

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

19.06.1997

Geschäftszahl

6Ob183/97y

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kellner, Dr.Schiemer, Dr.Prückner und Dr.Schenk als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Kinder Benjamin P*****, geboren 23.3.1988, und Isabella P*****, geboren 30.9.1994, derzeit bei der Mutter, Doris P*****, Angestellte, ***** infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des Vaters, Wolfgang P*****, Tischler, 8 A *****, Queensland, Australien, vertreten durch Dr.Mario Schiavon, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 21. März 1997, GZ 45 R 93/97b-43, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Liesing vom 29.November 1996, GZ 5 P 73/96i-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem am 9.5.1997 zur Post gegebenen Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Der am 13.5.1997 beim Erstgericht eingelangte (weitere) Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Text
Begründung:

Die Eltern der beiden Kinder sind österreichische Staatsbürger. Sie haben am 31.10.1987 anlässlich eines Urlaubes in Melbourne (Australien) geheiratet. Im September 1990 wanderten sie mit dem damals 2 1/2-jährigen Benjamin nach Australien aus. Seit Anfang 1995 hielten sie sich nach mehrfachen Wohnsitzänderungen, die überwiegend dadurch notwendig geworden waren, weil der Vater Auseinandersetzungen mit Nachbarn gesucht hatte, ständig in einem gemieteten Haus in Noosaville in der Provinz Queensland auf. Der Vater, der zu Beginn des Australienaufenthaltes als Tischler gearbeitet hatte, ging seit der Übersiedlung nach Noosaville keiner geregelten Beschäftigung nach. Nachdem die Mutter ihre im Februar 1991 an einem College aufgenommene Lehrtätigkeit während ihrer zweiten Schwangerschaft beendet hatte, bestritten die Eltern die Lebenshaltungskosten vorwiegend aus der Arbeitslosenunterstützung des Vaters und der ausgezahlten Familienbeihilfe. Schon kurze Zeit nach der Einreise in Australien traten zwischen den Eltern massive Spannungen auf, die durch übermäßigen Alkoholkonsum des Vaters und seine Suchtgiftabhängigkeit, - er baute zu deren Befriedigung selbst Marihuana im Garten an - verschärft wurden. Vorhaltungen der Mutter, die um die weitere Existenz in Australien fürchtete, ignorierte er. Nach wiederholten Tätlichkeiten des Vaters gegenüber der Mutter, vorwiegend in alkoholisiertem Zustand, und massiven Drohungen gegen die gesamte Familie nahm der Vater in den Sommermonaten 1995 psychotherapeutische Behandlung in Anspruch, die aber keine Besserung seines Zustandes brachte. Im November 1995 eskalierte die Situation im Haushalt der Eltern. Der Vater forderte die aus Österreich zu Besuch gekommenen Eltern der Mutter auf, diese nach Wien zurückzubringen, er werde die Scheidung anstreben und den Haushalt verlassen. In Anwesenheit der Kinder kam es zu Tätlichkeiten mit Verletzungsfolgen, die dazu führten, daß der Vater von der Polizei verhaftet und gegen ihn vom zuständigen

Magistrat eine bis 18.3.1998 gültige protection order against domestic violence (vergleichbar einer einstweiligen Verfügung mit dem Gebot, sich jeder Gewalt zu enthalten und dem Verbot, die Familienwohnung ohne gerichtliche Verfügung oder schriftliches Einverständnis zu betreten) erlassen wurde. Aus Furcht vor weiteren Übergriffen des Vaters zog die Mutter mit den Kindern und ihren Eltern in ein Hotel. Da der Vater immer wieder in den ehelichen Haushalt zurückkehrte, übersiedelte die Mutter, um Übergriffe zu vermeiden, mit den Kindern am 22.12.1995 für rund vier Wochen in ein Frauenhaus in Brisbane und in weiterer Folge nach Caloundra. Da sie ihre Aussichten, eine Beschäftigung und gleichzeitig eine geeignete Aufsicht und Betreuung für die Kinder zu finden, um diesen stabile Lebensverhältnisse zu bieten, als düster einschätzte, entschloß sie sich Anfang März 1996 zu einer Rückkehr nach Österreich. Seit 15.3.1996 hält sie sich mit ihren Kindern ständig in der Wohnung der Großeltern im 23. Wiener Gemeindebezirk auf. Benjamin besucht seither die Volksschule und hat sich in die neuen Lebensverhältnisse gut integriert, Isabella hat seit September 1996 einen Krippenplatz in einem Kindergarten. Die Kinder werden von der Mutter und den Großeltern liebevoll und umfassend betreut. Die Lebensverhältnisse der Kinder dienen ihrem Interesse und ermöglichen eine günstige Entwicklung.

Mit Beschluß des Erstgerichtes vom 16.7.1996 wurde der Mutter die vorläufige Obsorge für die beiden Kinder übertragen, um eine Stabilisierung der Lebensverhältnisse der Kinder unter Hintanhaltung einer weiteren Beeinträchtigung ihrer Interessen zu erreichen und die Vertretungsbefugnis der Mutter gegenüber Behörden und Schule sicherzustellen. Mit Beschluß vom 3.9.1996 wurde die Streichung der Eintragung von Benjamin im Reisepaß des Vaters angeordnet, weil dieser massive Drohungen ausgestoßen und angekündigt hatte, "sich sein Recht selbst zu holen".

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Liesing vom 30.9.1996, das ohne Erhebung eines Rechtsmittels des Vaters in Rechtskraft erwachsen ist, wurde die Ehe der Eltern wegen Alleinverschuldens des Vaters geschieden.

Am 16.8.1996, beim Erstgericht eingelangt am 21.10.1996, stellte der Vater ein Gesuch im Sinne der Haager Konvention über die zivilen Aspekte der internationalen Entführung Minderjähriger zwecks Rückführung der aus Australien entführten Kinder. Zur Begründung des Antrages gab er an, seine Frau sei im Dezember 1995 aus der Ehwohnung ausgezogen, habe einige Zeit in einem Frauenhaus in Queensland gewohnt, der weitere Aufenthalt sei nicht bekannt gewesen. Der Vater habe Mitte März 1996 "die Scheidungspapiere aus Wien" erhalten, aber bis Juli 1996 nicht bestätigen können, daß die Mutter ohne seine Erlaubnis die Kinder für immer nach Österreich mitgenommen habe. Er werde, wenn es notwendig sei, die Flugkosten zahlen, "sein Geld stehe ihm im Moment nicht zur Verfügung", er sei imstande, als Möbeltischler genügend Einkommen zu verdienen, um für seine Kinder sorgen zu können, er sei dabei, sein Geschäft nach Pomona zu verlegen und werde dort auch wohnen und für die Kinder sorgen können. Aus einer im Zuge des Unterhaltsfestsetzungsverfahrens vom Vater, der die Bekanntgabe seiner tatsächlichen Wohnanschrift trotz Befragens verweigerte und nur eine Zustelladresse angab, übermittelten Einkommensbestätigung geht hervor, daß seine Einkünfte vom 1.7.1995 bis 30.6.1996 aus Sozialunterstützung resultierten.

Die Mutter trat dem Antrag im wesentlichen mit einem den Feststellungen entsprechenden Vorbringen entgegen.

Mit Beschluß vom 29.11.1996 wies das Erstgericht unter Zugrundelegung des eingangs wiedergegebenen Sachverhaltes den Antrag des Vaters, die beiden Kinder nach den Bestimmungen des HKÜ nach Australien zurückzuführen, ab.

Das Übereinkommen bezwecke die sofortige Rückkehr widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder und solle eine Beachtung des in einem Vertragsstaat bestehenden Sorgerechtes gewährleisten. Sei ein Kind im Sinne des Art 3 des Übereinkommens widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden und noch kein Jahr verstrichen, habe das Gericht des Vertragsstaates, in dem sich das Kind befinde, vorbehaltlich der Ablehnungsgründe des Art 13 dessen sofortige Rückgabe gemäß Art 12 anzuordnen. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Rückführung der Kinder nach Australien seien nicht verwirklicht, weil das Erstgericht nach massiver Gefährdung des Kindeswohles durch den Vater diesem gemäß § 176 Abs 1 ABGB mit Beschluß vom 16.7.1996, also schon vor Antragstellung nach dem Übereinkommen die (gemeinsame) Obsorge entzogen und vorläufig der Mutter allein übertragen habe. Eine widerrechtliche Zurückhaltung der Kinder durch die Mutter liege daher nicht vor. Überdies sei aufgrund der Verfahrensergebnisse davon auszugehen, daß die Rückgabe der Kinder an den Vater mit einer gravierenden Gefährdung ihres Wohles verbunden wäre, weil sie zur Aufgabe ihrer stabilisierten und günstigen Lebensverhältnisse im Haushalt der Mutter unter gleichzeitiger Begründung einer im höchsten Maße zweifelhaften und unsicheren Entwicklung im Haushalt des Vaters gezwungen würden, dessen Verhaltensweisen bereits in der Vergangenheit geeignet gewesen seien, die Kinder zu gefährden und zu irritieren. Eine solche Vorgangsweise würde dem Interesse der Kinder entschieden widersprechen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters keine Folge. Es verneinte eine Nichtigkeit oder Mangelhaftigkeit des erstgerichtlichen Verfahrens und billigte die getroffenen Feststellungen. Der Vater sei am Verfahren durch

einen für ihn bestellten Vertreter ordnungsgemäß beteiligt gewesen und habe auch in seinem Rechtsmittel den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen keine eigene Schilderung der relevanten Vorgänge entgegengesetzt, sondern lediglich die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen bestritten. Er habe anlässlich der versuchten Zustellung des Antrages der Mutter auf Übertragung der Obsorge samt Aufforderung des Gerichtes zur Äußerung die Annahme der Schriftstücke verweigert, sodaß das Erstgericht davon habe ausgehen können, Beweisaufnahmen unter Beiziehung des Vaters seien mit beträchtlichen Schwierigkeiten und Verzögerungen verbunden. Überdies sei das Scheidungsurteil, das die hier getroffenen Sachverhaltsfeststellungen bestätige, in Rechtskraft erwachsen. Der Vater habe telefonisch trotz Befragens seine aktuelle Anschrift nicht bekanntgegeben. Durch die vorläufige Übertragung der alleinigen Obsorge an die Mutter mit Beschluß des Erstgerichtes vom 16.7.1976, der sofort rechtswirksam geworden und vor Antragstellung des Vaters nach dem HKÜ ergangen sei, könne ein Rückführungsauftrag nicht mehr erlassen werden. Überdies sei auch den Ausführungen des Erstgerichtes über die gravierende Gefährdung des Kindeswohles zuzustimmen.

Das Rekursgericht sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs mangels der Voraussetzungen des § 14 Abs 1 AußStrG nicht zulässig sei.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig, weil die Vorinstanzen Art 17 des Übereinkommens vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ), zu welchem eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fehlt, nicht beachtet haben; er ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Auch im Außerstreitverfahren gilt der Grundsatz, daß eine gerügte, vom Rekursgericht aber verneinte Nichtigkeit oder ein von ihm verneinter Mangel des Verfahrens erster Instanz mit Revisionsrekurs nicht mehr geltend gemacht werden können. Der Rechtsmittelwerber ist aber darauf zu verweisen, daß ein Mangel des rechtlichen Gehörs im Außerstreitverfahren in erster Instanz behoben wird, wenn die Gelegenheit bestand, den eigenen Standpunkt im Rekurs zu vertreten. Gemäß Art 19 HKÜ ist eine über die Rückgabe des Kindes getroffene Entscheidung nicht als Entscheidung über das Sorgerecht anzusehen. Die Vertragsstaaten wenden zur Erreichung der sofortigen Rückgabe des Kindes ihre schnellstmöglichen Verfahren an (Art 2 HKÜ). Die zwingende Anhörung des Antragstellers würde - unabhängig von der tatsächlichen Verfahrensdauer - dem Wesen eines derart eilbedürftigen Verfahrens widersprechen. Der Vater, für den bereits im erstinstanzlichen Verfahren ein Vertreter zur Wahrung seiner Interessen bestellt wurde, hat auch in seinem Rekurs die Gelegenheit, den eigenen Standpunkt darzulegen, nicht wahrgenommen und sich auf die Bestreitung der getroffenen Feststellungen beschränkt. Zu Recht hat das Rekursgericht daher eine Nichtigkeit oder einen Verfahrensmangel verneint.

Zutreffend wird vom Revisionsrekurswerber aber gerügt, daß die Vorinstanzen ihre abweislichen Entscheidungen vor allem darauf gestützt haben, wegen der vor Antragstellung erfolgten vorläufigen Übertragung der alleinigen Obsorge auf die Mutter, fehle es schon an einem widerrechtlichen Verbringen der Kinder im Sinne des Art 3 HKÜ. Bei der Beurteilung, ob das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes widerrechtlich ist, nämlich dann, 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, ist auf den Zeitpunkt des Verbringens abzustellen. Nach australischem Recht kommt während aufrechter Ehe, ebenso wie in Österreich, die Obsorge beiden Eltern gemeinsam zu. Die Rückkehr der Mutter mit den Kindern nach Österreich ohne Zustimmung des mitobsorgeberechtigten Vaters und ohne diesen zu benachrichtigen, erfüllt den Tatbestand des Art 3 lit a HKÜ. Erklärtes Ziel des Übereinkommens ist es, die internationale Zusammenarbeit bei Kindesentführungen zu verstärken, um das gestörte Sorgeverhältnis so rasch wie möglich wiederherzustellen (EB 485 BlgNR 17. GP 30). Es soll verhindert werden, daß jemand mehr oder weniger künstliche internationale Zuständigkeitsverbindungen schafft, um auf diesem Weg das anzuwendende Recht zu verfälschen und eine für ihn günstige gerichtliche Entscheidung zu erlangen (EB aaO 37). Aus diesem Grund hat demnach der Wunsch den Vorrang erhalten, die Wiederherstellung der durch den Entführer veränderten Situation zu garantieren (EB aaO 38). So ist in Art 16 HKÜ festgelegt, daß die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Vertragsstaates, in den ein Kind verbracht oder in dem es zurückgehalten wurde, denen das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes im Sinne des Art 3 mitgeteilt worden ist, eine Sachentscheidung über das Sorgerecht erst treffen dürfen, wenn entschieden ist, daß das Kind aufgrund dieses Übereinkommens nicht zurückzugeben ist. Im vorliegenden Fall war der Rückführungsantrag zum Zeitpunkt der Entscheidung über die vorläufige Obsorge zwar noch nicht bekannt, doch bestimmt Art 17 des Übereinkommens, daß der Umstand, daß eine Entscheidung über das Sorgerecht im ersuchten Staat ergangen oder dort anerkannt ist, für sich genommen keinen Grund darstellt, die Rückgabe eines Kindes nach Maßgabe dieses Übereinkommens abzulehnen. Die

Gerichte oder Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates können jedoch bei der Anwendung des Übereinkommens die Entscheidungsgründe berücksichtigen. Die Abweisung des Rückführungsantrages durfte daher nicht (für sich genommen) auf die vorangegangene Obsorgeentscheidung in Österreich gestützt werden. Da das Verbringen eines Kindes gelegentlich aber aus objektiven Gründen gerechtfertigt sein kann, die entweder seine Person oder seine nächste Umgebung berühren, läßt das Übereinkommen bestimmte Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung der Staaten zu, die sofortige Rückgabe der widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kinder sicherzustellen (EB aaO 39). Diese Ausnahmen sind in Art 13 Abs 1 des Übereinkommens enthalten. Die getroffenen Feststellungen erwecken schon ernste Zweifel, ob der Vater das ihm gemeinsam mit der Mutter zustehende Sorgerecht zum Zeitpunkt des Verbringens iS des Art 13 Abs 1 lit a HKÜ überhaupt tatsächlich ausgeübt hat; jedenfalls liegt der Ausnahmetatbestand des Art 13 Abs 1 lit b hier vor. Danach ist die zuständige Behörde - ungeachtet der grundsätzlichen Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe des Kindes (Art 12 Abs 1) - dann nicht verpflichtet, die Rückgabe anzuordnen, wenn (ua) die Person, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, daß die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß das konkrete Kindeswohl (sogar noch im Vollstreckungsverfahren nach einem stattgebenden Rückführungsbeschluß, vgl 4 Ob 2288/96s) den Vorrang vor dem vom Übereinkommen angestrebten Ziel hat, Kindesentführungen ganz allgemein zu unterbinden. Der Nachweis solcher Gefahren, insbesondere einer unzumutbaren Lage, in die die Kinder bei einer Rückführung gebracht würden, ist der Mutter nach den den Obersten Gerichtshof bindenden Tatsachenfeststellungen gelungen. Das Verhalten des Vaters vor der Rückkehr der Mutter nach Österreich mit den Kindern (die Verwendung des Wortes "Entführung" nach dem hier vorliegenden Sachverhalt scheint nicht angebracht) und seine tatsächlichen Lebensumstände lassen schwerwiegende Schäden für die Kinder befürchten. Der festgestellte Alkohol- und Drogenmißbrauch sowie die Tätlichkeiten gegen die Mutter im Beisein der Kinder, die sogar zu behördlichen Sofortmaßnahmen gegen die von ihm ausgeübte Gewalt in der Familie geführt haben, beweisen die mangelnde Erziehungs- und Betreuungseignung des Vaters. Dieser geht sogar nach seinen eigenen Angaben (noch) keiner geregelten Beschäftigung nach, sondern lebt von Sozialunterstützung. Auch eine Wohnung stellt er erst für die Zukunft in Aussicht. Wie die Betreuung der Kinder durch ihn allein tatsächlich auch nur einigermaßen gewährleistet sein könnte, Isabella ist noch nicht einmal drei Jahre alt, vermag der Vater auch in seinem Rückführungsantrag nicht anzugeben. Demgegenüber haben sich die Kinder in Österreich eingelebt und werden von Mutter und Großeltern liebevoll betreut. Daß solche Umstände nicht berücksichtigt werden dürften, wenn sie erst durch einen längeren Aufenthalt im Verbringungsland bedingt sind, besagt das Übereinkommen nicht. Eine lange Verfahrensdauer über einen Rückführungsantrag entspricht zwar nicht dem Übereinkommen, diesem widerspräche es aber auch, eine besondere unzumutbare Lage, die die Rückgabe herbeiführen würde, bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen (7 Ob 576/93). Schließlich ist auch zu bedenken, daß zum Zeitpunkt der Antragstellung das Scheidungsverfahren der Eltern bereits eingeleitet und die Scheidung der Ehe inzwischen rechtskräftig geworden ist, sodaß die bisher bestandenen Sorgeverhältnisse (gemeinsame Obsorge der Eltern) nicht mehr in Betracht kommen, vielmehr unter Einbindung des Vaters über die endgültige Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil zu entscheiden sein wird.

Da die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art 13 lit b auch unter Anlegung eines strengen Beurteilungsmaßstabes vorliegen, mußte der vom Vertreter des Vaters eingebrachte Revisionsrekurs im Ergebnis erfolglos bleiben.

Auch im Außerstreitverfahren gilt der Grundsatz der Einmaligkeit eines Rechtsmittels. Das Rechtsmittelrecht wurde daher durch die Erhebung des Revisionsrekurses des Vaters, vertreten durch seinen Verfahrenshelfer konsumiert. Der weitere, vom Vater persönlich mittels Fax an das Rekursgericht übermittelte Revisionsrekurs war daher ohne Durchführung eines Verbesserungsverfahrens zurückzuweisen.