

# **BGer 5A\_439/2025 vom 16. Juli 2025**

Bundesgericht, 2025-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_439\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_439_2025)

FR: TF 5A\_439/2025 du 16 juillet 2025

IT: TF 5A\_439/2025 del 16 luglio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 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), 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 Obergerichts, 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. 2 lit. a BGG ). Der angefochtene Entscheid wurde am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist am Schalter abgeholt; die am 5. Juni 2025 eingereichte Beschwerde ist somit rechtzeitig erhoben worden ( Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG ).

Mit der Beschwerde kann in erster Linie die Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ) und von Völkerrecht ( Art. 95 lit. b BGG ) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das Entführungübereinkommen gehört.

Der kantonal festgestellte Sachverhalt ist für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann höchstens eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wobei das strenge Rügeprinzip gilt ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG ).

Soweit die Mutter im bundesgerichtlichen Verfahren die rechtshilfweise Einholung eines Berichtes der spanischen Schule zum Vorfall im Auto (dazu E. 3.2) verlangt, ist sie - wie schon im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde betreffend den Ausstand der instruierenden Oberrichterin (vgl. Urteil 5A\_396/2025 vom 28. Mai 2025 E. 2) - erneut darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht grundsätzlich keine Beweismittel abnimmt, sondern vielmehr bei einer willkürlich unterbliebenen Beweisabnahme die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen wäre ( BGE 135 III 31 E. 2.2; 136 III 209 E. 6.1; zuletzt Urteil 5A\_676/2024 vom 10. Oktober 2024 E. 3.1; zur ganz ausnahmsweisen Beweisabnahme bei aussergewöhnlichen Umständen vgl. Art. 55 BGG ; BGE 136 II 101 E. 2; zuletzt Urteil 5A\_110/2025 vom 16. April 2025 E. 2.3). Soweit die Mutter die Abweisung des analogen Beweisantrages durch das Obergericht kritisiert, wird darauf im Sachzusammenhang zurückzukommen sein (vgl. E. 3.3).

### **E. 2**

Die Rückführungsvoraussetzungen sind nicht (mehr) umstritten, insbesondere nicht (mehr) das auch dem Vater zustehende Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffend die Kinder und

die tatsächliche Ausübung des Sorgerechts durch den Vater vor deren Verbringen (Art. 3 lit. a und b i.V.m. Art. 5 lit. a HKÜ). Ist somit das Verbringen der Kinder in die Schweiz widerrechtlich, muss gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ ohne materielle Prüfung die sofortige Rückführung der Kinder in den Herkunftsstaat angeordnet werden, soweit nicht ausnahmsweise ein Ausschlussgrund objektiv glaubhaft gemacht ist (statt vieler: BGE 133 III 146 E. 2.4). Diesbezüglich ruft die Mutter auch vor Bundesgericht die Ausschlussgründe von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ (dazu E. 3) und Art. 13 Abs. 2 HKÜ an (dazu E. 4). Ausserdem macht sie eine Verletzung von Art. 20 HKÜ (dazu E. 5) und von Art. 19 HKÜ geltend (dazu E. 6).

### **E. 3**

Von der Rückführung eines Kindes kann abgesehen werden, wenn diese 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 (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ).

#### **E. 3.1**

Der Begriff der schwerwiegenden Gefahr ist restriktiv auszulegen, insbesondere wenn die Wiederherstellung des Status quo ante - worauf das Rückführungsübereinkommen zielt (vgl. Art. 1 lit. a HKÜ) - erreicht werden kann (grundlegend: Urteil 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.2; letztmals bestätigt in 5A\_952/2021 vom 6. Januar 2022 E. 4.1). Sie ist nach konstanter bundesgerichtlicher Formel beispielsweise gegeben bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet oder wenn zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird, ohne dass die Behörden rechtzeitig einschreiten würden (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; 5A\_293/2016 vom 8. August 2016 E. 5.3; 5A\_437/2021 vom 8. September 2021 E. 4; 5A\_952/2021 vom 6. Januar 2022 E. 4.1; 5A\_635/2022 vom 20. September 2022 E. 4.1; 5A\_531/2023 vom 26. Juli 2023 E. 7).

Keine schwerwiegende Gefahr seelischer Schädigung begründen hingegen anfängliche Sprach- und Reintegrationsschwierigkeiten, wie sie sich bei Kindern ab einem gewissen Alter mehr oder weniger zwangsläufig ergeben ( BGE 130 III 530 E. 3). Sodann bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine drohende Trennung zwischen der Hauptbezugsperson und den Kindern für sich allein noch keine schwerwiegende Gefahr ( BGE 130 III 530 E. 3), soweit es nicht um eine Trennung zwischen der Mutter und einem Säugling oder Kleinkind geht (Urteile 5A\_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.6; 5A\_936/2016 vom 30. Januar 2017 E. 6.3.1; 5A\_518/2022 vom 2. August 2022 E. 3.1; 5A\_635/2022 vom 20. September 2022 E. 4.1).

Schliesslich ist zu beachten, dass es im Rückführungsverfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen geht, wie sie für die Zuteilung des Sorgerechts massgebend sind, namentlich bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung des Kindes besser geeignet wäre ( BGE 131 III 334 E. 5.3; 133 III 146 E. 2.4); der Entscheid darüber ist nach dem Haager System dem Sachgericht des Herkunftsstaates vorbehalten (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ).

#### **E. 3.2**

Das Obergericht hat zu der von der Mutter im kantonalen Rückführungsverfahren behaupteten Gewalt, welche vom Vater ausgehe (verbale Beleidigungen wie "dirty dogs", tägliche Herabwürdigung der Kinder, tätliches Angreifen bzw. Schlagen des Sohnes), festgehalten, dass im Zentrum ein vom Vater eingeräumter Vorfall im September 2024 stehe, welchen die Mutter auf Video aufgezeichnet habe. Darauf sei zu sehen, dass der Vater den Sohn mit der Hand tätlich am Gesäss erfasse; nachdem dieser zu weinen beginne, setze sich der Vater zu ihm auf das Sofa und nehme ihn in den Arm. Anlässlich der Kindesanhörung habe der Sohn auf Frage nach der familiären Situation ausgeführt, er habe es gemocht, als die Eltern nett zueinander gewesen seien, und er habe es gehasst, wenn sie sich gestritten hätten. Der Vater sei manchmal nicht nett zu ihm gewesen. Einmal habe er ihm auf die Schulter geschlagen und einmal habe er ihm einfach ins Gesicht geschlagen, als er im Auto seiner Schwester "schnippen" beigebracht habe. Manchmal habe er Angst gehabt, beim Vater zu sein. Auch gegenüber der Kindesvertreterin habe der Sohn geäußert, dass der Vater ihn zweimal geschlagen und wiederholt beschimpft habe. Anlässlich der Kindesanhörung habe die anwesende Kinderpsychologin beobachtet, dass beide Kinder an den Vater gebunden seien. Während die Tochter, welche dem Vater vor der Anhörung bei der ersten Begegnung in die Arme sprang, einen klaren Beziehungswunsch und Verlustschmerz in Bezug auf den Vater zum Ausdruck bringe, sei beim Sohn, welcher dem Vater verhaltener begegnete, aber weder bedrückt noch gestresst wirkte, in einer gewissen Ambivalenz-Situation zu sehen. Er erkenne immer noch positive und negative Aspekte auf Seiten des Vaters. Es bestehe aber ein hohes Risiko, dass er unter dem massiven Loyalitätsdruck Gründe für eine Ablehnung suche und die Beziehung zum Vater opfere.

Das Obergericht hat weiter befunden und erwogen, dass die Aussagen des Sohnes ernst zu nehmen seien, aber zumindest dem Narrativ der Mutter (permanente häusliche Gewalt, tägliche Erniedrigung der Kinder etc.) nicht durchwegs entsprechen würden. Diese hätten keine Einwände erhoben, bei der jeweiligen Anhörung des anderen Geschwisters mit dem Vater allein zu sein und bei seiner Anhörung habe der Sohn auch zum Ausdruck gebracht, gerne Zeit mit dem Vater zu verbringen und mit ihm gerne Golf zu spielen oder Rad zu fahren. Auch schreibe er seinem Vater täglich Textnachrichten. Aus diesen gehe im Übrigen hervor, dass sowohl er als auch seine Schwester den Vater vermissen würden. Vor diesem Hintergrund sei zwar von gewissen erzieherischen Fehlleistungen des Vaters, aber von einem grundsätzlich guten Verhältnis zwischen ihm und den Kindern auszugehen und es bestünden keine Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ. Daran ändere auch die wegen angeblicher häuslicher Gewalt erstattete Strafanzeige nichts. Diese sei von den spanischen Behörden soweit ersichtlich an die Hand genommen worden, um die Vorwürfe zu untersuchen. Im Übrigen falle auf, dass die Mutter die Vorwürfe erstmals nach ihrer Einreise in die Schweiz erhoben habe. Es sei nur schwer erklärbar, weshalb sie erst eine Anzeige gemacht habe, nachdem sie sich durch den Umzug in die Schweiz der behaupteten Gewalt bereits entzogen gehabt habe, während sie sich in Spanien trotz der von ihr behaupteten Vorfälle nie an die Behörden gewandt, keine Schritte zum Schutz der Kinder unternommen und offenbar auch keine Mühe bekundet habe, diese regelmässig dem Kindsvater zur Betreuung zu überlassen. Abgesehen davon verlange das HKÜ bloss die Rückkehr in das Land des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts und keine Rückkehr in den Haushalt des zurückgebliebenen Elternteils oder in die gleiche Ortschaft. Schliesslich verfüge Spanien über ein funktionierendes Rechtssystem und gehöre zu den führenden Ländern in Bezug auf Schutzmassnahmen bei geschlechterspezifischer Gewalt.

### **E. 3.3**

Die Mutter liess durch ihre Rechtsvertretung an der obergerichtlichen Hauptverhandlung den Beweisantrag stellen, es sei rechtshilfweise ein Bericht der spanischen Schule über den Vorfall im Auto einzuholen. Der Vater und die Kindesvertreterin schlossen auf Abweisung des Beweisantrages.

#### **E. 3.3.1**

Das Obergericht hat den Beweisantrag abgewiesen mit der Begründung, von einem solchen Bericht wären keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten, zumal weder die Mutter noch die Schule weitere Massnahmen in Bezug auf den Vorfall ergriffen hätten, und weil die Einholung eines Berichtes in Spanien zu einer im Verhältnis zum Beweiswert unhaltbaren Verfahrensverzögerung führen würde.

#### **E. 3.3.2**

Die Mutter rügt in diesem Kontext ganz am Schluss ihrer Beschwerde (nach der inhaltlichen Äusserung zu Art. 13 Abs. 1 lit. b, Art. 13 Abs. 2, Art. 20 und Art. 19 HKÜ unter dem Titel "unrichtige Sachverhaltsfeststellung") eine Verletzung von Art. 296 ZPO und macht geltend, eine Ablehnung der betreffenden Beweismassnahme sei vor dem Hintergrund der freien Beweisführung eine klare Verletzung des Beweisführungsanspruches; im Übrigen wäre eine schnelle elektronische Übermittlung des Berichtes möglich, so dass das Verfahren nicht verzögert werde.

#### **E. 3.3.3**

Vorliegend hat das Obergericht den Beweisantrag der Mutter aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen (dazu BGE 143 III 297 E. 9.3.2; 146 III 73 E. 5.2.2). Diese ist ein Teil der Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüft werden kann ( BGE 138 III 374 E. 4.3.2; 146 III 73 E. 5.2.2). Obwohl die Mutter eingangs den Willkürbegriff abstrakt ausführt, beschränkt sie sich in der Folge auf rein appellatorische Ausführungen.

Ohnehin liesse sich, selbst wenn diesbezüglich spezifische Willkürfragen erhoben würden, weder mit dem Verweis auf den Untersuchungsgrundsatz noch mit demjenigen auf die freie Beweiswürdigung Willkür dartun: Der Untersuchungsgrundsatz sowie das Recht auf Beweis schliessen die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus ( BGE 146 III 73 E. 5.2.2; 146 V 240 E. 8.2; spezifisch zur antizipierten Beweiswürdigung im Bereich der Untersuchungsmaxime zuletzt Urteile 8C\_400/2024 vom 11. April 2025 E. 4.5; 8C\_324/2024 vom 27. Mai 2025 E. 4.3; 8C\_245/2025 vom 10. Juni 2025 E. 3). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ( Art. 157 ZPO ) betrifft nicht die Frage, unter welchen Bedingungen weitere Beweismittel zu erheben sind und wann ein Gericht in antizipierter Beweiswürdigung davon absehen darf, sondern er besagt, dass das Gericht nicht an starre Beweisregeln (z.B. "durch zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund") gebunden ist.

Abgesehen davon springt ins Auge, dass der erst an der Hauptverhandlung gestellte Beweisantrag einzig der Verschleppung des eilbedürftigen Rückführungsverfahrens diene, hätte er doch schon im Vorgang zur Hauptverhandlung gestellt werden können und wäre es überdies für die Mutter ein Leichtes gewesen, selbst bei der Schule einen Bericht über den Vorfall im Auto, welcher sich offenbar im Jahr 2023 ereignet hat, einzuholen, wenn sie sich davon etwas über die erstellte Aktenlage, insbesondere über die diesbezüglichen Aussagen

des Sohnes anlässlich der Kindesanhörung Hinausgehendes versprochen hätte. Die (erst) in der Replik und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist neu erhobene Behauptung, mangels Zustimmung des Vaters habe sie den Bericht nicht selber bei der Schule einholen können, ist nicht nur appellatorisch, sondern sie wäre auch verspätet, da bereits der angefochtene Entscheid und nicht erst die Vernehmlassung des Vaters zur Beschwerde zu diesem Vorbringen Anlass gegeben hätte.

#### **E. 3.3.4**

Gleiches gilt schliesslich für die allgemeine Kritik an der mit Verfügung vom 8. Mai 2025 erfolgten Abweisung des Beweisantrages auf Einvernahme der Grosseltern mütterlicherseits. Auch in diesem Kontext erfolgen keine Willkürügen in Bezug auf die antizipierte Beweiswürdigung des Obergerichtes.

#### **E. 3.3.5**

Was sodann den ebenfalls mit Verfügung vom 8. Mai 2025 abgewiesenen Antrag auf Einholung eines psychologischen Gutachtens betreffend den Vater anbelangt, fehlt es nicht nur an expliziten Willkürügen, sondern auch an jeglicher Auseinandersetzung mit der (zutreffenden) Begründung des Obergerichtes, dass Rückführungsverfahren eilbedürftig sind und auch nicht eine materielle Sorgerechts- oder Obhutsentscheidung den Verfahrensgegenstand bildet.

#### **E. 3.3.6**

Schliesslich wirft die Mutter dem Obergericht vor, sie habe bei diesem ein Schreiben der spanischen Strafbehörde in Marbella vom 15. Mai 2025 eingereicht, wonach gemäss Verfügung vom 14. Mai 2025 das dort anhängig gemachte Strafverfahren weiterverfolgt werde, aber das Obergericht habe sich geweigert, diese Schreiben zu berücksichtigen, wodurch es seine Untersuchungspflichten eklatant verletzt habe. Dieser Vorwurf geht insofern an der Sache vorbei, als der angefochtene Entscheid am 13. Mai 2025 ergangen ist.

#### **E. 3.4**

In der Sache selbst geht es um die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ.

##### **E. 3.4.1**

Diesbezüglich macht die Mutter geltend, das Kindeswohl müsse im Vordergrund stehen und die Gewalttaten des Vaters seien anerkannt und bewiesen, weshalb sie nicht als erzieherische Fehlleistungen verharmlost werden dürften; vielmehr bedeute die Misshandlung von Kindern für diese eine schwerwiegende Gefahr. Darüber hinaus könne ihr selbst nicht ernsthaft zugemutet werden, ihre Kinder nach Spanien zu begleiten, denn sie sei dort ohne Einkommen, ohne Wohnung, ohne soziale Bindungen und ohne Unterstützung des Staates, sodass sie buchstäblich auf der Strasse stehen würde. Es sei menschlich unerträglich, wenn sie in einem Land leben müsste, in welchem die einzig in Frage kommende Unterkunft demjenigen gehöre, der häusliche Gewalt gegen sie ausgeübt habe. In der Replik beteuert sie erneut, dass sie ohne irgendwelche finanziellen Mittel dastehe und mangels einer eigenen Wohnung in Spanien beim Ehemann unterkommen müsse, von welchem häusliche Gewalt ausgehe, was für sie unzumutbar sei.

##### **E. 3.4.2**

Diese Ausführungen der Mutter gehen an den (nicht mit Willkür rügen angefochtenen) Feststellungen des angefochtenen Entscheides vorbei und beruhen im Übrigen - offenkundig auf die obergerichtliche Erwägung zielend, es gehe nicht in erster Linie um eine Rückführung der Kinder in den väterlichen Haushalt, sondern dem Übereinkommen sei mit der Rückkehr nach Spanien Genüge getan - auf dem Vorbringen, dass sie ohne jegliche Mittel dastehe und in Spanien einzig bei ihrem Ehemann unterkommen könnte. Das hat sie zwar bereits bei ihrer Anhörung so zum Ausdruck gebracht, weshalb die Behauptungen nicht neu im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG sind, sie stehen aber in Widerspruch zu den bekannten Tatsachen:

Nachdem die Mutter aus der ehelichen Finca in U. \_\_\_\_\_ in der Nähe von Marbella, welche der Vater weiterhin bewohnt, ausgezogen war, lebte sie in der als Zweitwohnsitz ihrer Eltern dienenden Liegenschaft in Marbella. In der Schweiz wohnt sie im Chalet V. \_\_\_\_\_ in Schönried und sie lässt die Kinder in einer kostspieligen Privatschule in Saanen unterrichten. Es ist nicht zu sehen, weshalb die Mutter sich mit den Kindern nicht für eine erste Zeit wiederum in der Zweitresidenz ihrer Familie in Marbella aufhalten kann. Im Übrigen kann sie - wobei finanzielle Mittel im kantonalen Rückführungsverfahren soweit ersichtlich nie ein Thema waren - insbesondere für die Kinder und ferner auch für sich beim zuständigen spanischen Gericht vom Vater angemessene Unterhaltsbeiträge einfordern. Allein die Tatsache, dass sie dies seit der Trennung nicht getan hat - einzig bei der nach dem Verbringen der Kinder beim Regionalgericht Oberland anhängig gemachten Scheidungsklage hat sie auch Unterhaltsbegehren gestellt -, verdeutlicht, dass sie selbst oder zumindest ihre Familie begütert ist. Ebenfalls unglaublich wirkt sodann ihre Behauptung, sie verfüge in Spanien über keinerlei soziale Bindungen, lebte sie doch spätestens seit der Hochzeit im Jahr 2013 in Marbella und Umgebung und gingen die Kinder dort zur Schule. Dass diese in der dortigen Umgebung und in der dortigen Schule (Re-) Integrationsschwierigkeiten hätten, was ohnehin keine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ begründen würde, wird nicht behauptet und solches wäre auch nicht ersichtlich. Keines der Kinder spricht eine Landessprache der Schweiz, ebenso wenig die Mutter; sie wurden an der spanischen Privatschule und werden an der schweizerischen Privatschule in englischer Sprache unterrichtet.

Vor diesem Hintergrund steht nichts Erkennbares im Weg, dass die Mutter fürs Erste mit den Kindern in die ihrer Familie als Zweitwohnsitz dienende Liegenschaft in Marbella zurückkehrt und damit der Status quo ante wiederhergestellt wird. Insbesondere geht das in der Replik nachgeschobene Vorbringen der Mutter, sie könne mangels eines Reisepasses nicht nach Spanien zurückkehren, an der Sache vorbei; das Obergericht hat für die Zeit des Rückführungsverfahrens die Pässe der Mutter und der Kinder eingezogen und im Dispositiv des angefochtenen Entscheides die Rückgabe der Pässe im Rahmen der Rückführungsmodalitäten genau geregelt (für den Fall, dass die Mutter gemeinsam mit den Kindern zurückkehrt: Begleitung durch das Jugendamt an den Flughafen und Aushändigung der Pässe unmittelbar vor dem Abflug, d.h. letztlich Aushändigung durch die Flughafenpolizei am Gate). Bei dieser Ausgangslage können die gewissen erzieherischen Fehlleistungen des Vaters von vornherein keine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ begründen.

### **E. 3.4.3**

Ohnehin wäre aber selbst bei der eher unwahrscheinlichen Hypothese einer alleinigen Rückkehr der Kinder, welche zwangsläufig in den väterlichen Haushalt erfolgen würde,

keine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ersichtlich:

Die Kinder wurden auch nach der Trennung in Spanien von beiden Elternteilen betreut und sie hatten guten Kontakt zu den Grosseltern väterlicherseits. Nach den Aussagen des Sohnes bei der Anhörung wohnen diese in New York und v.a. in Marbella, wobei er mit dem Grossvater oft golfen ging. Die Mutter hatte auch nach der erfolgten Trennung in Spanien offenkundig nie Probleme, die Kinder dem Vater zur alleinigen Betreuung zu überlassen, und sie ist (trotz anwaltlicher Vertretung im Kontext mit der elterlichen Trennung) auch nie örtliche Behörden wegen der im Nachhinein behaupteten häuslichen Gewalt angegangen. Im Übrigen wird nirgends behauptet, dass der Vater je gegen die Tochter gewalttätig geworden wäre. In Bezug auf den Sohn gab es offenbar Vorfälle, über welche dieser bei der Anhörung denn auch berichtet hat. Für eine systematische Gewaltanwendung im Sinn einer Erziehungsmethode oder gar für Missbrauch bestehen aber keine greifbaren Belege, insbesondere lässt sich dies entgegen den Ausführungen in der Replik auch nicht aus dem Nachrichtenaustausch zwischen den Parteien vom 8. November 2021 ableiten, wo sie sich darüber austauschten, ob und auf welches Internat sie den Sohn schicken sollten.

Der Vater scheint einen aufbrausenden Charakter zu haben, was das Obergericht nicht übersehen hat, und auch in schulischen Belangen scheint er strenger zu sein (die Noten sind dem Vater wichtiger als der Mutter, wie der Sohn bei der Anhörung zum Ausdruck brachte). Er hat aber ein tragfähiges Verhältnis zu den Kindern und insbesondere die Tochter vermisst ihn stark. Auch der Sohn hat nach wie vor ein gutes Verhältnis zu ihm und äusserte anlässlich der Anhörung keine Einwände, allein mit ihm zu sein. Im besten Interesse der Kinder dürfte es sein - worüber allerdings das spanische Sachgericht wird entscheiden müssen -, wenn diese in Marbella oder Umgebung leben und regelmässigen Kontakt mit beiden Elternteilen haben könnten. Jedenfalls ist, und allein dies ist beim Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ massgeblich, keine schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für die Kinder bei einer Rückführung nach Spanien erstellt, selbst wenn sie primär im Haushalt des Vaters leben würden. Im Vordergrund steht aber ohnehin eine Rückkehr mit der Mutter, naheliegenderweise in die Zweitresidenz der Familie in Marbella.

#### **E. 4**

Das Gericht kann es ferner ablehnen, die Rückgabe eines Kindes anzuordnen, wenn festgestellt wird, dass dieses 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).

##### **E. 4.1**

Die publizierte Rechtsprechung zum Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ wurde namentlich in den Urteilen 5A\_229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.1, 5A\_666/2017 vom 27. September 2017 E. 5, 5A\_475/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4.2 und 5A\_952/2021 vom 6. Januar 2022 E. 3.1 zusammengefasst, und zwar wie folgt:

Das HKÜ 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; 133 III 146 E. 2.3). 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) und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheides verstehen kann; dies heisst, dass es insbesondere erkennen können muss, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante geht und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird ( BGE 133 III 146 E. 2.4). 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). 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 Kindeswillen, 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). Die Willensäusserung 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 134 III 88 E. 4; nicht beanstandet im Urteil Nr. 3592/08 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Juli 2014).

#### **E. 4.2**

Das Obergericht hat festgestellt und erwogen, dass die Kinder das für eine autonome Willensbildung in der Regel erforderliche Mindestalter von elf bis zwölf Jahren noch nicht erreicht hätten und sie die Frage der Rückführung nicht von der Obhutsfrage trennen könnten. Es scheine, dass sie beide bei der Mutter leben, aber engen Kontakt mit dem Vater pflegen möchten; ob das in der Schweiz oder in Spanien wäre, sei für die Kinder zweitrangig. Auch die Kindesvertreterin gehe bezüglich der Aufenthaltssituation von einer noch nicht gegebenen Urteilsfähigkeit aus. Losgelöst von der Frage der Urteilsfähigkeit hätten sich aber ohnehin weder die Tochter noch der Sohn einer Rückführung mit Nachdruck widersetzt. Die vom Sohn geäusserte Präferenz, in der Schweiz zu bleiben, sei auf die schulische Situation zurückzuführen und deshalb unter dem Aspekt von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht entscheidend. Im Übrigen hat das Obergericht darauf hingewiesen, dass nach den Erkenntnissen der bei der Anhörung anwesenden Kinderpsychologin beide Kinder, v.a. aber der Sohn, an einem Loyalitätskonflikt leiden und dass eine gewisse Solidarisierung mit der Mutter aufgrund der mit dem Verbringen in die Schweiz zwangsläufig einhergehenden Schicksalsgemeinschaft nicht überrasche.

#### **E. 4.3**

Am Schluss ihrer Beschwerde rügt die Mutter eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung dahingehend, dass der Sohn seine Willensäusserung, nicht nach Spanien zurückzukehren, nicht nur mit schulischen Belangen, sondern denkbar klar mit seiner Angst vor dem Vater begründet habe, über dessen Gewalt er berichtet habe.

Die Willkür der Mutter bleibt insofern unsubstanziert, dass sie nicht mit genauem Verweis auf Aktenstellen darlegt, inwiefern und aus welchen Beweismitteln das Obergericht unhaltbare Schlüsse gezogen haben soll. Selbst bei einer substantiierten Rüge wäre aber keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung zu erkennen. Ein Blick ins Anhörungsprotokoll zeigt, dass der Sohn zwar Gewaltvorfälle seitens des Vaters erwähnt und auch festgehalten hat, dass er manchmal Angst vor ihm hatte. Indes bringt er nirgends zum Ausdruck, dass er aus diesen Gründen nicht nach Spanien zurückkehren möchte. Vielmehr begründet er die Präferenz für ein Verbleiben in der Schweiz klarerweise mit der schulischen Situation (die Schule in der Schweiz sei viel besser: die Lehrer in Spanien seien nicht nett gewesen und er habe den Sport nicht gemocht; die Schulklasse in der Schweiz bestehe nur aus ihm und H. \_\_\_\_\_, wobei H. \_\_\_\_\_ oft krank sei und er dann einen Privatlehrer habe; am Nachmittag könne er Skifahren und er habe keinen sonstigen Sportunterricht). Ferner hat die Kindesvertreterin vernehmlassungsweise ihre bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachte Wahrnehmung wiederholt, wonach der Sohn ihr gegenüber im April 2025 zum Ausdruck gebracht habe, dass ihm die Schule in der Schweiz besser gefalle, aber es für ihn auch in Ordnung sei, nach Spanien zurückzukehren, während er im Januar 2025 ihr gegenüber noch ausgesagt habe, nach Spanien zurückkehren zu wollen. Damit stelle der Sohn die Frage des Aufenthaltes, um welche es im Rückführungsverfahren geht, in einen schulischen Kontext. Willkür bezüglich dieser Feststellung im angefochtenen Entscheid wäre deshalb selbst bei einer substantiierten Rüge nicht erkennbar.

#### **E. 4.4**

Von der Sache her macht die Mutter im Kontext mit Art. 13 Abs. 2 HKÜ geltend, ein beachtlicher Kindeswille liege nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel ab ungefähr elf bis zwölf Jahren vor, aber das Obergericht verkenne, wenn es auf das Alter der Kinder verweise, dass im HKÜ keine feste Alterslimite festgeschrieben sei und es auf die individuelle Reife ankomme. Vorliegend hätten sich die Kinder einer Rückkehr wiederholt widersetzt, wie die selbständige Beschwerdeerhebung des Sohnes zeige (Verfahren 5A\_424/2025).

Mit diesen allgemeinen Ausführungen ist keine Konventionsverletzung im Zusammenhang mit der Verneinung des Ausschlussgrundes von Art. 13 Abs. 2 HKÜ dargetan. Die Tochter, welche angesichts ihres Alters für diese Frage ohnehin noch nicht zu autonomer Willensbildung fähig wäre, hat bei ihrer Anhörung allgemein geäußert, dass sie die Pferde in Spanien, alle Leute dort, die Finca, insbesondere aber ihre Tiere und ihre Familie vermisse, während sie in der Schweiz den Schnee möge; es sei hier gut und es sei in Spanien gut. Der Sohn wird in diesen Tagen elfjährig und kommt damit in ein Alter, wo sich ein Kind der Rückführung grundsätzlich in einer mitzuberücksichtigenden Weise widersetzen könnte. Allerdings vermag er aufgrund der von der Kindesvertreterin im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachten und vor Bundesgericht vernehmlassungsweise wiederholten Einschätzung noch nicht zu differenzieren, um was es im Rückführungsverfahren geht. Inwieweit der Sohn diesbezüglich zu autonomer Willensbildung fähig ist, kann insofern offen bleiben, als sich in seinen Aussagen, dass er (aufgrund der hier besseren Schulsituation) lieber in der Schweiz bleiben würde, aber für ihn auch eine Rückkehr nach Spanien in Ordnung sei, ohnehin kein mit einem gewissen Nachdruck erfolgendes Widersetzen erblicken lässt.

#### **E. 5**

Die Mutter beruft sich sodann in allgemeiner Weise auf Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, auf Art. 8 EMRK und auf Art. 20 HKÜ. Inwiefern sich aus diesen Normen etwas ableiten liesse, was über das vorstehende Prüfungsprogramm hinausgehen würde, legt die Mutter nicht in nachvollziehbarer Weise dar. Art. 20 HKÜ ist auf eine Verletzung der fundamentalen Grundsätze über Menschenrechte sowie Grundfreiheiten beschränkte Ordre public-Klausel und bezieht sich auf entsprechende Ausnahmesituationen ( BGE 123 II 419 E. 2b; Urteil 5A\_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 4). Eine solche ist vorliegend nicht zu sehen und die Mutter kritisiert im Kontext von Art. 20 HKÜ letztlich nichts anderes als die gerichtliche Anwendung des Rückführungsübereinkommens und kommt wiederum auf die Interpretation der Ausschlussgründe von Art. 13 HKÜ durch das Obergericht zu sprechen.

#### **E. 6**

Soweit die Mutter abschliessend eine falsche Anwendung von Art. 19 HKÜ durch das Obergericht geltend macht und behauptet, zufolge des zwischenzeitlich von ihr beim Regionalgericht Oberland anhängig gemachten Scheidungsverfahrens sei in der Schweiz materiell über die Sorgerechtsfrage zu entscheiden, gehen ihre Ausführungen in doppelter Hinsicht an der Sache vorbei: Zum einen begründet Art. 19 HKÜ keine materiell-rechtliche Entscheidungszuständigkeit, sondern stellt einzig klar, dass der im Rahmen der Rechtshilfe ergehende Rückführungsentscheid kein materieller Sorgerechtsentscheid ist. Die internationale materielle Entscheidungszuständigkeit bestimmt sich vielmehr nach dem Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ, SR 0.211.231.011). Diesbezüglich übersieht die Mutter zum anderen, dass das widerrechtliche Verbringen eines Kindes im Zufluchtsstaat eine Sperrwirkung entfaltet und der Herkunftsstaat materiell entscheidungszuständig bleibt, solange das Verbringen nicht genehmigt worden oder ein Rückführungsverfahren hängig ist ( Art. 7 Abs. 1 HKsÜ ).

#### **E. 7**

Mit dem Entscheid in der Sache wird derjenige über das Gesuch um aufschiebende Wirkung - welche superprovisorisch erteilt wurde - gegenstandslos, ebenso das mit dem gleichen Ziel der Verhinderung eines sofortigen Vollzuges eingereichte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen.

Indes ist die der Mutter gewährte Frist zur freiwilligen Rückführung der Kinder nach Spanien zufolge der superprovisorisch erteilten aufschiebenden Wirkung neu anzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Kindern vor Beginn des neuen Schuljahres noch genügend Zeit verbleiben soll, sich am alten Ort wieder einzuleben. Dies spricht für eine eher kurze Frist, zumal sich die Mutter spätestens seit dem angefochtenen Entscheid mit dem Szenario einer Rückkehr auseinandersetzen musste und sie sich mit den Kindern naheliegenderweise wieder in der ihrer Familie als Zweiwohnsitz dienenden Liegenschaft niederlassen wird, welche bereits eingerichtet und den Kindern vertraut ist.

Weil im Übrigen aus dem Verhalten der Mutter auf eine mögliche Obstruktionsgefahr bei der Rückführung geschlossen werden muss, ist das obergerichtliche Dispositiv sodann von Amtes wegen um gewisse Anordnungen zu ergänzen (insbesondere Inanspruchnahme polizeilicher Hilfeleistung im Fall eines zwangsweisen Vollzuges der Rückführung). Angesichts des grossen Loyalitätskonfliktes des Sohnes ist die Vollzugsbehörde auch zu berechtigen, die Kinder notfalls für kurze Zeit in geeigneter Weise unterzubringen, um diese zur Ruhe kommen zu lassen und eine konfliktfreie Übergabe an den Vater zu ermöglichen.

## **E. 8**

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und die Rechtsvertretungen des Vaters und der Kinder sind aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ und Art. 14 BG-KKE ), zumal Spanien keinen Vorbehalt im Sinn von Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 HKÜ angebracht hat. Indes rechtfertigt es sich auch im bundesgerichtlichen Verfahren, die Tragung der Kosten ihrer eigenen Rechtsvertretung der unterliegenden Mutter zu überlassen (Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

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