

Étranger, protection de  
l'enfant, procédure, DIP,  
enlèvement international

**Art. 12 al. 1 et 2, 13 al. 1  
let. a et b CLaH80 ; 72 al. 2  
let. b ch. 1 LTF**

**Enlèvement international d'enfants – recevabilité (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF).** Les décisions de retour d'enfant basées sur la CLaH80 relèvent de l'entraide entre les États contractants, question en rapport direct avec le respect et l'exécution du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF) (consid. 1).

**Preuve du motif de refus au retour (art. 13 al. 1 CLaH80).** La personne qui s'oppose au retour de l'enfant supporte le fardeau de la preuve des circonstances qui s'opposent au retour (art. 13 al. 1 CLaH80), et ce, nonobstant la maxime inquisitoire. Les circonstances déterminantes doivent être rendues objectivement vraisemblables au moyen d'indices suffisamment détaillés. Les exigences concernant le degré de la preuve du consentement ou de l'acquiescement par rapport au déplacement de l'enfant (art. 13 al. 1 let. a CLaH80) sont particulièrement élevées. La personne concernée doit avoir clairement manifesté sa volonté. Cette dernière peut ressortir de déclarations, orales ou écrites, explicites, voire des circonstances (consid. 3.1).

**Délai de l'art. 12 al. 1 et 2 CLaH80.** La CLaH80 contient des règles au sujet du *dies a quo* et du *dies ad quem* du délai prévu à l'art. 12 CLaH80. Ces règles doivent être interprétées de manière autonome. En présence d'un non-retour de l'enfant, le *dies a quo* du délai de l'art. 12 CLaH80 correspond au moment à partir duquel on est en présence d'un non-retour illicite au sens de l'art. 3 let. a CLaH80. Lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'appliquer une convention internationale à un cas concret, le contenu de la convention a un caractère normatif. Son interprétation, bien qu'autonome, s'effectue selon les règles habituelles en la matière. La formulation de l'art. 12 al. 1 CLaH80 (« période de moins d'un an ») et celle de l'al. 2 de cette disposition (« après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent ») semblent, de prime abord, contradictoires. Toutefois, il ressort de l'interprétation systématique, téléologique et historique de l'art. 12 CLaH80 que la durée du délai prévu correspond à une période exacte d'un an. En outre, retenir un délai de moins d'un an, qui pourrait aller de 1 à 364 jours, s'opposerait au besoin d'avoir des délais déterminés. S'agissant des modalités de computation du délai, la CLaH80 ne contient pas de règles spécifiques. Partant, il faut appliquer les règles de la procédure civile suisse, notamment l'art. 142 al. 2 CPC pour le délai d'un an (12 mois) de l'art. 12 CLaH80. La demande de retour doit être introduite devant le juge dans le délai d'un an (art. 12 al. 1 CLaH80) (consid. 4.3 à 4.3.4).

**Risque grave pour l'enfant (art. 13 al. 1 let. b CLaH80).** Un risque grave que le retour expose l'enfant à un danger physique ou psychique (art. 13 al. 1 let. b CLaH80) existe en cas de retour envisagé dans une région en guerre ou touchée par une épidémie, mais également lorsqu'il est sérieusement à craindre que l'enfant sera maltraité ou abusé après son retour, sans que l'on puisse compter sur l'intervention des autorités de l'État de provenance. À l'inverse, des difficultés linguistiques ou de réintégration à la suite du retour, plus ou moins inévitables à partir d'un certain âge, ne constituent pas un risque grave de danger psychique. La procédure de retour de la CLaH80 ne vise pas à trancher les questions de droit matériel, déterminantes lorsqu'il s'agit d'attribuer l'autorité parentale. S'agissant de l'autorité parentale, la compétence du juge du fond de l'État de provenance est réservée (art. 16 et 19 CLaH80). Les motifs de refus au retour doivent être interprétés de manière restrictive. Seuls les dangers réels doivent être pris en compte dans le cadre de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 (consid. 5.1).

Besetzung  
Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, Schöbi,  
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Adrian Dumitrescu,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

B.,  
vertreten durch Rechtsanwältin Patricia Cerejo,  
Beschwerdegegnerin,

C.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dominik Rothacher.

Gegenstand

Rückführung eines Kindes,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, vom 21. Juni 2018 (XKL.2018.2).

#### **Sachverhalt:**

##### **A.**

B. und A. sind die unverheirateten Eltern der 2012 geborenen C. und leben seit Dezember 2015 getrennt. Mit Vereinbarung vom 24. Oktober 2016 erklärten die Eltern, dass sie die gemeinsame elterliche Sorge über C. ausüben, diese unter der Obhut der Mutter steht und dem Vater ein regelmässiges Besuchs- und Ferienrecht zukommt.

In Ausübung des Ferienrechts und gestützt auf eine entsprechende Reisevollmacht der Mutter vom 9. März 2017 verbrachte C. für die Zeit vom 10. März bis 23. April 2017 Ferien beim Vater in der Schweiz. Anschliessend gab dieser die Tochter nicht wie vereinbart zurück, sondern behielt sie in der Schweiz zurück.

##### **B.**

Am 23. April 2018 (Eingang am 24. April 2018) stellte die Mutter beim Obergericht des Kantons Aargau ein Gesuch um Rückführung von C. nach Portugal.

Nach Bestellung eines Kindesvertreters und Durchführung einer Mediation sowie der Hauptverhandlung ordnete das Obergericht mit Entscheid vom 21. Juni 2018 die Rückführung von C. nach Portugal an, wobei es dem Vater eine Frist bis 31. Juli 2018 zur strafbewehrten Rückgabe des Kindes setzte und für den Unterlassungsfall die Modalitäten für einen behördlichen Vollzug der Rückführung regelte.

##### **C.**

Gegen diesen Entscheid hat der Vater am 9. Juli 2018 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit dem Begehren um dessen Aufhebung und Abweisung des Rückführungsgesuches. Ferner wurde die (superprovisorische) Erteilung der aufschiebenden Wirkung verlangt, welche nach Eingang der Stellungnahmen des Kindesvertreters, der Beschwerdegegnerin und des Obergerichts mit Verfügung vom 23. Juli 2018 erteilt wurde. Mit Vernehmlassungen vom 12. bzw. 20. Juli 2018 schlossen das Obergericht und die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde (der Kindesvertreter hatte seine Eingabe auf die Frage der aufschiebenden Wirkung beschränkt). Dem Beschwerdeführer wurde eine Replikfrist gesetzt und er hat sich nicht mehr geäussert.

## Erwägungen:

### 1.

Bei Rückführungsentscheiden nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) geht es um die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584). Gegen den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Aargau, welches als einzige kantonale Instanz entschieden hat (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, BG-KKE, SR 211.222.32), steht die Beschwerde in Zivilsachen offen. Mit ihr kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das HKÜ gehört. Demgegenüber ist das Bundesgericht grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip zum Tragen kommt und appellatorische Ausführungen ungenügend sind (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 143 I 310 E. 2.2 S. 313).

### 2.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Portugal hatte und den Eltern im Zeitpunkt des Zurückhaltens in der Schweiz aufgrund der vor dem Jugend- und Familiengericht U. (Portugal) geschlossenen Parteivereinbarung vom 24. Oktober 2016 ein gemeinsames Sorgerecht und der Mutter überdies das Obhutsrecht zustand, so dass das Zurückhalten des Kindes in der Schweiz widerrechtlich im Sinn von Art. 3 lit. a und Art. 5 lit. a HKÜ war.

Kernthemen des kantonalen Rückführungs- sowie des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden die Frage der mütterlichen Zustimmung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ (dazu E. 3), die Frage der Einhaltung der Jahresfrist im Sinn von Art. 12 Abs. 1 und 2 HKÜ (dazu E. 4) und ferner die Frage der schwerwiegenden Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 2 lit. b HKÜ (dazu E. 5). Schliesslich wird kurz das Einleben des Kindes im Sinn von Art. 12 Abs. 2 HKÜ thematisiert, was freilich voraussetzt, dass die Jahresfrist nicht eingehalten ist (dazu E. 4.4).

### 3.

Das Rückführungsgericht ist nicht zur Rückgabe des Kindes verpflichtet, wenn die Person, die sich der Rückführung des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Person, der die Sorge für das Kind zustand, das Sorgerecht zur Zeit des Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ).

**3.1. Art. 13 Abs. 1 HKÜ** auferlegt die Beweislast für Umstände, welche der Rückführung entgegenstehen, derjenigen Person, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt (vgl. Urteile 5A\_446/2007 vom 12. September 2007 E. 3; 5A\_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 3.1; 5A\_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.2; 5A\_822/2013 vom 28. November 2013 E. 3.3), vorliegend also dem Beschwerdeführer; daran ändert die Untersuchungsmaxime nichts (vgl. Urteile 2C\_661/2015 vom 12. November 2015 E. 2.3; 5A\_59/2016 vom 1. Juni 2016 E. 4.4). Die betreffenden Umstände sind anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen (Urteile 5P.367/2005 vom 15. November 2005 E. 7.1; 5P.380/2006 vom 17. November 2006 E. 3.2; 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 3; 5A\_537/2012 vom 20. September 2012 E. 5). Mit Bezug auf die Zustimmung bzw. Genehmigung gilt ein strenger Beweismassstab; der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Sorgerechtsinhabers muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann

(vgl. Urteile 5A\_446/2007 vom 12. September 2007 E. 3; 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3; 5A\_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 3.1; 5A\_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 3; 5A\_822/2013 vom 28. November 2013 E. 3.3).

**3.2.** Wie im kantonalen Verfahren macht der Beschwerdeführer geltend, die Mutter habe sich nicht aktiv um die Rückkehr von C. gekümmert. Sie habe weder durch Brief oder Mail eine Rückgabe des Kindes verlangt noch sei dies aus dem aktenkundigen gesamten Whatsapp-Verkehr ersichtlich. Unbeachtlich sei sodann die Behauptung der Mutter, sie habe die Rückgabe telefonisch verlangt. Vielmehr habe sie die aktuelle Lebensführung akzeptiert und damit das Verbleiben von C. in der Schweiz genehmigt, was sich insbesondere in der Abmeldung aus dem portugiesischen Kindergarten bereits im Mai 2017 zeige.

Demgegenüber bringt die Beschwerdegegnerin vor, sie habe den Beschwerdeführer telefonisch mehrmals zur Rückgabe des Kindes aufgefordert, soweit dieser Anrufe überhaupt entgegengenommen habe. Sodann habe sie ihn auch per Whatsapp mehrmals dazu aufgefordert, was sie aber nicht nachweisen könne, weil ihr Handy im Sommer 2017 kaputt gegangen sei und sich die Nachrichten nicht mehr wiederherstellen liessen. Sodann bestreitet sie energisch, C. aus dem Kindergarten abgemeldet zu haben.

**3.3.** Gemäss den obergerichtlichen Feststellungen hielt die portugiesische Kindertagesstätte mit der Erklärung vom 2. Mai 2018 einzig fest, dass C. von Februar 2014 bis Juli 2017 (recte: März 2017) die Institution besucht habe und für das Schuljahr 2017/2018 keine Immatrikulation erfolgt sei; über die Motive für die Abmeldung enthalte die Erklärung keine Aussage. Weiter hat das Obergericht festgestellt, dass die Mutter schon am 31. Mai 2017 das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und am 5. Juni 2017 bei der Zentralbehörde in Portugal den Antrag auf Rückführung eingereicht habe. Die väterlicherseits eingereichten Whatsapp-Protokolle interpretierte das Obergericht dahingehend, dass die Mutter weiter an der elterlichen Beziehung festhalten wollte und auf eine Wiedervereinigung hoffte. Schliesslich hat das Obergericht darauf verwiesen, dass der Vater zur Absicherung für die Ferien im März/April 2017 vom Anwalt eine schriftliche und beglaubigte Vereinbarung wollte, um sich nicht dem Entführungsvorwurf auszusetzen. Diese Vorkehr sowie die Tatsache, dass in der Vereinbarung nicht von einer Zustimmung zum Verbleib im Anschluss an den Ferienaufenthalt die Rede sei, interpretierte das Obergericht dahingehend, dass eine Zustimmung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ wenig glaubhaft und jedenfalls insgesamt nicht nachgewiesen erscheine.

**3.4.** Die äusseren Tatsachen als solche werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Er wirft dem Obergericht allerdings eine einseitige Beweiswürdigung vor und kritisiert auch, dass D. (seine neue Lebenspartnerin) nicht einvernommen worden sei. All dies wird indes in rein appellatorischer Weise vorgetragen (vgl. Beschwerde, Rz. 50 ff.), was nach dem in E. 1 Gesagten nicht genügt; mangels substantzierter Willkürwürgen kann darauf nicht eingetreten werden. In Bezug auf die angebehrte Beweisabnahme sei der Vollständigkeit halber ergänzt, dass die Zeugenaussage von D. ohnehin in erster Linie zum Einleben des Kindes in der Schweiz beantragt war, was nicht Prüfungsgegenstand bildet (vgl. E. 4.4).

**3.5.** Als Novum bringt der Beschwerdeführer sodann die Kopie einer auf Deutsch verfassten und auf den 29. März 2017 / 5. April 2017 datierten angeblichen Elternvereinbarung vor, gemäss welcher C. per sofort beim Vater in der Schweiz wohnen und er auch über das alleinige Sorgerecht verfügen soll.

**3.5.1.** Der Beschwerdeführer macht geltend, dabei handle es sich ganz klar um eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung der Mutter zum definitiven Verbleib der Tochter in der Schweiz. Das Novum sei zuzulassen, weil er sich im Rahmen der ganzen Aufregung rund um das Rückführungsverfahren gar nicht mehr an diese Vereinbarung habe erinnern können und er erst wieder darauf aufmerksam

geworden sei, als er mit Schreiben vom 22. Juni 2018 - also nach dem am 21. Juni 2018 erfolgten Rückführungsentscheid - von der Polizei aufgrund der Strafanzeige wegen Urkundenfälschung zur Befragung vorgeladen worden sei. Hintergrund der Vereinbarung sei gewesen, dass ihm die Stadtverwaltung V. mitgeteilt habe, er müsse für die Anmeldung von C. eine Einverständniserklärung der Mutter vorlegen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe von dieser angeblichen Vereinbarung zum ersten Mal gehört, als sie beim Migrationsamt des Kantons Aargau um Akteneinsicht zum Aufenthaltsstatus von C. ersucht habe. Sie sei schockiert gewesen über das Dokument und habe daraufhin eine Strafanzeige wegen Urkundenfälschung eingereicht.

**3.5.2.** Das Bundesgericht ist an die Sachverhaltsfeststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden (**Art. 105 Abs. 1 BGG**). Entsprechend gilt im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ein Novenverbot. Unechte Noven sind ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (**Art. 99 Abs. 1 BGG**). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die angebliche Zustimmung der Mutter zu einem Verbleib des Kindes in der Schweiz wurde im Rückführungsverfahren von Anfang an behauptet; für den Vater hätte Anlass bestanden, ein derart zentrales Dokument von Anfang an in das kantonale Verfahren einzuführen.

**3.5.3.** Vor dem Hintergrund der Unzulässigkeit des Novums erübrigen sich Ausführungen zur Glaubhaftigkeit des Vorbringens. Der Vollständigkeit halber sei einzig festgehalten, dass die angebliche Vereinbarung einen Genehmigungsvorbehalt durch die KESB V. enthält und nicht behauptet wird, dass das Dokument je der KESB vorgelegt worden oder gar eine Genehmigung erfolgt wäre; die Verbindlichkeit der Vereinbarung, soweit sie echt sein sollte, wäre deshalb ohnehin in Frage gestellt (vgl. **Art. 16 Abs. 1 OR**).

**3.5.4.** Ausgehend vom Ergebnis, dass es sich bei der angeblichen Vereinbarung um ein unzulässiges Novum handelt, ist sodann der beidseits gestellte Antrag auf Einholung eines Gutachtens in Bezug auf die Echtheit der Unterschrift der Mutter auf dem fraglichen Dokument und die Vorfrage, ob das Bundesgericht überhaupt Beweise abnehmen bzw. Gutachten in Auftrag geben könnte, gegenstandslos.

**3.6.** Angesichts des vorstehenden Resultates ist von der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung des angefochtenen Entscheides auszugehen.

Diesbezüglich versucht der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen die in E. 3.1 dargestellte Beweislastregel von Art. 12 Abs. 2 HKÜ umzukehren, indem er geltend macht, es komme nirgends schriftlich zum Ausdruck, dass sich die Mutter aktiv um eine Rückgabe des Kindes bemüht habe. Dieser Behauptung kann angesichts der vom Obergericht festgestellten Tatsachen nicht gefolgt werden, hat doch die Beschwerdeführerin insbesondere knapp einen Monat nach dem widerrechtlichen Zurückhalten des Kindes einen Rückführungsantrag an die portugiesische Zentralbehörde gestellt. Freilich ist nicht schriftlich dokumentiert, dass sie in den Folgemonaten gegenüber dem Vater auf der Rückgabe des Kindes bestanden hätte. Aufgrund der väterlicherseits eingereichten Auszüge aus dem Whatsapp-Verkehr (woraus keine Aufforderung zur Rückgabe des Kindes ersichtlich ist) geht das Obergericht davon aus, dass die Mutter auf eine Wiedervereinigung hoffte; explizit festgestellt hat es überdies, dass aus den Whatsapp-Auszügen keine Zustimmung der Mutter zu einem Verbleiben des Kindes ersichtlich ist. Dass die Hintergründe, wieso sie erst am letzten Tag der Jahresfrist formell das Rückführungsgesuch beim schweizerischen Gericht eingereicht hat, letztlich nicht klar und jedenfalls nicht mit Dokumenten belegt sind (die Beschwerdeführerin hält fest, sie sei von ihrer portugiesischen Anwältin hingehalten worden, und erst durch einen direkten Anruf bei der portugiesischen Zentralbehörde habe sie erfahren, dass noch Dokumente fehlen würden, worum sie sich in der Folge selbst bemüht habe), vermag ebenso wenig eine erwiesene konkludente Zustimmung zu begründen: Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ enthält wie gesagt eine Beweislastregel dahingehend, dass der zurückbehaltende Teil die Zustimmung darzutun hat und

dabei ein strenger Massstab gilt (vgl. E. 3.1). Diesbezüglich besteht einzig das Vorbringen, dass die Abmeldung aus dem portugiesischen Kindergarten nicht erst für das Schuljahr 2017/2018, sondern bereits im Mai 2017 erfolgt sei. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann dies aber nicht als Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ ausgelegt werden, wenn die Mutter noch im Mai das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Anfang Juni bei der portugiesischen Zentralbehörde das Rückführungsgesuch stellte.

**3.7.** Als Zwischenergebnis ist mit dem Obergericht festzuhalten, dass die behauptete Zustimmung der Mutter zu einem dauerhaften Verbleib des Kindes in der Schweiz nicht objektiv glaubhaft gemacht und mithin die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ nicht gegeben sind.

#### **4.**

Wird ein Kind im Sinn von Art. 3 HKÜ widerrechtlich zurückgehalten und ist bei Eingang des Antrags beim Gericht eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Zurückhalten verstrichen, so ordnet das zuständige Gericht die sofortige Rückgabe des Kindes an (Art. 12 Abs. 1 HKÜ). Ist der Antrag erst nach Ablauf der in Art. 12 Abs. 1 HKÜ bezeichneten Jahresfrist eingegangen, so ordnet das Gericht die Rückgabe des Kindes ebenfalls an, sofern nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat (Art. 12 Abs. 2 HKÜ).

**4.1.** Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass der Aufenthalt des Kindes in der Schweiz bis am 23. April 2017 rechtmässig war und die Mutter auch frühestens am 24. April 2017 erkennen konnte, dass das Kind nicht vereinbarungsgemäss nach Portugal zurückgebracht worden war. Die in Art. 12 HKÜ genannte Jahresfrist habe mithin am 24. April 2017 zu laufen begonnen und sei mit dem Eingang des Rückführungsgesuches beim Gericht am 24. April 2018 gewahrt. Mithin könne offen bleiben, ob bereits die am 23. April 2018 erfolgte Fax-Eingabe fristwahrende Wirkung hätte entfalten können.

**4.2.** Wie bereits im kantonalen Verfahren bringt der Beschwerdeführer vor, zum einen habe die Frist am Rückreisedatum, also am 23. April 2017, zu laufen begonnen und zum anderen spreche der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 HKÜ ausdrücklich von "weniger als einem Jahr", weshalb der letzte Tag der Frist spätestens der 22. April 2018 gewesen sei. Mit der Postaufgabe des Rückführungsgesuchs am 23. April 2018 und dessen Eingang beim Gericht am 24. April 2018 sei die Frist offensichtlich nicht eingehalten.

**4.3. Umstritten ist im Zusammenhang mit der Jahresfrist von Art. 12 HKÜ sowohl der *dies a quo* als aufgrund der Frage der Fristenlänge auch der *dies ad quem*.**

**Das HKÜ enthält für beide Fragen eine Regelung, welche nach den üblichen Grundsätzen vertragsautonom auszulegen ist. Einzig über die Modalitäten des Fristlaufes spricht sich das HKÜ nicht aus.**

**4.3.1.** Was den Beginn des Fristenlaufes anbelangt, lässt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers aus dem Urteil 5A\_822/2013 vom 28. November 2013 E. 2.2 kein bestimmter Stichtag ableiten. Dort ging es um die Frage, ob die Jahresfrist bereits vor der vereinbarten Rückreise habe zu laufen beginnen können, wenn nach Parteibehauptung schon früher klar geworden sei, dass das Kind zurückgehalten werde. Das Bundesgericht hat dies verneint und festgehalten, dass "frühestens" die vereinbarte Rückreise die Frist habe auslösen können. Vorliegend kommt es hingegen auf den Tag an und es bedarf deshalb präziserer Überlegungen.

**Die deutsche Übersetzung von Art. 12 Abs. 1 HKÜ verwendet im Zusammenhang mit der Fristauslösung die Formulierung "seit dem Zurückhalten"; die Originaltexte sprechen von "has elapsed from the date of the wrongful retention" bzw. "s'est écoulée à partir du non-retour". Massgeblich für die Fristauslösung ist mithin der Zeitpunkt, ab welchem ein widerrechtliches Zurückhalten im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ vorliegt.**

Weder ist im angefochtenen Entscheid festgestellt noch wird von den Parteien vorgebracht noch ergibt sich aus der schriftlichen Reisevollmacht der Mutter, dass eine bestimmte Rückgabezeit vereinbart worden wäre; vielmehr lautet die Reisevollmacht (Gesuchsbeilage 7) abstrakt dahingehend, dass C. in Begleitung des Vaters die Zeit vom 10. März 2017 bis zum 23. April 2017 in der Schweiz verbringen dürfe. Vor diesem Hintergrund konnte am 23. April 2017 noch kein widerrechtliches Zurückhalten des Kindes vorgelegen haben: Nach dem formalen Wortlaut der Reisevollmacht hätte das Kind diesen sogar noch vollständig in der Schweiz verbringen dürfen. Nach der übereinstimmenden Meinung der Parteien war er freilich für die Rückreise bestimmt. Mangels anderer Abrede hätte er aber ohne Weiteres bis Mitternacht hierfür ausgeschöpft werden dürfen, ohne dass dem Vater widerrechtliches Handeln im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ vorzuwerfen gewesen wäre. Als erster Tag der "wrongful retention" ist somit der 24. April 2017 anzusehen.

**4.3.2. Die zweite Frage betrifft die Dauer der Frist.** Der Beschwerdeführer behauptet aufgrund des Wortlauts von Art. 12 Abs. 1 HKÜ, der in der deutschen Übersetzung von einer "Frist von weniger als einem Jahr" spricht (Originaltexte: "less than one year" bzw. "période de moins d'un an"), dass es eben nicht um eine Jahresfrist gehe, sondern die relevante Frist kürzer als ein Jahr sei.

**Vorliegend geht es um die Anwendung eines Staatsvertrages im Einzelfall; der Staatsvertragsinhalt hat insofern Normcharakter. Diesfalls bildet der Wortlaut der Bestimmung den Ausgangspunkt der Auslegung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen, Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 140 II 129 E. 3.2 S. 131; spezifisch im Zusammenhang mit der Anwendung eines Staatsvertrages auf einen Bürger: BGE 144 II 121 E. 3.4 S. 126).** Dabei ist freilich zu beachten, dass die Auslegung vertragsautonom zu erfolgen hat.

Die in Art. 12 Abs. 1 HKÜ gewählte Formulierung kann nicht isoliert für sich betrachtet werden, sondern sie ist in den gesamten Normkontext zu stellen (systematische Auslegung), und es ist nach dem wirklichen Sinn der ganzen Norm zu fragen (teleologische Auslegung). Diesbezüglich ergibt sich, dass in Art. 12 Abs. 2 HKÜ von der "erst nach Ablauf der in Absatz 1 bezeichneten Jahresfrist" die Rede ist (Originaltexte: "after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph" bzw. "après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent"). Der auf der Website der Haager Konferenz aufgeschaltete erläuternde Bericht zum HKÜ (historische Auslegung) spricht spezifisch im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 HKÜ von "a single time-limit of one year" (PÉREZ-VERA, Explanatory Report, Rz. 108), also in Übereinstimmung mit dem Konventionstext von Art. 12 Abs. 2 HKÜ von einer Zeitspanne von einem Jahr.

Die sich vordergründig widersprechenden Formulierungen in Abs. 1 bzw. Abs. 2 von Art. 12 HKÜ sind mithin vertragsautonom dahingehend auszulegen, dass eine Frist von einem Jahr gemeint ist, zumal der enge Wortsinn "weniger als ein Jahr" theoretisch eine Frist von 1 bis 364 Tage abdecken würde, was augenfällig nicht dem Sinn und Zweck der Norm entspricht und auch nicht mit dem Bedürfnis vereinbar wäre, dass Fristen nicht offen sein können, sondern bestimmt sein müssen.

**4.3.3. Was sodann die Modalitäten des Fristenlaufes anbelangt, enthält das HKÜ keine spezifische Regelung. Hier kann in Übereinstimmung mit der Lehre (vgl. MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen - Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Diss. Freiburg 2012, Rz. 186) auf die Regelung der schweizerischen Zivilprozessordnung zurückgegriffen werden, was im Kontext der Fristwahrung denn auch der Beschwerdeführer selbst tut (vgl. Beschwerde, Rz. 26).**

Gemäss Art. 142 Abs. 2 ZPO endet eine nach Monaten bestimmte Frist im letzten Monat an dem Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, an dem die Frist zu laufen begann. Eine Jahresfrist

**entspricht einer zwölfmonatigen Frist.** Hat sie am 24. April 2017 zu laufen begonnen, war der letzte Tag der Frist somit der 24. April 2018.

**4.3.4. Von Art. 12 Abs. 1 HKÜ wiederum geregelt ist, was am betreffenden *dies ad quem* zu geschehen hat: Das Rückführungsgesuch hat an diesem Tag beim Gericht einzugehen.** Ob unter dem "Eingang beim Gericht" allenfalls auch die Aufgabe bei der schweizerischen Post zuhanden des Gerichts verstanden werden könnte, was nach **Art. 143 Abs. 1 ZPO** zur Fristwahrung reichen würde, kann offen bleiben, weil das am 23. April 2018 der Post übergebene Rückführungsgesuch am 24. April 2018 beim Gericht tatsächlich eingetroffen ist.

**4.4.** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Jahresfrist von Art. 12 HKÜ im vorliegenden Fall gewahrt ist.

Bei diesem Ergebnis ist auf die Frage des Einlebens des Kindes im Sinn von Art. 12 Abs. 2 HKÜ nicht näher einzugehen. Ohnehin äussert sich der Beschwerdeführer hierzu einzig mit einem kurzen Verweis (vgl. Beschwerde, Rz. 28).

## **5.**

Das Rückführungsgericht ist nicht zur Rückgabe des Kindes verpflichtet, wenn die Person, die sich der Rückführung des Kindes widersetzt, nachweist, 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 bringt (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ).

**5.1. Nach der konstanten und in verschiedenen Urteilen (namentlich 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A\_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; je mit zahlreichen Hinweisen) zusammengefassten bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine schwerwiegende Gefahr körperlicher oder seelischer Schädigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zum Beispiel bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet vor, aber auch, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird und nicht zu erwarten ist, dass die zuständigen Behörden des Herkunftsstaates gegen die Gefährdung erfolgreich einschreiten. Keine schwerwiegende Gefahr seelischer Schädigung begründen anfängliche Sprach- und Reintegrationsschwierigkeiten, wie sie sich bei Kindern ab einem gewissen Alter mehr oder weniger zwangsläufig ergeben. Sodann geht es im Rückführungsverfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen, wie sie für die Zuteilung des Sorgerechts massgebend sind, namentlich bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung besser geeignet wäre; der Entscheid darüber ist nach dem System des HKÜ dem Sachrichter des Herkunftsstaates vorbehalten (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ). Was das Zusammenspiel zwischen Grundsatz und Ausnahme anbelangt, besteht in der Rechtsprechung ein allgemeiner Konsens, wonach die Ausschlussgründe eng auszulegen und bei Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nur wirkliche Gefahren zu berücksichtigen sind.**

**5.2.** Der Vater wirft dem Obergericht vor, der falschen Darstellung des Kindesanwaltes gefolgt zu sein. Die Rückführung sei keineswegs unproblematisch. Die Mutter habe C. regelmässig ohne Ankündigung einfach bei seiner Mutter (Grossmutter väterlicherseits) abgegeben. Eine Kindeswohlgefährdung sei deshalb sehr wohl zu sehen.

Die Mutter hält diesbezüglich fest, sie habe nach dem Wegzug des Vaters in die Schweiz dessen Grosseltern erlaubt, das väterliche Besuchsrecht gemäss gerichtlicher Regelung weiterzuführen.

**5.3.** Das Obergericht sah keine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind bei einer Rückführung, was auch vom Kindesanwalt anlässlich der Verhandlung bestätigt worden sei. Obwohl C. auf das Thema Portugal angesprochen immer sehr zurückhaltend gewesen sei, habe man anlässlich der Treffen zwischen ihr und der Mutter offensichtlich sehen können, dass sie mit dieser einen guten emotionalen Kontakt habe.

**5.4.** Ausgehend von den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid sind keinerlei Gefahren für das Kind bei einer Rückkehr nach Portugal auszumachen. Es käme wiederum in den mütterlichen Haushalt zu leben, wo es sich vor dem widerrechtlichen Zurückhalten in der Schweiz aufgehalten hatte, mithin in eine vertraute Umgebung und auch in seinen angestammten Sprachraum. Dass nach übereinstimmender Darstellung der Parteien - wobei die Motive konträr dargestellt werden - das Kind verschiedentlich bei der Grossmutter bzw. den Grosseltern weilte, vermag keine schwerwiegende Gefahr zu indizieren; der Vater äussert sich denn auch nicht näher, worin die angebliche Gefahr bei seiner eigenen Mutter (Grossmutter von C.) konkret bestanden haben soll. Im Übrigen erscheint sein Vorhalt umso merkwürdiger, als er C. in der Schweiz nach eigenen Angaben in einer Krippe und damit regelmässig fremdbetreuen lässt.

**6.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bundesgerichtsurteile werden am Tag ihrer Ausfällung rechtskräftig (**Art. 61 BGG**). Indes ist die vom Obergericht bis Ende Juli 2018 eingeräumte Frist für die freiwillige Rückgabe von C. zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung bis zum 20. August 2018 zu verlängern. Damit wird der nötigen Organisationszeit für den Vater, einem allfälligen weiteren kurzen Zeitablauf bei zwangsweisem Vollzug, dem Schuljahresbeginn in Portugal per Mitte September und dem Bedürfnis des Kindes nach einer vorangehenden Phase des Wiedereinlebens Rechnung getragen.

**7.**

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und die Vertreter beider Parteien sowie des Kindes sind aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Daher sind Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege überflüssig bzw. gegenstandslos.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Frist zur freiwilligen Rückgabe des Kindes wird bis 20. August 2018 verlängert.

Die Modalitäten des subsidiären behördlichen Vollzuges richten sich nach den Anordnungen des angefochtenen Entscheides.

**3.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**4.**

Aus der Bundesgerichtskasse werden Rechtsanwalt Adrian Dumitrescu und Rechtsanwältin Patricia Carejo mit je Fr. 3'000.-- und Rechtsanwalt Dominik Rothacher mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien, C., dem Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, dem Departement Volkswirtschaft und Inneres, Abteilung Register und Personenstand, und dem Bundesamt für Justiz Zentralbehörde für Kindesentführungen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Juli 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli