

# ZH\_OBERGERICHT NH230002 vom 5. April 2023

ZH Obergericht, 2023-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NH230002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NH230002)

FR: ZH\_OBERGERICHT NH230002 du 5 avril 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT NH230002 del 5 aprile 2023

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Sowohl Kroatien als auch die Schweiz sind Vertragsstaaten dieses Übereinkommens ([www.hcch.net](http://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 befanden sich D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ im Kinderhaus E.\_\_\_\_\_ an der ... [Adresse]. Das Obergericht des Kantons Zürich ist folglich zuständig.

### 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 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).

### E. 1.2

Der Kläger machte das Rückführungsgesuch mit Eingabe vom 24. März 2023 beim zuständigen Gericht anhängig (act. 2), nachdem die Beklagte zusammen-

- 9 -  
men mit D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ Kroatien am 13. März 2023 verlassen hatte und am 17. März 2023 in die Schweiz eingereist 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 vom 11. Januar 2010 E. 2.1). D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wurden in Kroatien geboren und verbrachten dort – abgesehen von zwei kürzeren Aufenthalten in England (letztmals vom August 2019 bis Februar 2020) – ihr bisheriges Leben. In Kroatien besuchten sie bis zu ihrem Fernbleiben nach dem Wochenende vom 4./5. Februar 2023 die dritte Klasse. Bevor sie in die Schweiz kamen, hatten sie unbestrittenermassen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Kroatien (act. 4 S. 3 ff.; act. 28 S. 2 f.; Prot. S. 11 f., 15, 26 f., 51).

### **E. 1.3**

Die Beklagte stellte daraufhin gestützt auf das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ) ein Begehren um Rückführung von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nach England, worauf der Kläger in Kroatien die Scheidung der Ehe beantragte und ein Verfahren betreffend die Regelung der Kinderbelange einleitete. Das Rückführungsbegehren wurde vom erstinstanzlichen kroatischen Gericht zunächst gutgeheissen. Der Kläger focht diesen Entscheid erfolgreich bei der oberen Instanz an, welche den Entscheid aufhob und die Sache zur erneuten Beurteilung an die erste Instanz zurückwies. Im zweiten Anlauf wies das erstinstanzliche Gericht das

- 3 - Rückführungsbegehren der Klägerin ab mit der Begründung, die Kinder hätten im Sommer 2016 keinen gewöhnlichen Aufenthalt in England gehabt. Die von der Beklagten dagegen ergriffenen Rechtsmittel blieben allesamt ohne Erfolg. Die Beklagte folgte dem Kläger und den Kindern bereits im Dezember 2016 nach Kroatien (act. 2 S. 3; act. 4/1; Prot. S. 10, 25, 52).

### **E. 1.4**

Im Januar 2017 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Die Kinderbelange blieben jedoch auch in den Folgejahren strittig und bildeten Gegenstand weiterer Gerichtsverfahren (act. 2 S. 3; Prot. S. 10, 25).

### **E. 1.5**

Im Sommer 2019 beantragte die Beklagte heimlich neue britische Pässe für die Kinder. Im August 2019 teilte sie dem Kläger mit, dass sie mit den Kindern in die Ferien auf eine kroatische Insel fahren würde. Stattdessen reiste sie mit den Kindern nach England, wo sie die Zwillinge bereits für die Schule angemeldet hatte. Daraufhin stellte der Kläger seinerseits ein Rückführungsbegehren gestützt auf das HKÜ. Mit Urteil vom 11. Februar 2020 hiess der englische High Court of Justice das Rückführungsbegehren gut und die Kinder wurden nach Kroatien zurückgebracht (act. 2 S. 3; act. 4/1).

### **E. 1.6**

Mit Entscheid vom 29. Januar 2020 stellte der Municipal Court in Zlatar, Kroatien, D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ vorsorglich unter die Obhut des Klägers und legte das Besuchsrecht der Mutter fest (act. 2 S. 3; act. 4/3 f.). Ein dagegen erhobenes Rechtsmittel der Beklagten wies der County Court in Zagreb mit Entscheid vom 12. März 2020 ab (vgl. act. 22/2).

### **E. 1.7**

Am 11. November 2022 erliess der Municipal Court in Zlatar seinen Endentscheid. Darin wies er die Obhut definitiv dem Kläger zu und räumte der Beklagten ein modifiziertes Besuchsrecht entsprechend der Vereinbarung der Parteien ein (jedes Wochenende von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr, jeder zweite Feiertag und die Hälfte der Ferien). Weiter ordnete er an, dass der Kläger die elterliche Sorge mit Bezug auf medizinische und schulische Belange der Kinder selbständig ausübe, während alle anderen wichtigen Entscheidungen betreffend die Kinder von den Eltern gemeinsam durch Vereinbarung zu treffen seien. Dagegen erhob die Beklagte wiederum ein Rechtsmittel. Das zweitinstanzliche

- 4 - Verfahren ist derzeit noch rechtshängig (auf den Mittwoch, 4. April 2023, war nach übereinstimmender Darstellung der Parteien eine Verhandlung angesetzt [Prot. S. 20, 28,

31]). Bis zum Entscheid der Rechtsmittelinstanz gilt – nach unbestrittener Darstellung des Klägers – weiterhin die Betreuungsregelung gemäss dem vorsorglichen Massnahmeentscheid vom 29. Januar 2020 (act. 2 S. 4; act. 22/2).

### **E. 1.8**

Nach dem Besuchswochenende vom 4./5. Februar 2023 weigerte sich die Beklagte, die Kinder zurück zum Kläger zu bringen. Der Kläger erhielt am 5. Februar 2023 einen Anruf von D.\_\_\_\_\_, an welchem sich die Beklagte sogleich beteiligte und mitteilte, dass die Kinder nicht in Kroatien sein und dort auch nicht die Schule besuchen sollten (act. 2 S. 4; Prot. S. 28). Die Kinder blieben der Schule ab dem 6. Februar 2023 unentschuldig fern und die Beklagte gewährte weder Sozialarbeitern noch der Polizei Zugang zu ihrer Wohnung (act. 2 S. 4; act. 22/2; Prot. S. 12 ff., 28 f.). Am 13. März 2023 verliess die Beklagte mit den Kindern die Wohnung frühmorgens und fuhr mit einem Mietauto zunächst nach Wien, um dort Abklärungen bei der britischen Botschaft zu treffen. Nachdem die Beklagte von der britischen Botschaft nicht die erhoffte Unterstützung erhalten hatte, fuhr sie mit den Kindern weiter und reiste am 17. März 2023 in die Schweiz ein (KESB-act. 15/4+10; Prot. S. 12 f., 22 f., 32).

### **E. 1.9**

Am 21. März 2023 versuchte die Beklagte mit den Kindern im Bundesasylzentrum Zürich einen Asylantrag zu stellen. Dabei fiel auf, dass die Kinder von Kroatien aus wegen Entführung international zur Fahndung ausgeschrieben waren. Die beigezogene Stadtpolizei trennte die Beklagte daraufhin von den Kindern und brachte die Kinder verdeckt im Kinderhaus E.\_\_\_\_\_ unter. Nach Darstellung der Polizei seien die Kinder bei der Unterbringung wegen der Trennung von ihrer Mutter sehr verzweifelt gewesen und hätten den Willen geäussert, nicht zum Kläger zurückzuzuwollen (vgl. KESB-act. 15/4+10).

### **E. 1.10**

Mit Verfügungen vom 24. März 2023 brachte die Kindes- und Erwachsenen-schutzbehörde der Stadt Zürich (fortan KESB) D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ unter Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern im Sinne einer superprovisorischen Massnahme vorläufig, das heisst bis zu einem definitiven Entscheid der

- 5 - KESB oder einem anderslautenden Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich im Rahmen eines allfälligen Rückführungsverfahrens, im Kinderhaus E.\_\_\_\_\_ unter, von wo sie ohne die Zustimmung der KESB weder weggehen noch weggenommen werden dürften. Der Beklagten wurde für die Dauer des Verfahrens ein Besuchsrecht von täglich zwei Stunden (begleitet in den Räumlichkeiten des Kinderhauses) und dem Kläger ein telefonischer Kontakt in Absprache mit dem Kinderhaus eingeräumt. Sodann wurde gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft errichtet und Frau F.\_\_\_\_\_ als Beiständin ernannt. Es wurde eine Anhörung der Eltern in Aussicht gestellt, für den Fall, dass bis zum 28. März 2023 kein Rückführungsgesuch gestellt würde (act. 7/1 und 7/2 = KESB-act. 17). 2.1. Mit elektronischer Eingabe vom 24. März 2023 (act. 2) gelangte der Kläger, der von der örtlichen Polizei in Kroatien über die jüngsten Vorkommnisse informiert worden war (Prot. S. 13), an das Obergericht des Kantons Zürich und stellte gestützt auf das HKÜ ein Begehren um Rückführung der Zwillinge D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nach Kroatien (Begehren Ziff. 1). Er beantragte weiter, die Kinder seien ihm, dem Kläger, durch die Kantonspolizei zur unverzüglichen Rückführung nach Kroatien zu übergeben; die Beamten seien zu ermächtigen, dafür allenfalls notwendige Zwangsmassnahmen

einzusetzen (Begehren Ziff. 2). Überdies verlangt er, es sei die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich zu beauftragen, die Kinder für die Dauer des Verfahrens unterzubringen und den gleichmässigen persönlichen Kontakt zwischen Kindern und Eltern zu gewährleisten (Begehren Ziff. 3). 2.2. Mit Verfügung vom 27. März 2023 wurden gewisse prozessuale Anordnungen getroffen, den Kindern in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ eine Kindsvertreterin bestellt, und der Beklagten Frist angesetzt, um zum Rückführungsgesuch Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde der Beklagte unter Androhung von Art. 292 StGB verboten, die Kinder D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ vom Kinderhaus E.\_\_\_\_\_ wegzubringen oder wegbringen zu lassen. Es wurde der Einzug der Reisedokumente der Beklagten und der Zwillinge sowie die Ausschreibung der Kinder im automatisierten Polizeifahndungssystem RIPOL und SIS angeordnet. Den Parteien wurde Frist angesetzt, um sich zu den Anordnungen in dieser

- 6 - Verfügung und den Anordnungen der KESB gemäss deren Verfügungen vom 24. März 2023 zu äussern, und sie wurden zur Anhörung und Verhandlung in der Sache mit Vermittlungsgesprächen auf den 31. März und 3. April 2023 vorgeladen (act. 5). 2.3. Auf Ersuchen des Kinderhauses E.\_\_\_\_\_, wonach für die Kinder ein Arztbesuch als notwendig erscheine, wurde der Aufgabenkreis der Beiständin mit Verfügung vom 28. März 2023 auf die Gewährleistung der medizinischen Betreuung der Kinder erweitert (act. 18 f.). Die Kinder besuchten am 29. März 2023 Dr. G.\_\_\_\_\_, Praxis H.\_\_\_\_\_. Der Arzt berichtete bei beiden Kindern über einen gesunden Gesundheitszustand (act. 25, act. 30). 2.4. Mit Eingabe vom 28. März 2023 verzichtete der Kläger auf eine Stellungnahme zu den in der Verfügung vom 27. März 2023 und in den Verfügungen der KESB vom 24. März 2023 angeordneten Massnahmen und reichte weitere Beilagen ein (act. 21 und act. 22/1+2). 2.5. Mit Eingabe vom 29. März 2023 beantragte die Kindsvertreterin, D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ seien im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bei ihrer Mutter im Bundesasylzentrum in der Stadt Zürich unterzubringen (act. 24). 2.6. Mit E-Mail vom 30. März 2023 (act. 26) reichte der Kläger weitere Beilagen (act. 27/1+2) ein. 2.7. Mit Eingabe vom 30. März 2023 (zum Download zur Verfügung gestellt am 30. März 2023; aufgrund der kurzen Frist und der Dringlichkeit des Verfahrens ausnahmsweise zugelassen [vgl. Prot. S. 46]) nahm die Beklagte zum Rückführungsgesuch des Klägers Stellung (act. 28 mit Beilagen act. 29/1-11). Sie beantragte, die Anträge des Klägers seien abzuweisen und die elterliche Sorge und die Obhut seien vorsorglich ihr, der Beklagten, zuzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht stellte sie Anträge auf Kindesanhörung und auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. 2.8. Am 31. März 2023 wurde die Verhandlung über das Rückführungsbegehren mit Anhörung der Parteien und Vermittlungsgesprächen durchgeführt. Die Partei-

- 7 - en und die Kindsvertreterin nahmen Stellung zu den bisherigen Vorbringen und Anträgen, und die Parteien hielten im Wesentlichen an ihren Anträgen fest (Prot. S. 5 ff.). Im Anschluss an die Stellungnahmen ordnete die Kammer eine Kindesanhörung an und wies den Antrag der Kindsvertreterin auf vorsorgliche Umplatzierung von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zur Mutter in das Bundesasylzentrum ab (Prot. S. 56). Die anschliessend geführten Vermittlungsgespräche blieben ergebnislos (Prot. S. 58). 2.9. Am 3. April 2023 hörte eine Gerichtsdelegation zunächst die verfahrensbeteiligten Kinder an (Prot. S. 59 ff.). Später fand die Fortsetzung der Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Kindsvertreterin und die Parteien weitere Unterlagen einreichten (Kindsvertreterin: act. 33; Kläger: act. 36/1+2; Beklagte: act. 37, 38/1-11, 40) und zum Protokoll der Kindesanhörung Stellung

nahmen (Prot. S. 64). 2.10. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien sowie die von ihnen gestellten Beweisanträge ist, soweit erforderlich, nachfolgend einzugehen. II. Rechtliche Vorbemerkungen und Prozessuales

## **E. 2**

Gemäss Art. 4 HKÜ wird das Übereinkommen nicht mehr angewendet, so- bald das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat. D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sind am

- 8 - tt.mm 2013 geboren worden. Das HKÜ findet daher auch unter diesem persönli- chen Aspekt Anwendung.

### **E. 2.1**

Immerhin kann aber die Erstattung der Kosten für die Rückführung des Kin- des verlangt werden (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Wird die Rückführung angeordnet, so kann zudem der Person, welche das Kind zurückgehalten hat, die Erstattung der dem Antragssteller selber oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegt werden. Dazu gehören insbesondere die Reisekosten, die Kos- ten der Rechtsvertretung des Antragsstellers und die Kosten für die Rückgabe des Kindes (Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

### **E. 2.2**

Über die Entschädigung der Rechtsvertretung des Klägers ist mit separatem Beschluss zu befinden. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Gerichtskasse die diesbezüglichen Aufwände zu ersetzen.

### **E. 2.3**

Der Beklagten sind zudem die beim Gericht angefallenen Kosten der Rück- führung von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ von Fr. 2'149.– (act. 47) aufzuerlegen. Ebenso hat die Beklagte dem Kläger die ihm durch seinen Aufenthalt in der Schweiz ent- standenen Kosten (Reise, Übernachtung, Mahlzeiten etc.) von insgesamt Fr. 1'787.– (act. 36/1 f. sowie act. 45 f.) zu ersetzen. 3. Die Beklagte stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie unent- geltliche Rechtsverteidigung. Betreffend ihre Mittellosigkeit ergeben sich vor- liegend gewisse Unklarheiten, zumal sie einerseits in der Verhandlung geltend machte, sich derzeit in einem unbezahlten Urlaub zu befinden (Prot. S. 25), ande- rerseits aus den am Schluss der Verhandlung vom 3. April 2023 eingereichten

- 20 - Unterlagen hervorgeht, dass sie im März 2023 ein Monatsalär von GBP 2'471.77, umgerechnet zum Tageskurs von heute Fr. 2'816.50, erzielt hat (act. 38/1). Zudem macht die anwaltlich vertretene Beklagte lediglich Aufwendungen von Fr. 386.– für monatliche Reisekosten, von Fr. 378.– für den geschuldeten Un- terhaltsbeitrag sowie von umgerechnet Fr. 281.– für ein Leasingfahrzeug in Eng- land geltend (act. 38/9-11). Da der Beklagten offensichtlich Lebenshaltungskosten – sei es in England oder Kroatien – anfallen, ist bei wohlwollender Betrachtung gleichwohl noch knapp von Mittellosigkeit auszugehen. Das Gesuch war zumin- dest im massgeblichen Zeitpunkt der Einreichung sodann nicht aussichtslos. Der Beklagten ist damit die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Per- son von Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu be- stellen. Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ wird nach Einreichung einer Zusammenstellung über seine Bemühungen und Aufwendungen mit separatem Beschluss zu ent- schädigen sein. Die Bewilligung des Gesuchs enthebt die Beklagte indes nicht von der Leis- tung einer Entschädigung an den obsiegenden Kläger für dessen Aufwände im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren (Reisekosten, Unterkunft und Verpflegung, Kosten der

Rechtsverbeiständung) sowie von der Übernahme der Kosten für die Rückführung, bezieht sich doch die Unentgeltlichkeit des Verfahrens nicht auf die Kosten der Vollstreckung. 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 lit. a HKÜ).

#### **E. 3.2**

Nach der vorläufigen Anordnung des mit der Sache befassten Gerichts in Zlatar, Kroatien, vom 29. Januar 2020 standen D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ unter der Obhut des Vaters und betreute die Mutter die Kinder jedes zweite Wochenende sowie an drei Wochentagen jede zweite Woche. Die elterliche Sorge übten bisher beide Eltern gemeinsam aus (Prot. S. 10 ff., 17 f.; zur noch nicht rechtskräftigen Einschränkung der elterlichen Sorge der Mutter vgl. insbesondere act. 2 S. 4; act. 22/2; Prot. S. 18 ff., 28). Die Beklagte verbrachte D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ unbestrittenermassen ohne Wissen des Klägers in die Schweiz (Prot. S. 12 ff.). Die

- 10 - Voraussetzung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ ist ohne Weiteres als erfüllt zu betrachten.

### **E. 4**

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

#### **E. 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).

#### **E. 4.2**

Solches machte die Beklagte zu Recht nicht geltend. Nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien lebten die Kinder zur Zeit des Verbringens unter der Woche beim Kläger und an Wochenenden sowie während der Hälfte der Feiertage- und Ferien bei der Beklagten (Prot. S. 11, 17, 27). Der Kläger gab durch seine Intervention bei den kroatischen Behörden und der kroatischen Polizei zudem klar zu erkennen, dass er mit dem Verbringen der Kinder nicht einverstanden sei (vgl. Prot. S. 12 ff.).

### **E. 5**

Allgemeines zu den Verweigerungsgründen von Art. 13 HKÜ

#### **E. 5.1**

Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme vom 30. März 2023 vorweg in allgemeiner Weise geltend, der geschlechtsspezifische Schutzzweck des Abkommens dürfe bei der Auslegung und Anwendung der Verweigerungsgründe nach Art. 13 HKÜ nicht ausgeblendet werden. Die Verfasser des HKÜ seien von der Grundkonstellation

ausgegangen, dass der nicht sorgeberechtigte Vater ein Kind entführe, um einen günstigen Besuchs- oder Sorgerechtsentscheid im Zu- fluchtsstaat zu erwirken. Sinn und Zweck des HKÜ sei daher primär der Schutz der Kinder und der hauptbetreuenden Mutter. Entgegen der Annahme des Ge- setzgebers, das HKÜ werde primär in Entführungen durch den Vater zur Anwen- dung kommen, handle es sich beim entführenden Elternteil in der Praxis in ca. 70% der Fällen um die hauptbetreuende Mutter, welche in binationalen Partner- schaften oft in den Heimatstaat des Mannes umgezogen sei und dort nach Auftre-

- 11 - ten von Problemen die Rückreise in den Heimatstaat als sinnvoller oder gar als einzigen Weg gesehen habe (act. 28 S. 4).

## **E. 5.2**

Es besteht in der Rechtsprechung ein allgemeiner Konsens, wonach die Ausschlussgründe eng auszulegen sind (vgl. BGer 5A\_576/2018 E. 5.1 und BGer5A\_293/2016 E. 5.3 je m.w.H.). Es kann sein, dass die Staaten bei Ab- schluss des HKÜ am 25. Oktober 1980 (aufgrund der damals vorherrschenden Lebensrealitäten) hauptsächlich den Schutz der hauptbetreuenden Mütter vor Au- gen hatten. Der Wortlaut des HKÜ differenziert bei der Umschreibung der Verwei- gerungsgründe allerdings nicht nach Geschlecht. Es kann deshalb grundsätzlich nicht angehen, eine Kindesentführung privilegiert zu behandeln und die Verweige- rungsgründe weniger restriktiv zu handhaben, wenn sie durch eine hauptbetreu- ende Mutter erfolgt ist. Eine gewisse geschlechterspezifische Unterscheidung rechtfertigt sich höchstens bei Kleinkindern: So wird die Trennung von der Mutter nach der Praxis der Kammer bei Kindern bis etwa zwei Jahre in der Regel als un- zumutbar angenommen (OGer ZH NH210001 vom 11. Mai 2021 E. 6.3.1). Die neunjährigen Zwillinge D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sind längst keine Kleinkinder mehr. Im Übrigen ist aktuell und war auch während längeren Phasen in der Vergangen- heit der Kläger der hauptbetreuende Elternteil von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Prot. S. 9, 16 f., 26 ff.). Der Argumentation der Beklagten ist deshalb nicht zu folgen.

## **E. 6**

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

### **E. 6.1**

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 schwerwie- genden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind ver- bunden 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. Die Unzumutbarkeit der Rückkehr im Sin-

- 12 - ne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ i.V.m. Art. 5 lit. b BG-KKE bezieht sich mithin 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 unzumut- bare Lage bringt (vgl. BGer

5A\_637/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 5.1.). Von einer Rückführung ist dann abzusehen, wenn das Kind ernsthaft Gefahr läuft, in seiner geistig-psychischen, körperlichen, moralischen und sozialen Entwicklung negativ beeinflusst zu werden, das heisst wenn ihm die Gefahr eines seelischen Schadens droht (BGer 5A\_285/2007 vom 16. August 2007 E. 4.1 m.w.H.).

### **E. 6.2**

Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme vom 30. März 2023 geltend, es drohe den Kindern bei einer Rückführung nach Kroatien ein seelischer Schaden. Sie und die Kinder seien Opfer von psychischer Gewalt und Zwangskontrolle durch den Kläger. Bereits mit der Entführung der Kinder im Jahr 2016 habe der Kläger seine eigenen Interessen über diejenigen der Beklagten und seiner Söhne gesetzt. Als ehemaliger Geheimdienstler habe er gewusst, wie er die kroatischen Behörden zu seinen Zwecken instrumentalisieren könne, und die Beklagte sowie die Kinder bei sich in Kroatien gefangen gehalten (act. 28 Rz.16). In der Verhandlung sagte sie dazu aus, die Familie sei im Jahr 2016 nach Grossbritannien gezogen und sie habe einer Änderung dieses Wohnsitzes nie zugestimmt (Prot. S. 24).

### **E. 6.3**

Nachdem sich die Familie Anfang 2016 gemeinsam nach England begeben hatte, reiste der Kläger mit den Zwillingen im Juni 2016 für einen dreiwöchigen Urlaub nach Kroatien. Es ist unbestritten, dass der Kläger mit den Kindern in Kroatien blieb und sie entgegen dem Willen der Beklagten nicht mehr nach England zurückbrachte. Das von der Beklagten daraufhin eingereichte Rückführungsbegehren nach HKÜ wurde erstinstanzlich vom Gericht in Zlatar, Kroatien, zunächst gutgeheissen. Nach einer auf Berufung des Klägers hin erfolgten Rückweisung durch das Appellationsgericht Zagreb wies das Gericht in Zlatar das Rückführungsbegehren jedoch ab mit der Begründung, die Kinder hätten aufgrund der nur vorübergehenden Beschäftigung der Mutter und aufgrund des nur vorübergehenden Vaterschaftsurlaubs des Klägers noch keinen gewöhnlichen

- 13 - Aufenthalt in England begründet (vgl. zum Ganzen: Prot. S. 52; act. 4/1; act. 29/4). Es trifft demnach zu, dass die kroatischen Gerichte im ersten Rückführungsverfahren den Anträgen des Klägers folgten. Es bestehen jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass das damalige Rückführungsverfahren nicht fair und nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ablief, zumal die Beklagte das Urteil anschliessend erfolglos bis an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg weiterzog (vgl. act. 4/1). Was sodann den Vorwurf der Zwangskontrolle betrifft, so bleibt dieser sehr im Allgemeinen stehen. Dass etwa der Kläger, nachdem die Kinder vom Besuchswochenende vom 4./5. Februar 2023 nicht zurückgekehrt waren und die Beklagte ausdrücklich nicht bereit war, die Kinder wieder in die Schule zu schicken, die Polizei benachrichtigte und selbst Erkundigungen über deren Verbleib einzuziehen begann, kann ihm keineswegs angelastet werden. Im Lichte dieser Vorwürfe ist bei weitem kein Grund ersichtlich, weshalb eine Unterbringung der Kinder beim Vater in Kroatien nicht dem Wohl der Kinder entspräche.

7.4. Die Beklagte bringt sodann vor, C.\_\_\_\_\_ habe besondere Ansprüche an die Ernährung, welche in Kroatien weder von der Schule noch vom Kläger berücksichtigt würde. Würde C.\_\_\_\_\_ nach Kroatien in die Obhut des Klägers zurückgeführt, so würde dieser vermutlich nach kurzer Zeit wieder mangelernährt und damit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen Schadens ausgesetzt sein (act. 28 Rz.15). Dieser Vorwurf findet in den Akten keine Stütze, auch nicht im aufwändig geführten Scheidungsverfahren der

Parteien in Kroatien, wären doch entsprechende Dokumente nach allgemeiner Lebenserfahrung von der Beklagten umgehend im vorliegenden Verfahren eingereicht oder zumindest zum Beweis offeriert worden. Der Kläger hat sodann im vorliegenden Verfahren glaubhaft ausgeführt, dass er den besonderen Ernährungsbedürfnissen von C.\_\_\_\_\_ Rechnung trägt (Prot. S. 15 f.). Im Weiteren bringt die Beklagte vor, C.\_\_\_\_\_ sei auf dem Autismus-Spektrum (act. 28 Rz. 15). Die Frage, ob C.\_\_\_\_\_ an einer Autismus-Spektrum-Störung, insbesondere an einem Asperger-Syndrom leide, war bereits Gegenstand im Scheidungsverfahren zwischen den Parteien in Kroatien. Die vom

- 14 - Scheidungsgericht zugezogenen Expertinnen haben bei C.\_\_\_\_\_ kein Asperger-Syndrom festgestellt (act. 27/2 S. 3 f.). In der ergänzenden Befragung der Gutachterin erklärt diese, die Experten hätten festgestellt, dass die Kinder vor allem wegen des elterlichen Streits in Not seien (act. 27/2 S. 6). Damit bleibt es dabei, dass ein Asperger-Syndrom resp. eine Autismus-Spektrum-Störung nicht feststeht. Anzumerken bleibt, dass dahingehende Auffälligkeiten jedenfalls auch bei der Befragung von C.\_\_\_\_\_ in keiner Art zu beobachten gewesen wären. 7.5. Die Beklagte stellt sich weiter auf den Standpunkt, die Kinder wären bei einer Rückkehr nach Kroatien auch körperlicher Gewalt ausgesetzt. D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ seien in der Schule von Lehrpersonen geschlagen und misshandelt worden, wogegen sie sich bei der Schulbehörde gewehrt habe, allerdings ohne Erfolg. Sie habe daraufhin Einsicht in den Bericht der Schulinspektion verlangt, was man ihr verwehrt habe (Prot. S. 34 f., 45). Auch die Kindesvertreterin führte an der Hauptverhandlung aus, die Kinder hätten ihr erzählt, dass sie in der Schule misshandelt würden, so sei ihnen z.B. schon die schwere Schultasche an den Kopf geworfen worden (Prot. S. 21, 49). Es stehen somit schwerwiegende Vorwürfe gegen die Lehrpersonen und die Schule in Kroatien im Raum. Handfeste Beweise für diese Vorwürfe liegen jedoch nicht vor. Eine E-Mail des kroatischen Schulinspektors, in der die Beklagte ein Indiz für Gewaltvorfälle zu erkennen glaubt, wurde von ihr nicht eingereicht, sondern bloss offeriert (Prot. S. 70). Dem von der Beklagten beschriebenen Inhalt der E-Mail (vgl. Prot. S. 70: "er werde das prüfen und Handlungsempfehlungen an die Lehrerinnen abgeben") lässt sich jedenfalls noch nichts entnehmen, was die Gewaltvorwürfe stützen könnte. Der Kläger auf der anderen Seite sagte aus, ihm gegenüber hätten die Kinder nie erwähnt, dass die Lehrerinnen sie geschlagen oder misshandelt hätten (vgl. Prot. S. 21). An der Kindesanhörung vom 3. April 2023 äusserte D.\_\_\_\_\_ zwar auch gegenüber der Gerichtsdelegation, dass man sie in der Schule schlagen würde. Weder D.\_\_\_\_\_ noch C.\_\_\_\_\_ machten jedoch von sich aus vertiefte Ausführungen zu diesem Thema. Auf die Schule und den Schulalltag angesprochen brachten beide vielmehr zum Ausdruck, dass ihnen das frühe Aufstehen, der teilweise sehr anspruchsvolle Schulstoff und die langen

- 15 - Schultage etwas missfällt (Prot. S. 60 = act. 35 S. 2). Zudem hätten sie auch gewisse sprachliche Schwierigkeiten (Prot. S. 49). Ein unhaltbarer Zustand in der aktuellen Schule ist damit nicht dargetan. Ausserdem ist davon auszugehen, dass auch in Kroatien Möglichkeiten und Rechtsbehelfe bestehen, um gegen unangemessenes Verhalten oder Übergriffe von Lehrpersonen vorzugehen oder im schlimmsten Fall die Schule zu wechseln. Vor diesem Hintergrund ist nicht glaubhaft, dass den Kindern bei einer Rückkehr nach Kroatien Gewalt droht. 7.6. Schliesslich wirft die Beklagte den Gerichten und Behörden in Kroatien Korruption vor. Das Gericht in Zlatar, welches erstinstanzlich über den Sorgerechtsstreit der Parteien entschieden habe, sei seit 2016 in die illegale Adoption von 23 Kindern aus der Republik Kongo verwickelt gewesen. Die

Entscheidungen, die dieses Gericht fälle, seien widerrechtlich. Man dürfe die Gesundheit von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht in die Hände eines solchen Gerichtes geben (Prot. S. 35 ff.). Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Beklagte das Vertrauen in die kroatische Justiz im Allgemeinen und in das Gericht in Zlatar im Besonderen verloren hat. Es bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte, dass in Kroatien ein rechtsstaatliches Verfahren nicht gewährleistet wäre oder der Beklagten aufgrund ihrer politischen Tätigkeit konkrete Gefahren oder Repressionen drohen würden. Die der Kammer von den Parteien zur Verfügung gestellten gerichtlichen Ent- scheidungen und Protokolle aus dem Sorgerechtsstreit in Kroatien (act. 4/4; act. 27/2) machen einen seriösen, sorgfältigen – und zumindest nach aussen – ausgewo- genen Eindruck. Vor diesem Hintergrund ist es der Beklagten zuzumuten, nach Kroatien zurückzukehren und ihre Einwände gegen den erstinstanzlichen Sorge- rechtsentscheid im von ihr dort anhängig gemachten Rechtsmittelverfahren vor- zubringen (vgl. Prot. S. 18, 20, 31). 7.7. Zusammenfassend sind damit Hinderungsgründe gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nicht gegeben.

## **E. 8**

Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ

### **E. 8.1**

Nach Art. 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-  
- 16 - reicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berück- sichtigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Rei- fe im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willens- bildung 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 wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungs- entscheidens verstehen kann. Dies heisst, dass es insbesondere erkennen 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 Bundesge- richt geht davon aus, dass diese Voraussetzungen in der Regel ab einem Alter von ungefähr elf bis zwölf Jahren gegeben sind. In jedem Fall Voraussetzung ist, dass der geäusserte Kindeswille autonom gebildet worden ist. Auch wenn eine jede Willensbildung nicht losgelöst von äusserer Beeinflussung stattfindet, darf er nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen. Das Widersetzen des Kindes im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ muss mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden (BGer 5A\_635/2022 vom 20. September 2022, E. 3.1.; BGer 5A\_475/2018 vom 9. Juli 2018, E. 4.2.; BGE 134 III 88 E. 4).

### **E. 8.2**

Im vorliegenden Fall sind die soeben aufgezeigten Voraussetzungen, unter denen der Kindeswille einer Rückführung entgegen stehen würde, in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt: D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sind zum heutigen Zeitpunkt erst neun Jahre alt, wo- mit sie noch relativ weit von der vom Bundesgericht vorgegebenen Altersgrenze entfernt sind. Eine persönliche Anhörung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE hät- te folglich auch unterbleiben können (OGer ZH, NH190002 vom 14. August 2019, E. 3.4.1.2), wurde indes gleichwohl durchgeführt, nachdem sowohl die Beklagte als auch die Kindesvertreterin auf die ausserordentliche Klarheit des von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ geäusserten Willens

hingewiesen hatten. Die Anhörung hat unzweifelhaft ergeben, dass der Wille von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht autonom im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebil-

- 17 - det wurde, sondern dass von einer Beeinflussung durch die Beklagte auszugehen ist, wurden doch von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wiederholt Aussagen gemacht, die deutlich als Argumente ihrer Mutter zu erkennen sind. Nur ganz beispielhaft zu erwähnen sind die Äusserungen zum (gerichtlichen) Streitverhalten des Klägers (wonach dieser sehr korrekt wirke, aber während Gerichtsverfahren häufig lüge, weshalb man ihn nach Beweisen fragen müsse, wenn er etwas sage) und die Äusserungen über die kroatischen Behörden (wonach das Scheidungsgericht in Kroatien korrupt sei, in den letzten vier Jahren in fünf grosse Skandale verwickelt gewesen sei und als "Business" habe, Kinder in der Republik Kongo ihren Eltern wegzunehmen und sie dann in Kroatien neuen, schlechten Eltern zu geben) (act. 35 S. 4 und passim). Wohlbemerkt liegt in solchen Aussagen in keiner Art und Weise ein Fehlverhalten der Kinder, sondern sie sind deutlicher Ausdruck der Beeinflussung durch die Beklagte und einer gewissen Allianzbildung mit den Argumenten der Mutter. Dies ist im Loyalitätskonflikt, in welchem sich D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, die beide Eltern sehr gern haben, befinden, eine nicht unübliche Lösungsmöglichkeit, aus der Not zu finden. Schliesslich müsste der Widerstand des Kindes, welches das nötige Alter und Reife zur Willensbildung besässe und sich den Willen autonom gebildet hätte, auf nachvollziehbaren Gründen beruhen. Als Hauptgrund, weshalb D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht zurück nach Kroatien wollen, haben sie einerseits den kroatische Staat in seiner Korruption und andererseits die dortige Schule genannt, wobei die Schule überdies sehr unspektakulär und emotionslos geschildert wird (act. 35 S. 2). Es gebricht damit vorliegend auch an den erforderlichen nachvollziehbaren Gründen für das Widersetzen der Kinder im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ.

## **E. 9**

Fazit Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Rückführung von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nach Kroatien gegeben sind und der Rückführung kein Verweigerungsgrund entgegensteht. Das Rückführungsbegehren ist daher gutzuheissen.

- 18 -

## **E. 10**

Vollstreckung

### **E. 10.1**

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 533 f.). Die Einzelheiten der Vollstreckung sind auf eine Weise zu regeln, die kein neues Gerichtsverfahren betreffend die Vollstreckung verlangt (vgl. BBl 2007 2595 S. 2627).

### **E. 10.2**

Es erscheint zum Schutz von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ vor einer Verstärkung ihres Loyalitätskonflikts sowie zur Verhinderung von weiteren Rechtsstreitigkeiten im Vollstreckungsverfahren geboten, dass der vorliegende Entscheid möglichst rasch nach dessen Eröffnung umgesetzt wird. Der Kläger beantragt, die Kinder seien ihm durch die Kantonspolizei zur unverzüglichen Rückführung nach Kroatien zu übergeben; die

Beamten seien zu ermächtigen, dafür allenfalls notwendige Zwangsmassnahmen einzusetzen. Der Kläger ist anwesend und kann D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, welche ebenfalls vor Ort sind, auch mitnehmen. Die erforderlichen Vorkehren im Hinblick auf die Flugreise von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ mit ihrem Vater ab Zürich nach Zagreb wurden von der Kammer vorgenommen. Die Rückführung ist daher direkt zu vollziehen.

### **E. 10.3**

Falls die Ausreise von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ bis und mit Mittwoch, 5. April 2023 nicht erfolgt sein sollte, wird das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung die Vollstreckung nach Art. 12 BG-KKE zu besorgen haben.

### **E. 10.4**

Die mit Verfügungen der KESB vom 24. März 2023 erfolgte Einsetzung von Frau F.\_\_\_\_\_, Sozialzentrum I.\_\_\_\_\_, als Beiständin für D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (act. 15/17 und act. 16/17) ist mit erfolgter Ausreise von D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ aufzuheben. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 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

- 19 - auch auf das Gerichtsverfahren anwendbar, was sich im Übrigen auch schon aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 HKÜ ergibt. Kroatien hat keinen Vorbehalt (i.S.v. Art. 26 Abs. 3 HKÜ) angebracht, der es der Schweiz im Sinne des Gegenseitigkeitsprinzips erlaubte, die Gerichtskosten dem unterliegenden Elternteil aufzuerlegen (vgl.

[www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.status&cid=24](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=24), letztmals besucht am 31.

März 2023; vgl. zur Kostenlosigkeit auch BGer 5A\_25/2010 vom 2. Februar 2010 E.

3.4–3.6). Die Gerichtskosten inkl. Dolmetscherkosten und die Kosten der Kindesvertreterin sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kindesvertreterin wird nach Vorlage einer Aufwandübersicht mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

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