

Enlèvement international d'enfant – consentement au déplacement de l'enfant (art. 13 al. 1 let. a CLaH80). Rappel des principes, en particulier que le consentement peut ressortir de messages WhatsApp ou d'un comportement général. Savoir si des faits allégués sont rendus vraisemblables est une question de fait, mais savoir si les faits rendus vraisemblables permettent de retenir le consentement au déplacement est une question de droit (consid. 2.1). Il n'y a enlèvement d'enfant, au sens de la CLaH80, que lorsqu'un parent a agi de manière contraire à la bonne foi et délibérément emmené les enfants à l'étranger contre la volonté de l'autre parent (consid. 2.3). En l'espèce, au moment du départ, la mère pouvait, sur la base des messages WhatsApp du père, partir du principe que celui-ci consentait au départ des enfants en Suisse, selon ce que le couple avait planifié avant sa violente dispute. En général, le consentement donné au moment du départ ne peut pas être retiré ultérieurement lorsque, par la suite, les choses n'évoluent pas de la manière dont le parent qui consent l'avait initialement souhaité ou se l'était imaginé (consid. 2.4).

Idem – frais de procédure (art. 26 al. 3 et 42 al. 1 CLaH80). Principe de la gratuité et exception découlant de l'application du principe de la réciprocité – rappels (consid. 3).

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

Verfahrensbeteiligte
A.,
vertreten durch Rechtsanwalt Hannes Streif,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Oliver Bulaty,
Beschwerdegegnerin,

C. und D.,
vertreten durch Rechtsanwältin Fabienne Brunner.

Gegenstand
Kindersrückführung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, vom 25. August 2022 (XKL.2022.1).

Sachverhalt:

A.

Der Beschwerdeführer (russischer Staatsangehöriger) und die Beschwerdegegnerin (polnische Staatsangehörige) sind die verheirateten Eltern einer 2017 geborenen Tochter und eines 2021 geborenen Sohnes.

Die Familie lebte in U. (Polen) und plante, in die Schweiz auszuwandern, wo bereits eine Wohnung gemietet worden war und die Mutter einen Arbeitsvertrag unterschrieben hatte. Im Zusammenhang mit der Übersiedlung war geplant, dass der Vater am 21. März 2022 mit dem Auto in die Schweiz fahren und die Mutter mit den Kindern am 23. März 2022 per Flugzeug nachreisen würde. Ferner war geplant, dass sich der Vater in der Schweiz ebenfalls eine Arbeitsstelle suchen würde.

Indes kam es ab dem 15. März 2022 zu einem heftigen Streit, in dessen Verlauf der Vater zufolge einer Anzeige wegen häuslicher Gewalt für einen Tag in Haft versetzt wurde.

Am 23. März 2022 flog die Mutter mit den Kindern in die Schweiz.

B.

Am 13. Juli 2022 stellte der Vater beim Obergericht des Kantons Aargau ein Gesuch um Rückführung der beiden Kinder nach Polen.

Mit Entscheid vom 25. August 2022 wies das Obergericht das Gesuch ab.

C.

Mit Beschwerde vom 9. September 2022 verlangt der Vater die Aufhebung dieses Entscheides und die Rückführung der Kinder nach Polen. Ferner verlangt er einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.-- von der Gegenpartei bzw. eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege.

Es wurden die kantonalen Akten beigezogen, jedoch keine Vernehmlassungen eingeholt, weil die Sache klar und spruchreif ist.

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**), 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 Obergerichts, 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 der Beschwerde kann in erster Linie die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das Entführungsübereinkommen gehört.

Der kantonal festgestellte Sachverhalt ist für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann höchstens eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wobei das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG).

2.

Die Eltern sind verheiratet und es besteht in Bezug auf das Sorgerecht keine besondere Regelung. Mithin steht ihnen gemäss Art. 93 § 1 des polnischen Familien- und Vormundschaftsgesetzes (kodeks rodzinny i opiekunczy) das Sorgerecht gemeinsam zu und sie haben nach Art. 97 § 2 des Kodex über die wesentlichen Angelegenheiten der Kinder gemeinsam zu entscheiden. Damit wäre ein einseitiges Verbringen der Kinder widerrechtlich im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ. Keine Widerrechtlichkeit ist jedoch gegeben, wenn der andere Elternteil im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ dem Verbringen zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat. Genau dies bildet vorliegend die (einzig) streitige Frage.

2.1. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten für die Annahme einer Zustimmung bzw. Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ hohe Anforderungen. Der Wille des zustimmenden Sorgerechtsinhabers muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann. Art. 13 Abs. 1 HKÜ auferlegt die Beweislast für Umstände, welche der Rückführung entgegenstehen, derjenigen Person, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt. Die betreffenden Umstände sind anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen (Wiedergabe dieser Rechtsprechung letztmals im Urteil 5A_467/2021 vom 30. August 2021 E. 2.2). Die Zustimmung kann sich insbesondere auch aus einer Gesamtheit von Handlungen, WhatsApp-Nachrichten und allgemeinem Verhalten ergeben (vgl. als Anwendungsbeispiel das Urteil 5A_467/2021 E. 2.5).

Im bundesgerichtlichen Verfahren ist eine - nur auf substantiierte Willkürfragen hin überprüfbare (vgl. E. 1) - Tatfrage, ob die vorgebrachten Tatsachen glaubhaft gemacht sind. Ob die glaubhaft gemachten Tatsachen den Schluss auf eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung zum Verbringen der Kinder in die Schweiz zulassen oder nicht, betrifft hingegen die Auslegung von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ und ist damit eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage (vgl. Urteil 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006 E. 4.2 und 4.3).

2.2. Das Obergericht hat (abgesehen von der bereits geschilderten Planung der gemeinsamen Auswanderung und des Ehestreits) folgende Feststellungen getroffen: Die Mutter habe bei der Parteibefragung eingestanden, dass sie nicht sicher gewesen sei, ob sie in die Schweiz reisen sollte, und der Vater habe ausgesagt, sie hätten zwar in den Tagen vor der Ausreise persönlichen Kontakt gehabt, aber die Zukunft der Familie bzw. die Ausreise der Mutter mit den Kindern nicht effektiv besprochen. Am Vortag der Abreise erfolgte (auf russisch) eine WhatsApp-Kommunikation, bei welcher die Mutter ausdrücklich fragte "In die Schweiz? Soll ich mit den Kindern fliegen?" (16:02 Uhr) und ihre Sorge zum Ausdruck brachte, dass sie das Flugzeug werde verlassen müssen, weil der Vater eine Anzeige erstattet habe, wonach sie mit den Kindern ohne sein Einverständnis fliege (16:03 Uhr). Darauf antwortete der Vater, sie solle sich keine Sorge machen, er werde ihr schreiben, welches Dokument benötigt werde und sie werde höchstwahrscheinlich nicht danach gefragt (16:03 und 16:04 Uhr).

Das Obergericht wertete dies als Willensäusserung, die Mutter bei der Ausreise in die Schweiz zu unterstützen, indem er ihr zu einem dafür benötigten Dokument verhelfen würde, und er habe sie in ihrer Absicht bestärkt, Polen zu verlassen, da ihm klar gewesen sei, dass es in der Schweiz nicht um einen kurzfristigen Ferienaufenthalt, sondern um eine Wohnsitznahme ginge und die Mutter dort über einen Arbeits- und einen Mietvertrag verfügte. Es sei deshalb von einer konkludenten Zustimmung auszugehen, zumal sie ihn direkt gefragt habe, ob sie mit den Kindern in die Schweiz fliegen solle, und er dies nicht explizit verneint habe.

Ferner wies das Obergericht auf die unmittelbar vorangegangene WhatsApp-Korrespondenz hin,

wonach die Mutter ihm mitgeteilt habe, dass es besser wäre, wenn er für sich eine Wohnung mieten würde (16:01 Uhr), worauf er zur Antwort gegeben habe "Besser in die Schweiz [...]". Dies lasse darauf schliessen, dass er trotz des heftigen Streits nach wie vor gehofft habe, gemäss dem ursprünglichen Plan mit der Mutter und den Kindern in die Schweiz ziehen zu können. Auch bei der Parteibefragung habe er sinngemäss ausgesagt, er habe der Mutter die Abreise nicht untersagt, da er nicht gewusst habe, "ob sie den ersten Plan umsetzt"; den "ersten Plan" habe er beibehalten wollen. Mit dem "ersten Plan" sei die gemeinsame Wohnsitznahme in der Schweiz gemeint gewesen. Dass sich dieser Wunsch nach einer gemeinsamen Zukunft in der Folge nicht verwirklicht habe, ändere nichts an der Zustimmung zum Verbringen.

2.3. Der Vater macht Willkürügen im Zusammenhang mit der obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellung und eine falsche Anwendung von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ geltend.

Soweit er jedoch versucht, in appellatorischer Weise neue Sachverhaltselemente einzuführen, ohne geltend zu machen, dass entsprechende Feststellungen in willkürlicher Weise unterlassen worden wären, haben sie als neu und damit als unzulässig zu gelten (Art. 99 Abs. 1 BGG). Dies gilt insbesondere für die Behauptung, die Mutter habe die Flüge von Danzig-Zürich auf Warschau-Zürich umgebucht unter dem Vorwand, dass jetzt auch ihre Mutter (Grossmutter der Kinder) mitfliege, und er habe deshalb vergeblich am Flughafen in Danzig gewartet, um ihr die Ausreise zu verbieten. Ohnehin liesse sich daraus mangels entsprechender Willensäusserungen gegenüber der Mutter nichts in Bezug auf die Frage der Zustimmung ableiten; die neue Behauptung würde wenn schon einzig unterstreichen, was das Obergericht festgestellt hat (vgl. E. 2.2), nämlich dass die Mutter unsicher war, ob sie ausreisen dürfe (was sie zu einer diesbezüglichen Erkundigung per WhatsApp veranlasste).

Die weiteren Ausführungen erfolgen zwar teils als Rügen, wonach der Sachverhalt willkürlich festgestellt sei; insbesondere wird geltend gemacht, das Obergericht habe den WhatsApp-Verkehr einseitig zugunsten der Mutter ausgelegt. Indes wird weder das Rahmengeschehen noch der Text der WhatsApp-Kommunikation anders dargestellt. Insofern geht es letztlich ausschliesslich um die gezogenen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Zustimmung. Diesbezüglich geht die Kritik im Kern dahin, dass das Obergericht gewissermassen eine Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ verletzende Beweislastumkehr vorgenommen habe.

Bei diesem Vorwurf überspielt der Vater jedoch die Vorgeschichte. Die Geschehnisse am Flughafen bzw. die Ausreise mit den Kindern dürfen nicht im luftleeren Raum betrachtet werden, sondern sie sind vor dem Hintergrund der gemeinsam geplanten Auswanderung als Familie zu sehen. Die Zustimmung oder vielmehr der gemeinsame Wille zur Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kinder war ein Kernpunkt des gemeinsamen Planes. Freilich verhält es sich nicht so, dass die dem gemeinsamen Auswanderungsentschluss notwendigerweise inhärente Zustimmung des Vaters irreversibel gewesen wäre. Vielmehr ergab sich nach dem heftigen Streit eine neue Ausgangslage, weil die gemeinsame Verwirklichung des Projektes in Frage stand. Ob in dieser Situation vom Vater ein expliziter (nicht unbedingt verbal, sondern auch konkludent, aber sich in unmissverständlicher Weise manifestierender) Widerruf, also eine eigentliche Revokation der Zustimmung erforderlich gewesen wäre, kann offen bleiben, denn die Würdigung des Obergerichtes geht dahin, dass der Vater die zweifelnde Mutter anlässlich der Ausreise darin bestärkte, das Vorhaben umzusetzen. Diese Folgerung ist im Kontext mit der Vorgeschichte aufgrund des festgestellten WhatsApp-Verkehrs zutreffend. Die Fragestellung lautet nicht, ob der Vater unmittelbar vor der Abreise eine zustimmende Erklärung abgegeben hat, sondern ob die im vorangegangenen gemeinsamen Auswanderungsplan notwendig enthaltene Zustimmung (bzw. Übereinstimmung) nach dem Streit in einer Weise relativiert worden ist, dass die Mutter nicht mehr von einer Zustimmung ausgehen durfte. Diesbezüglich ergibt sich Folgendes:

Das Obergericht hat nach dem Gesagten korrekt zum Ausgangspunkt genommen, dass die Mutter

infolge des heftigen Streits nicht mehr von einer vorbehaltlosen Zustimmung ausgehen durfte, und es hat die Feststellung getroffen, dass sie denn auch tatsächlich Zweifel hatte, ob sie angesichts der veränderten Ausgangslage mit den Kindern ausreisen dürfe und ob es am Flughafen zu Problemen kommen könnte. Sie tat in dieser Lage, was von ihr nach Treu und Glauben erwartet werden durfte, indem sie dem Vater ganz konkret die Frage stellte, ob sie mit den Kindern in die Schweiz fliegen solle, und ihn auch nach einem für die Ausreise erforderlichen Dokument fragte. In dieser Situation hätte der Vater zumindest eine ablehnende Haltung zum Ausdruck bringen müssen. Indes hat er das Gegenteil getan, indem er ihr versicherte: "Ich schreibe dir, welches Dokument benötigt wird", "Mach dir keine Sorgen" und "du wirst höchstwahrscheinlich nicht danach gefragt".

Wenn der Vater heute beschwerdeweise vorbringt, er habe damit weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Zustimmung geben, sondern einzig zum Ausdruck bringen wollen, dass die Mutter am Flughafen keine Verhaftung befürchten müsse, so ist nicht massgeblich, was seine inneren Ansichten waren und ob er gewissermassen eine "reservatio mentalis" hatte, sondern wie die Mutter seine Äusserungen im Kontext des vorangegangenen Geschehens und angesichts ihrer per WhatsApp konkret gestellten Frage nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. **Von einer Kindesentführung im Sinn des HKÜ kann nur gesprochen werden, wenn ein Elternteil sich treuwidrig verhalten und die Kinder bewusst gegen den Willen des anderen Elternteils ins Ausland verbracht hat. Dies hat das Bundesgericht im Urteil 5A_713/2007 vom 28. Februar 2008 E. 3 analog für die Möglichkeit, die objektive Rechtslage zu kennen, festgehalten;** es ging dort um die Frage, ob die Mutter im Zeitpunkt der Ausreise wissen konnte, dass das südafrikanische Gericht im Nachhinein im Rahmen des Institutes des "ward of court" für sich eine Sorgerechtsposition in Bezug auf die Kinder in Anspruch nehmen könnte und es deshalb der Zustimmung des Gerichtes bedurft hätte. Das Bundesgericht hat dabei den Vertrauensschutz hervorgehoben und festgehalten, dass der verbringende Elternteil im Zeitpunkt der Ausreise objektiv wissen können muss, dass er etwas Unrechtes tut.

Dies war vorliegend wie gesagt nicht der Fall. Die Mutter konnte im dargestellten Gesamtzusammenhang die Äusserungen des Vaters nicht anders als dahingehend interpretieren, dass dieser auch vor dem Hintergrund der veränderten Ausgangslage mit einer Ausreise der Kinder einverstanden war. Dass seine Äusserungen von der Hoffnung getragen sein mochten, der ursprüngliche Plan eines Familienlebens in der Schweiz lasse sich nach wie vor verwirklichen, ist nicht von Belang (vgl. Urteil 5A_467/2021 vom 30. August 2021 E. 2.3 - 2.5, wo es für die Frage der Zustimmung bzw. der nachträglichen Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ u.a. ebenfalls um den Einbezug wohlwollender WhatsApp-Nachrichten in den Gesamtkontext ging).

2.4. Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Die Mutter durfte im Zeitpunkt der Ausreise aufgrund der per WhatsApp erfolgten Äusserungen des Vaters davon ausgehen, dass er mit der Auswanderung der Kinder in die Schweiz nach wie vor einverstanden war und somit eine Zustimmung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ vorlag. War aber die Ausreise rechtmässig, ist das Vorbringen des Vaters, er habe relativ rasch das Rückführungsgesuch gestellt, unbehilflich; eine im Ausreisezeitpunkt gegebene Zustimmung kann nicht nachträglich zurückgenommen werden, wenn sich in der Folge die Dinge anders entwickeln, als der Zustimmende sich dies ursprünglich gewünscht oder vorgestellt hat (Urteile 5A_822/2013 vom 28. November 2013 E. 3.3; 5A_467/2021 vom 30. August 2021 E. 2.5).

3.

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und der Rechtsvertreter des Vaters ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Insofern sind seine Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Prozesskostenvorschuss gegenstandslos, wobei das Bundesgericht für Letzteres ohnehin unzuständig wäre. Den Rechtsvertretern der Mutter und der Kinder ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Obergericht Gerichts- und Parteikosten gesprochen und die Parteivertreter im Rahmen der erteilten unentgeltlichen Rechtspflege entschädigt hat. Dies ist angesichts des Vorbehalts von Polen im Sinn von Art. 26 Abs. 3 und Art. 42 Abs. 1 HKÜ zulässig, weil die Schweiz diesfalls gestützt auf Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111) Gegenrecht halten kann, mithin die Kosten nur unter dem Vorbehalt der unentgeltlichen Rechtspflege übernehmen muss.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Rechtsanwalt Hannes Streif wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'500.-- entschädigt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Kindesvertreterin, dem Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, und dem Bundesamt für Justiz Zentralbehörde für Kindesentführungen mitgeteilt.

Lausanne, 23. September 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli