwiler, Kindesentführungen, in: Rechtshilfe und Vollstreckung, hrsg. von Leuenberger/Guy, Bern 2004, S. 72). Glaubhaft zu machen sind so genannte Tatsachen. Ob eine Tatsache glaubhaft gemacht ist, überprüft das Bundesgericht als Tatfrage unter dem Gesichtswinkel der Willkür, jedenfalls wenn sich die Beschwerde - wie hier - gegen den Entscheid einer gerichtlichen Instanz richtet (E. 1.2 hiervor; BGE 129 I 110 E. 1.3 S. 111 f.).

### **E. 3.4**

Was den umstrittenen Verweigerungsgrund der Zustimmung bzw. nachträglichen Genehmigung (Rechtsfrage) anbelangt, fordert die Lehre, soweit sie sich zum Problem überhaupt äussert, dass daran hohe Anforderungen zu stellen sind (statt vieler: Staudinger/Pirrung, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1994, Vorbemerkungen zu Art. 19 EGBGB, Rz. 682; Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002 S. 1332; Bucher, L'enfant en droit international privé, 2003, S. 165 Rz. 465). Dass an die Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung strenge

Anforderungen zu stellen sind, liegt in der Natur der Sache, darf man sich doch bei rechtsgestaltenden Erklärungen nicht mit Zweideutigkeiten zufrieden geben. Deshalb muss die Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung klar sein. Das Erfordernis der Klarheit der Zustimmung bzw. der Genehmigung ergibt sich aus den materiellen Bestimmungen des HEntfÜ. Ob die glaubhaft gemachten Tatsachen auch den Schluss auf eine klare ausdrückliche bzw. konkludente Zustimmung bzw. Genehmigung des Verbringens oder Zurückhaltens in der Schweiz zulassen oder nicht, ist Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Rahmen der Staatsvertragsbeschwerde frei prüft, sofern - wie hier - eine den Begründungsanforderungen genügende Rüge vorliegt ( Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ; BGE 129 I 110 E. 2.1 S. 112).

#### **E. 4**

Nachdem die Beschwerdeführerin das Kind nach den verbindlichen Feststellungen am 3. Juni 2005 ohne Einverständnis des Beschwerdegegners in die Schweiz überführt hat (E. 2 hiervor), stellt sich die Frage, ob der Beschwerdegegner das Verbringen bzw. Zurückbehalten nachträglich genehmigt hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a in fine; vgl. E. 3.1 hiervor).

#### **E. 4.1**

Das Obergericht hält dafür, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vermöge sie mit ihren Vorbringen eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des Beschwerdegegners zum dauernden Verbringen des Kindes in die Schweiz weder glaubhaft zu machen noch zu beweisen. Unbehelflich sei der Einwand, sie habe ihren Wohnsitz in der Schweiz nie aufgegeben, sei in Frankreich nie angemeldet gewesen und habe dort auch nie Steuern bezahlt. Hieraus lasse sich kein Einverständnis des Beschwerdegegners zum Verbleib des Kindes in der Schweiz ableiten.

Ebenso wenig könne der Besuch des Beschwerdegegners vom 6. bis 15. Juli 2005 in der Schweiz als derartiges Einverständnis angesehen werden. Die Beschwerdeführerin habe in Bezug auf diesen Besuch vor erster Instanz zu Protokoll gegeben, der Beschwerdegegner habe seinen Sohn sehen wollen und sie deswegen besucht. Daraus könne lediglich geschlossen werden, dass dem Beschwerdegegner etwas an seinem Sohn liege und er den Kontakt zu ihm aufrecht erhalten wollte.

Soweit die Parteien offenbar über einen Wohnsitzwechsel in die Schweiz diskutiert hätten, seien die diesbezüglichen Aussagen widersprüchlich: Der Beschwerdegegner habe anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2006 ausgeführt, die Parteien seien zwar getrennt gewesen, hätten aber ihre gemeinsame Zukunft in der Schweiz geplant. Er habe der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, zusammen in die Schweiz zu ziehen. Sie habe aber nicht gewollt, dass sie alle drei zusammen in der Schweiz lebten. Die Beschwerdeführerin habe demgegenüber behauptet, die Parteien hätten erwogen, ob nicht auch der Beschwerdegegner in die französische Schweiz ziehen und sich dort eine Stelle suchen solle, damit er näher bei ihr und dem Kind wäre. So oder anders könne auch daraus nicht auf ein Einverständnis des Beschwerdegegners geschlossen werden, er wäre mit dem Verbringen des Kindes in die Schweiz bzw. dessen Verbleib in der Schweiz einverstanden gewesen. Nach glaubhafter Darstellung des Beschwerdegegners sei er bei diesen Überlegungen jeweils von der Hoffnung ausgegangen, dass er weiterhin mit der Beschwerdeführerin und dem Kind zusammenleben werde. Dass der Beschwerdegegner eine derartige Hoffnung hegte, schliesse selbst die Beschwerdeführerin nicht aus.

Soweit die Beschwerdeführerin darlege, der Beschwerdegegner habe sie nach einem Besuch in Frankreich zurückgefahren und mit einem Kleintransporter persönliche Sachen in die Schweiz zurückgeführt, seien die Darstellungen der Parteien ebenfalls widersprüchlich: In der Klageantwort habe die Beschwerdeführerin noch behauptet, der Beschwerdegegner habe sämtliche Möbel in die Schweiz überführt. Nach dem Beschwerdegegner sei die Miete des Kleintransporters einzig zum Transport der Nähmaschine und von Sachen erfolgt, welche die Beschwerdeführerin herstellte (Colliers, Trag- und Einkaufstaschen etc.), um sie in der Schweiz zu verkaufen. Anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2006 habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, es seien Kleider und Spielsachen des Kindes dabei gewesen. Sie habe auch noch persönliche Sachen wie Schmuck, Accessoires und Ausweispapiere und für die "Märkte" bestimmte Taschen mitgenommen. Der Beschwerdegegner wiederum habe ausgesagt, sie hätten nur Produkte mitgenommen, welche die Beschwerdeführerin auf den Märkten in der Schweiz habe verkaufen wollen. Sie habe sicher keine Möbel, wohl aber einen Koffer mit persönlichen Effekten mitgenommen. Die Aussagen der Parteien stimmten insofern überein, als dass offenbar für den Verkauf in der Schweiz bestimmte Gegenstände transportiert wurden. In Bezug auf weitere persönliche Gegenstände der Beschwerdeführerin und des Kindes seien die Aussagen widersprüchlich. Immerhin sei nicht anzunehmen, dass Möbelstücke dabei waren, ansonsten dies von der Beschwerdeführerin anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung nicht explizit verneint worden wäre. Damit sei auch nicht erstellt, der Beschwerdegegner habe der Beschwerdeführerin beim "Zügeln" eines ganzen Haushalts geholfen und damit sein Einverständnis zu einem definitiven Wegzug seines Kindes erteilt. Auch die übrigen, von der Beschwerdeführerin noch vorgebrachten Umstände seien weder für sich allein noch im Gesamtzusammenhang geeignet, eine ausdrückliche oder zumindest konkludente Zustimmung des Beschwerdegegners zum Verbringen des Kindes in die Schweiz zu beweisen. Ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ bestehe daher nicht.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin lässt im Wesentlichen auseinandersetzen, aufgrund der willkürfrei glaubhaft gemachten Tatsachen dränge sich zwingend der Schluss auf, dass der Beschwerdegegner zumindest im Nachhinein den Umzug der Beschwerdeführerin zusammen mit dem Kind in die Schweiz genehmigt habe. Wie dem Beschwerdegegner bekannt gewesen sei, habe sie in der Schweiz zusammen mit dem Sohn eine Wohnung bezogen, wo sie beide vom Beschwerdegegner Anfang Juli 2005 besucht worden seien (staatsrechtliche Beschwerde act. 13 S. 7; 2.1.2; S. 16 lit. b). Im Weiteren hätten die Parteien gemeinsam eine grössere Wohnung in S.\_\_\_\_\_ besichtigt, womit sie der Beschwerdegegner in ihren Bemühungen unterstützt habe, in der Schweiz definitiv Fuss zu fassen (act. 13 S. 8 f. 2.1.3.; S. 16 lit. c). Sodann sei bereits im kantonalen Verfahren darauf hingewiesen worden, dass der Beschwerdegegner ab Dezember 2005 in Frankreich keine Kinderzulagen mehr bezogen habe, was vom Beschwerdegegner denn auch nicht bestritten worden sei (act. 13 S. 14 2.1.7. und S. 16 lit. g). Weiter habe der Beschwerdegegner selbst beabsichtigt, in die Schweiz zu ziehen, und sei davon ausgegangen, dass die Zukunft der Familie in der Schweiz stattfinde (act. 13 S. 12 f. 2.1.6. und S. 16 lit. f). Schliesslich habe der Beschwerdegegner ihren Hausrat in die Schweiz transportiert (act. 13 S. 10 2.1.5. S. 16 lit. e). Die vom Obergericht gezogene Schlussfolgerung trage diesen Umständen nicht bzw. zu wenig Rechnung und verletze damit Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ .

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner schliesst sich im Wesentlichen den Ausführungen des angefochtenen Urteils an und betont insbesondere, bei der von der Beschwerdeführerin mit dem Sohn bezogenen Wohnung handle es sich um das Gästezimmer der Liegenschaft der Eltern der Beschwerdeführerin. Der Mietvertrag vom 1. Juli 2005 sei mit einer Vermieterin abgeschlossen worden, in deren Verwaltungsrat die Mutter der Beschwerdeführerin Einsitz genommen habe (Vernehmlassung act. 16 S. 6 zu 2.1.2.). Dass die Parteien gemeinsam eine Wohnung in S. \_\_\_\_\_ besichtigt hätten, treffe zwar zu; doch sei es immer darum gegangen, dass die dreiköpfige Familie ihre Zukunft gemeinsam in der Schweiz verbringe. Getragen von dieser Absicht habe er 2005 auf die in Frankreich zu beziehende Kinderzulage verzichtet (Vernehmlassung S. 8 f. zu 2.1.7.). Schliesslich habe er weder Mobiliar noch persönliche Effekten der Beschwerdeführerin bzw. des Kindes, sondern einzig für den Verkauf an Schweizer Märkten bestimmte Gegenstände in die Schweiz transportiert (act. 16 S. 7 f. zu 2.1.5.).

#### **E. 4.4**

Das Obergericht zieht in rechtlicher Hinsicht den Schluss, die ausdrücklich im Urteil aufgeführten, aber auch die übrigen, nicht ausdrücklich angeführten tatsächlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin seien weder für sich allein noch im Gesamtzusammenhang geeignet, eine ausdrückliche oder zumindest konkludente Zustimmung des Beschwerdegegners zum Verbringen des Kindes in die Schweiz zu beweisen. Diese Ausführungen sind insofern unpräzise, als es vorliegend nicht mehr um die Zustimmung zum Verbringen in die Schweiz geht, sondern vielmehr darum, ob aufgrund glaubhaft gemachter tatsächlicher Gegebenheiten auf eine ausdrückliche oder konkludente nachträgliche Genehmigung des Verbleibs (Zurückhaltens) des Kindes geschlossen werden kann.

#### **E. 4.5**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz eine Wohnung bezogen hat und dass der Beschwerdegegner darum wusste. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin und das Kind gemäss den Feststellungen des angefochtenen Urteils vom 6. bis 15. Juli 2005 in der Schweiz besucht und ist danach wieder nach Frankreich zurückgekehrt, wobei den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht entnommen werden kann, dass er auf einer Rückreise des Kindes nach Frankreich bestanden hätte. Wie sich vielmehr aus den nicht bestrittenen Vorbringen der Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren bzw. aus dem obergerichtlichen Urteil und den Ausführungen des Beschwerdegegners in der Vernehmlassung ergibt, hatte er die Absicht, sich zusammen mit der Beschwerdeführerin und dem Kind in der Schweiz niederzulassen; von dieser Absicht getragen, besichtigte er zusammen mit der Beschwerdeführerin eine Wohnung in S. \_\_\_\_\_ (Vernehmlassung S. 7) und verzichtete er auf die in Frankreich bezogenen "Kinderzulagen" (Vernehmlassung S. 9 oben). Ferner überführte er seinen eigenen Aussagen zufolge für den Verkauf an den hiesigen Märkten bestimmte Gegenstände der Beschwerdeführerin von Frankreich in die Schweiz (Vernehmlassung S. 9 unten).

#### **E. 4.6**

Aufgrund der vom Obergericht erstellten tatsächlichen Gegebenheiten und der im vorliegenden Verfahren ausdrücklich eingestandenen Tatsachen drängt sich entgegen der Auffassung des Obergerichts der Schluss auf, der Beschwerdegegner habe durch

konkludentes Verhalten den Verbleib (das Zurückhalten) des Kindes in der Schweiz nachträglich klar genehmigt. Für diese Schlussfolgerung ist nicht von Belang, ob es sich bei der Wohnung um eine in der elterlichen Liegenschaft gelegenen Wohngelegenheit handelt und wer die Wohnung vermietet hat. Nicht wesentlich ist zudem, ob die in die Schweiz verbrachten Gegenstände auch Mobiliar und persönliche Effekten des Kindes bzw. der Beschwerdeführerin umfassten. Indem der Beschwerdegegner nämlich, wie er selbst einräumt, für die "Märkte" bestimmte Gegenstände in die Schweiz führte, hat er eine berufliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin in der Schweiz als Lebensgrundlage für die Beschwerdeführerin und das Kleinkind akzeptiert und gefördert. Ebenso wenig kann entscheidend sein, dass der Wunsch des Beschwerdegegners bezüglich einer gemeinsamen Zukunft mit seiner "Familie" sich schliesslich nicht verwirklicht hat; dies umso weniger, als nicht erstellt ist, dass der Beschwerdegegner im Verlaufe des Jahres 2005 auf einer Rückkehr des Kindes nach Frankreich bestanden hat, obwohl die Beschwerdeführerin - laut Aussagen des Beschwerdegegners (Urteil S. 12 3.3. letzter Absatz) - ein gemeinsames Zusammenleben nicht beehrte.

## **E. 5**

Damit ist die staatsrechtliche Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Behandlung der weiteren Rügen (Beschwerde Ziff. 2.1 S. 4-16, Ziff. 3 S. 18-21 und Ziff. 4 S. 21-23). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig ( Art. 156 Abs. 1 OG ; BGE 131 III 334 E. 7 S. 344). Er hat grundsätzlich die Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen ( Art. 159 Abs. 2 OG ).

## **E. 6.1**

Soweit das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege nicht gegenstandslos geworden ist, wird es gutgeheissen, da sich die Beschwerdeführerin als bedürftig und die Angelegenheit sich nicht als von vornherein aussichtslos erwiesen hat ( Art. 152 Abs. 1 OG ). Rechtsanwältin Lisa Zaugg wird zum amtlichen Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin ernannt; ihr ist eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten, zumal sich die Parteientschädigung unter den gegebenen Umständen als offensichtlich uneinbringlich erweist ( Art. 152 Abs. 2 OG ; vgl. E. 6.2).

## **E. 6.2**

Gutzuheissen ist ferner das Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege. Auch er gilt als bedürftig. Zudem kann auch sein Standpunkt im Verfahren nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Diesen Ausführungen entsprechend wird die Gerichtsgebühr einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen. Fürsprecher Guido Fischer wird zum amtlichen Rechtsbeistand des Beschwerdegegners bestellt und aus der Bundesgerichtskasse entschädigt ( Art. 152 Abs. 1 und 2 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.