

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_105/2009

Urteil vom 16. April 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter von Werdt,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
X. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Esther Küng,

gegen

Z. _____,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Heidi Frick-Moccetti,

Gegenstand
Kindesrückführung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 26. Januar 2009.

Sachverhalt:

A.
Z. _____ (geb. 1963) und X. _____ (geb. 1969) trafen sich am 17. März 2006 erstmals, nachdem sie sich über Internet kennen gelernt hatten. Sie zogen nach Pennsylvania und am 27. April 2007 kam der gemeinsame Sohn Y. _____ zur Welt.

Die Beziehung gestaltete sich schwierig. Nach Streitigkeiten, welche die Mutter als für sie sehr bedrohlich schildert, verliess sie mit Y. _____ den gemeinsamen Haushalt und erwirkte am 10. Dezember 2007 einen temporary protection from abuse order, mit welchem dem Vater jeder Kontakt zu seinem Sohn untersagt wurde.

Am 20. Dezember 2007 erteilte der Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, der Mutter die primary physical custody über Y. _____ und dem Vater die partial physical custody für genau festgelegte Besuchszeiten; ferner ordnete das Gericht an, dass das Kind nicht ohne Zustimmung beider Parteien aus dem Centre County entfernt werden dürfe (the child is not to be removed from Centre County without the consent of both parties). Am 9. Januar 2008 wurde den Parteien ein geteiltes Sorgerecht zugesprochen (X. _____ ("Father") and Z. _____ ("Mother") shall share legal custody of the child) und festgehalten, dass weiterhin die am 20. Dezember 2007 getroffene Obhutregelung gelten soll (Physical custody of the child shall remain as provided by the court in the Order dated December 20, 2007 and filed December 21, 2007).

Im gleichen Entscheid vom 9. Januar 2008 erlaubte das Gericht der Mutter, gemeinsam mit ihrem Sohn vom 11. Januar 2008 bis längstens 26. Januar 2008 in die Schweiz zu reisen (Mother shall be permitted to travel with the child to Switzerland on or about January 11, 2008. Mother shall return with the child to the United States on or before January 26, 2008, when custody shall resume pursuant to the Court's previous order until otherwise ordered by this court or mutually agreed upon between the

parties). Die Mutter kehrte indessen nicht zeitgerecht in die USA zurück; ein Gesuch um Verlängerung des Aufenthaltes in der Schweiz wies das Gericht mit Entscheid vom 13. Februar 2008 ab. Trotzdem blieb die Mutter mit ihrem Sohn in der Schweiz.

B.

Gestützt auf das Gesuch des Vaters um Rückführung von Y. _____ vom 13. Mai 2008 hin befahl das Bezirksgericht Meilen der Mutter mit Verfügung vom 20. Oktober 2008, das Kind innert 30 Tagen nach Rechtskraft der Verfügung auf ihre Kosten in die USA zurückzubringen oder zurückbringen zu lassen.

Im Zuge des dagegen eingereichten Rekurses der Mutter ordnete das Obergericht des Kantons Zürich mehrere Massnahmen zur Sicherstellung der allfälligen Vollstreckung des Rückführungsentscheides an. Zudem ersuchte es die schweizerische Zentralbehörde, Fragen betreffend Einreise, Aufenthalt, Lebens- und Arbeitsgrundlagen sowie medizinische Versorgung mit den amerikanischen Behörden zu klären bzw. von diesen klären zu lassen. Nach Eingang der betreffenden Antworten seitens der amerikanischen Zentralbehörde sowie je einer eidesstattlichen Erklärung (sworn affidavit) des Vaters bzw. seiner Anwältin sowie eines Schreibens des Grossvaters hiess das Obergericht den Rekurs mit Beschluss vom 26. Januar 2009 gut und wies das Rückführungsbegehren ab.

C.

Gegen diesen Beschluss hat der Vater am 12. Februar 2009 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren um Aufhebung von dessen Ziff. 1 bis 3 und 5 sowie um "Abweisung des Rekurses" (gemeint: Anordnung der Rückführung). Die Mutter hat in ihrer Vernehmlassung vom 27. Februar 2009 auf Abweisung der Beschwerde geschlossen. Beide Parteien verlangen die unentgeltliche Rechtspflege. Im Rahmen der Verfahrensinstruktion fand ein Austausch mit dem zuständigen amerikanischen Richter statt. Die Parteien haben sich hierzu in ihren Stellungnahmen vom 2. bzw. 3. April 2009 geäußert.

Erwägungen:

1.

Bei Rückführungsentscheiden nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ, SR 0.211.230.02) geht es um die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584). Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid (Art. 75 Abs. 1 sowie Art. 90 BGG) und die Beschwerdefrist von zehn Tagen ist eingehalten (Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG). Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist somit einzutreten. In sachlicher Hinsicht kann mit ihr insbesondere die Verletzung von Völkerrecht geltend gemacht werden, dessen Anwendung vom Bundesgericht frei geprüft wird (Art. 95 lit. b i.V.m. Art. 106 Abs. 1 BGG).

2.

Das HKÜ zielt auf eine Wiederherstellung des Status quo ante durch möglichst rasche Rückführung widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder (Art. 1 lit. a HKÜ). Unbestrittenermassen hatte Y. _____ vor dem Verbringen in die Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den USA; er wurde dort geboren und hatte das Land vorher nie verlassen. Das HKÜ ist somit grundsätzlich anwendbar.

Inwieweit der Vater aufgrund der ihm zugeteilten partial physical custody und der geteilten legal custody über eine von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ geschützte Sorgerechtsposition verfügt, muss nicht abschliessend beurteilt werden. Die Widerrechtlichkeit des Zurückhaltens im Sinn dieser Bestimmung ist jedenfalls damit gegeben, dass das Kind nach der Anordnung des Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, vom 20. Dezember 2007 nicht ohne Zustimmung beider Elternteile aus dem Centre County verbracht werden durfte bzw. die Reise in die Schweiz gemäss Entscheid vom 9. Januar 2008 nur für die Zeit vom 11. bis 26. Januar 2008 erlaubt wurde.

Diese so genannte non removal clause fällt in den Schutzbereich des HKÜ, weil sich der Umfang des Sorgerechts im Sinn von Art. 3 HKÜ nach dem Recht des Herkunftsstaates bemisst (Urteil 5A_713/2007, E. 3). Ferner macht die Mutter vor Bundesgericht nicht mehr geltend, dass der Vater seine Rechte vor dem Verbringen gar nicht ausgeübt habe und es insofern an der Rückführungsvoraussetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ gebreche; dies würde denn auch nicht den kantonalen Sachverhaltsfeststellungen entsprechen.

Beim Rückführungsentscheid darf weder über die elterliche Sorge noch über die Obhut befunden werden; vielmehr bleibt die betreffende Entscheidung dem Richter des Herkunftsstaates vorbehalten (Art. 16 und 19 HKÜ). Alleiniges Thema des Rückführungsprozesses ist die Prüfung der Voraussetzungen für die Rückführung; sind diese gegeben, muss die Rückführung ohne materielle Prüfung angeordnet werden, soweit nicht ausnahmsweise einer der Ausschlussgründe im Sinn von Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 oder 2 oder Art. 20 HKÜ gegeben ist (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149).

3.

Vor Bundesgericht bringt die Mutter den (vom Obergericht verneinten) Ausschlussgrund der Zustimmung zum Verbringen bzw. der Genehmigung des Zurückhaltens zu Recht nicht mehr vor. Für die Annahme einer Zustimmung (acquiescence) bzw. Genehmigung (consent) im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ gelten denn auch relativ strenge Beweisanforderungen und die Willensäusserung des anderen Teils muss sich klar manifestiert haben (vgl. Entscheide 5P.65/2002, E. 4b; 5P.380/2006, E. 3; 5A_446/2007, E. 3).

Hingegen hält die Mutter den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ aufrecht, nach welchem von der Rückgabe des Kindes abgesehen werden kann, wenn nachgewiesen ist, dass sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Nach den Ausführungen der Mutter ist dies vorliegend der Fall, weil zufolge ihrer ungesicherten Einreisemöglichkeit in die USA die abrupte Trennung an der Grenze drohe, was eine schwerwiegende Schädigung von Y._____ bewirken und diesen in eine unzumutbare Lage bringen würde. Ferner ergebe sich die Unzumutbarkeit auch aus dem Umstand, dass die Obhut nachträglich dem Vater zugeteilt worden sei, und aus der Tatsache, dass sie mit contempt of court belegt sei und eine Gefängnisstrafe riskiere.

3.1 Bereits der erstinstanzliche Richter erachtete eine Trennung von der Mutter angesichts der konkreten Umstände, auf die zurückzukommen sein wird, als für das Kind unzumutbar. Trotzdem ordnete er die Rückführung an, weil der Mutter schliesslich doch noch ein Visum für die USA ausgestellt worden war.

Während des oberinstanzlichen Verfahrens stellte sich allerdings heraus, dass das Visum des Typs B1/B2 der Mutter keineswegs eine gesicherte Einreise ermöglicht, sondern vielmehr an der Grenze ein CBP-Inspektor über die Einreise und die Dauer des Aufenthaltes entscheidet. Diese Sachlage ergibt sich aus den von der Mutter eingereichten Unterlagen und ist insbesondere von der amerikanischen Zentralbehörde bestätigt worden (Generally, a B1/B2 visa does not guarantee entry into the United States. A visa allows a foreign citizen to travel to the U.S. port-of-entry, and the Department of Homeland Security U.S. Customs and Border Protection (CBP) immigration inspector authorizes or denies admission to the United States), und die Zentralbehörde konnte deshalb auch keine Einreisegarantie abgeben (The Department of State cannot offer a guarantee that Ms. Z._____ will be able to enter the United States without restriction).

Das Obergericht hat aus der Ungewissheit, ob die Mutter überhaupt zusammen mit ihrem Kind in die USA einreisen dürfte, auf eine für das Kind unzumutbare Situation geschlossen. Es hat dabei erwogen, dass Y._____ erst 1¾ Jahre alt sei und teilweise noch gestillt werde, dass er bislang stets mit der Mutter gelebt habe, während er den Vater zum letzten Mal vor rund 9 Monaten gesehen habe und angesichts seines Alters auch mit den regelmässigen Kontakten via Skype keine persönliche Beziehung zum Vater aufbauen bzw. unterhalten könne. Müsste Y._____ in den USA zudem fremdplatziert werden, bestünde für den Fall einer alleinigen Rückkehr eine ernsthafte und naheliegende Gefahr für seine geistig-psychische Gesundheit und Entwicklung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ.

3.2 Der Vater macht geltend, mit dem angefochtenen Entscheid werde die Sorgerechtszuteilung faktisch vorweggenommen, ohne dass sich die Vorinstanz mit den dafür massgeblichen Kriterien auseinander gesetzt habe. Im Übrigen sei nicht einzusehen, wieso generalpräventive Überlegungen eine unterschiedliche Rolle spielen sollten, je nachdem, ob die Mutter des Kindes freiwillig oder unfreiwillig nicht in das Herkunftsland zurückkehre; für das Kind bzw. das Kindeswohl sei dies ohne Bedeutung. Bei einer Rückkehr von Y._____ in die USA werde die Mutter mit ihrem Visum wahrscheinlich ebenfalls einreisen können. Es sei Sache der Zentralbehörde, diesbezüglich einen reibungslosen Ablauf zu garantieren. Die USA hätten ein Interesse daran, dass die Mutter von keinen Restriktionen betroffen werde. Selbst wenn sie wider Erwarten nicht in die USA eingelassen werden sollte, würde Y._____ nicht einfach einer fremden Person übergeben, sondern käme er zu seinem Vater, den er kenne und der sich bis zur Trennung im Rahmen des gemeinsamen Haushaltes um die

tägliche Beziehung gekümmert habe.

3.3 Entsprechend dem Sinn und Zweck des Rückführungsübereinkommens sind Ausschlussgründe eng auszulegen. Was denjenigen von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ anbelangt, reichen irgendwelche wirtschaftlichen Nachteile nicht aus (Entscheide 5P.310/2002, E. 3.1; 5P.71/2003, E. 2.2; 5P.354/2004, E. 3). Eine schwerwiegende Gefahr körperlicher Schädigung liegt erst vor, wenn ein Kind beispielsweise in ein Kriegs- oder Seuchengebiet zurückzuführen wäre, aber auch, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass es nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht würde und nicht zu erwarten wäre, dass die zuständigen Behörden des Herkunftsstaates gegen die Gefährdung erfolgreich einschreiten würden (RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, *Ausländische Kinder und andere Angehörige*, in: *Ausländerrecht*, Basel 2009, N. 16.164).

Ebenso wenig ist im Rückgabeverfahren Platz für Überlegungen, bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung der Kinder besser geeignet sei (BGE 131 III 334 E. 5.3 S. 341; 133 III 146 E. 2.4 S. 149); der Entscheid darüber ist, wie erwähnt, dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorbehalten (Art. 16 und 19 HKÜ). Keine schwerwiegende seelische Schädigung begründen insbesondere anfängliche Sprach- und Reintegrationsschwierigkeiten, wie sie sich bei Kindern ab einem gewissen Alter mehr oder weniger zwangsläufig ergeben (BGE 130 III 530 E. 3 S. 535).

Was die Trennung von Mutter und Kind im Speziellen anbelangt, gilt es zunächst zu beachten, dass sich das Kriterium der Unzumutbarkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat auf das Kind selbst und nicht auf seine Eltern bezieht. Das heisst, dass es unter Umständen zu einer Trennung zwischen dem Kind und seiner Haupt Bezugsperson kommen kann, was aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für sich allein noch keinen Versagensgrund für die Rückführung bildet (BGE 130 III 530 E. 3 S. 535); auch die herrschende Lehre zum HKÜ vertritt diese Ansicht (STAUDINGER/PIRRUNG, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Berlin 1994, N. 683 und 684 Vorbem. zu Art. 19 EG BGB; SCHMID, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen*, in: *AJP* 2002, S. 1333; BACH/ GILDENAST, *Internationale Kindesentführung*, Bielefeld 1999, Rz. 131; KUHN, *Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all*, in: *AJP* 1997, S. 1099). Anders verhält es sich allerdings bei Säuglingen; hier bringt eine Trennung von der Mutter das Kind in jedem Fall in eine unzumutbare Lage (BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Basel 2003, Rz. 471; RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, a.a.O., N. 16.164). Im Zusammenhang mit der Trennung hat das Bundesgericht

ferner betont, dass sich nicht als Ausrede auf eine Gefahr berufen kann, wer diese durch Ablehnung der Begleitung des Kindes selbst geschaffen hat (BGE 130 III 530 E. 2 S. 535 m.w.H.). Ansonsten könnte der Entführer durch eine entsprechende Erklärung frei über den Ausgang des Rückführungsverfahrens verfügen; der zitierten Rechtsprechung liegt aber auch der Gedanke zugrunde, dass die Eltern, welche für ihr Kind die Verantwortung tragen und dem Kindeswohl verpflichtet sind, dieses letztlich zu begleiten haben, soweit ihnen dies objektiv und subjektiv möglich ist.

3.4 Im zu beurteilenden Fall geht es um die Rückführung von Y._____, der rund ein Jahr und elf Monate alt ist und teilweise noch gestillt wird. Auch wenn ein Abstillen zumutbar sein dürfte, da sich ein knapp 2-jähriges Kind nicht mehr im eigentlichen Säuglingsalter befindet, ist Y._____ nach wie vor ein Kleinkind, das nicht umgebungs-, sondern vollständig personenbezogen ist. Aus der Perspektive von Y._____ ist nicht zentral, ob er in den USA oder in der Schweiz lebt, sondern dass er seine Hauptbezugs- und Betreuungsperson nicht verliert. Vorliegend ist die Mutter seit seiner Geburt die Hauptbezugs- und Betreuungsperson und seit dem Scheitern der Beziehung zwischen Vater und Mutter vor über einem Jahr sogar die ausschliessliche Bezugsperson. Vor diesem Hintergrund ist eine schwerwiegende Gefährdung von Y._____ im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zu befürchten, wenn er im Zuge der Rückführung abrupt von seiner Mutter getrennt würde.

Käme es im Zusammenhang mit der Rückführung zu einer Trennung von der Mutter und einer Übergabe an den Vater, ist weiter zu bedenken, dass Y._____ kaum eine aktive Erinnerung an diesen haben dürfte: Er hatte mit dem Vater nur in den ganz ersten Lebensmonaten richtigen Kontakt. Gesehen hat er ihn zum letzten Mal vor rund einem Jahr, als er im Frühling 2008 für einige Tage in die Schweiz auf Besuch kam. Seither hat der Vater mit dem Kind einzig über Skype "Kontakt", womit aber Y._____ angesichts seines Alters noch keine persönliche Beziehung zu ihm aufbauen konnte. Im Übrigen erscheint es auch höchst fraglich, ob der Vater überhaupt für Y._____ sorgen könnte oder ob er in den USA nicht zwangsläufig fremdplatziert werden müsste: Der Vater leidet an einem chronischen Erschöpfungssyndrom (CFS, *chronic fatigue syndrome*), was indikationsgemäss

bedeutet, dass ihn jede Tätigkeit sehr schnell ermüden lässt bzw. jede Anstrengung zu einer anhaltenden Verschlechterung des Zustandes führt; er lebt denn auch von einer Invalidenrente. Zudem ist aktenkundig, dass die Mutter während des Zusammenlebens einen temporary protection from abuse order erwirken musste.

Angesichts dieser konkreten Umstände ist Y. _____ eine Trennung von der Mutter nicht zumutbar. Der vorliegende Fall zeichnet sich aber durch die Besonderheit aus, dass sich die Mutter im Unterschied zu vielen Fällen, mit denen sich das Bundesgericht zu befassen hatte, in ihren bisherigen Eingaben nie in grundsätzlicher Weise geweigert hat, das Kind in den Herkunftsstaat zurückzubegleiten (vgl. nun allerdings ihr Schreiben vom 2. April 2009, dazu E. 3.7); vielmehr befürchtet sie eine Trennung vom Kind, die bereits anlässlich der Einreise, bei erlaubter Einreise aber auch aufgrund einer Freiheitsstrafe wegen contempt of court oder wegen einer Ausweisung infolge Auslaufens des Visums vor Abschluss des Sorgerechtsverfahrens, ferner auch durch Wegnahme des Kindes wegen nachträglich erfolgter Obhutszuteilung an den Vater erfolgen könnte.

3.5 Sofern keine Trennung von der Mutter stattfindet, die im Übrigen vorher während rund zehn Jahren in den USA gelebt hat, ist eine Rückführung von Y. _____ ohne Weiteres möglich; erst und nur die Trennung von der Mutter würde ihn in eine unzumutbare Lage im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bringen.

Das Kind kann als U.S.-amerikanischer Bürger problemlos einreisen. Hingegen ist die Einreise der Mutter nicht gesichert; die Zentralbehörde der USA hat klar zum Ausdruck gebracht, dass das der Mutter ausgestellte Visum keinen Anspruch auf Einreise und auf Verbleib gibt und dass sie (die Zentralbehörde) keine dahingehenden Garantien abgeben kann. Das Angebot der Zentralbehörde, die zuständigen Grenzbehörden vorher über die Einreise zu informieren, und die Empfehlung an die Mutter, bei der Einreise dem CBP-Inspektor den schweizerischen Rückführungsentscheid vorzulegen, vermag nicht zu genügen, ändert doch dies nichts am Umstand, dass ungewiss bleibt, ob die Mutter gemeinsam mit dem Kind einreisen könnte oder ob sie an der Grenze zurückgehalten würde. Ebenso wenig ist für den Fall der erlaubten Einreise gesichert, dass die Mutter bis zum Abschluss des Sorgerechtsverfahrens in den USA bleiben kann und dass sie nicht vorher (beispielsweise, wenn ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verboten wäre und sie deshalb fürsorgeabhängig werden sollte) ausgewiesen wird, was vermutlich eine Trennung vom Kind zur Folge hätte, weil dieses während des Sorgerechtsverfahrens als ward of court in den USA bleiben müsste.

Sodann hat der Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, dem Vater mit Entscheid vom 4. August 2008 die alleinige Obhut zugesprochen (X. _____ is granted sole physical custody of the child, Y. _____), und es stellt sich daher die Frage, ob dies im Fall einer erlaubten Einreise in die USA zu einer sofortigen Trennung von Mutter und Kind führen würde.

Schliesslich hat der Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, mit demselben Entscheid vom 4. August 2008 festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin mehrfach gegen richterliche Anordnungen verstossen habe (Z. _____ is hereby found in contempt of court for violating this Court's Orders of January 9, 2008 and February 13, 2008, by failing to return the child to the United States on or before January 26, 2008, and by failing to honor X. _____'s periods of physical custody. Z. _____ is hereby found in contempt of court for violating this Court's Order of February 13, 2008, by failing to cooperate with X. _____ in securing a U.S. passport to allow the child to return to the United States. Z. _____ is hereby found in contempt of court for violating this Court's Order of April 24, 2008, by failing to appear and apply for a United States passport for the child). Aufgrund der von der amerikanischen Zentralbehörde gelieferten Auskünfte ist davon auszugehen, dass sich die Mutter damit nach U.S.-amerikanischem Recht strafbar gemacht hat, auch wenn es sich lediglich um einen civil contempt of court handelt und es als gerichtsnotorisch gelten darf, dass es dabei nicht automatisch zu einer Straffolge kommt, sondern eine Strafe erst durch den Richter ausgesprochen werden muss.

3.6 Bei dieser speziellen Sachlage ist die Rückführung grundsätzlich anzuordnen, aber es muss sichergestellt sein, dass es nicht aus einem der drei genannten Gründe (Einreisesperre bzw. vorzeitige Ausweisung; Obhutszuteilung an den Vater; unbedingte Freiheitsstrafe) zu einer Trennung von Mutter und Kind kommt und sich dadurch der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ verwirklichen würde.

Bezüglich der beiden im Zuständigkeitsbereich des amerikanischen Richters liegenden Rückführungsbedingungen hat der Instruktionsrichter der II. zivilrechtlichen Abteilung mit Blick auf

einen sog. undertaking bzw. safe harbour order (vgl. BEAUMONT/MCELEAVY, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999, S. 156 ff. und 167; BACH/GILDENAST, a.a.O., Rz. 140 f.; ZÜRCHER, Kindesentführung und Kindesrecht, Diss. Zürich 2005, S. 154 ff. und 163 ff. sowie Anwendungsbeispiel für den vergleichbaren Fall "Debbie" auf S. 123 f.) mit dem am Court of Common Pleas of Centre County, Pennsylvania, zuständigen Richter Kontakt aufgenommen.

Dieser hat mit Schreiben vom 31. März 2009 versichert, dass er die Anordnung vom 4. August 2008, womit die Obhut dem Vater zugeteilt wurde, mit dessen Zustimmung sofort aufheben wird (I can assure you that with the consent of Father, X._____, this Court would immediately vacate its Order of August 4, 2008, to accomplish the goal of having mother and child return to the United States of America. The goal of this Court has always been to reach a "best interest of the child" determination between these parents, and it has only been mother's absence from the jurisdiction which has made that difficult. Provided that father would consent to the child remaining in the primary custody of mother upon her return to the USA, I would immediately order that the August 4, 2008, Order is vacated so that the parents could return to a schedule where mother was the primary physical custodian of Y._____, and father had periods of time with the child, but not serving as a primary custodian, which would separate mother and child before hearing).

Sodann hat der amerikanische Richter zugesichert, dass die Mutter keine unbedingte Freiheitsstrafe wegen contempt of court zu gewärtigen hat (I can assure you that mother would not be subjected to a mandatory prison sentence upon her return to the United States as a result of the contempt Order of this Court dated August 4, 2008. The intention of the Court was to gain the cooperation and compliance of mother, Z._____, so that this Court could reach the "best interests of the child" determination mentioned in second above. I can assure your court that Ms. Z._____ would not be incarcerated or placed on any probationary sentence as a result of the current contempt of my orders for her to return to the USA).

3.7 Zum Schreiben des amerikanischen Richters sowie zu den drei Rückführungsbedingungen generell wurde den Parteien das rechtliche Gehör gewährt.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2009 sowie ihrem weiteren Schreiben vom 7. April 2009 wiederholt die Mutter ihren Standpunkt, dass die Einreise mit ihrem B1/B2-Visum ungesichert sei. Sodann gibt sie zu bedenken, dass der Vater noch keine Zustimmung zur Wiederherstellung der früheren Sorgerechtslage gegeben habe. Darüber hinaus äussert sie im Unterschied zu ihren bisherigen Ausführungen plötzlich auch allgemeine Bedenken gegen eine Rückkehr in die USA. So macht sie namentlich geltend, ihr Visum erlaube ihr keine Erwerbstätigkeit in den USA, weshalb sie keine adäquate und dem Kindeswohl entsprechende Existenz führen könne.

In seiner Stellungnahme vom 3. April 2009 hält der Vater dafür, dass die Mutter mit ihrem B1/B2-Visum aller Voraussicht nach ohne Probleme in die USA einreisen könne, zumal die Zentralbehörde ihre Mithilfe zugesichert habe. Sodann lässt er unter Beilage des entsprechenden Dokumentes wissen, dass er sich damit einverstanden erklärt hat, dass die Mutter das Hauptsorgerecht behält, bis ein endgültiger Entscheid des Gerichts vorliegt. Die entsprechende, per Mail erfolgte Zustimmungserklärung des Vaters wurde von seiner Rechtsanwältin bereits an den amerikanischen Richter weitergeleitet.

Von bundesgerichtlicher Seite kann festgestellt werden, dass mit Bezug auf eine mögliche Freiheitsstrafe wegen contempt of court von amerikanischer Seite eine definitive Zusicherung vorliegt und es aus diesem Grund nicht zu einer Trennung von Mutter und Kind kommen kann; diese Rückführungsbedingung ist mithin erfüllt.

Was die Wiederherstellung der Sorgerechtslage, wie sie vor dem 4. August 2008 bestanden hat, anbelangt, so hat der Vater gegenüber dem amerikanischen Richter die verlangte Zustimmungserklärung abgegeben und jener hat verbindlich zugesichert, dass er gestützt hierauf die Anordnung vom 4. August 2008 aufheben wird. Somit ist auch diese Bedingung erfüllt.

Es verbleibt damit die Bedingung, dass die zuständigen konsularischen und/oder Einreisebehörden der Mutter schriftlich und in verbindlicher Weise zusichern, dass sie mit ihrem jetzigen Visum des Typs B1/B2 - selbstredend unter Vorbehalt von absoluten Ausschlussgründen wie Terrorismus, Drogen, u.ä. - frei in die USA einreisen und sich dort mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens über Y._____ aufhalten kann, oder dass ihr die zuständigen Behörden ein Visum eines Typs ausstellen, welcher - wiederum unter Vorbehalt der amerikanischen

Terrorismusgesetzgebung etc. - automatisch ein unbedingtes Einreise- und Aufenthaltsrecht bis mindestens zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens über Y. _____ gibt.

Was schliesslich das Vorbringen der Mutter anbelangt, mit ihrem jetzigen Visum dürfe sie in den USA nicht arbeiten, so sind ihre ökonomischen Sorgen verständlich; indes begründen allfällige wirtschaftliche Nachteile im Herkunftsstaat keine Unzumutbarkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ (dazu E. 3.3). Es mag zur Vermeidung allfälliger Fürsorgeleistungen im Interesse der USA liegen, der Mutter nicht nur die freie Einreisemöglichkeit aufgrund ihres jetzigen Visums zuzusichern, sondern ihr ein anderes Visum auszustellen, das ihr auch eine Erwerbstätigkeit erlaubt; dies sind aber Überlegungen, die ausschliesslich binnenstaatliche Angelegenheiten der USA betreffen und auf welche das schweizerische Gericht keinerlei Einfluss nehmen kann.

3.8 Zur einreise- und aufenthaltsrechtlichen Rückführungsbedingung ist klarzustellen, dass den amerikanischen Behörden keinerlei Verpflichtungen auferlegt werden können und auch tatsächlich nicht auferlegt werden: Die Gefahr der Trennung von Mutter und Kind schafft grundsätzlich eine Unzumutbarkeit für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, und mit der Abgabe der erwähnten Garantien bzw. der Ausstellung eines anderen Visumstyps wird lediglich die Voraussetzung dafür geschaffen, dass keine Trennungsgefahr und damit keine Unzumutbarkeit für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ besteht, so dass der entsprechende Verweigerungsgrund für eine Rückführung des Kindes in die USA wegfällt. In diesem Zusammenhang darf im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass sich die Signatarstaaten in Art. 2 HKÜ verpflichtet haben, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um in ihrem Hoheitsgebiet die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen. Dessen oberstes Ziel ist die Ermöglichung der Wiederherstellung des Status quo ante durch eine raschestmögliche Rückführung widerrechtlich verbrachter Kinder, und vorliegend bestand der Status quo ante darin, dass die Mutter mit dem Kind in den USA lebte. Abschliessend darf bemerkt werden, dass die schweizerische Zentralbehörde im Zusammenwirken mit den zuständigen Organen auch schon ausländischen Parteien freies Geleit in die Schweiz zugesichert hat.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass der die Rückführung beantragende Vater im vorliegenden Verfahren verschiedene Mitwirkungspflichten hat. Er kann wesentlich zur Beseitigung der für Y. _____ unzumutbaren Lage beitragen und Einfluss auf die Erfüllung der Bedingungen nehmen, indem er etwa gegenüber den Einreisebehörden die Erklärung abgibt, vollumfänglich für den Unterhalt von Mutter und Kind aufzukommen. Was den auf sein Gesuch zurückgehenden Obhutsentscheid vom 4. August 2008 anbelangt, hat er bereits Hand zu einer Lösung geboten.

Auf der anderen Seite treffen die Mutter ebenso Mitwirkungspflichten bei der Rückführung von Y. _____. Faktisch liegt es in erster Linie an ihr, bei den zuständigen Behörden für Einreisegarantien bzw. für die Ausstellung eines anderen Visums vorstellig zu werden. Weil die Mutter in ihrem Schreiben vom 2. April 2009 nunmehr allgemeine Bedenken gegen eine Rückkehr in die USA äussert und somit eine gewisse Gefahr besteht, dass sie gar nicht erst entsprechende Vorkehrungen trifft, um sich in der Folge darauf zu berufen, ihre Einreise sei nach wie vor ungesichert, ist sie von der grundsätzlichen Rückführungspflicht einzig dann zu befreien, wenn sie bei den zuständigen Behörden ein entsprechendes Gesuch gestellt hat, aber dieses offiziell abgewiesen worden ist.

Mit Blick auf den - an sich nicht zu erwartenden - Fall, dass die Mutter von einer (vollständigen und mit allen notwendigen Unterlagen versehenen) Gesuchstellung absieht, ist auf die Ausführungen in E. 3.3 bzw. die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung und die einschlägige Literatur zu verweisen, wonach sich im Zusammenhang mit der Begleitung eines Kindes nicht auf eine Gefahr berufen darf, wer diese selbst geschaffen hat, weil diesfalls anzunehmen ist, dass der betreffende Elternteil seine eigenen Interessen über diejenigen des Kindes stellt (BGE 130 III 530 E. 2 S. 535; Urteile 5P.310/2002, E. 3.4; 5P.71/2003, E. 2.4.2; KUHN, a.a.O., S. 1099; SIEHR, Münchner Kommentar zum BGB, 3. Aufl., München 1998, N. 61a Anh. II zu Art. 19 EG BGB). Gleiches muss für denjenigen Elternteil gelten, der es in der Hand hätte, durch entsprechende Vorkehrungen eine Gefahr zu beseitigen, der dies aber in Verletzung seiner Mitwirkungspflichten unterlässt. Es hat deshalb bei der grundsätzlich anzuordnenden Rückführung zu bleiben, wenn die Mutter sich nicht in gehöriger Weise um Garantien bzw. ein Visum im genannten Sinn bemühen sollte.

3.9 Das Beschleunigungsgebot genießt im Bereich des HKÜ eine besondere Stellung, und das Bundesgericht hat deshalb wiederholt auch im Rahmen der früheren staatsrechtlichen Beschwerde eigene Anordnungen getroffen (z.B. BGE 131 III 334 E. 6 S. 343), obwohl diese an sich kassatorisch

war. Vorliegend geht es ohnehin um eine Beschwerde in Zivilsachen, die grundsätzlich zu einem reformatorischen Urteil führt (Art. 107 Abs. 2 BGG).

Angesichts des Beschleunigungsgebots und des ansonsten liquiden Sachverhalts hat das Bundesgericht die Sache ausnahmsweise nicht an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen, sondern selbst mit dem amerikanischen Richter Kontakt aufgenommen, und es fällt vorliegend auch ein abschliessendes Rückführungsurteil, weil die verbleibende Bedingung keine zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen erfordert und sie sich im Dispositiv so formulieren lässt, dass ihr Eintritt oder Nichteintritt im Fall der Verweigerung einer freiwilligen Rückkehr von den zuständigen Vollzugsbehörden ohne Eröffnung eines materiellen Ermessensspielraums festgestellt werden kann.

Das Beschleunigungsgebot erfordert weiter, dass für die einzelnen Vorkehrungen Fristen gesetzt werden. Der Mutter ist deshalb eine Frist von 30 Tagen anzusetzen, innerhalb welcher sie bei den zuständigen Behörden ein vollständiges und mit allen notwendigen Unterlagen versehenes Gesuch um Einreise- und Aufenthaltsgarantien im erwähnten Sinn bzw. um Ausstellung eines Visumstyps, der die entsprechenden Rechtsansprüche automatisch gewährt, einzureichen hat. Sodann ist ihr eine weitere Frist von 30 Tagen zur Rückführung von Y. _____ anzusetzen, laufend ab Erhalt der schriftlichen Zusicherungen bzw. des neuen Visums.

Für den Fall, dass ihr Gesuch von den zuständigen amerikanischen Behörden offiziell abschlägig beantwortet wird, fällt die Rückführungsverpflichtung dahin, weil diesfalls der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bestehen bleibt. Bemüht sich die Mutter nicht in gehöriger Weise um die erwähnten Garantien bzw. um ein anderes Visum, bleibt es demgegenüber bei der Rückführungsverpflichtung.

4.

Grundsätzlich ist das Rückführungsverfahren kostenlos und die Verbeiständung unentgeltlich (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Die USA haben indes einen Vorbehalt angebracht, wonach die Verfahrens- und Parteikosten nur im Rahmen des Systems der unentgeltlichen Rechtspflege übernommen werden (Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 HKÜ). Die Schweiz wendet diesfalls das Prinzip der Gegenseitigkeit an (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, SR 0.111).

Vorliegend sind beide Parteien offensichtlich prozessarm, weshalb ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen ist (Art. 64 Abs. 1 BGG), unter Verbeiständung durch die sie jeweils vertretende Rechtsanwältin (Art. 64 Abs. 2 BGG). Für das bundesgerichtliche Verfahren werden daher keine Gerichtskosten gesprochen und beide Rechtsanwältinnen aus der Bundesgerichtskasse entschädigt.

Für das kantonale Verfahren sind die Rechtsanwältinnen vom Kanton Zürich zu entschädigen. Eine diesbezügliche Rückweisung erübrigt sich, weil die Entschädigungen nicht Teil des angefochtenen Entscheides sind, sondern gemäss dessen Erwägung III.2 mit separatem Entscheid festgesetzt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In dahingehender Gutheissung der Beschwerde in Zivilsachen wird der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2009 aufgehoben.

2.

Die Beschwerdegegnerin wird unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB verpflichtet, Y. _____, geb. 27. April 2007, innert 30 Tagen auf ihre Kosten in die USA zurückzubringen oder zurückbringen zu lassen.

3.

Die Rückführungsfrist gemäss Ziff. 2 beginnt zu laufen, sobald die Beschwerdegegnerin seitens der zuständigen Behörden der USA die schriftliche und verbindliche Garantie erhalten hat, dass sie mit ihrem jetzigen Visum des Typs B1/B2 frei in die USA einreisen und sich dort bis mindestens zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens über Y. _____ aufhalten darf, oder sobald ihr die zuständigen Behörden ein Visum eines Typs ausgestellt haben, welcher automatisch einen entsprechenden unbedingten Rechtsanspruch gibt.

Die Frist gemäss Ziff. 2 beginnt auch zu laufen, wenn die Beschwerdeführerin nicht innert 30 Tagen ab Zustellung dieses Urteils bei den zuständigen Behörden mit einem vollständigen und allen notwendigen Unterlagen versehenen Gesuch entsprechende Garantien oder ein entsprechendes Visum beantragt hat.

4.

Die Rückführungsverpflichtung gemäss Ziff. 2 fällt dahin, wenn die zuständigen Behörden das Gesuch der Beschwerdeführerin im Sinn von Ziff. 3 offiziell abschlägig beantwortet haben.

5.

Die Rechtsanwältinnen Esther Küng und Dr. Heidi Frick-Moccetti werden für das bundesgerichtliche Verfahren mit je Fr. 2'000.-- entschädigt.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, und der schweizerischen Zentralbehörde schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. April 2009

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Möckli