



5A_666/2017

Urteil vom 27. September 2017

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Larissa Imbaumgarten,
Beschwerdeführer,

gegen

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Häfliger,
Beschwerdegegnerin,

C. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Paul von Moos.

Gegenstand

Rückführung eines Kindes,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts
Luzern, 2. Abteilung, vom 18. August 2017.

Sachverhalt:

A.

B._____ und A._____ 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. Im Rahmen des zwischen den Parteien noch vor dem Verbringen des Kindes in Spanien eingeleiteten Verfahrens betreffend Sorgerecht und Obhut wurde diese inzwischen auch von der zweiten Instanz dem Vater zugeteilt.

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.

Die hiergegen eingereichte Beschwerde der Mutter wies das Bundesgericht mit Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016 ab, wobei es die angeordnete Rückgabe des Kindes (gemäss den vom Kantonsgericht angeordneten Vollzugsmodalitäten) neu auf den 20. August 2016 festlegte. Im Sinn eines echten Novums hatte die Mutter im bundesgerichtlichen Verfahren vorgebracht, das Kind wersetze sich der Rückführung. Dies konnte formell nicht berücksichtigt werden, aber das Bundesgericht hielt fest, dass der betreffende Rückführungsauschlussgrund ohnehin auch von der Sache her nicht gegeben wäre.

C.

Nachdem die angeordnete Übergabe am 20. August 2016 gescheitert war, weil die Polizei bereits im Vorfeld erklärt hatte, sich auf ein reines Beobachten der Situation zu beschränken, beantragte der Vater am 22. August 2016 beim Kantonsgericht, die Luzerner Polizei sei mit dem sofortigen Vollzug der Rückführung zu beauftragen. Am 5. September 2016 beantragte die Mutter die Abweisung des Gesuchs und im Übrigen die Abänderung des Rückführungsentscheides dahingehend, dass von einer Rückführung des Kindes abgesehen werde. Sie

berief sich dabei auf den Willen des Kindes, welches sich einer Rückführung widersetze.

Am 21. September 2016 gab das Kantonsgericht ein Gutachten zum Willen, zur Willensbildung im Zeitverlauf und zur Reife des Kindes in Auftrag, welches am 5. Dezember 2016 erstattet wurde.

Ausserdem installierte das Kantonsgericht mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 begleitete Besuchskontakte zwischen Vater und Sohn, welche jedoch nur am 7. Januar sowie 4. und 25. Februar 2017 stattfinden konnten.

Nachdem die Parteien zum Gutachten Stellung genommen hatten, hiess das Kantonsgericht das Abänderungsgesuch mit Entscheid vom 6. Februar 2017 gut, indem es in Abänderung seines Rückführungsentscheides vom 23. Juni 2016 bzw. des bundesgerichtlichen Rückführungsentscheides vom 12. August 2016 das Rückführungsgesuch des Vaters abwies und die Rückführung von C._____ nach Spanien verweigerte.

Auf Beschwerde des Vaters hin hob das Bundesgericht diesen Entscheid mit Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 auf und wies die Sache im Sinn der Erwägungen zur neuen Entscheidung an das Kantonsgericht zurück.

D.

In der Folge hörte das Kantonsgericht C._____ am 3. Mai 2017 erneut an.

Mit Entscheid vom 18. August 2017 hiess das Kantonsgericht das Abänderungsgesuch der Mutter wiederum gut, indem es in Abänderung seines Rückführungsentscheides vom 23. Juni 2016 bzw. des bundesgerichtlichen Rückführungsentscheides vom 12. August 2016 das Rückführungsgesuch des Vaters abwies und die Rückführung von C._____ nach Spanien verweigerte.

E.

Gegen diesen Abänderungsentscheid hat der Vater am 1. September 2017 wiederum eine Beschwerde eingereicht mit den Begehren um dessen Aufhebung und Bestätigung der Rückführungsentscheide bzw. Verpflichtung der Mutter, C._____ zwecks sofortigen Vollzuges an den Besuchsrechtsbegleiter F._____ oder eventualiter den Beistand G._____ zu übergeben, unter Androhung der Ungehorsams-

strafe nach Art. 292 StGB, bzw. subeventualiter um vorübergehende Platzierung von C._____ in einer Pflegefamilie zur Vorbereitung der Rückkehr nach Spanien.

Mit Vernehmlassung vom 12. September 2017 verlangte die Mutter die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Mit Vernehmlassung vom 13. September 2017 verlangte der Kindesvertreter die Abweisung der Beschwerde, wobei er auf den Kindeswillen und dessen Äusserung nunmehr auch gegenüber dem neu eingesetzten Beistand hinweist, welcher im Juli und August 2017 mit C._____ zwei Gespräche geführt und diesen als offen, authentisch und überlegt wahrgenommen habe. Mit Schreiben vom 14. September 2017 wies das Kantonsgericht darauf hin, dass zwischen den Parteien das ESÜ-Verfahren nach wie vor hängig ist und in diesem noch die Verhandlung ansteht. Am 21. September 2017 reichte der Vater eine Replik ein.

Erwägungen:

1.

Fristgerecht angefochten ist der kantonale Abänderungsentscheid betreffend einen auf dem HKÜ (Haager Kinderentführungsübereinkommen, SR 0.211.230.02) basierenden Rückführungsentscheid. Der Abänderungsentscheid stützt sich formell auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung, SR 211.222.32) und ist in gleicher Weise anfechtbar wie der Rückführungsentscheid selbst. Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen sind damit grundsätzlich erfüllt (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG, Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BG-KKE, Art. 90 BGG und Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG).

Zulässig sind alle Vorbringen im Sinn von Art. 95 f. BGG und das Bundesgericht wendet im Rahmen der geltend gemachten Verletzungen das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Hingegen hat das Bundesgericht seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde zu legen (Art. 105 Abs. 1 BGG). In diesem Bereich kann lediglich eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wobei das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

2.

Nicht (mehr) umstritten ist, dass die Mutter das Kind seinerzeit widerrechtlich aus Spanien entführt hat und es nach wie vor widerrechtlich in der Schweiz zurückhält. Ebenso wenig wird vorgebracht, dass (heute) die Rückführung des Kindes nach Spanien für dieses eine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bedeuten könnte. Streitgegenstand ist einzig, ob das Kind sich der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Dieser Ausschlussgrund wurde im ursprünglichen Rückführungsverfahren nicht geltend gemacht (vgl. Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016), sondern erst im Rahmen eines auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE gestützten Abänderungsverfahrens (vgl. Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017).

Art. 13 Abs. 1 BG-KKE setzt für die Änderung des Rückführungsentscheides voraus, dass sich seither die einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben. Die Botschaft zum BG-KKE hält fest, diesfalls müsse es ähnlich wie bei Kinderschutzmassnahmen auch in Bezug auf den Rückführungsentscheid in engen Grenzen möglich sein, eine Neubeurteilung vorzunehmen, wobei eine solche Situation in der Regel nur dann auftrete, wenn zwischen dem Entscheid und dem Vollzug eine gewisse Zeit verstrichen sei (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007, BBI 2007 2627).

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass das Kantonsgericht auf das Abänderungsgesuch nicht hätte eintreten dürfen, weil zwischen der Rückführungsanordnung und dem unmittelbar darauf gestellten Abänderungsbegehren ungenügend viel Zeit verstrichen sei und sich der Sachverhalt nicht verändert habe. Indes ist nicht der Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuches, sondern der Urteilszeitpunkt massgebend. Dies gilt nicht nur für materielle Kinderbelange (vgl. etwa BGE 142 III 502 E. 2.7 S. 515; Urteile 5A_106/2016 vom 7. Juni 2016 E. 3.2 und 3.4; 5A_955/2015 vom 29. August 2016 E. 3), sondern auch für die Rückführung eines Kindes, wie bereits im Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 E. 2 festgehalten worden ist. Die vorliegend zu treffende Entscheidung kann mithin nicht dadurch indiziert sein, dass die seinerzeitige Rückführungsanordnung offensichtlich hätte vollzogen werden können und sollen, dies aber letztlich daran gescheitert ist, dass die Polizei entgegen der im ursprünglichen Rückführungsentscheid aufgenommenen und der zuständigen Polizeistelle auch vom Bundesgericht eröffneten Vollzugsanordnung jegliche Hilfestellung verweigert hat; wie der Beschwerdeführer selbst festhält (Be-

schwerde, S. 28), ist dies ein dienstaufsichtsrechtliches Thema. Ebenso wenig hatte das Bundesgericht Einfluss darauf, dass sich das Abänderungsverfahren entgegen dem in Rückführungsverfahren besonders zentralen Eilgebot (vgl. namentlich BGE 137 III 529 E. 2.2 S. 530 f.) derart in die Länge zog. Wie gesagt ist von der heutigen Situation auszugehen, welche – wie die noch folgenden Ausführungen zeigen – grundlegend anders ist als diejenige im Zeitpunkt der Rückführungsanordnung.

3.

Bei der Anhörung vom 3. Mai 2017 sagte C._____, dass ihn die Ungewissheit betreffend Rückkehr nach Spanien belaste, es ihm aber gesundheitlich gut gehe. Er habe hier Freunde gefunden und ein gutes Verhältnis zu den Lehrpersonen; seine Noten seien gut. Mit den Grosseltern, die ebenfalls in U._____ wohnten, hätte er guten Kontakt und auch vom Götti in V._____ hätten sie Besuch. Die Frage nach dem Verhältnis zu den Eltern beantwortete er dahingehend, dass er zu seiner Mutter ein gutes Verhältnis und im Moment keine Lust habe, mit seinem Vater zu sprechen. Er habe mit diesem momentan keinen Kontakt, auch nicht telefonisch. Der letzte Besuchskontakt habe Ende Februar stattgefunden. Alle zwei bis drei Monate erhalte er vom Vater E-Mails oder manchmal Briefe. Die drei Besuchskontakte seien stressig gewesen; er habe vorgängig schlechte Gefühle gehabt und sei jeweils erleichtert gewesen, wenn es vorbei gewesen sei. Es habe auch gute Momente gegeben, dann aber wieder Stress. Im Moment möchte er den Vater überhaupt nicht sehen. Er würde ihn allenfalls wieder sehen wollen, wenn dieser ihm zuhöre, dass er in der Schweiz bleiben wolle; darin liege der Grund, weshalb er ihn nicht sehen wolle. Er möchte in der Schweiz leben bei seiner Mutter; er könne sich nicht vorstellen, nach Spanien zu gehen. Er habe seinem Vater beim letzten Besuch gesagt, er solle verstehen, dass er in der Schweiz bleiben und nicht nach Spanien zurück wolle; er (sein Vater) solle nicht kämpfen. Vom Instruktionsrichter darauf angesprochen, dass er bei der seinerzeitigen Einvernahme gesagt habe, mit beiden Eltern gleich viel Kontakt und beide sehen zu wollen, meinte C._____, er könne nicht nach Spanien zurück. Sein Vater habe dort Rechtssachen, er würde ihn nicht mehr zurücklassen (gemeint: in die Schweiz zurückkehren lassen). Die Frage, ob er denn grundsätzlich gerne wieder Kontakt mit dem Vater hätte, beantwortete C._____ mit "vielleicht". Er habe die Entscheide aus Spanien (gemeint: betreffend Obhutszuteilung) gelesen; er wolle in der Schweiz leben, das sei klar, anderes sei für ihn nicht denkbar. Auf die wiederholte Frage, ob es denn bei den drei Besuchen nicht auch gute

Zeiten gegeben habe, antwortete C._____ mit "auch". Seinen Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, begründete C._____ damit, dass er hier viel mehr Freunde habe, das Schulsystem besser sei und er hier mehr Platz habe. Die Vorstellung, nach Spanien zurück zu müssen, sei für ihn schlecht, er würde sich schrecklich fühlen. Auf entsprechende Frage antwortete er, dass er die Rückkehr verweigern würde. Auf die abschliessende Frage nach einem Wunsch antwortete C._____, dass sein Vater akzeptiere, dass er in der Schweiz bleiben wolle, was auch das Gericht diesem mitteilen möge.

Gemäss den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid war C._____ bei der Anhörung ruhig, konzentriert und überlegt. Er habe reif gewirkt und erkennbar einen klaren Entschluss gefasst, den er zwar teilweise zögerlich (erst auf Nachfrage hin), aber deutlich, bestimmt und konkret geäussert habe. Es seien keine Hinweise auf eine Manipulation oder Indoktrination durch die Mutter oder deren Umfeld auszumachen, sondern C._____ habe soweit ersichtlich frei und altersgerecht geantwortet; für ihn offene Fragen habe er stehen lassen. Das Kantonsgericht würdigte weiter die Berichte des Besuchsbegleiters über die Besuchskontakte vom 7. Januar sowie 4. und 25. Februar 2017, welche zeigten, dass zwischen C._____ und dem Vater trotz des langen Kontaktunterbruchs gute und herzliche Kontakte möglich gewesen seien, wobei C._____ bereits beim zweiten und sodann insbesondere beim dritten Treffen versucht habe, den Vater auf das Gerichtsverfahren anzusprechen und diesem seinen Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, mitzuteilen, was jener aber nicht habe akzeptieren können. In der Folge seien weitere Besuchskontakte gescheitert, weil sich C._____ gegenüber Besuchen verweigert habe. Im Vorfeld des für den 19. März 2017 vorgesehenen Treffens habe C._____ dem Besuchsbegleiter mitgeteilt, dass er seinen Vater nicht sehen wolle und eine Pause von ihm brauche, um das Geschehene zu verdauen. In Bezug auf das nächste geplante Treffen habe er dem Besuchsbegleiter mitgeteilt, er wolle seinen Vater auf keinen Fall sehen; es gehe ihm darum, dass der Vater seinen Wunsch, in der Schweiz wohnen zu bleiben, akzeptieren solle. Erst wenn der Vater dies verstehe und akzeptiere, möchte er ihn wieder sehen. In der Folge seien auch die für den 9. April, 13. Mai sowie 14. und 27. Juni 2017 vorgesehenen Treffen gescheitert, jeweils vor dem Hintergrund, dass C._____ den Kontakt verweigert habe, solange der Vater seinen Wunsch, in der Schweiz zu wohnen, nicht respektiere. Er wolle mit seinem Vater zur Zeit auf keinen Fall Kontakt haben, auch nicht telefonisch oder auf andere Art und Weise. Das Gericht schloss aus der Unmöglichkeit, trotz intensiver Bemühungen

des Besuchsbegleiters weitere Besuche zu organisieren, auf den klaren und reifen Willen von C._____, in der Schweiz zu bleiben. Mit dieser Verweigerung habe C._____ seinen Wunsch nach Verbleib in der Schweiz nicht nur verbal geäußert, sondern gewissermaßen das Heft eigenständig in die Hand genommen, indem er auf seinen Vater Druck ausübe, um seinen Willen durchzusetzen.

4.

Im Zentrum der Beschwerde steht die Frage, ob C._____ seinen Willen autonom gebildet hat oder ob er von der Mutter manipuliert worden ist. Weil es sich dabei um eine Sachverhaltsfrage handelt, wären diesbezüglich nach dem in E. 1 Gesagten Willkürregeln erforderlich. Der Beschwerdeführer beschränkt sich indes auf appellatorische Ausführungen und Verweise auf Ausführungen in den Urteilen 5A_513/2016 und 5A_149/2017, welche in seinen Augen als verbindlicher Sachverhalt gelten müssten. Dabei übersieht der Beschwerdeführer, dass es vorliegend nicht um die Weiterführung jener Verfahren geht, sondern dass ein neues Beschwerdeverfahren eingeleitet worden ist, dessen ausschliesslicher Anfechtungsgegenstand der kantonsgerichtliche Entscheid vom 18. August 2017 ist. Es müsste mit formellen Willkürregeln aufgezeigt werden, inwiefern das Kantonsgericht darin die vorhandenen Beweismittel willkürlich gewürdigt hätte.

Abgesehen von den formell ungenügenden Rügen könnten aber ohnehin auch inhaltlich nicht die Umstände vor über einem Jahr (dazu Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016) bzw. die Vorfälle rund um die gescheiterte Rückführung im Zentrum stehen. Ebenso wenig steht heute das Gutachten vom 5. Dezember 2016 im Vordergrund, welches tatsächlich Mängel aufweist (dazu Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017). Angesichts der damals unklaren und für einen Abänderungsentscheid ungenügenden Sachverhaltsbasis (vgl. Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 E. 5.6) wurde die Sache zur Ergänzung und insbesondere zur erneuten Anhörung von C._____ an das Kantonsgericht zurückgewiesen. Die Ergebnisse der Anhörung vom 3. Mai 2017 wurden vorstehend zusammengefasst (im angefochtenen Entscheid deutlich ausführlicher wiedergegeben). Sodann würdigte das Kantonsgericht in seiner neuen Entscheid die Besuchsberichte und insbesondere die seit rund einem halben Jahr bestehende Blockade weiterer Besuchskontakte durch C._____. Der Beschwerdeführer müsste insbesondere aufzeigen, inwiefern das Kantonsgericht diese neuen Beweismittel willkürlich gewürdigt haben soll.

Was der Beschwerdeführer bezüglich dieser neuen Beweismittel vorbringt, erfolgt wie gesagt im Rahmen appellatorischer Ausführungen (die Mutter habe C._____ über die laufenden Verfahren in Spanien und der Schweiz unterrichtet; bei der erneuten Anhörung von C._____ sei dessen plötzlicher Sinneswandel nicht thematisiert worden; bei den Besuchskontakten hätten Vater und Sohn jeweils nach kurzer Zeit ein vertrautes Verhältnis aufbauen können), wie sie nach dem Gesagten formell nicht zulässig sind. Ohnehin würden sie – selbst wenn sie in Form von Willkürklagen vorgetragen wären – auch inhaltlich nicht auf eine willkürliche Beweiswürdigung schliessen lassen. Zunächst trifft nicht zu, dass der instruierende Richter C._____ nicht auf seine frühere Aussage, er möchte mit beiden Eltern gleich viel Kontakt haben, angesprochen hätte. C._____ begründete seine heute in eine andere Richtung gehenden Aussagen (Wunsch nach einem Verbleib in der Schweiz) und Handlungen (Besuchs- und Kontaktverweigerung gegenüber dem Vater) damit, dass dieser in Spanien Rechtssachen habe (gemeint: das Verfahren um Obhutszuteilung) und er ihn deshalb nicht mehr zurücklassen (gemeint: in die Schweiz zurücklassen) würde. Diese Begründung ist aus der Perspektive des nunmehr fast zwei Jahre in der Schweiz lebenden Kindes nachvollziehbar und es scheint, als ob es seinen Loyalitätskonflikt, wie er zeitnah zum widerrechtlichen Verbringen klarerweise bestanden hatte (vgl. Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.1), dahingehend gelöst hat, dass es sich nunmehr auf das Umfeld fokussiert, in welchem es seit längerer Zeit ununterbrochen lebt. Dies ist eine Form von Willensäusserung, welche für ein Kind typisch sein kann und im rechtlichen Kontext noch zu würdigen sein wird (dazu E. 5). Mit dem Gesagten ist auch klar, dass beschwerdeweise nicht einfach weiterhin auf die seinerzeitige Aussage des Kindes, es könne sich auch ein Leben in Spanien vorstellen, verwiesen werden kann. C._____ äussert nunmehr seit längerem und konstant sowie mit Begründung (viele Freunde gefunden; familiäre Kontakte in der Schweiz; mehr Platz; gutes Verhältnis zu den Lehrpersonen; gute Noten in der Schule), dass und warum er in der Schweiz bleiben will. Zutreffend ist sodann, dass Vater und Sohn gemäss den Schilderungen in den Besuchsberichten bei den Kontakten jeweils ein gutes Verhältnis aufbauen konnten. Vorliegend geht es aber nicht (mehr) um die Frage, ob eine allfällige Rückführung eine schwerwiegende Gefahr für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ begründen könnte, sondern ob sich dieses einer Rückführung im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ widersetzt. Diesbezüglich hat das Kantonsgericht im Zusammenhang mit den Besuchskontakten festgehalten, dass C._____ dem Vater beizubringen versuchte, dass er in

der Schweiz leben möchte und jener seinen Wunsch respektieren und von weiteren Verfahren ablassen soll. Darin tritt eine Willens- äusserung zutage, zu deren rechtlicher Einordnung wie gesagt noch Stellung zu nehmen sein wird (dazu E. 5). In tatsächlicher Hinsicht wäre aber keine willkürliche Beweiswürdigung erkennbar, wenn das Kantonsgericht von einem mehr oder weniger autonom gebildeten Willen des nunmehr elfjährigen Kindes ausgegangen ist; dass dieses nämlich seinen Vater, zu dem es jeweils nach einer Aufwärmphase einen guten Draht gefunden hat, direkt mit seinen Wünschen konfrontierte, lässt darauf schliessen, dass der Wunsch nach einem Verbleib in der Schweiz zwischenzeitlich seinem eigenen Willen entspricht. Noch deutlicher manifestierte sich dies in der Folge in der grundsätzlichen Verweigerung weiterer Kontakte, nachdem der Vater die Wünsche des Kindes nicht akzeptieren konnte. Dass schliesslich C._____ über die laufenden Verfahren in Spanien und in der Schweiz von mütterlicher Seite informiert wird, ergibt sich zwangsläufig aus dem Umstand, dass er aktuell in ihrem Haushalt lebt. Es ist lebensfremd zu verlangen, wie dies beschwerdeweise geschieht, dass ein zwischenzeitlich elfjähriges Kind nicht über die Verfahren informiert werden darf, von denen es im Kern betroffen ist. Die Konfrontation des Kindes mit der Aufenthaltsfrage scheint vielmehr altersadäquat, zumal ihm sämtliche schweizerischen Entscheide angesichts seines Alters selbständig eröffnet worden sind. Vor diesem Hintergrund ist im Zusammenhang mit der Tatsache, dass die Mutter das elfjährige Kind über die laufenden Verfahren informiert – wobei dem Kind nicht verborgen bleiben konnte, was die mütterliche Einstellung zu diesem Thema ist – noch keine willkürliche Beweis- würdigung gegeben, wenn das Kantonsgericht daraus nicht zwingend auf eine Manipulation des Kindes geschlossen hat. Während für die Zeit nach dem Verbringen klare Verdachtsmomente für eine kon- sequente Abschottung des Kindes bestanden (vgl. Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.1), so ergibt sich für die jüngere Zeit, dass Besuchskontakte anfänglich tatsächlich stattfinden konnten, jedoch C._____ auf seinen Vater Einfluss zu nehmen suchte und er, als dies nicht gelang, weitere Kontakte schliesslich verweigerte. Dass die Mutter die weiteren geplanten Kontakte verhindert oder aktiv hintertrieben hätte, wie dies in der Beschwerde insinuiert wird, ist nicht erhärtet und angesichts der konkreten Umstände stösst auch die Gehörsrüge ins Leere, das Kantonsgericht habe es unterlassen ein PAS (parental alienation syndrom) zu untersuchen: Ein Kindeswille (dessen Beachtlichkeit eine Rechtsfrage darstellt, dazu E. 5) ist in tatsächlicher Hinsicht zwangsläufig durch seine aktuellen Lebensumstände mitgeprägt, welche sich vorliegend dadurch aus-

zeichnen, dass das Kind seit fast zwei Jahren mit seiner Mutter in der Schweiz lebt. In diesem Sinn wird es kaum je eine völlig unbeeinflusste Willensbildung geben; es geht für die Rückführungsbehörde deshalb regelmässig darum, den zwar unter dem Einfluss eines Elternteils entstandenen, aber dennoch beachtlichen Willen von einem zufolge eigentlicher Manipulation unbeachtlichen Kindeswillen abzugrenzen (BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340). Frage ist mit anderen Worten, ob über die zwangsläufig und naturgemäss erfolgende Beeinflussung durch die aktuellen Lebensbegebenheiten hinaus ein eigentlich manipulatives Verhalten durch die entführende Person vorliegt, so dass nicht mehr von einem eigenen Kindeswillen gesprochen werden kann, sondern dieses gewissermassen zum vorgeschobenen Sprachrohr der elterlichen Ansichten wird (vgl. auch die weiteren Hinweise in E. 5). Diesbezüglich ist die verneinende kantonale Beweiswürdigung aufgrund der erwähnten konkreten Umstände jedenfalls nicht willkürlich.

Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf den Sachverhalt, dass die Ausgangslage heute eine grundlegend andere ist als vor einem Jahr. Das Kind ist insgesamt seit bald zwei Jahren in der Schweiz, es hat inzwischen das elfte Altersjahr hinter sich gelassen (zur rechtlichen Relevanz dieses Umstandes vgl. E. 5), es äussert seit geraumer Zeit den konstanten Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, und versucht, diesem Wunsch Nachachtung zu verschaffen, indem es seit über einem halben Jahr die gerichtlich angeordneten Besuchskontakte zum Vater beharrlich verweigert und mit ihm seit Monaten auch Kontakte auf anderen Kanälen (Telefon, Skype, u.ä.) verweigert.

5.

In rechtlicher Hinsicht geht es um die Frage, ob sich C._____ im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ einer Rückführung widersetzt. Die Rechtsprechung zu diesem Ausschlussgrund wurde im Urteil 5A_229/2015 vom 30. April 2015 wie folgt zusammengefasst: Das Haager Kindesrückführungsübereinkommen legt kein bestimmtes Alter fest, ab wann ein Widersetzen des Kindes berücksichtigt werden kann. In der Lehre werden Mindestalter zwischen 10 und 14 Jahren postuliert (für Nachweise vgl. BGE 131 III 334 E. 5.2 S. 340; 133 III 146 E. 2.3 S. 148 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Reife im Sinn 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 S. 340) und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden

Rückführungsentscheidungen 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 (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149 f.). Gestützt auf die einschlägige kinderpsychologische Literatur geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die erwähnten Voraussetzungen in der Regel ab ungefähr elf bis zwölf Jahren gegeben sind (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 150). Indes darf auch der aktenkundig geäusserte Wille eines etwas jüngeren Kindes nicht einfach ausgeblendet werden; vielmehr hat sich das Gericht damit auseinanderzusetzen. In jedem Fall ist aber Voraussetzung, dass der geäusserte Kindeswille, damit er die Basis für den eigenständigen Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ bilden kann, autonom gebildet worden ist. Selbstverständlich erfolgt eine jede Willensbildung nicht völlig losgelöst von äusserer Beeinflussung, schon gar nicht bei kleineren Kindern (BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340). Er darf aber nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen, denn es lässt sich dort nicht mehr von einem dem Kind zurechenbaren autonomen Willen sprechen, wo es bloss die Ansicht seiner momentanen Bezugsperson transportiert. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung zu verstehen, wonach das Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden muss (vgl. BGE 133 III 88 E. 4 S. 91; nicht beanstandet im Urteil Nr. 3592/08 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Juli 2014).

Zusammenfassend wird also im Sinn einer Richtlinie bei Kindern ab ungefähr elf bis zwölf Jahren von einer den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ begründenden Willensbildungsfähigkeit ausgegangen, wobei der Wille mit einem gewissen Nachdruck und nachvollziehbaren Gründen geäussert werden muss und er nicht aufgrund elterlicher Manipulation entstanden sein darf. Aufgrund der neusten Entwicklungen sind die Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt. C._____ hat zwischenzeitlich die im Sinn einer Richtlinie geltende Altersgrenze überschritten und im angefochtenen Entscheid wird festgehalten, dass er bei der Anhörung vom 3. Mai 2017 einen reifen und überlegten Eindruck machte. Sodann steht fest, dass der Wille seit längerer Zeit gegenüber verschiedenen Personen konstant geäussert wird, was auch bei der Anhörung der Fall war. C._____ konnte für seinen Wunsch nach einem Verbleib in der Schweiz nachvollziehbare Gründe nennen (dazu E. 4) und er vermag offensichtlich auch die Bedeutung und Tragweite einer allfälligen

Rückführung nach Spanien abzuschätzen; insbesondere kann er sich ein plastisches Bild von der dortigen Schul- und Lebenssituation machen, nachdem er bis und mit dem neunten Lebensjahr seine Kindheit dort verbracht hat. C._____ hat seinen Willen bei den Besuchskontakten im Februar 2017 auch wiederholt gegenüber seinem Vater geäussert und er versuchte seinem Willen durch Verweigerung weiterer Kontakte Nachachtung zu verschaffen, nachdem jener in den Augen des Kindes nicht einlenkte. Vor diesem Hintergrund liegt durch die jüngste Entwicklung ein beachtliches Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ vor. Insbesondere lässt sich nicht der Spiess dadurch umdrehen, dass dem Kind beschwerdeweise vorgehalten wird, es könne seinen Vater nicht verstehen, welcher das gute Recht habe, für seine Position zu kämpfen. Letzteres trifft zu; dies hat aber keine Rückwirkung auf die Frage der Beachtlichkeit des Kindeswillens im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ. Dass der Wille des Kindes beachtlich ist, sobald es altersmässig in der Lage ist, diesen autonom zu bilden, steht im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Übereinkommens auf Kinder bis zu 16 Jahren (vgl. Art. 4 HKÜ; PÉREZ-VERA, Explanatory Report zum HKÜ, Rz. 30) und ist im Zusammenhang mit Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention – welche freilich erst später verabschiedet worden ist – zu lesen (vgl. ZÜRCHER, Kindesentführung und Kindesrechte, Diss. Zürich 2005, S. 188; MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen, Diss. Freiburg 2012, Rz. 354; ALFIERI, Enlèvement international d'enfants, Diss. Bern 2016, S. 88). Entgegen dem Vorbringen in der Beschwerde kann in diesem Zusammenhang nicht relevant sein, dass zwischenzeitlich im materiellen spanischen Sorgerechtsverfahren das Obhutsrecht auch in zweiter Instanz dem Vater zugeteilt worden ist. Das Verbringen des Kindes wurde nicht erst dadurch widerrechtlich, sondern war es von Anfang an (vgl. dazu Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016 E. 2). Der Ausschlussgrund knüpft per definitionem nicht an die Sorgerechtslage; vielmehr ist ein Sorgerechtsbruch bzw. die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes gerade die Voraussetzung, dass es überhaupt zu einem Entführungsfall und in diesem Rahmen zur Prüfung von Rückgabeverweigerungsgründen kommen kann. Was schliesslich das Kriterium der nicht manipulierten Willensbildung anbelangt, kann auf die Ausführungen in E. 4 verwiesen werden.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter aller Beteiligten aus der Bundesgerichtskasse entschädigt (Art. 26 Abs. 2 HKÜ).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Aus der Bundesgerichtskasse werden die Rechtsanwälte Larissa Imbaumgarten und Michael Häfliger mit je Fr. 3'000.-- und Rechtsanwalt Paul von Moos mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, C._____, dem Kantonsgericht Luzern, 2. Abteilung, dem Bundesamt für Justiz, Zentralbehörde für Kindesentführungen, und Daniel Bähler, involvierter Haager Verbindungsrichter, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. September 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli