

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der außerstreitigen Rechtssache des Antragstellers Juan V*****, vertreten durch den Verfahrenshelfer MMag. Dr. Rudolf Jirovec, Rechtsanwalt in St. Pölten, gegen die Antragsgegnerin Anita V*****, vertreten durch Dr. Alexander Lindner, Rechtsanwalt in Wien, wegen Rückführung der mj Ana-Maria Cristina V*****, geboren am *****, nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, über die Revisionsrekurse des Antragstellers und der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 10. Juni 2009, GZ 23 R 112/09g-S-30, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts St. Pölten vom 11. März 2009, GZ 2 P 189/08h-S-21, aufgehoben wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revisionsrekurse werden zurückgewiesen.

Der Antrag der Antragsgegnerin auf Ersatz der Kosten des Revisionsrekursverfahrens wird ebenso

zurückgewiesen wie der des Antragstellers auf Ersatz der Kosten seiner Rechtsmittelschriftensätze.

B e g r ü n d u n g :

Die gemeinsame Tochter der Streitparteien wurde am 24. 7. 2000 in Österreich geboren. Am 20. 10. 2000 heirateten die Eltern ebenfalls in Österreich. Am nächsten Tag kehrten sie nach Spanien zurück, wo die Familie fortan lebte. Der Vater (Antragsteller) begann, die Mutter (Antragsgegnerin) und das Kind zu isolieren und entwickelte einen religiösen Wahn. Er vermeinte Stimmen zu hören, erwartete ein Wunder und hielt sich für einen Abgesandten Gottes. Er fing an, die Mutter zu schlagen, sie erlitt unter anderem einen Riss des Trommelfells. Diese Misshandlungen ereigneten sich immer in Gegenwart des Kindes, weil er der Meinung war, das Kind müsse zeitgerecht lernen, was „leben“ heiÙe. Das Kind selbst schlug er nie. Er zwang sowohl die Mutter als auch das Kind zu unförmigen und langen Kleidern, um ja nicht attraktiv für andere Männer zu sein. Das Kind durfte weder den Kindergarten noch die Volksschule besuchen, weil ihr Vater der Meinung war, in der dritten Klasse gebe es sexuellen Aufklärungsunterricht in der Form, dass sich die Kinder gegenseitig befriedigen. Die Mutter vertraute sich einem Priester an, der die Polizei verständigte.

Von Oktober 2006 bis Juli 2007 hielten sich Mutter und Kind im Frauenhaus auf. Danach bekamen sie eine Wohnung zur Verfügung gestellt, ebenso psychologische Betreuung und diverse Therapien. Diese Wohnung steht nicht mehr zur Verfügung. 2006 reichte die Mutter die Scheidung ein.

Am 14. 1. 2008 wurde gegen den Vater Anklage wegen des Vergehens der geschlechtsbezogenen Gewalttätigkeit im häuslichen Bereich, wegen des Vergehens der Körperverletzung und wegen der Übertretung der Beleidigung und ungerechtfertigten Schikane erhoben.

Die Ehe der Eltern wurde mit Urteil eines spanischen Amtsgerichts vom 25. 6. 2008 geschieden. Die vorgelegte und geschlossene Scheidungsvereinbarung wies in Punkt 1 die Obhut (im spanischen Originaltext AS 71: „guarda y custodia“) der Mutter zu, wobei die Ausübung des elterlichen Sorgerechts („patria potestad“) weiterhin beiden Eltern gemeinsam zustehen sollte. Punkt 2 regelte das Recht auf persönlichen Umgang, falls keine Vereinbarung zwischen den Eheleuten getroffen werde, und lautete:

„Das Kind soll persönlichen Kontakt und Umgang mit dem Vater wie folgt haben: jedes zweite Wochenende von Freitag ab Schulschluss bis Montag, an dem der Vater das Kind zum Beginn des Schultags in die Schule zu bringen hat. Bei verlängerten Wochenenden bleibt das Kind bei jenem Elternteil, bei dem es sich zu diesem Zeitpunkt laut dieser Regelung befindet und ist auf gleiche Weise wie vorher beschrieben abzuholen und zurückzubringen. Das Kind bleibt weiters jeden Mittwoch beim Vater, der es zu Unterrichtsschluss von der Schule abholt und am Donnerstag morgen wieder in dieselbe Schule zurückbringt.

Weihnachtsferien, Osterferien und Sommerferien sind zu gleichen Teilen aufzuteilen, wobei die erste Hälfte in ungeraden Jahren der Mutter und in geraden Jahren dem Vater zufällt; hinsichtlich der Sommerferien im gegenwärtigen Jahr ist das Kind vom Vater am ersten Ferientag um 16:00 Uhr (in diesem Jahr ist es der 20. Juni) am Treffpunkt abzuholen und von diesem am 1. 8. um 10:00 Uhr zum Treffpunkt wieder

zurückzubringen. Mit dem Zeitpunkt dieser Rückgabe beginnt die zweite Hälfte, in welcher das Kind bei der Mutter verbleibt. Hinsichtlich Weihnachten wird festgelegt, dass die Weihnachtsferien zu jenem Zeitpunkt beginnen, an dem das Kind das Schulgebäude verlässt und bei dem jeweiligen Elternteil zu verbleiben hat; als letzter Tag der Weihnachtsferien gilt der Dreikönigstag, an dem der Elternteil bei dem das Kind zu diesem Zeitpunkt laut dieser Regelung verbleibt, das Kind um 16:00 Uhr am Treffpunkt dem anderen Elternteil zu übergeben hat. Während das Kind bei einem Elternteil ist, hat dieser telefonischen Kontakt zu gewährleisten, sodass das Kind mit dem anderen Elternteil regelmäßig und zu gewöhnlichen Zeiten Kontakt pflegen kann."

Geregelt wurde weiters der Ablauf der im nächsten Jahr geplanten Erstkommunion des Kindes.

Am 27. 6. 2008 übergab die Mutter das Kind, das sich daraufhin fast sechs Wochen beim Vater befand. Unmittelbar nach Rückgabe des Kindes am 1. 8. 2008 übersiedelten Mutter und Kind nach Österreich. Seit diesem Zeitpunkt leben sie bei den mütterlichen Großeltern. Das Kind hat sich gut eingelebt und besucht eine österreichische Schule.

Der Vater beantragte nach dem Haager Übereinkommen vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) die Rückführung des Kindes. Die Mutter habe die anlässlich der Scheidung getroffenen Vereinbarungen missachtet, verweigere dem Vater den Kontakt und Umgang mit der Tochter, die sie auch nicht zu Beginn des neuen Schuljahres in die bisher besuchte Schule in Spanien gebracht habe.

Die Mutter bestritt das Recht des Vaters, den Aufenthaltsort des Kindes mitzubestimmen, sowie die tatsächliche Ausübung eines Mitsorgerechts und berief sich auf ein Rückführungshindernis nach Art 13 HKÜ aufgrund von dem Kind drohenden körperlichen oder seelischen Schäden im Fall einer Rückgabe an den Vater, dessen Verhalten das Kind schwer traumatisiert habe. Dieses sei in Österreich sozial gut integriert und widersetze sich einer Rückgabe.

Das **Erstgericht** stellte die widerrechtliche Verbringung des Kindes fest und ordnete dessen Rückführung an einen der früheren spanischen Wohnsitze der Mutter bzw den Wohnsitz des Vaters an.

Das von der Mutter angerufene **Rekursgericht** hob diesen Beschluss auf, trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und ließ den Revisionsrekurs zu. Nach ausführlicher Darstellung der spanischen Rechtslage kam es zum Ergebnis, dass die Übertragung der „Sorge“ als Teil der beiden Eltern zustehenden elterlichen Gewalt der Mutter nicht das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht eingeräumt habe. Die im Scheidungsvergleich enthaltene Regelung über Kontakte zwischen Vater und Kind gingen über ein „bloßes Besuchsrecht“ hinaus, dessen Wahrnehmung nach der österreichischen höchstgerichtlichen Judikatur für eine tatsächliche Ausübung des Sorgerechts im Sinn des Art 3 lit b HKÜ nicht ausreiche. Neben den nach der Aktenlage dokumentierten (erfolglos gebliebenen) Versuchen des Vaters, sich an der Ausübung der elterlichen Gewalt zu beteiligen, könne auch der sechswöchige Aufenthalt des Kindes beim Vater nicht unbeachtet bleiben. Abzuklären sei die Gefahr schwerer körperlicher oder seelischer Schäden für das Kind

im Fall seiner Rückkehr zum gewalttätigen und nicht nur die Mutter, sondern auch das Kind isolierenden Vater. Im psychologischen Gutachten sei davon die Rede, dass der Vater seine Tochter benutzen wolle, um der Mutter „weh zu tun“, dass er das Leben seiner Tochter zerstören und ihren Geist gegen ihre Mutter manipulieren werde. Es müsse im Sinn des Art 13 HKÜ und der Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 (EuEheVO) geklärt werden, ob die spanischen Behörden angemessene Vorkehrungen zum Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr anordneten. Dazu müsse auch dem Vater Gelegenheit gegeben werden, entsprechende Vorkehrungen vorzuschlagen. Darüber hinaus sei das nunmehr fast neunjährige Kind nach Art 11 Abs 2 EuEheVO anzuhören. Auch die persönliche Anhörung des durch einen Verfahrenshelfer vertretenen Vaters sei nach Art 11 Abs 5 EuEheVO erforderlich.

Den Zulässigkeitsausspruch begründete es mit einem allfälligen Abweichen seiner Rechtsansicht von der höchstgerichtlichen Judikatur zur tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts.

Die **Revisionsrekurse** der **Eltern** sind entgegen diesem nicht bindenden Ausspruch nicht zulässig.

1. Nach Art 3 lit a und b HKÜ gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, einer Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staats zusteht, in dem

das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und 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. Nach Art 5 lit a HKÜ umfasst das Sorgerecht die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, seinen Aufenthalt zu bestimmen. Die beiden Voraussetzungen Sorgerecht und (fiktive) tatsächliche Ausübung desselben müssen im Entführungszeitpunkt kumulativ vorliegen (*Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 09.04 ff; 7 Ob 35/97s = SZ 70/27).

2. Ob dem Antragsteller zum Zeitpunkt des Verbringens des Kindes nach Österreich ein (Mit-)Sorgerecht zustand, ist infolge des damaligen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes nach spanischem Zivilrecht zu beurteilen (1 Ob 167/08b mwN), wovon die Parteien auch übereinstimmend ausgehen.

3. Die elterliche Gewalt („*patria potestad*“) berechtigt und verpflichtet die Eltern nach Art 154 Abs 1 Z 1 und 2 des spanischen Zivilgesetzbuchs (*Codigo Civil/CC*), für die Kinder zu sorgen, sie in ihrer Gemeinschaft zu halten, ihnen Unterhalt zu geben, sie zu erziehen und ihnen eine vollständige Ausbildung zu verschaffen, sie zu vertreten und ihr Vermögen zu verwalten. Diese elterliche Gewalt wird nach Art 156 CC gemeinsam von beiden Elternteilen ausgeübt oder von einem allein mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des anderen. Für die Frage des Mitsorgerechts des Vaters im Sinn des Art 5 lit a HKÜ ist ausschließlich die in der Scheidungsvereinbarung enthaltene Regelung maßgeblich, die nach Art 90 Abs 1 lit a CC die Bestimmung der Obhut bzw Sorge und deren Ausübung über

die Kinder, die der elterlichen Gewalt beider Ehegatten unterliegen, und die Regelung des Umgangs und Aufenthalts der Kinder bei dem Elternteil, der nicht mit ihnen regelmäßig zusammenlebt, als wesentliche Punkte festhielt (vgl zum notwendigen Inhalt einer derartigen Scheidungsvereinbarung: *Huzel in Süß/Ring*, Eherecht in Europa 1218; *Adam/Perona Feu in Rieck*, Ausländisches Familienrecht, Spanien Rz 21).

4. Die Mutter ist der Ansicht, die alleinige Zuweisung der Obhut berechtige sie, den Wohnsitz des Kindes auch ohne Zustimmung des Vaters zu verlegen, dem aufgrund der verbleibenden elterlichen Gewalt lediglich ein Informationsrecht zustehe. Diese Auffassung steht nicht nur in Widerspruch zu der nach Art 15 HKÜ eingeholten, eindeutigen Stellungnahme des spanischen Justizministeriums, wonach der Mutter nicht das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht (ON S-17, AS 445). In ihrer Argumentation gesteht die Mutter auch grundsätzlich zu, dass nach der spanischen Gerichtspraxis die Rechtmäßigkeit eines ohne Zustimmung des anderen Elternteils erfolgten Ortswechsels erst nachträglich in einem gerichtlichen Verfahren, in dem im jeweiligen Einzelfall das Wohl des Kindes zu beurteilen ist, festgestellt wird. Dass die Judikatur spanischer (Höchst-)Gerichte einen allgemeinen Grundsatz geprägt habe, wonach die Übertragung der Obhut bei aufrecht gebliebener gemeinsamer elterlicher Gewalt unabhängig von sonstigen im Einzelfall zu prüfenden Voraussetzungen (Wohl des Kindes) das alleinige Recht begründete, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (wie dies in 1 Ob 167/08b nach der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts der Fall war), behauptet sie nicht. Weder eine aktenwidrige, noch eine mangelhafte Ermittlung des anwendbaren spanischen Rechts wird aufgezeigt.

5. Richtig ist, dass nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs die Ausübung eines bloßen Umgangsrechts einem tatsächlich ausgeübten (Mit-)Obsorgerecht nicht gleichzuhalten ist (RIS-Justiz RS0106625). Wie bereits das Rekursgericht dargelegt hat, geht das in der Scheidungsvereinbarung eingeräumte Umgangsrecht weit über ein „klassisches Wochenend- bzw Ferienbesuchsrecht“ hinaus. Dem Vater wird nicht nur gestattet, unter der Woche am Alltagsleben seiner Tochter teilzuhaben, indem er sie von der Schule abholt und nach einer Übernachtung wieder zur Schule bringt; auch Weihnachts-, Oster- und Sommerferien werden gleichmäßig auf die Eltern aufgeteilt, was schon vom zeitlichen Ausmaß her dem Vater einen besonderen Einfluss auf die Betreuung und Versorgung des Kindes gewährt. Dass der Vater seine als Teil der elterlichen Gewalt bestehenden Rechte (insbesondere das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes mitzubestimmen) aufgrund der Verbringung des Kindes nach Österreich nicht mehr ausüben konnte, soll ja nach den Zielsetzungen des HKÜ gerade verhindert werden (8 Ob 121/03g; 5 Ob 47/09m). Die Entscheidung des Rekursgerichts setzt sich daher nicht zwingend in Widerspruch zu der zitierten österreichischen Judikatur.

6. Wie ein Parteienantrag auszulegen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (9 Ob 248/01p = RIS-Justiz RS0042828 [T10]). Die Beurteilung des Rekursgerichts, der Vater habe wegen Verletzung seines (Mit-)Sorgerechts die Rückführung - und nicht nur die Durchsetzung eines Umgangsrechts, dessen Verletzung kein Grund für eine Rückführung ist (7 Ob 35/97s) - begehrt, ist nicht korrekturbedürftig. Der Vater beehrte, gestützt auf Art 8 ff HKÜ, die Rückgabe des

Kindes und verwies auf die Nichteinhaltung des Scheidungsvergleichs (AS 221 ff in Band I), der ihn gemeinsam mit der Mutter als Träger der elterlichen Gewalt auswies. Das in englischer Sprache verfasste Schreiben des Spanischen Justizministeriums vom 17. 10. 2008, das als kurze Sachverhaltsdarstellung per Fax vor Übermittlung des Antrags an das Bundesministerium für Justiz übersendet wurde (AS 3 f in Band I), ging ausdrücklich davon aus, dass die Verbringung des Kindes nach Art 3 HKÜ wegen Verletzung eines gemeinsamen Sorgerechts iSd Art 5 HKÜ („rights of custody“ bzw „parental responsibility“) - einschließlich des Aufenthaltsbestimmungsrechts („right to determin the childs place of residence“) - eindeutig rechtswidrig war. Damit ist der Antrag weder unschlüssig noch (ohne jeglichen Verbesserungsversuch) zurückzuweisen, wie die Mutter in ihrem Revisionsrekurs meint. Entgegen der Auffassung der Mutter ergibt sich aus dem Akteninhalt kein Anhaltspunkt für eine konkludente Zustimmung des Vaters zur Verbringung nach Österreich, zumal der Vater noch in seinem Rechtsmittel die Rückführung erreichen will.

7. Nach Art 13 Abs 1 lit b HKÜ steht einer Rückführung die damit allenfalls verbundene schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls entgegen. Ob dies zutrifft, ist nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu beurteilen (RIS-Justiz RS0112662). Da es sich um eine „Kindesentführung“ im Verhältnis zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten handelt, sind die Bestimmungen der EuEheVO anzuwenden, deren Art 11 Abs 4 den in Art 13 Abs 1 lit b HKÜ vorgesehenen Grund der Verweigerung der Rückgabe wegen einer schwerwiegenden Gefährdung des Kindeswohls beschränkt. Eine Rückgabe kann nicht abgelehnt werden, wenn nachgewiesen wird, dass im Rückkehrstaat

angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes zu gewährleisten und ihm dabei insbesondere den Kontakt zu allen Sorge- und Umgangsberechtigten zu ermöglichen (*Rauscher* in *Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht² Art 11 EuEheVO/Brüssel IIa-VO Rz 11 f). Ob diese Maßnahmen ausreichen, haben die Gerichte des derzeitigen Aufenthaltsstaats zu beurteilen (*Rauscher* aaO Rz 13).

8. Hat das Rekursgericht hier aufgrund der Vorgeschichte, der Persönlichkeit des Vaters und seiner Einstellung, seine frühere Einflussnahme auf das Kind nicht aufzugeben, eine schwerwiegende Gefährdung des Kindes nicht ausgeschlossen, stellt das keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung dar. Der im Revisionsrekurs des Vaters betonte sechswöchige Aufenthalt des Kindes bei ihm zwingt nicht zu einer gegenteiligen Beurteilung, wenn eine Traumatisierung des Kindes bei einem allfälligen Rückfall des Vaters in alte Verhaltensmuster durch Versuche, das Kind gegen seine Mutter aufzubringen, und eine Verschärfung der Konfliktsituation im Verhältnis Vater-Kind-Mutter im Raum stehen. Wenn auch der bloße Wunsch eines Kindes, in seiner jetzigen Umgebung zu bleiben, das Rückgabehindernis nach Art 13 Abs 1 lit b HKÜ nicht unbedingt erfüllen muss (5 Ob 47/09m), kann die in Art 11 Abs 2 EuEheVO geforderte und vom Rekursgericht angeordnete Anhörung des Kindes eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung schaffen, ob das Kindeswohl durch die Rückführung gefährdet ist. Der Charakter eines Verfahrens nach dem HKÜ als Eilverfahren steht einer Anhörung des Kindes nicht entgegen (*Rauscher* aaO Rz 6), zumal ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot des Art 11 HKÜ im

Rechtsmittelverfahren ohnedies nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann (5 Ob 47/09m).

9. Nach Art 11 Abs 5 EuEheVO kann das Gericht die Rückgabe eines Kindes nicht verweigern, wenn dem Antragsteller nicht die Gelegenheit gegeben wurde, gehört zu werden. Die bloße Antragstellung des Vaters kann nicht genügen, weil sonst diese Regelung völlig sinnlos wäre (*Rauscher* aaO Rz 15).

Das Verfahren nach dem HKÜ ist in Österreich nach den Vorschriften des AußStrG durchzuführen. Auch in diesem Verfahren ist der Oberste Gerichtshof nur Rechtsinstanz (RIS-Justiz RS0007236). Hält das Rekursgericht weitere Beweisaufnahmen wie die Vernehmung des Kindes und des Vaters für notwendig, so ist das ein vom Obersten Gerichtshof nicht überprüfbarer Akt der Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0007533; RS0006737).

10. Das Verfahren nach dem HKÜ ist zwar kein Obsorgestreit (RIS-Justiz RS0108469), soll aber grundsätzlich die Ausübung eines (Mit-)Sorgerechts durch Rückführung des Kindes sicherstellen. Schon aufgrund der erforderlichen Prüfung, ob dem Antragsteller ein (Mit-)Sorgerecht zusteht, weist es Ähnlichkeiten zu den vor den österreichischen Gerichten durchgeführten Obsorgeverfahren auf, in denen in zahlreichen Fällen ausländisches Kindschaftsrecht anzuwenden ist. § 107 Abs 3 AußStrG schließt den Kostenersatz in Verfahren über die Obsorge und die Ausübung eines Besuchsrechts aus. Dasselbe gilt nach § 114 Abs 6 AußStrG für das Verfahren über die Vollstreckbarerklärung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen über die Regelung der Obsorge und des Besuchsrechts. Diese Bestimmungen sind analog auch auf das Verfahren nach dem HKÜ anzuwenden, weshalb der Antrag

der Mutter auf Ersatz der im Revisionsrekursverfahren verzeichneten Kosten ebenso zurückzuweisen ist wie der des Vaters auf Ersatz der Kosten seiner Rechtsmittelschriftsätze, wobei diese Kosten zum Teil darüber hinaus verspätet verzeichnet werden.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. September 2009
Dr. G e r s t e n e c k e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: