

Droit de garde au sens de la CLaH80. La notion de droit de garde au sens de l'article 3 CLaH80 doit être interprétée de manière autonome et large. Un accent particulier est mis sur ce que l'article 5 CLaH80 désigne comme « droit de décider du lieu de résidence » de l'enfant, mais la Convention protège aussi d'autres droits concernant les soins personnels, l'encadrement et l'éducation (consid. 3).

Applicabilité de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (art. 4 CLaH). L'applicabilité de la CLaH80 est régie par l'article 4 qui exige que l'enfant ait sa résidence habituelle dans un Etat contractant avant le déplacement ou le non-retour illicite. Le Chili et la Suisse sont des Etats contractants. En revanche, l'article 3 CLaH 80 règle le statut du droit de garde, déterminé d'après la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour illicite. En l'espèce, si l'enfant avait encore sa résidence habituelle au Chili au moment du non-retour illicite, les droits du père seraient déterminés par le droit chilien, plus précisément le droit de garde auquel renvoie le droit international privé chilien. La CLaH veut que la procédure de rapatriement soit menée en premier lieu et que la compétence en matière de droit de garde ne puisse être établie dans le nouvel Etat de résidence qu'en cas de rejet du rapatriement. Si la demande de rapatriement est déposée dans l'année qui suit le déplacement ou le non-retour illicite (en l'espèce, après deux mois), un retour immédiat doit être ordonné sur la base de l'article 12 CLaH80, s'il y a une violation illicite du droit de garde et aucun motif d'exclusion du rapatriement au sens de l'article 13 CLaH80 (consid. 5).

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt Kai Burkart,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwältin Katharina Stucki,
Beschwerdegegner,

C.,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Linggi.

Gegenstand

Rückführung eines Kindes,

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, 2. Zivilkammer, vom 27. November 2018 (ZK2 2018 73).

Sachverhalt:

A.

B. und A., beides chilenische Staatsangehörige, sind die nicht verheirateten Eltern der 2010 geborenen Tochter C. Bis im Sommer 2017 lebten sie in Chile, die ersten eineinhalb Lebensjahre von C. zusammen, danach getrennt.

Im Herbst 2016 ersuchte die Mutter beim Familiengericht in Santiago de Chile um Erlaubnis, das Land mit C. zu verlassen und vom 2. Januar 2017 bis zum 2. Januar 2020 in Spanien zu leben. Der Vater stimmte dem Antrag nicht zu. Nach längeren Verhandlungen schlossen die Parteien am 3. März 2017 eine Vereinbarung, wonach der Vater die Zustimmung erteilte, dass die Mutter mit C. das Land für die Zeit vom 14. August 2017 bis am 22. Dezember 2017 sowie vom 5. Januar 2018 bis am 14. Juli 2018 verlässt und in der Schweiz lebt.

Unbekümmert um diese Vereinbarung verblieb die Mutter mit dem Kind nach dem 14. Juli 2018 in der Schweiz.

B.

Mit Gesuch vom 19. September 2018 beantragte der Vater die Rückführung des Kindes nach Chile.

Mit Beschluss vom 27. November 2018 ordnete das Kantonsgericht Schwyz die Rückführung des Kindes nach Chile bis spätestens am 13. Dezember 2018 an. Es sah als Rückgabevarianten vor, dass der Vater das Kind selber zurückholt oder dass die Mutter das Kind zurückbringt, wobei es je die Einzelheiten regelte.

C.

Mit Beschwerde vom 29. November 2018, ergänzt mit Eingabe vom 10. Dezember 2018, verlangte die Mutter, dass das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und auf das Rückführungsgesuch nicht einzutreten, eventuell es abzuweisen sei.

Mit Verfügung vom 30. November 2018 wurde der Beschwerde superprovisorisch und mit Verfügung 10. Dezember 2018 vorsorglich die aufschiebende Wirkung erteilt.

Am 19. Dezember 2018 reichte das Kantonsgericht seine Vernehmlassung ein. Mit Vernehmlassung vom 21. Dezember 2018 schloss der Vater auf Abweisung der Beschwerde. Der Kindesvertreter verlangte mit Vernehmlassung vom 27. Dezember 2018 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde; er hielt fest, es wäre im besten langfristigen Interesse des Kindes, wenn alle Beteiligten wieder in Chile leben würden. Am 7. Januar 2019 reichte die Mutter eine Replik ein und am 8. Januar 2019 gab sie weitere Unterlagen zu den Akten.

D.

Am 5. Dezember 2018 reichte der Vater seinerseits im Zusammenhang mit der Kostenregelung eine Beschwerde ein, welche Gegenstand des Verfahrens 5A_997/2018 bildet.

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 Schwyz, 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 ihr kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) gerügt werden, wozu als Staatsvertrag auch das HKÜ gehört. Allerdings prüft das Bundesgericht nur begründete Vorbringen, denn es ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), was eine Auseinandersetzung mit der Begründung des angefochtenen Entscheides erfordert; diesbezüglich ist ein blosser Verweis auf die kantonalen Eingaben ungenügend, die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen (**BGE 140 III 115 E. 2 S. 116**).

An die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz ist das Bundesgericht grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). In diesem Bereich kann einzig eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip zum Tragen kommt und appellatorische Ausführungen ungenügend sind (Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266**; **143 I 310 E. 2.2 S. 313**).

2.

Nach den Feststellungen des Kantonsgerichtes zog die Mutter im Januar 2012 mit C. für vier Jahre nach Antofagasta (Stadt im Norden von Chile, ca. 1200 km bzw. 2 Flugstunden von Santiago entfernt). Der Vater besuchte C. ein bis zwei Mal pro Monat und leistete auch finanzielle Unterstützung. Im Jahr 2015 lernte die Mutter ihren heutigen Ehemann kennen (deutsch-südafrikanischer Staatsangehöriger), welcher damals in Antofagasta im selben Unternehmen arbeitete. Sie trennte sich jedoch nach einer gewissen Zeit von ihm und zog im Januar 2016 wieder nach Santiago, wo sie in unmittelbarer Nähe des Vaters wohnte. C. besuchte in Santiago die School D. und wurde auf Spanisch unterrichtet. Bevor sie in die Schweiz kam, war der Kontakt zum Vater sehr gut. Er begleitete sie jeden Morgen zur Schule und betreute sie jedes zweite Wochenende. Auch zu den Grosseltern väterlicherseits bestand eine gute Beziehung.

Das Kantonsgericht stellte weiter fest, dass der Vater mit der Elternvereinbarung vom 3. März 2017 die Ausreise bzw. den Aufenthalt von C. in der Schweiz genehmigte für die Perioden vom 14. August 2017 bis 22. Dezember 2017 und vom 5. Januar 2018 bis 14. Juli 2018, wobei die Eltern für diese Zeiträume Besuchstage des Vaters in der Schweiz von je 6 Tagen im September, Oktober und November 2017, von 15 Tagen im Februar 2018 und von 6 Tagen im Juni 2018 sowie Ferien von C. in Chile vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 und vom 7. bis 21. April 2018 vereinbarten; zudem sollte die Kommunikation zwischen C. und dem Vater per Skype, Facetime oder Ähnlichem aufrechterhalten bleiben, insbesondere regelmässig an jedem Wochenende.

In der Schweiz ist C. in der School E. eingeschult. Sie spricht Spanisch und in der Schule Englisch, versteht jedoch, wie es bei der Anhörung schien, kaum bis gar kein Deutsch. Das Kantonsgericht hielt weiter fest, dass die Mutter, welche in der Schweiz nicht arbeitstätig ist und kein Deutsch spricht, mit dem Kind in einer eigentlichen "Expat-Blase" lebe; auch C. selbst habe vorwiegend Kontakt zu anderen "Expat-Kindern". Im April 2018 heiratete die Mutter in Chile F., welchen sie in Antofagasta kennengelernt hatte (dazu oben) und welcher seit Ende 2016 als Chief Executive Officer für ein international tätiges Unternehmen in Zürich arbeitet. Beide sind in Chile immer noch gut vernetzt und eine Rückkehr ist nicht ausgeschlossen.

In rechtlicher Hinsicht ging das Kantonsgericht gestützt auf die Elternvereinbarung von einem Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht des Vaters und angesichts des Verstosses gegen die Vereinbarung von einer widerrechtlichen Verletzung der betreffenden väterlichen Rechte aus. Sodann äusserte es sich schwerpunktmässig zur Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes und hielt dafür, dass dieses im Zeitpunkt des widerrechtlichen Zurückhaltens ab dem 15. Juli 2018 noch keinen solchen in der Schweiz hatte, weil es das Land mehrmals verlassen (Ferienaufenthalte in Chile vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 sowie vom 7. bis 21. April 2018) und sich angesichts der vorstehend dargestellten Sachverhaltsumstände in der Schweiz auch noch nicht genügend eingelebt habe. Ferner verneinte das Kantonsgericht die behauptete nachträgliche väterliche Zustimmung zu einem Verbleib des Kindes in der Schweiz. Ebenso wenig wertete es die Äusserungen des 8-jährigen Mädchens bei der Anhörung als beachtliches Widersetzen.

3.

Die Mutter stellt die geschützte Sorgerechtsposition des Vaters im Sinn von Art. 3 HKÜ bzw. dessen Mitbestimmungsrecht in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Sinn von Art. 5 HKÜ in Abrede und macht überdies geltend, unabhängig von der elterlichen Sorge benötige jedes Kind eine Bewilligung für die Ausreise aus Chile, also selbst wenn der andere Elternteil nicht sorgeberechtigt sei. Dabei lässt es die Mutter weitgehend bei abstrakten Ausführungen und blossen Behauptungen bewenden, so dass fraglich ist, ob die Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG erfüllt sind. Dies kann insofern offen bleiben, als dem Vater offensichtlich eine Sorgerechtsposition bzw. ein Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht zukommt, wie sie von Art. 3 und 5 HKÜ geschützt und von der Mutter durch das Zurückhalten des Kindes in der Schweiz widerrechtlich verletzt wird:

Der chilenische Codigo Civil vom 16. Mai 2000 (nachfolgend CC) unterscheidet zwischen "patria potestad" (Art. 243 ff. CC) und "cuidado personal" (Art. 224 ff. CC). In Abweichung zu vielen Zivilgesetzbüchern des ibero-amerikanischen Rechtskreises lässt sich die "patria potestad" nicht gewissermassen mit dem schweizerischen Sorgerecht (ehemals "elterliche Gewalt") gleichsetzen, weil der Begriff nach dem Verständnis des chilenischen Zivilrechts die Vermögensfürsorgerechte betrifft (vgl. Art. 243 Abs. 1 CC; sodann TURNER SAELZER, in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 217. Lieferung, S. 21 zu Chile). Der "cuidado personal" bezieht sich auf die persönliche Fürsorge und kann mit der Obhut nach schweizerischem Verständnis verglichen werden, da es offensichtlich um das Zusammenleben mit einem Kind im gemeinsamen Haushalt und die entsprechende Betreuung geht. Er steht den Eltern vom Grundsatz her gemeinsam zu und beruht auf dem Gedanken der gemeinsamen Verantwortung der gemeinsam oder getrennt lebenden Eltern (Art. 224 Abs. 1 CC). Soweit die Eltern getrennt leben, können sie über den "cuidado personal" eine öffentlich zu beurkundende Vereinbarung treffen (Art. 225 Abs. 1 CC). Die für das Rückführungsübereinkommen zentrale Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird im Codigo Civil nicht eigens geregelt.

Vorliegend haben die Eltern am 3. März 2017 eine umfassende notariell beurkundete Vereinbarung betreffend Betreuungs- und Kontaktrechte, Auslandsaufenthalte und Unterhalt des Kindes geschlossen (Gesuchsbeilage 7), welche gerichtlich genehmigt worden ist. Unter "Cuarto: Régimen de visitas y relación directa y regular en Chile de C. con su Padre" haben sie ausführlich die Betreuungsanteile des Vaters geregelt (jedes zweite Wochenende von Freitag, 17:30 Uhr, bis Sonntag, 19:30 Uhr; jede Woche von Mittwoch, 18 Uhr, bis Donnerstagmorgen; tägliches Begleiten zur Schule durch den Vater; häftige Schulferien; Feiertagesregelung; gegenseitige dauernde Vertretung bei Abwesenheit des anderen Elternteils). Unter "Quinto: Cuidado Personal" haben sie festgehalten, dass die Mutter unbekümmert um die besagte Regelung weiterhin die persönliche Betreuung und Erziehung im Sinn von Art. 225 CC ausübe. Unter "Septimo: Autorización de salida del país del padre" haben die Eltern vereinbart, dass die Mutter mit dem Kind für die Zeit vom 14. August 2017 bis am 22. Dezember 2017 sowie vom 5. Januar 2018 bis am 14. Juli 2018 das Land Chile verlassen und in der Schweiz leben dürfe, wobei nach Ablauf dieser Perioden jeweils die Beschulung von C. in Chile gewährleistet werden soll und die Mutter sich zur diesbezüglichen Unterzeichnung der Dokumente verpflichte; ferner haben die Eltern stipuliert, dass mit den Aufenthalten in der Schweiz kein Wohnsitzwechsel verbunden sein soll.

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; Urteile 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1; 5A_577/2014 vom 21. August 2014 E 3.4). Obwohl vereinbarungsgemäss der "cuidado personal" im Sinn von Art. 224 f. CC formell der Mutter allein zusteht, fallen die elterlich vereinbarten umfangreichen Kontakt- und Betreuungsrechte des Vaters zum Kind (jedes zweite Wochenende; häftige Ferienzeit; eine Nacht unter der Woche; tägliche Begleitung zur Schule) unter den konventionsautonom ausgelegten Begriff des Sorgerechts, so dass bereits unter dem Aspekt der Personensorge von einer geschützten Sorgerechtsposition im Sinn von Art. 3 Abs. 1 HKÜ

auszugehen ist, zumal Art. 229 Abs. 1 CC das Recht und die Pflicht zu direkter und regelmässiger Beziehung des formell nicht über den "ciudadano personal" verfügenden Elternteils zum Kind hervorstreicht. Jedenfalls aber steht dem Vater aufgrund gerichtlich genehmigter Vereinbarung in internationaler Hinsicht, d.h. mit Bezug auf die Auswanderung, ein zivilrechtliches Aufenthaltsbestimmungsrecht zu, welches von Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 lit. a HKÜ geschützt wird.

Selbst wenn der Vater - entgegen der soeben dargelegten Überzeugung des Bundesgerichtes - gemäss den auf Art. 49 des chilenischen Gesetzes Nr. 16618 über Minderjährige (ley de menores; abrufbar unter www.leychile.cl) anspielenden, aber sonst nicht weiter ausgeführten Behauptungen der Mutter über keinerlei geschützte zivilrechtliche Sorgerechts- bzw. Aufenthalts (mit) bestimmungsposition verfügen und nach chilenischem Recht eine Zustimmung zur Ausreise tatsächlich unabhängig von der Sorgerechtslage erforderlich sein sollte, würde eben dies wiederum ein gesetzliches Aufenthalts (mit) bestimmungsrecht des Vaters in Bezug auf die Auswanderung implizieren, welches vom Sinn her einer "non removal-Klausel" entspräche, die rechtsprechungsgemäss in Anwendung von Art. 3 HKÜ ebenfalls zu schützen ist (vgl. **BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362 m.w.H.**).

4.

Die Mutter beruft sich auf den Vorbehalt in der Elternvereinbarung vom 3. März 2017, wonach C. am 14. Juli 2018 zurückzubringen sei, soweit kein Rechtfertigungsgrund vorliege (*sin causa justificada*). Die Mutter leitete und leitet aus der Tatsache, dass ihr heutiger Ehemann in der Schweiz arbeitet, einen Rechtfertigungsgrund im Sinn der Vereinbarung für das Zurückhalten des Kindes ab, während der Vater sich auf den Standpunkt stellte und stellt, mit der *causa justificada* sei höhere Gewalt gemeint gewesen. Das Kantonsgericht hielt dafür, dass der Vorbehalt unbeachtlich sei, weil die Anwendung des Rückführungsübereinkommens als Rechtshilfeübereinkommen nicht zur Disposition der Parteien stehe.

In der Tat können die Parteien über die Anwendbarkeit des Übereinkommens keine Vereinbarung treffen. Die Ausführungen in der Beschwerde gehen denn auch eher dahin, die Vereinbarung bzw. der Vorbehalt sei im Kontext zu lesen, dass die Parteien im Rahmen des damals vor dem Familiengericht in Santiago de Chile hängigen Verfahrens um Bewilligung der Ausreise von C. einen Kompromiss hätten schliessen wollen, indem sie gewissermassen die Rechtmässigkeit des Zurückhaltens für bestimmte Konstellationen vereinbart hätten.

Was die Parteien mit der "*causa justificada*" genau gemeint haben, lässt sich heute angesichts der konträren Parteistandpunkte nicht eruieren. Insbesondere lässt sich auch nichts - aus dem ohnehin neuen und damit unzulässigen (Art. 99 Abs. 1 BGG) - "Gutachten" einer chilenischen Anwältin ableiten, welche Mutmassungen dazu anstellt, was die Eltern mit der Klausel "*sin causa justificada*" gemeint haben sollen. Die einzig sinnvolle objektivierte Auslegung könnte dahin gehen, dass der Vater für den Fall des Vorliegens eines "Rechtfertigungsgrundes" gewissermassen einem Verbleib von C. im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ antizipiert zugestimmt hätte.

Für die Zustimmung bzw. Genehmigung gilt ein strenger Beweismassstab und der Wille des zustimmenden bzw. genehmigenden Elternteils muss sich klar manifestiert haben, wobei er sich aus expliziten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen wie auch aus den Umständen ergeben kann (zuletzt Urteil 5A_576/2018 vom 31. Juli 2018 E. 3 mit Hinweisen auf die reichhaltige Rechtsprechung).

Ausgehend vom soeben Gesagten würde eine antizipierte Zustimmung in einer Elternvereinbarung in Bezug auf sich erst später verwirklichende "Rechtfertigungsgründe" einen klar abgesteckten Ereignishorizont voraussetzen, wozu eine erst mehr als ein Jahr nach Abschluss der Vereinbarung mit einem gegenwärtig in der Schweiz erwerbstätigen Mann geschlossene Ehe nur schwerlich gehören kann. Jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass der gemäss Art. 13 Abs. 1 HKÜ der Mutter obliegende Nachweis eines von der Vereinbarung abgedeckten und damit die Widerrechtlichkeit des Zurückhaltens nach dem 14. Juli 2018 ausschliessenden "Rechtfertigungsgrundes" erstellt sei.

Was schliesslich die Behauptung der Mutter in Ziff. 2.4 der Beschwerde anbelangt, sie habe in ihrer

Stellungnahme vom 5. Oktober 2018 zur Genüge triftige Gründe (gemeint sind offenbar weitere Gründe) vorgebracht, ist auf E. 1 zu verweisen, wonach nicht weiter ausgeführte Hinweise auf kantonale Eingaben im bundesgerichtlichen Verfahren nicht zu hören sind.

5.

Wie bereits erwähnt, liegt der Schwerpunkt der Ausführungen der Parteien und der Begründung im angefochtenen Entscheid auf der Frage, ob C. zwischenzeitlich in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt begründet habe. Die Mutter bejaht dies und leitet daraus ab, dass das Rückführungsübereinkommen gar nicht anwendbar sei. Der Vater und das Kantonsgericht gehen davon aus, dass C. angesichts der immer wieder unterbrochenen Aufenthaltsperioden, der elterlichen Vereinbarung und der ungenügenden Integration ihren gewöhnlichen Aufenthalt immer noch in Chile hat, weshalb das Rückführungsübereinkommen zur Anwendung komme.

Das Kantonsgericht und die Parteien unterliegen dem - offensichtlich auf den Denkfehler bzw. das Missverstehen der einschlägigen Konventionsnormen auf S. 17 des von der Mutter bei Frau Prof. G. in Auftrag gegebenen Gutachtens zurückgehenden - Rechtsirrtum, wonach **gemäss Art. 3 HKÜ die Anwendung des Übereinkommens davon abhängig sei, dass das Kind im Zeitpunkt des Zurückhaltens im Zuzugsstaat noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet habe. Die Anwendbarkeit des Übereinkommens bestimmt sich indes nach Art. 4 HKÜ, welcher verlangt, dass das Kind vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten in einem Vertragsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; Vertragsstaaten sind aber sowohl Chile als auch die Schweiz. Art. 3 HKÜ regelt etwas ganz anderes: Gemäss dieser Norm bestimmt sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unmittelbar von dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten das Sorgerechtsstatut, welches die von der Konvention geschützte Sorgerechtsposition regelt.** Diesbezüglich ergibt sich Folgendes:

Hatte das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt des widerrechtlichen Zurückhaltens noch in Chile, so bemessen sich die väterlichen Rechte nach chilenischem Familienrecht (bzw. technisch: nach dem durch das chilenische internationale Privatrecht bestimmten Sorgerecht, vgl. BGE 136 III 353 E. 3.5 S. 362; Urteile 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 3.1; 5A_293/2016 8. August 2016 E. 4.2). Auf dessen Grundlage kam dem Vater nach dem in E. 3 Gesagten unzweifelhaft eine vom Rückführungsübereinkommen geschützte Sorgerechtsposition zu. Gleiches gilt aber auch, wenn das Kind am 15. August 2018 bereits in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hätte: Diesfalls hätte gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 16 Abs. 3 HKsÜ (Haager Kinderschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011) das Mitsorge- bzw. Aufenthaltsmitbestimmungsrecht, wie es in Anwendung des chilenischen Rechtes begründet wurde, auch nach dem Aufenthaltswechsel weiterhin im gleichen Umfang Bestand.

Somit spielt es für die Widerrechtlichkeit der Verletzung des Sorge- bzw. des Aufenthaltsbestimmungsrechtes im Sinn von Art. 3 und 5HKÜ keine Rolle, ob das Kind am 15. August 2018 noch in Chile oder aber bereits in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder ob es (als weitere Variante) aufgrund der Elternvereinbarung allenfalls sich ablösende Sukzessivaufenthalte hat (dazu Urteil 5A_1021/2017 vom 8. März 2018 E. 5.1.2). Ferner würde ein allfälliger gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz aufgrund der Sperrwirkung von Art. 16 HKÜ i.V.m. Art. 7 HKsÜ auch nicht zu einer materiellen schweizerischen Entscheidzuständigkeit führen. **Die Haager Konzeption ist vielmehr dergestalt, dass zuerst das Rückführungsverfahren durchzuführen ist und erst für den Fall eines abweisenden Rückführungsentscheides eine Sorgerechtszuständigkeit im neuen Aufenthaltsstaat begründet werden kann.**

Die Parteien und das Kantonsgericht führen mit ihren Vorbringen und Erwägungen zum Einleben des Kindes mit anderen Worten eine Diskussion, welche im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 HKÜ relevant wäre. Vorliegend ist diese Diskussion aber obsolet, weil **das Rückführungsgesuch bereits zwei Monate nach dem widerrechtlichen Zurückhalten des Kindes gestellt wurde und deshalb gestützt auf Art. 12 Abs. 1 HKÜ eine sofortige Rückführung anzuordnen ist, wenn eine widerrechtliche Sorgerechtsverletzung vorliegt und nicht ausnahmsweise ein Rückführungsausschlussgrund im Sinn von Art. 13 HKÜ greift.**

6.

Was solche Ausschlussgründe anbelangt, wird Art. 13 Abs. 2 HKÜ im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr angerufen, sondern es wird nur noch flüchtig erwähnt, das Kind habe mehrfach zum Ausdruck gebracht, in der Schweiz bleiben zu wollen. Darin kann keine Rüge erblickt werden, zumal in der Beschwerde letztlich eingeräumt wird (vgl. S. 17), dass die Aussagen des Kindes keinen Verweigerungsgrund konstituieren.

In der Tat würde sich vor dem Hintergrund der Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid namentlich aufgrund der Anhörung des Kindes - dieses sagte aus, dass es in der Schweiz bleiben möchte und dies auch dem Vater gesagt habe; in Antofagasta habe es gerne gelebt, dort habe es ein Pferd gehabt und im Meer geschwommen; in Santiago habe es seine Schwestern (gemeint: die älteren Halbschwestern) sehen können, das sei schön gewesen; in Chile sei es gerne zur Schule gegangen, aber hier gehe es lieber zur Schule, weil es in Chile nicht die gleichen Freunde habe - die Erwägung, das 8-jährige Mädchen sei altersgemäss vor allem mit seiner gegenwärtigen Situation beschäftigt und sein Wunsch erscheine jedenfalls nicht als eigentliches Widersetzen im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ, als rechtsprechungskonform erweisen (vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung das Urteil 5A_475/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4.2 mit vielen weiteren Hinweisen).

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Zuzufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung ist jedoch ein neuer Rückführungstermin anzusetzen.

8.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter der Beteiligten sind aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

Zuzufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung wird der späteste Rückführungstermin neu festgesetzt auf 1. Februar 2019.

Die Modalitäten der Rückführung und insbesondere eines zwangsweisen Vollzuges richten sich nach den Anordnungen im Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 27. November 2018.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Rechtsanwalt Kai Burkart und Rechtsanwältin Katharina Stucki werden aus der Bundesgerichtskasse mit je Fr. 3'000.-- und Rechtsanwalt Peter Linggi wird mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, C., dem Kantonsgericht Schwyz, 2. Zivilkammer, und dem Bundesamt für Justiz, Zentralbehörde für Kindesentführungen, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Januar 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli