

# TE OGH 2004/6/21 10Ob31/04p

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.06.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon. Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj. Anna Katharina G\*\*\*\*\*, geboren am 23. September 1992, in der Obsorge der Mutter Andrea G\*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des Vaters Dipl. Ing. Franz B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Günter Tews, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wels als Rekursgericht vom 4. Februar 2004, GZ 21 R 246/03f, 21 R 247/03b, 21 R 249/03x, 21 R 28/04y, und 21 R 29/04w-179, womit die Beschlüsse des Bezirksgerichtes Bad Ischl vom 5. August 2003, GZ 1 P 32/98s-108, vom 14. August 2003, GZ 1 P 32/98s-118, und vom 20. August 2003, GZ 1 P 32/98s-122, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurden, der Beschluss vom 8. September 2003, GZ 1 P 32/98s-144, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert und der dagegen erhobene Rekurs des Vaters teilweise zurückgewiesen wurde und der Rekurs des Vaters gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Bad Ischl vom 16. September 2003, GZ 1 P 32/98s-151, zurückgewiesen wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die am 23. 9. 1992 geborene Minderjährige entstammt einer bis 1996 bestehenden Lebensgemeinschaft zwischen Andrea G\*\*\*\* und Dipl. Ing. Franz B\*\*\*\*.

Mit Beschluss des Erstgerichtes vom 24. 12. 2001 (ON 56) wurde ein Antrag des Vaters, ihm die Obsorge zu übertragen, abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Vater ein 14-tägiges Besuchsrecht eingeräumt. Am 22. 7. 2003 stellte der Vater neuerlich den Antrag, ihm die Obsorge und - bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag - die vorläufige Obsorge über das Kind zu übertragen. Dazu brachte der Vater vor, dass ihn seine Tochter am 22. 7. 2003 dringend gebeten habe, sie zu holen, da sie der Mutter davongelaufen sei. Seine Tochter habe in der Vergangenheit immer wieder ihren dringenden Wunsch geäußert, zum Vater zu übersiedeln und bei diesem dauerhaft zu wohnen. Diesem Wunsch habe sich die Mutter völlig verschlossen. Der Vater habe das Kind zu sich geholt, um zu vermeiden, dass sie allenfalls irgendwo anders hin ausreiße.

Das Erstgericht erteilte mit Beschluss vom 23. 7. 2003 (ON 89) der ihm vom Jugendamt bekanntgegebenen Maßnahme, dass das Kind unter Beteiligung eines Arztes und der Gendarmerie zur Mutter zurückgebracht werden solle, die pflegschaftsbehördliche Genehmigung. Am 24. 7. 2003 stellte der Vater den Antrag, eine neuerliche zwangsweise Abnahme des Kindes zu unterlassen. Das Kind sei am 24. 7. 2003 - nach der Rückführung am 23. 7. 2003 - wieder zu ihm gekommen und halte nachdrücklich daran fest, nun dauernd beim Vater wohnen zu wollen.

Mit Beschluss vom 25. 7. 2003 (ON 93) wurde der Antrag des Vaters auf Unterlassung der neuerlichen zwangsweisen Abnahme des Kindes zurück bzw abgewiesen, der Antrag auf vorläufige Obsorgeübertragung betreffend das Kind auf den Vater abgewiesen und dem Vater aufgetragen, das Kind binnen 24 Stunden nach Zustellung dieser Entscheidung (an den anwaltlichen Vertreter des Vaters) zur Mutter oder - nach Absprache mit dem zuständigen Sozialarbeiter - zum Jugendamt in Bad Ischl zurückzubringen, in der Obhut der Mutter zu belassen und weitere Störungen der Obsorge zu unterlassen. Für den Fall des Zuwiderhandelns wurde dem Vater eine Beugestrafe von EUR 1.000 angedroht.

Dem vom Vater dagegen erhobenen Rekurs wurde mit Beschluss des Rekursgerichtes vom 27. 8. 2003 (ON 141) keine Folge gegeben. Der Oberste Gerichtshof wies mit Beschluss vom 18. 11. 2003, 10 Ob 37/03v, einen vom Vater gegen diese Entscheidung erhobenen außerordentlichen Revisionsrekurs zurück.

Am 5. 8. 2003 erklärte die Mutter bei einer Tagsatzung vor dem Erstgericht, dass entsprechend einer am 4. 7. 2003 im Zuge einer Mediationssitzung getroffenen Vereinbarung das Kind jedes zweite Wochenende den Vater von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr besuchen könne und im Sommer drei Wochen, wobei für 2003 der Zeitraum vom 1. bis 21. 8. 2003 vereinbart worden sei. Da sich das Kind seit 22. 7. 2003 beim Vater aufhalte, wäre sie damit einverstanden, diese drei Wochen bis 12. 8. 2003 "vorzu ziehen". Damit erklärte sich der Vater nicht einverstanden und gab an, dass er das Kind weiterhin bei sich behalten wolle. Einen Widerstand gegen eine Rückführung leiste er nicht. Der Vater gab auch an, dass er seiner Tochter am 22. 7. 2003 ihr ihm telefonisch angekündigtes Kommen ausreden habe wollen. Sie habe aber geäußert, dass sie es bei der Mutter nicht mehr aushalte und sie weg wolle, weil die Mama immer "so gemein" sei. Nach der Rückführung am 23. 7. 2003 sei das Kind am nächsten Tag (zu Fuß) wieder gekommen. Seine Tochter meine auch, dass die Mutter nicht auf ihre Wünsche eingehe und es mit ihr keine Gemeinsamkeiten gebe. Der Vater habe seiner Tochter auch gesagt, dass sie bei der Mutter sein müsste. Seine Tochter habe seit vier Jahren den Wunsch, zum Vater zu kommen. Die Ausübung des Besuchsrechtes sei von der Mutter nie behindert worden. Es habe auch richtigerweise dazwischen immer Ausnahmen gegeben, sodass das Kind auch zwischendurch zum Vater habe kommen dürfen.

Mit dem nunmehr erstangefochtenen Beschluss vom 5. 8. 2003 (ON 108) trug das Erstgericht dem Vater unter anderem auf, das Kind bis 12. 8. 2003, 18.00 Uhr, zur Mutter zurückzubringen, und verhängte über den Vater wegen Nichtbefolgung des Auftrages vom 25. 7. 2003 eine Beugestrafe von EUR 1.000.

Mit dem weiters angefochtenen Beschluss vom 14. 8. 2003 (ON 118) verhängte das Erstgericht eine weitere Beugestrafe über den Vater von EUR 1.400 und ermächtigte das Jugendamt Bad Ischl, im Zusammenwirken mit der Mutter und Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Rückführung des Kindes in die Obsorge der Mutter zu bewerkstelligen. Am 14. 8. 2003 wurde das Kind neuerlich (im Wege des Einsatzes eines Jugendamtsvertreters und von Gendarmeriebeamten) der Mutter übergeben. Die Mutter musste am nächsten Tag allerdings feststellen, dass das Kind in den Morgenstunden neuerlich zum Vater entwichen war. Mit dem ebenfalls angefochtenen Beschluss vom 20. 8. 2003 (ON 122) verhängte das Erstgericht über den Vater eine weitere Beugestrafe von EUR 5.000 und ermächtigte das Jugendamt, das Kind so oft zur Mutter zurückzuführen, als es sich deren Obsorge entziehe. In der Folge wurde das Kind am 2. 9. 2003 um ca 16.00 Uhr von Gendarmeriebeamten der Mutter in deren Wohnung übergeben. Um ca 16.40 Uhr teilte der Vater bei der Gendarmerie mit, dass sich das Kind wieder bei ihm aufhalte. Es langte daraufhin ein Bericht des Jugendamtes ein, der darauf verwies, dass das Kind infolge seines eingegipsten Beines am 22. 7. 2003 den Weg zum Vater im Zeitraum von rund 40 Minuten keinesfalls hätte bewältigen können, wenn es nicht von dritten Personen unterstützt (bzw gefahren) worden wäre. Mit weiterem Beschluss vom 8. 9. 2003 (ON 144) verhängte das Erstgericht über den Vater eine weitere Beugestrafe von EUR 20.000 und trug dem Vater auf, das Kind binnen sechs Stunden nach Zustellung seiner Entscheidung der Mutter zu übergeben, es in deren Obsorge zu belassen und es bei weiteren Ausweichversuchen unverzüglich zur Mutter zurückzubringen, sowie Störungen der Obsorge zu unterlassen. Für den Fall der Nichterfüllung dieser Aufträge wurde über den Vater eine Beugehaft von 14 Tagen verhängt und angeordnet, dass diese sofort in Vollzug zu setzen wäre. Einem allfälligen Rekurs gegen diese Entscheidung wurde die hemmende Wirkung aberkannt. Nach Zustellung dieser Entscheidung (am 9. 9. 2003 an den Vater) wurde das Kind vom Vater noch am selben Tag kurz vor 21.00 Uhr zur Mutter zurückgebracht.

In der Folge beantragte die Mutter die Aussetzung des mit dem Vater vereinbarten Wochenendbesuchsrechtes betreffend das Wochenende vom

19. bis 21. 9. 2003. Mit dem vom Vater ebenfalls angefochtenen Beschluss vom 16. 9. 2003 (ON 151) setzte das Erstgericht das Besuchsrecht des Vaters für das Wochenende vom 19. bis 21. 9. 2003 vorläufig aus.

Am 10. 9. 2003, dem Tag des Schulbeginnes der Minderjährigen im Gymnasium, kam die Minderjährige um ca 10.30 Uhr neuerlich zum Vater. Dieser brachte das Kind um 11.05 Uhr zum Jugendamt, worauf es dort um 12.00 Uhr der Mutter übergeben wurde.

In der Folge wurde das Kind am 17. 9. 2003 in die Landeskinderklinik Linz aufgenommen, da sie seit Tagen das Essen verweigerte. Nach einem Bericht des Leiters der Kinder- und Jugendpsychiatrie Prim. Dr. Gerstl hat das Kind im Spital, wo es sich bis 27. 9. 2003 befand, sofort wieder zu essen begonnen und auch betont, dass es diese Methode nicht mehr einsetzen werde, wohl aber andere Maßnahmen, die es ihm ermöglichen könnten, zum Vater zu übersiedeln. Auch die Mutter befand sich in stationärer Behandlung.

Nach einem weiteren Bericht der Mutter befand sich das Kind mit ihrer Zustimmung zwischen 25. und 28. 12. 2003 beim Vater und sodann ab 31. 12. 2003. Seither habe der Vater das Kind wiederum außerhalb einer getroffenen Vereinbarung bei sich. Dazu äußerte sich der Vater, dass er das Kind am 6. 1. 2004 zu einer dritten Person zurückbrachte. Das Kind entweiche offenbar der Mutter immer mehr und nächtige auch bei anderen Personen.

Das Rekursgericht gab den Rekursen des Vaters gegen die Beschlüsse ON 108, ON 118, ON 122 und ON 144 in Ansehung der Höhe der verhängten Beugestrafen teilweise Folge und setzte diese auf EUR 500, EUR 1.000, EUR 2.000 und EUR 4.000 herab. Hinsichtlich der Punkte 3 bis 5 des Beschlusses vom 8. 9. 2003 (ON 144) wurde der Rekurs des Vaters zurückgewiesen. Im übrigen Umfang wurde den Rekursen keine Folge gegeben. Der Rekurs gegen den Beschluss vom 16. 9. 2003 (ON 151) wurde mangels Beschwer zurückgewiesen.

Nach den Ausführungen des Rekursgerichtes seien Verfügungen (§ 12 AußStrG) sofort in Vollzug zu setzen, während bei Entscheidungen (§ 19 AußStrG) die Rechtskraft abzuwarten sei. Nach herrschender Ansicht hemme ein (auch außerordentlicher Revisions-)Rekurs nach seiner Einbringung die Vollstreckbarkeit außerstreitiger Verfügungen nach Maßgabe des § 12 Abs 2 AußStrG, weshalb dem Vollzug eines Beschlusses nicht mehr stattzugeben sei und nur im Fall dringender Gefahr die zur Sicherung der Teilnehmenden notwendigen Vorkehrungen zu treffen seien. Dennoch könne hier nach Ansicht des Rekursgerichtes § 12 Abs 2 AußStrG nicht zum Tragen kommen, weil der Obsorgeberechtigte nach herrschender Ansicht grundsätzlich einen Gerichtsbeschluss benötige, um das Kind rechtmäßig zu sich zurückführen zu können, und ohne jegliche Gefährdung des Kindes bei seiner Mutter auch dem Rückholrecht (nach § 146b ABGB) zum Durchbruch verholfen werden müsse. Selbst wenn der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 7 Ob 286/02g, der ein Zu widerhandeln eines Elternteils gegen einen im Zusammenhang mit einer Besuchsrechtsregelung erteilten Auftrag betroffen habe, die Rechtsmeinung vertreten habe, dass gemäß § 19 Abs 1 AußStrG verhängte Geldstrafen gemäß § 12 Abs 2 AußStrG nach Einbringung eines Rekurses nicht mehr in Vollzug gesetzt werden dürften und demgemäß auch keine Zwangsmaßnahmen zu setzen wären, könne sich das Rekursgericht im vorliegenden Fall, in dem das Kind ungeachtet der bestehenden Obsorgeregelung und der dem Vater erteilten Rückbringungsaufträge vom 22. 7. 2003 bis 9. 9. 2003 beim Vater geblieben sei, dieser Ansicht nicht anschließen, weil damit die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes im Wege der Rekurerhebung gegen (nach § 19 Abs 1 AußStrG) anzuordnende Vollstreckungsmaßnahmen und Aufträge faktisch völlig unterbunden werden könnte, was aber im Widerstreit der grundsätzlichen Interessen an einem unmittelbaren, raschen Vollzug einerseits und an der Vermeidung unangemessener Vollzugsakte nur im Interesse des Kindeswohls in Kauf genommen werden dürfte. Vollstreckungsmaßnahmen zur Rückführung eines Kindes zum obsorgeberechtigten Elternteil müssten daher schon von den hiebei einzuhaltenden Grundsätzen ausgehend als - rasch durchzusetzende - einstweilige Maßnahmen gewertet werden, die - sofern dem das Kindeswohl nicht entgegenstehe - auch ungeachtet erhobener Rechtsmittel, jedenfalls aber nach Maßgabe des § 12 Abs 2 AußStrG im Interesse der Sicherung und Aufrechterhaltung stabiler Erziehungsverhältnisse durchzusetzen seien. Nach den Ausführungen des Rekursgerichtes seien Verfügungen (Paragraph 12, AußStrG) sofort in Vollzug zu setzen, während bei Entscheidungen (Paragraph 19, AußStrG) die Rechtskraft abzuwarten sei. Nach herrschender Ansicht hemme ein (auch außerordentlicher Revisions-)Rekurs nach seiner Einbringung die Vollstreckbarkeit außerstreitiger Verfügungen nach Maßgabe des Paragraph 12, Absatz 2, AußStrG, weshalb dem Vollzug eines Beschlusses nicht mehr stattzugeben sei und nur im Fall dringender Gefahr die zur Sicherung der Teilnehmenden notwendigen Vorkehrungen zu treffen seien. Dennoch könne hier nach Ansicht des Rekursgerichtes Paragraph 12, Absatz 2, AußStrG nicht zum Tragen kommen, weil der Obsorgeberechtigte nach herrschender Ansicht grundsätzlich einen Gerichtsbeschluss benötige, um das Kind rechtmäßig zu sich zurückführen

zu können, und ohne jegliche Gefährdung des Kindes bei seiner Mutter auch dem Rückholrecht (nach Paragraph 146 b, ABGB) zum Durchbruch verholfen werden müsse. Selbst wenn der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 7 Ob 286/02g, der ein Zu widerhandeln eines Elternteils gegen einen im Zusammenhang mit einer Besuchsrechtsregelung erteilten Auftrag betroffen habe, die Rechtsmeinung vertreten habe, dass gemäß Paragraph 19, Absatz eins, AußStrG verhängte Geldstrafen gemäß Paragraph 12, Absatz 2, AußStrG nach Einbringung eines Rekurses nicht mehr in Vollzug gesetzt werden dürften und demgemäß auch keine Zwangsmaßnahmen zu setzen wären, könne sich das Rekursgericht im vorliegenden Fall, in dem das Kind ungeachtet der bestehenden Obsorgeregelung und der dem Vater erteilten Rückbringungsaufträge vom 22. 7. 2003 bis 9. 9. 2003 beim Vater geblieben sei, dieser Ansicht nicht anschließen, weil damit die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes im Wege der Rekurerhebung gegen (nach Paragraph 19, Absatz eins, AußStrG) anzuordnende Vollstreckungsmaßnahmen und Aufträge faktisch völlig unterbunden werden könnte, was aber im Widerstreit der grundsätzlichen Interessen an einem unmittelbaren, raschen Vollzug einerseits und an der Vermeidung unangemessener Vollzugsakte nur im Interesse des Kindeswohls in Kauf genommen werden dürfte. Vollstreckungsmaßnahmen zur Rückführung eines Kindes zum obsorgeberechtigten Elternteil müssten daher schon von den hiebei einzuhaltenden Grundsätzen ausgehend als - rasch durchzusetzende - einstweilige Maßnahmen gewertet werden, die - sofern dem das Kindeswohl nicht entgegenstehe - auch ungeachtet erhobener Rechtsmittel, jedenfalls aber nach Maßgabe des Paragraph 12, Absatz 2, AußStrG im Interesse der Sicherung und Aufrechterhaltung stabiler Erziehungsverhältnisse durchzusetzen seien.

Im vorliegenden Fall sei dem Vater mit dem ihm am 29. 7. 2003 (bzw seinem Anwalt am 30. 7. 2003) zugestellten Beschluss der Auftrag erteilt worden, das Kind binnen 24 Stunden zurückzustellen. Ungeachtet der erst nachfolgend durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 18. 11. 2003 eingetretenen Rechtskraft hätten im vorliegenden Fall Beugemaßnahmen gesetzt werden müssen, da auch im Zuge der am 5. 8. 2003 erfolgten Einvernahmen keine triftigen Gründe hervorgekommen seien, die gegen eine Rückführung des Kindes zur Mutter sprechen konnten. Überdies habe der Vater auch einen damals von der Mutter faktisch hinzunehmenden dreiwöchigen Aufenthalt des Kindes bei ihm (bis 12. 8. 2003) nicht akzeptiert und sich auch trotz zweier Rückführungen (am 23. 7. und 14. 8. 2003) bis 9. 9. 2003 (als ihm eine Haftstrafe angedroht worden sei) nicht veranlasst gesehen, das Kind zurückzubringen. Die Unterlassung von Zwangsmaßnahmen wäre - ungeachtet des dringenden Wunsches des elfjährigen Kindes, beim Vater zu bleiben - darauf hinausgelaufen, die mangelnde Bereitschaft des Vaters, auch dem Willen des Kindes Grenzen zu setzen, hinzunehmen und dadurch seine Erziehung zu gefährden. Gerade die Äußerung des Vaters, dass er (ungeachtet des für den Sommer für drei Wochen vereinbarten Besuchsrechtes) das Kind auch nach dem 12. 8. 2003 bei sich behalten werde, aber gegen eine (behördliche) Rückführung keinen Widerstand leisten wolle, zeige, dass hier - objektiv betrachtet - im Interesse der Durchsetzung einer notwendigen Grenze nicht eine sich bloß auf den Willen des Kindes zurückziehende Haltung des Vaters gefordert hätte werden müssen, sondern die Unterstützung der Rückführung, zu der auch ein (formal) nicht erziehungsberechtigter Elternteil - im wohlverstandenen Interesse eines Kindes - als verpflichtet angesehen werden müsse. Mit der Zufügung seelischen Leides oder der Unzumutbarkeit der Anwendung körperlicher Gewalt, deren Notwendigkeit auch im Zuge der Übergaben vom 9. und 10. 9. 2003 in keinstter Weise hervorgekommen sei, habe dies nichts zu tun.

Nach Ansicht des Rekursgerichtes müsse beim Vater - selbst wenn man ihm zugestehe, dass er anfänglich selbst noch von einer Gleichsetzung des Kindeswillens mit dem Kindeswohl ausgegangen sei - von einem Verschulden und auch einer hartnäckigen - dem Kindeswohl zuwiderlaufenden - Widersetzungskraft gegen gerichtliche Aufträge ausgegangen werden, weil es Erwachsenen einsehbar und klar sein müsse, dass auch angesichts eines dringenden Übersiedlungswunsches eines Kindes - auch in dessen Interesse - ein entsprechend klarer Rahmen herrschen müssen und nicht einfach faktische Verhältnisse geschaffen werden dürfen und nicht ein Machtkampf abgewickelt werden dürfe, der letztlich auch die Eltern zum Spielball (um die Gunst) des Kindes mache und auch die Durchsetzung künftiger Erziehungsmaßnahmen erschwere oder überhaupt vereitle.

Es sei daher der erstangefochte Beschluss vom 5. 8. 2003 (ON 108) zu bestätigen, wobei hier allerdings noch ein geringerer Verschuldensgrad des Vaters anzunehmen sei, weshalb die Beugestrafe auf EUR 500 herabzusetzen sei. Hinsichtlich des zweitangefochtenen Beschlusses vom 14. 8. 2003 (ON 118) sei davon auszugehen, dass der Vater - entgegen dem objektiv zu verstehenden Kindeswohl - das Kind in seinem Verhalten noch bestärkt habe, sodass die Verhängung einer Beugestrafe von EUR 1.000 angemessen sei. Der Vater habe ausreichend Gelegenheit zur Äußerung

gehabt. Bezuglich des drittangefochtenen Beschluss vom 20. 8. 2003 (ON 122) sei die Beugestrafe unter Zugrundelegung der hartnäckigen Weigerung des Vaters zur Mitwirkung und des Umstandes, dass bereits zweimal Rückführungen durch die Behörde gescheitert seien, auf EUR 2.000 zu verdoppeln. Zu einer neuerlichen Einvernahme des Vaters vor Verhängung der Beugestrafe habe kein Anlass bestanden, weil der Vater seinen Standpunkt ohnehin bereits unmittelbar dem Erstgericht dargelegt habe und keine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten sei. Bezuglich des weiters angefochtenen Beschlusses vom 8. 9. 2003 (ON 144) sei eine Verdoppelung der mit Beschluss ON 122 verhängten Beugestrafe anzurufen gewesen, im Übrigen aber die Verhängung der Beugestrafe und der Auftrag zur Rückstellung des Kindes zu bestätigen gewesen. Durch die in diesem Beschluss auch ausgesprochene Androhung der Verhängung einer Beugehaft könne sich der Vater nicht mehr als beschwert erachten, weil dieses Zwangsmittel nicht vollzogen worden sei. Dem Rekurs gegen die mit Beschluss des Erstgerichtes vom 16. 9. 2003 (ON 151) verfügte vorläufige Aussetzung des Besuchsrechtes für das Wochenende vom 19. bis 21. 9. 2003 fehle die erforderliche Beschwer.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs im Umfang der zuletzt erwähnten Entscheidung über die vorläufige Aussetzung des Besuchsrechtes nicht, im Übrigen jedoch zulässig sei, weil der Rechtsfrage der Anwendung von Zwangsmitteln nach § 19 Abs 1 AußStrG ungeachtet eingebrochener Rekurse gegen gerichtliche Aufträge zur Rückführung eines Kindes in die Obsorge eines Elternteiles eine rechtserhebliche Bedeutung im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG beizumessen sei. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs im Umfang der zuletzt erwähnten Entscheidung über die vorläufige Aussetzung des Besuchsrechtes nicht, im Übrigen jedoch zulässig sei, weil der Rechtsfrage der Anwendung von Zwangsmitteln nach Paragraph 19, Absatz eins, AußStrG ungeachtet eingebrochener Rekurse gegen gerichtliche Aufträge zur Rückführung eines Kindes in die Obsorge eines Elternteiles eine rechtserhebliche Bedeutung im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG beizumessen sei.

Der Vater bekämpft diese Entscheidung des Rekursgerichtes insoweit, "als seinen Rekursen gegen die Verhängung von Beugestrafen ("dem Grunde nach") keine Folge gegeben wurde, sohin überhaupt Beugestrafen verhängt wurden" und als seinem Rekurs gegen den Beschluss vom 8. 9. 2003 (ON 144) "zu Spruchteil 4 zweiter Punkt keine Folge gegeben wurde und dieser zu Punkte 3 bis 5 zurückgewiesen wurde."

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs des Vaters behandelt keine im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG erhebliche Rechtsfrage und ist daher unzulässig. Es ist dem Rechtsmittelwerber zunächst darin zu folgen, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes die Rechtsmittelbeschränkungen des § 14 Abs 3 AußStrG nach der Wertgrenze dann keine Anwendung finden, wenn Geldbußen bekämpft werden, die als angemessene Zwangsmittel im Sinn des § 19 AußStrG verhängt werden. Beschwerdegegenstand ist in diesem Fall nicht die Strafe als Geldwert, sondern die Bestrafung als solche (7 Ob 186/02g mwN ua; RIS-Justiz RS0008617). Die hier maßgebliche Vorschrift des § 14 Abs 1 AußStrG bindet die Zulässigkeit des Revisionsrekurses aber an die Voraussetzung, dass die Entscheidung (über das Rechtsmittel) von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechtes abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Die Anfechtung einer rekursgerichtlichen Entscheidung ist daher nur möglich, wenn das Rechtsmittel die unrichtige Lösung einer in diesem Sinn erheblichen Rechtsfrage geltend macht. Der Revisionsrekurs des Vaters behandelt keine im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG erhebliche Rechtsfrage und ist daher unzulässig. Es ist dem Rechtsmittelwerber zunächst darin zu folgen, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes die Rechtsmittelbeschränkungen des Paragraph 14, Absatz 3, AußStrG nach der Wertgrenze dann keine Anwendung finden, wenn Geldbußen bekämpft werden, die als angemessene Zwangsmittel im Sinn des Paragraph 19, AußStrG verhängt werden. Beschwerdegegenstand ist in diesem Fall nicht die Strafe als Geldwert, sondern die Bestrafung als solche (7 Ob 186/02g mwN ua; RIS-Justiz RS0008617). Die hier maßgebliche Vorschrift des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG bindet die Zulässigkeit des Revisionsrekurses aber an die Voraussetzung, dass die Entscheidung (über das Rechtsmittel) von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechtes abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Die Anfechtung einer rekursgerichtlichen Entscheidung ist daher nur möglich, wenn das Rechtsmittel die unrichtige Lösung einer in diesem Sinn erheblichen Rechtsfrage geltend macht.

Im konkreten Fall begründet der Rechtsmittelwerber die Zulässigkeit seines Rechtsmittels damit, dass eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob der zweite Elternteil überhaupt verhalten werden könne, das Kind dem obsorgeberechtigten Elternteil zurückzubringen oder ob es nicht alleinige Sache des obsorgeberechtigten Elternteiles sei, das Kind zurückzuholen, fehle. Ebenso fehle eine Rechtsprechung zur Frage, ob ein Elternteil - nach Auffassung des Rechtsmittelwerbers gegen § 146 ABGB (Gewaltverbot) - auch mittels Beugestrafe gezwungen werden könne, gegen das Kind körperlichen Zwang anzuwenden. Dazu sei hervorzuheben, dass der Vater niemals Widerstand gegen eine Abholung des Kindes geleistet habe, sondern sich lediglich geweigert habe, seinerseits das Kind (unter Anwendung körperlicher Gewalt) zurückzubringen. Die diesbezüglichen Rechtsmittelausführungen können jedoch eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung durch den Obersten Gerichtshof nicht begründen. Im konkreten Fall begründet der Rechtsmittelwerber die Zulässigkeit seines Rechtsmittels damit, dass eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob der zweite Elternteil überhaupt verhalten werden könne, das Kind dem obsorgeberechtigten Elternteil zurückzubringen oder ob es nicht alleinige Sache des obsorgeberechtigten Elternteiles sei, das Kind zurückzuholen, fehle. Ebenso fehle eine Rechtsprechung zur Frage, ob ein Elternteil - nach Auffassung des Rechtsmittelwerbers gegen Paragraph 146, ABGB (Gewaltverbot) - auch mittels Beugestrafe gezwungen werden könne, gegen das Kind körperlichen Zwang anzuwenden. Dazu sei hervorzuheben, dass der Vater niemals Widerstand gegen eine Abholung des Kindes geleistet habe, sondern sich lediglich geweigert habe, seinerseits das Kind (unter Anwendung körperlicher Gewalt) zurückzubringen. Die diesbezüglichen Rechtsmittelausführungen können jedoch eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung durch den Obersten Gerichtshof nicht begründen.

Soweit die Pflege und Erziehung es erfordern, hat der hiezu berechtigte Elternteil nach § 146b ABGB auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Hält sich das Kind woanders auf, so haben die Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht auf Ersuchen eines berechtigten Elternteils bei der Ermittlung des Aufenthalts, notfalls auch bei der Zurückholung des Kindes mitzuwirken. Derjenige Elternteil, dem Pflege und Erziehung zustehen, hat somit auch gegen den anderen, nicht berechtigten Elternteil, ein Zurückholungsrecht, wenn sich das Kind entgegen seiner Aufenthaltsbestimmung woanders befindet. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht darf aber nicht gegen das Wohl des Kindes ausgeübt werden. Im Fall der Verweigerung der Herausgabe des Kindes benötigt der Berechtigte einen Gerichtsbeschluss, um das Kind rechtmäßig zu sich zurückführen zu können. Selbsthilfe ist nur zulässig, wenn die richterliche Hilfe zu spät käme, etwa bei unmittelbar bevorstehender Verbringung des Kindes ins Ausland (Schwimann in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 146b Rz 5f mwN; Stabentheiner in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 146b Rz 1f mwN; SZ 51/11 ua). Im Gerichtsbeschluss ist in der Regel anzuordnen, dass das Kind einer bestimmten Person (zur Pflege und Erziehung) zu übergeben sei (vgl Edlbacher, Die Abnahme eines Kindes mit Zwang, ÖA 1978, 125f [126]). Die vom Erstgericht ganz offenbar im Sinne einer möglichst klaglosen Abwicklung der Übergabe des Kindes an die erziehungsberechtigte Mutter im konkreten Fall getroffene Anordnung, dass das Kind vom Vater zur Mutter zurückzubringen sei und die Übergabe des Kindes somit am Wohnort der Mutter zu erfolgen habe, ist eine Frage des Einzelfalles und stellt wegen dieser Einzelfallbezogenheit mangels Vorliegens einer gravierenden Fehlbeurteilung, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte, keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG dar (vgl auch ÖA 2003, 282). Auch der Rechtsmittelwerber vermag keine Gründe dafür zu nennen, warum ihm ein Zurückbringen des Kindes zu seiner Mutter unzumutbar gewesen wäre. Die Eltern des Kindes haben ihren Wohnsitz in derselben oberösterreichischen (Klein-)Stadt, sodass dem Vater durch die konkrete Anordnung des Erstgerichtes auch keine nennenswerten Kosten entstanden sind. Es muss daher in diesem Zusammenhang nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob nicht auch allfällige Kosten einer Rückholung des Kindes durch die Mutter letztlich ebenfalls vom Vater zu tragen gewesen wären (vgl SZ 70/163). Soweit die Pflege und Erziehung es erfordern, hat der hiezu berechtigte Elternteil nach Paragraph 146 b, ABGB auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Hält sich das Kind woanders auf, so haben die Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht auf Ersuchen eines berechtigten Elternteils bei der Ermittlung des Aufenthalts, notfalls auch bei der Zurückholung des Kindes mitzuwirken. Derjenige Elternteil, dem Pflege und Erziehung zustehen, hat somit auch gegen den anderen, nicht berechtigten Elternteil, ein Zurückholungsrecht, wenn sich das Kind entgegen seiner Aufenthaltsbestimmung woanders befindet. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht darf aber nicht gegen das Wohl des Kindes ausgeübt werden. Im Fall der Verweigerung der Herausgabe des Kindes benötigt der Berechtigte einen Gerichtsbeschluss, um das Kind rechtmäßig zu sich zurückführen zu können. Selbsthilfe ist nur zulässig, wenn die richterliche Hilfe zu spät käme, etwa bei unmittelbar bevorstehender Verbringung des Kindes ins Ausland (Schwimann in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> Paragraph 146 b, Rz 5f mwN;

Stabentheiner in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 146 b, Rz 1f mwN; SZ 51/11 ua). Im Gerichtsbeschluss ist in der Regel anzuhören, dass das Kind einer bestimmten Person (zur Pflege und Erziehung) zu übergeben sei vergleiche Edlbacher, Die Abnahme eines Kindes mit Zwang, ÖA 1978, 125f [126]). Die vom Erstgericht ganz offenbar im Sinne einer möglichst klaglosen Abwicklung der Übergabe des Kindes an die erziehungsberechtigte Mutter im konkreten Fall getroffene Anordnung, dass das Kind vom Vater zur Mutter zurückzubringen sei und die Übergabe des Kindes somit am Wohnort der Mutter zu erfolgen habe, ist eine Frage des Einzelfalles und stellt wegen dieser Einzelfallbezogenheit mangels Vorliegens einer gravierenden Fehlbeurteilung, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte, keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG dar vergleiche auch ÖA 2003, 282). Auch der Rechtsmittelwerber vermag keine Gründe dafür zu nennen, warum ihm ein Zurückbringen des Kindes zu seiner Mutter unzumutbar gewesen wäre. Die Eltern des Kindes haben ihren Wohnsitz in derselben oberösterreichischen (Klein-)Stadt, sodass dem Vater durch die konkrete Anordnung des Erstgerichtes auch keine nennenswerten Kosten entstanden sind. Es muss daher in diesem Zusammenhang nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob nicht auch allfällige Kosten einer Rückholung des Kindes durch die Mutter letztlich ebenfalls vom Vater zu tragen gewesen wären vergleiche SZ 70/163).

War aber der Vater nach der zitierten Bestimmung des§ 146b ABGB, was im Übrigen von ihm gar nicht in Abrede gestellt wird, zur Herausgabe des Kindes an die Mutter verpflichtet, so war er nach zutreffender Ansicht des Rekursgerichtes, um eine klaglose Übergabe des Kindes zu gewährleisten, auch verpflichtet, das Kind selbst gegen dessen Sträuben zum Mitgehen zum obsorgeberechtigten Elternteil zu veranlassen und in diesem Sinne auch aktiv auf das Kind einzuwirken. Ein rein passives Verhalten des Vaters ist in diesem Fall nicht ausreichend. Nach den maßgebenden Feststellungen des Erstgerichtes - das Erstgericht verwies dazu in seinem Beschluss ON 108 auch auf die bereits im Beschluss ON 93 getroffenen Feststellungen - hat der Vater das Kind am 22. 7. 2003 abgeholt und zu sich gebracht. Am nächsten Tag wurde unter Beteiligung eines Sozialarbeiters, des Gemeindepflegers sowie von zwei Gendarmeriebeamten eine Rückführung des Kindes zur Mutter durchgeführt. Dabei forderte der Vater seine Tochter zwar auf, mit dem Sozialarbeiter bzw den Gendarmeriebeamten mitzugehen, signalisierte jedoch durch seine Körpersprache für seine Tochter erkennbar, dass er dies nicht tatsächlich wollte. Bei ernstlichem Bemühen hätte er seine Tochter davon überzeugen können, dass es im Interesse aller gelegen sei und es auch ihrem eigenen Wohl entspreche, wenn sie mitgehe. Ausgehend von diesen Feststellungen kann die Beurteilung der Vorinstanzen, der Vater hätte damals und auch in der Folge - auch ohne Anwendung körperlicher Gewalt - die Möglichkeit gehabt, auf seine Tochter dahingehend einzuwirken, dass sie zur obsorgeberechtigten Mutter zurückkehrt, nicht beanstandet werden. Die in der Zulassungsbeschwerde relevierte Rechtsfrage, ob ein Elternteil entgegen dem Gewaltverbot des § 146 (gemeint offenbar: § 146a) ABGB auch mittels Beugestrafe gezwungen werden könne, gegen das Kind körperlichen Zwang anzuwenden, stellt sich daher im vorliegenden Fall nicht. War aber der Vater nach der zitierten Bestimmung des Paragraph 146 b, ABGB, was im Übrigen von ihm gar nicht in Abrede gestellt wird, zur Herausgabe des Kindes an die Mutter verpflichtet, so war er nach zutreffender Ansicht des Rekursgerichtes, um eine klaglose Übergabe des Kindes zu gewährleisten, auch verpflichtet, das Kind selbst gegen dessen Sträuben zum Mitgehen zum obsorgeberechtigten Elternteil zu veranlassen und in diesem Sinne auch aktiv auf das Kind einzuwirken. Ein rein passives Verhalten des Vaters ist in diesem Fall nicht ausreichend. Nach den maßgebenden Feststellungen des Erstgerichtes - das Erstgericht verwies dazu in seinem Beschluss ON 108 auch auf die bereits im Beschluss ON 93 getroffenen Feststellungen - hat der Vater das Kind am 22. 7. 2003 abgeholt und zu sich gebracht. Am nächsten Tag wurde unter Beteiligung eines Sozialarbeiters, des Gemeindepflegers sowie von zwei Gendarmeriebeamten eine Rückführung des Kindes zur Mutter durchgeführt. Dabei forderte der Vater seine Tochter zwar auf, mit dem Sozialarbeiter bzw den Gendarmeriebeamten mitzugehen, signalisierte jedoch durch seine Körpersprache für seine Tochter erkennbar, dass er dies nicht tatsächlich wollte. Bei ernstlichem Bemühen hätte er seine Tochter davon überzeugen können, dass es im Interesse aller gelegen sei und es auch ihrem eigenen Wohl entspreche, wenn sie mitgehe. Ausgehend von diesen Feststellungen kann die Beurteilung der Vorinstanzen, der Vater hätte damals und auch in der Folge - auch ohne Anwendung körperlicher Gewalt - die Möglichkeit gehabt, auf seine Tochter dahingehend einzuwirken, dass sie zur obsorgeberechtigten Mutter zurückkehrt, nicht beanstandet werden. Die in der Zulassungsbeschwerde relevierte Rechtsfrage, ob ein Elternteil entgegen dem Gewaltverbot des Paragraph 146, (gemeint offenbar: Paragraph 146 a,) ABGB auch mittels Beugestrafe gezwungen werden könne, gegen das Kind körperlichen Zwang anzuwenden, stellt sich daher im vorliegenden Fall nicht.

Da auch in den übrigen Rechtsmittelausführungen keine im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG erhebliche Rechtsfrage

(zumindest) angesprochen wird, ist der Revisionsrekurs trotz der Zulässigerklärung durch die zweite Instanz zurückzuweisen (EvBl 1999/131 mwN ua; RIS-Justiz RS0102059). Zufolge Unzulässigkeit des Revisionsrekurses mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage ist dem Obersten Gerichtshof ein Eingehen auf die vom Rekursgericht als erheblich erachtete - in den Rechtsmittelausführungen aber nicht relevierte - Rechtsfrage der Anwendung von Zwangsmitteln nach § 19 Abs 1 AußStrG vor rechtskräftiger Entscheidung über die gerichtlichen Aufträge zur Rückführung eines Kindes in die Obsorge eines Elternteils verwehrt (vgl 1 Ob 610/95 ua). Da auch in den übrigen Rechtsmittelausführungen keine im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG erhebliche Rechtsfrage (zumindest) angesprochen wird, ist der Revisionsrekurs trotz der Zulässigerklärung durch die zweite Instanz zurückzuweisen (EvBl 1999/131 mwN ua; RIS-Justiz RS0102059). Zufolge Unzulässigkeit des Revisionsrekurses mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage ist dem Obersten Gerichtshof ein Eingehen auf die vom Rekursgericht als erheblich erachtete - in den Rechtsmittelausführungen aber nicht relevierte - Rechtsfrage der Anwendung von Zwangsmitteln nach Paragraph 19, Absatz eins, AußStrG vor rechtskräftiger Entscheidung über die gerichtlichen Aufträge zur Rückführung eines Kindes in die Obsorge eines Elternteils vergleiche 1 Ob 610/95 ua).

Der Revisionsrekurs ist demnach zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E73994 10Ob31.04p

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:0100OB00031.04P.0621.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20040621\_OGH0002\_0100OB00031\_04P0000\_000

**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](http://www.jusline.at)