

Zeitschrift für

EHE- UND FAMILIENRECHT



Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

Mai 2010

03

89 – 128

Aktuelles

Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010

Arno Engel ➔ 92

Beiträge

**Einige rechtliche Aspekte des
„Komatrinkens“ (Teil I)**

Barbara C. Steininger und Karl Stöger ➔ 93

Die Erhöhung der Gerichtskommissionsgebühren

gemäß § 5 GKTG *Gernot Fellner* ➔ 100

EF Kurz gesagt

Altes und Neues zur Kindesentführung

Marco Nademleinsky ➔ 104

Rechtsprechung

„Schnellebiges“ Ehe- und Liebesleben ➔ 109

Doppelehe – § 45 EheG macht's möglich ➔ 109

Die Tapetentür in die Freiheit ➔ 116

„Das wirst du noch teuer bezahlen!“ –

Anlass für Gewaltschutz? ➔ 119

Keine Antragszustimmung per Telefon ➔ 122

Checkliste

Verlassenschaftsinventar *Johann Höllwerth* ➔ 125

EF Kurz gesagt

Altes und Neues zur Kindesentführung

EF-Z 2010/64

Sowohl in Rsp als auch L erscheint derzeit str, ob die Rückgabe eines entführten Kindes nach dem HKÜ¹⁾ die Rückführung in das Staatsgebiet des Herkunftsstaats oder die Rückgabe an den beraubten Elternteil²⁾ bedeutet. Je nachdem fällt die Antwort, ob die Rückführung wegen Gefährdung des Kindeswohls (Art 13 Abs 1 lit b HKÜ) versagt werden kann (muss), unterschiedlich aus. Eine Rückgabe in einen Staat als solchen wird wohl schwer jemals das Kindeswohl gefährden,³⁾ eine Rückgabe an den gewalttätigen Vater schon.

Die hL⁴⁾ und Rsp⁵⁾ folgen der erstgenannten Auslegung (Rückführung in das Staatsgebiet des Herkunftsstaats) mit der wesentlichen Begründung, dass andernfalls die E über das Sorgerecht unzulässig vorweggenommen und damit der eigentliche Zweck des HKÜ vereitelt würde. Die ggt Ansicht⁶⁾ führt für sich ins Treffen, dass Art 13 Abs 1 lit b HKÜ⁷⁾ eines jeglichen praktischen Anwendungsbereichs beraubt wäre, würde man nur auf die Rückgabe in das Staatsgebiet abstellen. Eine solche Auslegung verbiete sich.

Ausgehend von der Rechtsansicht der hL und Rsp und ohne Anspruch auf eine weitergehende dogmatische Begründung hierfür⁸⁾ zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass den – völlig berechtigten – Bedenken der „gegenteiligen Ansicht“, die sich für eine Rückgabe an den Elternteil ausspricht, aus folgenden Gründen durchaus Rechnung getragen werden kann.

Rückkehr zum Vater oder in das Herkunftsland?

Die jüngste, von der hRsp abweichende E 6 Ob 242/09 w zeichnet sich dadurch aus, dass zw der Entführung der beiden Kinder durch die Mutter aus den USA nach Österreich und der Entscheidung des österr Gerichts über die Rückführung ein BG in den USA

dem Vater die alleinige Obsorge rechtskräftig zugesprochen hat. Zugleich wurde im Rückführungsverfahren festgestellt, dass der Vater „alberne sexuelle Spielereien“ mit den Kindern unternommen hat; die Kinder waren sexuell verhaltensauffällig. Nun wird zwar der Vorwurf des Kindesmissbrauchs durch den Vater oft erhoben und selten erwiesen. Es wäre aber bei dieser Konstellation absurd, die „Rückführung in das Staatsgebiet“ anzuordnen und auszublenken, dass dies faktisch natürlich die Rückgabe der Kinder an den Vater bedeutet. In 6 Ob 242/09 w wurde dies zutr erkannt und durch Ablehnung der Rückführung gelöst. Man hätte dafür aber nicht die bisherige Rsp „uminterpretieren“ und abstreiten müssen, dass „Rückgabe“ eben doch die „Rückgabe in das Staatsgebiet“ bedeutet. Hingegen wurde in der E 1 Ob 176/09 b die Bedeutung der einstweiligen Sorgerechtsübertragung auf den in Frankreich verbliebenen Vater leider gar nicht erwogen. Grenzwertig war sicher der Sachverhalt in der E „Evangelos“, wo das LG Naxos dem Vater zwar nicht das alleinige Sorgerecht übertragen,

1) Haager Übk über zivilrechtliche Aspekte internationaler Kindesentführung, v 25. 10. 1980, BGBl 1988/512.

2) Das ist international in $\frac{2}{3}$, bei Entführungen nach Österreich in $\frac{3}{4}$ der Fälle der Vater. Er steht daher im Folgenden synonym für den „beraubten“ Elternteil.

3) Ausgenommen vielleicht in Länder wie Zimbabwe odgl.

4) *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007) Rz 09.10 mwN; *Fucik*, Anmerkung zu 5 Ob 47/09 m, iFamZ 2009/216 sowie *Fucik*, Anmerkung zu 2 Ob 103/09 z, iFamZ 2009/253 = Zak 2009/574.

5) 5 Ob 47/09 m; 2 Ob 103/09 z; 1 Ob 176/09 b; vgl zuletzt offenlassend, aber – wie zu zeigen ist – absolut zutr 1 Ob 163/09 s.

6) *Spitzer*, Anmerkung zu 2 Ob 103/09 z EvBl 2009/155; 6 Ob 242/09 w.

7) Und auch – das wurde allerdings noch nicht argumentiert – Art 11 Abs 4 Brüssel II a-VO.

8) Ausgenommen vielleicht jener, dass schon nach der Präambel des HKÜ die „Rückgabe in den Staat“ zu erfolgen hat.

doch immerhin die Mutter dazu verurteilt hat, das Kind an seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Santorin zurückzubringen.

Es bleibt aber als Zwischenergebnis festzuhalten, dass eine im Herkunftsstaat ergangene Sorgerechtsentscheidung zugunsten des beraubten Elternteils einen Anwendungsfall des Art 13 Abs 1 lit b HKÜ darstellen kann, der zur Ablehnung der Rückgabe führt. Zugleich ist damit bei Entführungen innerhalb der EU der Anwendungsbereich des Art 11 Abs 4 Brüssel II a-VO eröffnet; die für die Rückführung zuständigen Gerichte werden aktiv auf die Beseitigung solch suspekter Sorgerechtsentscheidungen hinzuwirken haben.

Rückkehr mit oder ohne Mutter?

In vielen Fällen, insb bei jungen Kindern, wird deren Trennung von der Mutter das Kindeswohl sehr konkret gefährden. Diese Gefahr abzuwenden und eigene Nachteile in Kauf zu nehmen, ist grds Aufgabe der Mutter, die sich andernfalls nicht auf die Gefahr für das Kind berufen kann.⁹⁾ Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Abgesehen von der Frage, wie mit einer der Mutter drohenden Haftstrafe umzugehen ist,¹⁰⁾ gilt es nämlich zu berücksichtigen, dass durch eine Rückführung des Kindes ohne Begleitung der Mutter in das nach Art 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben eingegriffen wird. Um diesen Eingriff zu rechtfertigen, bedarf es eines „gerechten Ausgleichs“ zw den Interessen des Kindes und jenen der Eltern.¹¹⁾ Dabei ist auch zu berücksichtigen, inwiefern der Mutter eine Rückkehr in den Herkunftsstaat zumutbar ist.¹²⁾

Festzuhalten ist damit, dass die Gerichte bei ihrer Rückführungsentscheidung – freilich unter Anlegung eines strengen Maßstabs – auch zu berücksichtigen haben, inwiefern der Mutter eine Rückkehr in den Herkunftsstaat zumutbar ist. Wiederum haben die Gerichte auf die Beseitigung von Umständen, die der Mutter die Rückkehr allenfalls unzumutbar machen würden, gem Art 11 Abs 4 Brüssel II a-VO hinzuwirken. Für die Anordnung solcher Schutzmaßnahmen besteht mE ein weiter Handlungsspielraum;¹³⁾ denn es ist auch zu bedenken, dass Auflagen, die erst im Vollstreckungsverfahren geschaffen werden, möglicherweise dem Grundsatz widersprechen, dass nach dem HKÜ der Entführungsstaat „alles bereitstellen“ muss, um die Rückführung zu gewährleisten.¹⁴⁾

Die vorgenannten Überlegungen finden erfreulicherweise in einer der letzten E zum HKÜ Deckung. In 1 Ob 163/09 s wurde – soweit ersichtlich – zum ersten Mal ausgesprochen, dass eine Rückführung nicht abgelehnt werden kann, wenn „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“. Damit wurde mE implizit Art 8 EMRK berücksichtigt.

Am Ende alles Makulatur?

Spätestens seit der E des EuGH in der Rs *Rinau*¹⁵⁾ steht fest, dass innerhalb Europas bei negativer – selbst noch nicht rk! – Rückführungsentscheidung die Zuständigkeit für eine *neuerliche* Rückführungsentscheidung auf die Gerichte, die für die Obsorgeentscheidung zuständig sind, also die Gerichte im Herkunftsstaat, übergeht (Art 11 Abs 8 Brüssel II a-VO).¹⁶⁾ Stellen die Gerichte im Herkunftsstaat eine Bescheinigung nach Art 42 der VO aus, ist die E im Entführungsstaat unmittelbar vollstreckbar.

Will ein österr ErstG diesen Zuständigkeitsübergang verhindern, kann dies nur durch eine stattgebende Rückführungsentscheidung erfolgen; eine solche E kann nach Maßgabe von Art 11 Abs 4 Brüssel II a-VO getroffen werden. Nur bei verweigerter Rückgabe geht die Zuständigkeit über, nicht bei einer positiven Entscheidung unter Auflagen.

Fazit

Im Detail liegt leider noch vieles im Dunkeln. Die Entwicklung der Rsp zur Kindesentführung bleibt daher weiter spannend. Dass aber „Rückgabe“ iSd HKÜ die „Rückgabe in das Staatsgebiet“ bedeutet, sollte außer Streit gestellt werden. Den Bedenken, ob das Kind damit nicht zum beraubten Elternteil zurückkommt oder von der Mutter getrennt werden muss, kann im aufgezeigten Sinn durch eine E unter Auflagen Rechnung getragen werden.

Siehe zum HKÜ auch EF-Z 2010/91 und 92, S 123 ff in diesem Heft.

Marco Nademleinsky

9) Vgl *Nademleinsky/Neumayr*, IFR Rz 09.10 mwN (Fn 33).

10) Nach *Nademleinsky/Neumayr*, IFR Rz 09.10, ist sie ein Rückführungshindernis, nach 3 Ob 210/05 m und zuletzt auch 1 Ob 182/08 h aber nicht.

11) Dazu und im Folgenden EGMR 8. 1. 2009, Bsw 41615/07 *Neulinger/Shuruk*.

12) Auch die 5. Spezialkonferenz zum HKÜ bestätigt und anerkennt, dass der Schutz des Kindes manchmal verlangt, Maßnahmen zu ergreifen, um den begleitenden Elternteil zu schützen. Siehe *Fucik*, Kindesentführung und Sorgerecht, iFamZ 2007, 220.

13) Entmutigend leider die E 1 Ob 176/09 b, in der eine Auflage des RekG beseitigt wurde.

14) Anders aber das OLG Celle 27. 2. 2006, 17 UF 130/05.

15) EuGH 11. 7. 2008, C-195/08 *PPU*.

16) Übrigens: Entgegen 6 Ob 181/09 z bleibt die Zuständigkeit für eine Obsorgeentscheidung auch nach der Entführung eines 16-jährigen Kindes – für das das HKÜ nicht mehr gilt – bei den Gerichten im Herkunftsstaat. Art 10 der Brüssel II a-VO (anders als Art 11) setzt nämlich keinen Rückführungsantrag voraus, sondern knüpft an die von der VO autonom definierte Kindesentführung an. Richtig insofern 5 Ob 173/09 s.