

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 952/2021

Urteil vom 6. Januar 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Dana Matanovic,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Roger Lerf,
Beschwerdegegnerin,

C. _____ und D. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christophe Herzig.

Gegenstand
Kindesrückführung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 29. Oktober 2021 (ZK 21 454).

Sachverhalt:

A.

A. _____ und B. _____ heirateten im Jahr 1998. Sie haben die Kinder C. _____ (geb. 2007) und D. _____ (geb. 2009). C. _____ leidet an Trisomie 21 (Down-Syndrom) und an Autismus, und bei D. _____ wurde eine Sprachentwicklungsstörung im Rahmen einer allgemeinen Entwicklungsverzögerung festgestellt.

Bis Ende 2015 wohnte die Familie gemeinsam in der Schweiz, wo die Kinder alters- und bedürfnisentsprechend eingeschult waren. Im Rahmen der Trennung zog die Mutter am 26. Dezember 2015 mit den Kindern im ausdrücklichen Einverständnis des Vaters nach Spanien.

Ende Januar 2016 reiste der Vater nach Spanien und verbrachte die Kinder ohne das Wissen der Mutter in die Schweiz. Im Rahmen eines Kindesentführungsverfahrens wurden diese nach Spanien zurückgeführt (vgl. Urteil 5A 293/2016 vom 8. August 2016). Seither wohnen sie mit der Mutter und deren Lebenspartner in Spanien.

Im Jahr 2017 leitete der Vater in Spanien das Scheidungsverfahren ein und die Ehe der Parteien wurde dort mit Urteil vom 2019 geschieden. Dabei wurden die Kinder unter die gemeinsame Sorge der Parteien und die alleinige Obhut der Mutter gestellt, unter Regelung des persönlichen Verkehrs (jedes zweite Wochenende von Freitag nach der Schule bis Montag Schulbeginn sowie die Hälfte der Weihnachts-, Oster- und Sommerferien) und der Unterhaltspflicht des Vaters.

Für die Sommerferien 2021 vereinbarten die Parteien, dass der Vater die Kinder vom 23. Juni 2021 bis am 31. Juli 2021, 12 Uhr, zu sich in die Ferien nimmt. Am 31. Juli 2021 behielt der Vater die Kinder bei sich zurück. Nachdem er mit ihnen durch verschiedene Länder gereist war, wohnen sie momentan gemeinsam mit ihm in seiner Wohnung in U. _____.

Am 25. August 2021 reichte die Mutter bei der Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau eine

Strafanzeige wegen Entziehung von Minderjährigen, Freiheitsberaubung und Entführung ein. In diesem Strafverfahren wurden beide Elternteile einvernommen und auch D._____ mit Videoeinvornahme befragt.

B.

Am 16. September 2021 stellte die Mutter beim Obergericht des Kantons Bern ein Rückführungsgesuch. Am 20. September 2021 ernannte das Obergericht den Kindern in der Person von Rechtsanwalt Herzig einen Vertreter. Mit Instruktionsverfügung wurde der Vater u.a. aufgefordert, seine eigenen und die Pässe der Kinder zu hinterlegen. Unter der Leitung von Dr. E._____ führte das Obergericht am 20. Oktober 2021 eine Kindesanhörung mit D._____ durch. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2021 reichte Dr. E._____ ihre Beobachtungen und ihre Beurteilung zur Kindesanhörung nach. C._____ konnte aufgrund seiner Behinderung nicht angehört werden. Am 29. Oktober 2021 fand die Verhandlung mit den Parteien statt.

Mit Urteil vom 29. Oktober 2021 ordnete das Obergericht die Rückführung der beiden Kinder nach Spanien an, wobei es dem Vater eine Frist von 14 Tagen zur freiwilligen Rückgabe der Kinder gewährte, unter Anweisung des kantonalen Jugendamtes als Vollstreckungsbehörde, Schutzmassnahmen für die Rückführung zu treffen und die Kinder während der Rückführung fachpsychologisch begleiten zu lassen. Für den Vollstreckungsfall beauftragte das Obergericht das Jugendamt mit der Rückführung der Kinder nach V._____, Spanien, oder mit der Übergabe an die Mutter in der Schweiz.

C.

Gegen dieses Urteil reichte der Vater am 22. November 2021 eine Beschwerde in Zivilsachen ein mit den Begehren um dessen Aufhebung und unverzügliche Rückgabe der Ausweise der Kinder sowie um superprovisorische Gewährung der aufschiebenden Wirkung; ferner stellte er den Verfahrens Antrag, das Schreiben von Dr. E._____ vom 23. Oktober 2021 sei zu den Akten zu erkennen. Am 29. November 2021 reichte er eine Noveneingabe ein mit einem Bericht einer Kinderpsychologin.

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 wurde in Bezug auf die Rückführung die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführer angewiesen, innert eines Tages die von ihm heimlich beantragten slowakischen Pässe der Kinder zu hinterlegen, worüber das Bundesgericht seitens der Zentralstelle für Kindesentführung informiert worden war. Am 8. Dezember 2021 wurden im Rahmen einer polizeilichen Hausdurchsuchung als Zufallsfund nicht nur die slowakischen Pässe der Kinder, sondern auch die Pässe des Beschwerdeführers sichergestellt, von denen das Bundesgericht glaubte, dass sie gemäss der obergerichtlichen Instruktionsverfügung bereits hinterlegt seien, wie dies für die schweizerischen Pässe der Kinder tatsächlich geschehen ist. Als Folge wurden mit Verfügung vom 9. Dezember 2021 nicht nur die neu ausgestellten slowakischen Pässe der Kinder, sondern auch diejenigen des Beschwerdeführers eingezogen.

In der Sache beantragen der Kindesvertreter mit Vernehmlassung vom 6. Dezember 2021 die Gutheissung der Beschwerde und die Abweisung des Rückführungsgesuchs, eventualiter die Rückweisung der Sache an das Obergericht, und die Beschwerdegegnerin mit Vernehmlassung vom 10. Dezember 2021 die Abweisung der Beschwerde und vorgängig zur Eröffnung des Urteils die Anweisung an das Jugendamt und an das zuständige Polizeikommando, die Rückführung durch Übergabe der Kinder an sie zu vollstrecken. Am 17. Dezember 2021 reichte der Beschwerdeführer eine Replik zur Vernehmlassung des Kindesvertreters und am 22. Dezember 2021 eine Replik zur Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin ein. Innert der bis 30. Dezember 2021 gesetzten Frist gingen keine Dupliken ein und die Beschwerdegegnerin hielt mit Schreiben vom 3. Januar 2022 explizit fest, auf eine Duplik zu verzichten, damit das Verfahren nicht weiter verzögert werde. Der Schriftenwechsel ist somit abgeschlossen, zumal der unterliegende Beschwerdeführer mit seinen zwei Repliken das letzte Wort hatte.

Erwägungen:

1.

Bei Rückführungsentscheiden nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) geht es um die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584).

Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts, 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.

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 Entführungsübereinkommen gehört. Das Bundesgericht behandelt aber auch im Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 1 BGG nur thematisierte Rechtsfragen; es gelten die Begründungsanforderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG, welche eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides verlangen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116).

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). Das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Willkür- und andere Verfassungsrügen, während es auf ungenügend substanziierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt; ausserdem ist aufzuzeigen, inwiefern die Behebung der aufgezeigten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Echte Noven sind im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123) und unechte sind nur insoweit zulässig, als erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben hat (Art. 99 Abs. 1 BGG), was näher zu begründen ist (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Der mit Noveneingabe vom 29. November 2021 eingereichte Bericht einer Kinderpsychologin basiert auf einem mit einer Dolmetscherin geführten Gespräch mit D._____ am 24. November 2021 und wurde am 26. November 2021 erstattet. Es handelt sich mithin um ein echtes Novum und der Bericht kann ebenso wenig wie die Ausführungen in der Noveneingabe berücksichtigt werden. Ohnehin würde sich daraus nichts ergeben, was nicht schon bekannt wäre (dazu E. 3), nämlich dass D._____ Defizite beim formalen Denken (eingegengtes Denken, Vorbeireden) hat, in seinen Schilderungen ein ausgeprägtes Schwarz-Weiss-Denken deutlich wird, indem er den Vater idealisiert, bei welchem es ihm fantastisch gehe, während er die Mutter sowie deren Lebenspartner stark abwertet und diesen als Konkurrenz zum Vater versteht, weil dieser "Familie spielen" wolle, dass er diesem ausserdem sexuellen Missbrauch vorwirft sowie dass er auf gar keinen Fall nach

Spanien zurück will und droht, auf die Polizei schiessen bzw. sich umzubringen, wobei er davon ausgeht, dass ihn England dabei mit Atomwaffen unterstützen könnte.

2.

Die Kinder stehen unter der Obhut der Mutter und wohnten mit ihr und deren Lebenspartner in Spanien. Sie wurden vom Vater nach der Ausübung des Ferienrechts entgegen der für den Urlaub getroffenen Abrede nicht mehr zurückgegeben. Dass demnach das Zurückhalten der Kinder in der Schweiz widerrechtlich im Sinn von Art. 3 Abs. 1 HKÜ ist und die Voraussetzungen für deren sofortige Rückführung nach Spanien gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ gegeben sind, wird beschwerdeweise nicht in Frage gestellt. Vielmehr werden vom Beschwerdeführer (wie bereits im kantonalen Verfahren) zwei Ausschlussgründe geltend gemacht, nämlich ein Widersetzen von D._____ im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ (dazu E. 3), welches sinngemäss auch für C._____ gelten müsse, und eine drohende schwerwiegende Gefahr gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, welche auch der Kindesvertreter bejaht (dazu E. 4).

Ferner machen der Beschwerdeführer eine Verletzung der Offizial- und der Kindesvertreter eine Verletzung der Untersuchungsmaxime - zur Debatte steht wenn schon die Letztere - in folgendem Zusammenhang geltend: Dr. E._____, welche bei der obergerichtlichen Anhörung von D._____ als Gesprächsleiterin beigezogen worden war, gab mit Schreiben vom 23. Oktober 2021 ihre Beobachtungen und ihre Beurteilung zur Kindesanhörung zu den Akten (vgl. Lit. B). An der mündlichen Verhandlung hielt das Obergericht fest, dass der Bericht ab dem Abschnitt "Zur Beurteilung" (pag. 297 ff.) - in welchem festgehalten wird, dass D._____ weder in der Obhut der Mutter noch in der Obhut des Vaters in der Lage sein werde, neue korrigierende Erfahrungen zu integrieren, dass vor dem Hintergrund der subjektiven und mittelfristig nicht korrigierbaren Realität von D._____ eine Rückführung zur dämonisierten Mutter den ohnehin nicht mit ausreichenden Ressourcen ausgestatteten Jungen traumatisieren könnte und dass bei einer Rückführung potentiell eine Selbst- oder Drittgefährdung bestehe - unberücksichtigt bleibe, weil es weder einen Gutachtensauftrag erteilt noch Dr. E._____ sonstwie aufgefordert habe, eine Beurteilung abzugeben, sondern es einzig um

eine Beschreibung der Kindesanhörung gegangen sei, wie sie im ersten Teil des Berichtes denn auch vorgenommen werde. Indes äusserte sich das Obergericht in seinem Urteil mit einer Eventualerwägung (Ziff. 14.3.3) dennoch ausführlich dazu und hielt fest, dass es auch bei Berücksichtigung des fraglichen Teiles der Gesprächsbeurteilung zum gleichen Ergebnis gelangen würde. Mithin wurde dieser Teil des Berichtes zum Urteilsinhalt und ist deshalb das Vorbringen der Mutter in der Vernehmlassung, Dr. E._____ sei einzig im Sinn von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE zur

Anhörung, nicht aber zur Begutachtung beigezogen worden, gegenstandslos. Sodann hatten die Parteien unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs (wobei der Beschwerdeführer nirgends eine Gehörsrüge erhebt) die Möglichkeit, sich ebenfalls zur Eventualbegründung beschwerdeweise zu äussern, was der Beschwerdeführer und der Kindesvertreter denn auch ausführlich getan haben. Das vorliegende Urteil wird sich zum Thema inhaltlich äussern (vgl. E. 3.5 und 4.4) und für den Fall der Anordnung einer Rückführung werden den im betreffenden Berichtsteil angesprochenen Gefahren Rechnung tragende begleitende Massnahmen anzuordnen sein (vgl. E. 5). Vor diesem Hintergrund ist dem (vom Kindesvertreter unterstützten) Verfahrens Antrag des Beschwerdeführers, das Schreiben von Dr. E. _____ vom 23. Oktober 2021 sei zu den Akten zu erkennen, hinreichend Rechnung getragen.

3.

Das Gericht (...) kann es (...) ablehnen, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 2 HKÜ).

3.1. 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 und 5A 475/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4.2 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 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 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 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). 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 133 III 88 E. 4 S. 91; nicht beanstandet im Urteil Nr. 3592/08 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Juli 2014).

In der Regel kann auf eine Manipulation des Kindeswillens geschlossen werden, wenn der entführende Elternteil die Kinder von Kontakten zu den angestammten Bezugspersonen abschirmt und diese beginnen, stereotyp und offensichtlich nicht auf real bzw. selbst Erlebtem beruhend in negativer Weise über das Herkunftsland, die dortige Situation und den zurückgebliebenen Elternteil zu berichten (beispielhaft Urteil 5A 229/2015 vom 30. April 2015 E. 5.2 und 5.3; ferner Urteil 5A 513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.1).

Mit dem gut 14-jährigen C. _____ konnte aufgrund seiner Behinderung keine Anhörung durchgeführt werden; er ist nicht in der Lage, einen eigenen Willen zu äussern. Allerdings müsste ein beachtlicher Kindeswille von D. _____ in sinngemässer Übertragung des materiell-rechtlichen Grundsatzes, wonach Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen sind (zuletzt Urteile 5A 730/2020 vom 21. Juni 2021 E. 3.3.1.1; 5A 558/2021 vom 29. Juli 2021 E. 3), wohl auch zu einem Ausschluss der Rückführung von C. _____ führen. Ob allerdings bei D. _____, welcher eine Rückführung nach Spanien strikt ablehnt, von einem autonom gebildeten und beachtlichen Kindeswillen ausgegangen werden kann, ist fraglich und wird in den folgenden Erwägungen zu erörtern sein. Zwar hat er mit zwischenzeitlich fast 13 Jahren längst ein Alter erreicht, in welchem bei normaler Entwicklung bzw. Reife ein autonom gebildeter Kindeswille nicht nur in die Gesamtbetrachtung einfließt, sondern die Rückführung ausschliesst (vgl. beispielhaft die Urteile 5A 666/2017 vom 27. September 2017 E. 5; 5A 475/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4; 5A 1013/2018 vom 1.

Februar 2019 E. 5). Indes weist D. _____ im betreffenden Kontext grosse Defizite auf und er hat offensichtlich die in manipulativer Weise eingeflössten väterlichen Ansichten verinnerlicht.

3.2. Das Obergericht hielt fest, dass D. _____ gemäss der Einschätzung von Dr. E. _____ psychisch und vermutlich auch kognitiv beeinträchtigt sei. Er imponiere mit einer kleinkindhaften Selbstbehauptung, sei motorisch unruhig und im Kontakt mit Erwachsenen distanzgemindert und enthemmt. Auch die beteiligten Personen des Obergerichts hätten bei der Kindesanhörung den Eindruck eines weder reifen noch überlegten oder altersgerecht entwickelten Kindes gewonnen, welches im Übrigen mit den Fragen überfordert gewesen sei. Nach der Kindesanhörung habe die Dolmetscherin festgehalten, D. _____ habe eine Mischung aus Slowakisch und Tschechisch in auch grammatikalisch nicht korrekten Sätzen gesprochen. Das Obergericht kam allerdings zum Schluss, dass D. _____ nicht aus sprachlichen Gründen mit den Fragen überfordert gewesen sei, sondern dass er kognitiv nicht altersentsprechend entwickelt zu sein scheine und ihm die nötige Reife fehle, damit auf seinen Willen abgestellt werden könne.

Anlässlich der Kindesanhörung vom 20. Oktober 2021 erklärte D. _____ gemäss den obergerichtlichen Feststellungen, dass er nicht bei seiner Mutter leben möchte. Es sei dort der Horror gewesen. Seine Mutter habe ihrem Lebenspartner erlaubt, ihn und seinen Bruder zu missbrauchen. Er bringe sich um, wenn er zurück nach Spanien gehen müsse. Er sei seit fünf Jahren wütend, weil er in Spanien leben müsse. Auf die Frage von Dr. E. _____, was passieren müsse, dass es ihm in Spanien besser gehe, antwortete D. _____, dass in Spanien nur Wüste sei. Dies müsse verbessert werden. Weiter gab er an, dass in Spanien nur Zigeuner leben würden. Auf die Frage von Dr. E. _____, ob er Kontakt zu seiner Mutter gehabt habe, seit er in der Schweiz sei, erwiderte D. _____, dass er keinen Kontakt zu ihr haben möchte. Er möchte mit den ganzen Schweinereien nichts mehr zu tun haben. Auf die Frage von Dr. E. _____, wie es seiner Mutter gehen werde, wenn er in der Schweiz bleibe, antwortete D. _____, dass deren Freund nicht mehr glücklich sein werde, weil er nicht mehr "Familie spielen" könne. Deshalb werde dann auch seine Mutter fertig sein. Wenn ein fremder Kerl so tue, als ob er der Vater sei, dann sei dies "Familie spielen". Dies mache der

Freund der Mutter. Auf die Frage von Dr. E. _____, wer sich in der Schweiz um ihn und seinen Bruder kümmere, erzählte D. _____, dass sich der Vater um sie kümmere. Sie seien die Wichtigsten für ihn. Für seine Mutter seien sie nichts. Auf Nachfrage gab D. _____ an, dass er mit seinem Vater über das Rückführungsverfahren gesprochen habe und dass dieser ihm helfe, dass er hier bleiben könne. Sein Vater habe ihm gesagt, dass er heute das Wichtigste erzählen solle, nämlich dass er und sein Bruder missbraucht und geschlagen worden seien und dass es in Spanien wie in der Hölle gewesen sei.

Das Obergericht hielt sodann fest, dass D. _____ gemäss den Beobachtungen von Dr. E. _____ anlässlich der Kindesanhörung grosse Mühe bekundet habe, auf die ihm gestellten Fragen zu antworten. Stattdessen habe er vorbeirendend auf der Schlechtigkeit der Mutter sowie deren Verlobten und auf seinem erklärten Willen beharrt, nie mehr nach Spanien zurückkehren zu müssen und mit seiner Mutter nichts mehr zu tun haben zu wollen. D. _____ habe stereotyp und in logorrhöischer Manier die Misshandlungs- und Vernachlässigungsvorwürfe wiederholt und hypothetische Fragen hätten ihn überfordert. Er sei kaum in der Lage, in Szenarien zu denken sowie Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen. In der alles überstrahlenden Überidentifikation mit dem Vater habe er kaum eine realistische Vorstellung darüber, was er bei einem Lebensmittelpunkt in der Schweiz in der Obhut des Vaters zu erwarten habe, und in Bezug auf seine Beziehung zur Mutter und seinem Lebensmittelpunkt in deren Umfeld sei kaum eine Ambivalenz zu erkennen.

Nach den weiteren Erwägungen fällt im Übrigen auf, dass D. _____ bei der polizeilichen Einvernahme vom 20. September 2021 noch erklärt habe, dass er sich ein Besuchsrecht der Mutter vorstelle könne, wenn er in der Schweiz bleiben dürfe. Es scheine, als ob D. _____ das Gefühl gehabt habe, er müsse die damaligen Aussagen anlässlich der Kindesanhörung überbieten. Sodann habe er keine Antwort darauf geben können, was in Spanien schlecht und in der Schweiz gut sei. Er habe angegeben, in der Schweiz in eine gute Schule gehen zu können, obwohl er nicht wisse, wie die Schulen hier aussähen. Demgegenüber habe er angegeben, dass seine Mutter ihm nicht erlaubt habe, sich mit Freunden zu treffen und Sport zu treiben; den Zusammenhang mit den damaligen strengen Corona-Auflagen in Spanien könne er nicht verstehen.

Die stereotypen negativen Aussagen über Spanien, über die dortige Situation und über die Mutter sind gemäss dem Obergericht ein starkes Indiz für eine Manipulation des Kindeswillens. Es ging davon aus, dass auch genügend Zeit für eine Beeinflussung blieb, weil der Vater mit den Kindern bis zum 7. September 2021, als sich die Polizei bei ihm meldete, durch verschiedene europäische Länder gezogen war. Das Obergericht hielt es im Übrigen für sonderbar, dass der Vater nicht sofort zur Polizei gegangen war, sondern zuerst über einen Monat mit den Kindern herumreiste, wenn

D. _____ gemäss den väterlichen Aussagen angeblich von Anfang an von sexuellem Missbrauch in Spanien gesprochen haben soll. Die Erklärung des Vaters, er habe dies erst verdauen müssen, scheine jedenfalls wenig glaubhaft. Im Übrigen habe er auch im Rahmen des ersten Entführungsverfahrens im Jahr 2016 bereits versucht, die Kinder zu beeinflussen. Sodann habe D. _____ auf Nachfrage selbst festgehalten, dass der Vater vor der Anhörung mit ihm gesprochen und ihm gesagt habe, was er erzählen solle, nämlich dass er und sein Bruder missbraucht und geschlagen worden seien und dass es in Spanien wie in der Hölle gewesen sei. Desgleichen habe D. _____ auch anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 20. September 2021 ausgesagt, dass der Vater ihn instruiert habe, was er bei der Polizei erzählen müsse.

Als Folge seiner beweiswürdigen Feststellungen hat das Obergericht die für eine die Rückführung ausschliessende Meinungsäusserung des Kindes erforderliche Reife verneint. Sodann hat es festgehalten, dass es auch keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass D. _____ bei einer Rückführung seine Selbstmorddrohungen in die Tat umsetzen oder er traumatisiert würde. Im Sinn einer Eventualerwägung hat das Obergericht in E. 14.3.3 festgehalten, dass an seiner diesbezüglichen Überzeugung auch die im zweiten Teil des Berichts von Dr. E. _____ gemachte Einschätzung (dazu E. 2) nichts ändere. Zum einen basiere diese ausschliesslich auf der rund einstündigen Kindesanhörung. Zum anderen sei das (Dr. E. _____ nicht bekannte) Verhalten von D. _____ im Anschluss an die polizeiliche Einvernahme am 20. September 2021 zu erwähnen. So habe D. _____, welcher bei seinen Aussagen jeglichen Kontakt mit der Mutter abgelehnt habe, sich dieser im Anschluss an die Einvernahme gemäss deren glaubhaften Aussagen auf den Schoss gesetzt, ihr einen Kuss gegeben und es sei während des ca. 10-minütigen Gesprächs wie immer gewesen. Dies vermittle, so das Obergericht, nicht den Eindruck, dass D. _____ unfähig wäre, sich in der Obhut der Mutter von der

Fremdbeeinflussung durch den Vater zu befreien. Der Ablauf dieses Treffens sei ein starkes Indiz dafür, dass es bei einer Rückführung nicht zu einer Traumatisierung kommen werde und es erscheine auch nicht als glaubhaft gemacht, dass D. _____ sich tatsächlich etwas antun würde.

3.3. Der Kindesvertreter relativiert zwar die Schilderung der Mutter dahingehend, dass er festhält, es handle sich bloss um eine keinen hohen Beweiswert aufweisende Parteiaussage. Er kommt aber ebenfalls zum Schluss, dass D. _____ die zur Bejahung des Ausschlussgrundes von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erforderliche Reife fehle. Er plädiert indes dafür, dass für den Fall einer Rückführung die Tatsache, dass die Dämonisierung der Mutter und deren Umfeld für D. _____ eine internalisierte Realität geworden sei, bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden müsse. Umgekehrt sei für den Fall, dass D. _____ nicht zurückgeführt würde, zu bedenken, dass zwischen ihm und C. _____ eine starke Verbindung bestehe und die beiden Brüder eine Schicksalsgemeinschaft bildeten. In der Tat werden diese Punkte bei der weiteren Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sein (siehe bereits E. 2 a.E. und E. 3.1).

3.4. Der Beschwerdeführer stellt die Sachverhaltsfeststellungen des Obergerichtes generell in Frage (die Sprachentwicklungsstörung von D. _____, sinngemäss auch dessen denklögen Defizite, sodann eine bestehende Infrastruktur zum Schutz der Kinder in Spanien, die Beeinflussung von D. _____ durch ihn, die Aussagen der Mutter betreffend das Verhalten von D. _____ nach der polizeilichen Einvernahme sowie sinngemäss auch die obergerichtliche Feststellung, dass D. _____ es in Spanien gut gehe und er in der Schule keine Probleme gehabt habe, indem er festhält, die Mutter erkenne die Nöte der Kinder nicht [Beschwerde, S. 12 unten] bzw. sie nehme dessen klare Aussagen zu Spanien und zum sexuellen Missbrauch nicht ernst [Replik vom 22. Dezember 2021, S. 11], während er als Vater ein sicherer Anker für die Kinder sei [Beschwerde, S. 20 unten]). Indes bleibt es diesbezüglich bei appellatorischen und damit unzulässigen Ausführungen (vgl. E. 1), denn die nicht in einem konkreten Kontext erfolgende blosser Erwähnung des Wortes "willkürlich" bzw. "Willkür" im Fliesstext (Beschwerde S. 17 im Zusammenhang mit dem Kindeswillen; Beschwerde S. 12 und 15 im Zusammenhang mit der schwerwiegenden Gefahr, dazu E. 4) macht die durchwegs

appellatorisch gehaltenen Ausführungen noch nicht zu Willkür rügen. Die Behauptungen des Beschwerdeführers würden aber - selbst wenn über das Fehlen von expliziten Verfassungs rügen hinweggesehen würde - auch inhaltlich den an Willkür rügen zu stellenden Begründungsanforderungen nicht genügen, denn es reicht nicht, einen gegenteiligen Sachverhalt zu behaupten oder diesen aus eigener Sicht zu schildern, sondern es wäre im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern die Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung durch das Obergericht schlechterdings unhaltbar sein soll (vgl. E. 1; aus der jüngsten Rechtsprechung statt vieler: BGE 146 IV 88 E. 1.3.1 S. 92).

Dass im Übrigen das Aussageverhalten von D. _____ "zielorientiert, intensiv und stabil" war (Beschwerde, S. 17 oben), stimmt mit den Feststellungen des Obergerichtes überein, hält doch

dieses explizit fest, dass die Äusserungen bei der Polizei, gegenüber dem Kindesvertreter und bei der gerichtlichen Anhörung gleich waren, indem er sich intensiv und mit grossen Emotionen gegen eine Rückführung nach Spanien aussprach und die Mutter sowie deren Lebenspartner in undifferenzierter Schwarz-Weiss-Sicht abwertete (beispielhaft: "Sie seien die Wichtigsten für ihren Vater. Für seine Mutter seien sie nichts." [gerichtliche Anhörung, p. 277]). Entscheidend ist aber, ob D._____ die nötige Reife für eine mehr oder weniger autonome Willensbildung hat und ob seine Aussagen auf eigenem realem Erleben oder auf einer Übernahme der Sichtweise des Vaters beruhen, mit welchem sich D._____ bedingungslos identifiziert. Hierzu hat das Obergericht beweiswürdigend zahlreiche Feststellungen getroffen, welchen wie gesagt in bloss appellatorischer und damit ungenügender Weise die eigenen Standpunkte entgegengehalten werden.

3.5. In rechtlicher Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, dass bei einer richtigen Sachverhaltsdarstellung die Reife von D._____ bejaht werden müsse und somit die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erfüllt seien. Die Formulierung in der Beschwerde zeigt, dass die Bejahung oder Verneinung des Ausschlussgrundes letztlich mit den Sachverhaltsfeststellungen im Zusammenhang mit der Fähigkeit zu einer mehr oder weniger autonomen Willensbildung steht und fällt.

Diesbezüglich hat D._____ gegenüber der Polizei und auch bei der obergerichtlichen Kindesanhörung auf entsprechende Frage angegeben, dass der Vater ihn vorgängig zur Anhörung jeweils instruiert und ihm vorgegeben hatte, was er auszusagen habe bzw. welche Behauptungen er bei seinen Aussagen in den Vordergrund rücken solle. Besonders deutlich wurde die Instruktion durch den Vater bei der polizeilichen Anhörung: "Der Vater habe ihm gesagt, was er bei der Polizei sagen müsse. Das Wichtigste sei die Sache mit der Pädophilie und dass [der Lebenspartner] sie geschlagen und schlecht behandelt habe. Es würde ihm so geholfen, um nicht mehr zurück nach Spanien zu müssen." (Strafakten, Rapport Videoeivernahme, ab Minute 14:23). "Sein Vater habe ihm erzählt, welche Fragen ihm gestellt werden. Weiter habe ihm der Vater erzählt, dass das Wichtigste die Sache der Pädophilie sei. Sie hätten auch zusammen geübt." (Strafakten, Rapport Videoeivernahme, ab Minute 15:15). Die Aussagen bei der polizeilichen und später auch bei der gerichtlichen Anhörung - auf welche im Zusammenhang mit der schwerwiegenden Gefahr noch einmal zurückzukommen sein wird (E. 4) - geben denn auch eher die Sichtweise eines Erwachsenen bzw. eines immer noch gekränkten

früheren Ehemannes als diejenige wieder, welche von einem Kind im betreffenden Kontext zu erwarten wäre; sodann springt ins Auge, dass die Aussagen zu Spanien fast durchwegs abstrakt bleiben und kaum Anteile an Selbsterlebtem aufweisen:

Bereits bei der polizeilichen Anhörung sprach D._____ davon, dass es in Spanien die Hölle gewesen sei und der Vater erklärt habe, dass sie aus dieser hätten befreit werden müssen. Auch bei der gerichtlichen Anhörung zieht sich "Spanien als Hölle" wie ein roter Faden durch die Aussagen. Allerdings war D._____ - im Unterschied zum Vater, der ausführlich zu berichten wusste, was den Kindern im mütterlichen Haushalt alles Schlimmes angetan worden sei, namentlich durch den Lebenspartner (vgl. gerichtliche Anhörung, insb. p. 353) - höchstens ansatzweise in der Lage zu benennen, was genau in Spanien die Hölle gewesen sein soll. Handfest sind neben der sinngemässen Aussage, dass er in der Schule offenbar gemieden wurde und kaum Freunde fand, primär die beiden Aussagen, seine blöde Mutter habe ihm nicht immer die Videospiele erlaubt (gerichtliche Anhörung, p. 273) - was möglicherweise beim Vater anders ist, indem dieser den Kindern keine Grenzen setzt, was sinngemäss in der Aussage von D._____ zum Ausdruck kommt, dieser tue alles, was sie wollten - und sie habe ihn keinen Sport machen lassen (gerichtliche Anhörung, p. 275), wobei dies auf die damalige Covid-Situation in Spanien zurückführbar ist und D._____ diesen Zusammenhang

nicht erkennen kann.

Im Übrigen schildert er sowohl Spanien als auch die Schweiz abstrakt und offenkundig in einer Weise, die nicht auf eigener Wahrnehmung beruhen kann. Spanien beschreibt er als von Zigeunern bewohnte Wüste, was verbessert werden müsse (gerichtliche Anhörung, p. 273). Für die Schweiz spricht er von einer guten Beschulung, obwohl er hier vom Vater bislang nicht eingeschult wurde und er auch keine Vorstellung von der hiesigen Unterrichtssprache haben dürfte. Er spricht flüssig Spanisch sowie Tschechisch und/oder Slowakisch bzw. ein Gemisch davon. Inwiefern er nach fünf Jahren noch über Deutsch- bzw. Berndeutschkenntnisse verfügt, ist nicht bekannt; sie sind aber eher unwahrscheinlich, da die Mutter mit ihm Tschechisch bzw. heute Spanisch sowie der Vater mit ihm Slowakisch spricht und bei der gerichtlichen Kindesanhörung wie schon bei der polizeilichen Videoeivernahme eine Dolmetscherin die Aussagen übersetzte. Dass er in der Schweiz in der Schule auf Hochdeutsch unterrichtet würde und im ausserfamiliären Umfeld auch Berndeutsch sprechen müsste, dürfte D._____ wie gesagt nicht bekannt sein bzw. ausserhalb seines Wahrnehmungshorizontes stehen.

Ähnlich verhält es sich in Bezug auf den Lebenspartner; auch hier wirken die Aussagen von Lino eingeflösst und nicht selbst erlebt. So spricht er im Zusammenhang mit dem behaupteten sexuellen Missbrauch durchwegs abstrakt von "Sauereien" und dass der Lebenspartner pädophil sei (wobei er bei der polizeilichen Einvernahme nicht erklären konnte, was das Wort bedeutet); einzig an einer Stelle bei der obergerichtlichen Anhörung erwähnt er konkret, dass der Lebenspartner fünfmal seinen Penis durch das Pyjama und einmal auch ohne Pyjama berührt habe (Anhörungsprotokoll, p. 277). Den Umstand, dass der Lebenspartner der Mutter im gemeinsamen Haushalt zwangsläufig präsent ist, umschreibt D._____ stereotyp damit, dass dieser "Familie spiele". Dies ist angesichts des langjährigen Zusammenlebens eher eine ungewöhnliche Sichtweise für ein Kind und entspricht mehr der Aussage eines Ehemannes, der die Scheidung immer noch nicht verarbeitet hat und sich (durchaus nachvollziehbar) aus seiner Vaterrolle verdrängt fühlt, wenn die frühere Ehefrau einen neuen Partner hat, der im gemeinsamen Haushalt natürlicherweise auch (Betreuungs-) Aufgaben übernimmt. Die (an der obergerichtlichen Hauptverhandlung als Beweismittel zugelassene) umfangreiche

Bilddokumentation über das Leben im Alltag und bei Ausflügen zeigt glückliche Familienmitglieder und lässt auch nicht auf irgendwelche Vorbehalte der beiden Knaben gegenüber dem Lebenspartner der Mutter schliessen, sondern vielmehr ist ein fröhliches und inniges Verhältnis zwischen diesen zu erkennen, was denn auch mit den Schilderungen der Mutter übereinstimmt, wonach das Verhältnis zwischen den Kindern und ihrem Verlobten immer sehr gut gewesen sei und sie viel "Seich" zusammen machen würden (gerichtliche Parteibefragung, p. 345). Auch wenn Fotos stets eine bloss Momentaufnahme sind, sie von der Mutter eingereicht und mithin auch von ihr ausgewählt wurden und deshalb, wie dies der Vater in der Replik vom 17. Dezember 2021 zu Recht festhält, nicht zwingend der täglich gelebten Realität entsprechen müssen, ergeben sich daraus jedenfalls keine Anhaltspunkte, dass es den Kindern in Spanien an etwas gemangelt hätte.

In Kontrast dazu steht nicht nur das plakative Aussageverhalten von D._____ in Bezug auf den Lebenspartner, sondern auch in Bezug auf die Mutter, welche in wenig Sinn ergebender Weise geschildert (z.B. auf die Frage, wie es dieser gehen würde, wenn sie keinen Kontakt mehr zu den Kindern hätte: "Sie wäre traurig, weil ihr Lebenspartner nicht mehr "Familie spielen" könnte. Sie wäre aber froh, dass sie mehr Zeit für sich hätte und nicht mehr kochen müsste." [gerichtliche Anhörung, p. 275 unten / p. 277 oben]) und im Übrigen in einer Weise abgewertet wird, wie sie eher der Sicht- und Ausdrucksweise eines früheren Ehemannes als derjenigen eines Kindes entspricht (bei der gerichtlichen Anhörung: sie sei eine "Sau"; sie habe ihn "beschissen", indem sie sich nur um ihren Freund kümmere; die beiden würden nur Bier trinken; sie habe den Verstand verloren u.ä.m.). Auf der anderen Seite wird der Vater unkritisch verherrlicht und als Held wahrgenommen, der sie vor der Hölle in Spanien bewahre. Ob dies wie im obergerichtlichen Verfahren diskutiert auf ein "parental alienation syndrom" oder wie in der Vernehmlassung geltend gemacht auf ein "Stockholm-Syndrom" zurückzuführen ist oder ob kein Syndrom vorliegt, kann offen bleiben. Jedenfalls

bildet der Vater mit den Kindern seit Monaten eine Schicksalsgemeinschaft und er vermochte offensichtlich, D._____ seine eigene Sichtweise einzutrichtern, welche dieser möglicherweise sehr gern aufnimmt, weil er damit seinen Loyalitätskonflikt, dem in der betreffenden Situation letztlich jedes Kind ausgesetzt ist, zugunsten der aktuellen Hauptbezugsperson lösen kann.

Vor dem Hintergrund des Gesagten kommt das Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht zum Schluss, dass es D._____ trotz seines an sich fortgeschrittenen Alters an der erforderlichen Reife für eine autonome Willensbildung fehlt und die Manipulation durch den Vater angesichts des einstudierten und für ein Kind unnatürlich wirkenden Aussageverhaltens evident ist. Mithin handelt es sich unter dem Aspekt von Art. 13 Abs. 2 HKÜ bei den Aussagen von D._____ um solche, die zwar entscheidungsrelevant im Sinn eines Miteinbezuges in die Gesamtbetrachtung sind, nicht jedoch den Ausschlussgrund zu erfüllen vermögen.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Mutter - soweit auch der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zu verneinen ist (dazu E. 4) - die Kinder wohl nicht in einer Verfassung zurückerhalten dürfte, wie sie sie bis zum Sommer 2021 gekannt hat. Die monatelange Indoktrination durch den Vater und die blinde Identifikation mit diesem dürfte jedenfalls für den Anfang deutliche Spuren hinterlassen und es wird möglicherweise einige Zeit und sicher auch psychologische Begleitmassnahmen in Spanien brauchen, bis D._____ zu einer besseren Übereinstimmung zwischen Erlebtem und Gefühltem finden wird. Indes - und gerade dies wird ihm am allerwenigsten bewusst sein - dürfte es angesichts der speziellen Ausgangslage im vorliegenden Fall letztlich nicht um die Frage gehen, ob die Kinder zur Mutter zurückgeführt werden oder beim Vater verbleiben. Jedenfalls müsste die Kinderschutzbehörde für den Fall, dass die Kinder nicht zurückgeführt würden, Abklärungen treffen und prüfen, ob das Kindeswohl bei einem weiteren Verbleib beim Vater gefährdet ist und ob sich gegebenenfalls eine Fremdplatzierung aufdrängt:

Der Vater schottet die Kinder von der Umwelt ab, indem er sie unbekümmert um ihre besonderen Förderungsbedürfnisse seit nunmehr einem halben Jahr von jeglicher Beschulung und fachlichen

Unterstützung fernhält und der Mutter jegliche Kontaktaufnahme mit den Kindern verweigert, und er indoktriniert diese bzw. jedenfalls D. _____ zielstrebig und höchst erfolgreich mit einer die Mutter dämonisierenden Sichtweise. Wenn er in der Replik vom 22. Dezember 2021 behauptet, die Kontaktverweigerung erfolge einzig auf Wunsch der Kinder, ist dies nicht als Entschuldigung zu werten, sondern als Bestätigung der bindungsintoleranten Geisteshaltung, wonach der andere Elternteil im Leben der Kinder keinen Platz haben darf. Zwar gab er vor, dass er den Kontakt zur Mutter fördern und auch ein Besuchs- und Ferienrecht für sie begrüssen würde, wenn die Kinder in der Schweiz bleiben könnten (gerichtliche Parteibefragung, p. 359), aber in Tat und Wahrheit verhält er sich konsequent gegenteilig. Der Vater nimmt damit seine elterliche Erziehungspflicht, zu welcher gehört, den Kontakt der Kinder mit dem anderen Elternteil zu fördern statt diesem die Kinder zu entfremden, weil aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 142 III 481 E. 2.7 und 2.8. S. 494 ff.; Urteil 5A 729/2020 vom 4. Februar 2021 E. 3.3.5.1), auch in diesem Kontext nicht wahr, dies im Unterschied zur Mutter, welche offensichtlich bindungstolerant ist, indem sie die Ausübung des väterlichen Besuchsrechts in Spanien und des Ferienrechts stets zugelassen hat, obwohl nach ihren Aussagen die Kinder jeweils verwirrt und aufgewühlt von den Besuchswochenenden zurückgekommen seien (gerichtliche Parteibefragung, p. 347). Eine Fremdplatzierung der Kinder, wie sie bei einem Verbleib in der Schweiz durch die Kinderschutzbehörde geprüft werden müsste, wäre übrigens schon beim Verfahren im Jahr 2016 die faktische Alternative zur Rückführung der Kinder zur Mutter gewesen, wenn der Vater damals die 28-monatige Freiheitsstrafe angetreten hätte (vgl. Urteil 5A 293/2016 vom 8. August 2016 E. 5.3), was aber gemäss seinen Aussagen bislang offenbar mangels Haftersicherungsfähigkeit noch nicht geschehen ist (gerichtliche Parteibefragung, p. 357). Aufgrund des vorstehend Gesagten kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass das Obergericht mit der Verneinung des Ausschlussgrundes von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht gegen die Konvention verstossen hat.

4.

Ungeachtet des Artikels 12 ist das Gericht (...) des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person (...), die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Rückgabe 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).

4.1. Nach allgemeiner Rechtsprechung ist der Begriff der schwerwiegenden Gefahr restriktiv auszulegen; sie ist 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 (vgl. insb. Urteil 5A 229/2015 vom 30. April 2015 E. 6.1 m.w.H.; letztmals Urteil 5A 437/2021 vom 8. September 2021 E. 4). Eng auszulegen ist Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ insbesondere dann, wenn - wie dies vorliegend der Fall ist - durch Rückführung der Kinder die Wiederherstellung des status quo ante erreicht werden kann, was das erklärte Ziel des Übereinkommens ist (vgl. Art. 1 lit. a HKÜ; sodann insb. Urteil 5A 913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.2 m.w.H.; letztmals Urteil 5A 437/2021 vom 8. September 2021 E. 4).

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 S. 535). Sodann geht es im Rückführungsverfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen, 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 S. 341; 133 III 146 E. 2.4 S. 149); der Entscheid darüber ist nach dem System des HKÜ dem Sachrichter des Herkunftsstaates vorbehalten (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ).

4.2. Das Obergericht liess offen, ob der Lebenspartner der Mutter die Kinder tatsächlich sexuell missbraucht habe, da Spanien über einen funktionierenden Polizei- und Justizapparat verfüge und keine Anhaltspunkte bestünden, dass die staatliche Schutzinfrastruktur den Kindern in der Vergangenheit nicht zugänglich gewesen oder in Zukunft nicht zugänglich wäre. Im Übrigen habe der Vater in der Zwischenzeit in Spanien eine Strafanzeige gegen den Lebenspartner eingereicht, so dass die dortigen Behörden Kenntnis von den Vorwürfen hätten.

Im Zusammenhang mit der im Raum stehenden möglichen Traumatisierung der Kinder durch eine Rückführung ging das Obergericht davon aus, dass D. _____ die väterliche Meinung verinnerlicht und deshalb tatsächlich das Gefühl habe, dass sein Leben in Spanien der Horror gewesen sei.

Sodann sei auch nicht unvorstellbar, dass jedenfalls bei entsprechender Prädisposition eine auf Fremdbestimmung oder Manipulation beruhende Überzeugung derart verfestigt sei, dass die Rückführung mit der schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens verbunden sein könnte. Solche Prädispositionen seien aber vorliegend nicht bekannt. D. _____ spreche sehr gut Spanisch und habe in der dortigen Schule keine Probleme gehabt. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass er sich am angestammten Ort rasch wieder einleben würde. Was seine Meinung angehe, dass das Leben in Spanien der Horror gewesen sei, könne davon ausgegangen werden, dass er sich mithilfe seiner Mutter nach einiger Zeit davon befreien könne. Was die Drohung angehe, sich umzubringen, gebe es keine Anhaltspunkte, dass D. _____ diese umsetzen würde; im Übrigen sei auch hier von einer Manipulation durch den Vater auszugehen.

4.3. Beschwerdeweise stellt der Vater den (von der Mutter als haltlos bezeichneten) angeblichen sexuellen Missbrauch durch deren Lebenspartner in den Vordergrund und behauptet, das spanische System funktioniere offensichtlich nicht, da es D. _____ nicht möglich gewesen sei, auf seine Not aufmerksam zu machen, und er diese erst in der Schweiz bei ihm habe loswerden können. Die Mutter habe bei der obergerichtlichen Parteibefragung zwar ausgeführt, sie würde alles tun, um ihre Söhne zu beschützen, gleichzeitig aber auch festgehalten, dass sie sich nicht von ihrem Verlobten lösen wolle; dies stehe im Widerspruch zu ihren Aussagen bei der Polizei, wonach sie sich sofort von ihm trennen würde, weil die Kinder an erster Stelle kämen. Bei einer Rückführung kämen die Kinder in den angestammten Haushalt und der Lebenspartner der Mutter könnte erneut Übergriffe vornehmen.

Wie bereits in E. 3.5 festgehalten worden ist, wirken die betreffenden Aussagen von D. _____, der abstrakt von "Sauereien" spricht und den Lebenspartner als "pädophil" bezeichnet, nicht auf effektivem Erleben beruhend, zumal er kein kleineres Kind mehr ist, das Vorfälle altersgemäss noch nicht beschreiben könnte. Sodann ist schwer erklärbar, wieso D. _____ seinen Vater sofort nach dem widerrechtlichen Verbringen bzw. Zurückhalten in der Schweiz vom Missbrauch unterrichtet, aber nie etwas anlässlich des an jedem zweiten Wochenende in Spanien ausgeübten Besuchsrechts oder des jährlich mehrmaligen Ferienrechts erwähnt haben soll. Desgleichen ist, wie bereits vom Obergericht erwähnt, nicht nachvollziehbar, wieso sich der Vater im Anschluss an die angeblichen Berichte von D. _____ nicht umgehend an die Behörden gewandt, sondern erst unmittelbar vor der obergerichtlichen Rückführungsverhandlung in Spanien Strafanzeige erstattet hat; seine im obergerichtlichen Verfahren abgegebene Begründung, er habe das Ganze erst einmal verdauen müssen, wirkt jedenfalls künstlich, und die Erklärung in der Replik vom 22. Dezember 2021, er habe sich zuerst über die weiteren Schritte klar werden müssen und D. _____ die Gelegenheit geben wollen,

weitere Details der Geschehnisse zu schildern, wirkt nachgeschoben. So oder anders ist nunmehr in Spanien im fraglichen Kontext ein Strafverfahren im Gang und es lässt sich offenkundig nicht sagen, dass Spanien nicht über ein funktionierendes Rechtssystem verfügen würde. Zudem werden für den Fall der Rückführung mit Blick auf die Reintegration der Kinder die örtlichen Kinderschutzbehörden einzuschalten sein, soweit sie nicht ohnehin bereits involviert sind (vgl. E. 5). Vor diesem Hintergrund ist keine schwerwiegende Gefahr für die Kinder im betreffenden Kontext erstellt.

4.4. Heikler ist die Frage nach einer möglichen Traumatisierung oder Selbstgefährdung bei D. _____, weil dieser die Sichtweise seiner Vaters internalisiert hat und sie als Realität zu erleben scheint. Darauf weist nicht nur der Vater, sondern in seiner Vernehmlassung auch der Kindesvertreter hin. Dieser hält deshalb den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ebenfalls für erfüllt und verlangt die Gutheissung der väterlichen Beschwerde (ohne allerdings selbst Beschwerde gegen den obergerichtlichen Entscheid erhoben zu haben).

Wie sich D. _____ bei einer Rückführung genau verhalten und wie schnell er sich mit seiner Mutter wieder zurecht finden würde, ist nicht wirklich vorhersehbar: Nach der Einschätzung von Dr. E. _____, welche im Rahmen einer Eventualerwägung Eingang in die Feststellungen des Obergerichtes gefunden hat (dazu E. 2), wird D. _____ weder beim Vater noch bei der Mutter in der Lage sein, korrigierende Erfahrungen zu integrieren, und könnte vor dem Hintergrund der subjektiven und mittelfristig nicht korrigierbaren Realität von D. _____ eine Rückführung zur dämonisierten Mutter traumatisierend sein. Auf der anderen Seite hat sich D. _____ nach den beweismässigen Feststellungen des Obergerichtes - welche nur mit appellatorischen und damit unzulässigen gegenteiligen Behauptungen beanstandet werden - nach der polizeilichen Einvernahme der Mutter offenbar auf den Schoss gesetzt, ihr einen Kuss gegeben und alles sei wie immer gewesen. Es kann also auch sein, dass D. _____ nach der Auflösung der Schicksalsgemeinschaft mit dem idealisierten Vater relativ schnell wieder in eine erlebnisbasierte Realität finden und eine auf Vertrauen bauende Beziehung zur Mutter herstellen wird. Indes sind seit der polizeilichen Einvernahme mehrere Monate vergangen, sodass es sich auch so verhalten kann, dass die Mutter die Kinder in deutlich anderer Verfassung zurückerhält, als sie sie bis zum Sommer 2021 gekannt hat, und entsprechend

anfängliche Schwierigkeiten bestehen, wobei offen ist, ob diese persevieren werden oder ob die Wiedereingliederung in Spanien mithilfe psychologischer Begleitmassnahmen durch die örtlichen Fachkräfte in näherer Zukunft erfolgreich zu bewerkstelligen ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gefahr von seelischen Schäden weder zwangsläufig besteht noch ausgeschlossen werden kann. Angesichts der vorliegend letztlich nicht möglichen Zukunftsprognose darf sodann der Umstand nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Kindeswohl bei einem Verbleib der Kinder beim Vater gefährdet erscheint. Dies gilt insbesondere auch für C._____, der aufgrund seiner Trisomie 21 und seines Autismus besonders betreuungs- und förderungsbedürftig ist. Dass der Vater diesbezüglich Hilfe in der Schweiz angenommen hätte, ist nicht bekannt. Zudem gilt es zu bedenken, dass C._____ wohl nicht mehr über passive Kenntnisse von (Bern-) Deutsch verfügt, was eine fachliche Begleitung in der Schweiz jedenfalls nicht erleichtern würde. Wie bereits in E. 3.5 festgehalten, ist die Notwendigkeit einer Fremdplatzierung der beiden Kinder bei einem Verbleib in der Schweiz nicht von der Hand zu weisen. Es verhält sich also nicht so, dass die Alternative zu einer möglicherweise drohenden, aber nicht hinreichend erstellten Traumatisierung von D._____ bei einer Rückführung zur Mutter in der Fortsetzung eines guten und kindgerechten Zustandes beim Vater bestünde.

Damit soll freilich keine materielle Aussage verbunden sein; die Frage, unter welcher Obhut die Kinder langfristig am besten gedeihen würden, steht wie erwähnt nicht dem Rückführungsgericht zu, sondern einzig den nach wie vor sachzuständigen Behörden und Gerichten in Spanien (Art. 16 und 19 HKÜ sowie Art. 7 Abs. 1 und 2 HKsÜ). Dass indes im Fall der Abweisung des Rückführungsgesuches und der diesfalls eintretenden schweizerischen Sachzuständigkeit (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ) die Unterstellung der Kinder unter die Obhut des Vaters und damit der Fortbestand der aktuell bestehenden faktischen Situation, mithin das Zusammenleben mit einem Elternteil, höchst fraglich scheint, darf und muss im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ mitberücksichtigt werden.

Vor dem geschilderten Hintergrund, insbesondere angesichts des spekulativen Charakters, wie sich die Dinge bei einer Rückführung zur Mutter und damit der Wiederherstellung des status quo ante entwickeln werden, ist die drohende schwerwiegende Gefahr für die Kinder nicht genügend greifbar. Somit kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass das Obergericht mit der Verneinung des Ausschlussgrundes von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nicht gegen die Konvention verstossen hat.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Indes drängt es sich auf, die Eröffnung des vorliegenden Rückführungsurteils und gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BG-KKE insbesondere auch den Vollzug der Rückführung genauer zu regeln, weil eine freiwillige Rückgabe der Kinder durch den Vater ausgeschlossen werden kann, nicht hingegen ein Untertauchen oder eine Ausreise, welche im Schengenraum selbst ohne Papiere faktisch problemlos möglich ist, und insbesondere auch eine spezifisch mit Blick auf die Rückführung vorgenommene weitere Manipulation der Kinder mit unabsehbaren Reaktionen von D._____ droht.

Aus diesen Gründen ist das vorliegende Urteil, sobald ergangen, der Vollzugsbehörde umgehend telefonisch mitzuteilen, sodass diese mit der Mutter die Anreise organisieren sowie die Rückflüge für die Mutter und die Kinder buchen kann. Im Übrigen wird das bundesgerichtliche Urteil dem Vater direkt durch die Vollzugsbehörde sowie zeitgleich den übrigen Parteien durch das Bundesgericht (per Fax und postalisch) zu eröffnen sein.

Unmittelbar nach der Aushändigung des Urteils an den Vater hat die Vollzugsbehörde gemeinsam mit einem kinderspezifisch geschulten Care-Team sowie unter Mithilfe der Polizei, zu deren Inanspruchnahme sie ausdrücklich ermächtigt wird, die Kinder sowie deren für die Reise nötigen persönlichen Effekten an sich zu nehmen. Anschliessend sind die Kinder unter fachlicher Begleitung mit der Mutter zusammenzuführen. Gemeinsam ist sodann die für die Einreise nach Spanien nötige Covid-Testung von Mutter und Kindern durchzuführen. Ferner wird die Flughafenpolizei zu verständigen sein und sind die Mutter und die Kinder durch die Vollzugsbehörde, je nach Entwicklung auch in Begleitung des Care-Teams, nach Möglichkeit bis zum Gate zu begleiten.

Im Sinn eines Rückfallkonzeptes wird für den Fall, dass die Einreise der Mutter an irgendwelchen Umständen scheitern oder ein späterer Rückflug oder allenfalls sogar eine behördliche Rückführung der Kinder nach Spanien nötig werden oder die erste Akklimatisierung nicht reibungslos verlaufen sollte und die Kinder vorerst zur Ruhe kommen müssten, sowie für weitere nicht vorhersehbare Fälle ähnlicher Art wird die Vollzugsbehörde ausdrücklich ermächtigt, die Kinder notfalls vorübergehend in geeigneter Weise, namentlich unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von C._____, unterzubringen.

Schliesslich ist die Vollzugsbehörde aufzufordern, mit den für die Ortschaft V._____ zuständigen Kinderschutzbehörden in Spanien Kontakt aufzunehmen, soweit nötig durch Vermittlung der Zentralbehörde für Kindesentführung oder den Internationalen Sozialdienst SSI, und diese über das vorliegende Rückführungsurteil und die besonderen Bedürfnisse der beiden Kinder zu informieren,

damit die lokalen Fachbehörden die nötigen Begleit- und Nachbetreuungsmassnahmen an die Hand nehmen können, soweit solche nicht ohnehin erfolgen würden (die Mutter hat davon berichtet, dass sie in Spanien in psychologischer und psychiatrischer Hinsicht Hilfe bekommen habe [gerichtliche Parteibefragung, p. 347]).

Ferner wird das Urteil, sobald ergangen, ebenfalls vorab dem Obergericht mitzuteilen sein, damit dieses der Vollzugsbehörde rechtzeitig die Ausweispapiere der Kinder aushändigen kann. Nach der erfolgten Ausreise der Kinder wird es sodann dem Beschwerdeführer dessen ebenfalls hinterlegte Papiere zurückzugeben.

6.

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und die Rechtsvertreter aller Beteiligten aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Insofern ist das von der Beschwerdegegnerin gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege überflüssig bzw. gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Jugendamt des Kantons Bern als Vollzugsbehörde wird beauftragt, mit der Mutter die Anreise zu organisieren und namentlich ihren Hinflug sowie die Rückflüge für Mutter und Kinder zu buchen.

Sodann wird das Jugendamt angewiesen, unter Aushändigung des vorliegenden Urteils an den Beschwerdeführer mit der Unterstützung eines kinderspezifisch geschulten Care-Teams und der Kantonspolizei Bern, zu deren Inanspruchnahme das Jugendamt explizit ermächtigt wird, die Kinder C. _____ (geb. 2007) und D. _____ (geb. 2009) sowie deren zur Rückreise notwendigen persönlichen Effekten an sich zu nehmen und diese anschliessend der Mutter zu übergeben.

Das Jugendamt wird weiter mit der für die Einreise nach Spanien nötigen Covid-Testung beauftragt und gebeten, die Flughafenpolizei zu verständigen und die Mutter mit den Kindern nach Möglichkeit bis zum Gate zu begleiten.

Im Sinn eines Rückfallkonzeptes wird das Jugendamt ausdrücklich ermächtigt, die Kinder notfalls vorübergehend in geeigneter Weise, namentlich unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von C. _____, unterzubringen. Ebenfalls im Sinn eines Rückfallkonzeptes wird das Jugendamt für den Fall der Unmöglichkeit einer Übergabe der Kinder an die Mutter in der Schweiz beauftragt, diese nach V. _____, Spanien, in den Haushalt der Mutter zurückzuführen.

Weiter wird das Jugendamt aufgefordert, mit den örtlichen Kinderschutzbehörden in Spanien Kontakt aufzunehmen und diese über den Rückführungsentscheid und die besonderen Bedürfnisse der Kinder zu informieren.

Das Obergericht wird angehalten, dem Jugendamt rechtzeitig die hinterlegten Ausweispapiere der Kinder auszuhändigen und nach der erfolgten Ausreise dem Beschwerdeführer dessen Ausweispapiere zurückzugeben.

3.

Die Parteivertreter, Rechtsanwältin Dana Matanovic und Rechtsanwalt Roger Lurf, sowie der Kindesvertreter, Rechtsanwalt Christophe Herzig, werden aus der Bundesgerichtskasse mit je Fr. 5'000.-- entschädigt.

4.

Dieses Urteil wird vorab dem Jugendamt des Kantons Bern als Vollzugsbehörde, der Kantonspolizei Bern, Regionalfahndung MEOA, dem Obergericht des Kantons Bern und dem Bundesamt für Justiz als Zentralbehörde für Kindesentführungen, sodann im Zeitpunkt des Zugriffes auf die Kinder den Rechtsvertretern der Parteien und dem Kindesvertreter (je vorab per Fax) und überdies dem Beschwerdeführer persönlich mittels Aushändigung eines Exemplars durch die Vollzugsbehörde eröffnet.

Lausanne, 6. Januar 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli