

# TE OGH 2009/2/24 10Ob99/08v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.02.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj Julian T\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, geboren am 23. März 2007, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Mutter Mag. Tina Elisabeth T\*\*\*\*\*, vertreten durch Hornek Hubacek Lichtenstrasser Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 18. August 2008, GZ 43 R 496/08x-S84, womit infolge Rekurses der Mutter der Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 30. Mai 2008, GZ 88 P 2/08d-S59, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden mit der Maßgabe bestätigt, dass der Antrag der Mutter, dem Vater die Übergabe des Minderjährigen an sie aufzutragen (Punkt 3. des Beschlusses des Erstgerichts), zurückgewiesen wird.

Der Antrag der Eltern auf Zuspruch von Kosten des Rechtsmittelverfahrens wird abgewiesen.

## Text

Begründung:

Der am 23. 3. 2007 in Salzburg geborene Minderjährige ist das uneheliche Kind der Mag. Tina T\*\*\*\*\* und des Peter E\*\*\*\*\*. Der Minderjährige und seine aus Minnesota stammende Mutter sind Staatsbürger der Vereinigten Staaten von Amerika, während der Vater Österreicher ist. Der Minderjährige sowie seine Eltern haben ihren ständigen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Die Mutter übergab am 4. 1. 2008 den Minderjährigen dem Vater. Seither hält sich der Minderjährige bei seinem Vater in Salzburg auf. Beide Elternteile streben die alleinige Obsorge für den Minderjährigen an. Eine Entscheidung über diese Anträge ist noch offen.

Mit dem in Rechtskraft erwachsenen Beschluss des Erstgerichts vom 7. 2. 2008, ON S 22, wurde der Antrag der Mutter, dem Vater die Übergabe des Minderjährigen an sie aufzutragen, abgewiesen. Das Erstgericht führte in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen aus, dass die von der Mutter beantragte Maßnahme eine Schutzmaßnahme im Sinne des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA) sei. Nach Art 13 Abs 1 MSA sei dieses Abkommen auf alle Minderjährigen anwendbar, die - wie der Minderjährige Julian - ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben und sowohl nach österreichischem Recht als auch nach ihrem Heimatrecht (hier: dem Recht der Vereinigten Staaten von Amerika) Minderjährige seien. Nach Art 1 MSA seien grundsätzlich die Behörden des Staats, in dem der Minderjährige

seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe, dafür zuständig, Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Sie hätten nach Art 2 Abs 1 MSA das Recht des Aufenthaltsorts anzuwenden, dabei aber ein Gewaltverhältnis, das nach dem Heimatrecht des Minderjährigen kraft Gesetzes bestehe, anzuerkennen (Art 3 MSA).

Der Minderjährige sei Staatsbürger der Vereinigten Staaten von Amerika. Nach dem Recht „dieses Staats“ seien bei unehelichen Kindern Mutter und Vater grundsätzlich gleich berechtigt. Die gemeinsame Obsorge der Eltern sei somit ein gesetzliches Gewaltverhältnis im Sinn des Art 3 MSA, sodass davon auszugehen sei, dass die Obsorge für den Minderjährigen beiden Eltern gemeinsam zukomme. Damit habe aber die Mutter derzeit nicht das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 146b ABGB. Da derzeit auch das Wohl des Minderjährigen beim Vater nicht gefährdet erscheine, müsse der auf § 146b ABGB gestützte Antrag der Mutter auf Übergabe des Minderjährigen abgewiesen werden, ohne dass damit der Entscheidung über den Obsorgeantrag des Vaters bzw die künftige Obsorgegestaltung vorgegriffen werde. Mit dem pflegschaftsbehördlich genehmigten Vergleich vom 5. 3. 2008 (ON S 36) wurde das vorläufige Besuchsrecht der Mutter zum Minderjährigen in der Weise geregelt, dass sie ihr Kind jeden Samstag von 10:00 bis 18:00 Uhr und jeden Sonntag von 9:00 bis 14:30 Uhr zu sich nehmen kann.

In der Folge beantragte die Mutter unter anderem unter Hinweis auf einen angeblichen Vorfall mit dem Vater am 30. 3. 2008 die Übergabe des Minderjährigen an sie wegen erheblicher Gefährdung des Kindeswohls.

Mit Beschluss vom 30. 5. 2008 (ON S 59) wies das Erstgericht den Antrag des Vaters auf Aussetzung des mit Vergleich vom 5. 3. 2008 geregelten vorläufigen Besuchsrechts der Mutter ab (Punkt 1.), ersuchte und beauftragte die Rainbows Landesstelle Salzburg, die Eltern künftig als Besuchsbegleiter bei der jeweiligen Übergabe des Minderjährigen im Zusammenhang mit der Besuchsrechtsausübung der Mutter zu unterstützen (Punkt 2.), wies den neuerlichen Antrag der Mutter, dem Vater die Übergabe des Minderjährigen an sie aufzutragen, ab (Punkt 3.) und sprach aus, dass die Entscheidung über die widerstreitenden Obsorgeanträge der Eltern vorbehalten bleibt (Punkt 4.). In rechtlicher Hinsicht verwies das Erstgericht zu Punkt 3. seines Beschlusses auf die Begründung seines rechtskräftigen Beschlusses vom 7. 2. 2008 (ON S 22) und führte ergänzend dazu aus, dass der näher festgestellte Vorfall vom 30. 3. 2008 keinen hinreichenden Grund darstelle, die Anordnung der Übergabe des Minderjährigen in die Pflege und Erziehung der Mutter vor der endgültigen Obsorgeentscheidung zu rechtfertigen, da der Minderjährige im Familienverband des Vaters gut betreut und versorgt sei.

Dem von der Mutter allein gegen Punkt 3. des erwähnten Beschlusses des Erstgerichts erhobenen Rekurs gab das Rekursgericht keine Folge. Es verwies in seiner Entscheidung zunächst darauf, dass der in Österreich lebende Minderjährige Staatsbürger der Vereinigten Staaten von Amerika sei. Bei der von der Mutter beantragten Maßnahme handle es sich um eine Schutzmaßnahme nach dem Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (MSA). Österreich sei Vertragsstaat dieses Übereinkommens, das nach seinem Art 13 Anwendung auf alle Minderjährigen mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Vertragsstaat, also auch auf Minderjährige, die selbst nicht Staatsbürger eines Vertragsstaats seien, finde. Gemäß Art 3 MSA sei ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staats, dem der Minderjährige angehöre, kraft Gesetzes bestehe, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Gesetzliche Gewaltverhältnisse, wie etwa kraft Gesetzes bestehende Obsorgeverhältnisse, richteten sich gemäß Art 3 MSA nach den Sachnormen des Heimatrechts des Kindes. Nach der vom Erstgericht bisher erhobenen in den Vereinigten Staaten von Amerika bestehenden Rechtslage (Bundesrecht) stehe beiden Elternteilen die Obsorge für ihr uneheliches Kind zu. Soweit die Rekurswerberin demgegenüber die Ansicht vertrete, es sei vorrangig das Recht des Bundesstaats Minnesota anzuwenden, wonach sie das alleinige Sorgerecht für den Minderjährigen habe, sei darauf hinzuweisen, dass sie nicht nachvollziehbar begründe, warum gerade das Recht des genannten Bundesstaats maßgebend sein solle, und es sei dieses Recht derzeit auch nicht ausreichend belegt. Das Begehren der Rekurswerberin ziele inhaltlich auf eine Provisorialentscheidung ab, wofür die Frage des jeweils maßgebenden Rechts nur cursorisch geprüft werden könne. Das Erstgericht habe das anzuwendende fremde Heimatrecht des Minderjährigen ausreichend erhoben. Es sei daher nach den bisherigen Verfahrensergebnissen davon auszugehen, dass beiden Elternteilen die Obsorge für ihr Kind zustehe. Für Schutzmaßnahmen seien nach Art 1 MSA primär die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts des Minderjährigen zuständig, die dabei gemäß Art 2 MSA ihr eigenes Sachrecht anzuwenden hätten. Es sei daher nach österreichischem Recht zu entscheiden. Da sich der Minderjährige nach der gegebenen Sachlage seit Jänner dieses Jahres in der ordnungsgemäßen Betreuung seines Vater befinde und dort keinerlei Gefährdung ausgesetzt sei, bestehe gemäß § 176 ABGB keine Grundlage dafür, vor Beendigung des anhängigen Obsorgezuteilungsverfahrens die von der Mutter beantragte Schutzmaßnahme zu treffen.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil keine Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinn des § 62 Abs 1 AußStrG zu beurteilen seien. Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Mutter wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass dem Vater aufgetragen werde, den Minderjährigen unverzüglich an die Mutter herauszugeben, in eventu der Mutter die einstweilige Obsorge für den Minderjährigen übertragen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Der Vater beantragt in seiner Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen bzw ihm keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil das Rekursgericht bei seiner Entscheidung die Auswirkungen der rechtskräftigen Vorentscheidung des Erstgerichts vom 7. 2. 2008 (ON S 22) nicht ausreichend berücksichtigt hat. Das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt. Die Revisionsrekurswerberin macht im Wesentlichen geltend, nach dem Recht der Vereinigten Staaten von Amerika unterstehe das Ehe- und Kindschaftsrecht nicht dem Federal Law (Bundesrecht), sondern dem State Law, also dem Recht der einzelnen Bundesstaaten. Sie und ihr Sohn seien Staatsbürger des Bundesstaats Minnesota, weshalb das Recht dieses Bundesstaats anzuwenden sei. Danach habe die biologische Mutter eines Kindes, die zur Zeit der Geburt und der Zeugung des Kindes nicht mit dem Kindesvater verheiratet gewesen sei, das alleinige Sorgerecht für das Kind, bis die Vaterschaft oder das Sorgerecht in einem gesonderten Verfahren nach den jeweiligen Bestimmungen dieses Bundesstaats festgestellt worden sei. Da diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien, habe sie das alleinige Obsorgerecht für den Minderjährigen. Das Recht des Obsorgeberechtigten, entwichene Kinder zurückzufordern, bestehe nach § 146b ABGB unabhängig davon, ob das Kind an dem vom Obsorgeberechtigten nicht genehmigten Aufenthaltsort in seinem sittlichen und geistigen Wohl gefährdet sei. Es handle sich beim Verfahren auf Bestimmung und Durchsetzung des Aufenthaltsorts um kein Provisorialverfahren, wenngleich auch hier eine rasche Entscheidung wünschenswert sei. Die Partei treffe aber auch im Provisorialverfahren keine Behauptungs- und Bescheinigungspflicht zum Inhalt der ausländischen Rechtsnormen, sondern es hätten die Vorinstanzen von Amts wegen Ermittlungen anstellen müssen, welches ausländische Recht zur Anwendung gelange. Aber selbst wenn man davon ausgehe, dass ihr Antrag auf Übergabe des Minderjährigen auf eine Provisorialentscheidung abziele, hätte das Erstgericht, wenn der für die Ermittlung des ausländischen Rechts erforderliche Zeitaufwand den zu sichernden Anspruch vereitelt hätte, gemäß § 4 Abs 2 IPRG österreichisches Recht anzuwenden gehabt, welches ebenfalls von einer alleinigen Obsorge der Mutter bei einem unehelichen Kind ausgehe (vgl § 166 ABGB). Die Revisionsrekurswerberin habe bereits in ihrem Rekurs die maßgeblichen Bestimmungen der Minnesota Statuts in beglaubigter Übersetzung vorgelegt. Das Rekursgericht hätte daher das fremde Recht selbst ermitteln oder die Rechtssache an das Erstgericht zur Ermittlung zurückverweisen müssen. Schließlich habe das Erstgericht den Vorfall vom 30. 3. 2008 nicht hinreichend überprüft. Es hätte nach allfälliger weiterer Beweisaufnahme feststellen müssen, dass sie der Kindesvater beschimpft, ihr zwei Schläge ins Gesicht versetzt, ihr Eigentum entwendet und dabei den Minderjährigen unbeaufsichtigt im Kinderwagen auf der Straße abgestellt habe, weshalb eine Gefährdung des Kindeswohls gegeben sei.

Der erkennende Senat hat dazu Folgendes erwogen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung auch im außerstreitigen Verfahren ergangene Entscheidungen der materiellen und formellen Rechtskraft fähig sind und die Betroffenen und das Gericht binden (vgl nunmehr § 43 Abs 1 AußStrG; RIS-Justiz RS0007171). Auch im außerstreitigen Verfahren ist die materielle Rechtskraft einer Entscheidung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten (RIS-Justiz RS0007477). Nur gegenüber nachträglichen Tatbestandsänderungen hält die materielle Rechtskraft nicht stand. Im außerstreitigen Verfahren ergangene Entscheidungen können daher nur bei einer Änderung der Verhältnisse abgeändert werden (RIS-Justiz RS0007148). Es kommt daher grundsätzlich auch abweisenden Beschlüssen im Außerstreitverfahren die gleiche Rechtskraftwirkung wie einem nach den Vorschriften der ZPO ergangenen Urteil oder Beschluss (§ 411 ZPO) zu, wobei die materielle Rechtskraft lediglich nachträglichen Änderungen des rechtserzeugenden Sachverhalts nicht standhält. Das Ausmaß der Bindungswirkung wird zwar durch den Spruch bestimmt, doch genießt die abweisende Entscheidung des Außerstreitrichters Rechtskraft auch nach Maßgabe ihres Inhalts. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer nachträglichen Änderung des rechtserzeugenden Sachverhalts ist darauf abzustellen, ob sich die Verhältnisse wesentlich und nicht bloß unbedeutend geändert haben (2 Ob 85/00i mwN ua). Diese Änderung muss daher den für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt betreffen (7 Ob 176/73 = JBl 1974, 268). Diese Rechtskraftwirkung hat

allerdings bei bloß vorläufigen Maßnahmen nach § 176 ABGB eine nur eingeschränkte Bedeutung, da das Gericht bei geänderten Verhältnissen ohne Rücksicht auf seine früheren Anordnungen die im Interesse des Minderjährigen notwendigen neuen Anordnungen zu treffen hat. Die Entscheidungen des Pflegschaftsgerichts haben also auch in diesem Bereich nur soweit Rechtskraftwirkung, als keine Änderung der Verhältnisse eintritt (vgl SZ 44/180 ua; RIS-Justiz RS0007145). Soweit die Revisionsrekurswerberin nunmehr geltend macht, es sei im vorliegenden Fall als Heimatrecht des Minderjährigen nicht das Federal Law (Bundesrecht) der Vereinigten Staaten von Amerika, sondern das Recht des Bundesstaats Minnesota anzuwenden, demzufolge sie das alleinige Obsorgerecht für den Minderjährigen habe, und sie daher gemäß § 146b ABGB auch das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffend den Minderjährigen habe, ist ihr daher entgegenzuhalten, dass dieser Argumentation die rechtskräftige Entscheidung des Erstgerichts vom 7. 2. 2008 (ON S 22) entgegensteht. Die Rechtskraftwirkung dieser Entscheidung umfasst nicht nur die Verneinung des von der Mutter geltend gemachten Anspruchs auf Übergabe des Minderjährigen an sie, sondern auch den vom Gericht zur Abweisung dieses Begehrens herangezogenen Grund. In dieser Entscheidung hat das Erstgericht ein alleiniges Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter nach § 146b ABGB rechtskräftig mit der Begründung verneint, dass den Eltern nach dem anzuwendenden Heimatrecht des Minderjährigen eine gemeinsame Obsorge für den Minderjährigen zustehe. Soweit die Revisionsrekurswerberin nunmehr inhaltlich die Unrichtigkeit dieser Rechtsansicht des Erstgerichts geltend macht, steht die Rechtskraft der Vorentscheidung des Erstgerichts einer neuerlichen Entscheidung entgegen (vgl 2 Ob 527/88 ua). Die inhaltliche Richtigkeit der rechtlichen Beurteilung der - rechtskräftigen - Vorentscheidung ist daher im vorliegenden Fall nicht mehr zu überprüfen (vgl 5 Ob 240/07s).

Soweit die Revisionsrekurswerberin ausgehend davon, dass beiden Eltern die Obsorge für ihr uneheliches Kind zustehe, auch die Ansicht vertritt, die von ihr begehrte Übergabe des Minderjährigen an sie sei auch wegen Gefährdung des Kindeswohls gerechtfertigt, ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 176 ABGB bei Gefährdung des Kindes vorläufige Maßnahmen getroffen werden können. Voraussetzung dafür ist aber eine derart akute Gefährdung, dass ein sofortiges Eingreifen erforderlich ist (2 Ob 291/00h mwN). Die Vorinstanzen haben eine derartig akute Gefährdung des Kindeswohls, die eine vorläufige dringende Maßnahme rechtfertigen würde, nicht angenommen. Soweit die Revisionsrekurswerberin in diesem Zusammenhang die Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen bekämpft, ist ihr entgegenzuhalten, dass auch im außerstreitigen Verfahren die Beweiswürdigung der Vorinstanzen vom Obersten Gerichtshof, der selbst keine Tatsacheninstanz ist, nicht überprüft werden kann. Da der Minderjährige im Familienverband des Vaters nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen weiterhin gut gepflegt und erzogen wird und auch sonstige akut das Kindeswohl gefährdende Umstände, die eine dringend notwendige vorläufige Maßnahme erforderlich machen, nicht festgestellt wurden, ist auch insoweit keine Änderung des maßgebenden Sachverhalts gegenüber der rechtskräftigen Vorentscheidung des Erstgerichts vom 7. 2. 2008 (ON S 22) eingetreten.

Da somit einer neuerlichen Entscheidung über den Antrag der Mutter auf Übergabe des Minderjährigen an sie die Rechtskraft der seinerzeitigen Entscheidung entgegensteht, waren die Entscheidungen der Vorinstanzen mit der Maßgabe zu bestätigen, dass der neuerliche Antrag der Mutter zurückgewiesen wird.

Im Verfahren über die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr findet gemäß § 107 Abs 3 AußStrG ein Kostenersatz nicht statt. Das Kostenersatzbegehren der Eltern für ihre Rechtsmittelschriften war daher abzuweisen.

Schadenersatzansprüche sind unter den Voraussetzungen des § 1295 Abs 2 ABGB denkbar, aber jedenfalls nur mit eigener Klage in einem Zivilprozess durchsetzbar, nicht im Rahmen des Pflegschaftsverfahrens (vgl Fucik/Kloiber, AußStrG § 107 Rz 5).

#### **Anmerkung**

E9002010Ob99.08v

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in FamZ 2009/190 S 285 - iFamZ 2009,285XPUBL

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

ECLI:AT:OGH0002:2009:0100OB00099.08V.0224.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

01.10.2009

**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)