

# **BGer 5A 577/2014 vom 21. August 2014**

Bundesgericht, 2014-08-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_577\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_577_2014)

FR: TF 5A 577/2014 du 21 août 2014

IT: TF 5A 577/2014 del 21 agosto 2014

## **Regeste**

Rückführung von Kindern | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In den Verfahren 5A\_577/2014 und 5A\_578/2014 ist dasselbe Urteil angefochten, werden die gleichen Rechtsfragen aufgeworfen und sind die gleichen Parteien beteiligt; vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Verfahren zu vereinigen ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 BZP e contrario). 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 Obergerichtes des Kantons Bern, 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 deshalb die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich offen. Nebst der Mutter ist auch die Kindesvertreterin zur Erhebung dieses Rechtsmittels legitimiert ( Art. 9 Abs. 3 BG-KKE ). Gerügt werden kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ) und von Völkerrecht ( Art. 95 lit. b BGG ), wozu als Staatsvertrag auch das HKÜ gehört. Demgegenüber ist das Bundesgericht an die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen grundsätzlich gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich festgestellt worden ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398), wofür das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt, welches insbesondere mit Bezug auf Willkürügen qualifizierte Anforderungen kennt (dazu BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Soweit der Sachverhalt ergänzt werden soll, ist zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass die entsprechenden rechtsrelevanten Tatsachen und tauglichen Beweismittel bereits bei der Vorinstanz prozesskonform eingebracht worden sind ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). In der Beschwerde in Zivilsachen dürfen überdies keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, es sei denn, erst der Entscheid der Vorinstanz habe dazu Anlass gegeben ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die Voraussetzung für eine nachträgliche Einreichung von Tatsachen und Beweismitteln erfüllt sein soll ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395).

### **E. 2**

In prozessualer Hinsicht rügt die Kindesvertreterin eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 und 2 BG-KKE , weil das Obergericht keine Mediation angeordnet hat. Art. 8 Abs. 1 BG-KKE verlangt, dass die kantonale Instanz entweder ein Vermittlungsverfahren oder eine

Mediation durchführt. Das Obergericht hat ein Vermittlungsverfahren durchgeführt und damit die formellen Anforderungen erfüllt. Im Übrigen hat es die Parteien hinsichtlich der Bereitschaft zu einer Mediation angefragt, alsdann aber wegen fehlenden Konsenses der Parteien von der Anordnung einer solchen abgesehen. Dies steht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang, dass die Mediation, welche ein lösungsorientiertes Mitwirken der Parteien zum Gegenstand hat, beidseits eine minimale Bereitschaft zur Konfliktbewältigung erheischt (Urteile 5A\_154/2010 vom 29. April 2010 E. 3; 5A\_535/2010 vom 10. Oktober 2010 E. 3). Eine Rechtsverletzung ist nach dem Gesagten nicht auszumachen.

### **E. 3**

In der Sache selbst ist zunächst umstritten, ob der Vater über eine geschützte Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 HKÜ verfügt.

#### **E. 3.1**

Nicht bestritten ist, dass sich der äussere Rahmen für die massgebliche Sorgerechtslage aus dem materiellen serbischen Recht ergibt, welches im Familiengesetz der Republik Serbien vom 24. Februar 2005 (Abdruck der deutschen Übersetzung sowie Kommentierung durch KRALJIC/KRALJIC bei BERGMANN/FERID/HENRICH, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Loseblattsammlung, Frankfurt a.M.) festgehalten ist. Dieses Gesetz sieht vor, dass das Elternrecht der Mutter und dem Vater gemeinsam zukommt (Art. 7 Abs. 1) und diese es gemeinsam ausüben (Art. 7 Abs. 2). Der Inhalt des Elternrechtes besteht in der Sorge für das Kind (Art. 68), welche die Obhut, das Aufziehen, die Erziehung, Ausbildung, Vertretung, den Unterhalt und die Verwaltung des Kindesvermögens umfasst (Art. 68 Abs. 2), wobei diese Einzelaspekte in Art. 69 ff. näher geregelt sind. Die Eltern üben das Elternrecht gemeinsam aus, wenn sie eine Lebensgemeinschaft führen (Art. 75 Abs. 1) oder eine entsprechende Vereinbarung schliessen und das Gericht feststellt, dass diese Vereinbarung im besten Interesse des Kindes ist (Art. 75 Abs. 2), wobei auch zu vereinbaren ist, was als Wohnort des Kindes erachtet wird (Art. 76 Abs. 2). Das Elternrecht wird selbständig durch einen Elternteil ausgeübt, wenn nur er mit dem Kind zusammenlebt und das Gericht noch keine Entscheidung über die Ausübung des Elternrechts getroffen hat (Art. 77 Abs. 2) oder die Eltern keine Vereinbarung geschlossen haben (Art. 77 Abs. 3) oder das Gericht feststellt, dass diese Vereinbarung nicht im besten Interesse des Kindes ist (Art. 77 Abs. 4), oder die selbständige Ausübung vereinbart worden ist und das Gericht feststellt, dass dies im besten Interesse des Kindes ist (Art. 77 Abs. 5). Die Vereinbarung über die selbständige Ausübung des Elternrechts umfasst namentlich die Vereinbarung, dass das gemeinsame Kind einem Elternteil anvertraut wird, und die Regelung des Unterhalts (Art. 78 Abs. 1).

#### **E. 3.2**

Vorliegend besteht für die Ausübung des Elternrechts eine Anordnung des Amtsgerichts U.\_\_\_\_\_/SRB vom 28. Mai 2012, die auslegungsbedürftig ist, zumal nicht explizit geregelt wird, ob das Elternrecht von beiden Teilen ausgeübt oder dem einen Teil allein zugewiesen wird. Die Kindesvertreterin und die Mutter gehen davon aus, dass ihr mit dieser Anordnung das alleinige Sorgerecht übertragen und dem Vater lediglich ein Besuchsrecht zugestanden worden sei, welches namentlich kein Aufenthaltsbestimmungsrecht umfasse. Dies ergebe sich daraus, dass der Vater das Besuchsrecht in Serbien auszuüben habe, während ihr keine entsprechenden Restriktionen auferlegt worden seien. Gestützt auf ein

vorgängiges Gespräch mit den Eltern sei einzig deshalb eine ganze Besuchswoche statt zwei Wochenenden pro Monat gewährt worden, damit der Vater für die Rechtsausübung aus der Schweiz habe anreisen können; einen anderen Hintergrund habe die Regelung nicht, namentlich habe das Gericht damit nicht mehr oder etwas anderes als ein Besuchsrecht zugestehen wollen. Der Vater verfüge deshalb über keine geschützte Rechtsposition im Sinn von Art. 3 und 5 HKÜ. Ferner wird geltend gemacht, der Vater sei im Verfahren vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland selbst davon ausgegangen, dass er nur über ein Besuchsrecht verfüge. Demgegenüber geht der Vater davon aus, dass mit der gerichtlichen Anordnung das gemeinsame Sorgerecht aufrecht erhalten worden sei und während  $\frac{3}{4}$  der Zeit von der Mutter und während  $\frac{1}{4}$  der Zeit von ihm auszuüben sei. Die Zuteilung der Kinder für jeweils eine ganze Woche pro Monat sei nicht mit einem blossen Besuchsrecht vergleichbar und im Übrigen sei der Mutter während dieser Zeit ein Besuchsrecht eingeräumt worden; ein Besuchsrecht zum Besuchsrecht würde keinen Sinn machen. Ferner bringt er vor, die Mutter gehe selbst davon aus, dass sie nicht alleinige Inhaberin des Sorge- bzw. Obhutsrechts sei, ansonsten sie kein entsprechendes Verfahren auf Alleinübertragung vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland eingeleitet hätte.

### **E. 3.3**

Was vorab das Begehren der Mutter und der Kindesvertreterin anbelangt, gestützt auf Art. 15 HKÜ hätte bei der serbischen Zentralbehörde eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung eingeholt werden müssen, so ist nicht zu sehen, inwiefern eine solche Bescheinigung zielführend wäre: Umstritten ist nicht der Inhalt des serbischen Rechts an sich, sondern der Inhalt bzw. die Tragweite der gerichtlichen Anordnung vom 28. Mai 2012. Diesbezüglich könnte die serbische Zentralbehörde keine Aussagen machen bzw. wäre sie nicht zur Interpretation der gerichtlichen Anordnung legitimiert. Insofern lässt sich dem Obergericht kein Verstoß gegen Art. 15 HKÜ vorwerfen, zumal es sich um eine kann-Vorschrift handelt.

### **E. 3.4**

Was sodann die Interpretation der Anordnung des Amtsgerichtes U.\_\_\_\_\_/SRB vom 28. Juni 2012 anbelangt, welche für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit des nach Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ massgeblichen Rechtes unmittelbar bedeutsam ist (Pirung, in: von Staudinger's Kommentar zum BGB, Berlin 2009, Vorbem zu Art. 19 EG/BGB, D 28), ist der Auslegung und Begründung des Obergerichtes zu folgen. Der Begriff des Sorgerechts im Sinn von Art. 3 HKÜ ist vertragsautonom und weit auszulegen; besonderes Gewicht liegt vor dem Hintergrund des Art. 5 lit. a HKÜ auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, aber geschützt sind auch weitere Personensorgebefugnisse wie Pflege, Erziehung, Aufsicht u.ä. (BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362; Urteil 5A\_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1). Solche Befugnisse stehen dem Vater aufgrund der gerichtlichen Anordnung vom 28. Mai 2012 unzweifelhaft zu. Indem der Vater während einer ganzen Woche am Stück für die Kinder verantwortlich ist, muss er ihnen während dieser Zeit tägliche Erziehung und Pflege zukommen lassen und auch eine ganze Reihe von unaufschiebbaren Entscheidungen treffen, was weit über ein blosses Wochenendbesuchsrecht hinausgeht. Sodann hat die Mutter während diesen Phasen ihrerseits ein Besuchsrecht, was nur Sinn ergibt, wenn dem Vater während dem betreffenden Zeitintervall die Befugnisse im Sinn des "primary care givers" zustehen. Was schliesslich das Aufenthaltsbestimmungsrecht anbelangt, so spricht sich die gerichtliche Anordnung darüber gerade nicht aus: Dass die Rechtsausübung durch den Vater in Serbien zu erfolgen hat, kann vernünftigerweise nur vor dem Hintergrund

gelesen werden, dass er damals noch in der Schweiz arbeitete und primär dort wohnte; das Gericht wollte offensichtlich verhindern, dass er die Kinder für jeweils eine Woche pro Monat in die Schweiz nehmen würde, was die noch relativ kleinen Kinder überfordert hätte und angesichts der Einschulung bzw. des Kindergartenbesuches in Serbien auch unzweckmässig gewesen wäre. Bei der Mutter musste für die jeweils ihr zustehenden drei Wochen pro Monat keine entsprechende Einschränkung erfolgen, weil sie damals festen Wohnsitz in Serbien hatte und weder für den Vater noch für das Gericht absehbar war, dass sie in die Schweiz ziehen würde. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht wurde demnach in der gerichtlichen Anordnung nicht geregelt bzw. jedenfalls nicht auf die Mutter allein übertragen. Entsprechend ist das Obergericht zutreffend davon ausgegangen, dass das Sorgerecht im Sinn von Art. 3 HKÜ den Eltern gemeinsam zusteht und der Vater mithin im Zeitpunkt des Verbringens über eine geschützte Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 HKÜ verfügte.

### **E. 3.5**

Nichts anderes ergibt sich aus dem vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland hängigen Verfahren: Zwar hat der Vater dort tatsächlich von einem Besuchsrecht gesprochen; indes beantragte die Mutter im betreffenden Verfahren die Alleinzuteilung des Sorge- bzw. Obhutsrechts, was nur Sinn macht, wenn sie bislang nicht allein darüber verfügt. Vor diesem Hintergrund liefert das betreffende Verfahren keine schlüssigen Anhaltspunkte für den Bestand des Sorgerechts. Im Übrigen vermöchte das schweizerische Verfahren die Sorgerechtslage, wie sie im Herkunftsstaat im Zeitpunkt des Verbringens der Kinder bestanden hat und wie sie für die Frage der Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 3 HKÜ allein massgebend ist ( BGE 133 III 694 E. 2.1.1 S. 696 f.; 136 III 353 E. 3.5 S. 362), ohnehin in keiner Weise zu beeinflussen.

### **E. 3.6**

Die Kindesvertreterin macht schliesslich geltend, sowohl die Anstalt für soziale Arbeit U.\_\_\_\_\_/SRB in ihrem Schreiben vom 26. August 2013 als auch die Staatsanwaltschaft U.\_\_\_\_\_/SRB in ihrem Bescheid vom 4. April 2014 seien davon ausgegangen, dass die elterliche Sorge der Mutter zustehe. Der Vater führt zum Beschluss der Staatsanwaltschaft aus, diese habe sich, ohne ihn je anzuhören, auf die blossen Vorbringen der Mutter und die von ihr vorgelegte Niederlassungsbewilligung der Gemeinde V.\_\_\_\_\_/CH gestützt, in welcher sie aufgrund ihrer eigenen Angaben als alleinige Sorgerechtsinhaberin aufgeführt gewesen sei; inzwischen habe die Gemeinde eine neue Niederlassungsbewilligung ausgestellt, gemäss welcher das Sorgerecht beiden Eltern zustehe. Im Übrigen sei der Bescheid der Staatsanwaltschaft zufolge Rechtsmittels auch nicht rechtskräftig. Auf die Vorbringen der Kindesvertreterin kann nicht eingetreten werden, weil sie in appellatorischer Weise vorgetragen werden; erst viel später wird beiläufig von einer Verletzung des Willkürverbotes gesprochen, was ungenügend ist (zur Substanziierung von Willkür rügen vgl. BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Ohnehin würde in der Sache selbst keine willkürliche Beweiswürdigung vorliegen: Das von der Kindesvertreterin erwähnte Schreiben vom 26. August 2013 findet sich als Beilage 4 in den Akten des Verfahrens, welches vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland hängig ist; die Kindesvertreterin zeigt jedoch nicht auf, dass und an welcher Stelle sie im kantonalen Rückführungsverfahren darauf hingewiesen hätte (vgl. E. 1 und BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Im Übrigen wäre aus dem Schreiben auch nicht ersichtlich, worauf sich die Anstalt für soziale Sicherheit U.\_\_\_\_\_/SRB stützt, wenn sie offenbar davon ausging, das Sorgerecht stehe der Mutter

zu. Was sodann den Bescheid der Staatsanwaltschaft U.\_\_\_\_\_/SRB vom 4. April 2014 angeht, der bei den Akten des Rückführungsverfahrens liegt, geht diese davon aus, dass das Sorgerecht gemäss Beschluss des Amtsgerichts U.\_\_\_\_\_/SRB vom 28. Mai 2012 der Mutter übertragen worden sei; solches ergibt sich aber aus dem Beschluss gerade nicht, weder aus der von der Mutter noch aus der vom Vater eingereichten Übersetzung (dazu Lit. B). Es wäre deshalb, selbst wenn die Kindervertreterin taugliche Rügen erhoben hätte, jedenfalls nicht willkürlich, wenn das Obergericht direkt auf den Beschluss des Amtsgerichts und nicht auf die offensichtlich falsche Wiedergabe bzw. Interpretation dieses Beschlusses durch die Staatsanwaltschaft abgestellt hat. Soweit die Kindesvertreterin ferner etwas daraus ableiten will, dass die serbische Zentralbehörde das Antragsformular auf Durchführung eines Besuchsrechtes statt das Formular auf Rückführung verwendet hatte, so zeigt sie nicht auf, inwiefern sie dies bereits im kantonalen Verfahren vorgebracht hätte, weshalb es sich ebenfalls um ein neues und damit unzulässiges Vorbringen handelt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Nur der Vollständigkeit halber sei deshalb darauf hingewiesen, dass bereits die schweizerische Zentralbehörde dieses Missverständnis durch eine entsprechende Nachfrage bei der serbischen Zentralbehörde geklärt hat (vgl. Schreiben vom 18. Dezember 2013, Beilage 22 zur Eingabe des Vaters vom 24. Dezember 2013) und im gerichtlichen Rückführungsverfahren ohnehin die vor Gericht gestellten Anträge massgeblich sind, welche klarerweise auf Rückführung lauten.

### **E. 3.7**

Insgesamt ergibt sich, dass das Obergericht kein Recht verletzt hat, wenn es davon ausgegangen ist, dass der Vater im Zeitpunkt des Verbringens der Kinder über eine von Art. 3 HKÜ geschützte Sorgerechtsposition verfügte. Nicht (mehr) umstritten ist sodann, dass der Vater dieses Sorgerecht im Rahmen der gerichtlichen Anordnung vom 28. Mai 2012 bis zum Verbringen der Kinder in die Schweiz regelmässig ausgeübt hat.

### **E. 4**

Näher zu prüfen ist hingegen, ob die Verletzung des Sorgerechts widerrechtlich war. Die Mutter und die Kindesvertreterin behaupten nämlich, der Vater habe dem Verbringen im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ zugestimmt, was dieser bestreitet.

### **E. 4.1**

Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass die Mutter mit den Kindern am 24. Juni 2013 in die Schweiz gezogen ist. Es hat festgehalten, der bei Einleitung des Scheidungsverfahrens im März 2012 und damit noch vor der gerichtlichen Anordnung vom 28. Mai 2012 geäusserte Wunsch des Vaters, dass die Kinder in die Schweiz ziehen sollten, stelle keine Zustimmung dar, zumal er damals noch in der Schweiz gelebt habe und schliesslich im April 2013 selbst nach Serbien gezogen sei. Gegen eine Zustimmung im Vor- bzw. Umfeld des Wegzuges spreche sodann, dass die Mutter bereits am 14. Februar 2013 einen Mietvertrag in V.\_\_\_\_\_/CH abgeschlossen und die Kinder dort per 1. Mai 2013 angemeldet, sie aber in Serbien erst am 13. November 2013 und in der Schule in Serbien gar nicht abgemeldet habe. Dies lasse darauf schliessen, dass der Vater entsprechend seiner Behauptung tatsächlich nichts vom Verbringen der Kinder gewusst habe. Das Obergericht hat weiter geprüft, ob eine nachträgliche Genehmigung des Verbringens vorliege, und dabei die beglaubigte Übersetzung des Protokolles der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013 zitiert, wonach der Vater erklärte: "Ich habe nichts dagegen, dass sie mit den Kindern in der Schweiz lebt, vorausgesetzt, dass sie die

pflichtbewusste Mutter ist, und dass das Gericht ihr das Sorgerecht für die Kinder vergibt." Das Obergericht hat dies als bedingte Erklärung gewertet, welche für den Fall erfolgt sei, dass das Amtsgericht U.\_\_\_\_\_/SRB das Sorgerecht der Mutter zuteilen würde, und befunden, ein Einverständnis zum sofortigen Verbringen lasse sich dieser Erklärung nicht entnehmen, zumal unklar sei, ob der Vater im Zeitpunkt der Erklärung bereits vom Verbringen der Kinder Kenntnis gehabt habe (was die Mutter behauptet und der Vater bestreitet). Vor diesem Hintergrund könne im Übrigen offen bleiben, ob eine gegenüber einem Dritten abgegebene Erklärung überhaupt Verbindlichkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ entfalten könnte. Weil es sich um eine bedingte Erklärung handle, könne sodann auch nicht auf den Bescheid der Staatsanwaltschaft vom 4. April 2014 abgestellt werden, welche sich ihrerseits auf das Protokoll der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013 stütze. Schliesslich sprächen auch das vom Vater eingeleitete Strafverfahren in Serbien sowie sein dortiger Antrag an das Amtsgericht von U.\_\_\_\_\_/SRB, dass in Abänderung der Anordnung vom 28. Mai 2012 die Sorge, Pflege und Erziehung der Kinder ausschliesslich auf ihn zu übertragen sei, gegen eine nachträgliche Genehmigung.

#### **E. 4.2**

Die Mutter und die Kindesvertreterin machen eine willkürliche Beweiswürdigung dahingehend geltend, dass der 13. November 2013 lediglich das Datum der Ausstellung der serbischen Abmeldeurkunde sei und die Mutter die Kinder bereits bei der Abreise im Juni 2013 abgemeldet habe. Die Urkunde GB 15, um die es geht, führt oben das Datum des 13. Novembers 2013 auf. Ob es sich dabei um das mit dem Abmeldedatum zusammenfallende Ausstellungsdatum oder um das Datum einer erst viel später erfolgten Ausstellung der betreffenden Urkunde handelt, lässt sich dem Dokument nicht entnehmen. Im Übrigen wird in der Urkunde einzig das Datum der Abreise nach V.\_\_\_\_\_/CH genannt, nämlich der 24. Juni 2013; ein explizit als solches ausgewiesenes Abmeldedatum findet sich hingegen, wie erwähnt, nicht. Eine willkürliche Beweiswürdigung ist insofern nicht auszumachen. Dazu kommt, dass in der Beschwerde für eine erfolgreiche Willkürüge darzutun wäre, inwiefern ein allfälliger Mangel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte ( BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Solche Ausführungen finden sich in Bezug auf das Abmeldedatum nicht und es ist ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern dieses für das Resultat des angefochtenen Entscheides von ausschlaggebender Bedeutung gewesen wäre.

#### **E. 4.3**

Die Mutter macht weiter eine willkürliche Beweiswürdigung im Zusammenhang mit ihrer Behauptung geltend, gar nicht am 24. Juni 2013 und insbesondere nicht vor der Sitzung bei der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013, sondern erst nach Ablauf des Schuljahres der Kinder in die Schweiz gereist zu sein. Das Obergericht hat sich bei seiner Sachverhaltsfeststellung explizit auf die übereinstimmende Darstellung der Parteien gestützt; die Mutter hat anlässlich ihrer Einvernahme im Rückführungsverfahren ebenfalls ausgesagt, am 24. Juni 2013 mit den Kindern in die Schweiz gereist zu sein (kantonale Akten, p. 165). Im Übrigen hat die Mutter dieses Datum auch gegenüber den serbischen Behörden als Abreisedatum genannt (vgl. soeben E. 4.2). Vor diesem Hintergrund ist keine willkürliche Beweiswürdigung dargetan, schon gar nicht mit der nunmehr vor Bundesgericht vorgehobenen Aussage, "erst nach Ablauf des Schuljahres" aus Serbien abgereist zu sein. Ist aber demnach für das bundesgerichtliche Verfahren der 24. Juni 2013 willkürfrei und mithin verbindlich als Ausreisedatum festgestellt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), fehlt es an der tatsächlichen Grundlage für die - im Übrigen neue - Behauptung der Mutter,

sie sei an der Sitzung vom 25. Juni 2013 bei der Anstalt für soziale Arbeit auch dabei gewesen und folglich habe der Vater seine dortige Zustimmung nicht nur gegenüber dem Amt, sondern direkt ihr gegenüber abgegeben. Im Übrigen ist unter der Rubrik "Anwesende" in der beglaubigten Übersetzung des Protokolls der Sitzung nur der Vater, nicht aber die Mutter aufgeführt. Ebenso fehlt es - auch mangels irgendwelcher Anhaltspunkte im Protokoll der Anstalt für soziale Arbeit - an der tatsächlichen Grundlage für die (im Übrigen ebenfalls neue) Behauptung der Mutter, an der dortigen Sitzung vom 25. Juni 2013 sei die bevorstehende Ausreise in die Schweiz diskutiert worden und der Vater sei über alles informiert gewesen. Soweit die Mutter geltend macht, es sei willkürlich und gehörsverletzend, nur auf die vom Vater nachträglich eingereichte Übersetzung abzustellen, ohne dass das Originalprotokoll der Sitzung vom 25. Juni 2013 ediert worden wäre, zeigt sie nicht auf, dass und an welcher Stelle sie diesen Antrag bereits im kantonalen Verfahren gestellt hätte, so dass darauf nicht eingetreten werden kann (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Soweit sie eine entsprechende Edition direkt durch das Bundesgericht verlangt, ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht grundsätzlich keine Beweise abnimmt (Urteile 5A\_674/2011 vom 31. November 2011 E. 2.6 nicht publ. in BGE 137 III 529 ; 2C\_347/2012 vom 28. März 2013 E. 3.2 nicht publ. in BGE 139 II 185 ) und das bundesgerichtliche Verfahren insbesondere nicht dazu dient, Versäumtes nachzuholen. Insofern ist auf die beglaubigte Übersetzung abzustellen, wie sie eingereicht worden ist und Eingang in die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen gefunden hat.

#### **E. 4.4**

Keine Rechtsverletzung ist ersichtlich im Zusammenhang mit der Wertung des Obergerichtes, die Erklärung des Vaters anlässlich der Sitzung bei der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013 sei bedingt für den Fall erfolgt, dass das Amtsgericht U.\_\_\_\_\_/SRB das Sorgerecht an die Mutter übertragen würde. In Übereinstimmung mit der Lehre (Pirrung, a.a.O., D 70; Bucher, L'enfant en droit international privé, Basel 2003, Rz. 465; Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Diss. Zürich 2005, S. 88; Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen, Diss. Freiburg 2012, Rz. 231; Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002 S. 1332; Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, Ausländische Kinder und andere Angehörige, in: Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 16.162) stellt das Bundesgericht hohe Anforderungen an die Zustimmung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ (Urteile 5P.380/2006 vom 17. November 2006 E. 3.4; 5A\_446/2007 vom 12. September 2007 E. 3; 5A\_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 3.1; 5A\_822/2013 vom 28. November 2013 E. 3.3); insbesondere sind bedingte Erklärungen ungenügend (vgl. Urteil 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 3). Die Erklärung des Vaters vom 25. Juni 2013 bezieht sich klarerweise auf den Fall, dass das Amtsgericht das Sorgerecht auf die Mutter übertragen würde, und sie lässt sich deshalb nicht anders deuten, als dass der Vater im Zusammenhang seiner Erklärung am 25. Juni 2013 von einem gemeinsamen Sorgerecht ausging. Gemäss seinen eigenen Aussagen wusste er in diesem Zeitpunkt auch nichts vom Wegzug der Mutter mit den Kindern, die er am 21. Juni 2013 im Rahmen seiner wochenweisen Betreuung zum letzten Mal gesehen hatte; jedenfalls ist nicht nachgewiesen, dass er seine Aussagen in Kenntnis der näheren Umstände gemacht hätte. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob eine gegenüber einem Dritten bzw. einer Amtsstelle gemachte Äusserung überhaupt irgendwelche Verbindlichkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ entfalten könnte (Verbindlichkeit verneinend Mazenauer, a.a.O., Rz. 233 m.w.H.). Was den Bescheid der Staatsanwaltschaft U.\_\_\_\_\_/SRB vom 4. April 2014

anbelangt, so stützt sich diese bei der Aussage, der Vater habe nichts dagegen, dass die Mutter mit den Kindern in der Schweiz lebe, wiederum in verändernder Weise auf das Protokoll der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013, und erachtet sie die angebliche Zustimmung des Vaters als nachvollziehbar mit der Begründung, dass dieser ja auch in der Schweiz lebe; dies traf indes für jenen Zeitpunkt gerade nicht mehr zu, weil der Vater im April 2013 nach Serbien gezogen war. Entgegen der Auffassung von Mutter und Kindesvertreterin ist es vor diesem Hintergrund nicht willkürlich, wenn das Obergericht im Zusammenhang mit dem Nachweis der Zustimmung bzw. Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ direkt auf das Protokoll der Anstalt für soziale Arbeit vom 25. Juni 2013 und nicht auf den dieses Protokoll unrichtig wiedergebenden und auch den übrigen Sachzusammenhang verdrehenden Bescheid der Staatsanwaltschaft - welchen das Obergericht nicht etwa übersah, sondern explizit (im negativen Sinn) würdigte - abgestellt hat. Völlig unsubstanziert sind schliesslich die sinngemässen Ausführungen von Mutter und Kindesvertreterin, der Vater habe im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland der Sache nach das Verbringen der Kinder in die Schweiz genehmigt.

#### **E. 4.5**

Insgesamt ergibt sich, dass das Obergericht kein Recht verletzt hat, wenn es davon ausgegangen ist, der Nachweis einer Zustimmung oder Genehmigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ sei nicht erbracht.

#### **E. 5**

Die Mutter und die Kindesvertreterin behaupten schliesslich, dass die Rückführung für die Kinder eine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bedeuten würde.

#### **E. 5.1**

Das Obergericht hat eine solche Gefahr verneint. Es hat befunden, die Kinder hätten die doppelte Staatsbürgerschaft, sie seien zweisprachig und in Serbien bereits zur Schule bzw. in die Vorschule gegangen. Die Mutter verfüge in Serbien nach ihren eigenen Aussagen über ein Haus und sie sei mit den Kindern seit dem Verbringen in die Schweiz bereits wieder für einen kurzen Aufenthalt in Serbien gewesen. Im Übrigen könne für die durchaus positiv geschilderten Lebensumstände der Kinder in Serbien vor der Verbringung in die Schweiz sowohl auf die Aussagen der Mutter selbst als auch auf den vom Amtsgericht U. \_\_\_\_\_/SRB eingeholten Bericht der Anstalt für soziale Arbeit verwiesen werden. Der Mutter wäre eine Rückkehr nach Serbien zumutbar und im Übrigen würden weder sie noch die Kindesvertreterin geltend machen, dass eine Unterbringung beim mitsorgeberechtigten Vater nicht dem Kindeswohl entspreche.

#### **E. 5.2**

Vor Bundesgericht machen die Mutter und die Kindesvertreterin im Sinn eines echten Novums geltend, dass der Sohn als Folge des obergerichtlichen Entscheides Angstsymptome entwickelt habe und er in kinderpsychologischer Betreuung stehe, die unbedingt fortgeführt werden müsse, weshalb eine Rückführung unzumutbar sei. Die Kindesvertreterin bringt zusätzlich vor, dass im Nachgang zum obergerichtlichen Rückführungsentscheid auch die Tochter von nicht kindgerechtem Verhalten des Vaters zu berichten begonnen habe. Mutter und Kindesvertreterin stellen die Angstsymptome des Sohnes sinngemäss in Zusammenhang mit angeblichen Erlebnissen beim Vater, wobei sie diesbezüglich vage bleiben (offenbar Einsperren der Kinder in dunklem Raum, um sie zum

Einschlafen zu bewegen; Verweigern von Essen bzw. Servieren von schlechtem Essen). Die Mutter führt aus, sie sei zu sehr darauf bedacht gewesen, im obergerichtlichen Rückführungsverfahren keine unschönen innerhäuslichen Erlebnisse auszubreiten, um das Vater-Kind-Verhältnis nicht zu belasten. Echte Noven können im bundesgerichtlichen Verfahren überhaupt nicht berücksichtigt werden ( BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f. ; 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229) und unechte nur insoweit, als erst der angefochtene Entscheid zu deren Geltendmachung Anlass gegeben hat ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Von vornherein nicht stattzugeben ist deshalb den Anträgen auf Einholung eines Gutachtens betreffend die Ängste des Sohnes bei der behandelnden Kinderpsychiaterin bzw. auf Rückweisung an die Vorinstanz zur Anordnung eines solchen Gutachtens, weil dies im Zusammenhang mit einem echten Novum steht, welches seinerseits im bundesgerichtlichen Verfahren nicht vorgebracht werden kann. Was die angeblichen Erlebnisse der Kinder beim Vater anbelangt, handelt es sich zwar um unechte Noven. Indes hatte die Mutter nie etwas gegen die wochenweise Betreuung der Kinder durch den Vater einzuwenden, welche in Serbien während längerer Zeit ausgeübt wurde, und sie hat im kantonalen Rückführungsverfahren offeriert, dass der Vater die Regelung gemäss gerichtlicher Anordnung vom 28. Juni 2012 von ihr aus gesehen ohne weiteres in der Schweiz ausüben könne (kantonale Akten, p. 111). Gleichzeitig will sie die angeblichen Ereignisse dem Obergericht wegen des Vater-Kind-Verhältnisses verheimlicht haben, um sie jetzt dem Bundesgericht vorzutragen. Dies wirkt unglaubwürdig und es handelt sich jedenfalls nicht um Vorbringen, zu denen erst der angefochtene Entscheid Anlass gegeben hätte, weshalb auch diese im bundesgerichtlichen Verfahren unstatthaft sind ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 5.3**

Im Übrigen ist zu bemerken, dass es nicht um eine Rückführung in die alleinigen Hände des Vaters geht, sondern diesem eine Betreuungswoche pro Monat zusteht, wobei die Mutter während dieser Zeit ein Besuchsrecht hat. Die Kindesvertreterin behauptet zwar in abstrakter Weise, der Mutter sei eine Rückkehr nach Serbien nicht zumutbar. Die Mutter selbst machte aber solches in ihrer Beschwerde nicht geltend. Erst in der Eingabe vom 19. August 2014 brachte sie vor, zufolge Einlegung eines Rechtsmittels gegen den Aufhebungsbeschluss der Staatsanwaltschaft von U. \_\_\_\_\_/SRB sei in Serbien nach wie vor eine Strafanzeige wegen Entzuges von Minderjährigen hängig, was mit Gefängnis strafbewehrt sei. Obwohl es sich dabei um einen schon während des kantonalen Verfahrens und jedenfalls bei Einreichung der Beschwerde bekannten Umstand handelt, erfolgte dieses Vorbringen erst nach Ablauf der Beschwerdefrist und damit verspätet. Ohnehin ist nicht ersichtlich, inwiefern der Mutter aufgrund einer blossen Strafanzeige eine unbedingte Gefängnisstrafe drohen könnte; hierfür bedürfte es jedenfalls einer Überweisung an ein Strafgericht und eines von diesem ausgesprochenen rechtskräftigen Strafurteils. Dass offensichtlich keine ernsthaften und unmittelbaren Gefahren drohen, zeigt sich denn auch darin, dass die Mutter seit dem Verbringen der Kinder bereits wieder mit diesen in Serbien weilte (Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid, vgl. E. 5.1). Auch anderweitig ist nicht zu sehen und wird von der Mutter auch nicht vorgebracht, inwiefern sie nicht mit den Kindern nach Serbien zurückkehren könnte: Sie ist dort aufgewachsen und beherrscht die Sprache. Vor dem Verbringen der Kinder lebte sie in einer Wohnung im Haus ihrer Mutter und hat gemäss ihren Aussagen bei der Anhörung im Rückführungsverfahren daneben ein eigenes Haus, welches allerdings auch der Mutter gehören soll. Sodann war sie vor dem Wegzug in Serbien erwerbstätig und konnte damit für ihren eigenen Unterhalt und denjenigen der Kinder aufkommen. Ferner scheint sie gewandt

zu sein, war es ihr doch ohne weiteres möglich, in der Schweiz eine Wohnung und eine Arbeit zu organisieren. Es ist nicht zu sehen, inwiefern ihr dies nicht auch in Serbien wieder möglich sein sollte, zumal sie gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid gegenüber dem Amtsgericht U. \_\_\_\_\_/SRB aussagte, von ihrer dortigen Familie "volle Unterstützung, sowohl moralisch als auch Material" zu erhalten. Vor diesem Hintergrund ist dem Ansinnen der Kinderanwältin nicht zu folgen, eine Rückführung sei davon abhängig zu machen, dass die angemessene Unterbringung der Kinder und die Sicherstellung ihres Lebensunterhaltes gewissermassen formal garantiert wäre. Abgesehen davon, dass es nicht Sache des Bundesgerichtes ist, vor Ort für Wohnung und Nahrung zu sorgen, macht die Mutter nicht ansatzweise geltend, dass sie in Serbien über keine Unterkunft verfügen und in Not geraten würde.

#### **E. 5.4**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch die schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nicht und jedenfalls nicht mit statthaften Vorbringen dargetan ist.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass beide Beschwerden abzuweisen sind, soweit auf sie eingetreten werden kann. Mit dem Entscheid in der Sache werden die Gesuche um aufschiebende Wirkung gegenstandslos. Zufolge der superprovisorisch angeordneten aufschiebenden Wirkung ist jedoch die vom Obergericht eingeräumte Frist zur freiwilligen Rückführung der Kinder neu anzusetzen. Infolge der unaufgeforderten Eingabe des Vaters vom 12. August 2014, welche der Gegenseite zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zuzustellen war, ist es zwischenzeitlich nicht mehr möglich, die Frist zur freiwilligen Rückführung angesichts des in Serbien am 1. September 2014 beginnenden Schuljahres auf Ende August 2014 zu setzen, zumal die Mutter in der Schweiz Verträge auflösen muss und am 8./9. September 2014 Arzttermine wahrzunehmen hat (Beilage 12a zur Eingabe vom 19. August 2014). Dennoch rechtfertigt es sich mit Blick auf den Beginn des Schuljahres, eine relativ kurze Frist anzusetzen, zumal offenbar beidseits Familienverbände vorhanden sind, von denen soweit nötig die Übernahme vorübergehender Betreuungsaufgaben erwartet werden darf. Was das Vorbringen des Vaters anbelangt, die Mutter leide an epileptischen Anfällen, weshalb die Rückreise keinesfalls mit dem Auto, sondern nur mit dem Flugzeug erfolgen dürfe, so handelt es sich ebenfalls um ein unbeachtliches Novum, welches im Übrigen auch nicht sehr glaubhaft wirkt, wenn es erst vor Bundesgericht vorgebracht wird. In ihrer Eingabe vom 19. August 2014 hält die Mutter denn auch fest, die Behauptung sei frei erfunden. Jedenfalls ist kein Anlass ersichtlich, entsprechende Anweisungen zu verfügen.

#### **E. 7**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter der Beteiligten sind aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Damit sind die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Bei den Parteikosten ist zu berücksichtigen, dass der Anwalt der Mutter und die Kindesvertreterin nebst der jeweiligen Beschwerde je eine kürzere Vernehmlassung im anderen Verfahren eingereicht haben. Der Anwalt des Vaters hat in beiden Verfahren eine längere Vernehmlassung eingereicht, wobei inhaltlich weitestgehend die gleichen Vorbringen zu beantworten waren. Ferner haben Vater und Mutter nachträglich noch einmal eine kurze Eingabe gemacht. Insgesamt scheint im bundesgerichtlichen Verfahren eine Entschädigung von je Fr. 4'000.-- pro Vertretung

angemessen.

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