



<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/AT 384
[12/02/1997; Oberster Gerichtshof (Austria); Superior Appellate Court]
7 Ob 35/97s OGH

Geschäftszahl

7Ob35/97s

ENGLISH TRANSLATION

Reasons

The child's mother is an Austrian citizen, while the father is a citizen of Mexico and Austria. They were married on June 20, 1994 in Montreal, where they both resided thereafter. According to the information provided by the father in his petition for divorce, the spouses have been living apart since June 1995. The divorce proceedings introduced by the father on December 7, 1995 in Montreal are still pending. On December 15, 1995 the mother obtained the interim order cited in part below from the Superior Court in Quebec to be in effect until that case was decided: "Custody of * is given to the mother, **. The father is allowed visitation rights every weekend, from Friday at 6 p.m. to Sunday at 6 p.m., on condition that the father's passport remains in his attorney's possession and this circumstance is confirmed to the mother's attorney, and a copy of the application of the father's application for a new Austrian passport together with his sworn statement that he had lost his current Austrian passport, will be given to the mother's attorney within 4 days of this order being issued. The father has the child starting today, at 6 o'clock. Both parties are ordered not to leave the province of Quebec with the child."

The mother left Canada with the child in early July 1998 and applied on July 18, 1996 to the court of the first instance for sole custody of the child. She has lived in Austria since that time. Based on the decision of the Superior Court in Quebec issued on July 18, 1996, which gave him sole custody of the minor child and ordered the mother to return the child to him, on August 1, 1998, the father applied for the return of a wrongfully removed child under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, BGBL 1988/5112, (hereinafter called HCA). Although he had been allowed weekend visitation rights and the mother had been ordered not to leave Quebec with the child, she had endangered the child's well-being by moving to Austria. On July 25, 1996, a warrant for her arrest was issued by the relevant court in Quebec.

The mother contested the father's claim for the return of the child based on the Child Abduction Convention: Since at the time she took up residence in Austria, she had (temporary) sole custody by decision of the Canadian court, the conditions for wrongful retention under Article 3 of the HCA were not present. She was forced to return to her homeland because the father had locked her out of their apartment, had not paid adequate support for her and the child and no longer paid for their health insurance and her visa had expired. At the time of her return to Austria, the father had only been given visitation rights. In his petition for divorce, he had indicated that he had lived apart from the mother since June 1995. Since that time, the father had ... (photocopy illegible)... forced to take up separate residence with the child. Return of the child to Canada would be associated with

serious physical or psychological harm to the child. The father is psychologically disturbed and has not agreed to treatment in unhappy moods, he indulges in alcohol. The expert opinion used as the basis of the Canadian custody decision in favor of the father is absolutely inconclusive. Instead of a psychological examination, there should have been a psychiatric one. It is suspected that the father has sexually abused the child. The father has also physically attacked the mother. Although the mother had no opportunity to work in Canada, the father asked her for money to pay his attorney's fees.

The court of the first instance rejected the father's request for the return of the minor child *. It considered the mother's claims to be credible. It was true that the mother had illegally taken the child from Canada to Austria and in so doing, made it impossible for the father to exercise his visitation rights. However, return of the child as claimed by the father would be associated with the risk of serious mental and physical harm to the child because it would separate him from his mother, who was the main person to whom he related at that time.

The Appeals Court confirmed this ruling in the decision under appeal. It stated rejection of the appeal was correct. There was a "wrongful removal or retention" in the meaning of Article 3 of the HCA only if there had first been a violation of custody rights, with the non-abducting parent "robbed" of the actual execution of their custody rights by the removal. The combining of the prerequisites in the text of the Convention makes it clear that both conditions must be present cumulatively. Who is entitled to custody of the minor * is decided according to the law of the previous residence, thus according to the law of the province of Quebec. Under this law, at the time of her departure for Austria, the mother had sole custody of the minor child * on the basis of December 15, 1995 decision by the Canadian court with jurisdiction. This decision does not give the father any right to determine where the child resides. The right legally protected by the HCA in the interest of the child in this context is not the abstract right to reside in the "state of origin from which the child had been removed but solely the custody right of the parent violated by the removal. The HCA is intended only to protect certain specific legal situations characterized by interference with custody rights. Accordingly, granting of visitation rights does not give the parent in question the right to file an application under the Convention. The prohibition that the Canadian Court imposed on the mother against leaving Quebec gives the father no legal status that is protected by the Convention. The violation committed by the mother did not interfere with parental custody and therefore no violation of the Convention could be claimed. What is decisive is the situation at the "time of the abduction". Since custody of the child was granted to the father only after the mother and child had moved, it is not a change in the legal situation that is significant for application of the HCA. Retention of the child in violation of the Convention does not occur if it is a later court decision that is violated. For this reason, there is no need to consider in the meaning of Art. 13(b) of the HCA whether the child faced a serious risk of physical or psychological harm by being returned to the father.

The appeal of this decision by the father is not justified. Article 3 of the Hague Convention of October 25, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, BGB 512/1988, reads: "The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where - a. it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b. at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention."

The Appeals Court was correct in concluding that the linking together of these prerequisites by the word "and" allows only the interpretation that both prerequisites must be present (cf. Palandt BGH, Appendix to EGBGH Art 24 Rz. 65 mwN). In interpreting the Convention

and thus the concept of "custody", there should be a uniform understanding by all countries, based on the goal expressed in Article 1 of the HCA (cf. Palandt op.cit. Rz 61) The Convention seeks to ensure respect for custody or access rights in a contracting state. A change in where the child resides should not worsen the legal position of the person granted custody or access. While custody is covered by Article 3 of the HCA, the right to personal access is treated in Article 21 of the HCA. The provision is not to be understood as including repatriation measures as in Article 3. The condition for applying Article 3 of the Convention is therefore a violation of an actually exercised custody or joint custody right. When the parents separate, this condition is generally met only by the parent with whom the child lives. The exercise of the mere access right is not sufficient (cf. Palandt, Op. cit. Rz.65). A joint custody right must at least include the authority to determine where the child lives. In interpreting the sentence in the interim order of the Canadian court of December 15, 1995, stating that "both parties are ordered not to leave the province of Quebec with the Child", the appeals court is correct in saying that the term in Article 3 of the HCA requires definition, because it would otherwise result in an undesirable limitless application of this convention to interests that could not be more concretely defined.

In the February 5, 1992 case (2 Ob. 596/91) on which the decision of the Supreme Court to Appeal is based, a mother had been forbidden by an English Court to travel abroad with the children without the written consent of their father. The Supreme Court of Appeal expressed the view that through this right to give consent, the father had been given some voice in decisions about the children's whereabouts and as a result enjoyed a kind of joint custody. Such a conclusion cannot be drawn from the formulation used by the Canadian court in its interim order, however. Although the prohibition by the Canadian Court was obviously intended to prevent a change in the legal position of the child by having him moved to another country before the custody proceedings were completed, in its wording it does not restrict the custody rights of the mother (through the limited right granted to the father) in the sense of Article 3 of the HCA. The mother's action was forbidden in the meaning of the Canadian court order but not wrongful in the sense of Article 3 of HCA.

The Appeals Court correctly explained that after a non-wrongful removal of the child to another country, any change in the custody decision made in the earlier place of residence is inconsequential because the custody or joint custody right must have already existed at the time of "abduction" (cf. Pinung op.cit. Rz643) 012 It was therefore proper to turn down the appeal.

Supreme Court of Appeal

Vienna, February 12, 1997

Geschäftszahl

7Ob35/97s

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Niederreiter, Dr.Schalich, Dr.Tittel und Dr.I.Huber als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. J.H*-L*, geboren am **, infolge Rekurses des Vaters C.H*-L*, vertreten durch Dr.H.Peter Draxler und andere Rechtsanwälte in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 28.November 1996, GZ 43 R 1015/96z-29, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 30.September 1996, GZ 3 P 172/96h-24, bestätigt wurde, folgenden Beschluß gefaßt:

Begründung:

Die Mutter des Kindes ist österreichische Staatsbürgerin, der Vater des Kindes ist mexikanischer und österreichischer Staatsbürger. Die Eheschließung erfolgte am 20.6.1994 in Montreal, wo beide auch in der Folge ihren Wohnsitz hatten. Die Ehegatten leben nach den Angaben des Vaters in seiner Scheidungsklage seit Juni 1995 getrennt. Das vom Vater am 7.12.1995 in Montreal eingeleitete Scheidungsverfahren ist noch anhängig. Die Mutter erwirkte am 15.12.1995 beim Superior Court in Quebec die im folgenden teilweise wiedergegebene einstweilige Anordnung (interim order), der, bis ein Urteil in der Sache selbst erfolgen sollte, Geltung zukam: "Das Sorgerecht betreffend J. wird der Mutter, Martina D*, übertragen. Besuchsrecht wird dem Vater jedes Wochenende von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr unter der Bedingung eingeräumt, daß der Reisepaß des Vaters im Besitz seines Anwalts ist und dieser Umstand dem Anwalt der Mutter bestätigt wird und daß eine Kopie des Antrages auf den neuen österreichischen Reisepaß des Vaters, zusammen mit seiner eidlichen Erklärung, daß er seinen derzeitigen österreichischen Reisepaß verloren hat, dem Anwalt der Mutter innerhalb von 4 Tagen nach dem gegenwärtigen Urteil zugestellt wird. Der Vater hat das Kind ab heute, 18 Uhr. Beiden Parteien wird aufgetragen, die Provinz Quebec mit dem Kind nicht zu verlassen".

Die Mutter verließ Anfang Juli 1996 mit dem Kind Kanada und stellte am 16.Juli 1996 vor dem Erstgericht den Antrag, ihr die alleinige Obsorge über das Kind zuzusprechen. Sie lebt seither in Österreich. Unter Berufung auf die am 18.7.1996 ergangene Entscheidung des Superior Court in Quebec, mit der ihm die alleinige Obsorge über den Minderjährigen zugesprochen und die Mutter zur Übergabe des Kindes an ihn aufgefordert wurde, stellte der Vater am 1.8.1996 den Antrag auf Rückgabe des widerrechtlich verbrachten Kindes nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen BGBl 1988/512 (im folgenden HKÜ). Obwohl ihm ein Wochenendbesuchsrecht zustehe und der Mutter verboten worden sei, mit dem Kind Quebec zu verlassen, habe sie mit ihrer Übersiedlung nach Österreich das Wohl des Kindes gefährdet. Bereits am 25.Juli 1996 war vom zuständigen Gericht in Quebec ein Haftbefehl gegen die Mutter ergangen.

Die Mutter widersprach dem auf das Kindesentführungsübereinkommen gestützten Rückführungsantrag des Vaters. Da ihr im Zeitpunkt der Wohnsitznahme in Österreich die (vorläufige) alleinige Obsorge durch den Beschluß des kanadischen Gerichtes zugestanden sei, lägen die Voraussetzungen nach Art 3 des HKÜ nicht vor. Sie sei zur Rückkehr in ihre Heimat gezwungen gewesen, weil der Vater sie aus der ehelichen Wohnung ausgesperrt, ihr und dem Kind keine ausreichenden Unterhaltsbeiträge geleistet habe, nicht mehr für die Krankenversicherung aufgekommen sei und ihr Visum abgelaufen sei. Dem Vater sei zum Zeitpunkt ihrer Rückkehr nach Österreich nur ein Besuchsrecht eingeräumt gewesen. Er habe auch in der Scheidungsklage angegeben, seit Juni 1995 von der Mutter getrennt zu leben. Seit diesem Zeitpunkt habe der Vater keine Obsorge über das Kind ausgeübt. Die Mutter sei durch eine vom Vater beantragte Anordnung des Superior Court der Provinz Quebec zur Räumung der Ehewohnung und gesonderten Wohnungnahme mit dem Kind gezwungen worden. Die Rückführung des Kindes nach Kanada wäre mit einer schwerwiegenden seelischen und körperlichen Schädigung des Kindes verbunden. Der Vater sei psychisch krank und lasse sich nicht behandeln. In seinen dysphorischen Zuständen spreche er dem Alkohol zu. Das der kanadischen Sorgerechtsentscheidung zugunsten des Vaters zugrundeliegende Sachverständigengutachten sei absolut unschlüssig. Es hätte statt eines psychologischen ein psychiatrisches Gutachten eingeholt werden müssen. Es bestehe der Verdacht des sexuellen Mißbrauches am Kind durch den Vater. Der Vater habe die Mutter auch körperlich attackiert. Die Mutter habe keine Möglichkeit gehabt, in Kanada einem Verdienst nachzugehen, vielmehr habe der Vater von ihr Geld verlangt, um seine Rechtsanwaltskosten bezahlen zu können.

Das Erstgericht wies den Antrag des Vaters auf Rückgabe des mj. J. ab. Es erachtete die Angaben der Mutter für glaubwürdig. Die Mutter habe zwar das Kind widerrechtlich von Kanada nach Österreich verbracht und dadurch dem Vater die Ausübung seines Besuchsrechtes unmöglich gemacht. Die vom Vater beantragte Rückgabe des Kindes wäre jedoch durch die Trennung des Kindes von seiner Mutter als der derzeitigen Bezugsperson mit einer schwerwiegenden seelischen und körperlichen Gefährdung des Kindes verbunden.

Das Rekursgericht bestätigte mit der angefochtenen Entscheidung diesen Beschluß. Es erklärte die Erhebung des ordentlichen Revisionsrekurses für zulässig. Ein im Sinne des Art 3 des HKÜ "widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten" liege nur vor, wenn diesem Verhalten eine Sorgerechtsverletzung vorangegangen sei, sohin der nichtentführende Elternteil der tatsächlichen Ausübung seiner Obsorge durch das Verbringen "beraubt" worden sei. Durch die Verklammerung der Voraussetzungen im Abkommenstext werde deutlich, daß beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müßten. Wem das Sorgerecht über den mj. J. zustehe, sei nach dem Recht des früheren Aufenthaltsortes, sohin nach jenem der Provinz Quebec zu beurteilen. Nach diesem Recht sei der Mutter aufgrund der Entscheidung des zuständigen kanadischen Gerichtes vom 15.12.1995 im Zeitpunkt ihrer Abreise nach Österreich das alleinige Sorgerecht über den mj. J. zugestanden. Diese Entscheidung begründe kein Recht des Vaters, den Aufenthaltsort seines Kindes mitzubestimmen. Das im Interesse des Kindes geschützte Rechtsgut nach dem HKÜ sei im vorliegenden Zusammenhang nicht das abstrakte Aufenthaltsrecht im "Ursprungsstaat", aus dem das Kind weggebracht worden sei, sondern ausschließlich das Sorgerecht des durch dieses Verbringen verletzten Elternteiles. Das HKÜ wolle nur ganz bestimmte Rechtspositionen schützen, die durch die Verletzung eines Sorgerechtes des Antragstellers gekennzeichnet seien. Dementsprechend ermächtige die Einräumung eines Besuchsrechtes den betreffenden Elternteil nicht zu einer Antragstellung im Sinne des Abkommens. Auch das vom kanadischen Gericht an die Mutter gerichtete Verbot, die Provinz Quebec zu verlassen, verschaffe dem Vater keine durch das Abkommen geschützte Rechtsposition. Der von der Mutter dagegen begangene Verstoß habe keine Verletzung des väterlichen Sorgerechtes und daher keine Konventionswidrigkeit hervorgerufen. Abzustellen sei auf die Verhältnisse im "Entführungszeitpunkt". Da dem Vater die Obsorge über das Kind erst nach dem Wohnsitzwechsel von Mutter und Kind eingeräumt worden sei, bewirke dies keine Änderung der Rechtslage, die für die Anwendung des HKÜ bedeutsam sein könnte. Eine konventionswidrige Zurückhaltung trete nicht dadurch ein, wenn diese gegen eine spätere gerichtliche Entscheidung verstoße. Aus diesem Grunde erübrige sich auch eine Überprüfung im Sinne des § 13 lit b des HKÜ, ob dem Kind durch eine Rückführung zum Vater eine schwere seelische und körperliche Gefahr drohe.

Rechtssatz

Der gegen diese Entscheidung vom Vater erhobene Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Art 3 des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 512/1988 lautet: "Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn

- a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und**
- b) dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte".**

Dem Rekursgericht ist zuzustimmen, daß die Verklammerung dieser Voraussetzungen durch das Wort "und" nur die Auslegung erlaubt, daß beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen (vgl. Palandt BGB56 Anhang zu EGBGB Art 24 Rz 65 mwN). Bei der Auslegung des Übereinkommens und daher auch des Begriffes "Sorgerecht" ist ein einheitliches Begriffsverständnis in allen Staaten anzustreben, dabei ist von der Zielsetzung laut Art 1 HKÜ auszugehen (vgl Palandt aaO Rz 61). Danach will das Übereinkommen die tatsächliche Beachtung des in einem Vertragsstaat bestehenden Sorgerechts oder Umgangsrechts in allen anderen Vertragsstaaten sicherstellen. Durch einen Aufenthaltswechsel des Kindes soll also die Rechtsstellung des Sorge- oder Umgangsberechtigten nicht verschlechtert werden. Während die Sicherstellung des Sorgerechts in Art 3 HKÜ erfolgt, wird das Recht zum persönlichen Umgang im Art 21 des Übereinkommens behandelt. Letzterer Bestimmung ist jedoch keine Rückführungsmaßnahme gleich jener in Art 3 angeordneten zu entnehmen. Voraussetzung für die Anwendung des Art 3 des Übereinkommens ist daher die Verletzung eines tatsächlich ausgeübten Obsorge- oder Mitobsorgerechtes. Bei einer Trennung der Eltern erfüllt diese Voraussetzung in der Regel nur der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, die Ausübung eines bloßen Umgangsrechtes genügt nicht (vgl Palandt aaO Rz 65). Ein Mitobsorgerecht muß zumindest die Befugnis einschließen, den Aufenthaltsort des Kindes mitzubestimmen. Bei der Auslegung des Satzes der einstweiligen Anordnung des kanadischen Gerichtes vom 15.12.1995 "beiden Parteien wird aufgetragen, die Provinz Quebec mit dem Kind nicht zu verlassen", ist dem Rekursgericht darin beizupflichten, daß der Sorgerechtsbegriff des Art 3 HKÜ einer Fixierung bedarf, weil es sonst zu einer unerwünschten uferlosen Anwendung dieses Abkommens für nicht näher konkretisierbare Interessen kommen würde.

In dem der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 5.2.1992, 2 Ob 596/91, zugrundeliegenden Fall war vom englischen Gericht der Mutter untersagt worden, ohne schriftliche Zustimmung des Vaters mit den Kindern in das Ausland zu verreisen. Der Oberste Gerichtshof kam dort zur Auffassung, daß dem Vater durch dieses ihm eingeräumte Zustimmungsrecht eine Mitbestimmung bezüglich des Aufenthalts der Kinder eingeräumt wurde und hat dies folgerichtig als eine Art Mitobsorgeberechtigung gewertet. Eine derartige Folgerung kann aber aus der vom kanadischen Gericht in seiner einstweiligen Anordnung gebrauchten Formulierung nicht gezogen werden. Wenn auch dieses Verbot des kanadischen Gerichtes offensichtlich darauf abzielte, im noch nicht beendeten Sorgerechtsverfahren eine Veränderung der Rechtsposition des Kindes durch ein Verbringen in einen anderen Staat zu verhindern, stellte es nach seinem Wortlaut doch keine Einschränkung der Obsorgeberechtigung der Mutter (durch eine dem Vater eingeräumte Befugnis) im Sinne des Art 3 des HKÜ dar. Das Handeln der Mutter war zwar im Sinne des kanadischen Gerichtsbefehles unerlaubt, nicht aber im Sinne des Art 3 des HKÜ widerrechtlich.

Zutreffend hat das Rekursgericht dargelegt, daß nach einer nicht widerrechtlichen Verbringung des Kindes in einen anderen Staat die im früheren Aufenthaltsstaat ergangene Änderung der Obsorgeentscheidung unmaßgeblich ist, weil das Sorge- oder Mitsorgerecht schon im "Entführungszeitpunkt" bestanden haben muß (vgl Pirrung aaORz 643).

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

[\[http://www.incatat.com/\]](http://www.incatat.com/)

[\[http://www.hcch.net/\]](http://www.hcch.net/)

[\[top of page\]](#)

All information is provided under the [terms and conditions](#) of use.

For questions about this website please contact : [The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law](#)