

ZH_OBERGERICHT NH180002 vom 27. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NH180002

FR: ZH_OBERGERICHT NH180002 du 27 septembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT NH180002 del 27 settembre 2018

Erwägungen

E. 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 E. 4.1). Es braucht somit nicht abgeklärt oder entschieden zu werden, ob es für C._____ besser ist, in der Schweiz beim Beklagten oder in Deutschland bei der Mutter auf- zuwachsen (vgl. BGer 5A_576/2018 E. 5.1). Sind die Voraussetzungen der Rück- führung erfüllt, ist sie grundsätzlich anzuordnen, soweit nicht einer der eng ge- fassten Ausschlussgründe gegeben ist (insbesondere Nichtausübung des Sorge- rechts und Unzumutbarkeit der Rückführung gemäss Art. 13 Abs. 1 HKÜ sowie Weigerung des Kindes zur Rückkehr nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Der in Deutsch-
- 7 - land hängige Sorgerechtsstreit steht einem Eintreten und einem Entscheid über das Rückführungsgesuch der Klägerin nicht entgegen.

E. 1.2

Die Klägerin hat das Rückführungsgesuch mit Eingabe vom 29. August 2018 beim zuständigen Gericht anhängig gemacht (act. 2), nachdem C._____ nicht wie vereinbart am 10. bzw. 11. August 2018 aus den Ferien mit dem Beklag- ten in Frankreich zurückgekehrt war. 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 E. 2.1). C._____ ist in Deutsch- land geboren. Bevor sie in die Schweiz kam, hatte sie unbestrittenermassen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland (vgl. act. 2 S. 4 Rz 6 und act. 10 S. 2 Ziff. 1), einem Vertragsstaat des HKÜ.

E. 1.3

Mit Eingabe vom 29. August 2018 gelangte die Klägerin an das Oberge- richt des Kantons Zürich mit dem Begehren um Rückführung von C._____ nach Deutschland. Gleichzeitig ersuchte die Klägerin um Bewilligung der unentgeltli- chen Rechtspflege (vgl. act. 2). Mit Beschluss vom 30. August 2018 wurde dem verfahrensbeteiligten Kind in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ eine Kindsvertreterin bestellt. Es wurden zudem gewisse prozessuale Anordnungen getroffen, der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und dem Beklagten Frist angesetzt, um zum Rückführungsgesuch Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde der Beklagte unter Androhung von Art. 292 StGB verpflichtet, sich

jeden Montag und Donnerstag nach mündlicher Absprache zusammen mit C._____ beim Posten der Kantonspolizei Zürich in D._____ zu melden. Es wurden der Kinderreisepass von C._____, der Reisepass und Personalausweis des Beklagten eingezogen sowie beide im automatisierten Polizeifahndungssystem RIPOL und SIS ausgeschrieben. Die Parteien sowie die Kindsvertreterin wurden zur Anhörung und Verhandlung in der Sache mit Vermittlungsgesprächen auf den 25. und 27. September 2018 vorgeladen (act. 6, act. 8/1-3).

E. 1.4

Mit (vorab per Fax eingereichter) Stellungnahme zum Rückführungsgesuch vom 5. September 2018 zeigte Rechtsanwalt Y._____ aus Schwetzingen/Deutschland die Vertretung des Beklagten an. In seiner Stellungnahme macht der Beklagte Verweigerungsgründe nach Art. 13 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 HKÜ geltend und beantragt die Abweisung des Rückführungsbegehrens der Klägerin (vgl. act. 10). Ferner ersuchte der Beklagte um Aushändigung seines Passes, den er für seine am 13. September 2018 stattfindende Heirat benötige (vgl. act. 10 S. 2 Ziff. 1). In der Folge wurde mit der Kantonspolizei D._____ und dem Beklagten vereinbart, dass er seinen Pass am 13. September 2018 abholen könne und am 17. September 2018 wieder retournieren müsse (vgl. act. 14). Die Doppel der Eingabe des Beklagten (samt Beilagen) sowie eine Kopie der betreffend Passaushändigung verfassten Aktennotiz (act. 14) wurden der Klägerin und der Kindsvertreterin zugestellt (vgl. act. 16/1+2).

- 4 -

E. 2.1

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

- 20 - dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 HKÜ ergibt. Deutschland hat einen Vorbehalt (i.S.v. Art. 26 Abs. 3 HKÜ) angebracht (vgl. www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=24, letztmals besucht am 19. September 2018; vgl. zur Kostenlosigkeit auch BGer 5A_25/2010 E. 3.4-3.6). Die Schweiz wendet daher das Gegenseitigkeitsprinzip an und garantiert die Kostenlosigkeit (gleich wie Deutschland) nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem innerstaatlichen Recht (vgl. BGer 5A_822/2013 E. 4.1). Die Gerichtskosten, zu welchen auch die Kosten der Kindsvertreterin gehören, sind ausgangsgemäss (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) dem unterliegenden Beklagten 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 Beklagte indes die Klägerin.

E. 2.2

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 auf Fr. 3'000.- festzusetzen. Die Kindsvertreterin ist gestützt auf die von ihr heute gemachten Angaben sowie unter Einbezug eines Zuschlages für die Urteilsöffnung am heutigen Tag mit Fr. 3'500.- (Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie Barauslagen darin inbegriffen) aus der Gerichtskasse zu

entschädigen. Die Parteientschädigung für die Klägerin ist nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV festzusetzen und vom Beklagten direkt dem mit Beschluss vom 30. August 2018 bestellten unentgeltlichen Rechtsbeistand der Klägerin zu bezahlen. 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), was zu einer Grundgebühr von rund Fr. 9'000.– führt, die gemäss § 9 AnwGebV herabzusetzen ist. Für die Verhandlungen am 25. und 27. September 2018 sind sodann Zuschläge von insgesamt 100 % geschuldet, was zu einer gesamthaften Entschädigung von Fr. 7'600.– führt. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist dabei nicht zuzusprechen, weil der Wohnsitz der Klägerin

- 21 - als Empfängerin der juristischen Dienstleistung im Ausland liegt (vgl. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 MWSTG). Die Klägerin hat ferner den Ersatz der ihr selbst für die Rückführung entstandenen Kosten zugute (vgl. Art. 26 Abs. 4 HKÜ). Unter diesem Titel hat sie indessen nichts verlangt, weshalb ihr nichts zuzusprechen ist. Es wird beschlossen:

E. 3

Verletzung des Sorgerechts

E. 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 HKÜ). Das Sorgerecht nach Art. 5 lit. a HKÜ umfasst die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltes (FamKomm Scheidung-JAMETTI/WEBER, 3. A., Anh IPR N 184). Im Zentrum steht damit die Verletzung des Obhuts- bzw. Aufenthaltsbestimmungsrechts (des "droit de garde" – vgl. auch den französischen Text von Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 5 lit. a HKÜ sowie BUCHER, AJP 2008 S. 480 f.).

E. 3.2

Das Zurückbehalten von C._____ durch den Beklagten in der Schweiz wird nicht in Frage gestellt. Ebenso ist unstrittig, und hat daher als erstelt zu gelten, dass den Parteien nach der massgeblichen gesetzlichen Regelung die elterliche Sorge gemeinsam zusteht (vgl. act. 2 S. 8 Rz 25 und act. 10 S. 2 Ziff. 1). Auch an

- 8 - der Verhandlung vom 25. September 2018 wurde nichts Gegenteiliges vorgebracht. Das Sorgerecht muss einem Elternteil indes nicht nur rechtlich zustehen, sondern dieser muss es im massgeblichen Zeitraum auch tatsächlich ausgeübt haben (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ). Davon ist auszugehen. C._____ lebte seit der Trennung der Parteien und damit vor der Reise in die Schweiz am 10. August 2018 mit dem Willen des Beklagten bei der Klägerin (vgl. act. 2 S. 9 oben, act. 10 S. 2 Ziff. 1). Der Beklagte hat somit, da er C._____ nicht wie vereinbart am 10. bzw. 11. August 2018 zur Klägerin brachte, das Sorgerecht der Klägerin verletzt.

E. 4

Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ

E. 4.1

Der Beklagte macht geltend, dass sich C._____ weigere zur Mutter zurück- zugehen. Die Gründe ihrer Weigerung würden dabei nicht in der Bindung zum Va- ter, sondern in der Ablehnung der Person der Mutter liegen (vgl. act. 10 S. 2 Ziff. 2). In diesem Zusammenhang bringt der Beklagte im Wesentlichen vor, C._____ habe am 10. August 2018 beim Grenzübertritt gefragt, ob sie nun in der Schweiz seien. Als er dies bejaht habe, habe sich C._____ erleichtert gezeigt und gesagt, dass sie "jetzt endlich in Sicherheit" sei. In der Folge habe C._____ ge- fragt, ob der Klägerin die Wohnanschrift in der Schweiz bekannt sei; sie wolle nicht, dass die Klägerin wisse, wo sie nun lebe und sie wolle auch nicht zur Kläge- rin zurückgehen (vgl. act. 10 S. 5 oben). Weiter bringt der Beklagte vor, C._____ habe sich am 23. August 2018 zuerst geweigert mit der Klägerin zu telefonieren, aber nach gutem Zureden durch den Beklagten sich trotzdem dazu bereit erklärt. Nach nur wenigen Minuten habe sie aber mit der Klägerin nicht mehr reden wol- len. Als die Klägerin am 2. September 2018 angerufen habe, habe C._____ nicht mit ihr sprechen wollen, da sie gerade auf dem Weg ins Bett gewesen sei. C._____ habe sich aber nach ihrer Halbschwester J._____ erkundigt. Nachdem C._____ – so der Beklagte weiter – jeweils mit der Klägerin telefoniert habe, kön- ne sie kaum einschlafen, sei verstört und leicht reizbar. Sodann habe C._____ – seitdem die Polizei beim Beklagten zu Hause erschienen sei, um die Ausweise einzuziehen – in der Nacht Albträume und Ängste. C._____ habe sogar gesagt, sie träume immer, dass die Klägerin sie abhole und sie wieder bei ihr wohnen müsse, und der Beklagte ins Gefängnis gehen müsse (vgl. act. 10 S. 5 f.). Im Verhalten von C._____ – so der Beklagte – sei ein Grund zu sehen, der nach

- 9 - Art. 13 Abs. 2 HKÜ der Rückführung des Kindes entgegenstehe (vgl. act. 10 S. 4 lit. c). In der Befragung vom 25. September 2018 hielt er an seiner Auffassung fest, C._____ habe wiederholt aus eigenem Willen bekräftigt, sie wolle bei ihm wohnen. Betont hat er zudem, wie schnell und gut sich C._____ in D._____ in seine Familie eingelebt habe (vgl. Prot. S. 21 f., 24 f.). Letzteres deckt sich im Üb- rigen mit den Beobachtungen der Kindesvertreterin (vgl. Prot. S. 32 f.).

E. 4.2

Nach 13 Abs. 2 HKÜ kann das Gericht das Rückführungsgesuch ablehnen, wenn das Kind sich der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife er- reicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berück- sichtigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Rei- fe im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Wil- lensbildung fähig ist, d.h. wenn es seine eigene Situation zu erkennen und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung zu bilden vermag (BGE 131 III 334 E. 5.1 und E. 5.2), und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheidendes verstehen kann. Dies heisst, dass es insbesondere er- kennen können muss, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante geht und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird. Das Bundesgericht geht davon aus, dass diese Voraussetzungen in der Regel ab ei- nem Alter von ungefähr elf bis zwölf Jahren gegeben sind. In jedem Fall Voraus- setzung ist, dass der geäusserte Kindeswillen autonom gebildet worden ist. Auch wenn eine jede Willensbildung nicht losgelöst von äusserer Beeinflussung statt- findet, darf er nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen. Das Wi- dersetzen des Kindes im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ muss mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden (BGer 5A_229/2015 E. 5.1, BGE 134 III 88 E. 4, BGE 133 III 146).

E. 4.3

C._____ ist mit ihren rund achteinhalb Jahren vom erwähnten Alter noch verhältnismässig weit entfernt und damit in Bezug auf die relevante Fragestellung von vornherein noch nicht zu autonomer Willensbildung fähig. Der Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ fällt insoweit ausser Betracht. Die vom Beklagten vorgebrachten Äusserungen C._____s sind aber im Rahmen der Kinds-

- 10 - wohlprüfung und damit im Zusammenhang mit dem ebenfalls gelten gemachten Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zu beachten.

E. 5

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

E. 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. Der letztgenannte Verweigerungsgrund wird in Art. 5 BG-KKE konkretisiert: danach wird das Kind u.a. dann in eine unzumutbare Lage gebracht, wenn die Unterbringung des Kindes beim gesuchstellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Kindeswohl entsprechen würde oder wenn dem entführenden Elternteil eine Rückkehr und Betreuung im Herkunftsstaat nicht möglich oder zumutbar ist oder wenn die Fremdplatzierung des Kindes bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entsprechen würde. Eine schwerwiegende Gefahr körperlicher oder seelischer Schädigung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ liegt zum Beispiel bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet vor, oder wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird und zusätzlich 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. 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 (vgl. BGER 5A_576/2018 E. 5.1 und BGER 5A_293/2016 E. 5.3 je m.w.H.). Die Verweigerungsgründe sind – wie bereits gesagt – vom Beklagten anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft zu machen.

E. 5.2

Nach Ansicht des Vaters stelle die Rückführung für C._____ eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen und geistigen Schadens dar, da sowohl die

- 11 - Klägerin als auch ihr Lebenspartner gegen C._____ körperliche Gewalt angewandt hätten (vgl. act. 10 S. 2 f. Ziff. 2). In seiner Antragschrift vom 10. August 2018 an das Amtsgericht Schwetzingen, auf welche der Beklagte in seiner Stellungnahme verweist (vgl. act. 10 S. 3 oben), geht im Wesentlichen hervor, dass C._____ in den Sommerferien in Frankreich am Abend des 9. August 2018 ihre Stiefschwester H._____ mit viel Kraft ins Gesicht geschlagen habe. Als der Beklagte C._____ zur Rede gestellt habe, habe sich herausgestellt, dass C._____ ihre Stiefschwester H._____ öfters angeschrien und (zweimal)

ins Gesicht geschlagen habe. Dies habe H. _____ ebenfalls bestätigt. C. _____ habe ihr Verhalten damit begründet, dass sie sich von H. _____ genervt gefühlt habe, und sie – C. _____ – habe erklärt, dass dies zu Hause ebenfalls so gehandhabt werde, sie mithin (ins Gesicht) geschlagen werde, wenn sie die Klägerin nerve oder unartig bzw. laut sei (vgl. act. 4/12 S. 2). Ferner führte der Beklagte in seiner Antragsschrift aus, C. _____ habe ihm erzählt, wenn sie weine, weil sie nicht einschlafen könne, werde sie so lange geschüttelt, bis sie mit Weinen aufgehört habe. Der Lebenspartner der Klägerin würde sie nicht ins Gesicht schlagen. Dieser sage zuerst "Nein" und wenn sie dann nicht aufhöre, würde er ihr auf die Finger schlagen (vgl. act. 4/12 S. 3 oben). In seiner Stellungnahme zum Rückführungsgesuch wiederholt der Beklagte zunächst die in der Antragsschrift enthaltenen Ausführungen (vgl. act. 10 S. 4 oben) und führt aus, die Tatsache, dass C. _____ zum Zwecke der Züchtigung geschlagen worden sei, stelle eine körperliche sowie psychische Gefahr bzw. eine Gefahr für das Wohl des Kindes dar (vgl. act. 10 S. 4 oben). Ergänzend führt er in seiner Stellungnahme aus, C. _____ habe ihm immer wieder berichtet, dass sie weder über Dinge, die im Haushalt der Klägerin stattfänden, noch über die Schweiz sprechen dürfe. Wenn sie dies trotzdem tue, dann erhalte sie Hausarrest oder es werde ihr eines ihrer Spielzeuge weggenommen. Er – der Beklagte – gehe deshalb davon aus, dass es bereits wiederholt zu gewaltsamen Übergriffen auf C. _____ gekommen sei und die Mutter dies vertuschen wolle. Durch das erteilte "Redeverbot" werde C. _____ in einen Konflikt getrieben, was eine psychische Gefahr darstelle (vgl. act. 10 S. 4 lit. b). In der Befragung vom 25. September 2018 relativierte der Beklagte seine dem Amtsgericht Schwetzingen vorgetragene Sachdarstellung allerdings in eini-

- 12 - gen Punkten. Namentlich soll C. _____ H. _____ in den Ferien nicht wiederholt ins Gesicht geschlagen haben, sondern ein einziges Mal, nämlich am 9. August 2018 (vgl. Prot. S. 23 und S. 25).

E. 5.3

Die Klägerin äusserte sich in ihrem Rückführungsgesuch zur in Deutschland eingereichten Eingabe vom 10. August 2018 des Beklagten. Sie erachtet das Vorliegen des Ausnahmetatbestands von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ als nicht gegeben (vgl. act. 2 S. 9 vor Rz 26). Im Wesentlichen bringt sie dazu vor, die Behauptungen des Beklagten würden nicht zutreffen. Weder sie noch ihr Lebenspartner würden C. _____ schlagen. Die Kindwohlgefährdung sei daher erfunden (vgl. act. 2 S. 5 f. Rz 11.). C. _____ wachse in einer fürsorglichen und liebevollen Umgebung auf (vgl. act. 2 S. 9 vor Rz 26). Obwohl sie – die Klägerin – Gewalt als Erziehungsmittel fundamental ablehne, sei es im Januar 2017 zu einem einmaligen Vorfall gekommen. C. _____, die an ADHS leide, habe beim Duschen einen Wutanfall bekommen und ihr – der Klägerin – ins Gesicht geschlagen und gespuckt. In einer spontanen Reaktion habe die Klägerin C. _____ auf den Oberarm geschlagen. Als sich C. _____ wieder beruhigt habe, habe sich die Klägerin entschuldigt und C. _____ klar gemacht, dass dies nicht gehe. Über diesen Vorfall habe die Klägerin den Beklagten unterrichtet. Zudem sei es in der Vergangenheit aufgrund der ADHS-Erkrankung wiederholt zu Situationen gekommen, in denen C. _____ irgendetwas nicht gepasst habe und sie sich daher wutentbrannt auf ihr Bett geworfen und mit den Beinen um sich geschlagen habe. Die behandelnde Kinderpsychologin habe der Klägerin geraten, C. _____ in solchen Situation zu sich hochzuziehen und wie ein Baby in die Arme zu nehmen (vgl. act. 2 S. 6 Rz 12). Weiter bringt die Klägerin vor, der Beklagte habe vor seinem Auszug C. _____ eine Ohrfeige gegeben und sie öfters auf den Hintern geschlagen, wenn er das

Verhalten von C._____ missbilligt habe. Sie – die Klägerin – habe den Beklagten aufgefordert, von körperlichen Züchtigungen Abstand zu nehmen (vgl. act. 2 S. 6 Rz 12).

E. 5.4

- 13 -

E. 5.4.1

Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin ist es in der Vergangenheit wegen der ADHS-Erkrankung zu einigen Wutanfällen von C._____ gekommen, weshalb sich die Klägerin Rat bei der behandelnden Kinderpsychologin geholt hatte (vgl. act. 2 S. 6 Rz 12), was dem Beklagten bekannt war, der sich vehement gegen eine Behandlung von C._____ mit Ritalin aussprach (vgl. Prot. S. 23). Aus dem Schulbericht der Grundschule vom 23. Juli 2018 und dem Protokoll eines Elterngesprächs vom 20. März 2018 sowie dem angehängten E-Mailverkehr zwischen der Lehrerin von C._____ und den Parteien geht sodann deutlich hervor, dass C._____ Probleme mit dem Bewältigen des Unterrichtsstoffs hat. Ursache dafür ist indes, was auch die insofern übereinstimmenden Darstellungen der Parteien in der Verhandlung vom 25. September 2018 zeigen, vor allem ein Sehproblem von C._____ (vgl. Prot. S. 22, S. 23 f. und Prot. S. 39). Dieses wurde erst mit dem Schuleintritt offenbar und C._____ wurde daher in Deutschland deswegen therapiert. Diese Therapie wurde durch die Verbringung von C._____ nach D._____ abgebrochen bzw. durch väterliche Unterstützung ersetzt (vgl. Prot. S. 24). Der Beklagte macht geltend, dass C._____ in den Ferien ihre Stiefschwester H._____ öfters angeschrien und zweimal ins Gesicht geschlagen habe, und er begründet das Verhalten von C._____ damit, dass diese nach ihren Aussagen ihm gegenüber von der Klägerin geschlagen werde. Die Klägerin stellt in Abrede, C._____ zu schlagen, räumt aber gleichzeitig ein, dass es im Januar 2017 zu einem unschönen Vorfall gekommen sei. Zudem legte sie offen, dass sie sich entsprechend Hilfe geholt habe, um mit den Wutanfällen von C._____ richtig umgehen zu können. Die vom Beklagten behauptete Gefährdung von C._____ durch die Klägerin basiert einzig auf Angaben von C._____, die diese ihm und seiner Ehefrau erstmals am 9. August 2018 berichtet haben soll, hingegen nicht auf eigene Beobachtungen, insbesondere nicht auf solche aus der Zeit, als er noch in E._____ wohnte. Um seiner Darstellung der Gefährdung mehr Gewicht zu verleihen, reicht der Beklagte seine Eidesstattliche Versicherung sowie diejenigen seiner Ehefrau und seiner Eltern ein (vgl. act. 12/B3 - B6), die alle vom 10. August 2018 datieren. Wie sich solche Erklärungen im Beweisrecht der schweizerischen Zivilprozessordnung überhaupt berücksichtigen lassen, ist umstritten (vgl. etwa OGer ZH - 14 - PS140031 vom 14. März 2014 E. II.7. m.w.H.). Da die Eidesstattlichen Versicherungen in Bezug auf die gegen die Klägerin erhobenen Vorwürfe – wie schon erwähnt – keine eigenen Wahrnehmungen beinhalten, sondern nur Informationen vom Hörensagen, und sich aufgrund der gesamten Akten und der Vorbringen der Parteien am 25. September 2018 nicht beurteilen lässt, ob und inwieweit die Erzählung von C._____ auf realen Erlebnissen beruht, kann die Frage, welchen Beweiswert solche Erklärungen grundsätzlich haben, offenbleiben. Der Beklagte stellte die geltend gemachte Gefährdung in seinen schriftlichen Eingaben an sich sachlich dar, und er gab an, in welchen Situationen die Klägerin laut C._____ die Tochter ins Gesicht geschlagen oder geschüttelt haben soll bzw. der Lebenspartner der Klägerin C._____ auf die Finger geschlagen habe. Seine schriftlichen Schilderungen hinterlassen allerdings Fragezeichen. So haben weder er noch seine Frau gemäss diesen Schilderungen im Urlaub beobachtet, auch nicht am 9. August

2018, dass C._____ H._____ schlug bzw. an- schrie. H._____ hat gemäss den Schilderungen des Beklagten ihrer Mutter offen- bar während des gesamten Urlaubs bis zum 9. August 2018 auch nie erzählt, sie sei von C._____ geschlagen oder angeschrien worden. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung wäre von einem fast achtjährigen Kind allerdings das Gegenteil zu erwarten, nämlich dass es sehr wohl berichtet, es sei geschlagen und ange- schrien worden, und zwar rasch nach dem Vorfall, wie dann offenbar am 9. Au- gust 2018. Weder der Beklagte noch seine Ehefrau in der Eidesstattlichen Versi- cherung bringen eine plausible Erklärung dafür vor, weshalb H._____ mehrmals geschwiegen habe. Und sie bringen auch keine plausible Erklärung dafür vor, weshalb sie – bis auf den Abend des 9. August 2018 – nie bemerkt haben, wie C._____ mit H._____ im Urlaub umging. Dass C._____ H._____ nach dem 9. Au- gust 2018 nochmals schlug oder anschrie, behauptete der Beklagte sodann nie, insbesondere nicht in der Befragung vom 25. September 2018 (vgl. Prot. S. 23 und S. 25). An den schriftlichen Schilderungen zu den Vorfällen im Urlaub vor dem

E. 5.4.2

Hinzu kommt der unübersehbare zeitliche Zusammenhang, in dem das Geschehen vom 9. August 2018 steht. So war C._____ seit dem 28. Juli 2018 mit ihrem Vater, dessen heutiger Ehefrau und deren Kindern im Urlaub zusammen in Frankreich, stand am 9. August 2018 das Ende des Urlaubs und damit die Tren- nung vom Vater in Aussicht, den C._____ seit dessen Wegzug in die Schweiz nur mehr selten sah, und den sie – was nur verständlich ist – gerne mehr gesehen hätte (vgl. Prot. S. 13). So hat der Beklagte aus dem Urlaub in Frankreich heraus am 6. August 2018 ein Verfahren in die Wege geleitet, das darauf abzielt, dass C._____ bei ihm wohnen wird. Dabei standen gemäss seiner Eingabe an das Amtsgericht Schwetzingen vor allem schulische Gründe bzw. die nach Auffassung des Beklagten bessere Förderung von C._____ in der Schule D._____s im Vor- dergrund, wobei der im Frankreichurlaub weilende Beklagte dem Amtsgericht Schwetzingen am 6. August 2018 berichten liess, er habe sich mit der Schule schon in Verbindung gesetzt (vgl. act. 20/1 S. 3). Am 10. August 2018 beantragte er dann aus ganz anderem Grund, nämlich dem just am 9. August 2018 von C._____ Berichteten, es sei der Klägerin die elterliche Sorge hinsichtlich des Auf- enthaltsbestimmungsrechts zu entziehen (vgl. act. 4/12). Erst dabei liess er aus- führen, C._____ habe H._____ im Urlaub öfters angeschrien und zweimal ins Ge- sicht geschlagen (vgl. a.a.O., S. 2). Das alles lässt auch andere, durchaus in sich stimmige Schlüsse darüber zu, weshalb C._____ am 10. August 2018 der Mutter nicht übergeben wurde; der Vertreter der Klägerin hat am 25. September 2018 auf diese beim Vater liegenden Gründe verwiesen. Und es lässt sich nicht sagen, diese Deutung erscheine unglaublicher als das, was der Beklagte mit seiner Be- gründung der Gefährdung von C._____ durch die Mutter vorträgt, eine Gefähr-

- 16 - dung, die er ohnehin erst am 9. August 2018 erkannte, obwohl sie gerade nach seiner Darstellung eigentlich schon lange bestanden haben muss.

E. 5.4.3

So oder anders stellt das Verhalten von C._____ gegenüber H._____ am

E. 5.4.4

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass erhebliche und nicht überwind- bare Zweifel an den Ausführungen des Beklagten verbleiben, und daran vermö- gen auch die hiervor wiedergegebenen Vorbringen zum Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ nichts zu

ändern. Die ernsthafte Befürchtung, C._____ werde nach der Rückgabe misshandelt, vermochte der Beklagte nicht substantiiert darzutun. Alleine der von der Klägerin zugestandene Vorfall von Januar 2017 erlaubt noch keine Rückschlüsse auf die vom Beklagten behaupteten Erziehungsmethoden der Klägerin. Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber lediglich noch, dass selbst dann, wenn man unbesehen davon ausginge – wozu aber kein begründeter Anlass besteht –, bei der Klägerin zu Hause gehörten körperliche Züchtigungen (d.h. Schläge ins Gesicht und auf die Finger) zur Tagesordnung, zwar von einer Misshandlung von C._____ auszugehen wäre. Dass dann lokale Schutzmassnahmen in Deutschland aber versagen würden, ist nicht anzunehmen und es wurde das insoweit zu Recht auch nicht vorgebracht. Da zwischen den Parteien ein Sorgeverfahren vor dem Amtsgericht Schwetzingen pendent ist, in welchem der Beklagte mit den gleichen Vorwürfen argumentiert wie hier, und der Beklagte diese Argumente zudem am 10. August 2018 auch dem Jugendamt vorgetragen hatte (vgl. act. 10 S. 6 Rz 3), ist davon auszugehen, dass die Behörden in Deutschland für das Kindeswohl sorgen werden, wenn dazu ein Anlass besteht. 6. Die Voraussetzungen für die Rückführung von C._____ nach Deutschland sind somit gegeben. Das Rückführungsbegehren ist gutzuheissen. 7. Die Parteien haben am 25. September 2018, wie schon erwähnt, eine Vereinbarung getroffen zum persönlichen Umgang des Elternteils, bei dem C._____ gemäss diesem Urteil nicht wohnen wird, sowie dazu, wie sie ihre gemeinsame elterliche Sorge ausüben wollen, solange das für den Entscheid in diesen Bereichen zuständige Sachgericht noch keinen Entscheid gefällt hat. C._____ wird zur Mutter nach E._____ zurückkehren, weshalb diese einstweiliges regelnde Vereinbarung von der Kammer nicht genehmigt werden kann. Es kann lediglich an das Amtsgericht Schwetzingen die Empfehlung ergehen, die Vereinbarung für die Dauer seines Verfahrens zu berücksichtigen. Es obliegt den Parteien, dem Amtsgericht Schwetzingen, Familiengericht, diese Empfehlung zur Kenntnis zu bring-

- 18 - gen, ggf. mit einer Kopie des Protokolls der Verhandlung vom 25. September 2018. IV. (Vollstreckung) 1. Verfahren nach dem HKÜ sind dringlich. Deshalb und im Bestreben, weitere Rechtsstreitigkeiten im Vollstreckungsverfahren zu verhindern, hat der Bundesgesetzgeber vorgeschrieben, dass bereits der Sachentscheid Vollstreckungsanordnungen treffen soll (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE; vgl. bereits BGE 130 III 530 E. 2). Die Einzelheiten der Vollstreckung sind auf eine Weise zu regeln, die kein neues Gerichtsverfahren zur Vollstreckung verlangt (vgl. BBl 2007 2595 S. 2627). 2. Es erscheint zum Schutz C._____s, namentlich zur Vermeidung noch tiefer gehenden Loyalitätskonflikts geboten, dass der vorliegende Entscheid möglichst rasch nach dessen Eröffnung umgesetzt wird. Die Klägerin ist in der Schweiz anwesend und kann die Tochter jederzeit in Empfang nehmen sowie mit ihr selber nach Deutschland zurück reisen. Die erforderlichen Vorkehrungen im Hinblick auf die Rückreise von C._____ mit ihrer Mutter ab Zürich nach E._____/Deutschland wurden von der Kammer vorgenommen. Da C._____ von der Kantonspolizei ans Gericht gebracht worden ist, kann die Vollstreckung unverzüglich am Gericht erfolgen. Es sind daher C._____ sowie deren sichergestellte Kinderreisepass der anwesenden Mutter zur Rückreise nach Deutschland zu übergeben. Die sichergestellten Papiere des Beklagten (Pass und Personalausweis) sind ihm herauszugeben. Die für C._____ sowie den Beklagten angeordneten Ausschreibungen im RIPOL und SIS sind aufzuheben. 3. Im Eventualfall, dass die direkte Vollstreckung nicht möglich sein sollte, wird das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung die Vollstreckung nach Art. 12 BG-KKE zu besorgen haben.

- 19 - V. (Unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Der Beklagte ersuchte heute um Bewilligung der unentgeltlichen Rechts- pflege i.S. der Art. 117 f. ZPO. Ein solches Gesuch ist gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO zu begründen und zu belegen. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann ganz oder teilweise zu bewilligen, wenn und soweit eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebote- nen Rechtsverbeiständung zu tragen, und zusätzlich ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Massgeblich sind dabei die Verhältnisse, wie sie im Zeit- punkt der Gesuchstellung bestehen. Was die Vermögens- und Einkommensver- hältnisse betrifft, so gilt es in Verfahren wie diesem auch die eheliche Beistands- pflicht zu berücksichtigen. Eine Mittellosigkeit ist in der Regel dann und soweit gegeben, wie sich aufgrund der von der gesuchstellenden Partei vorgetragenen Angaben ergibt, dass sie nicht in der Lage ist, neben ihrem Lebensunterhalt und dem ihrer Familie innert einer Frist von rund 12 Monaten ihre mutmasslichen Pro- zesskosten zu bezahlen, zu denen auch die Kosten ihrer Rechtsverbeiständung sowie eine allfällige Entschädigung an die Gegenpartei zählen. Der Beklagte hat seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse knapp hinreichend belegt und ebenso die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes. Der Standpunkt des Beklagten im Rückführungsverfahren kann noch nicht als aus- sichtslos im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden, weshalb ihm die unentgeltli- che Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten) für dieses Verfahren zu be- willigen ist. Ebenso ist ihm mit Blick darauf, dass die Klägerin anwaltlich vertreten ist, in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestel- len. 2.

E. 9

August 2018 für sich allein kein Indiz dafür dar, dass die Klägerin C._____ schlägt und schüttelt. Für die Kindesvertreterin sind diese Vorwürfe, die einzig auf Äusserungen von C._____ am 9. August 2018 zurück gehen, im Übrigen nicht nachvollziehbar (vgl. Prot. S. 33). Begründet äusserte die Vertreterin von C._____ Bedenken, dass die entsprechenden Angaben des Kindes auf Erlebtem beruhten, und sie wies zutreffend darauf hin, dass es auch andere Gründe dafür geben kann, weshalb sie sich so geäussert hatte (vgl. a.a.O.). Nicht unwahrscheinlich, weil im Alltag immer wieder zu beachten, ist etwa der Versuch einer Rechtferti- gung durch Erfinden, die im Nachhinein aufrecht erhalten werden muss, ferner das kindliche Loyalitätsbedürfnis, das sich bekanntlich darin äussert, dass es das Kind mit dem Elternteil, bei dem es ist, nicht verderben will, und etwas das Zu- sammensein mit fast gleichaltrigen Kindern im Urlaub, die C._____ schon seit längerem kennt. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass die Schilde- rungen der Vertreterin des Kindes zum Leben von C._____ beim Vater und des- sen neuer Familie eine bemerkenswerte Anpassungsleistung von C._____ zei- gen, die vor dem ebenso auffälligen Nichtvermissen des bis zum Urlaub in Frank- reich Gewohnten als erhebliches Indiz für einen Loyalitätskonflikt von C._____ gegenüber ihrem Vater zu werten ist. Im Übrigen erreichen das vom Beklagten auch noch vorgebrachte "Rede- verbot" und das Schütteln eines achtjährigen Kindes – ohne dies verharmlosen zu wollen – die erforderliche Intensität einer schwerwiegenden Gefahr eines seeli- schen bzw. körperlichen Schadens im Sinne des HKÜ noch nicht. Es kann des- halb offen gelassen werden, wie es sich damit tatsächlich verhielt bzw. verhält. Dass C._____ – wie der Beklagte auch vorbringt – schlecht schläft und Alpträume hat, seit die Polizei bei ihnen in D._____ zu Hause war, ist bei einem achtjährigen Kind nicht ungewöhnlich. Diesen Umstand aber mit der Klägerin in

Verbindung zu bringen, scheint daher weit hergeholt, zumal keine Rede davon war, dass C._____ im Urlaub Mühe mit dem Einschlafen gehabt hätte.

- 17 -

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