

# ZH\_OBERGERICHT NH230007 vom 1. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NH230007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NH230007)

FR: ZH\_OBERGERICHT NH230007 du 1 novembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT NH230007 del 1 novembre 2023

## Erwägungen

### E. 1.1

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 dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 HKÜ ergibt. Frankreich hat einen Vorbehalt i.S.v. Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht (vgl. [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > de > instruments > conventions > 28 ; letztmals besucht am 1. November 2023). Die Schweiz wendet daher das Gegenseitigkeitsprinzip an und garantiert die Kostenlosigkeit (gleich wie Frankreich) nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem innerstaatlichen Recht (vgl. BGer 5A\_822/2013 vom 28. November 2013 E. 4.1).

### E. 1.2

Die Gerichtskosten, zu welchen auch die Übersetzungskosten sowie die Kosten des Kindsvertreters gehören, sind ausgangsgemäss der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ferner hat die Beklagte die Kosten der Rückführung von C.\_\_\_\_\_ (auch allfällige beim AJB anfallenden) und die Kosten der Rechtsvertreterin des Klägers antragsgemäss zu entschädigen (Art. 26 Abs. 4 HKÜ und Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO).

### E. 2

Gemäss Art. 4 HKÜ wird das Übereinkommen nicht mehr angewendet, sobald das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat. C.\_\_\_\_\_ ist am tt.mm.2013 geboren worden. Das HKÜ findet daher auch unter diesem persönlichen Aspekt Anwendung.

### E. 2.1

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 Entscheidgebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

### E. 2.2

Über die Entschädigung des Kindsvertreters wird in einem separaten Beschluss entschieden. Rechtsanwalt MLaw Z1.\_\_\_\_\_ ist zu ersuchen, der Kammer seine Kostennote einzureichen.

### E. 2.3

Die Parteientschädigung für den Kläger ist nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV festzusetzen. 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). Dies führt zu einer Grund- gebühr von rund Fr. 8'500.–, die gemäss § 9 AnwGebV auf Fr. 4'400.– herabzu-

- 19 - setzen ist. Für die Verhandlungen vom 30. Oktober und 1. November 2023 sind sodann Zuschläge von insgesamt 50% geschuldet, was zu einer Entschädigung von insgesamt Fr. 6'600.– führt. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist dabei nicht zuzu- sprechen, weil der Wohnsitz des Klägers als Empfänger der juristischen Dienst- leistung im Ausland liegt (vgl. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 MWSTG).

#### **E. 2.4**

Zu ersetzen sind dem Kläger im Weiteren die in einem separaten Beschluss festzusetzenden notwendigen Kosten für die Durchführung des Rückführungsver- fahrens (Reise- und Unterbringungskosten). 3. Aufgrund der Kosten- und Entschädigungsregelung ist das Gesuch des Klä- gers um Bewilligung der unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung abzuschreiben. Es wird beschlossen:

#### **E. 2.5**

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2023 nahm die Beklagte zum Rückführungsge- such Stellung. Sie beantragte, das Rechtsbegehren des Klägers sei unter Kosten-

- 4 - und Entschädigungsfolgen abzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht stellte sie Anträge auf Kindesanhörung und eine Zeugenbefragung (act. 24 S. 2).

#### **E. 2.6**

Da der eingezogene französische Reisepass von C.\_\_\_\_\_ nur bis am 21. Oktober 2023 gültig war, wurden mit Verfügung vom 6. Oktober 2023 die not- wendigen Massnahmen erlassen, damit der Kläger den bei der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_ bereits bereitliegenden neuen Reisepass von C.\_\_\_\_\_ in Empfang nehmen konnte. Gleichzeitig wurde der Kläger unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall verpflichtet, den neuen Reisepass von C.\_\_\_\_\_ an die Verhandlung mitzubringen (act. 29; vgl. auch act. 22 f., 28 und 31). Der neue Reisepass von C.\_\_\_\_\_ wurde an der Verhandlung vom 30. Oktober 2023 dem Obergericht übergeben.

#### **E. 2.7**

Am 13. Oktober 2023 ging die Stellungnahme des Kindesvertreters ein. Der Kindesvertreter beantragte die Abweisung des Rückführungsbegehrens; eventua- liter sei der Beklagten zu ermöglichen, C.\_\_\_\_\_ auf der Rückreise nach Frank- reich zu begleiten und es sei ihr eine angemessene Frist einzuräumen (act. 32 S. 2). Sodann stellte auch der Kindesvertreter einen Antrag auf Kindesanhörung (act. 32 S. 3).

#### **E. 2.8**

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2023 ergänzte der Kläger sein Gesuch um un- entgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (act. 33).

#### **E. 2.9**

In der Folge stellte die Kammer den Parteien die Eingaben der jeweiligen Gegenpartei zu und ordnete eine Kindesanhörung an (vgl. act. 36, 38 f. und 40).

#### **E. 2.10**

Am 26. Oktober 2023 hörte eine Gerichtsdelegation C.\_\_\_\_\_ an (Prot. S. 10 ff.).

### **E. 2.11**

Am 30. Oktober 2023 fand die Verhandlung über das Rückführungsbegehren in Anwesenheit beider Parteien am Obergericht des Kantons Zürich statt. Die Parteien wurden ausführlich angehört (Prot. S. 16 ff.) und die Rechtsvertreter der Parteien sowie der Kindsvertreter erstatteten ihre Stellungnahmen (Prot. S. 16-65; act. 45, 47 und 49). In den anschliessenden Vergleichsgesprächen kam keine Ei-

- 5 - nigung zustande (vgl. Prot. S. 67). Am 1. November 2023 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt (Prot. S. 68 ff.).

### **E. 2.12**

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 1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Sowohl Frankreich 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 befand sich C.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten an der G.\_\_\_\_\_ -strasse ... in ... Zürich. Das Obergericht des Kantons Zürich ist folglich zuständig.

## **E. 3**

Verletzung des Sorgerechts

### **E. 3.1**

Voraussetzung für die Rückführung eines Kindes in sein früheres Aufenthaltsland ist, dass es widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbracht oder dort zurückgehalten wird. Das Verbringen oder Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 lit. a HKÜ).

### **E. 3.2**

Nach französischem Recht üben die Eltern die elterliche Sorge von Gesetzes wegen gemeinsam aus (Art. 372 Abs. 1 des französischen code civil). Die Trennung der Eltern hat keine Auswirkungen auf die Regeln für die Übertragung der elterlichen Sorge (vgl. Art. 372-2 code civil). Will ein sorgeberechtigter Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so ist die Zustimmung des anderen sorgeberechtigten Elternteils oder eine Genehmigung des zuständigen Gerichts erforderlich (vgl. Art. 372-2 Abs. 4 code civil). Die Parteien machen nicht geltend, dass einem Elternteil die elterliche Sorge zwischenzeitlich entzogen worden wäre oder dass eine andere Ausnahme vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge vorliegen würde. Nach Darstellung des Klägers hätten die Parteien vereinbart, dass C.\_\_\_\_\_ zu Ferienzwecken zur Beklagten in die Schweiz reisen und am 14. August 2023 nach Frankreich zurückkehren soll; die Beklagte halte

- 8 - C.\_\_\_\_\_ spätestens seit dem 20. August 2023 widerrechtlich zurück (act. 2 Rz. 3 f. und 14-17; vgl. auch act. 4/5). Die Beklagte bestreitet die Sachdarstellung des Klägers nicht,

macht indessen geltend, im wohlverstandenen Interesse von C.\_\_\_\_\_ zu handeln bzw. gehandelt zu haben. C.\_\_\_\_\_ wünsche, in der Schweiz zu bleiben (act. 24 Rz. 8 ff.; Prot. S. 33). Die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ ist vor diesem Hintergrund als erfüllt zu betrachten (der Einwand der Beklagten ist im Rahmen der Verweigerungsgründe zu prüfen).

### **E. 3.3**

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 Sorge-rechtsinhaber 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).

### **E. 3.4**

C.\_\_\_\_\_ wohnte seit der Trennung seiner Eltern im Jahr 2020 beim Kläger und wurde hauptsächlich von ihm betreut. Auch die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ ist somit gegeben.

### **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 Klä- ger das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Ver- bringen zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ).

#### **E. 4.2**

Wie dargelegt ist davon auszugehen, dass der Kläger das Sorgerecht tat- sächlich ausgeübt und dem Verbringen nicht zugestimmt hat (vgl. E. III.3.2 und 3.4.). Nachdem die Beklagte ihm mitteilte, dass sie C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz behal- ten wolle, gab der Kläger ihr klar zu verstehen, dass er damit nicht einverstanden sei (vgl. act. 4/10). Zudem reichte er bereits am Folgetag bei der Gendarmerie in E.\_\_\_\_\_ eine Strafanzeige gegen die Beklagte ein (act. 4/11). Es steht folglich fest, dass der Kläger das Verbringen auch nachträglich nicht genehmigt hat.

- 9 -

### **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 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 Begriff der schwerwiegenden Gefahr ist restriktiv auszulegen; sie ist bei- spielsweise gegeben bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet oder wenn zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird, ohne dass die Behörden rechtzeitig einschreiten würden. Keine schwerwiegende Gefahr seelischer Schädigung begründen beispielsweise

allfällige Reintegrationsschwierigkeiten oder im Grundsatz die Trennung zwischen der Hauptbezugsperson und dem Kind. Zu beachten ist schliesslich wie vorne erwähnt, dass es im Rückführungsverfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen geht, wie sie für die Zuteilung des Sorgerechts massgebend sind, namentlich bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung des Kindes besser geeignet wäre (BGer 5A\_635/2022 vom 20. September 2022 E. 4.1 m.H.). 5.2.1 Die Beklagte macht geltend, die Rückführung von C.\_\_\_\_\_ sei unzumutbar. Die Zustände beim Kläger seien desaströs, seine Erziehungsfähigkeit sei ungenügend und bei einer Rückkehr bestehe die Gefahr eines seelischen Schadens für C.\_\_\_\_\_ (act. 47 Rz. 30; s.a. act. 24 Rz. 28). Sie führt aus, im April 2020 vom Beklagten vor den Augen des Sohnes blutig geschlagen worden zu sein und sich gezwungen gesehen zu haben, F.\_\_\_\_\_ im Juli 2020 zu verlassen (act. 24 Rz. 6 ff.). Als sie das letzte Mal in F.\_\_\_\_\_ gewesen sei, um ihren Sohn in den Ferien zu besuchen, sei sie schockiert gewesen über die "zwischenzeitliche Verwahrlosung der Unterbringung beim Kläger, die zunehmende Untergewichtigkeit von C.\_\_\_\_\_, sowie generell über die bedenkliche Ausübung der Obhutsbetreuung durch den Kläger" (act. 24 Rz. 8). Der Kläger habe C.\_\_\_\_\_ "mindestens 3 Male innerhalb eines Jahres geschlagen", so im Mai 2022 vor den Augen der anwesenden Grossmutter und am 4. Juni 2022 in ihrer (der Beklagten) Anwesenheit (act. 24 Rz. 14). Der Kläger habe psychische Probleme (act. 24 Rz. 15), rauche in

- 10 - Anwesenheit von C.\_\_\_\_\_ praktisch jeden Tag Wasserpfeife, was bei C.\_\_\_\_\_ zu asthmatischen Anfällen führe (act. 24 Rz. 16), lasse C.\_\_\_\_\_ regelmässig ohne Aufsicht stundenlang allein in der Wohnung zurück (act. 24 Rz. 17) und habe eine Unordnung (act. 24 Rz. 19). Im Juli 2023 sei C.\_\_\_\_\_ mit Kopfläusen aus F.\_\_\_\_\_ gekommen; der Kläger lasse C.\_\_\_\_\_ maximal dreimal pro Woche duschen (act. 24 Rz. 21; Prot. S. 39). C.\_\_\_\_\_ werde durch den Kläger nicht hinreichend ernährt und sei untergewichtig (act. 24 Rz. 22 ff.). Der Kläger koche nicht für C.\_\_\_\_\_ und der Junk Food, welchen er C.\_\_\_\_\_ jeweils zu essen gebe, habe teilweise das Ablaufdatum längst überschritten. Er schicke C.\_\_\_\_\_ regelmässig ohne richtiges Frühstück zur Schule und gebe ihm kein adäquates Znülibrot in die Schule mit. Regelmässig bestehe sein Frühstück aus einem Stück Brot und einem Glas Milch (act. 24 Rz. 25). 5.2.2 Diese Vorwürfe der Beklagten beziehen sich im Wesentlichen auf die Frage, ob beim Kläger die nötige Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit vorliegt oder nicht. So wirft sie ihm in pauschaler Weise "Verwahrlosung", ungenügende Hygiene, falsche bzw. inadäquate Ernährung und Ähnliches vor. Solches genügt nicht für die Bejahung einer schwerwiegenden Gefahr im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, sondern ist gegebenenfalls vom Sachgericht bei der Zuteilung des Sorgerechts zu berücksichtigen. Dies gilt auch etwa für den – vom Kläger bestrittenen (Prot. S. 21) – Vorwurf, in Anwesenheit von C.\_\_\_\_\_ zu rauchen. Den Bedenken bezüglich psychischer Probleme vermochte der Kläger anlässlich der Verhandlung sodann glaubhaft zu begegnen, indem er erklärte, aufgrund seiner Depressionen einmal pro Monat die Psychotherapie zu besuchen und prophylaktisch Medikamente einzunehmen, wobei kein Einfluss auf das normale Leben und sein Verhalten gegenüber C.\_\_\_\_\_ bestehe (Prot. S. 22). Mit Bezug auf die – vom Kläger bestrittenen (Prot. S. 19 f.) – Vorwürfe der häuslichen Gewalt gegenüber der Beklagten konnte der Kläger auf ein Urteil vom 21. Juni 2021 verweisen, gemäss welchem er freigesprochen worden war (act. 45 Rz. 12; act. 46/39). Es kann damit nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger tatsächlich gegenüber der Beklagten (vor den Augen C.\_\_\_\_\_) gewalttätig geworden ist. Was die Hauptangabe betrifft, wonach auch C.\_\_\_\_\_ vom Kläger geschlagen worden sei, hat C.\_\_\_\_\_ selbst einzig einen Vorfall

erwähnt, der nach seiner Erinnerung vor zwei

- 11 - Jahren passiert sei und bei dem der Kläger ihn in Anwesenheit der Grossmutter auf den Po geschlagen habe (Prot. S. 13; hinten E. 6.3.1). Der Kläger selbst gibt an, C.\_\_\_\_\_ bei dieser Gelegenheit, bei welcher C.\_\_\_\_\_ ungefähr fünfeinhalb Jahre alt gewesen sei, dreimal einen Klapps gegeben zu haben (Prot. S. 20). Sol- ches ist als Erziehungsmassnahme nicht angebracht, lässt aber als Einzelvorfall nicht darauf schliessen, dass der Kläger C.\_\_\_\_\_ bei einer Rückkehr nach F.\_\_\_\_\_ misshandeln würde. Soweit die Beklagte in der persönlichen Befragung in pauschaler Weise vorbringt, der Kläger habe C.\_\_\_\_\_ jedes Mal, wenn sie von den Ferien zurückgekommen seien, geschlagen (Prot. S. 36), erscheint dies gänzlich unglaublich. 5.3.1 Der Kindesvertreter führt unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ aus, C.\_\_\_\_\_ habe anlässlich einer ärztlichen Untersuchung am 17. De- zember 2022 bei einer Grösse von 131 Zentimetern 22.5 Kilogramm und im Juli 2023 bei seiner Einreise 22.7 Kilogramm gewogen, während er heute 27.3 Kilo- gramm wiege. Gemäss den Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft für Adipositas im Kindes- und Jugendalter habe C.\_\_\_\_\_ im Dezember 2022 und bei seiner Einrei- se deutliches Untergewicht aufgewiesen. Damit berge die Rückführung nach F.\_\_\_\_\_ und insbesondere die Rückkehr in den Haushalt des Klägers die konkre- te Gefahr, dass C.\_\_\_\_\_ – als Folge unzureichender oder falscher Ernährung – weiterhin untergewichtig bleiben könnte und so seine körperliche Entwicklung ge- fährdet würde. Mithin spreche eine Rückführung vorliegend nicht dem Wohl von C.\_\_\_\_\_, weil er damit einer schweren Gefahr eines körperlichen Schadens aus- gesetzt würde (act. 46 Rz. 20 ff., 24). 5.3.2 Vorab ist zu beachten, dass C.\_\_\_\_\_ gemäss den ausführlichen Darlegun- gen der Beklagten in den letzten Jahren zu einem erheblichen Teil auch von der Beklagten betreut wurde (act. 47 S. 3 bis 7) und "zwischen Juli 2022 und 2023 5 ½ Monate bei der Beklagten in der Schweiz oder mit ihr gemeinsam aus der Schweiz in den Ferien" verbrachte (act. 24 Rz. 4). Eine Untergewichtigkeit C.\_\_\_\_\_s lässt sich damit nicht einfach mit einer ungenügenden oder falschen Ernährung durch den Kläger erklären. Der Kläger hat zudem einen ärztlichen Be- richt eingereicht, aus dem sich ergibt, dass C.\_\_\_\_\_ in regelmässigen Abständen

- 12 - ärztlich untersucht worden sei und sein Gewicht bei der letzten Kontrolle im April 2023 im Normbereich gelegen habe (act. 4/16+17). Von massgeblicher Bedeu- tung ist aber ohnehin, dass auf F.\_\_\_\_\_ bzw. in Frankreich davon ausgegangen werden darf, dass im Falle einer Gesundheitsgefährdung C.\_\_\_\_\_s die Kindes- schutzbehörden einschreiten würden.

#### **E. 5.4**

Nach dem Ausgeführten kann weder eine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen noch eines seelischen Schadens im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bejaht werden, die einer Rückführung entgegenstehen würde.

#### **E. 6**

Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ

#### **E. 6.1**

Nach Art. 13 Abs. 2 HKÜ kann das Gericht das Rückführungsgesuch ableh- nen, wenn das Kind sich der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berück- sichtigen. Nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Reife im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung 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 Rückführungsentscheides 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 Bundesgericht geht gestützt auf die einschlägige kinderpsychologische Literatur 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 jede Willensbildung nicht losgelöst von äusserer Beeinflussung stattfindet, darf sie nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen. Wird bloss die Ansicht der momentanen Bezugsperson transportiert, lässt sich nicht mehr von einem dem Kind zurechenbaren autonomen Willen sprechen. Das Widersetzen des Kindes im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ muss vor diesem Hintergrund mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden (BGer

- 13 - 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. 6.2**

Die Beklagte führt aus, C.\_\_\_\_\_ habe wiederholt unmissverständlich erklärt, nicht zum Kläger zurückkehren zu wollen, und habe sich in diesem Sinne gemäss Art. 13 Abs. 2 HKÜ der Rückgabe widersetzt (act. 47 Rz. 29). C.\_\_\_\_\_ werde unter keinen Umständen freiwillig und auch nicht bei Gewaltanwendung durch Dritte in ein Flugzeug steigen, welches ihn zum Kläger nach F.\_\_\_\_\_ bringe (Prot. S. 36). Die Vorstellung einer Rückführung und einer Wiederaufnahme der verwehrten Lebensumstände beim Kläger traumatisiere C.\_\_\_\_\_ bereits jetzt (act. 24 Rz. 29). C.\_\_\_\_\_ könne seine Lebensumstände sehr wohl eigenständig einschätzen. Er sei ein intelligentes Kind und habe eine gut ausgebildete Wahrnehmung. Der Verbleib in der Schweiz sei C.\_\_\_\_\_s eigener Wille und unbeeinflusst von jedwelchen Drittpersonen (act. 24 Rz. 30). C.\_\_\_\_\_ habe sich in kürzester Zeit in Zürich und in der hiesigen Schule eingelebt und sei durch überdurchschnittliche Sprachauffassungsgabe sowie seine Begabung im Bereich Mathematik aufgefallen. Er werde in der Schweiz von ihr (der Beklagten) und ihrem Ehemann liebevoll umsorgt, beschützt und gefördert. Durch ihren Ehemann, einen begnadeten Hobbykoch, sei nicht nur dafür gesorgt, dass C.\_\_\_\_\_ eine ausreichende Ernährung erhalte, sondern bestehe auch in finanzieller Hinsicht eine sehr solide Basis. C.\_\_\_\_\_ habe sich hier in der Schule für einen Tischtennis- und einen Hockeykurs eingeschrieben, so dass das ungeliebte, ihm vom Kläger aufgezwungene Thaiboxtraining der Vergangenheit angehöre (act. 47 Rz. 30).

6.3.1 C.\_\_\_\_\_ ist am tt.mm.2023 zehn Jahre alt geworden. Er hat damit das Alter, in welchem im Regelfall von einer genügenden Reife bzw. Fähigkeit zur autonomen Willensbildung ausgegangen werden kann, noch nicht erreicht. Gleichwohl wurde am 26. Oktober 2023 auf allseitigen Antrag hin eine Kinderanhörung durchgeführt (Prot. S. 10 ff.). C.\_\_\_\_\_ erklärte bei der Anhörung, nicht nach F.\_\_\_\_\_ zurück zu wollen. Er würde nicht ins Flugzeug steigen und alles machen, um das zu verhindern. Es gebe ganz viele Gründe, weshalb er nicht nach F.\_\_\_\_\_ zurück wolle. Sein Papa gebe ihm für die Schule kein Pausenbrot mit, schlafe am Wochenende immer bis 11.00 Uhr und mache ihm erst danach

Früh-

- 14 - stück. Er getraue sich nicht, seinen Papa zu wecken, weil dieser sonst wütend werde und ihn auf den Hintern schlage. Das letzte Mal habe ihn sein Papa vor zwei Jahren auf den Hintern geschlagen, als die Grossmutter zu Besuch gewesen sei (Prot. S. 13). Zu seinem Vater gab C.\_\_\_\_\_ im Weiteren an, dieser habe stän- dig Wasserpfeife geraucht und sei dann eingeschlafen (Prot. S. 11 f.). Auch am Strand sei sein Papa immer eingeschlafen und er (C.\_\_\_\_\_) habe allein in den grossen Wellen spielen müssen (Prot. S. 12). Einmal habe ihn sein Vater nicht zum Arzt gebracht, obwohl er starke Ohrenschmerzen gehabt habe. Sein Vater habe ihn auch ins Thaiboxen geschickt, obwohl er dies nicht möge (Prot. S. 12). Nähere Ausführungen zu seinem Vater wollte C.\_\_\_\_\_ nicht machen (Prot. S. 12), am Ende der Anhörung fügte er aber noch an, sein Vater gebe ihm nur Fertigge- richte zum Essen (Prot. S. 14). An F.\_\_\_\_\_ vermisse er nichts, ausser seiner Kat- ze (Prot. S. 12). In der Schweiz gefalle ihm besonders der Schnee (Prot. S. 14). Die Frage, ob er wisse, um was es beim Rückführungsverfahren gehe, verneinte er (vgl. Prot. S. 13). Der Kindesvertreter führte mit C.\_\_\_\_\_ am 9. Oktober 2023 ein erstes und am 27. Oktober 2023 ein zweites Gespräch. Der Kindesvertreter schildert, C.\_\_\_\_\_ habe zu F.\_\_\_\_\_ gesagt, dort sei es normalerweise gut, mit seinem Vater sei es aber nicht sehr gut. Der Grund sei, dass sein Vater ihn schlecht behandle. C.\_\_\_\_\_ habe dann zu vorbereiteten Notizen greifen wollen, um daraus vorzulesen. Auf seinen (des Kindesvertreters) Vorschlag hin habe C.\_\_\_\_\_ aber frei erzählt und ausgeführt, dass sein Vater ihn nicht gut behandle und spät aufstehe, weshalb er kein richtiges Frühstück vor der Schule essen könne. Als Frühstück bekomme er jeweils ein Nutellabrot und Wasser. Im Allgemeinen gefalle ihm das Leben auf F.\_\_\_\_\_ nicht sehr. Am meisten vermisse er seine Katze. Mit dem Vater habe es nicht viele schöne Momente auf F.\_\_\_\_\_ gegeben. Insgesamt vermisse er seinen Vater nicht so. Ergänzend habe C.\_\_\_\_\_ später angefügt, dass sein Vater ihn zu spät wecke und ihm nur Fertignahrung zu essen gebe. Die Aussage des Vaters, wonach er ein separates Spielzimmer habe, stimme nicht (act. 32 Rz. 9). Auf eine Rückkehr nach F.\_\_\_\_\_ angesprochen habe C.\_\_\_\_\_ erklärt, dass er sehr traurig wäre, wenn dies geschehen würde. Er würde nicht zurückgehen, auch wenn er müsste. Er werde sich in kein Flugzeug setzen. Er befürchte, dass sein Vater ihn

- 15 - schlagen werde, weil er den Wunsch geäussert habe, in der Schweiz bleiben zu können (act. 32 Rz. 13). Am zweiten Gespräch habe C.\_\_\_\_\_ gemäss dem Kin- desvertreter teilweise wortwörtlich wiederholt, was er schon beim ersten Ge- spräch gesagt habe (act. 49 Rz. 9). Weiterhin habe C.\_\_\_\_\_ erklärt, nicht nach F.\_\_\_\_\_ zurück zu wollen. Er werde nicht in ein Flugzeug nach F.\_\_\_\_\_ einstei- gen, auch nicht, wenn ihn seine Mutter begleiten würde (act. 49 Rz. 3). 6.3.2 Wie sich aus der Kinderanhörung und den Schilderungen des Kindesvertre- ters ergibt, hat C.\_\_\_\_\_ zwar deutlich zum Ausdruck gebracht, nicht zu seinem Vater nach F.\_\_\_\_\_ zurück zu wollen. Nicht zu überzeugen vermögen aber die angeführten Gründe. So hat er im Wesentlichen ausgeführt, sein Vater gebe ihm nur ein Nutella-Brot mit Wasser zum Frühstück sowie kein Pausenbrot in die Schule und er schlafe am Wochenende lange, so dass es erst nach 11 Uhr Früh- stück gebe. Bei dieser Kritik klingen deutlich die Vorbringen der Beklagten an (vgl. vorne E. 5.2.1) und es ist nicht nachvollziehbar, dass C.\_\_\_\_\_ gestützt hierauf den autonomen Willen gefasst haben soll, auf keinen Fall zu seinem Vater nach F.\_\_\_\_\_ zurückzukehren. Gleiches gilt, soweit C.\_\_\_\_\_ anführt, sein Vater mache nur Fertiggerichte, schlafe am Strand bzw. nach dem Rauchen der Wasserpfeife jeweils ein, habe ihn einmal trotz Ohrenschmerzen nicht zum Arzt gebracht oder schicke ihn ins Thaiboxen. All diese Punkte hatte C.\_\_\_\_\_

offensichtlich auswendig gelernt, so dass er sie – wie auch dem Kindesvertreter auffiel – teilweise wortwörtlich wiederholte. Soweit C.\_\_\_\_\_ angibt, Angst zu haben, von seinem Vater bei einer Rückkehr nach F.\_\_\_\_\_ geschlagen zu werden, lässt sich diese Furcht nirgends konkret anknüpfen. C.\_\_\_\_\_ erwähnt einzig einen gemäss seiner Erinnerung zwei Jahre zurückliegenden Vorfall, an dem er vom Vater auf den Po geschlagen worden sei. Für die Sorge, dass der Vater C.\_\_\_\_\_ bei einer Rückkehr schlagen könnte, besteht kein begründeter Anlass. Vielmehr scheint C.\_\_\_\_\_ einfach die pauschalen Darstellungen der Beklagten wiederzugeben (vgl. Prot. S. 36; vorne E. 5.2.2). Schliesslich hatte C.\_\_\_\_\_ (durchaus verständlicherweise) nicht begriffen, um was es im Rückführungsverfahren geht (vgl. Prot. S. 13).

- 16 - 6.3.3 Am 31. Oktober 2021 war ein Besuch C.\_\_\_\_\_s mit seinem Vater im Zürcher Zoo geplant. Nach dem Bericht der Polizei, die den Besuch hätte begleiten sollen, weigerte sich C.\_\_\_\_\_, mit seinem Vater auch nur zu sprechen (act. 51). Auch diese Reaktion liesse sich mit einer allfälligen autonomen Willensbildung C.\_\_\_\_\_s nicht in Übereinstimmung bringen. Ein zwischen C.\_\_\_\_\_ und seinem Vater erfolgter Vorfall, der eine derartige Abneigung C.\_\_\_\_\_s gegenüber seinem Vater erklären könnte, ist weder dargetan noch ersichtlich. Angenommen werden muss, dass C.\_\_\_\_\_ sich gänzlich mit seiner Mutter als gegenwärtig engste Bezugsperson solidarisiert und seinen Vater als Gegner wahrnimmt und dämonisiert. Den Standpunkt seines Vaters und den Umstand, dass sich dieser gegen die widerrechtliche Zurückbehaltung durch die Mutter wehrt, vermag er nicht wahrzunehmen. 6.3.4 Nach dem Ausgeführten ist davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ – vor dem Hintergrund seines Alters von erst zehn Jahren und seiner Ausführungen zur Frage der Rückführung – noch nicht das Alter und die Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, gemäss Art. 13 Abs. 2 HKÜ seine Meinung zu berücksichtigen und das Rückführungsgesuch abzulehnen.

## **E. 7**

Fazit Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Rückführung von C.\_\_\_\_\_ nach Frankreich gegeben sind und der Rückführung auch kein Verweigerungsgrund entgegensteht. Das Rückführungsbegehren ist daher gutzuheissen. 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 533 f.). Die Einzelheiten der Vollstreckung sind auf eine Weise zu regeln, die kein neues

- 17 - Gerichtsverfahren betreffend die Vollstreckung verlangt (vgl. BBl 2007 2595 S. 2627). 2. Es erscheint namentlich zum Schutz von C.\_\_\_\_\_ vor einer Verstärkung seines Loyalitätskonflikts bzw. einer weiteren Dämonisierung seines Vaters geboten, dass der vorliegende Entscheid rasch nach dessen Eröffnung umgesetzt wird. Dabei kommt eine (unter dem Aspekt des Kindeswohls im Vordergrund stehende) Rückkehr C.\_\_\_\_\_s zusammen mit der Beklagten nicht in Frage. Die Beklagte hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie unter keinen Umständen gewillt ist, mit C.\_\_\_\_\_ nach F.\_\_\_\_\_ zu reisen (Prot.), obwohl sie dort über ein eigenes Studio verfügt (Prot. S. 36). C.\_\_\_\_\_ und ihr soll aber ermöglicht werden, sich voneinander zu verabschieden. Gleichzeitig ist der Kläger vor Ort (vgl. Prot. S. 17) und grundsätzlich in der Lage, C.\_\_\_\_\_ nach Frankreich mitzunehmen. Vor Ort ist auch die Grossmutter C.\_\_\_\_\_s väterlicherseits, deren Anwesenheit bei der Rückreise gemäss dem Kläger hilfreich wäre (Prot.). Vorzugehen ist

wie folgt: Die Beklagte ist zu verpflichten, C.\_\_\_\_\_ am Donnerstag, 2. November 2023, 09.00 Uhr, reisefertig der Kantonspolizei Zürich (Polizei- und Justizzentrum) zu übergeben zwecks unverzüglicher Rückführung C.\_\_\_\_\_s nach Frankreich. Die Kantonspolizei Zürich ist zu beauftragen, C.\_\_\_\_\_ im Polizei- und Justizzentrum in Empfang zu nehmen oder im Unterlassungsfall bei der Beklagten abzuholen, dem Kläger zu übergeben sowie C.\_\_\_\_\_ und den Kläger, allenfalls im Beisein der Grossmutter, bis zur französischen Landesgrenze zu begleiten. Die Beamten sind zu ermächtigen, dafür allenfalls notwendige Zwangsmassnahmen einzusetzen. Falls die Ausreise von C.\_\_\_\_\_ bis Donnerstag, 2. November 2023, 16.00 Uhr, nicht erfolgt sein sollte, wird das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung (AJB) die Vollstreckung nach Art. 12 BG-KKE zu besorgen haben. Das AJB ist ermächtigt, polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und im Notfall das Kind vorübergehend in geeigneter Weise zu platzieren.

- 18 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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