

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Pflegschaftssache der Minderjährigen A***** A***** S***** und M***** A***** S*****, beide geboren am 3. März 2006, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der Mutter Mag. C***** B***** vertreten durch Mag. Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 13. April 2010, GZ 42 R 146/10x-109, womit der Rekurs gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 6. Dezember 2009, GZ 7 P 48/09z-80, zurückgewiesen wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG zurückgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

Der Antragsteller und die Antragsgegnerin sind Eltern der am 3. März 2006 unehelich geborenen Zwillinge A***** A***** und M***** A*****. Der Vater ist französischer Staatsbürger, die Mutter besitzt ebenso wie die Kinder sowohl die französische als auch die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Kinder lebten bis zum 10. Dezember 2008 in Rochefort im gemeinsamen Haushalt der Eltern, denen gemäß Art 372 des französischen Code Civil die gemeinsame elterliche Gewalt zukommt. Die Antragsgegnerin verließ den gemeinsamen Haushalt und reiste am 18. Dezember 2008 mit den Kindern nach Wien. Am 7. Jänner 2009 stellte das Familiengericht in Rochefort über Antrag des Vaters mit einstweiliger Verfügung fest, dass die elterliche Gewalt weiterhin beiden Elternteilen zustehe und bestimmte als ständigen Wohnsitz jenen des Vaters. Über Antrag des Vaters auf Rückführung der Kinder nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, BGBl 1988/512, im Folgenden als HKÜ bezeichnet) ordnete der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 13. Oktober 2009, AZ 1 Ob 176/09b, die sofortige Rückführung der beiden Minderjährigen nach Frankreich an. Dieser Entscheidung lag zu Grunde, dass die Voraussetzungen für die Ergreifung angemessener Maßnahmen nach Art 11 Abs 4 Brüssel IIaVO nicht erfüllt waren, weil das Erstgericht eine Gefährdung der Kinder durch den Vater als nicht bescheinigt erachtet hatte und auch sonst kein Rückgabehindernis ersichtlich war.

Nachdem der Antragsteller am 18. November 2009 beantragt hatte, diesen Beschluss

umgehend zu vollstrecken und die Kinder nach Frankreich rückzuführen, beauftragte das Erstgericht mit Beschluss vom 6. Dezember 2009 den Gerichtsvollzieher, die Kinder am 7. Dezember 2009 der Mutter abzunehmen und an den Jugendwohlfahrtsträger auszufolgen. Wie sich aus einem Aktenvermerk vom 7. Dezember 2009 ergibt, wurden die Mutter und die Kinder an diesem Tag jedoch nicht in ihrer Wohnung angetroffen, sodass die Anordnung nicht vollzogen werden konnte.

In ihrem gegen diese Entscheidung gerichteten „Rekurs und Antrag nach § 110 AußStrG“ übertitelten Schriftsatz bringt die Antragsgegnerin vor, sie habe die Kinder selbst am 21. November 2009 nach Frankreich zurückgebracht und so dem Exekutionstitel vollinhaltlich entsprochen; das Erstgericht möge von der Fortsetzung der Durchsetzung des Beschlusses zur Wahrung des Kindeswohls Abstand nehmen und das Vollstreckungsverfahren einstellen. Wie sich aus ihrem zum Antrag nach § 110 Abs 3 AußStrG erstatteten weiteren Vorbringen ergibt, befänden sich die Kinder nun wiederum in Wien, wo sie sich bereits eingelebt hätten, den Kindergarten besuchten und sich einer für sie äußerst wichtigen Psychotherapie unterzögen. Ein erzwungener Wohnsitzwechsel nach Frankreich würde ihr Wohl gefährden; zudem bestünde die Gefahr, dass sie weiterhin den sexuellen Übergriffen des Vaters ausgesetzt wären (ON 88).

Das Rekursgericht wies den Rekurs mangels Beschwer zurück und sprach aus, dass der Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Rechtlich ging das Rekursgericht davon aus, dass die Beschwer zum Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels gegeben sein und zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel noch fortbestehen müsse,

andernfalls das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen sei (RIS-Justiz RS0002495; RS0041770 und RS0006880). Dies gelte ua auch für ein im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung zeitlich bereits überholtes Besuchsrecht (4 Ob 315/98x). Im Hinblick auf die auch amtswegige Verpflichtung, von der Fortsetzung der Durchführung der Rückführung der Kinder abzusehen, wenn und solange die Fortsetzung des (Vollstreckungs-)Verfahrens das Kindeswohl gefährde, sei eine Stellungnahme des Kinderschutzzentrums „die möwe“ vom 24. Juni 2009 maßgeblich, nach der die Kinder konkret über massive (sexuelle) Übergriffe des Vaters berichtet hätten. Es sei somit seit der Entscheidung im Titelverfahren eine Änderung insoweit eingetreten, als vor der Rückführung iSd Art 11 Abs 4 EuEheVO - also vor einer neuerlichen Abnahmeanordnung - nun (doch) sicherzustellen wäre, dass die Kinder bis zu einer näheren Klärung der Vorwürfe gegenüber dem Vater einstweilen nicht in dessen Betreuung zu übergeben seien.

Der Revisionsrekurs der Mutter ist nicht zulässig.

1. Zum Zeitpunkt der Einbringung des Rekurses und des Revisionsrekurses war der für die Abnahme der Kinder bestimmte Termin, nämlich der 7. Dezember 2009, bereits verstrichen. Voraussetzung für die sachliche Behandlung eines Rechtsmittels ist eine im Zeitpunkt der darüber ergehenden Entscheidung fortbestehende Beschwer. Die Rechtsansicht des Rekursgerichts, der Antragsgegnerin fehle zufolge zeitlicher Überholung die Beschwer, steht im Einklang mit der einhelligen und vom Rekursgericht wiedergegebenen ständigen Rechtsprechung (§ 71 Abs 3 Satz 2 AußStrG).

2. Welche konkreten Auswirkungen der Vorlageantrag des Obersten Gerichtshofs vom 20. April 2010, AZ 4 Ob 58/10y, an den Gerichtshof der Europäischen Union und die darin beantragte Auslegung der Art 10 lit b sublit iv, Art 11 Abs 8 sowie Art 47 Abs 2 Unterabs 2 der VO (EG) Nr 2201/2003 (Brüssel IIaVO) auf die vorliegende Entscheidung haben soll, wird im Revisionsrekurs nicht aufgezeigt. Festzuhalten ist, dass mittlerweile in dieser Rechtssache das Urteil des EuGH vom 1. Juli 2010, Rs C-211/10 PPU, vorliegt.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat die Vollstreckung einer österreichischen Rückführungsanordnung nach dem HKÜ dann zu unterbleiben, wenn zwischen ihrer Erlassung und den
Vollstreckungsmaßnahmen eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, aufgrund derer die Vollstreckung (nun) mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre (2 Ob 8/10f). Bei der Annahme einer Gefährdung ist allerdings größte Zurückhaltung geboten, um das System des HKÜ nicht zu unterlaufen und eine allfällige Verzögerungstaktik des entführenden Elternteils nicht zu belohnen. Nur eine wirklich schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls kann die Verweigerung des Vollzugs rechtfertigen (vgl etwa 2 Ob 47/09m, 6 Ob 242/09w).

Eine Entscheidung darüber, ob der Vollzug aus diesen Gründen zu verweigern ist, ist im vorliegenden Revisionsrekursverfahren, dessen alleiniger Gegenstand die Abnahmeanordnung des Erstgerichts vom 6. Dezember 2009 ist, aber nicht zu treffen.

Nach der Aktenlage stellte die Antragstellerin nach dem Zeitpunkt des Ergehens der Rekursentscheidung

(und vor Vorlage des Akts an den Obersten Gerichtshof) mehrfache Abänderungsanträge gemäß § 72 AußStrG und beantragte wiederholt die Abstandnahme von der Fortsetzung des Rückführungsverfahrens sowie die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens (ON 91, ON 93, ON 107, ON 108, ON 133, ON 148). Sie brachte dazu zusammengefasst vor, die Kindeswohlgefährdung ergebe sich einerseits als unmittelbare Folge der Rückführung in den Einflussbereich des Vaters sowie andererseits als mittelbare Folge infolge der mittlerweile gegebenen Eingewöhnung der Kinder, der erzwungenen Ortsveränderung, und dem Umstand, dass die erst 4-jährigen Kinder im Fall einer Rückführung von der Mutter getrennt würden. In Frankreich bestehe mittlerweile ein Haftbefehl gegen sie, weswegen sie nach einer etwaigen Rückkehr nach Frankreich und Inhaftierung nicht mehr in der Lage wäre, sich um die Kinder zu kümmern. Am 26. April 2009 brachte sie beim Erstgericht zur Untermauerung ihres Vorbringens ein von der Jugendgerichtshilfe in Auftrag gegebenes kinderpsychiatrisches Gutachten vom 29. März 2009 ein, nach dem bei den Kindern als Folge offensichtlichen „übergriffigen“ Verhaltens des Vaters eine posttraumatische Erlebnis- und Belastungsstörung aufgetreten sei, wobei es dahingestellt bleiben könne, ob diese auf Kindesmissbrauch durch den Vater, auf Gewaltandrohung oder auf Entfremdungsversuche von der Mutter zurückzuführen seien. Gemäß einem weiteren von der Antragsgegnerin zum Akt gelegten kinderpsychiatrischen Gutachten vom 29. Juli 2010 würde jede örtliche Verbringung der Kinder bei diesen Panik- und Angstreaktionen auslösen. Eine Trennung von der Mutter sei zu vermeiden (beide Gutachten standen dem Rekursgericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung nicht zur Verfügung).

Aus der Aktenlage ergibt sich weiters, dass über die Abänderungsanträge und Anträge auf Abstandnahme von der Fortsetzung des Rückführungsverfahrens sowie die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens gesonderte erst- und teils auch zweitinstanzliche Entscheidungen (so zB ON 147) vorliegen. Diese Entscheidungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden außerordentlichen Revisionsrekurses. Über die Frage, ob die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens infolge der seit Ergehen der Rückführungsentscheidung eingetretenen Entwicklungen das Kindeswohl gefährdet, hat der Oberste Gerichtshof demnach im vorliegenden Verfahren nicht zu erkennen. Die Frage, ob nach der Rückführungsentscheidung vom 13. Oktober 2009, AZ 1 Ob 176/09b, eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die die Annahme einer schwerwiegenden Gefahr für die psychische Entwicklung der Kinder rechtfertigt, sollten diese der Mutter zwangsweise abgenommen und nach Frankreich rückgeführt werden, ist vielmehr im weiteren erstgerichtlichen Verfahren zu prüfen (zur Frage der Gefährdung des Kindeswohls siehe 2 Ob 103/09z; 2 Ob 90/10i; EGMR [Große Kammer] vom 6. 7. 2010, 41.615/07, *Neulinger* und *Shuruk v. Schweiz*, Zak 2010/570, 334).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. Oktober 2010
Dr. B y d l i n s k i
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: