

TE OGH 2014/5/15 6Ob79/14g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.05.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Außerstreitsache des Antragstellers R***** K*****, vertreten durch Sunder-Plaßmann Loibner & Partner Rechtsanwälte in Wien, gegen die Antragsgegnerin A***** K*****, Lettland, vertreten durch Dr. Wilhelm Klade, Rechtsanwalt in Wien, wegen Rückführung der Minderjährigen Thais K*****, geboren am 5. Juni 2003, über den Revisionsrekurs des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 10. März 2014, GZ 45 R 93/14f-83, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Döbling vom 13. Jänner 2014, GZ 2 Ps 65/12t-70, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Antrag auf Zuspruch der Kosten der Revisionsrekursbeantwortung wird abgewiesen.

Text

Begründung:

Die Parteien waren von 3. 1. 2003 bis 19. 12. 2011 verheiratet; seit Februar 2009 leben sie getrennt. Sie sind die Eltern der am 5. 6. 2003 geborenen Thais. Der Antragsteller ist österreichischer Staatsangehöriger, die Antragsgegnerin Lettin. Das Kind besitzt beide Staatsbürgerschaften.

In ihrer Scheidungsfolgenvereinbarung legten die Parteien einvernehmlich fest, dass beide auch nach der Scheidung mit der Obsorge für das Kind betraut sein würden und Thais überwiegend im Haushalt der Mutter betreut werden sollte; der Antragsteller verpflichtete sich zu Unterhaltsleistungen für das Kind. Überdies stimmte der Antragsteller zu, dass Thais „nach gemeinsamer Absprache und während der normalen Aufenthaltszeit bei ihrer Mutter ihre Großeltern mütterlicherseits in Lettland besuchen“ dürfe. Die Scheidungsfolgenvereinbarung wurde insoweit vom Pflegschaftsgericht genehmigt.

Am 24. 4. 2013 trafen die Parteien eine Vereinbarung über die hauptsächliche Betreuung des Kindes in Form einer schriftlichen, von beiden Eltern unterfertigten Übereinkunft: „Thais will stay at *****. [A***** K*****] can pick up Thais whenever she wants in accordance with [R***** K*****]. But it is mutually understood that Thais main point of living should be at this address“. Ein Genehmigungsverfahren beim Pflegschaftsgericht haben die Parteien hinsichtlich dieser außergerichtlich abgeschlossenen Vereinbarung nicht eingeleitet; eine gerichtliche Genehmigung liegt daher auch nicht vor.

Thais absolvierte bis Juni 2013 die American International School Vienna und konnte die 4. Schulstufe (Schuljahr 2012/2013) der Elementary School positiv abschließen; sie war dadurch berechtigt, in die nächste Schulstufe aufzusteigen. Für die Sommerferien 2013 vereinbarten die Parteien, dass das Kind im Zeitraum vom 20. 7. bis 2. 8. die Summer School an der St. Gilgen International School besuchen würde. Am 20. 6. 2013 nahm die mütterliche Großmutter J***** S***** Thais nach R***** (Lettland) mit. Thais absolvierte bis Juni 2013 die American International School Vienna und konnte die 4. Schulstufe (Schuljahr 2012 aus 2013,) der Elementary School positiv abschließen; sie war dadurch berechtigt, in die nächste Schulstufe aufzusteigen. Für die Sommerferien 2013 vereinbarten die Parteien, dass das Kind im Zeitraum vom 20. 7. bis 2. 8. die Summer School an der St. Gilgen International School besuchen würde. Am 20. 6. 2013 nahm die mütterliche Großmutter J***** S***** Thais nach R***** (Lettland) mit.

Der Antragsteller hatte dem - wie schon in früheren Jahren - zugestimmt. Dazu hatte er der Großmutter eine mit 19. 6. 2013 datierte und von ihm unterfertigte Bestätigung übergeben, die im Wesentlichen den folgenden Wortlaut hatte: „To whom it may concern: This is to confirm that my daughter Thais K*****, 5. Juni 2003, is allowed to travel with her grandmother J***** S*****. In case of questions do not hesitate to contact me“. Im Zeitpunkt, als die Großmutter das Kind nach Lettland mitnahm, ging der Antragsteller davon aus, dass die Antragsgegnerin Thais zwei Wochen später nach Österreich zurückbringen würde; der Antragsteller trug auch die Kosten für die Flugtickets des Kindes. Thais hatte dabei schon in den letzten Jahren - allerdings nicht in den Jahren 2011 und 2012 - Ferienzeiten bei den Großeltern mütterlicherseits in Lettland verbracht; bereits damals stellte der Antragsteller für die Großmutter Bescheinigungen aus, die dieser einen komplikationslosen Grenzübertritt mit dem Kind, zu dem sie in keinem obsorgerechtlichen Verhältnis stand und steht, ermöglichten.

Abweichend von der Absprache der Parteien brachte die Antragsgegnerin das Kind seither allerdings nicht mehr nach Österreich zurück. Die Antragsgegnerin informierte den Antragsteller nicht über ihre Absicht, Thais ab Juli 2013 in Lettland zu lassen, und kündigte ihm auch nicht an, mit dem Kind nach R***** übersiedeln zu wollen. Auf die Frage, ob der Antragsteller mit einem Verbleib des Kindes in Lettland einverstanden gewesen sei, antwortete die Antragsgegnerin im Verfahren, „ich habe mit ihm nicht mehr kommuniziert“. Sie bestätigte ausdrücklich, dem Antragsteller nicht angekündigt zu haben, mit dem Kind nach Lettland übersiedeln zu wollen; von ihrer Absicht, mit dem Kind im Ausland zu bleiben, habe er erst erfahren, als Thais bereits in R***** gewesen sei. Tatsächlich hatte der Antragsteller einer Übersiedlung des Kindes nach Lettland nicht zugestimmt.

Thais hält sich seit Juni 2013 in Lettland auf und absolviert mittlerweile eine internationale Schule in R*****, wobei sie dort die 4. Schulstufe in einem im Wesentlichen dem österreichischen vergleichbaren Schulstufensystem wiederholt.

Am 24. 7. 2013 leitete der Antragsteller beim Erstgericht, das aufgrund des früheren Aufenthalts des Kindes in ***** als Pflegschaftsgericht zuständig ist, ein Rückführungsverfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 512/1980, (HKÜ) ein, welches nunmehr bei den zuständigen Gerichten in Lettland anhängig ist. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassungen der Vorinstanzen war eine Entscheidung über eine Rückstellung des Kindes nach Österreich noch nicht ergangen, am 11. 3. 2014 hat jedoch das lettische Amtsgericht der Stadt Riga den Antrag des Antragstellers auf Rückführung des Kindes abgelehnt. Das Amtsgericht nahm zwar im Hinblick auf die vereinbarte gemeinsame Obsorge der Parteien und eine fehlende Zustimmung des Antragstellers zur Verbringung des Kindes nach Lettland eine widerrechtliche Entführung des Kindes im Sinn der Bestimmungen des HKÜ an, erachtete jedoch den Ausnahmetatbestand des Art 13 Abs 1 lit b und Abs 2 HKÜ für gegeben; das Kind habe sich gegen eine Rückkehr nach Österreich ausgesprochen und empfinde für einen solchen Fall Gefühle wie Gefahr, Bedrohung, Unsicherheit und Angst. Dem Akteninhalt ist nicht zu entnehmen, ob diese Entscheidung bereits in Rechtskraft erwachsen ist oder vom Antragsteller angefochten wurde. Am 24. 7. 2013 leitete der Antragsteller beim Erstgericht, das aufgrund des früheren Aufenthalts des Kindes in ***** als Pflegschaftsgericht zuständig ist, ein Rückführungsverfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, Bundesgesetzblatt 512 aus 1980,, (HKÜ) ein, welches nunmehr bei den zuständigen Gerichten in Lettland anhängig ist. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassungen der Vorinstanzen war eine Entscheidung über eine Rückstellung des Kindes nach Österreich noch nicht ergangen, am 11. 3. 2014 hat jedoch das lettische Amtsgericht der Stadt Riga den Antrag des Antragstellers auf Rückführung des Kindes abgelehnt. Das Amtsgericht nahm zwar im Hinblick auf die vereinbarte gemeinsame Obsorge der Parteien und eine fehlende Zustimmung des Antragstellers zur Verbringung des Kindes nach Lettland eine widerrechtliche Entführung des Kindes im Sinn der Bestimmungen des HKÜ an, erachtete jedoch den Ausnahmetatbestand des Artikel

13, Absatz eins, Litera b und Absatz 2, HKÜ für gegeben; das Kind habe sich gegen eine Rückkehr nach Österreich ausgesprochen und empfinde für einen solchen Fall Gefühle wie Gefahr, Bedrohung, Unsicherheit und Angst. Dem Akteninhalt ist nicht zu entnehmen, ob diese Entscheidung bereits in Rechtskraft erwachsen ist oder vom Antragsteller angefochten wurde.

Beim Erstgericht ist ein Obsorgeverfahren anhängig, in welchem beide Parteien ihre jeweilige Betrauung mit der Alleinobsorge für Thais anstreben; eine Entscheidung ist insoweit noch nicht ergangen.

Am 14. 8. 2013 beehrte der Antragsteller die Ausstellung einer Bescheinigung gemäß Artikel 15 HKÜ; die Verbringung des Kindes nach Lettland beziehungsweise dessen Zurückhaltung dort durch die Antragsgegnerin sei widerrechtlich im Sinn des Art 3 HKÜ. Am 14. 8. 2013 beehrte der Antragsteller die Ausstellung einer Bescheinigung gemäß Artikel 15 HKÜ; die Verbringung des Kindes nach Lettland beziehungsweise dessen Zurückhaltung dort durch die Antragsgegnerin sei widerrechtlich im Sinn des Artikel 3, HKÜ.

Die Antragsgegnerin beantragte die Zurück- beziehungsweise Abweisung dieses Antrags. Der dauernde Aufenthalt des Kindes müsse sich laut Scheidungsfolgenvereinbarung bei ihr befinden; sie habe im Zeitraum von August 2012 bis Juli 2013 in der Wohnung des Antragstellers in ***** gelebt und dort das Kind umfassend betreut, während der Antragsteller nur sporadisch in der Wohnung übernachtet und sich um das Kind nicht gekümmert habe; der Antragsteller habe die Antragsgegnerin im Juli 2013 aus seiner Wohnung „hinausgeschmissen“ und ausgesperrt, sodass diese gezwungen gewesen sei, mit dem Kind zu ihren Eltern nach Lettland zu fahren; der Antragsteller habe sein Sorgerecht vor diesem Zeitpunkt nicht ausgeübt und auch keine Unterhaltsbeiträge oder sonstige Zahlungen für das Kind geleistet; zuletzt sei er in einem Strafverfahren zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von dreieinhalb Jahren verurteilt worden, sodass er auch künftig seinen Verpflichtungen im Rahmen der Obsorge nicht nachkommen können werde; die Betreuungsregelung der Parteien in der Scheidungsfolgenvereinbarung bedeute nicht, dass der „dauernde Aufenthalt“ des Kindes bei der Antragsgegnerin ausschließlich in Österreich sein müsse; aufgrund der Vereinbarung sei diese berechtigt, das Kind zu ihren Eltern nach R***** mitzunehmen; ein Aufenthalt der Antragsgegnerin mit dem Kind in Österreich würde das Kindeswohl nicht fördern, weil österreichische Medien über die strafgerichtliche Verurteilung des Vaters wegen Betrugsdelikten berichten und das Kind von seinen Mitschülern abgelehnt werden würde; durch seine Verhaltensweisen habe der Antragsteller sein Obsorgerecht für das Kind „verwirkt“.

Am 30. 8. 2013 richtete das Justizministerium der Republik Lettland als dortige Zentrale Stelle im Sinn des HKÜ ein E-Mail-Schreiben an das Bundesministerium für Justiz, in welchem es unter anderem heißt: „Having evaluated the application, our Office has established that additional information is required in order to proceed with the case. Wherewith, I hereby ask you to submit the relevant supplementing information on the legal regulation of Austria concerning the custody rights (relevant extract from the Austrian Civil Code). Moreover, our Office would need a confirmation/statement from your Office, stating that actions performed by the child's mother, retaining the child in Latvia, can be regarded as the infringement of the father's custody rights within the meaning of the Article 3 of the Convention.“ Dieses Schreiben leitete das Bundesministerium für Justiz an das Erstgericht weiter. Am 30. 8. 2013 richtete das Justizministerium der Republik Lettland als dortige Zentrale Stelle im Sinn des HKÜ ein E-Mail-Schreiben an das Bundesministerium für Justiz, in welchem es unter anderem heißt: „Having evaluated the application, our Office has established that additional information is required in order to proceed with the case. Wherewith, I hereby ask you to submit the relevant supplementing information on the legal regulation of Austria concerning the custody rights (relevant extract from the Austrian Civil Code). Moreover, our Office would need a confirmation/statement from your Office, stating that actions performed by the child's mother, retaining the child in Latvia, can be regarded as the infringement of the father's custody rights within the meaning of the Article 3 of the Convention.“ Dieses Schreiben leitete das Bundesministerium für Justiz an das Erstgericht weiter.

Das Erstgericht bescheinigte mit Widerrechtlichkeitsbescheinigung gemäß Art 15, dass Das Erstgericht bescheinigte mit Widerrechtlichkeitsbescheinigung gemäß Artikel 15,, dass

a) die Obsorge beider Eltern bei Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft gemäß § 179 Abs 1 ABGB aufrecht bleibt und im Fall einer beiderseitigen Obsorge nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft die Eltern nach § 179 Abs 2 ABGB vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen haben, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird; a) die Obsorge beider Eltern bei Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft

gemäß Paragraph 179, Absatz eins, ABGB aufrecht bleibt und im Fall einer beiderseitigen Obsorge nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft die Eltern nach Paragraph 179, Absatz 2, ABGB vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen haben, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird;

b) auf der Grundlage ihres Gerichtsvergleichs vom 19. 12. 2011 sowohl die Mutter A***** K***** als auch der Vater R***** K***** mit der Obsorge für Thais betraut sind und sie wirksam vereinbart haben, dass das Kind hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut wird;

c) dann, wenn die Eltern eines minderjährigen Kindes - wie im vorliegenden Fall - vereinbart haben, welcher der obsorgeberechtigten Elternteile das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuen soll, nach dem Wortlaut des § 162 Abs 2 ABGB dieser Elternteil das alleinige Recht hat, den Wohnort des Kindes zu bestimmen; c) dann, wenn die Eltern eines minderjährigen Kindes - wie im vorliegenden Fall - vereinbart haben, welcher der obsorgeberechtigten Elternteile das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuen soll, nach dem Wortlaut des Paragraph 162, Absatz 2, ABGB dieser Elternteil das alleinige Recht hat, den Wohnort des Kindes zu bestimmen;

d) der Justizausschuss des österreichischen Parlaments im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu dieser Gesetzesbestimmung dahingehend konkretisierte, dass der Domizilelternteil den anderen Elternteil von dem bevorstehenden Umzug rechtzeitig zu informieren und sich um dessen Zustimmung zu bemühen hat, dass der Domizilelternteil im Fall einer Verletzung dieser Pflichten widerrechtlich in die Obsorge des anderen Elternteils eingreift und dass der Domizilelternteil dadurch nach Ansicht des Justizausschusses den Tatbestand des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes im Sinn des HKÜ erfüllt;

e) nach den übereinstimmenden Angaben der Eltern die (obsorgeberechtigte) Mutter, in deren Haushalt das Kind vereinbarungsgemäß hauptsächlich betreut werden soll, den (obsorgeberechtigten) Vater vor der von ihr veranlassten Übersiedlung des Kindes nach Lettland nicht über ihre Absicht informiert hat und sie dadurch den Wohnsitz des Kindes ohne Verständigung des Vaters, ohne seine Zustimmung und ohne gerichtliche Genehmigung ins Ausland verlegt hat;

f) die Verlegung des Wohnsitzes des Kindes ins Ausland durch einen (mit-)obsorgeberechtigten Elternteil, in dessen Haushalt das Kind vereinbarungsgemäß überwiegend betreut werden soll, ohne rechtzeitige Verständigung des anderen (sorgeberechtigten) Elternteiles über diese wichtige Maßnahme aufgrund der Verletzung der aus § 189 Abs 1 und 5 ABGB folgenden Informations- und Äußerungsrechte des anderen widerrechtlich im Sinn des Artikel 3 Abs 1 HKÜ ist. f) die Verlegung des Wohnsitzes des Kindes ins Ausland durch einen (mit-)obsorgeberechtigten Elternteil, in dessen Haushalt das Kind vereinbarungsgemäß überwiegend betreut werden soll, ohne rechtzeitige Verständigung des anderen (sorgeberechtigten) Elternteiles über diese wichtige Maßnahme aufgrund der Verletzung der aus Paragraph 189, Absatz eins und 5 ABGB folgenden Informations- und Äußerungsrechte des anderen widerrechtlich im Sinn des Artikel 3 Absatz eins, HKÜ ist.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht unter Hinweis auf die Entscheidungen⁶ Ob 30/08t und 4 Ob 82/10b die Auffassung, eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ setze eine innerstaatliche Rechtsgrundlage voraus, die in Österreich in § 107 Abs 1 Z 2 Fall 2, § 111a AußStrG gesehen werden könne; ein derartiges Obsorgedekret setze allerdings voraus, dass die Obsorgeverteilung zwischen den Eltern unstrittig sein müsse. Damit lasse die österreichische Rechtsordnung eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nur insofern zu, als das Gericht darin bestehende (gesetzliche oder durch gerichtliche Entscheidungen begründete) Obsorgeverhältnisse urkundlich bestätigt, soweit diesbezüglich zwischen den Eltern Einvernehmen bestehe; würden die Eltern hingegen verschiedene Positionen über ihre obsorgerechtlichen Befugnisse vertreten, sehe das österreichische Recht keine gesetzliche Grundlage für die Ausstellung einer Bescheinigung nach Art 15 HKÜ vor, sodass in diesem Fall keine beschlussmäßige Darstellung der Rechtslage aus Sicht des österreichischen Gerichts mit Bezug auf ein Rückführungsverfahren nach dem HKÜ „erwirkt“ werden könne; Rechtsstreitigkeiten über die Betreuung mit der Obsorge dürften ausnahmslos nur in einem Obsorgeverfahren mit anfechtbaren Beschlüssen nach Durchführung der für die konkrete Entscheidung gebotenen Beweisaufnahmen entschieden werden, was auch für strittige Beweisfragen in einem Rückführungsverfahren nach dem HKÜ zu gelten habe. Im vorliegenden Fall sei der der Bescheinigung zu entnehmende Sachverhalt zwischen den Parteien unstrittig, bei seinen rechtlichen Ausführungen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht des Domizilelternteils und dessen Verpflichtungen vor einem Umzug ins Ausland und zur Widerrechtlichkeit eines Verhaltens des Domizilelternteils im Sinn des Art 3 HKÜ bezog sich das Erstgericht auf zwei

Literaturstellen aus dem Jahr 2013. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht unter Hinweis auf die Entscheidungen 6 Ob 30/08t und 4 Ob 82/10b die Auffassung, eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ setze eine innerstaatliche Rechtsgrundlage voraus, die in Österreich in Paragraph 107, Absatz eins, Ziffer 2, Fall 2, Paragraph 111 a, AußStrG gesehen werden könne; ein derartiges Obsorgedekret setze allerdings voraus, dass die Obsorgeverteilung zwischen den Eltern unstrittig sein müsse. Damit lasse die österreichische Rechtsordnung eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nur insofern zu, als das Gericht darin bestehende (gesetzliche oder durch gerichtliche Entscheidungen begründete) Obsorgeverhältnisse urkundlich bestätigt, soweit diesbezüglich zwischen den Eltern Einvernehmen bestehe; würden die Eltern hingegen verschiedene Positionen über ihre obsorgerechtlichen Befugnisse vertreten, sehe das österreichische Recht keine gesetzliche Grundlage für die Ausstellung einer Bescheinigung nach Artikel 15, HKÜ vor, sodass in diesem Fall keine beschlussmäßige Darstellung der Rechtslage aus Sicht des österreichischen Gerichts mit Bezug auf ein Rückführungsverfahren nach dem HKÜ „erwirkt“ werden könne; Rechtsstreitigkeiten über die Betreuung mit der Obsorge dürften ausnahmslos nur in einem Obsorgeverfahren mit anfechtbaren Beschlüssen nach Durchführung der für die konkrete Entscheidung gebotenen Beweisaufnahmen entschieden werden, was auch für strittige Beweisfragen in einem Rückführungsverfahren nach dem HKÜ zu gelten habe. Im vorliegenden Fall sei der der Bescheinigung zu entnehmende Sachverhalt zwischen den Parteien unstrittig, bei seinen rechtlichen Ausführungen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht des Domizilelternteils und dessen Verpflichtungen vor einem Umzug ins Ausland und zur Widerrechtlichkeit eines Verhaltens des Domizilelternteils im Sinn des Artikel 3, HKÜ bezog sich das Erstgericht auf zwei Literaturstellen aus dem Jahr 2013.

Das Rekursgericht wies den Antrag auf Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung zurück und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs für zulässig; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den Voraussetzungen der Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung. In der Sache selbst meinte das Rekursgericht, Art 15 HKÜ setze das Verlangen der Gerichte des Verbringungsstaats nach Vorlage einer derartigen Bestätigung voraus. Ein derartiges Verlangen sei jedoch von einem lettischen Gericht gar nicht gestellt worden, eine Antragstellung einer Partei reiche nicht aus. Zweck einer Bescheinigung nach Art 15 HKÜ sei es nämlich, dem ausländischen Gericht die Beurteilung der Rechtslage im Ursprungsstaat zu „erleichtern“ und dieses Gericht in die Lage zu versetzen, die Rechtsfrage der widerrechtlichen Verbringung beziehungsweise des Zurückhaltens des Kindes ohne umfangreiche Erhebungen zum Aufenthalts- und Wohnsitzbestimmungsrecht des Ursprungsstaats beurteilen zu können; nur das ausländische Gericht könne dann aber beurteilen, ob es eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung überhaupt für erforderlich hält. Das Rekursgericht wies den Antrag auf Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung zurück und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs für zulässig; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den Voraussetzungen der Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung. In der Sache selbst meinte das Rekursgericht, Artikel 15, HKÜ setze das Verlangen der Gerichte des Verbringungsstaats nach Vorlage einer derartigen Bestätigung voraus. Ein derartiges Verlangen sei jedoch von einem lettischen Gericht gar nicht gestellt worden, eine Antragstellung einer Partei reiche nicht aus. Zweck einer Bescheinigung nach Artikel 15, HKÜ sei es nämlich, dem ausländischen Gericht die Beurteilung der Rechtslage im Ursprungsstaat zu „erleichtern“ und dieses Gericht in die Lage zu versetzen, die Rechtsfrage der widerrechtlichen Verbringung beziehungsweise des Zurückhaltens des Kindes ohne umfangreiche Erhebungen zum Aufenthalts- und Wohnsitzbestimmungsrecht des Ursprungsstaats beurteilen zu können; nur das ausländische Gericht könne dann aber beurteilen, ob es eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung überhaupt für erforderlich hält.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Antragstellers ist aus den vom Rekursgericht erwähnten Gründen zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

Nach Art 15 HKÜ können die Gerichte (oder Verwaltungsbehörden) eines Vertragsstaats vor der Erlassung einer Rückführungsanordnung vom Antragsteller die Vorlage einer Entscheidung oder sonstigen Bescheinigung der Behörden des Staats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verlangen, aus der hervorgeht, dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich im Sinn des Art 3 HKÜ war, sofern in dem betreffenden Staat eine derartige Entscheidung oder Bescheinigung erwirkt werden kann. Die zentralen Behörden der Vertragsstaaten sind verpflichtet, einen Antragsteller beim Erlangen eines solchen Dokumentes zu unterstützen. Nach Artikel 15, HKÜ können die Gerichte (oder Verwaltungsbehörden) eines Vertragsstaats vor der Erlassung einer Rückführungsanordnung vom Antragsteller die Vorlage einer Entscheidung oder sonstigen Bescheinigung der Behörden des Staats des gewöhnlichen

Aufenthalts des Kindes verlangen, aus der hervorgeht, dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich im Sinn des Artikel 3, HKÜ war, sofern in dem betreffenden Staat eine derartige Entscheidung oder Bescheinigung erwirkt werden kann. Die zentralen Behörden der Vertragsstaaten sind verpflichtet, einen Antragsteller beim Erlangen eines solchen Dokumentes zu unterstützen.

1. Art 15 HKÜ räumt den Vertragsstaaten die Möglichkeit ein, selbst zu entscheiden, ob beziehungsweise in welcher Form sie derartige Widerrechtlichkeitsbescheinigungen vorsehen wollen (EuGH C-400/10 [J. McB./L. E.] EF-Z 2011/25 [Nademeinsky] ; Nademeinsky, Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ, EF-Z 2012, 160 [„Gesetzesvorbehalt“]; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a [2013] § 162 Rz 12). Die Beurteilung, ob in einem Vertragsstaat eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung ausgestellt werden kann, hängt daher vom Bestehen einer innerstaatlichen (hier: österreichischen) Rechtsgrundlage für diese Vorgehensweise ab (Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG [2013] § 111a Rz 40). Daran haben auch Art 10 und 11 Brüssel IIa-VO nichts geändert. 1. Artikel 15, HKÜ räumt den Vertragsstaaten die Möglichkeit ein, selbst zu entscheiden, ob beziehungsweise in welcher Form sie derartige Widerrechtlichkeitsbescheinigungen vorsehen wollen (EuGH C-400/10 [J. McB./L. E.] EF-Z 2011/25 [Nademeinsky]; Nademeinsky, Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ, EF-Z 2012, 160 [„Gesetzesvorbehalt“]; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a [2013] Paragraph 162, Rz 12). Die Beurteilung, ob in einem Vertragsstaat eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung ausgestellt werden kann, hängt daher vom Bestehen einer innerstaatlichen (hier: österreichischen) Rechtsgrundlage für diese Vorgehensweise ab (Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG [2013] Paragraph 111 a, Rz 40). Daran haben auch Artikel 10 und 11 Brüssel IIa-VO nichts geändert.

2. Während etwa § 41 (deutsches) IntFamRVG 2005 ausdrückliche Regelungen zur Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ enthält (vgl auch Beck aaO, die allerdings den zwischenzeitig überholten [§ 56 IntFamRVG 2005] § 10 SorgeRÜbkAG 1990 zitiert), findet sich im (österreichischen) Bundesgesetz vom 9. Juni 1988 zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 1988/513 (DG-HKÜ), nichts Vergleichbares; auch die ErläutRV (471 BlgNR XVII. GP) zu diesem Gesetz erwähnen diese Widerrechtlichkeitsbescheinigung nicht, ebenso wenig § 111a AußStrG und dessen Materialien (ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP). 2. Während etwa Paragraph 41, (deutsches) IntFamRVG 2005 ausdrückliche Regelungen zur Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ enthält vergleiche auch Beck aaO, die allerdings den zwischenzeitig überholten [§ 56 IntFamRVG 2005] Paragraph 10, SorgeRÜbkAG 1990 zitiert), findet sich im (österreichischen) Bundesgesetz vom 9. Juni 1988 zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 1988/513 (DG-HKÜ), nichts Vergleichbares; auch die ErläutRV (471 BlgNR römisch siebzehn. Gesetzgebungsperiode zu diesem Gesetz erwähnen diese Widerrechtlichkeitsbescheinigung nicht, ebenso wenig Paragraph 111 a, AußStrG und dessen Materialien (ErläutRV 224 BlgNR römisch 22 . GP).

Dennoch wird in der Literatur für den österreichischen Rechtsbereich einhellig die grundsätzliche Zulässigkeit einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung bejaht (Nademeinsky, EF-Z 2012, 160; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a § 162 Rz 12; ausführlich Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 111a Rz 41 ff). Eine Rechtsgrundlage wird dabei überwiegend im Obsorgedekret nach §§ 111a, 107 Abs 1 Z 2 Fall 2 AußStrG (Gitschthaler aaO; Beck aaO) mit daraus folgender Zuständigkeit des Pflschaftsgerichts (Gitschthaler aaO Rz 17; Beck aaO Rz 48) beziehungsweise in der Möglichkeit einer „abstrakten Auskunftserteilung über die österreichische Rechtslage“ durch das Bundesministerium für Justiz (Nademeinsky aaO) gesehen. Dennoch wird in der Literatur für den österreichischen Rechtsbereich einhellig die grundsätzliche Zulässigkeit einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung bejaht (Nademeinsky, EF-Z 2012, 160; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a Paragraph 162, Rz 12; ausführlich Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 111 a, Rz 41 ff). Eine Rechtsgrundlage wird dabei überwiegend im Obsorgedekret nach Paragraphen 111 a, 107, Absatz eins, Ziffer 2, Fall 2 AußStrG (Gitschthaler aaO; Beck aaO) mit daraus folgender Zuständigkeit des Pflschaftsgerichts (Gitschthaler aaO Rz 17; Beck aaO Rz 48) beziehungsweise in der Möglichkeit einer „abstrakten Auskunftserteilung über die österreichische Rechtslage“ durch das Bundesministerium für Justiz (Nademeinsky aaO) gesehen.

Dazu hat der erkennende Senat erwogen:

3.1. § 111a AußStrG bezieht sich ganz allgemein auf „Verfahren“ nach dem HKÜ, die hier zu beurteilende Widerrechtlichkeitsbescheinigung findet sich in Art 15 HKÜ. Vor diesem rechtlichen Hintergrund vermag sich der Oberste Gerichtshof der Meinung Nademeinskys (EF-Z 2012, 160), es sei zu „[be]zweifeln, ob ein Verfahren zur

Ausstellung einer Bescheinigung nach Art 15 HKÜ überhaupt ein 'Verfahren nach dem HKÜ' ist", vielmehr handle es sich um ein „fakultatives innerstaatliches Verfahren, das vom Verfahren über die Rückführung des Kindes zu unterscheiden ist“, nicht anzuschließen. Auch BGBl 1988/513, das der Durchführung des HKÜ dient, erfasst Ausgangsentführungen, also (behauptete) Entführungen eines Kindes aus Österreich in einen anderen Staat (vgl 6 Ob 7/14v), in deren Zusammenhang ja eine (österreichische) Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Maßgabe des Art 15 HKÜ erforderlich werden kann. 3.1. Paragraph 111 a, AußStrG bezieht sich ganz allgemein auf „Verfahren“ nach dem HKÜ, die hier zu beurteilende Widerrechtlichkeitsbescheinigung findet sich in Artikel 15, HKÜ. Vor diesem rechtlichen Hintergrund vermag sich der Oberste Gerichtshof der Meinung Nademleinskys (EF-Z 2012, 160), es sei zu „[be]zweifeln, ob ein Verfahren zur Ausstellung einer Bescheinigung nach Artikel 15, HKÜ überhaupt ein 'Verfahren nach dem HKÜ' ist“, vielmehr handle es sich um ein „fakultatives innerstaatliches Verfahren, das vom Verfahren über die Rückführung des Kindes zu unterscheiden ist“, nicht anzuschließen. Auch BGBl 1988/513, das der Durchführung des HKÜ dient, erfasst Ausgangsentführungen, also (behauptete) Entführungen eines Kindes aus Österreich in einen anderen Staat vergleiche 6 Ob 7/14v), in deren Zusammenhang ja eine (österreichische) Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Maßgabe des Artikel 15, HKÜ erforderlich werden kann.

Damit könnte aber - im Einklang mit dem Erstgericht und einem Teil der Literatur (Gitschthaler aaO Rz 12; Beck aaO Rz 41 ff) - eine Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung im Obsorgedekret des § 107 Abs 1 Z 2 Fall 2 AußStrG gefunden werden. Diese Bestimmung erfasst nämlich nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 30/08t iFamZ 2008/146 [Fucik] = IPRax 2010/38 [Hohloch, 567]; ebenso 4 Ob 82/10b) bei unstrittiger Obsorgeverteilung zwischen den Eltern auch jene Fälle, in denen ein mit der Obsorge betrauter Elternteil das Bedürfnis nach einer die Obsorgebetrauung belegenden Urkunde hat, „um allfällige Unklarheiten zu beseitigen und die neu verliehenen oder verbleibenden Befugnisse Dritten gegenüber jederzeit nachweisen zu können“; dem mit der Obsorge betrauten Elternteil ist dann eine Urkunde auszustellen, mit der „explizit über den genauen Umfang seiner Obsorgebetrauung entschieden wird“ und die „einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit liefern“ kann. Damit könnte aber - im Einklang mit dem Erstgericht und einem Teil der Literatur (Gitschthaler aaO Rz 12; Beck aaO Rz 41 ff) - eine Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung im Obsorgedekret des Paragraph 107, Absatz eins, Ziffer 2, Fall 2 AußStrG gefunden werden. Diese Bestimmung erfasst nämlich nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 30/08t iFamZ 2008/146 [Fucik] = IPRax 2010/38 [Hohloch, 567]; ebenso 4 Ob 82/10b) bei unstrittiger Obsorgeverteilung zwischen den Eltern auch jene Fälle, in denen ein mit der Obsorge betrauter Elternteil das Bedürfnis nach einer die Obsorgebetrauung belegenden Urkunde hat, „um allfällige Unklarheiten zu beseitigen und die neu verliehenen oder verbleibenden Befugnisse Dritten gegenüber jederzeit nachweisen zu können“; dem mit der Obsorge betrauten Elternteil ist dann eine Urkunde auszustellen, mit der „explizit über den genauen Umfang seiner Obsorgebetrauung entschieden wird“ und die „einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit liefern“ kann.

Der Sinn einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung liegt in einer Aussage über das Bestehen des Sorgerechts (Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a § 162 Rz 12; vgl auch 1 Ob 167/08b); ihr Zweck besteht darin, dem für das Rückführungsverfahren zuständigen ausländischen Gericht die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Kindesentziehung nach dem anzuwendenden Sachrecht zu erleichtern und dieses Gericht in die Lage zu versetzen, diese Rechtsfrage ohne umfangreiche Erhebungen insbesondere zum - aus seiner Sicht - ausländischen Aufenthaltsbestimmungsrecht zu lösen (Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 111a Rz 37). Diesen Anforderungen würde das Obsorgedekret der §§ 111a, 107 Abs 1 Z 2 Fall 2 AußStrG vollinhaltlich entsprechen, dient es doch - wie bereits erwähnt - dazu, „allfällige Unklarheiten zu beseitigen und die neu verliehenen oder verbleibenden Befugnisse [der obsorgeberechtigten Eltern] Dritten gegenüber jederzeit nachweisen zu können“. Der Sinn einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung liegt in einer Aussage über das Bestehen des Sorgerechts (Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a Paragraph 162, Rz 12; vergleiche auch 1 Ob 167/08b); ihr Zweck besteht darin, dem für das Rückführungsverfahren zuständigen ausländischen Gericht die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Kindesentziehung nach dem anzuwendenden Sachrecht zu erleichtern und dieses Gericht in die Lage zu versetzen, diese Rechtsfrage ohne umfangreiche Erhebungen insbesondere zum - aus seiner Sicht - ausländischen Aufenthaltsbestimmungsrecht zu lösen (Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 111 a, Rz 37). Diesen Anforderungen würde das Obsorgedekret der Paragraphen 111 a, 107, Absatz eins, Ziffer 2, Fall 2 AußStrG vollinhaltlich entsprechen, dient es doch - wie bereits erwähnt - dazu, „allfällige Unklarheiten zu beseitigen und die neu verliehenen oder verbleibenden Befugnisse [der obsorgeberechtigten Eltern] Dritten gegenüber jederzeit nachweisen zu können“.

3.2. Da ein solches Obsorgedekret eine - dem § 186 Abs 1 AußStrG vergleichbare - Amtsbestätigung des Gerichts über aktenmäßig bei Gericht bekannte Tatsachen darstellt, ist zwar die Abweisung eines Antrags auf Ausstellung eines derartigen Obsorgedekrets anfechtbar, dessen Ausstellung jedoch nicht, wenn die Frage der ex lege bestehenden Obsorgeverteilung tatsächlich unstrittig ist (6 Ob 30/08t), was für den vorliegenden Fall im Übrigen bedeuten würde, dass das Rekursgericht den Rekurs der Antragsgegnerin gegen die Widerrechtlichkeitsbescheinigung des Erstgerichts zurückweisen hätte müssen.

3.2. Da ein solches Obsorgedekret eine - dem Paragraph 186, Absatz eins, AußStrG vergleichbare - Amtsbestätigung des Gerichts über aktenmäßig bei Gericht bekannte Tatsachen darstellt, ist zwar die Abweisung eines Antrags auf Ausstellung eines derartigen Obsorgedekrets anfechtbar, dessen Ausstellung jedoch nicht, wenn die Frage der ex lege bestehenden Obsorgeverteilung tatsächlich unstrittig ist (6 Ob 30/08t), was für den vorliegenden Fall im Übrigen bedeuten würde, dass das Rekursgericht den Rekurs der Antragsgegnerin gegen die Widerrechtlichkeitsbescheinigung des Erstgerichts zurückweisen hätte müssen.

4.1. Art 8 Abs 3 lit f HKÜ nennt als fakultative Anlage zu einem Antrag auf Rückführung von entführten Kindern „eine Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über die einschlägigen Rechtsvorschriften des betreffenden Staates“, worunter zwanglos jene des Ursprungsstaats zu verstehen sind (arg: „Staat, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält“). Die ErläutRV zu § 4 Abs 2 DG-HKÜ vergleichen diese Bestimmung des HKÜ ausdrücklich mit § 282 AußStrG 1854 (471 BlgNR XVII. GP, 6), dem nunmehr § 186 Abs 2 AußStrG 2003 entspricht (Rassi in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 186 Rz 20), der wiederum vom Zeugnis „über den Wortlaut gesetzlicher Bestimmungen [...] zur Verfolgung oder Verteidigung [von] Rechte[n] im Ausland“ spricht.

4.1. Artikel 8, Absatz 3, Litera f, HKÜ nennt als fakultative Anlage zu einem Antrag auf Rückführung von entführten Kindern „eine Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über die einschlägigen Rechtsvorschriften des betreffenden Staates“, worunter zwanglos jene des Ursprungsstaats zu verstehen sind (arg: „Staat, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält“). Die ErläutRV zu Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ vergleichen diese Bestimmung des HKÜ ausdrücklich mit Paragraph 282, AußStrG 1854 (471 BlgNR römisch siebzehn. GP, 6), dem nunmehr Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG 2003 entspricht (Rassi in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 186, Rz 20), der wiederum vom Zeugnis „über den Wortlaut gesetzlicher Bestimmungen [...] zur Verfolgung oder Verteidigung [von] Rechte[n] im Ausland“ spricht.

4.2. Es entsprach bereits vor Implementierung des § 111a AußStrG durch das FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75, der herrschenden Auffassung, dass Verfahren nach dem HKÜ in Österreich Verfahren außer Streitsachen sind (vgl statt vieler etwa 4 Ob 2378/96a; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a § 162 Rz 17 FN 111 unter Hinweis auf die ausdrückliche Erwähnung dieser Verfahrensart in § 5 Abs 2 DG-HKÜ). Dass die Formulierung des § 111a AußStrG (Anwendung der Bestimmungen des 7. Abschnitts des II. Hauptstücks des Außerstreitgesetzes auf Verfahren nach dem HKÜ) nicht bloß eine gesetzliche Klarstellung dieser Auffassung, sondern eine Einschränkung auf die genannten Bestimmungen unter Ausschluss der übrigen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes oder gar des DG-HKÜ bezwecken sollte, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen (IA 673/A XXIV. GP, 34 „klarstellende Funktion“); eine derartige Auslegung wäre auch sachlich nicht begründbar.

4.2. Es entsprach bereits vor Implementierung des Paragraph 111 a, AußStrG durch das FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75, der herrschenden Auffassung, dass Verfahren nach dem HKÜ in Österreich Verfahren außer Streitsachen sind vergleiche statt vieler etwa 4 Ob 2378/96a; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a Paragraph 162, Rz 17 FN 111 unter Hinweis auf die ausdrückliche Erwähnung dieser Verfahrensart in Paragraph 5, Absatz 2, DG-HKÜ). Dass die Formulierung des Paragraph 111 a, AußStrG (Anwendung der Bestimmungen des 7. Abschnitts des römisch zwei. Hauptstücks des Außerstreitgesetzes auf Verfahren nach dem HKÜ) nicht bloß eine gesetzliche Klarstellung dieser Auffassung, sondern eine Einschränkung auf die genannten Bestimmungen unter Ausschluss der übrigen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes oder gar des DG-HKÜ bezwecken sollte, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen (IA 673/A römisch 24 . GP, 34 „klarstellende Funktion“); eine derartige Auslegung wäre auch sachlich nicht begründbar.

Sowohl § 4 Abs 2 DG-HKÜ als auch § 186 Abs 2 AußStrG sind daher nach wie vor auf Verfahren nach dem HKÜ anwendbar und kommen - zumindest in analoger Anwendung - ebenfalls als Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ in Betracht (in diesem Sinn auch Nademleinsky, EF-Z 2012, 160). Sowohl Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ als auch Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG sind daher nach wie vor auf Verfahren nach dem HKÜ anwendbar und kommen - zumindest in analoger Anwendung - ebenfalls als Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ in Betracht (in diesem Sinn auch Nademleinsky, EF-Z 2012, 160).

4.3. Es mag nun zwar sein, dass nach österreichischer Auffassung ein Zeugnis nach § 186 Abs 2 AußStrG über den Stand der Rechtsprechung nicht auszustellen ist (Rassi in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 186 Rz 25), Art 15 HKÜ aber eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung darüber verlangt, „dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich war“, und daher regelmäßig auch Aussagen über faktische Verhältnisse im Einzelfall einschließlich der Darlegung von weiteren Rechtsgrundlagen wie etwa Gesetzesmaterialien, der Spruchpraxis der Gerichte oder Literaturmeinungen (ansonsten ja die Widerrechtlichkeit nicht bescheinigt werden könnte) verlangt. Jedoch erscheint es evident, dass - ebenso wie die Widerrechtlichkeitsbescheinigung - auch eine Bescheinigung nach § 4 Abs 2 DG-HKÜ iVm Art 8 Abs 3 lit f HKÜ jenem (ausländischen) Gericht, welches über die Rückführung des Kindes in den Ursprungsstaat zu entscheiden hat, diese Entscheidung erleichtern soll (dazu 3.1.). Decken sich aber Sinn und Zweck der beiden Bescheinigungen, erscheint es naheliegend, jedenfalls § 4 Abs 2 DG-HKÜ auch auf die Widerrechtlichkeitsbescheinigung (analog) anzuwenden.

4.3. Es mag nun zwar sein, dass nach österreichischer Auffassung ein Zeugnis nach Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG über den Stand der Rechtsprechung nicht auszustellen ist (Rassi in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 186, Rz 25), Artikel 15, HKÜ aber eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung darüber verlangt, „dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich war“, und daher regelmäßig auch Aussagen über faktische Verhältnisse im Einzelfall einschließlich der Darlegung von weiteren Rechtsgrundlagen wie etwa Gesetzesmaterialien, der Spruchpraxis der Gerichte oder Literaturmeinungen (ansonsten ja die Widerrechtlichkeit nicht bescheinigt werden könnte) verlangt. Jedoch erscheint es evident, dass - ebenso wie die Widerrechtlichkeitsbescheinigung - auch eine Bescheinigung nach Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ in Verbindung mit Artikel 8, Absatz 3, Litera f, HKÜ jenem (ausländischen) Gericht, welches über die Rückführung des Kindes in den Ursprungsstaat zu entscheiden hat, diese Entscheidung erleichtern soll (dazu 3.1.). Decken sich aber Sinn und Zweck der beiden Bescheinigungen, erscheint es naheliegend, jedenfalls Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ auch auf die Widerrechtlichkeitsbescheinigung (analog) anzuwenden.

Für diese Auffassung spricht auch das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, BGBl 1971/417, welchem unter anderem alle Mitgliedstaaten der EU angehören (vgl Rassi aaO § 186 Rz 20 FN 73). Nach dessen Art 1 Abs 1 sind die Vertragsstaaten verpflichtet, einander - im Wege staatlicher Verbindungsstellen (Art 2 Abs 1) - unter anderem über ihr Zivilrecht Auskünfte zu erteilen. Dabei ist nach Art 7 Zweck der Auskunft, das Gericht, von dem das Ersuchen ausgeht, in objektiver und unparteiischer Weise über das Recht des ersuchten Staates zu unterrichten; die Antwort hat, je nach den Umständen des Falles, in der Mitteilung des Wortlauts der einschlägigen Gesetze und Verordnungen sowie in der Mitteilung von einschlägigen Gerichtsentscheidungen zu bestehen; der Mitteilung sind, soweit dies zur gehörigen Unterrichtung des ersuchenden Gerichts für erforderlich gehalten wird, ergänzende Unterlagen wie Auszüge aus dem Schrifttum und aus den Gesetzesmaterialien anzuschließen; erforderlichenfalls können der Antwort erläuternde Bemerkungen beigelegt werden.

Für diese Auffassung spricht auch das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, BGBl 1971/417, welchem unter anderem alle Mitgliedstaaten der EU angehören (vergleiche Rassi aaO Paragraph 186, Rz 20 FN 73). Nach dessen Artikel eins, Absatz eins, sind die Vertragsstaaten verpflichtet, einander - im Wege staatlicher Verbindungsstellen (Artikel 2, Absatz eins,) - unter anderem über ihr Zivilrecht Auskünfte zu erteilen. Dabei ist nach Artikel 7, Zweck der Auskunft, das Gericht, von dem das Ersuchen ausgeht, in objektiver und unparteiischer Weise über das Recht des ersuchten Staates zu unterrichten; die Antwort hat, je nach den Umständen des Falles, in der Mitteilung des Wortlauts der einschlägigen Gesetze und Verordnungen sowie in der Mitteilung von einschlägigen Gerichtsentscheidungen zu bestehen; der Mitteilung sind, soweit dies zur gehörigen Unterrichtung des ersuchenden Gerichts für erforderlich gehalten wird, ergänzende Unterlagen wie Auszüge aus dem Schrifttum und aus den Gesetzesmaterialien anzuschließen; erforderlichenfalls können der Antwort erläuternde Bemerkungen beigelegt werden.

Da - worauf der erkennende Senat erst jüngst mehrfach hingewiesen hat (6 Ob 7/14v; 6 Ob 33/14t) - bei Vorliegen von Staatsverträgen oder internationalen Übereinkommen vorrangig diese Staatsverträge oder Übereinkommen maßgebend sind und diese auch nicht durch innerstaatliche Gesetzgebung unterlaufen werden dürfen, sprechen die engeren Formulierungen von § 186 Abs 2 AußStrG („Wortlaut gesetzlicher Bestimmungen“) und § 4 Abs 2 DG-HKÜ („Gesetzeszeugnis“) inhaltlich nicht zwingend gegen die Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung, wie sie im vorliegenden Fall das Erstgericht ausgestellt hat.

Da - worauf der erkennende Senat erst jüngst mehrfach hingewiesen hat (6 Ob 7/14v; 6 Ob 33/14t) - bei Vorliegen von Staatsverträgen oder internationalen Übereinkommen vorrangig diese Staatsverträge oder Übereinkommen maßgebend sind und diese auch nicht durch innerstaatliche Gesetzgebung unterlaufen werden dürfen, sprechen die engeren Formulierungen von Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG („Wortlaut

gesetzlicher Bestimmungen“) und Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ („Gesetzeszeugnis“) inhaltlich nicht zwingend gegen die Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung, wie sie im vorliegenden Fall das Erstgericht ausgestellt hat.

5. Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass in Österreich zwar keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ besteht, eine solche - jeweils in analoger Anwendung - aber sowohl in §§ 111a, 107 Abs 1 Z 2 Fall 2, 186 Abs 1 AußStrG als auch in § 4 Abs 2 DG-HKÜ, § 186 Abs 2 AußStrG (jeweils iVm dem Übereinkommen BGBl 1971/417) gefunden werden kann. Angesichts der spezielleren Regelung des § 4 Abs 2 DG-HKÜ, der sich ausdrücklich auf Bescheinigungen von Rechtsgrundlagen im Zusammenhang mit Verfahren nach dem HKÜ bezieht, erscheint dem erkennenden Senat jedoch die zweitgenannte Alternative näherliegend. Eine - zum gegenteiligen Ergebnis führende - Argumentation, aus § 4 Abs 2 DG-HKÜ sei e contrario (diese Bestimmung nennt lediglich Bescheinigungen nach Art 8 Abs 3 lit f HKÜ, nicht aber solche nach Art 15 HKÜ) zu schließen, dass für Widerrechtlichkeitsbescheinigungen eben keine Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz bestehe, wäre dabei nicht zwingend: Art 8 Abs 3 lit f HKÜ sieht die Zuständigkeit der Zentralen oder einer sonstigen zuständigen Behörde (also auch jene eines Gerichts) vor, weshalb im DG-HKÜ insoweit eine Klarstellung getroffen werden musste. 5. Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass in Österreich zwar keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ besteht, eine solche - jeweils in analoger Anwendung - aber sowohl in Paragraphen 111 a, 107, Absatz eins, Ziffer 2, Fall 2, 186 Absatz eins, AußStrG als auch in Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ, Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG (jeweils in Verbindung mit dem Übereinkommen BGBl 1971/417) gefunden werden kann. Angesichts der spezielleren Regelung des Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ, der sich ausdrücklich auf Bescheinigungen von Rechtsgrundlagen im Zusammenhang mit Verfahren nach dem HKÜ bezieht, erscheint dem erkennenden Senat jedoch die zweitgenannte Alternative näherliegend. Eine - zum gegenteiligen Ergebnis führende - Argumentation, aus Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ sei e contrario (diese Bestimmung nennt lediglich Bescheinigungen nach Artikel 8, Absatz 3, Litera f, HKÜ, nicht aber solche nach Artikel 15, HKÜ) zu schließen, dass für Widerrechtlichkeitsbescheinigungen eben keine Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz bestehe, wäre dabei nicht zwingend: Artikel 8, Absatz 3, Litera f, HKÜ sieht die Zuständigkeit der Zentralen oder einer sonstigen zuständigen Behörde (also auch jene eines Gerichts) vor, weshalb im DG-HKÜ insoweit eine Klarstellung getroffen werden musste.

Die österreichische Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ liegt demnach in § 4 Abs 2 DG-HKÜ, § 186 Abs 2 AußStrG (jeweils iVm dem Übereinkommen BGBl 1971/417). Die österreichische Rechtsgrundlage für eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Artikel 15, HKÜ liegt demnach in Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ, Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG (jeweils in Verbindung mit dem Übereinkommen BGBl 1971/417).

6. Nach § 4 Abs 2 DG-HKÜ sind derartige Bescheinigungen vom Bundesministerium für Justiz auszustellen; auch § 186 Abs 2 AußStrG nimmt ausdrücklich dieses Bundesministerium in die Pflicht. Dies vermag an den dargestellten Überlegungen jedoch nichts zu ändern: 6. Nach Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ sind derartige Bescheinigungen vom Bundesministerium für Justiz auszustellen; auch Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG nimmt ausdrücklich dieses Bundesministerium in die Pflicht. Dies vermag an den dargestellten Überlegungen jedoch nichts zu ändern:

6.1. Die (ausländischen) Gerichte, die über die Rückführung zu entscheiden haben, haben die Frage der Widerrechtlichkeit der Verbringung beziehungsweise des Zurückbehaltens des Kindes autonom zu beurteilen (stRsp, siehe nur 1 Ob 614/90; 1 Ob 167/08b; ebenso Nademleinsky/Neumayr, IFR [2008] Rz 09.05; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB4 Bd 1a § 162 Rz 12), eine Bindung an die Widerrechtlichkeitsbescheinigung besteht nicht (1 Ob 167/08b; Gitschthaler aaO; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 111a Rz 49 f; unklar Fucik, Kindesentführungsfälle nach HKÜ und Brüssel IIa-VO, EF-Z 2011, 37). Damit muss aber auch für eine auf § 4 Abs 2 DG-HKÜ, § 186 Abs 2 AußStrG (jeweils iVm dem Übereinkommen BGBl 1971/417) gestützte Widerrechtlichkeitsbescheinigung zwingend der zu 3.1. dargelegte Grundsatz gelten, dass nur die Rechtsgrundlagen und unstrittige Umstände der elterlichen Obsorge bescheinigt werden dürfen, andernfalls es zu einem unauflösbaren Widerspruch zwischen der Entscheidungsautonomie des ausländischen Gerichts einerseits und der österreichischen Bescheinigung andererseits käme. Enthält die Bescheinigung in diesem Sinn nun aber keine rechtsgestaltende Entscheidung über die Regelung oder Verteilung der Obsorge (vgl 4 Ob 82/10b), spricht auch nichts gegen eine Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für die Ausstellung einer - somit lediglich deklaratorischen - Widerrechtlichkeitsbescheinigung (in diesem Sinn auch Nademleinsky, EF-Z 2012, 160), was im Übrigen auch dem Befund Becks (aaO Rz 38) entspricht, wonach Bescheinigungen nach Art 15 HKÜ in der Praxis häufig

von den Zentralbehörden der beteiligten Staaten und nicht von Gerichten stammen. 6.1. Die (ausländischen) Gerichte, die über die Rückführung zu entscheiden haben, haben die Frage der Widerrechtlichkeit der Verbringung beziehungsweise des Zurückhaltens des Kindes autonom zu beurteilen (stRsp, siehe nur 1 Ob 614/90; 1 Ob 167/08b; ebenso Nademleinsky/Neumayr, IFR [2008] Rz 09.05; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB 4 Bd 1a Paragraph 162, Rz 12), eine Bindung an die Widerrechtlichkeitsbescheinigung besteht nicht (1 Ob 167/08b; Gitschthaler aaO; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 111 a, Rz 49 f; unklar Fucik, Kindesentführungsfälle nach HKÜ und Brüssel IIa-VO, EF-Z 2011, 37). Damit muss aber auch für eine auf Paragraph 4, Absatz 2, DG-HKÜ, Paragraph 186, Absatz 2, AußStrG (jeweils in Verbindung mit dem Übereinkommen BGBl 1971/417) gestützte Widerrechtlichkeitsbescheinigung zwingend der zu 3.1. dargelegte Grundsatz gelten, dass nur die Rechtsgrundlagen und unstrittige Umstände der elterlichen Obsorge bescheinigt werden dürfen, andernfalls es zu einem unauflösbaren Widerspruch zwischen der Entscheidungsautonomie des ausländischen Gerichts einerseits und der österreichischen Bescheinigung andererseits käme. Enthält die Bescheinigung in diesem Sinn nun aber keine rechtsgestaltende Entscheidung über die Regelung oder Verteilung der Obsorge (vergleiche 4 Ob 82/10b), spricht auch nichts gegen eine Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für die Ausstellung einer - somit lediglich deklaratorischen - Widerrechtlichkeitsbescheinigung (in diesem Sinn auch Nademleinsky, EF-Z 2012, 160), was im Übrigen auch dem Befund Becks (aaO Rz 38) entspricht, wonach Bescheinigungen nach Artikel 15, HKÜ in der Praxis häufig von den Zentralbehörden der beteiligten Staaten und nicht von Gerichten stammen.

6.2. Nademleinsky (EF-Z 2012, 160) meint, angesichts Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO, wonach im Falle einer endgültigen Verweigerung einer Rückführungsanordnung durch die Behörden des Verbringungsstaats erst recht wieder das Pflegschaftsgericht des Ursprungsstaats die Rückführung des Kindes anordnen könnte, wäre es im Sinn einer Verfahrensverkürzung sinnvoll, wenn das Pflegschaftsgericht „bereits im Zuge der Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung eine Aussage darüber treffen [könnte], ob die Verbringung nun widerrechtlich war oder nicht“. Diese Überlegung, die zum einen nur Entführungsfälle zwischen Mitgliedstaaten der EU betreffe und zum anderen grundsätzliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Konzeption, die zuerst ein Rückführungsverfahren nach dem HKÜ im Verbringungsstaat und dann ein Rückholungsverfahren im Ursprungsstaat vorsieht, unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung (nach Auffassung des erkennenden Senats zutreffend) nährt, wäre - wie Nademleinsky selbst erkennt - lediglich de lege ferenda umsetzbar. 6.2. Nademleinsky (EF-Z 2012, 160) meint, angesichts Artikel 11, Absatz 8, Brüssel IIa-VO, wonach im Falle einer endgültigen Verweigerung einer Rückführungsanordnung durch die Behörden des Verbringungsstaats erst recht wieder das Pflegschaftsgericht des Ursprungsstaats die Rückführung des Kindes anordnen könnte, wäre es im Sinn einer Verfahrensverkürzung sinnvoll, wenn das Pflegschaftsgericht „bereits im Zuge der Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung eine Aussage darüber treffen [könnte], ob die Verbringung nun widerrechtlich war oder nicht“. Diese Überlegung, die zum einen nur Entführungsfälle zwischen Mitgliedstaaten der EU betreffe und zum anderen grundsätzliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Konzeption, die zuerst ein Rückführungsverfahren nach dem HKÜ im Verbringungsstaat und dann ein Rückholungsverfahren im Ursprungsstaat vorsieht, unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung (nach Auffassung des erkennenden Senats zutreffend) nährt, wäre - wie Nademleinsky selbst erkennt - lediglich de lege ferenda umsetzbar.

6.3. Und schließlich ist im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsfrage noch darauf hinzuweisen, dass Art 15 HKÜ selbst primär der Zentralen Behörde, also in Österreich dem Bundesministerium für Justiz, Kompetenzen für das Erlangen einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung zuweist. 6.3. Und schließlich ist im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsfrage noch darauf hinzuweisen, dass Artikel 15, HKÜ selbst primär der Zentralen Behörde, also in Österreich dem Bundesministerium für Justiz, Kompetenzen für das Erlangen einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung zuweist.

7. Das Rekursgericht hat - wenn auch aus anderen, der Aktenlage nicht entsprechenden (vgl das E-Mail-Schreiben des Justizministeriums der Republik Lettland als dortige Zentrale Stelle im Sinn des HKÜ vom 30. 8. 2013) Gründen - den Antrag auf Ausstellung einer (gerichtlichen) Widerrechtlichkeitsbescheinigung zurückgewiesen. Da dem Erstgericht tatsächlich aber gar keine Kompetenz für deren Ausstellung zukam, ist die Entscheidung des Rekursgerichts im Ergebnis zutreffend, weshalb dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war. 7. Das Rekursgericht hat - wenn auch aus anderen, der Aktenlage nicht entsprechenden (vergleiche das E-Mail-Schreiben des Justizministeriums der Republik Lettland als dortige Zentrale Stelle im Sinn des HKÜ vom 30. 8. 2013) Gründen - den Antrag auf Ausstellung einer

(gerichtlichen) Widerrechtlichkeitsbescheinigung zurückgewiesen. Da dem Erstgericht tatsächlich aber gar keine Kompetenz für deren Ausstellung zukam, ist die Entscheidung des Rekursgerichts im Ergebnis zutreffend, weshalb dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf Art 26 Abs 4 HKÜ, der eine allfällige Kostenersatzpflicht lediglich zu Lasten des Entführers vorsieht. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf Artikel 26, Absatz 4, HKÜ, der eine allfällige Kostenersatzpflicht lediglich zu Lasten des Entführers vorsieht.

Textnummer

E107432

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:0060OB00079.14G.0515.000

Im RIS seit

22.05.2014

Zuletzt aktualisiert am

23.05.2019

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at