



## **Urteil vom 12. August 2016**

### **II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Brigitte Scheuber,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Sandor Horvath,  
Beschwerdegegner,

**C.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Paul von Moos,  
Kasernenplatz 2, 6003 Luzern.

---

Gegenstand

Rückführung eines Kindes,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts  
Luzern, 2. Abteilung, vom 23. Juni 2016.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sind die nicht verheirateten Eltern des 2006 in der Schweiz geborenen C.\_\_\_\_\_. Kurz nach der Geburt des Kindes zog die Mutter mit C.\_\_\_\_\_ nach Spanien, wo sie während mehrerer Jahre mit dem Vater in gemeinsamem Haushalt lebten. Im Jahr 2011 trennten sich die Eltern, wobei C.\_\_\_\_\_ fortan tageweise abwechselnd bei seinen beiden Elternteilen lebte. Ende Januar / Anfang Februar 2016 reiste die Mutter, als der Vater für eine Woche in den Pyrenäen weilte, ohne dessen Wissen mit dem Kind in die Schweiz, wo sie mit diesem seither wohnt. In Spanien ist zwischen den Parteien noch ein Verfahren betreffend Sorgerecht und Obhut hängig.

### **B.**

Mit Gesuch vom 23. März 2016 beantragte der Vater beim Kantonsgericht Luzern die Rückführung von C.\_\_\_\_\_ nach Spanien. Nach Anhörung der Eltern und des Kindes ordnete das Kantonsgericht mit Entscheid vom 23. Juni 2016 dessen Rückführung an, unter Regelung der Vollzugsmodalitäten.

### **C.**

Gegen diesen Entscheid hat die Mutter am 11. Juli 2016 beim Bundesgericht eine Beschwerde eingereicht mit den Begehren um dessen Aufhebung, eventuell um Rückweisung der Sache an das Kantonsgericht. Ferner verlangt sie die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Verfügung vom 12. Juli 2016 wurde angeordnet, dass Vollstreckungsmassnahmen einstweilen zu unterbleiben haben. Mit Vernehmlassungen vom 14. bzw. 15. Juli 2016 schlossen der Vater sowie das Kantonsgericht auf Abweisung der Beschwerde. Mit Vernehmlassung vom 18. Juli 2016 ersuchte der Kindesvertreter um Gutheissung der Beschwerde. Am 28. Juli 2016 reichte der Vater einen Massnahmeentscheid des Amtsgerichtes von Gijon vom 26. Juli 2016 nach, wonach das Verbringen des Kindes in die Schweiz als widerrechtlich erklärt, bei Rückkehr des Kindes das erneute Verlassen des Landes ohne Zustimmung beider Elternteile untersagt, für jenen Fall der Einzug des Passes des Kindes verfügt und ohne präjudizielle Wirkung für das Hauptverfahren vorübergehend die Obhut (guarda y custodia) über C.\_\_\_\_\_ dem Vater zugewiesen wurde. Mit Eingabe vom 8. August 2016 wies die Mutter darauf hin, dass das Amtesgericht von Gijon auf den 26. Ok-

tober 2016 Termin für die Verhandlung in der Hauptsache angesetzt habe.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Bei Rückführungsentscheiden nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (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).

Gegen den Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern, welches als einzige kantonale Instanz entschieden hat (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, BG-KKE, SR 211.222.32), steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

Mit ihr kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das HKÜ gehört. Demgegenüber ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip zum Tragen kommt und appellatorische Ausführungen ungenügend sind (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Echte Noven sind im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123) und unechte sind nur insoweit zulässig, als erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben hat (Art. 99 Abs. 1 BGG), was näher zu begründen ist (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Die erst nach Erlass des angefochtenen Entscheides erstellten und auf diesen Bezug nehmenden Dokumente (insb. Schreiben des Kindes, des Sozialarbeiters und des Klassenlehrers sowie E-Mails des Kindes) können deshalb keine Berücksichtigung finden. Gleiches gilt für den Massnahmeentscheid des Amtsgerichtes von Gijon vom 26. Juli 2016. Ohnehin vermöchten die Anordnungen in jenem Entscheid die Frage

der Widerrechtlichkeit des Verbringens des Kindes nicht zu beeinflussen, weil die Sorgerechtslage unmittelbar vor dem Verbringen massgeblich ist (Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ). Schliesslich stellt auch der Hinweis auf die am 26. Oktober 2016 stattfindende Verhandlung in Spanien ein echtes Novum dar, welches nicht berücksichtigt werden kann.

## **2.**

Unbestrittenermassen hatte das Kind vor seinem Verbringen in die Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien. Aufgrund der hälftig wahrgenommenen Betreuung des Kindes besteht sodann kein Zweifel, dass allfällige Sorgerechte tatsächlich ausgeübt worden wären (Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ); bestritten ist durch die Mutter jedoch, dass dem Vater überhaupt eine Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ bzw. ein Aufenthaltsbestimmungsrecht im Sinn von Art. 5 lit. a HKÜ zukam. Hätte die Mutter unmittelbar vor dem Verbringen des Kindes über das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht verfügt, so wäre die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes nicht widerrechtlich im Sinn von Art. 3 HKÜ und es würde diesfalls an der wichtigsten Rückführungsvoraussetzung fehlen.

**2.1** Als Sachverhalt hat das Kantonsgericht festgestellt, dass die Mutter bei der Geburt von C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz das alleinige elterliche Sorgerecht hatte, was der Vater so auch zur Kenntnis nahm, indem er anlässlich der Anerkennung des Kindes am 30. August 2006 vor dem Zivilstandsbeamten eine Rechtsmittelbelehrung unterzeichnete, welche u.a. auf die erwähnte Rechtslage hinwies. Kurz nach der Geburt zog die Mutter mit dem Kind nach Spanien, wobei die Parteien über den genauen Zeitpunkt unterschiedliche Angaben machen (Vater: einen Monat nach Geburt; Mutter: am 2. Januar 2008); gemäss spanischer Wohnsitzbestätigung erfolgte der Zuzug am 29. Oktober 2007. Bis ins Jahr 2011 lebten alle drei Personen in gemeinsamem Haushalt. Nach der Trennung der Eltern lebte C.\_\_\_\_\_ gemäss übereinstimmenden Aussagen aller drei Personen unter der Woche tageweise abwechselnd sowie alternierend an den Wochenenden bei Vater und Mutter, welche in der gleichen Ortschaft wohnhaft blieben, wobei sie ihn auch abwechselnd mit dem Auto zur Schule und zum Musikunterricht brachten bzw. von dort abholten. Im Herbst 2015 unterzeichneten die Parteien im Zusammenhang mit einem eingeleiteten Verfahren eine Vereinbarung, welche u.a. die gemeinsame elterliche Sorge (*patria potestad*) und die gemeinsame Obhut (*guarda y custodia*) vorsah. Weil die Mutter am vorgesehenen Gerichtstermin nicht teilnahm, wurde die Vereinbarung bislang nicht gerichtlich homologiert.

Ausgehend von diesem Sachverhalt kam das Kantonsgericht zum rechtlichen Schluss, gemäss Art. 9 Abs. 4 des Código Civil español (CCes) gelte als Kollisionsrecht das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ, SR 0.211.231.011), gemäss dessen Art. 16 Abs. 4 der Vater ebenfalls die elterliche Sorge erworben habe, welche nach Art. 156 Abs. 1 CCes grundsätzlich beiden Elternteilen gemeinsam zustehe, soweit keine der im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen gegeben sei. Eine solche sei nicht ersichtlich; insbesondere habe der Vater am 30. August 2006 vor dem Zivilstandsamt nicht einer alleinigen Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter zugestimmt, sondern im Rahmen der Rechtsmittelbelehrung zur Kenntnis genommen, dass nach damaliger Rechtslage in der Schweiz das Sorgerecht allein der Mutter zukam. Es liege auch keine anderweitige Zustimmung zur alleinigen elterlichen Sorge und ebenso wenig eine abweichende Massnahme im Sinn von Art. 18 HKsÜ vor. Ergänzend hielt das Kantonsgericht fest, auch das vom spanischen Justizministerium bei D.\_\_\_\_\_, Mitglied der Haager Konferenz, in Auftrag gegebene Kurzgutachten komme zum Schluss, dass Eltern im Fall eines Scheiterns des Zusammenlebens normalerweise die gemeinsame elterliche Sorge (patria potestad) behielten, was auch der Fall sei, wenn dem einen Teil die Obhut (custodia) und dem anderen ein Besuchsrecht zugeteilt werde. In diesem Sinn erfordere insbesondere die Verlegung des Wohnortes des Kindes in jedem Fall die Zustimmung beider Elternteile.

**2.2** Die Mutter rügt eine Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV) im Zusammenhang mit ihrem Vorbringen, der Vater habe vor dem Zivilstandsamt am 30. August 2006 ausdrücklich die Zustimmung zur alleinigen elterlichen Sorge erteilt. Entgegen ihrer Behauptung hat sich das Kantonsgericht aber sehr wohl mit der betreffenden Urkunde auseinandergesetzt. Gemäss den Sachverhaltsfeststellungen des Kantonsgerichts gab der Vater in diesem Dokument keine aktive Zustimmung ab, sondern nahm er einfach die damalige Rechtslage in der Schweiz zur Kenntnis. Die Mutter erhebt keine Willkürzüge (dazu E. 1), wonach der Inhalt des Dokumentes vom Kantonsgericht in willkürlicher Weise gewürdigt worden wäre. Der Inhalt des aktenkundigen Dokumentes entspricht denn auch offensichtlich dem, was das Kantonsgericht festgestellt hat.

Die Behauptung, der Vater habe auch nach dem Umzug von Mutter und Kind nach Spanien weiterhin diese Rechtslage (alleiniges Sorgerecht der Mutter) gewollt, entbehrt mithin einer tatsächlichen Basis, zumal das Kantonsgericht die – vorliegend unbeanstandete – Sachverhaltsfeststellung getroffen hat, der Vater habe auch sonst nie einem

alleinigen Sorgerecht der Mutter zugestimmt. Schliesslich bleibt für die Auslegung von Art. 16 Abs. 4 HKsÜ, worauf noch ausführlich einzugehen sein wird, ohne Belang, ob er damals nach schweizerischem Recht die gemeinsame elterliche Sorge hätte verlangen können; aus dem betreffenden Vorbringen lässt sich mithin nichts für den Standpunkt der Mutter ableiten.

In völligem Kontrast zu den erstinstanzlichen Aussagen von Vater, Kind und der Mutter selbst steht, wenn sie vor Bundesgericht plötzlich behauptet, das Kind habe in Spanien nach der Trennung gar nicht hälftig beim Vater gelebt, sondern sie habe diesem nur ein Besuchsrecht ermöglichen wollen. Die Behauptung ist aber ohnehin bereits aus formellen Gründen unbeachtlich, weil sie bloss appellatorisch und nicht in Form einer substantiierten Willkürklage vorgetragen wird (dazu E. 1).

**2.3** Wem das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kinder zukam – was entscheidend ist für die Frage der widerrechtlichen Sorgerechtsverletzung im Sinn von Art. 3 und 5 HKÜ –, bestimmt sich nach dem internationalen Privatrecht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes unmittelbar vor dem Verbringen (BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362), wobei auch ein allfälliger Renvoi zu beachten ist (Urteil 5A\_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1). Art. 9 Abs. 4 Código civil español (CCes) verweist seit dem 1. Januar 2011 für den Inhalt und die Ausübung des Sorgerechtes direkt auf das HKsÜ. Zum gleichen Ergebnis hätte allerdings auch die frühere Rechtslage geführt (vgl. BERGMANN/FERID, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien 182. Lieferung, S. 37 f.): Charakter und Inhalt des Kindschaftsverhältnisses sowie die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern richteten sich nach dem Personalstatut des Kindes, welches nach Art. 9 Abs. 1 CCes durch die Staatsangehörigkeit bestimmt wird; aufgrund der schweizerischen Staatsangehörigkeit von C.\_\_\_\_\_ wären mithin Art. 82 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 85 IPRG anwendbar gewesen, welche ebenfalls auf das HKsÜ verweisen.

Ausgehend von der Anwendbarkeit des HKsÜ stellt sich zunächst die Frage, welche Auswirkungen der seinerzeitige Wegzug des Kindes nach Spanien auf die Sorgerechtslage hatte. Die Antwort gibt Art. 16 Abs. 4 HKsÜ, wonach sich beim Aufenthaltswechsel des Kindes das von Gesetzes wegen einer Person zukommende Sorgerecht, wenn diese noch nicht darüber verfügt, nach dem Recht des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes richtet. Im erläuternden Bericht (Rapport explicatif / explanatory Report) von PAUL LAGARDE vom 15. Januar 1997 zum HKsÜ (abrufbar auf der Website der Haager Konferenz,

www.hcch.net) wird ausführlich dargelegt, was mit Art. 16 Abs. 3 und 4 HKsÜ beabsichtigt ist, nämlich eine Vermittlung zwischen den Konzepten der Mutabilität und der Kontinuität des Sorgerechts (erläuternder Bericht, Rz. 105) je nach konkreter Ausgestaltung der nationalen Rechte des Weg- und des Zuzugsstaates (erläuternder Bericht, Rz. 106). Für den vorliegend interessierenden Fall, dass im Zeitpunkt des Wechsels des Aufenthaltsortes des Kindes das Recht des Wegzugsstaates die Alleinsorge und das Recht des Zuzugsstaates die geteilte Sorge als Grundsatz statuierte, stand dem anderen Elternteil ab dem Zeitpunkt des Zuzugs aufgrund von Art. 16 Abs. 4 HKsÜ ebenfalls die elterliche Sorge zu (erläuternder Bericht, Rz. 107). Das HKsÜ regelt diese expansive Kraft selbständig, d.h. es ist nicht nötig, dass der Zuzugsstaat sie für den Zuzugsfall explizit vorsieht (erläuternder Bericht, Rz. 108).

Die elterliche Sorge des schweizerischen Rechts entspricht der spanischen "patria potestad" (elterliche Gewalt) im Sinn von Art. 154 ff. CCes. Nach spanischem Recht umfasst die patria potestad u.a. die Befugnis, die Kinder bei sich zu haben (Art. 154 Abs. 2 CCes). Daraus ergibt sich die Aufenthaltsbestimmungsbefugnis (Urteile 5A\_441/2010 vom 7. Juli 2010 E. 4.3.1; 5A\_550/2012 vom 10. September 2012 E. 3.3.2; beide Entscheide betreffen Rückführungen nach Spanien). Nicht entscheidend ist die – einzig im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung in Art. 90 ff. CCes geregelte – Obhut (guarda y custodia, vgl. zur analogen Lage nach katalanischem Recht, welches in jener Konstellation als innerspanisches Kollisionsrecht zur Anwendung kam: Urteil 5A\_537/2012 vom 20. September 2012 E. 2), welche durchaus auch geteilt sein kann (sog. guarda y custodia compartida aufgrund entsprechender Scheidungsvereinbarung, Art. 92 Abs. 5 CCes, oder richterlicher Anordnung, Art. 92 Abs. 8 CCes).

Wie dies seit dem 1. Juli 2014 gemäss Art. 296 Abs. 2 ZGB auch für das schweizerische Recht der Fall ist (vgl. Bundesgesetz vom 21. Juni 2013, AS 2014 357), wird die patria potestad nach spanischem Recht grundsätzlich durch beide Elternteile gemeinsam ausgeübt (Art. 156 Abs. 1 CCes). Leben die Eltern getrennt, wird sie durch denjenigen Elternteil ausgeübt, bei welchem das Kind lebt (Art. 156 Abs. 7 CCes). Treffen sie dabei keine einvernehmliche Regelung, entscheidet der Richter, welchem Elternteil das Sorgerecht zusteht (Art. 159 CCes).

Nach dem Gesagten hat sich die elterliche Sorge mit der Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes nach Spanien auch auf den Vater ausgedehnt (Art. 16 Abs. 4 HKsÜ i.V.m. Art. 156 Abs. 1 CCes). Nach der Trennung lebte C.\_\_\_\_\_ je zur Hälfte und tageweise ab-

wechselnd bei den beiden Elternteilen, so dass weiterhin von einer gemeinsamen Ausübung des Sorgerechtes auszugehen ist (e contrario Art. 156 Abs. 7 CCes), zumal bislang kein Gericht die elterliche Sorge dem Vater oder der Mutter allein zugeteilt hätte. Nach der von den Parteien zur gerichtlichen Genehmigung vorgesehenen Vereinbarung soll dies denn auch nicht der Fall sein.

**2.4** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Vater mit der Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes nach Spanien die elterliche Mitsorge, welche das Aufenthaltsbestimmungsrecht einschliesst, über C.\_\_\_\_\_ erhalten und diese bis zum Verbringen des Kindes in die Schweiz zusammen mit der Mutter auch tatsächlich ausgeübt hat. Das einseitige Verbringen durch die Mutter ohne Wissen und Einverständnis des Vaters ist deshalb widerrechtlich und löst grundsätzlich die sofortige Rückgabepflicht aus (Art. 12 Abs. 1 HKÜ), soweit nicht ausnahmsweise ein Ausschlussgrund greift.

### **3.**

Vor Bundesgericht neu geltend gemacht wird der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ (dazu E. 3.1). Im Zusammenhang mit der schwerwiegenden Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ wird einzig noch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. b BG-KKE gerügt (dazu E. 3.2).

**3.1** Der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ wurde vor Kantonsgericht nie thematisiert. Er beruht ausschliesslich auf echten Noven, welche aus prozessualen Gründen nicht beachtet werden können (vgl. E. 1). Ohnehin wäre aber selbst unter Berücksichtigung des Schreibens von C.\_\_\_\_\_ vom 1. Juli 2016 an das Bundesgericht ein eigentliches Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht dargetan, wie nachfolgend kurz ausgeführt sei.

Im kantonsgerichtlichen Verfahren hat sich der Loyalitätskonflikt, in welchem C.\_\_\_\_\_ sich befindet, fast lehrbuchmässig manifestiert. Sowohl gegenüber dem Kindesvertreter als auch bei der kantonsgerichtlichen Anhörung hat er ausgeführt, dass er gerne einen Knopf hätte, auf den er drücken könnte, um beim Vater und bei erneutem Drücken bei der Mutter zu sein, halb/halb, möglichst viel mit beiden. Er wusste bei der Anhörung auch nur Positives von beiden Aufenthaltsorten zu berichten. In der Schweiz gefällt es ihm gut, auch in der Schule, und er hat guten Kontakt zur Mutter, mit welcher er viel unternimmt. Ebenso war es für ihn in Spanien gut und fühlte er sich auch beim Vater wohl, mit welchem er ebenfalls viel unternommen hat.



Der Brief vom 1. Juli 2016 an das Bundesgericht enthält gewissermassen das Gegenteil der bisherigen Äusserungen des Kindes. Der in fast einwandfreiem Deutsch geschriebene Brief behandelt namentlich die Problemkreise einer Kindesrückführung sowie das in Spanien zwischen den Eltern hängige Verfahren. Sowohl von der Sprache (weitgehende Fehlerlosigkeit; relativ anspruchsvolle grammatikalische Strukturen) als auch vom Aufbau und Inhalt her (ziemlich fachliche Thematisierung des in Spanien zwischen den Eltern hängigen Verfahrens; akribische Auflistung, was der Vater im Fall einer Rückkehr nach Spanien bei der Erziehung alles falsch machen würde und was an dortigen Lebensumständen alles nicht gut wäre) wirkt das Schreiben nicht wie von einem Kind spanischer Muttersprache im Alter von C.\_\_\_\_\_ verfasst, sondern vielmehr wie von einer erwachsenen und in das Rückführungsverfahren involvierten Person diktiert. Das Schreiben lässt eine recht starke Manipulation des Kindes erahnen, was sich mit der im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Klage des Vaters deckt, der Telefonverkehr werde strikt überwacht, wobei er zwischenzeitlich offenbar gänzlich unterbunden wird, wie der Vater in seiner Vernehmlassung ans Bundesgericht festhält und sich auch aus der Vernehmlassung des Kindesvertreters ergibt. Das muss aber keineswegs heissen, dass das Schreiben nicht sinngemäss das beinhalten könnte, was C.\_\_\_\_\_ heute empfindet. Es deutet vieles darauf hin, dass C.\_\_\_\_\_ mit seiner Mutter, welche ihn konsequent vom Vater abschirmt, in der Zwischenzeit eine Schicksalsgemeinschaft aufgebaut und er seinen Loyalitätskonflikt dahingehend gelöst hat, dass er sich auf ihre Seite schlägt und ihrem Wunsch nach einem Leben in der Schweiz nachkommt. Dies geht jedenfalls auch aus der Vernehmlassung des Kindesvertreters vor. Diesem gegenüber hat sich C.\_\_\_\_\_ dahingehend geäussert, dass er nicht ohne seine Mutter nach Spanien zurück möchte und dass er seit dem Entscheid des Kantonsgerichtes ein schlechtes Gefühl habe und nicht mehr schlafen könne. Wenn die Mutter ebenfalls nach Spanien zurückgehen könnte, was aber wegen der fehlenden dortigen Arbeitsgelegenheiten nicht möglich sei, würde er ebenfalls zurückkehren und er könnte sich dann sogar vorstellen, in Spanien wieder so zu leben wie früher, d.h. einmal beim Vater und einmal bei der Mutter. Der Kindesvertreter würdigt diese Aussagen selbst auch so, dass C.\_\_\_\_\_ nun für sich eine Entscheidung getroffen habe, um Entlastung zu erfahren.

Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann – würde man über das prozessual geltende Novenverbot hinwegsehen und den Einwand materiell behandeln – ein Kindeswille, welcher nicht autonom gebildet worden ist, sondern auf Manipulation beruht, den Ausschluss-

grund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht begründen (BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340; 133 III 146 E. 2.6 S. 152; vgl. sodann das Anwendungsbeispiel für einen manipulierten Kindeswillen im Urteil 5A\_229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.1).

**3.2** Was sodann die schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ anbelangt, erneuert die Mutter ihre kantonsgerichtlichen Vorbringen (im Auto des Vaters habe es keine Kopfstützen, der Vater lasse C.\_\_\_\_\_ alleine ausreiten, er sei bei ihm einmal von einem Hund gebissen worden, die Wohnung beim Vater sei schmutzig, er kümmere sich zu wenig um die Weizenallergie des Kindes, u.ä.m.) nicht mehr. Wie das Kantonsgericht zutreffend erwogen hat, könnten diese Einwände, soweit sie zutreffen sollten, auch nicht ansatzweise eine schwerwiegende Gefahr für das Kind begründen. Als solche sind nach konstanter Rechtsprechung Gefahren wie Krieg, Seuchen oder Misshandlung durch den Elternteil anzusehen (vgl. BGE 130 III 530 E. 3 S. 535; Urteile 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A\_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.2; 5A\_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1; 5A\_229/2015 vom 30. April 2015 E. 6.1).

Vielmehr beschränkt sich die Mutter darauf, beschwerdeweise eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. b BG-KKE geltend zu machen und in diesem Zusammenhang eine Gehörsrüge zu erheben, indem das Kantonsgericht nicht begründet habe, wieso ihre bessere wirtschaftliche Ausgangslage in der Schweiz und die hohe Arbeitslosigkeit in Spanien keinen Ausschlussgrund darstelle; ferner wirft sie dem Kantonsgericht vor, die Lebenssituation des Kindes in Spanien nicht abgeklärt zu haben.

Die Gehörsrüge im Sinn der Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs geht indes fehl. Das Kantonsgericht hat sich ausführlich zu den relevanten Fragen im Zusammenhang mit der schwerwiegenden Gefahr geäußert (dass sich die schwerwiegende Gefahr auf das Kind, nicht auf den Elternteil beziehen muss; dass die drei Bedingungen von Art. 5 Abs. 1 lit. a-c BG-KKE kumulativ gegeben sein müssen). Im Übrigen ist der angefochtene Entscheid auch von der Sache her zutreffend; wirtschaftliche Nachteile im Herkunftsstaat begründen als solche keine schwerwiegende Gefahr (Urteil 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3). Sodann geht es um eine Rückführung in ein während Jahren effektiv gelebtes Umfeld, d.h. um die Wiederherstellung des Status quo ante (vgl. auch Art. 1 lit. a HKÜ); es ist deshalb nicht ersichtlich, was an zusätzlichen Abklärungen zur

dortigen Lage das Kantonsgericht hätte vornehmen und im angefochtenen Entscheid begründen sollen.

Bei einer Rückführung des Kindes wird die Mutter möglicherweise mit ihm nach Spanien zurückkehren, wo sie mit diesem während Jahren gelebt hat, auch nach der Trennung vom Vater. Weil sie die hohe Arbeitslosigkeit in Spanien anführt und sie in der Schweiz einer Erwerbsarbeit nachgeht, ist aber auch denkbar, dass C.\_\_\_\_\_ alleine nach Spanien zurückkehren und demzufolge bei seinem Vater leben würde. Schwerwiegende Gefahren für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ – aber auch die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen, wie sie in Art. 5 Abs. 1 BG-KKE genannt werden – sind aufgrund der kantonsgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen und Erwägungen nicht ersichtlich. C.\_\_\_\_\_ würde in ein ihm vertrautes Umfeld (örtlich, sprachlich, schulisch) zurückkehren und durch seinen Vater betreut, welcher bereits vorher im Einvernehmen mit der Mutter während langer Jahre die hälftige Betreuung übernommen hatte und bei welchem er sich vor dem Verbringen in die Schweiz wohl fühlte. Es bestehen keine Anzeichen, dass es C.\_\_\_\_\_ beim Vater in irgendeiner Weise schlecht ergehen könnte. Auch im Zusammenhang mit seiner Weizenallergie, welche der Vater nach der Behauptung der Mutter zu wenig ernst nimmt, sind keine schwerwiegenden Gefahren ersichtlich, weiss doch C.\_\_\_\_\_, wie seine Aussagen bei der Anhörung zeigen, inzwischen selbst, was er essen darf und was nicht, und besteht in Spanien eine adäquate medizinische Versorgung, soweit dies erforderlich sein sollte; die kantonale Behauptung der Mutter, die aufgrund der Weizenallergie drohende chronische Ohrentzündung könne nur in der Schweiz behandelt werden, ist jedenfalls nicht glaubhaft. Im Übrigen hat die Anhörung der Eltern ergeben, dass beide Teile ihn lieb haben, sich umfassend um ihn sorgen und viel mit ihm zu unternehmen wissen. Während der Vater sich mehr um die männliche Seite des Knaben zu kümmern scheint (Reiten, Bergsteigen, Tiere trainieren, etc.), fördert die Mutter eher dessen musische Seite (Saxophon spielen, Vorlesen, gemeinsam Geschichten erfinden, etc.), wie sich aus den elterlichen Aussagen bei der Parteibefragung ergibt. Beides ist für ein heranwachsendes Kind wichtig und die Betreuungssituation, wie sie vor dem Verbringen bestand, wäre für C.\_\_\_\_\_ wohl sogar optimal; es sind aber auch keine schwerwiegenden Gefahren ersichtlich, wenn das Kind allenfalls von einem Elternteil allein betreut würde, zumal der Vater bei der Anhörung in Aussicht gestellt hat, dass er in diesem Fall so viel Kontakt mit der Mutter als möglich zulassen würde.

**3.3** Was schliesslich den Hinweis der Mutter auf den Gerichtstermin in Spanien vom 26. Oktober 2016 anbelangt, handelt es sich um ein echtes Novum (vgl. E. 1). Ohnehin vermöchte dieser Termin aber auch von der Sache her keine Suspendierung der Rückführungsentscheidung zu rechtfertigen. Es ist durchaus möglich, dass der für die materielle Entscheidung zuständige spanische Richter zum Schluss kommt, dass C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz leben soll. Indes lässt die Massnahmeverfügung vom 26. Juli 2016 nicht unbedingt darauf schliessen und noch weniger kann davon ausgegangen werden, dass, soweit bereits am 26. Oktober 2016 ein Sachurteil gefällt werden könnte, dieses nicht von der einen oder anderen Seite angefochten wird. Angesichts der nicht mit Zweifeln behafteten Rückführungssituation und der Eilbedürftigkeit von Kindesrückführungen (Art. 1 lit. a und Art. 11 Abs. 2 HKÜ) sowie mit Blick auf das beginnende Schuljahr wäre eine Aufschiebung der vorliegenden Rechtsmittelentscheidung nicht gerechtfertigt.

#### **4.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit werden das Gesuch um aufschiebende Wirkung sowie die diversen Verfahrens- und Massnahmeanträge in der Vernehmlassung des Vaters gegenstandslos. Indes wurden im Sinn einer superprovisorischen Anordnung am 12. Juli 2016 jegliche Vollzugshandlungen untersagt, so dass der vom Kantonsgericht angeordnete Übergabezeitpunkt für den Fall, dass die Mutter nicht gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides selbst mit C.\_\_\_\_\_ nach Spanien zurückkehren würde, neu zu bestimmen ist. Die Modalitäten (Ort und Zeit der Übergabe, Aushändigung der Dokumente, sowie Zwangsvollstreckung bei unterbleibender freiwilliger Übergabe) richten sich nach dem Dispositiv des angefochtenen Urteils.

#### **5.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter aller Beteiligten aus der Bundesgerichtskasse entschädigt (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist damit gegenstandslos.

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

**2.**

Der Zeitpunkt der Übergabe von C.\_\_\_\_\_ an den Beschwerdegegner gemäss den im Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 23. Juni 2016 festgelegten Modalitäten wird neu festgelegt auf Samstag, 20. August 2016, 11.00 Uhr, bei der Eingangspforte des Campingplatzes U.\_\_\_\_\_.

**3.**

Aus der Bundesgerichtskasse werden Rechtsanwältin Brigitte Scheuber und Rechtsanwalt Sandor Horvath mit je Fr. 3'000.-- und Rechtsanwalt Paul von Moos mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, C.\_\_\_\_\_, dem Kantonsgericht Luzern, 2. Abteilung, dem Amt für Gemeinden des Kantons Luzern, der Luzerner Polizei, Polizeiposten Horw, und dem Bundesamt für Justiz, Zentralbehörde für Kindesentführungen, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. August 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli