

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NH210001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Beschluss und Urteil vom 11. Mai 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Rückführung eines Kindes**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.

1.1. A._____ (fortan Kläger) und B._____ (fortan Beklagte) lernten sich im Internet kennen, als die Beklagte noch im Teenageralter war. Im Jahr 2015 besuchte die damals in der Schweiz wohnhafte Beklagte den Kläger erstmals in Florida. Bei einem weiteren Besuch im Jahr 2016 wurde die Beklagte schwanger. Am tt.mm.2016 kam die gemeinsame Tochter C._____ in den USA zur Welt. Nach der Geburt blieb die Beklagte in den USA, wobei sie sich nach Ablauf des Touristenvisums am 28. November 2016 illegal in den USA aufhielt. Nach einer ersten kürzeren Trennung im Juni 2017, folgte am 28. November 2018 die definitive Trennung. Die Beklagte zog mit C._____ zu Verwandten nach New Jersey (vgl. act. 2 S. 4, act. 24 S. 4-7 und act. 25/2).

1.2. Am 24. Januar 2019 reichte der Kläger in Florida eine Vaterschaftsklage ein, mit Urteil vom 23. August 2019 wurde die Vaterschaft festgestellt (vgl. act. 4/3). Im Rahmen dieses Vaterschaftsprozesses läuft ein Verfahren über die Regelung der Nebenfolgen der Vaterschaft. Am 24. Oktober 2019 stellte die Beklagte im Rahmen dieses Verfahrens den Antrag, es sei ihr zusammen mit C._____ die Ausreise in die Schweiz zu bewilligen (vgl. act. 4/6). Es folgten eine Anhörung zum persönlichen Verkehr am 12. März 2020 und eine Fortsetzung der Vergleichsverhandlung am 13. März 2020, nach welcher C._____ zum Vater ging (vgl. act. 4/7-9, act. 2 S. 5 und act. 24 S. 7). Das Gericht wies den Antrag der Beklagten auf Bewilligung der Ausreise ab und ordnete ein Besuchsrechts-System der "majority time sharing" zugunsten des Klägers an (vgl. act. 2 S. 5). Mit vorläufigem Entscheid vom 2. Juni 2020 ordnete das Gericht in Florida die "shared parental responsibility" an sowie eine Betreuungsregelung, wonach die Betreuung alle acht Wochen zwischen den Eltern wechsle. Die erste Betreuung der Beklagten starte am 13. Juni 2020, diejenige des Klägers am 15. Juni 2020 (wohl gemeint 15. August 2020). Der Kläger habe "temporary majority timesharing". Es

wurde im Entscheid sodann explizit festgehalten, dass keine der Parteien mit C._____ das Land verlassen dürfe (vgl. act. 4/11).

1.3. Weil die Beklagte nach der Rückkehr von C._____ vom Kläger im Oktober 2020 Verletzungen bei C._____ festgestellt haben will, schaltete sie die Behörden in New Jersey ein und bewirkte am 20. Oktober 2020 eine "Temporary Restraining Order" von einem Gericht dort. In diesem wurde ein Kontakt- und Rayonverbot des Klägers zur Beklagten und zu C._____ angeordnet und der Beklagten wurde die "temporary custody" zugeteilt (vgl. act. 25/5). Aufgrund des Rückzugs der Beklagten wurde diese Order am 26. Oktober 2020 wieder aufgehoben (vgl. act. 4/13; Prot. S. 40). Eigenen Angaben zufolge zog die Beklagte auf Rat ihres Anwaltes das Begehren zurück, um den familienrechtlichen Prozess in Florida nicht zu verzögern (Prot. S. 40). Am 9. Dezember 2020 reiste die Beklagte mit C._____ in die Schweiz (vgl. act. 24 S. 8). Am 21. Dezember 2020 erwirkte der Kläger beim Gericht in Florida eine "emergency order to pick-up minor child" (vgl. act. 4/17), am 1. Januar 2021 reichte er bei der amerikanischen Zentralbehörde in Washington ein Rückführungsgesuch ein (vgl. act. 4/18).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 1. April 2021 (eingegangen am 7. April 2021) gelangte der Kläger an das Obergericht des Kantons Zürich mit dem Begehren um Rückführung von C._____ nach Florida/USA. Gleichzeitig ersuchte der Kläger um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 2).

Mit Verfügung vom 8. April 2021 wurden gewisse prozessuale Anordnungen getroffen, dem Kläger Frist angesetzt, seinen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu begründen, und der Beklagten Frist angesetzt, um zum Rückführungsgesuch Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Beklagte unter Androhung von Art. 292 StGB verpflichtet, sich jeden Montag, Mittwoch und Freitag zusammen mit C._____ beim Posten der Kantonspolizei Zürich am Hauptbahnhof Zürich zu melden. Es wurden die Reisepapiere der Beklagten und von C._____ eingezogen sowie beide im automatisierten Polizeifahndungssystem RI-POL und SIS ausgeschrieben. Die Parteien wurden zur Anhörung und Verhand-

lung in der Sache mit Vermittlungsgesprächen auf den 27. und 29. April 2021 vorgeladen (act. 5). Mit Verfügung vom 13. April 2021 wurde Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als Rechtsvertreterin von C._____ bestellt (vgl. act. 15).

Mit Eingabe vom 12. April 2021 zeigte Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ ihre Mandatierung durch die Beklagte an und stellte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 9). In der Eingabe vom 13. April 2021 erklärte Rechtsanwältin Y._____, es erscheine aus Kindswohlüberlegungen unabdingbar, dass die Eltern vorgängig versuchten in einer Mediation eine kindswohlgerechte Lösung zu finden, und sie bat das Obergericht unter Zuzug des Verbindungsrichters D._____ vom Obergericht des Kantons Bern, Kontakt mit dem zuständigen Gericht in Florida herzustellen, sodass im Rahmen des internationalen Haager Richternetzwerkes auch das mit Anträgen der Parteien befasste Gericht in Florida Stellung nehmen könne, wie der Grenzübertritt und Aufenthalt künftig geregelt werden könne (vgl. act. 17). Mit Eingabe vom 19. April 2021 nahm die Beklagte zum Rückführungsgesuch des Klägers Stellung und beantragte, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen, subeventualiter sei der Beklagten zu ermöglichen, mit C._____ in die USA zurückzureisen und es sei ihr eine entsprechende Frist einzuräumen (vgl. act. 24). Mit Eingabe vom 20. April 2021 beantragte die Kindsvertreterin, es sei beim E._____ Institut in Zürich ein kinderpsychiatrisches Gutachten über die Frage in Auftrag zu geben, was eine Rückführung des Kindes ohne Mutter und ev. ohne mütterliche Kontakte für das Kind bedeuten würde (vgl. act. 26).

Eine telefonische Anfrage beim mit der Sache befassten Gericht in Florida mit darauf folgendem Emailverkehr ergab, dass weder zur aufenthaltsrechtlichen Situation der Beklagten noch zum dortigen Verfahren Informationen erhältlich zu machen sind (act. 33, act. 38/1-3, act. 42 - act. 46, act. 49). Es ist für weitere Ausführungen dazu auf die Erwägungen weiter hinten zu verweisen (E. III./7.3.).

Am 27. und 29. April 2021 fanden die Verhandlung über das Rückführungsbegehren sowie ein Vermittlungsversuch statt (Prot. S. 7 ff., Prot. S. 57 ff.). An der Verhandlung wurden die Eltern persönlich angehört, und sie konnten ihre Sicht der Dinge ausführlich darstellen (Prot. S. 8 ff.; S. 31 ff.). Anschliessend erstatteten die

Kindesvertreterin ihren Bericht (act. 34) und die Parteien ihre Stellungnahmen (act. 35, Prot. S. 43 ff., Prot. S. 52 f. [Kläger]; Prot. S. 45 ff., S. 54 [Beklagte]). Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest. Die Kindesvertreterin stellte den Antrag, das Rückführungsbegehren des Klägers sei abzuweisen (act. 34 S. 1). Die Vermittlungsgespräche blieben in der Sache ergebnislos. Die Parteien einigten sich aber auf ein Treffen von Vater und Tochter im Anschluss an die Verhandlung am 28. April 2021 (Prot. S. 63).

2.2. Auf eine Anhörung von C._____ i.S. des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE wurde aufgrund deren Alters (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) verzichtet. Die Vertreterin des Kindes äusserte sich anlässlich der Verhandlung vom 29. April 2021 noch kurz zum Treffen von Vater und Tochter (am Vortag Prot. S. 57 ff.; act. 48). Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde die mit Verfügung vom 8. April 2021 erlassene Anweisung an die Beklagte, sich an bezeichneten Tagen bei der Polizei zu melden, aufgehoben (Prot. S. 65, act. 41/1-4).

2.3. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit das erforderlich ist.

II. Rechtliche Vorbemerkungen und Prozessuales

1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Sowohl die USA als auch die Schweiz sind Vertragsstaaten dieses Übereinkommens (www.hcch.net). Ziel des Abkommens ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art. 1 lit. a HKÜ). Zuständig für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen ist als einzige Instanz das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE). Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung wohnte C._____ bei der Beklagten an der ...-str. ... in ... Zürich. Das Obergericht des Kantons Zürich ist folglich zuständig.

2. Gemäss Art. 4 HKÜ wird das Übereinkommen nicht mehr angewendet, sobald das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat. C._____ ist am tt.mm.2016 gebo-

ren worden. Das HKÜ findet daher auch unter diesem persönlichen Aspekt Anwendung.

3. Anwendbar sind die im HKÜ vorhandenen Verfahrensbestimmungen, ferner diejenigen des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung (BG-KKE) und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen und die besonderen Bestimmungen der Zivilprozessordnung. Das Verfahren ist summarischer Art (Art. 8 Abs. 2 BG-KKE und Art. 302 ZPO). Es gelten somit die Regeln der Art. 252 ff. ZPO, Beweise sind daher primär durch Urkunden zu erbringen (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO) und es sind die Parteien wenn möglich persönlich anzuhören (vgl. Art. 9 Abs. 1 BG-KKE). Letzteres erfolgte – wie erwähnt – am 27. April 2021. Weitere Befragungen der Parteien erübrigen sich. Im Übrigen gilt grundsätzlich das Beweismass des Glaubhaftmachens. Beweisbelastet für das Vorliegen der Voraussetzungen der Rückführung ist, wer diese verlangt; das ist hier der Kläger. Die Beweislast für einen die Rückführung hindernden Umstand im Sinne des HKÜ liegt bei der Person, die sich der Rückgabe widersetzt (vgl. BGer 5A_58/2016 vom 14. März 2016, E. 2.2), hier also bei der Beklagten.

III. Zur Sache

1. Vorbemerkung

1.1. Gegenstand dieses Verfahrens ist das Rückführungsbegehren, in welchem einzig die Voraussetzungen für die Rückführung – namentlich das widerrechtliche Verbringen oder Zurückbehalten im Sinne von Art. 3 HKÜ – geprüft werden. Um die Zuteilung der Obhut oder der elterlichen Sorge über das Kind geht es dabei nicht. Ein diesbezüglicher Sachentscheid durch die zuständigen Behörden soll durch die Rückführung erst ermöglicht werden (vgl. BGer 5A_705/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 4.1). Sind die Voraussetzungen der Rückführung erfüllt, ist sie grundsätzlich anzuordnen, soweit nicht einer der eng gefassten Ausschlussgründe gegeben ist (vgl. insbesondere Art. 13 HKÜ).

1.2. Der Kläger hat das Rückführungsgesuch mit Eingabe vom 1. April 2021 beim zuständigen Gericht anhängig gemacht (act. 2), nachdem die Beklagte zu-

sammen mit C._____ am 9. Dezember 2020 die USA verlassen hatte. Damit ist die Jahresfrist gemäss Art. 12 HKÜ eingehalten.

2. Gewöhnlicher Aufenthalt

Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat ist nach Art. 4 HKÜ eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Übereinkommens, und der gewöhnliche Aufenthalt im Herkunftsstaat ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ eine Rückführungsvoraussetzung (BGer 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010E. 2.1). C._____ ist in den USA geboren. Bevor sie in die Schweiz kam, hatte sie unbestrittenermassen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den USA (gemäss Kläger in Florida [vgl. act. 2 S. 8], gemäss Beklagter in New Jersey [vgl. act. 24 N 38]).

3. Verletzung des Sorgerechts

3.1. Voraussetzung für die Rückführung eines Kindes in sein früheres Aufenthaltsland ist, dass es widerrechtlich in einem anderen Vertragsstaat zurückgehalten wird. Das Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird (Art. 3 lit. a HKÜ). Nach der vorläufigen Anordnung des mit der Sache befassten Gerichts in Florida vom 2. Juni 2020 galt für die Parteien eine alternierende Betreuungsregelung für C._____ in einem Turnus von jeweils 8 Wochen. Ausserdem wurde den Parteien untersagt, das Kind C._____ aus den USA zu verbringen ("Neither party shall take the child out of the Country without further Court Order", vgl. act. 4/11). Diese sogenannte non removal clause fällt in den Schutzbereich des HKÜ, weil sich der Umfang des Sorgerechts im Sinne von Art. 3 HKÜ nach dem Recht des Herkunftsstaates bemisst (vgl. BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 2). Daran ändert entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 24 N 40) nichts, dass es sich beim Entscheid vom 2. Juni 2020 um einen vorläufigen Entscheid handelt. Dadurch, dass die Beklagte am 8./9. Dezember 2021 mit C._____ aus den USA in die Schweiz reiste, hat sie die Anordnungen des Gerichts missachtet und insoweit das Sorgerecht des Klägers verletzt.

3.2. Das Sorgerecht muss einem Elternteil nicht nur rechtlich zustehen, sondern dieser muss es im massgeblichen Zeitraum auch tatsächlich ausgeübt haben (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ). Es genügt dabei regelmässig, wenn sich ein Sorgerechtsinhaber um die Rückgabe des Kindes bemüht und regelmässigen Kontakt mit ihm hatte, beispielsweise im Rahmen eines Besuchsrechts (vgl. BGer 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.3). Gemäss der Beklagten habe der Kläger C._____ von November 2018 bis März 2020 nie gesehen, danach hätten vom 13. März bis 19. Juni 2020 und vom 15. August bis 13. Oktober 2020 zwei Betreuungssequenzen stattgefunden. Das entspreche nicht einer tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts (vgl. act. 24 N 38 und 41). Unbestritten und von den Parteien anlässlich der Verhandlung vom 27. April 2021 beidseitig bestätigt (Prot. S. 14, S. 35 f.) ist indes, dass seit der Vergleichsverhandlung vom 13. März 2020 bis zur Ausreise der Beklagten am 9. Dezember 2020 die vom Gericht in Florida angeordnete geteilte Betreuung tatsächlich gelebt wurde und C._____ je ca. die Hälfte der Zeit beim Kläger und der Beklagten verbrachte. Die Voraussetzung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ ist ohne Weiteres als erfüllt zu betrachten.

4. Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ

4.1. Auch bei gegebenen Rückführungsvoraussetzungen ist eine Rückführung dann nicht anzuordnen, wenn die Beklagte glaubhaft machen kann, dass der Kläger das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ). Dem Einwand der Beklagten, der Kläger habe das Sorgerecht nicht tatsächlich ausgeübt, ist wie soeben dargelegt nicht zuzustimmen (vgl. E. III.3.2.).

4.2. Die Beklagte macht weiter geltend, der Kläger habe sich erst im Jahr 2019 in den USA eingebürgert, den weiteren Schritt der Heirat dann aber doch nie gewollt. Er habe den illegalen Status der Beklagten wissentlich und willentlich nicht beendet und damit geradezu provoziert und auch in Kauf genommen, dass sie mit C._____ in die Schweiz zurückkehren müsse. Dies komme einem Einverständnis zur Ausreise gleich (vgl. act. 24 N 16 und N 43, Prot. S. 50). Für die Annahme einer Zustimmung bzw. Genehmigung im Sinne von Art. 13. Abs. 1 lit. a HKÜ gelten

strenge Beweisanforderungen und die Willensäusserung des anderen Teils muss sich klar manifestiert haben (vgl. BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3). Nur weil der Kläger den illegalen Status der Beklagten nicht durch eine Heirat beendet hat, hat er dem Verbringen von C._____ in die Schweiz nicht klar zugestimmt bzw. das Verbringen nicht klar genehmigt. Im Gegenteil bringt der Kläger zu Recht vor, dass er durch seine Interventionen in den USA klar zu erkennen gegeben habe, dass er nicht damit einverstanden sei (vgl. act. 2 S. 8). Ein Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ liegt damit nicht vor.

5. Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ

5.1. Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ist das Gericht des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt.

5.2. Der Kläger macht in seinem Gesuch (act. 2) geltend, C._____ habe den überwiegenden Teil ihres bisherigen Lebens bei ihm in Florida gelebt und sei von ihm hauptsächlich betreut worden. Ihm sei es ohne weiteres möglich, sich persönlich um C._____ zu kümmern und die Betreuungssituation wie vor ihrem Verbringen in die Schweiz wiederherzustellen. Beide Parteien müssten arbeiten, um ihren Lebensunterhalt zu verdienen; das sei bei der Beklagten in der Schweiz auch so. Aufgrund des äusserst labilen mentalen Gesundheitszustandes sei unklar, wie es um die Erziehungsfähigkeit der Beklagten stehe oder ob die Doppelbelastung als Mutter und Arbeitnehmerin in der Schweiz nicht wieder zu einer Überlastung mit entsprechenden Folgen für Mutter und Kind führen würde. Bei der Frage des Kindeswohl sei sodann der vorläufige Entscheid des Gerichts in Florida vom 2. Juni 2020 (act. 4/11) zu beachten, worin das Gericht ab S. 7 in den Lettern a. bis t. detaillierteste und weitreichende Erwägungen zu den verschiedenen Aspekten des Kindeswohls angestellt habe. In vielen Aspekten seien beide Eltern gleichauf, jedoch werde klar festgehalten, der Kläger habe eher die Fähigkeit die Tochter zur Aufrechterhaltung des Kontaktes mit der Beklagten zu ermutigen als umgekehrt (lit. a) und der Vater stelle die Kommunikation zur Beklagten eher sicher als umgekehrt (lit. l) und die Beklagte habe die Tendenz, falsche Anschuldigungen

gungen zu verbreiten (lit. n). Die Beklagte habe mit ihrer heimlichen und widerrechtlichen Ausreise mit dem Kind in Richtung Schweiz gezeigt, dass diese Einschätzung des Gerichts realistisch gewesen sei. Umgekehrt bürge die Rückgabe von C._____ in die Obhut des Klägers offenbar keine Gefahr einer Entfremdung des Kindes von seiner Mutter, da der Kläger stets kooperationsbereit sei (vgl. act. 2 S. 9).

5.3. Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme geltend, sie habe während des Zusammenlebens immer wieder festgestellt, wie der Kläger seine drei Kinder körperlich misshandelt habe. Auch C._____ habe er am 21. September 2018 den linken Ellenbogen ausgerenkt. Am 28. August 2017 sei der Kläger festgenommen worden, weil er seine älteste Tochter gewürgt habe (vgl. act. 24 N 24 f.). C._____ sei vom 15. August 2020 bis 13. Oktober 2020 beim Kläger gewesen. Der Kläger habe den telefonischen Kontakt zur Beklagten verweigert, C._____ mehrheitlich durch seine älteren Kinder betreuen lassen, sich nicht um schulische Belange gekümmert und nicht an Onlinesitzungen der Schule teilgenommen. Nach der Rückkehr habe C._____ diverse Verletzungen aufgewiesen und habe bitterlich geweint. Sie habe der Beklagten gesagt, der Kläger wolle nicht, dass sie mit ihr spreche, und habe ihr gesagt, die Beklagte würde sie nicht lieben. Der Kläger habe sie sogar geschlagen, nachdem sie einmal freudig mit der Beklagten telefoniert habe. Am 20. Oktober 2020 habe die Beklagte die Polizei zur Hilfe gerufen. Aufgrund des "Temporary Restraining Order" sei ihr die Obhut zugeteilt worden (vgl. act. 24 N 33 f.).

C._____ sei seit ihrer Geburt – abgesehen von zwei kürzlichen Besuchssequenzen des Klägers – von der Beklagten betreut worden. C._____ besuche heute an 5 Tagen die Kinderkrippe, gemäss Entwicklungsbericht der Kita könnte es C._____ im Moment nicht besser gehen. Gemäss Einschätzung der Sozialarbeiterin / Berufsbeiständin F._____ wäre es eine Kindeswohlgefährdung, wenn C._____ abermals aus ihrem Umfeld herausgerissen würde. Ein Verbleib in der Schweiz zur Wahrung des Kindeswohls sei dringend angezeigt und notwendig. Eine zehnjährige Einreisesperre – so die Beklagte weiter – verunmögliche es ihr, in die USA zurückzukehren. Sie sei eine gute Mutter. Es gebe keinen Grund, an

ihrer Erziehungsfähigkeit zu zweifeln. Eine Rückführung von C._____ würde das Kind in eine unzumutbare Lage nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bringen, wenn es für die nächsten 10 Jahre von der Beklagten getrennt würde. Die Mutter der Beklagten habe schriftlich erklärt, die Gewaltbereitschaft des Klägers sei für sie beängstigend und sie habe grosse Furcht davon, dass er C._____ wieder körperlich verletzen werde. Verschiedene Male – so die Beklagte weiter – sei die Polizei von New Jersey eingeschaltet worden und es habe immer festgestellt werden können, dass es C._____ bei der Beklagten gut gegangen sei, so auch kurz vor der Abreise (vgl. act. 24 S. 11 f., act. 25/9-14).

Der Kläger sei aufbrausend, cholerisch, er sei gefährlich. Seine Tochter G._____ habe auch schon die Polizei einschalten müssen. Während den zwei Aufenthalten beim Kläger im letzten Jahr sei C._____ verstört gewesen. Auf einer Audio-Aufnahme vom 1. Mai 2020 sei zu hören wie verzweifelt C._____ sei, wenn sie beim Kläger sei und wie sie sage, dass er sie schlage. Der Kläger sei immer wieder verhaftet worden, u.a. weil er ohne Führerschein gefahren sei, als die Kinder mit ihm im Auto gesessen seien. Es sei äusserst zweifelhaft, wie der Kläger im Leben stehe. Er arbeite 100 % und verdiene USD 2'600.– pro Monat. Von zwei Müttern erhalte er Kinderunterhalt. Er habe auch noch ein weiteres Kind, für das er Kinderunterhalt bezahle. Über den finanziellen Druck habe der Kläger denn auch den Müttern der drei Kindern, die aktuell bei ihm lebten, die Kinder weggenommen bzw. vorenthalten. Der Kläger sei ein gewaltbereiter Vater, der 100 % arbeite, und C._____ müsste durch die älteren Geschwister beaufsichtigt werden (vgl. act. 24 S. 13 f.).

6.1. Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ist (wie bereits erwähnt) das Gericht des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Der Verweigerungsgrund wird in Art. 5 BG-KKE konkretisiert: Demnach bringt die Rückführung das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage, wenn der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden

kann, das Kind im Staat zu betreuen, in dem es vor der Entführung den gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und die Unterbringung beim anderen Elternteil oder bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die dritte kumulative Voraussetzung für die Verweigerung der Rückführung nach Art. 5 lit. c HKÜ nicht weiter zu prüfen ist bzw. gegeben ist. Die Unterbringung von C._____ bei einer Drittperson im Sinne von Art. 5 lit. c HKÜ soll nur in Extremsituationen eine ultima ratio sein, wenn die Trennung vom in der Schweiz verbliebenen Elternteil für das Kind erträglich ist und die aufnahmewillige Pflegefamilie jede Gewähr für den Schutz und die normale Entwicklung des Kindes bietet (vgl. BGer 5A_637/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 5.1.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, wie sich auch aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

6.2. Die Verweigerungsgründe sind von der Beklagten anhand substantiiert vortragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen, was die Beklagte macht, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

6.3.1. Es besteht in der Rechtsprechung ein allgemeiner Konsens, wonach die Ausschlussgründe, wie erwähnt, eng auszulegen und bei Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nur wirkliche Gefahren zu berücksichtigen sind (vgl. BGer 5A_576/2018 E. 5.1 und BGer5A_293/2016 E. 5.3 je m.w.H.). Die Unzumutbarkeit der Rückkehr im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ i.V.m. Art. 5 lit. b BG-KKE bezieht sich in erster Linie auf das Kind. Es muss sich um eine Ausnahmesituation handeln, in der es dem entführenden Elternteil nicht zugemutet werden kann, in das Land des letzten Aufenthalts des Kindes zurückzukehren, um eine endgültige Entscheidung über die elterlichen Rechte abzuwarten, was wiederum das Kind in eine unzumutbare Lage bringt (vgl. BGer 5A_637/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 5.1.). Die Trennung von der Mutter wird von der Rechtsprechung bei Kindern bis etwa zwei Jahre in der Regel (ohne weiteres) als unzumutbar angenommen. Aufgrund der aufzuzeigenden besonderen Konstellation muss dies aber auch vorliegend für die über vierjährige C._____ gelten.

6.3.2 Es ist unbestritten, dass für die Beklagte wegen ihres mehrjährigen illegalen Aufenthalts eine 10-jährige Einreisesperre in die USA besteht (vgl. act. 18/1). Darauf kann sich die Beklagte zur Begründung der Unzumutbarkeit nicht berufen, wenn sie diese Situation selbst verschuldet hat. Ob sie die Unmöglichkeit der Rückkehr selbst verschuldet hat, ist aufgrund der gesamten konkreten Umstände (vgl. Art. 5 lit. b BG-KKE) zu beurteilen:

6.4.1. Die Beklagte reiste am 16. August 2016 abermals in die USA ein zwecks Verbleib beim Kläger, nachdem sie realisiert hatte, dass sie bei dem vorangegangenen Aufenthalt (vom 26. April 2016 bis 31. Mai 2016) mit dem Kläger ein Kind gezeugt hatte. C._____ kam viel zu früh am tt.mm.2016 auf die Welt. Das (Touristen-)Visum der Beklagten lief ein paar Wochen später Ende November 2016 ab. Die Beklagte hatte sich demnach seit Ende 2016 ohne Aufenthaltsbewilligung in den USA aufgehalten, bis sie zusammen mit C._____ am 8. Dezember 2020 in die Schweiz zurück reiste.

Die fehlende Erlaubnis der Beklagten für einen langfristigen Aufenthalt in den USA war seit dem Tag, als sich die Beklagte angesichts der Schwangerschaft entschieden hatte, zum Kläger nach Florida zurück zu reisen, ein Thema und die Auswirkungen der Illegalität der Beklagten den Parteien bekannt. Die auf drei Monate befristete Aufenthaltserlaubnis bzw. welche Vorkehrungen notwendigerweise zu treffen sind, um die Illegalität der Beklagten zu vermeiden, waren den Parteien aus früheren Einreisen der Beklagten ebenfalls bekannt (Prot. S. 31 f.). Der Kläger führte anlässlich der Verhandlung vom 27. April 2021 aus, die Beklagte habe nicht länger als drei Monate bleiben können, sie habe ausreisen müssen, andernfalls wäre sie illegal in den USA gewesen (Prot. S. 17). An einer anderen Stelle führte der Kläger aus, dass er auf einen Punkt immer geachtet habe, dass sie (die Beklagte und er) nicht laut werden würden, denn er habe die Polizei nicht involvieren wollen wegen des Ausländerstatus der Beklagten (Prot. S. 24).

Die Beklagte machte sich seit der Geburt von C._____ im mm.2016 Sorgen um ihren Aufenthaltsstatus. Da C._____ viel zu früh auf die Welt gekommen war, musste das Kind die ersten drei Monate im Spital bleiben (Prot. S. 32). Die Beklagte, deren (Touristen-)Visum, wie erwähnt, Ende November 2016 ablief, er-

kündigte sich eigenen und unbestrittenen Angaben zufolge beim Migrationsamt, ob sie ihre Aufenthaltserlaubnis in den USA angesichts der Hospitalisierung von C._____ verlängern könne. Eine solche Visaverlängerung wäre gemäss Darstellung der Beklagten aber nur für ein paar Wochen möglich gewesen (Prot. S. 32). Keine der Parteien, insbesondere auch der Kläger nicht, führen in diesem Zusammenhang aus, ob und wie die Beklagte aus eigenem Recht eine Aufenthaltsbewilligung hätte erhältlich machen können, beispielsweise zwecks Verbleib beim amerikanischen Kind (sogenannter "umgekehrter Familiennachzug"). Demgegenüber hielt der Kläger fest, dass der auf seinen Rat hin konsultierte Anwalt gesagt habe, die beste Variante für die Beklagte sei zu warten, bis er, der Kläger, die US-Staatsbürgerschaft habe, weil dann das Verfahren schneller sei, als wenn der Kläger nur eine Aufenthaltsbewilligung ("green card") habe (Prot. S. 17 unten f.). Der Kläger betonte, dass seine Einbürgerung der einfachste Weg für die Beklagte sei, legal in den USA zu sein und für ihn einfach(er) zu erhalten, weil er nie verheiratet gewesen sei (Prot. S. 9). Der Kläger hatte im Jahre 2016 bereits seit rund 26 Jahren in den USA gelebt (Prot. S. 9, S. 30) und hat über eine Aufenthaltsbewilligung ("green card" / "residencship") verfügt, bis er im 2019 US-Bürger wurde. Der Kläger widersprach weder der Darstellung der Beklagten, wonach er ihr versprochen habe, seine Bemühungen voranzutreiben und den Aufenthalt der Beklagten in den USA zu sichern noch dass er ihr Hoffnungen gemacht habe, indem er ihr zugesichert habe, sie zu heiraten, und er ihr auch einen Verlobungsring geschenkt habe (Prot. S. 32, S. 47).

Gestützt darauf erscheint glaubhaft und ohne weiteres nachvollziehbar, dass die ausländische Beklagte ohne Aufenthaltsrecht in den USA nach ihrer Rückkehr zum Kläger spätestens ab der Geburt von C._____ darauf vertraute, und dies auch durfte, dass der 16 Jahre ältere, kontrollierend und überlegen auftretende Kläger, dessen Aufenthalt wie auch dessen wirtschaftliche Existenz in den USA gesichert ist, die Beklagte in der Regelung ihres eigenen Aufenthaltsstatus unterstützt und die erforderlichen Schritte unternimmt, um ihre (ausländerrechtliche) Situation zu verbessern. Dies ist indes nicht geschehen.

6.4.2. Der Kläger wurde nicht tätig (Prot. S. 9, S. 33). Er setzte den Plan nicht um, er reichte kein Gesuch für seine Einbürgerung ein, und er heiratete die Beklagte nicht. Er hielt die Beklagte hin, indem er sie vertröstete (Prot. S. 9, S. 33). Die Kindesanerkennung erfolgte (erst) im 2019, nachdem sich ergeben hatte, dass die Trennung endgültig sein würde.

6.4.3. Gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien war es schliesslich die Beklagte, die im 2019 die Initiative ergriff und das Gesuch für die Einbürgerung des Klägers einreichte (Prot. S. 9, S. 33). Die Beklagte reichte das Gesuch allerdings bei der falschen Stelle ein, worauf der Kläger das Gesuch nochmals und am richtigen Ort einreichte. Innert weniger Monate erhielt der Kläger die US-Staatsbürgerschaft. Die Trennung der Parteien war in diesem Zeitpunkt aber definitiv.

6.5. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Beklagte von Anfang an bestrebt war, sich für einen legalen Status einzusetzen. Sie vertraute dem Kläger, dass er keine Wegweisung ihrer Person riskieren wollte und sich anstrengen würde, die Aufenthaltspapiere, wie besprochen, zu beschaffen. Der viel ältere Kläger war in den Anfängen ihrer Beziehung eine Art Mentor für die Beklagte während der Zeit der Scheidung ihrer Eltern (Prot. S. 39). Der Kläger selbst sah sich (und nicht die Beklagte) in der Pflicht, seine Einbürgerung voranzutreiben, um so gemäss Plan der Parteien den ersten Schritt zur Regulierung des Aufenthalts der Beklagten zu erreichen. Es war für beide Parteien klar, dass es für eine längerfristige Lösung und Perspektive der Einbürgerung des Klägers bedurfte mit anschliessender Heirat der Parteien. Er gab der Beklagten gegenüber zu verstehen, dass er (allein) für die wirtschaftliche Existenz der Familie verantwortlich war. Eigenes Tätigwerden der Beklagten war nicht vorgesehen. Der Kläger wollte insbesondere auch nicht, dass die Beklagte arbeiten ging (Prot. S. 23, S. 33, S. 35). Die Beklagte war abhängig vom Tun oder Nichttun des Klägers, konnte sich nach ihrer Darstellung ausserhalb der nächsten Wohnumgebung nicht fortbewegen, sie hatte auch kein Auto (Prot. S. 38) und mit niemandem Kontakt (Prot. S. 35 oben). Dem Kläger ging es eigener wörtlicher Aussage zufolge nie um die Beklagte, sondern um die Tochter (vgl. Prot. S. 10, 12, 18, 22, 26; E. III./7.2). Der Beklagten kann unter die-

sen Umständen nicht vorgeworfen werden, sie habe nichts unternommen, um ihre ausländerrechtliche Illegalität zu verhindern. Das (bis 2019) nicht erfolgte Tätigwerden bezüglich Regulierung des Aufenthalts kann der Beklagten nicht angelastet werden.

6.6. Der nicht geregelte Aufenthalt in den USA dauerte für die Beklagte an, und das war nicht ihr Verschulden. Die Gefahr der Wegweisung war allgegenwärtig und hing wie ein Damoklesschwert über ihr. Die (vor allem auch) wirtschaftliche Situation der Beklagten verschlechterte sich zusehends (Prot. S. 31). Die Beklagte musste im Versteckten arbeiten. Es war schwierig für sie, Unterstützung zu beanspruchen, weil Papiere und Belege fehlten (vgl. Prot. S. 33). Der Kläger bezahlte nach der Trennung nur während sechs Monaten Unterhaltsbeiträge (Prot. S. 35). Die anhaltende Unsicherheit und die damit verbundenen prekären Verhältnisse am Arbeitsmarkt ("Schwarzarbeit") wirkten sich negativ auf die mentale Gesundheit der Beklagten aus (Prot. S. 33 ff., S. 50); der Kläger selbst hält bereits für einen viel früheren Zeitpunkt fest, dass die Beklagte Angst gehabt habe, weil die Einbürgerungspapiere nicht gekommen seien und sie versucht habe, sich umzubringen (Prot. S. 11). Es kann sodann als notorisch angenommen werden, dass die Covid-19 Pandemie die schwierige Situation zusätzlich erschwerte. Es erscheint glaubhaft, dass die Beklagte angesichts keiner absehbaren Verbesserung und Lösung in den USA von dort in die Schweiz "flüchtete", wie sie ausführte (act. 24 S. 8).

6.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die mit der Ausreise aus den USA ausgelöste Einreisesperre von 10 Jahren aufgrund der gesamten Umstände und Entwicklung der Beklagten nicht in einem Masse angelastet werden kann, dass sie sich nicht mehr auf die eingetretene Unmöglichkeit der Rückkehr im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ i.V.m. Art. 5 lit. b BG-KKE berufen könnte. Die Beklagte hat die Unmöglichkeit der Rückkehr nicht überwiegend selbst verschuldet.

6.8. Eine Rückführung von C._____ trennte das 4 ½-jährige Kind von seiner Mutter als Hauptbezugsperson. Die Dauer der Trennung wäre unbestimmt und könnte bis zu 10 Jahre dauern, was für C._____ eine unzumutbare Situation im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ i.V.m. Art. 5 lit. b BG-KKE darstellen würde.

Die Beklagte wäre darauf angewiesen, dass der Kläger C._____ für Besuche bei der Mutter in der Schweiz ausreisen lässt. Die Beklagte erklärt dazu, dass bei einer Rückführung von C._____ in die USA sie nie wieder etwas von C._____ hören würde (Prot. S. 37 unten f.). Der Kläger setzte dieser Sicht der Beklagten Ausführungen entgegen, die die Überzeugung der Beklagten mehr als glaubhaft erscheinen lassen (vgl. E. III./7.2.).

Aufgrund der Akten, insbesondere des Entwicklungsberichts der Kita vom 9. April 2021 (act. 25/6) sowie der Einschätzung der Sozialarbeiterin / Berufsbeiständin F._____ zum Kindeswohl vom 13. April 2021 (act. 25/7), deren Darstellung mit dem Bericht von H._____, Familienbegleitung in Florida, vom 15. März 2019 übereinstimmt (act. 25/8), gibt es sodann keine Gründe, an der Erziehungsfähigkeit der Beklagten zu zweifeln. Auch der Kläger bringt anlässlich der Verhandlung vom 27. April 2021 nichts vor, das gegen die Erziehungsfähigkeit der Beklagten spricht. Im Gegenteil, der Kläger bestätigt die Darstellung der Beklagten, wonach er der Beklagten nicht erlaubt habe, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Prot. S. 23). Er gab unmissverständlich zu verstehen, wie wichtig es ihm sei, dass C._____ die ganze Zeit bei der Mutter sein könne (Prot. S. 23 unten) und betonte in diesem Zusammenhang, die Beklagte habe mit C._____ immer machen können, was sie gewollt habe (Prot. S. 24). Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass auch der Kläger davon ausgeht, dass die Mutter für das Kind sorgen kann und die Mutter-Kind Beziehung gut ist.

7.1. Es ist nicht allein die Gefahr der zehnjährigen Trennung von C._____ von ihrer Hauptbezugsperson, welche zur Bejahung der Unzumutbarkeit der Rückführung führt. Die Gefahr der langjährigen Trennung des Kindes von seiner Hauptbezugsperson ist in Kombination mit im Verantwortungsbereich des Klägers anzusiedelnden Vorfällen zu sehen, welche dem Wohl von C._____ abträglich sind. Die Kumulation der Übergriffs- und der langjährigen Trennungsgefahr führt zur Bejahung der dritten Voraussetzung (E. 6.1. vorne) gemäss Art. 5 lit. a BG-KKE:

7.2. In den polizeilichen Registern findet sich zu Lasten des Klägers der Vorwurf «Commit Domestic Battery by strangulation-Dom Viol / level 3rd degree felony» vom 28. August 2017 (act. 24 S. 7 oben, act. 25/14, act. 25/16). Der Kläger be-

streitet, dass er seine damals 16-jährige Tochter G._____ gewürgt habe (Prot. S. 20 f.). Er habe damals Probleme mit seiner Tochter gehabt. Er habe G._____ gebeten, etwas für die erwarteten Gäste einzurichten. Die Tochter habe dies nicht gemacht und sei weg gelaufen, ohne es erledigt zu haben. Er sei ihr nachgerannt und habe versucht, sie am Arm zu packen. Sie seien dann beide zu Boden gefallen. Die Tochter habe sich an der Nase verletzt, so dass es geblutet habe. G._____ sei dann weg von zu Hause zu Verwandten, die in der Nähe wohnten. Die Verwandten hätten die Polizei gerufen. Die Aussagen von G._____ hätten dazu geführt, dass er eine Nacht lang in Haft gekommen sei. Die nachfolgende Untersuchung habe aber gezeigt, dass G._____ seinen anderen Kindern I._____ und J._____ gesagt habe, sie werde so etwas machen, damit er, der Kläger, verhaftet werde. Die Strafverfolgung sei dann eingestellt worden. Es kann offen gelassen werden, wie es sich damit verhält. Jedenfalls steht fest, dass es zu einer massiven häuslichen Auseinandersetzung gekommen ist, die eine polizeiliche Intervention und die Verhaftung des Klägers notwendig gemacht hatte.

Die körperliche Gewalt des Klägers gegenüber seinem Sohn J._____ soll sich Angaben der Beklagten zufolge chronifiziert haben (Prot. S. 33). Das Gericht kann den Vorwurf nicht einschätzen. Eltern, die in ihrer Kindheit von Gewalt betroffen waren, wie der Kläger es eigenen Angaben zufolge war (Prot. S. 18), haben ein erhöhtes Risiko, in späteren Beziehungen und Familienleben selbst Gewalt auszuüben. Der Kläger weist auf seine elternlose Kindheit hin und erklärt sinngemäss, dass die Eltern- bzw. Vaterlosigkeit sich nicht über die nächste Generation manifestieren soll. Der Kläger sagte, die erhaltenen Schläge seien der Hauptgrund, weshalb er es geschafft habe, Kinder gross zu ziehen (Prot. S. 18). Er habe den Kreislauf aufbrechen wollen (Prot. S. 18). Auch wenn es manchmal schwierig gewesen sei, habe er es geschafft, alle Kinder gross zu ziehen. Der Kläger hält fest, dass alle seine Kinder bis heute bei ihm wohnen und er alle Kinder aufzieht, er habe die Verantwortung übernommen (Prot. S. 10. S. 18, S. 22). Obwohl er nicht bei seinen Eltern aufgewachsen und geschlagen worden sei, sei er stolz, dass er und sein Bruder, die Sorgen, die sie als Kinder erlebt hätten, haben überwinden können (Prot. S. 18 unten). So sei es auch hauptsächlich er, der Kläger, gewesen, der angeleitet habe, als C._____ nach dem Spital nach Hause

gekommen sei, weil er schon Erfahrung mit Kindern gehabt habe (Prot. S. 12 unten). Diese Ausführungen widerspiegeln die Vatersicht. Sie haben nicht das Wohl des Kindes im Fokus, denn das Familiensystem braucht mit dieser Sicht den anderen Elternteil nicht. Damit übereinstimmend hat der Kläger die Telefongespräche, welche C._____ mit der Mutter geführt hat als sie in Florida beim Vater war, als Albtraum bezeichnet (Prot. S. 27).

Dass der Kläger jedenfalls Neigung zu impulsivem Verhalten hat, zeigt aber der Vorfall vom 21. September 2018. Damals renkte C._____ ihren linken Ellbogen aus (act. 24 S. 6, act. 25/3). Ellbogenverrenkungen kommen bei Kleinkindern vor. Ursache ist meist ein unerwarteter Zug am Arm des Kindes. Ungewöhnlich ist, dass vorliegend nicht ersichtlich ist, weshalb der Kläger C._____ dermassen fest und unerwartet am Arm hatte ziehen müssen. Der Kläger selbst konnte keinen Grund nennen, weshalb ein derart heftiges und plötzliches Ziehen notwendig war (Prot. S. 19). Die Beklagte führte dazu aus (Prot. S. 33), die Eltern und C._____ hätten sich zusammen mit ihrer Tochter in einer Apotheke aufgehalten. C._____ rannte im Geschäft herum, sie wollte während des Einkaufs nicht an der Hand des Klägers bleiben, sondern (Spiel-)Sachen anfassen und - gemäss der Beklagten - zu ihr rennen (Prot. S. 19, S. 33). Die Beklagte sagte, sie habe gemerkt, dass der Kläger ihr C._____ vorenthalten wolle (Prot. S. 33). Eine solche Haltung des Klägers würde das plötzliche und heftige Ziehen am Arm des Kindes erklären, das sich in eine nicht erwünschte Richtung bewegt. Und der Kläger will, wie ausgeführt, eigenen Aussagen zufolge und für sein eigenes Wohlbefinden die (alleinige) Verantwortung haben.

Neben dem polizeilich registrierten Gewaltvorfall zum Nachteil von G._____ sind mit den temporary restraining order vom 22. Juli 2019 (act. 25/11) und vom 20. Oktober 2020 (act. 25/5) weitere Vorfälle aktenkundig, die die Intervention des Staates und vorübergehende Regelungen (zum Nachteil des Klägers) notwendig machten (Prot. S. 25 ff.; E. I./1.3. vorstehend).

Die aktenkundigen Vorfälle, die sich unstrittig ereignet haben, deren genauen Umstände indes strittig oder unklar blieben, genügen nicht um im Sinne des HKÜ hinreichend glaubhaft zu machen, dass eine Rückkehr von C._____ zum Vater of-

fensichtlich gegen das Kindeswohl verstösst. Es kann aber jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass es auch künftig zu weiteren Vorfällen kommt. Solchen wäre C._____ insoweit schutzlos ausgeliefert, als die Beklagte ausserstande wäre, schützend einzugreifen (vgl. sogleich unter E. 7.3. nachstehend). Der Kläger vermochte im Übrigen keine klaren Angaben dazu zu machen, in wessen Obhut er C._____ während seiner arbeitsbedingten Abwesenheit geben würde. Der Kläger sagte, er habe Optionen, wenn es um die Tagesbetreuung gehe (Prot. S. 29) bzw. er werde C._____ in eine Betreuungsinstitution geben, wie er es getan habe, als C._____ bei ihm gewesen sei (Prot. S. 15). Es ist deshalb heute nicht bekannt, ob ein System da sein würde (durch Tagesschule etc.), welche der Entstehung von Kindeswohlgefährdungen vorbeugen oder bei solchen intervenieren könnte.

7.3. Die Beklagte weigert sich nicht in grundsätzlicher Weise, C._____ in die USA zurückzubegleiten (Prot. S. 40 unten f., S. 42). Die Beklagte befürchtet aber eine Trennung von C._____, welche bereits anlässlich der Einreise erfolgen könnte, weil sie entgegen der Anweisung des amerikanischen Gerichts C._____ in die Schweiz verbracht hat. Das könnte die Wegnahme von C._____ und sofortige Zuteilung der Tochter an den Kläger noch vor Abschluss des Sorgerechtsverfahrens bedeuten. Darüber hinaus ist die Beklagte wie gesehen mit einer zehnjährigen Einreisesperre belegt (Prot. 41, S. 47 ff.).

Die Rückführung ist in Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009, E. 3.6. f.) grundsätzlich anzuordnen, falls sichergestellt werden kann, dass es nicht aus einem der folgenden Gründe zu einer Trennung von Mutter und Kind kommt: Garantie, dass der Beklagten keine unbedingte Freiheitsstrafe droht; Garantie, dass die Sorgerechtslage und Betreuungssituation vor dem Verbringen von C._____ in die Schweiz wieder hergestellt wird; Garantie der zuständigen konsularischen und/oder Einreisebehörden, dass sie der Beklagten ein Visum eines Typs ausstellen, welches automatisch ein unbedingtes Einreise- und Aufenthaltsrecht mit Arbeitserlaubnis bis mindestens zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in Florida beinhaltet.

Die in Nachachtung der genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung getätigten Bemühungen, Garantien der US-Behörden im soeben beschriebenen Umfang erhältlich zu machen, verliefen ergebnislos (act. 33, act. 38/1-3, act. 42 - act. 46, act. 49).

Die Kammer nahm mit dem Einverständnis der Parteien mit dem amerikanischen Richter Kontakt auf und versuchte, immer unter Kenntnisnahme an die Parteivertreter, herauszufinden, ob beim zuständigen Gericht in Florida, die Garantien im soeben umschriebenen Umfang erhältlich zu machen sind. Die verlangten Garantien sind zweierlei Art. Zunächst müsste das zuständige Gericht in Florida Vorkehrungen treffen, um die Wiederherstellung des status quo ante zu ermöglichen. Dann müsste das Migrationsamt die zehnjährige Einreisesperre aufheben und der Beklagten freies Geleit in die und in der USA zusichern. Der amerikanische Richter bzw. seine juristische Assistentin erwiderten die Anfrage der Kammer (act. 32). Anlässlich des ersten und telefonischen Kontakts machte der amerikanische Richter aber klar, dass es ihm aufgrund der Prozessordnung nicht möglich sei, Auskunft zu geben "without the parties being part of the communication" (act. 33/1). Der amerikanische Richter erwähnte die Möglichkeit der Email Kommunikation, welche das Hineinkopieren der Parteien erlaube (act. 33/1-2), und sie so Teil der Kommunikation werden lässt. Der Mailverkehr führte aber nicht dazu, dass die Fragen auch nur ansatzweise beantwortet bzw. an eine zuständige Amtsstelle weitergeleitet wurden. Es wurden aber durch das amerikanische Gericht Terminvorschläge für ein video court hearing unterbreitet (act. 38/3). Der Gegenstand des video court hearing liess sich indes trotz mehrmaligem Nachfragen nicht in Erfahrung bringen (act. 43-47, act. 49). Die Kammer verzichtete demzufolge schliesslich auf eine Teilnahme am video court hearing (act. 49). Sie wies darauf hin, dass sie in Übereinstimmung mit dem "1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice" versucht habe, vom zuständigen amerikanischen Gericht die notwendigen Garantien bzw. entsprechende Unterstützung zu erhalten. Es sei aber offensichtlich auf diesem Weg nicht möglich, die notwendigen Garantien zu erhalten, zumal die Traktandenliste des video court hearing nicht bekannt sei. Ein Diskussionsbedarf bestehe nicht (act. 49).

Damit bleibt es bei der Gefahr der bis zu zehnjährigen Trennung der Beklagten als Hauptbezugsperson vom Kind.

7.4. Zusammenfassend sind die Voraussetzungen von Art. 5 lit. a BG-KKE und damit der Unzumutbarkeit der Rückführung zu bejahen. Zum einen ist bei einer Unterbringung von C._____ beim Kläger eine gewisse Übergriffsgefahr glaubhaft, ohne dass die Beklagte Interventionsmöglichkeiten hätte. Zum anderen ist davon auszugehen, dass eine Rückführung des Kindes zu einer bis zu zehnjährigen Trennung der Mutter als Hauptbezugsperson vom 4 ½-jährigen Kind führen würde. Die Akkumulation der beiden Risikofaktoren führt zur Bejahung von Art. 5 lit. a BG-KKE. Eine Unterbringung von C._____ unter diesen Bedingungen beim Kläger entspricht offensichtlich nicht ihrem Wohl.

8. Die Voraussetzungen für die Rückführung von C._____ in die USA sind somit nicht gegeben. Das Rückführungsbegehren ist abzuweisen.

9. Die Kindervertreterin stellte anlässlich der Verhandlung vom 27. April 2021 den Antrag, es sei ein kinderpsychiatrisches Gutachten beim E._____ Institut in Zürich in Auftrag zu geben zur Frage, was eine Rückführung des Kindes ohne Mutter und ev. ohne mütterlichen Kontakt für das Kind bedeuten würde (act. 26 S. 2). Ein Gutachten ist einzuholen für Sachfragen, die das Gericht für die richtige rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes benötigt. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, braucht es kein Expertenwissen, um zum Schluss zu gelangen, dass eine zehnjährige Trennung von C._____ von ihrer Mutter für das Kind nachhaltig mit negativen Folgen verbunden ist. Der Antrag ist abzuweisen.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Beide Parteien haben ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Sie sind beide nicht in der Lage, mit ihrem Einkommen Prozesskosten zu finanzieren. Auch die Vermögenssituation erlaubt dies nicht (vgl. für den Kläger act. 28, act. 29/20-24, act. 36, sowie für die Beklagte act. 17 und 18/2-6). Sie sind vor diesem Hintergrund mittellos. Die jeweiligen Rechtsbegehren waren im Übrigen nicht aussichtslos und der Beizug anwaltlicher Vertretung für

die Wahrung der Rechte erforderlich. Daher ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sind in der Person ihrer Rechtsvertreter unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

2. Für Rückführungsgesuche gestützt auf das HKÜ ist weitgehende Kostenlosigkeit vorgesehen (Art. 26 Abs. 1 HKÜ). Gemäss Art. 14 BG-KKE ist Art. 26 HKÜ auch auf das Gerichtsverfahren anwendbar, was sich im Übrigen auch schon aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 HKÜ ergibt. Die USA haben einen Vorbehalt (i.S.v. Art. 26 Abs. 3 HKÜ) angebracht (vgl. www.hcch.net > de > instruments > conventions > 28 ; letztmals besucht am 5. Mai 2021). Die Schweiz wendet daher das Gegenseitigkeitsprinzip an und garantiert die Kostenlosigkeit (gleich wie die USA) nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem innerstaatlichen Recht (vgl. BGer 5A_822/2013 vom 28. November 2013 E. 4.1).

Die Gerichtskosten, zu welchen auch die Kosten der Kindsvertreterin gehören, sind ausgangsgemäss (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen, jedoch zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. Zu entschädigen hat der Kläger indes die Beklagte.

3. Die Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gebühr für das Rückführungsverfahren inklusive Barauslagen (Dolmetscherkosten) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

Die Parteientschädigung für die Kindervertreterin ist nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV festzusetzen. Die Kindesvertreterin ist unter Zugrundelegung ihrer Honorarnote vom 8. Mai 2021 (act. 51) mit Fr. 5'500.-- (Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie Barauslagen darin inbegriffen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Bei der Bemessung der Entschädigung ist von einem mittelschweren Fall i.S. des § 5 Abs. 1 AnwGebV auszugehen (rechtlich einfach, hingegen tatsächlich nicht; erhebliche Verantwortung).

Die Parteientschädigung für die Beklagte ist ebenso nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV unter Zugrundlegung der Honorarnote der Rechtsvertreterin vom 10. Mai 2021 (act. 52, act. 53) festzusetzen und vom Kläger direkt der mit heutigem Beschluss bestellten unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten zu bezahlen. Bei der Bemessung der Entschädigung ist auch hier von einem mittelschweren Fall i.S. des § 5 Abs. 1 AnwGebV auszugehen (rechtlich einfach, hingegen tatsächlich nicht; erhebliche Verantwortung), was bei einer Bandbreite von Fr. 1'400.-- bis Fr. 16'000.-- zu einer Grundgebühr von rund Fr. 8'000.-- führt, die gemäss § 9 AnwGebV auf zwei Drittel herabzusetzen ist. Für die Verhandlung vom 29. April 2021 ist sodann ein Zuschlag von 30% geschuldet, was zu einer gesamthaften Entschädigung von Fr. 6'900.-- zuzüglich Barauslagen von Fr. 180.-- zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7%, total Fr. 7'625.-- (gerundet) führt.

Es wird beschlossen:

1. Dem Kläger wird für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X._____, K._____, Rechtsanwälte, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt
2. Der Beklagten wird für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, L._____, Zürich, als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Antrag der Kindervertreterin auf Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Begehren um Rückführung von C._____, geboren am tt.mm.2016, wird abgewiesen.
2. Die gestützt auf die Verfügung der Kammer vom 8. April 2021 sichergestellten Ausweise der Beklagten (Pass und Personalausweis) und von C.____ (Kinderreisepass) werden an die Beklagte ausgehändigt.
3. Die mit Verfügung der Kammer vom 8. April 2021 für C._____, geboren am tt.mm.2016, sowie die Beklagte angeordnete Ausschreibung im RIPOLE und SIS wird aufgehoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.- festgesetzt (Barauslagen und Übersetzungskosten inbegriffen).
5. Rechtsanwältin lic. iur. Z.____ wird für ihre Bemühungen als Vertreterin des Kindes mit Fr. 5'500.- (Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie allfällige Barauslagen darin inbegriffen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Die Gerichtsgebühr (Ziffer 4) und die Kosten der Vertretung des Kindes durch Rechtsanwältin lic. iur. Z.____ (Ziffer 5) werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen.

Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten, Rechtsanwältin lic. iur. Y.____ eine Parteientschädigung von Fr. 7'625.-- (Barauslagen von Fr. 180.-- und Mehrwertsteuer von Fr. 545.-- inbegriffen) zu bezahlen.
8. Die Festsetzung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Klägers wird einem separaten Beschluss vorbehalten.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kindsvertreterin Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ und an die Kantonspolizei Zürich sowie je gegen Empfangsschein an das Bundesamt für Justiz, Dienste für internationale Kindesentführungen, Bundesrain 20, 3003 Bern, und an das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (AJB).
10. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **10 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Jenny

versandt am:
11. Mai 2021