



---

<http://www.incatat.com/> ref.: HC/E/AT 563  
[27/10/1993; Oberster Gerichtshof (Austria); Superior Appellate Court]  
7Ob596/93, Oberster Gerichtshof, 27/10/1993

---

#### **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 der Minderjährigen P.A., und PU.A., infolge Revisionsrekurses des ehelichen Vaters P.E.A., Illinois \*\*\*\*\*, USA, vertreten durch Dr.Wolfgang Graziani-Weiss, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 2.September 1993, GZ 18 R 538/93-28, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Linz vom 27.Mai 1993, GZ 2 P 117/92-20, bestätigt wurde, folgenden Beschluß gefaßt:**

#### **Begründung:**

**Die Eltern des mj. P.A. und des mj. PU.A. haben am 18.5.1983 in Österreich geheiratet. Im Oktober 1988 übersiedelte die Familie in die USA. Im Dezember 1989 verließ die Mutter die Familie. Bis Mitte des Jahres 1990 blieben die Minderjährigen beim Vater. In der zweiten Hälfte des Jahres 1990 wurden die Kinder von der Mutter betreut. Zu Beginn des Jahres 1991 mußte die Mutter die Kinder wegen ihrer starken beruflichen Beanspruchung wieder dem Vater übergeben. Am 26.3.1991 wurden die Eltern der Kinder vom Circuit Court of Cook County/Illinois geschieden. Sie vereinbarten, daß ihnen die gemeinsame gesetzliche Obsorge über die Minderjährigen zukomme, wobei der Vater die physische Obsorge über die Kinder haben sollte, weil sie mit ihm gemeinsam wohnen. Der Scheidungsvergleich enthält eine detaillierte Besuchsrechtsregelung für die Mutter. Kein Elternteil sollte ohne Zustimmung des anderen berechtigt sein, die Kinder auf Dauer aus dem Jurisdiktionsbereich des Gerichtes zu entfernen.**

**Anfang Juli 1992 ersuchte der Vater die Mutter, die Kinder für zwei Wochen zu sich zu nehmen, damit er eine Hochzeitsreise unternehmen könne. Am 17.7.1992 flog die Mutter mit beiden Kindern in der Absicht nach Linz, für immer in Österreich zu bleiben und die Kinder bei sich zu behalten. Sie beantragte am 8.9.1992 beim Erstgericht, ihr die Obsorge für die Kinder zu übertragen.**

**Am 20.8.1992 beantragte der weiterhin in Illinois lebende Vater unter Berufung auf das Übereinkommen vom 25.10.1980, BGBl 1988/512, über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung die Rückführung der Kinder nach Illinois. Die Mutter habe die Minderjährigen entgegen der Scheidungsvereinbarung widerrechtlich nach Österreich verbracht.**

**Die Mutter trat dem Antrag entgegen. Die Entführung sei nicht rechtswidrig gewesen, weil die Kinder der Gefahr der Verwahrlosung ausgesetzt gewesen wären. Die Rückgabe wäre mit der schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens der Kinder verbunden. Beide Minderjährigen hätten sich in Österreich gut eingelebt und fänden sich mit den neuen Lebensverhältnissen gut zurecht.**

Das Erstgericht wies den Antrag des Vaters - nach rund neunmonatiger Verfahrensdauer - ab. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es noch folgende Feststellungen: Am 17.7.1992 nahm die Mutter mit ihren Kindern zunächst bei ihren Eltern in Linz Quartier. Ende August 1992 übersiedelte sie in eine Wohneinheit des städtischen Mutter-Kind-Hauses. Der mj. P. besucht die Volksschule in Linz; er ist auch in einem Hort integriert und akzeptiert. Der mj. PU. Hält sich tagsüber in einem Kindergarten auf. Die Buben haben sich rasch an die neue Umgebung angepaßt, haben zu einzelnen Kindern Kontakte und empfinden Hort bzw Kindergarten als Ort der Geborgenheit. Ihr guter geschwisterlicher Kontakt bietet ihnen in der gegenwärtigen Lebenssituation eine seelische Stütze. Wegen der Beziehungssicherheit, die die Mutter bietet, besteht daher eine gute Basis für ihre altersgemäße Entwicklung. Ihre derzeitige Lage ist die stabilste seit ihrer Geburt. Die positive Entwicklung hat sich in den letzten Monaten verstärkt. Würden die Minderjährigen aus dem nunmehr vertrauten Umfeld herausgerissen und mit einem neuerlichen Umgebungswechsel sowie mit der Trennung von der Mutter als wichtigster Bezugsperson konfrontiert, wäre mit einer psychischen Gefährdung in erheblichem Ausmaß zu rechnen. Gegen die Mutter wurde über Betreiben des Vaters in den USA ein Haftbefehl wegen Kindesentführung erlassen.

In rechtlicher Hinsicht erachtete das Erstgericht den Ausnahmetatbestand des Art 13 lit b des Übereinkommens für gegeben, weil die Rückgabe der widerrechtlich entführten Kinder mit der schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens verbunden wäre.

Das Rekursgericht bestätigte den Beschluß des Erstgerichtes und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es verneinte die in der Unterlassung seiner weiteren Verfahrensbeteiligung vom Vater als Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickte Nichtigkeit sowie das Vorliegen von Verfahrensmängeln, übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes zur nunmehrigen Situation der Kinder sowie zur Frage ihrer Gefährdung im Falle einer Rückführung und trat auch der Rechtsansicht des Erstgerichtes über das Vorliegen des genannten Ausnahmetatbestandes des Übereinkommens bei. Wohl habe das Verfahren – insbesondere wegen der Verzögerung bei der Einholung des psychologischen Gutachtens - mehrere Monate gedauert. Fest stehe aber, daß jedenfalls jetzt die Rückführung der Kinder mit den in Art 13 lit b des Übereinkommens genannten Gefahren verbunden wäre. Das Übereinkommen verpflichte zwar die Vertragsstaaten, zur Erreichung der sofortigen Rückgabe des entführten Kindes ihre schnellstmöglichen Verfahren anzuwenden. Habe aber ein Verfahren dennoch längere Zeit in Anspruch genommen und habe sich während dieser Zeit das entführte Kind in der neuen Umgebung so eingelebt, daß mit der Rückgabe eine schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens verbunden wäre, dann müsse der genannte Ausnahmetatbestand auch angewendet werden.

#### Rechtssatz

Der dagegen vom Vater erhobene Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Wie auch der erkennende Senat in seiner Entscheidung 7 Ob 573/90 bereits ausgeführt hat, bildet die Verletzung des rechtlichen Gehörs zwar auch im Außerstreitverfahren eine Nichtigkeit (EFSIlg 52.796 uva); der Mangel rechtlichen Gehörs im Außerstreitverfahren in erster Instanz wird aber behoben, wenn die Gelegenheit bestand, den eigenen Standpunkt im Rekurs zu vertreten (EFSIlg 16.707). Gemäß Art 19 des Übereinkommens vom 25.10.1980, BGBl 1988/512, über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung ist aber 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 des Übereinkommens). Die zwingende Anhörung des Antragstellers würde - unabhängig

von der tatsächlichen Verfahrensdauer - dem Wesen eines derart eilbedürftigen Verfahrens widersprechen. Wie neuerdings aber der erste Senat des Obersten Gerichtshofes in 1 Ob 580/92 (NRsp 1992/247) ausgesprochen hat, liegt der Anfechtungsgrund des § 15 Z 1 AußStrG - daß nämlich der Beschluß des Rekursgerichtes nichtig ist - dann nicht vor, wenn die behauptete Nichtigkeit nur dem Verfahren erster Instanz anhaftet, ohne auf das Verfahren zweiter Instanz fortzuwirken. Folgt man dieser Ansicht, ist auf die behauptete Nichtigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens nicht einzugehen.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens (§ 15 Z 2 AußStrG) liegt nicht vor (§ 16 Abs 3 AußStrG; § 510 Abs 3 ZPO).

Soweit der Vater die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen bekämpft, ist er darauf zu verweisen, daß der Oberste Gerichtshof auch im Außerstreitverfahren nur Rechts-, nicht aber Tatsacheninstanz ist (EFSIlg 61.397 uva; Petrasch, Der Weg zum Obersten Gerichtshof nach der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1989, ÖJZ 1989, 743 ff [753]). § 15 AußStrG idF der WGN 1989 - welcher die Revisionsrekursgründe erschöpfend aufzählt - sieht ebenso wie § 503 ZPO den Rechtsmittelgrund der unrichtigen Beweiswürdigung und unrichtigen Tatsachenfeststellungen nicht vor.

In seiner Rechtsrüge bekämpft der Vater die Auffassung der Vorinstanzen, die Rückgabe der Minderjährigen wäre im vorliegenden Fall mit der schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens für die Kinder verbunden. Außerdem hätte das Einleben der Kinder in ihrer neuen Umgebung, welches nur durch die lange Verfahrensdauer ermöglicht worden sei, nach dem Übereinkommen nicht berücksichtigt werden dürfen. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden:

Mit Recht sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß das Verbringen der Minderjährigen rechtswidrig im Sinne des Art 3 lit a und b des Übereinkommens war. Nach Art 1 des Übereinkommens ist es dessen Ziel, ua die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen. Als widerrechtlich gilt gemäß Art 3 sowohl das Verbringen als auch das Zurückhalten eines Kindes, wenn a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das (ua) einer Person 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. Im Hinblick auf die zwischen den Eltern vor einem Gericht in Illinois getroffene Obsorgevereinbarung kam dem Vater das Sorgerecht an den Minderjährigen zu. Auch trifft es zu, daß die USA, in denen die Minderjährigen ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hatten (Art 4 des Übereinkommens), zu den Vertragsstaaten gehören (EB 485 BlgNR 17.GP 30). Erklärtes Ziel des Übereinkommens ist es, die internationale Zusammenarbeit bei Kindesentführungen zu verstärken, um das gestörte Sorgeverhältnis so rasch wie möglich wiederherzustellen (EB aaO 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 37); aus diesem Grund hat demnach der Wunsch den Vorrang erhalten, die Wiederherstellung der durch den Entführer veränderten Situation zu garantieren (EB 38). Bei der Schaffung des Übereinkommens war man sich aber auch bewußt, daß das Verbringen eines Kindes gelegentlich aus objektiven Gründen gerechtfertigt sein kann, die entweder seine Person oder seine nächste Umgebung berühren; das Übereinkommen läßt daher bestimmte Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung der Staaten zu, die sofortige Rückgabe der widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kinder sicherzustellen (EB 39).

Eine der Ausnahmen ist in Art 13 Abs 1 lit b des Übereinkommens enthalten. Danach ist die zuständige Behörde - ungeachtet der grundsätzlichen Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe des Kindes (Art 12 Abs 1 des Übereinkommens) - dann nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes 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. Nach den den Obersten Gerichtshof bindenden Tatsachenfeststellungen wäre aber die Rückgabe mit einer schwerwiegenden psychischen Gefährdung der Minderjährigen verbunden. Es trifft zwar zu, daß die Formulierung dieser Ausnahmebestimmungen nicht extensiv ausgelegt werden dürfen. Nach den Feststellungen liegen hier aber die darin genannten Gefahren im Falle der Rückgabe vor. Daß sie dann nicht berücksichtigt werden dürften, wenn sie erst durch einen längeren Aufenthalt im Verbringungsland bedingt sind, besagt das Übereinkommen nicht. Wohl entspricht eine lange Verfahrensdauer über einen Rückführungsantrag nicht dem Übereinkommen; es widerspräche aber auch dem Übereinkommen, eine besondere Gefahrensituation, die die Rückgabe herbeiführen würde, bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen.

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

---

[\[http://www.incadat.com/\]](http://www.incadat.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](#)**