

# TE OGH 2010/2/11 5Ob260/09k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.02.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Hurch und Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Höllwerth und Dr. Roch als weitere Richter in der Außerstreitsache des Antragstellers Andreas V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in Klagenfurt am Wörthersee, gegen die Antragsgegnerin Ute Katharina V\*\*\*\*\*, vertreten durch Angerer Hochfellner Todor Rechtsanwälte GbR in Klagenfurt am Wörthersee, wegen Rückführung der mj Kinder Christopher V\*\*\*\*\*, geboren am 2. August 1996, Pascal V\*\*\*\*\*, geboren am 10. März 1999, und Marie V\*\*\*\*\*, geboren am 7. April 2001, nach dem HKÜ über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Rekursgericht vom 3. November 2009, GZ 4 R 356/09h-S-122, womit infolge Rekurses des Antragstellers der Beschluss des Bezirksgerichts Klagenfurt vom 10. August 2009, GZ 3 P 139/07t-S-115, bestätigt wurde, nachstehenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs des Antragstellers wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Der Antrag sowohl des Antragstellers als auch der Antragsgegnerin auf Zuspruch der Kosten des Revisionsrekursverfahrens wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Mit Beschluss vom 12. 5. 2009 hat der erkennende Senat zu5 Ob 47/09m die Rückführung der im Kopf der Entscheidung genannten, unter 16 Jahre alten Kinder des Antragstellers und der Antragsgegnerin gemäß Art 12 Abs 1 HKÜ in das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland angeordnet. Diese Entscheidung erging aufgrund eines Rückführungsantrags des Vaters gemäß Art 8 HKÜ vom 17. 8. 2007 beim Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof in Deutschland. Die Mutter hatte ohne Absprache und Zustimmung die vier gemeinsamen Kinder ohne Willen des Antragstellers der gemeinsamen elterlichen Obsorge (§ 1626 BGB) entzogen (Art 3 HKÜ). Das älteste Kind hat mittlerweile das 16. Lebensjahr erreicht, weshalb insoweit das Verfahren eingestellt wurde.

Der im Rückführungsverfahren erhobene Einwand der Antragsgegnerin, durch eine Rückführung der in Österreich gut integrierten Kinder werde deren Wohl gefährdet (Art 13 Abs 1 lit b HKÜ), war im Rückführungsverfahren geprüft worden, die Verfahrensergebnisse hielten allerdings einer strengen Prüfung der Voraussetzungen des Art 13 Abs 1 lit b HKÜ nicht stand.

Parallel zum Rückführungsverfahren nach dem HKÜ (3 P 139/07t) führte das Bezirksgericht Ferlach ein von der Mutter am 25. 9. 2007 eingeleitetes Obsorgeverfahren. Es bejahte mit Beschluss vom 5. 5. 2008, GZ 2 P 55/07d-S-25 seine sachliche und örtliche Zuständigkeit, womit es nach seiner Entscheidungsbegründung seine internationale Zuständigkeit feststellen wollte.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.

Über außerordentlichen Revisionsrekurs des Vaters änderte der erkennende Senat mit Entscheidung vom 13. 10. 2009, AZ 5 Ob 173/09s diese Entscheidung dahin ab, dass die internationale Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Ferlach für die Obsorgezuteilung an die Mutter betreffend die mj Kinder ausgesprochen wurde.

Mit Beschluss vom 3. 3. 2009 hatte das Bezirksgericht Ferlach gemäß § 107 Abs 2 AußStrG bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 2 P 55/07d (Obsorgeverfahren) und 1 C 757/08i (Erlassung einer einstweiligen Verfügung) der Mutter vorläufig die Obsorge für die mj Kinder übertragen und gleichzeitig dem Vater vorläufig die Obsorge über die Kinder entzogen (ON S-113). Diese Entscheidung erwuchs mangels Bekämpfung in Rechtskraft.

Am 27. 7. 2009 beantragte der Vater, unter Anwendung geeigneter Zwangsmaßnahmen die sofortige Rückführung der mj Kinder Christopher, Pascal und Marie in das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland zu vollziehen (ON S-112).

Das Erstgericht wies diesen Vollzugsantrag ab.

Unter Wiedergabe des wechselseitigen Vorbringens sowohl der Mutter als auch des Vaters begründete das Erstgericht die Abweisung wie folgt: Es sei rechtlich unerheblich, ob die Mutter mit den Kindern vorübergehend nach Deutschland zurückgekehrt sei und wie diese darauf reagiert hätten, weil durch die Obsorgezuteilung an sie ausschließlich ihr die Bestimmung des Aufenthaltsorts der Kinder obliege. Gemäß Art 20 Abs 2 EuEheVO trete diese vorläufige Maßnahme des Erstgerichts erst dann außer Kraft, wenn das Gericht jenes Mitgliedstaats, das gemäß dieser Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig sei, also das Amtsgericht des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsorts der Kinder in Deutschland, eine entsprechende Maßnahme getroffen habe. Das sei bisher nicht der Fall.

Einem vom Antragsteller dagegen erhobenen Rekurs gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge. Das Rekursgericht teilte die Ansicht des Erstgerichts, dass der Beschluss über die vorläufige Obsorgeübertragung an die Mutter dieser allein die Bestimmung des Aufenthaltsorts der Kinder zuweise. Es liege in ihrem alleinigen Ermessen und Verantwortungsbereich iSd § 146b ABGB, den Aufenthaltsort zu bestimmen. Das sei auch durch Art 20 EuEheVO gedeckt, eine Außerkraftsetzung dieser einstweiligen Maßnahme iSd Art 20 Abs 2 EuEheVO sei bisher nicht erfolgt. Deshalb sei der Vollzugsantrag des Vaters abzuweisen.

Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte das Rekursgericht für nicht zulässig, weil Rechtsfragen von der Bedeutung des § 62 Abs 1 AußStrG nicht vorlägen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Antragstellers mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Beschlusses im Sinn einer Stattgebung seines Antrags; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Im Vollstreckungsverfahren nach § 110 AußStrG iVm § 79 Abs 2 AußStrG ist zwar nicht ausdrücklich eine Zweiseitigkeit des Rechtsmittelverfahrens vorgesehen, doch wird im vorliegenden Fall vom Obersten Gerichtshof die Einräumung eines rechtlichen Gehörs der Antragsgegnerin für geboten erachtet (vgl Zechner in Fasching2 Rz 141 zu „Vor §§ 514 ff ZPO“ mit Berufung auf 3 Ob 92/03f = JBl 2004, 589; Fucik/Kloiber, AußStrG 197 f).

Die Antragsgegnerin hat von der ihr eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Revisionsrekursbeantwortung erstattet und darin beantragt, dem Revisionsrekurs des Vaters nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts erweist sich der vorliegende Revisionsrekurs des Vaters als zulässig, weil die Vorinstanzen die Bedeutung der Bestimmung des § 17 HKÜ verkannten. Zur Auswirkung einer vorläufigen Maßnahme nach Art 20 Abs 1 Brüssel IIa-VO (hier vorläufige Übertragung der alleinigen Obsorge an die Mutter) auf die Durchsetzbarkeit einer Rückführungsanordnung nach dem HKÜ liegt bisher keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor.

Der Revisionsrekurs ist auch im Sinn des in ihm gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

Nach Art 16 HKÜ ist es den Gerichten untersagt, nach Erhalt einer Mitteilung über eine widerrechtliche Kindesentführung iSd Art 3 HKÜ eine Sachentscheidung über das Sorgerecht zu treffen, solange nicht entschieden ist, dass das Kind aufgrund des HKÜ nicht zurückzugeben ist, oder wenn innerhalb angemessener Frist nach Mitteilung kein Antrag nach dem HKÜ gestellt wird. Art 16 HKÜ bewirkt die Unterbrechung eines anhängigen Sorgerechtsverfahrens und gibt dem Rückführungsverfahren nach dem HKÜ Vorrang. Bereits anhängige Sorgerechtsverfahren im Zufluchtsstaat sind jedenfalls auszusetzen (vgl Vomberg/Nehls, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung, 34 f mwN). Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs tritt eine sog „Sperrwirkung“ ein, aufgrund derer keine Sachentscheidung über das Sorgerecht mehr getroffen werden darf (vgl 1 Ob 550/92 = SZ 65/64; 6 Ob 183/97y = ZfRV 1997, 249 = EFSIlg 85.069; Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht Rz 09.20). Das gilt auch für Entscheidungen über das Aufenthaltsrecht als Teil des Sorgerechts.

Ist dennoch eine Sorgerechtsentscheidung ergangen, stellt sie nach der ausdrücklichen Anordnung des Art 17 HKÜ keinen Grund dar, die Rückgabe des Kindes zu verweigern. Der entführende Elternteil soll nicht dadurch, dass er in einem anderen als dem Herkunftsstaat des Kindes - insbesondere nicht im Zufluchtsstaat - eine ihm günstige Sorgerechtsentscheidung erstreitet, die Rückgabe verhindern können. Der ersuchte Staat darf nicht allein wegen der im Inland wirksamen entgegengesetzten Entscheidung die Rückgabe ablehnen (vgl Vomberg/Nehls aaO 35 mwN; Nademleinsky/Neumayr aaO). Anträgen nach dem HKÜ kann nach der Regelung des Art 17 HKÜ nicht durch innerstaatliche Entscheidungen über das Sorgerecht der Boden entzogen werden (vgl auch Pirrung in Staudinger, Internationales Kindschaftsrecht 2, D 80 ff). Das gilt auch nach Rechtskraft der Rückführungsanordnung jedenfalls solange der Antragsteller den Vollzug nachdrücklich betreibt (vgl Pirrung aaO unter Hinweis auf Rsp des BGH) und der Vollzug nicht rechtskräftig abgelehnt wurde (idS 4 Ob 88/98i = SZ 71/61).

In einem gemäß Art 47 Brüssel IIa-VO nach nationalen Vorschriften, also hier nach § 110 AußStrG, zu führenden Verfahren über die Durchsetzung der rechtskräftigen Rückführungsanordnung stellt also die vorläufige Übertragung der Obsorge an die Antragsgegnerin keinen Hinderungsgrund dar. Die Widerrechtlichkeit des Verbringens und Zurückhaltens eines Kindes nach Art 3 lit a und b HKÜ ergibt sich maßgeblich daraus, ob dem anderen Elternteil im Zeitpunkt des Verbringens der Kinder nach Österreich ein (Mit-)Sorgerecht zustand, was zufolge des damaligen gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder in Deutschland nach deutschem Sachrecht zu beurteilen und zu bejahen war (vgl neben der im gegenständlichen Verfahren ergangenen Entscheidung 5 Ob 47/09m auch 1 Ob 176/09b; 1 Ob 550/92 = SZ 65/64).

Die von den Vorinstanzen als Begründung für die Abweisung des Vollstreckungsantrags herangezogenen Gründe sind also nicht tragfähig, weil es der Antragsgegnerin trotz der ihr übertragenen vorläufigen Obsorge nicht frei steht, den Aufenthaltsort ihrer Kinder entgegen der die Rückgabe nach dem HKÜ anordnenden Entscheidung 5 Ob 47/09m zu bestimmen.

Die Antragsgegnerin hat allerdings im Vollstreckungsverfahren Vorbringen dahin erstattet, dass sie versucht habe, in Befolgung der getroffenen Entscheidung des erkennenden Senats eine Rückführung der Kinder nach Deutschland vorzunehmen, dass sich dabei jedoch derart erhebliche psychische Beeinträchtigungen ihrer Kinder ergeben hätten, dass eine Vollstreckung des Rückführungsbeschlusses als dem Kindeswohl zuwiderlaufend zu qualifizieren wäre (ON S-110). Das Erstgericht hat sich in diesem Zusammenhang auf die Wiedergabe des Vorbringens der Antragsgegnerin beschränkt, jedoch keine Feststellungsgrundlagen geschaffen, aufgrund derer sich diese Behauptung der Gefährdung des Kindeswohls nachvollziehen ließe.

Gemäß dem nun anwendbaren § 110 Abs 3 AußStrG ist von der Anordnung jeder Vollzugsmaßnahme abzusehen, wenn sie dem Kindeswohl zuwiderläuft (vgl RIS-Justiz RS0008614 [T8; T9]). Im Vollstreckungsverfahren kann der nach dem HKÜ Rückgabepflichtige aber keine Einwendungen aus dem Titelverfahren nachholen, sondern sich nur auf Sachverhalte stützen, die sich nach Erlassung der Entscheidung im Titelverfahren ereigneten (RIS-Justiz RS0007272).

Solche Behauptungen hat die Antragsgegnerin dem Vollstreckungsbegehren des Antragstellers entgegengesetzt. In diesem Umfang erweist sich das erstinstanzliche Verfahren daher noch als ergänzungsbedürftig.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Im Verfahren über den Vollzug der Rückführungsanordnung (5 Ob 47/09m) findet ein wechselseitiger Kostenersatz mangels Anwendung des Art 26 Abs 4 HKÜ nicht statt (§ 107 Abs 3 AußStrG; 1 Ob 163/09s).

**Textnummer**

E93424

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0050OB00260.09K.0211.000

**Im RIS seit**

15.04.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

20.03.2012

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

© 2024 JUSLINE

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

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