

# TE OGH 2010/4/20 4Ob58/10y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.04.2010

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache des Antragstellers M\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Hiebler und andere Rechtsanwälte in Leoben, wegen Vollstreckung einer Rückführungsanordnung betreffend die minderjährige S\*\*\*\*\* p\*\*\*\*\*, im Verfahren über den Revisionsrechtskurs der Mutter D\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Manfred Rath und andere Rechtsanwälte in Graz, gegen den Beschluss des Landesgerichts Leoben vom 20. Jänner 2010, GZ 2 R 3/10f-54, mit welchem der Beschluss des Bezirksgerichts Leoben vom 12. November 2009, GZ 2 Nc 34/09d-49, abgeändert wurde, den

## **B e s c h l u s s**

gefasst:

## **Spruch**

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist unter einer „Sorgerechtsentscheidung [..], in der die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet wird“ im Sinn von Art 10 lit b sublit iv VO (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel Ila-VO) auch eine vorläufige Regelung zu verstehen, mit der die „elterliche Entscheidungsgewalt“, insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht, bis zur endgültigen Entscheidung über das Sorgerecht dem entführenden Elternteil übertragen wird?

2. Fällt eine Rückgabeanordnung nur dann in den Anwendungsbereich von Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO, wenn das Gericht die Rückgabe aufgrund einer von ihm getroffenen Sorgerechtsentscheidung anordnet?

3. Wenn Frage 1 oder 2 bejaht wird:

3.1. Kann die Unzuständigkeit des Ursprungsgerichts (Frage 1) oder die Unanwendbarkeit von Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO (Frage 2) im Zweitstaat gegen die Vollstreckung einer Entscheidung, die vom Ursprungsgericht mit einer Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel Ila-VO versehen wurde, eingewendet werden?

3.2. Oder muss der Antragsgegner in einem solchen Fall im Ursprungsstaat die Aufhebung der Bescheinigung beantragen, wobei die Vollstreckung im Zweitstaat bis zur Entscheidung des Ursprungsstaats ausgesetzt werden kann?

4. Wenn die Fragen 1 und 2 oder die Frage 3.1. verneint werden:

Steht eine von einem Gericht des Zweitstaats erlassene und nach dessen Recht als vollstreckbar anzusehende Entscheidung, mit der die einstweilige Obsorge dem entführenden Elternteil übertragen wurde, nach Art 47 Abs 2 Brüssel Ila-VO der Vollstreckung einer zuvor nach Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO erlassenen Rückgabeanordnung des Erststaats auch dann entgegen, wenn sie die Vollstreckung einer nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) erlassenen

Rückgabeanordnung des Zweitstaats nicht hinderte?

5. Wenn auch die Frage 4 verneint wird:

5.1. Kann die Vollstreckung einer Entscheidung, die vom Ursprungsgericht mit einer Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel Ila-VO versehen wurde, im Zweitstaat verweigert werden, wenn sich die Umstände seit ihrer Erlassung in einer Weise geändert haben, dass die Vollstreckung das Wohl des Kindes nun schwerwiegend gefährdete?

5.2. Oder muss der Antragsgegner diese geänderten Umstände im Ursprungsstaat geltend machen, wobei die Vollstreckung im Zweitstaat bis zur Entscheidung des Ursprungsstaats ausgesetzt werden kann?

II. Der Gerichtshof der Europäischen Union wird ersucht, diese Fragen im Eilverfahren nach Art 104b der Verfahrensordnung zu beantworten.

III. Das Verfahren über den Revisionsrekurs des Antragstellers wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

## Text

Begründung:

I. Sachverhalt:

S\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* wurde am 6. Dezember 2006 in Italien als Kind von M\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* und D\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* geboren. Bis Ende Jänner 2008 lebte sie im gemeinsamen Haushalt der nicht miteinander verheirateten Eltern in \*\*\*\*\* (Italien); die elterliche Gewalt stand nach Art 317 bis des italienischen Zivilgesetzbuches beiden Eltern zu. Nachdem die Mutter mit dem Kind die gemeinsame Wohnung verlassen hatte, untersagte ihr das Jugendgericht Venedig mit Beschluss vom 8. Februar 2008 über Antrag des Vaters die Ausreise aus Italien. Dennoch begab sich die Mutter mit dem Kind nach Österreich.

Am 16. April 2008 beantragte der Vater nach dem HKÜ die Rückführung des Kindes. In weiterer Folge widerrief das Jugendgericht Venedig jedoch mit Beschluss vom 23. Mai 2008 das Ausreiseverbot. Es ordnete „das vorübergehende gemeinsame Sorgerecht für beide Elternteile“ an, legte aber fest, dass das Kind bis zur Entscheidung bei der (nun in Österreich lebenden) Mutter verbleibe, der die „alleinige elterliche Entscheidungsgewalt“ zustehe. Weiters beschloss es die Einholung eines psychologischen Gutachtens zur Beurteilung der Sorgerechtsfrage und ordnete regelmäßige Kontakte zwischen dem Kind und dem Vater an, die teils in Italien, teils in Österreich stattfinden sollten. Davon erfuhren die österreichischen Gerichte zunächst nichts.

Mit Beschluss vom 3. Juli 2008 wies das Bezirksgericht Leoben den Rückführungsantrag des Vaters nach Art 13 lit b des Haager Übereinkommens ab, weil eine Trennung des Kindes von seiner Mutter zu einer schwerwiegenden Gefährdung für das Kind führte. Aufgrund eines Rekurses des Vaters hob das Landesgericht Leoben diese Entscheidung mit Beschluss vom 1. September 2008 auf, weil dem Vater entgegen Art 11 Abs 5 Brüssel Ila-VO keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden war. Das Bezirksgericht Leoben holte dies nach und verweigerte mit Beschluss vom 21. November 2008 neuerlich die Rückführung des Kindes. Zur Begründung verwies es nun auf die ihm bekannt gewordene Entscheidung des Jugendgerichts Venedig vom 23. Mai 2008, wonach das Kind vorläufig bei der Mutter zu bleiben habe. Das Landesgericht Leoben bestätigte dies mit Beschluss vom 7. Jänner 2009, wobei es als Begründung jedoch nicht die Entscheidung des Jugendgerichts Venedig, sondern die Gefährdung des Kindeswohls durch eine Trennung von der Mutter anführte (Art 13 lit b HKÜ). Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

In weiterer Folge beantragte die Mutter beim Bezirksgericht Judenburg, in dessen Sprengel sich die Mutter und das Kind aufhielten, die Übertragung der Obsorge. Dieses Gericht erklärte sich mit Beschluss vom 26. Mai 2009 „nach Art 15 Abs 5 Brüssel Ila-VO“ für zuständig und ersuchte das Jugendgericht Venedig, nach derselben Bestimmung seine Unzuständigkeit auszusprechen und das Verfahren an das Bezirksgericht Judenburg abzutreten.

Bereits am 9. April 2009 hatte jedoch der Vater beim Jugendgericht Venedig im Rahmen des dort anhängigen Sorgerechtsverfahrens beantragt, nach Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO die Rückführung des Kindes nach Italien anzuordnen. Die Mutter hatte sich gegen diesen Antrag ausgesprochen und insbesondere die Unzuständigkeit des Jugendgerichts Venedig eingewendet.

Mit Beschluss vom 10. Juli 2009 verweigerte das Jugendgericht Venedig die Übertragung der Zuständigkeit an das

Bezirksgericht Judenburg. Es bejahte seine Zuständigkeit, da die Voraussetzungen für einen Übergang der Zuständigkeit nach Art 10 Brüssel IIa-VO nicht erfüllt seien, und hielt fest, dass das von ihm in Auftrag gegebene Gutachten nicht zu Ende geführt werden könne, da die Mutter den vom Sachverständigen erstellten Umgangsplan nicht eingehalten habe. Weiters ordnete es die sofortige Rückführung des Kindes nach \*\*\*\*\* (Italien) an. Sollte die Mutter mit dem Kind zurückkehren, sei es weiter bei ihr unterzubringen, sonst beim Vater. Der Sozialdienst der Gemeinde \*\*\*\*\* wurde beauftragt, eine Wohneinrichtung für die Mutter und das Kind zur Verfügung zu stellen und einen „Umgangskalender“ für Kontakte zwischen dem Kind und dem Vater zu erstellen. Als Grund für die Rückgabeanordnung führte das Gericht die Notwendigkeit an, die von der Mutter durch Verweigerung von Kontakten gestörte Vater-Tochter-Beziehung zu sanieren. Zu dieser Entscheidung stellte das Jugendgericht Venedig eine Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel IIa-VO aus.

Mit einstweiliger Verfügung vom 25. August 2009 übertrug das Bezirksgericht Judenburg die Obsorge für das Kind vorläufig der Mutter. Als Begründung führte es an, dass das Wohl des Kindes bei einer Rückführung nach Italien massiv gefährdet wäre. Eine Ausfertigung dieser Entscheidung stellte es dem in Italien ansässigen Vater ohne Übersetzung und ohne Belehrung über das Recht zur Annahmeverweigerung im Postweg zu. Der Vater reagierte darauf nicht. Daraufhin bestätigte das Bezirksgericht Judenburg am 23. September 2009 die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit seines Beschlusses.

Bereits am 6. Juni 2008 hatte das Bezirksgericht Judenburg dem Vater das Zusammentreffen und die Kontaktaufnahme mit Mutter und Tochter untersagt, weil er die Mutter mit 240 SMS, unzähligen E-Mails und bis zu 50 täglichen Anrufen belästigt und ihr zuletzt eine mehrminütige Videosequenz mit der Obduktion einer Frauenleiche geschickt habe. Diese Verfügung war jedoch drei Monate später wegen Zeitablaufs außer Kraft getreten.

## II. Anträge und Vorbringen der Parteien im nunmehrigen Verfahren

Der Vater beantragte am 22. September 2009 die Vollstreckung der Rückführungsanordnung des Jugendgerichts Venedig. Da dieses Gericht eine Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIa-VO ausgestellt habe, sei den Gerichten des Vollstreckungsstaats jede inhaltliche Prüfung verwehrt. Vielmehr sei die Rückgabeanordnung nach Art 47 Brüssel IIa-VO wie eine entsprechende österreichische Entscheidung zu vollstrecken.

Die Mutter hält dem entgegen,

- dass das Jugendgericht Venedig das ursprünglich verhängte Ausreiseverbot mit Beschluss vom 23. Mai 2008 aufgehoben habe, weswegen der Aufenthalt des Kindes in Österreich zumindest ab diesem Zeitpunkt nicht mehr widerrechtlich gewesen sei; dadurch sei die Zuständigkeit nach Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIa-VO auf die österreichischen Gerichte übergegangen;
- dass die Rückgabeanordnung nicht unter Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO falle, weil das Jugendgericht Venedig nicht über die Obsorge entschieden und inhaltlich weder auf die Gründe der österreichischen Entscheidungen noch auf das Kindeswohl Bedacht genommen habe; dies sei auch bei der Vollstreckung zu berücksichtigen, weil das Kindeswohl auch dabei die oberste Maxime sei;
- dass das Bezirksgericht Judenburg der Mutter mit vollstreckbarer einstweiliger Verfügung die vorläufige Obsorge übertragen habe, was einer Vollstreckung der Rückgabeanordnung nach Art 47 Abs 2 Brüssel IIa-VO entgegenstehe;
- dass sich nach Erlassung der Rückgabeanordnung die Umstände derart geändert hätten, dass eine Vollstreckung zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt gegen das Kindeswohl verstieße; der Vater habe Mitte 2009 jeglichen Kontakt eingestellt, sodass eine weitere Entfremdung zwischen ihm und dem Kind eingetreten sei.

## III. Bisheriges Verfahren

Das Bezirksgericht Leoben wies den Antrag des Vaters ab. Da die Mutter nicht bereit sei, sich mit dem Kind nach Italien zu begeben, würde die Vollstreckung der italienischen Entscheidung zur Unterbringung beim Vater führen. Dies wäre - offenkundig wegen der inzwischen eingetretenen Entfremdung - mit einer schwerwiegenden Gefahr eines seelischen Schadens beim Kind verbunden. Daher sei die Rückführungsanordnung nicht zu vollstrecken.

Das Landesgericht Leoben gab einem dagegen gerichteten Rekurs des Vaters Folge, bewilligte die Vollstreckung der Rückgabeanordnung und sprach aus, dass die näheren Vollzugsanordnungen dem Erstgericht obliegen. Da das Jugendgericht Venedig eine Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel IIa-VO ausgestellt habe, stehe es dem ersuchten

Gericht lediglich zu, die Vollstreckbarkeit der ausländischen Entscheidung festzustellen und die sofortige Rückführung zu veranlassen (EuGH Rs C-1995/08 PPU, Rinau). Auf einen Ordre-public-Verstoß könne sich die Mutter nach Art 42 Brüssel Ila-VO nicht berufen; die Umstände hätten sich seit der Erlassung der Rückführungsanordnung nicht geändert. Die einstweilige Verfügung des Bezirksgerichts Judenburg stehe der Vollstreckung nicht entgegen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Oberste Gerichtshof hat über einen Revisionsrekurs der Mutter zu entscheiden, die aus den oben genannten Gründen die Abweisung des Vollstreckungsantrags anstrebt. Der Vater beantragt in der Rechtsmittelbeantwortung, die Entscheidung des Landesgerichts Leoben zu bestätigen.

#### IV. Rechtsgrundlagen

Art 10 Brüssel Ila-VO lautet:

##### Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführung

Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes bleiben die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erlangt hat und

- a) jede sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt hat oder
- b) das Kind sich in diesem anderen Mitgliedstaat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle seinen Aufenthaltsort kannte oder hätte kennen müssen und sich das Kind in seiner neuen Umgebung eingelebt hat, sofern eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:
  - i) Innerhalb eines Jahres, nachdem der Sorgeberechtigte den Aufenthaltsort des Kindes kannte oder hätte kennen müssen, wurde kein Antrag auf Rückgabe des Kindes bei den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats gestellt, in dem das Kind verbracht wurde oder in dem es zurückgehalten wird;
  - ii) ein von dem Sorgeberechtigten gestellter Antrag auf Rückgabe wurde zurückgezogen, und innerhalb der in Ziffer i) genannten Frist wurde kein neuer Antrag gestellt;
  - iii) ein Verfahren vor dem Gericht des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wurde gemäß Artikel 11 Absatz 7 abgeschlossen;
  - iv) von den Gerichten des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wurde eine Sorgerechtsentscheidung erlassen, in der die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet wird.

Art 11 Brüssel Ila-VO lautet:

##### Rückgabe des Kindes

(1) Beantragt eine sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle bei den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats eine Entscheidung auf der Grundlage des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (nachstehend „Übereinkommen von 1980“ genannt), um die Rückgabe eines Kindes zu erwirken, das widerrechtlich in einen anderen als den Mitgliedstaat verbracht wurde oder dort zurückgehalten wird, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so gelten die Absätze 2 bis 8.

(2) Bei Anwendung der Artikel 12 und 13 des Haager Übereinkommens von 1980 ist sicherzustellen, dass das Kind die Möglichkeit hat, während des Verfahrens gehört zu werden, sofern dies nicht aufgrund seines Alters oder seines Reifegrads unangebracht erscheint.

(3) Das Gericht, bei dem die Rückgabe eines Kindes nach Absatz 1 beantragt wird, befasst sich mit gebotener Eile mit dem Antrag und bedient sich dabei der zügigsten Verfahren des nationalen Rechts. Unbeschadet des Unterabsatzes 1 erlässt das Gericht seine Anordnung spätestens sechs Wochen nach seiner Befassung mit dem Antrag, es sei denn, dass dies aufgrund außergewöhnlicher Umstände nicht möglich ist.

(4) Ein Gericht kann die Rückgabe eines Kindes aufgrund des Artikels 13 Buchstabe b) des Haager Übereinkommens von 1980 nicht verweigern, wenn nachgewiesen ist, dass angemessene Vorkehrungen getroffen wurden, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr zu gewährleisten.

(5) Ein Gericht kann die Rückgabe eines Kindes nicht verweigern, wenn der Person, die die Rückgabe des Kindes beantragt hat, nicht die Gelegenheit gegeben wurde, gehört zu werden.

(6) Hat ein Gericht entschieden, die Rückgabe des Kindes gemäß Artikel 13 des Haager Übereinkommens von 1980 abzulehnen, so muss es nach dem nationalen Recht dem zuständigen Gericht oder der Zentralen Behörde des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, unverzüglich entweder direkt oder über seine Zentrale Behörde eine Abschrift der gerichtlichen Entscheidung, die Rückgabe abzulehnen, und die entsprechenden Unterlagen, insbesondere eine Niederschrift der Anhörung, übermitteln. Alle genannten Unterlagen müssen dem Gericht binnen einem Monat ab dem Datum der Entscheidung, die Rückgabe abzulehnen, vorgelegt werden.

(7) Sofern die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, nicht bereits von einer der Parteien befasst wurden, muss das Gericht oder die Zentrale Behörde, das/die die Mitteilung gemäß Absatz 6 erhält, die Parteien hiervon unterrichten und sie einladen, binnen drei Monaten ab Zustellung der Mitteilung Anträge gemäß dem nationalen Recht beim Gericht einzureichen, damit das Gericht die Frage des Sorgerechts prüfen kann.

Unbeschadet der in dieser Verordnung festgelegten Zuständigkeitsregeln schließt das Gericht den Fall ab, wenn innerhalb dieser Frist keine Anträge bei dem Gericht eingegangen sind.

(8) Ungeachtet einer nach Artikel 13 des Haager Übereinkommens von 1980 ergangenen Entscheidung, mit der die Rückgabe des Kindes verweigert wird, ist eine spätere Entscheidung, mit der die Rückgabe des Kindes angeordnet wird und die von einem nach dieser Verordnung zuständigen Gericht erlassen wird, im Einklang mit Kapitel III Abschnitt 4 vollstreckbar, um die Rückgabe des Kindes sicherzustellen.

Art 42 Brüssel Ila-VO lautet:

#### Rückgabe des Kindes

(1) Eine in einem Mitgliedstaat ergangene vollstreckbare Entscheidung über die Rückgabe des Kindes im Sinne des Artikels 40 Absatz 1 Buchstabe b), für die eine Bescheinigung nach Absatz 2 im Ursprungsmitgliedstaat ausgestellt wurde, wird in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und kann dort vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann.

Auch wenn das nationale Recht nicht vorsieht, dass eine in Artikel 11 Absatz 8 genannte Entscheidung über die Rückgabe des Kindes ungeachtet der Einlegung eines Rechtsbehelfs von Rechts wegen vollstreckbar ist, kann das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats die Entscheidung für vollstreckbar erklären.

(2) Der Richter des Ursprungsmitgliedstaats, der die Entscheidung nach Artikel 40 Absatz 1 Buchstabe b) erlassen hat, stellt die Bescheinigung nach Absatz 1 nur aus, wenn

a) das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, sofern eine Anhörung nicht aufgrund seines Alters oder seines Reifegrads unangebracht erschien,

b) die Parteien die Gelegenheit hatten, gehört zu werden, und

c) das Gericht beim Erlass seiner Entscheidung die Gründe und Beweismittel berücksichtigt hat, die der nach Artikel 13 des Haager Übereinkommens von 1980 ergangenen Entscheidung zugrunde liegen.

Ergreift das Gericht oder eine andere Behörde Maßnahmen, um den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts sicherzustellen, so sind diese Maßnahmen in der Bescheinigung anzugeben.

Der Richter des Ursprungsmitgliedstaats stellt die Bescheinigung von Amts wegen unter Verwendung des Formblatts in Anhang IV (Bescheinigung über die Rückgabe des Kindes) aus.

Das Formblatt wird in der Sprache ausgefüllt, in der die Entscheidung abgefasst ist.

Art 43 Brüssel Ila-VO lautet:

## Klage auf Berichtigung

(1) Für Berichtigungen der Bescheinigung ist das Recht des Ursprungsmitgliedstaats maßgebend.

(2) Gegen die Ausstellung einer Bescheinigung gemäß Artikel 41 Absatz 1 oder Artikel 42 Absatz 1 sind keine Rechtsbehelfe möglich.

Art 47 Brüssel IIa-VO lautet:

## Vollstreckungsverfahren

(1) Für das Vollstreckungsverfahren ist das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats maßgebend.

(2) Die Vollstreckung einer von einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats erlassenen Entscheidung, die gemäß Abschnitt 2 für vollstreckbar erklärt wurde oder für die eine Bescheinigung nach Artikel 41 Absatz 1 oder Artikel 42 Absatz 1 ausgestellt wurde, erfolgt im Vollstreckungsmitgliedstaat unter denselben Bedingungen, die für in diesem Mitgliedstaat ergangene Entscheidungen gelten.

Insbesondere darf eine Entscheidung, für die eine Bescheinigung nach Artikel 41 Absatz 1 oder Artikel 42 Absatz 1 ausgestellt wurde, nicht vollstreckt werden, wenn sie mit einer später ergangenen vollstreckbaren Entscheidung unvereinbar ist.

§ 7 Abs 3 der Exekutionsordnung (EO) lautet:

Die gesetzwidrig oder irrtümlich erteilte Bestätigung der Vollstreckbarkeit ist von dem Gerichte, das sie erteilt hat, von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten durch Beschluss aufzuheben. Der Beschluss ist allen Beteiligten zuzustellen.

## V. Vorlagefragen

1. Der EuGH hat in der Entscheidung C-195/08 PPU (Rinau, iFamZ 2008/143, 267 [Fucik] = FamRZ 2008, 1729 [A. Schulz] = IPRax 2009, 420 [Gruber 413]) klargestellt, dass das ersuchte Gericht bei Vorliegen einer Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIa-VO lediglich befugt ist, die Vollstreckbarkeit einer nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO erlassenen Entscheidung festzustellen und die sofortige Rückgabe des Kindes zu veranlassen. Die von der Mutter angestrebte inhaltliche Prüfung der italienischen Entscheidung ist daher grundsätzlich ausgeschlossen (Art 42 Abs 1 Brüssel IIa-VO). Die behauptete örtliche Zuständigkeit des Erstgerichts kann nach § 66 Abs 1 Z 1 AußStrG iVm § 57 AußStrG nicht mit Revisionsrekurs geltend gemacht werden. Jedoch bedürfen die nachstehend genannten Punkte einer vertieften Prüfung.

2. Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO erfasst nur Entscheidungen, die von einem „nach dieser Verordnung zuständigen“ Gericht getroffen wurden. Nach Auffassung der Mutter ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, weil das Jugendgericht Venedig durch die (vorläufige) Sorgerechtsregelung vom 23. Mai 2008 seine Zuständigkeit nach Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIa-VO verloren habe. Dies wäre unter Umständen auch bei der Vollstreckung zu beachten (unten Punkt 4).

2.1. Es besteht kein Zweifel, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes derzeit faktisch in Österreich liegt. Die Zuständigkeit eines italienischen Gerichts für eine Rückgabeanordnung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO kann sich daher nur aus Art 10 Brüssel IIa-VO ergeben. Die dort genannte Voraussetzung des widerrechtlichen Verbringens in einen anderen Mitgliedstaat ist erfüllt, da im Zeitpunkt der Ausreise auch der Vater obsorgeberechtigt war und das Jugendgericht Venedig zudem ein Ausreiseverbot verhängt hatte. Allerdings hält sich das Kind nun seit mehr als einem Jahr in Österreich auf, was allen Beteiligten bekannt ist, und es hat sich hier offenkundig eingelebt (Art 10 lit b Brüssel IIa-VO). Die italienische Zuständigkeit entfiele daher, wenn eine der in Art 10 lit b sublit i - iv genannten Bedingungen erfüllt wäre.

2.2. Die Mutter stützt sich auf sublit iv. Das Jugendgericht Venedig habe mit Beschluss vom 23. Mai 2008 eine vorläufige Sorgerechtsentscheidung zu ihren Gunsten getroffen und das Ausreiseverbot aufgehoben. Dabei handle es sich um eine „Sorgerechtsentscheidung [...], in der die Rückgabe nicht angeordnet wird“. Mit dieser Entscheidung sei die Zuständigkeit auf die Gerichte des neuen Aufenthaltsstaats übergegangen.

2.3. Die Auffassung der Mutter ist zwar vom Wortlaut des von Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIa-VO gedeckt, der nicht auf eine endgültige Regelung des Sorgerechts abstellt. Der Zweck dieser Bestimmung legt es aber nahe, eine bloß vorläufige Regelung nicht ausreichen zu lassen. Unterbleibt eine Rückgabeanordnung wegen einer endgültigen

Sorgerechtsentscheidung, so fehlt ein tragfähiger Grund für die weitere Zuständigkeit des Erststaats; die Gerichte des neuen Aufenthaltsstaats sind dann jedenfalls besser geeignet, die weiteren das Kind betreffenden Entscheidungen zu treffen. Anders verhält es sich aber bei einer bloß vorläufigen Billigung des Aufenthalts beim entführenden Elternteil. Eine solche Regelung kann durchaus sinnvoll sein, um einen mehrfachen Aufenthaltswechsel des Kindes - zunächst durch eine Rückführung nach dem HKÜ, dann aufgrund einer Sorgerechtsentscheidung zugunsten des entführenden Elternteils - zu vermeiden (vgl Schulz, FamRZ 2008, 1733). Die von der Mutter vertretene Auslegung stünde einer solchen Vorgangsweise entgegen, weil die Zuständigkeit des Erststaats schon mit einer vorläufigen Regelung zugunsten des entführenden Elternteils verloren ginge. Eine endgültige Sorgerechtsentscheidung wäre daher im Erststaat nicht mehr möglich. Dieses Ergebnis kann der Verordnung nach Auffassung des Senats nicht unterstellt werden. Viel näher liegt die Auffassung, dass nur die Beendigung des Sorgerechtsverfahrens ohne Anordnung der Rückführung zum Verlust der Zuständigkeit führt (A. Schulz, Das Haager Kindesentführungsübereinkommen und die Brüssel Ila-Verordnung. Notizen aus der Praxis, FS Kropholler [2008] 435, 442).

2.4. Da der Wortlaut aber auch die von der Mutter vertretene Auslegung zulässt, ist die mit Frage 1 angestrebte Klarstellung durch den Gerichtshof erforderlich.

3. Die Mutter führt weiters aus, dass nur solche Rückgabeanordnungen unter Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO fielen, die auf einer Sorgerechtsentscheidung beruhen. Die Bestimmung sei in diesem Sinn eingeschränkt auszulegen. Auch dies könnte unter Umständen bei der Vollstreckung zu beachten sein (unten Punkt 4.).

3.1. Die Auffassung der Mutter hat zwar keine Deckung im Wortlaut von Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO. Sie ist jedoch bei systematischer und teleologischer Betrachtung nicht von vornherein ausgeschlossen. Nach dem System von Art 11 Brüssel Ila-VO obliegt die Entscheidung über die Rückführung eines widerrechtlich verbrachten Kindes zunächst den Gerichten des Zweitstaats, wobei - mit den in Art 11 Abs 2 - 5 genannten Modifikationen - das HKÜ anzuwenden ist. Bei einer Verweigerung der Rückführung hat jedoch der weiterhin für die Sorgerechtsentscheidung zuständige Erststaat aufgrund der ergänzenden Regelungen in Art 11 Abs 6 - 8 Brüssel Ila-VO das letzte Wort. Diese Bestimmungen geben dem Verfahren des Erststaats Vorrang gegenüber jenem des Zweitstaats; die Verweigerung der Rückgabe des Zweitstaats nach Art 13 HKÜ wird durch eine Rückgabeanordnung des Erststaats, die im Zweitstaat unmittelbar vollstreckbar ist (Art 42 Brüssel Ila-VO), faktisch außer Kraft gesetzt.

3.2. Dieser Vorrang bezieht sich jedoch, wie sich aus Art 11 Abs 7 Brüssel Ila-VO ergibt, nur auf Sorgerechtsverfahren des Erststaats. Zwar genießt die in einem solchen Verfahren ergehende Rückgabeanordnung nach Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO „verfahrensrechtliche Selbständigkeit“ (EuGH RS Rinau Rz 63). Ihr Vorrang vor der die Herausgabe verweigernden Entscheidung des Zweitstaats ist aber bei wertender Betrachtung nur dadurch gerechtfertigt, dass sie auf einer Regelung des Sorgerechts beruht, die eine Rückführung des Kindes erfordert (vgl etwa A. Schulz, FS Kropholler 443: „... so setzt sich die daraus resultierende Sorgerechts- und Herausgabeentscheidung auch grenzüberschreitend gegenüber der Nichtrückführungsentscheidung nach HKÜ durch“; ähnlich auch dies, FamRZ 2008, 1733; vgl weiters Holzmann, Brüssel Ila-VO: Elterliche Verantwortung und internationale Kindesentführung [2008] 214: „Sorgerechtsentscheidung des Ausgangsstaats, die einen Rückführungsbescheid enthält“). Diese Sorgerechtsentscheidung wird in einem normalen Verfahren mit voller Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung getroffen, weswegen die darauf beruhende Rückführungsanordnung über eine höhere Richtigkeitsgewähr verfügt als die in einem bloß summarischen Verfahren getroffene HKÜ-Entscheidung (A. Schulz, FamRZ 2008, 1733). Die Privilegierung der Rückgabentscheidung ist nur durch den Zusammenhang mit dem Sorgerechtsverfahren gerechtfertigt (Pirrung in Staudinger [2010], vor Art 19 EGBGB Rz C 71).

3.3. Eine solche Sorgerechtsentscheidung des Jugendgerichts Venedig liegt hier - anders als in der Rechtssache Rinau (Rz 37 f) - noch nicht vor. Daher ist fraglich, ob die Rückgabeanordnung dieses Gerichts überhaupt unter Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO fällt. Bejaht man dies, so wäre die komplizierte Regelung des Art 11 Brüssel Ila-VO insgesamt unverständlich: Setzt sich eine Rückgabeanordnung des Erststaats auch dann durch, wenn dort noch keine Sorgerechtsregelung getroffen wurde, so ist nicht nachvollziehbar, weswegen zuvor im Zweitstaat ein Rückgabeverfahren nach dem HKÜ geführt werden muss. Eine bloße Rückgabeanordnung ohne Prüfung der Sorgerechtsfrage könnte im Erststaat auch sofort nach der Entführung erlassen werden; sie könnte ebenso wie die Entscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO im Zweitstaat unmittelbar vollstreckbar sein. Das nach Art 11 Brüssel Ila-VO erforderliche HKÜ-Verfahren führt daher nur zu einer Verzögerung, ohne dass es im Fall der verweigerten Rückführung irgendeine eigenständige Bedeutung hätte.

Dieses Ergebnis kann der Verordnung bei wertender Betrachtung nicht unterstellt werden. Viel näher liegt die Auffassung, dass Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO einschränkend dahin auszulegen ist, dass eine Rückgabeanordnung des Erststaats nur dann unter diese Bestimmung fällt, wenn sie auf einer Sorgerechtsentscheidung (zumindest auf einer Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrechts) beruht. Für die Erlassung einer solchen Entscheidung ist der Aufenthalt des Kindes im Erststaat nicht zwingend erforderlich; die VO (EG) Nr. 1206/2001 (Beweisaufnahme-VO) ermöglicht (auch) ein grenzüberschreitendes Tätigwerden bei der Beweisaufnahme.

Bei dieser Lösung bildeten die Art 10 und 11 Brüssel IIa-VO ein in sich stimmiges System: Die Zuständigkeit für das Sorgerechtsverfahren verbleibt, wenn zumindest ein Elternteil das wünscht, bei den Gerichten des Erststaats. Die Gerichte des Zweitstaats entscheiden nach den Regelungen des HKÜ, ob das Kind dorthin zurückzuführen ist. Verweigern sie dies, kann das Sorgerechtsverfahren im Erststaat trotzdem weitergeführt werden. Überträgt der Erststaat das Sorgerecht (oder zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht) in einem ordentlichen Verfahren mit voller Beweisaufnahme dem dort ansässigen Elternteil, kann er auch die im Zweitstaat unmittelbar vollstreckbare Rückführung des Kindes anordnen (Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO). Entscheidet der Erststaat demgegenüber für das Sorgerecht des entführenden Elternteils, so endet seine Zuständigkeit (Art 10 lit b sublit iv Brüssel IIa-VO), und das Kind kann im Zweitstaat verbleiben. Dieser Ablauf entspricht viel eher dem Kindeswohl als die Möglichkeit des Erststaats, eine Entscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO auch ohne bereits erfolgte Sorgerechtsregelung zu treffen und so die Gefahr eines doppelten Aufenthaltswechsels herbeizuführen.

In diesem Zusammenhang ist noch Folgendes zu erwägen: Wie der EuGH mehrfach hervorgehoben hat, beruhen die Regelungen des europäischen Zivilverfahrensrechts auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens (vgl Rs C-116/02, Gasser; Rs C-159/02, Turner). Der Vorrang einer Rückgabeanordnung des Erststaats nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO läuft diesem Grundsatz zuwider, da er letztlich auf der Unterstellung beruht, die Gerichte des Zweitstaats würden die Rückführung nach dem HKÜ aus unsachlichen Gründen verweigern. Das bedarf einer starken Rechtfertigung. Sie kann nach Auffassung des Senats nur darin liegen, dass die Rückgabe wegen einer ihr zugrunde liegenden endgültigen Sorgerechtsregelung des Erststaats jedenfalls dem Wohle des Kindes dient.

3.4. Der Wortlaut von Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO und wohl auch die Entscheidung in der SacheRinau, die die „verfahrensrechtliche Selbständigkeit“ der Rückgabeanordnung des Erststaats hervorhebt, sprechen freilich eher gegen diese einschränkende Auslegung. Damit fiele eine Rückgabeanordnung des Erststaats auch dann unter Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO, wenn sie bloß der einfacheren Durchführung des dort anhängigen Sorgerechtsverfahrens dient. Dennoch wird der EuGH mit Frage 2 um eine Klarstellung ersucht. Für die einschränkende Auslegung sprechen der Grundsatz des wechselseitigen Vertrauens (hier: auf die Richtigkeit der Verweigerung der Rückführung nach dem HKÜ) und vor allem die Wahrung des Kindeswohls, das, soweit Kinder betroffen sind, auch oberste Maxime des Verfahrens nach der Brüssel IIa-VO sein muss. Dagegen sprechen der Wortlaut der Bestimmung und die Effizienz des Rückführungsverfahrens, die allerdings mit dem Risiko eines doppelten Aufenthaltswechsels des Kindes verbunden ist.

4. Das Jugendgericht Venedig hat eine Bescheinigung nach Art 42 Brüssel IIa-VO ausgestellt. Daher sind die Gerichte des Zweitstaats nicht befugt, sich mit der inhaltlichen Richtigkeit dieser Entscheidung auseinanderzusetzen (oben Punkt 1.).

4.1. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass die Gerichte des Zweitstaats prüfen dürfen (und daher aus Gründen des nationalen Verfahrensrechts prüfen müssen), ob eine Entscheidung, für die eine Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel IIa-VO ausgestellt wurde, überhaupt auf der Grundlage von Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO ergangen ist. Denn nach Art 40 Brüssel IIa-VO gilt Abschnitt 4 der VO (nur) für das Umgangsrecht und für „die Rückgabe eines Kindes infolge einer die Rückgabe des Kindes anordnenden Entscheidung gemäß Art 11 Absatz 8“. Voraussetzung für die Anwendung von Art 42 Abs 1 Brüssel IIa-VO und damit auch für die dort angeordnete bindende Wirkung der Bescheinigung ist daher nach Art 40 Brüssel IIa-VO das Vorliegen einer Entscheidung „gemäß Art 11 Absatz 8“ Brüssel IIa-VO.

Bei systematischer Betrachtung müsste daher das ersuchte Gericht zunächst prüfen, ob das Ursprungsgericht überhaupt eine Entscheidung im Sinn von Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO erlassen hat. Das wäre nicht der Fall, wenn es unzuständig war (also bei Bejahung von Frage 1) oder wenn Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO einschränkend dahin auszulegen wäre, dass er nur Rückgabeanordnungen aufgrund einer Sorgerechtsentscheidung erfasst (also bei Bejahung von Frage 2). Nur wenn das Gericht des Zweitstaats diese Fragen verneinte und damit das Vorliegen einer Entscheidung nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO bejahte, wäre es an die Bescheinigung gebunden.

4.2. Gegen diese Auslegung spricht allerdings der Zweck der Bescheinigung nach Art 42 Abs 2 Brüssel Ila-VO. Sie soll die sofortige Vollstreckung ohne weitere inhaltliche Prüfung ermöglichen; wurde sie zu Unrecht erteilt, so könnte das nur vom Ursprungsgericht wahrgenommen werden. Zwar sieht Art 43 Brüssel Ila-VO in diesem Zusammenhang nur eine „Berichtigung“ der Bescheinigung vor. Diese Bestimmung ist jedoch im Lichte der jüngeren Regelung des entsprechenden Problems in Art 10 der VO (EG) Nr. 805/2004 (Vollstreckungstitel-VO) auszulegen. Danach wird die Bestätigung über das Vorliegen eines europäischen Vollstreckungstitels auf Antrag an das Ursprungsgericht widerrufen, wenn sie eindeutig zu Unrecht erteilt wurde. Gleiches muss zur Vermeidung eines nicht nachvollziehbaren Wertungswiderspruchs auch für die Bescheinigung nach Art 42 Brüssel Ila-VO gelten. Weiters müsste - um die sonst bestehende Rechtsschutzlücke zu vermeiden - auch Art 23 Vollstreckungstitel-VO entsprechend angewendet werden. Es müsste daher die Möglichkeit bestehen, das Vollstreckungsverfahren im Zweistaat auszusetzen, bis das Ursprungsgericht über einen Antrag auf Berichtigung (Aufhebung) der Bescheinigung entschieden hat. Dem europäischen Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er den Rechtsschutz bei einer derart einschneidenden Maßnahme wie der Kindesabnahme schwächer ausgestalten wollte als bei der Durchsetzung einer unbestrittenen Geldforderung.

4.3. Besteht die Möglichkeit eines Antrags auf Aufhebung der Bescheinigung beim Ursprungsgericht und kann die Vollstreckung in der Zwischenzeit ausgesetzt werden, so ist es vertretbar, dem ersuchten Gericht die Prüfung der Frage zu verwehren, ob die Rückgabeanordnung des Erststaats überhaupt in den Anwendungsbereich von Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO fällt. Zwingend ist diese Auslegung allerdings wegen des eher in die andere Richtung weisenden Wortlauts von Art 40 Brüssel Ila-VO nicht. Der EuGH wird daher mit Frage 3 um eine entsprechende Klarstellung ersucht.

Diese Frage ist nur dann entscheidungserheblich, wenn sich aus der Beantwortung von Frage 1 oder 2 ergibt, dass die Rückgabeanordnung des Jugendgerichts Venedig die Kriterien des Art 11 Abs 8 Brüssel Ila-VO nicht erfüllt.

5. Die Mutter stützt sich weiters auf die Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg vom 25. August 2009, mit der die Obsorge vorläufig auf sie übertragen wurde. Diese Entscheidung sei vollstreckbar und stehe nach Art 47 Abs 2 Satz 2 Brüssel Ila-VO der Vollstreckung der älteren italienischen Rückgabeanordnung entgegen.

5.1. Das Bezirksgericht Judenburg hat die Vollstreckbarkeit seiner Entscheidung bestätigt. An diese Bestätigung sind alle anderen Gerichte gebunden (5 Ob 174/08m). Wurde sie gesetzwidrig oder irrig erteilt, so kann sie nur im Verfahren des Bezirksgerichts Judenburg auf Antrag oder von Amts wegen aufgehoben werden (§ 7 Abs 3 der österreichischen Exekutionsordnung). Darüber ist mit Beschluss zu entscheiden, der im Rechtsmittelweg überprüft werden kann. Hingegen ist es dem Obersten Gerichtshof im vorliegenden Verfahren verwehrt, die Frage zu beurteilen, ob die Bestätigung der Vollstreckbarkeit vom Bezirksgericht Judenburg zutreffend erteilt wurde oder - etwa wegen Mängeln bei der Zustellung an den Vater - nicht.

5.2. Der Oberste Gerichtshof kann auch nicht prüfen, ob die einstweilige Obsorgeübertragung durch Art 20 Brüssel Ila-VO gedeckt ist. Dies ist zwar zweifelhaft (EuGH C-403/09 PPU, Deticek, insb Rz 57), könnte jedoch nur in einem gegen die Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg gerichteten Rechtsmittel geltend gemacht werden. Ob ein solches Rechtsmittel wegen einer allfälligen Unwirksamkeit der Zustellung an den Vater noch möglich ist, ist ebenfalls ausschließlich im Verfahren des Bezirksgerichts Judenburg zu beurteilen. Dass das Bezirksgericht Judenburg im Hauptverfahren nach Art 19 Abs 2 Brüssel Ila-VO hätte vorgehen müssen, ist ebenfalls unerheblich.

5.3. Derzeit ist daher von einer vollstreckbaren vorläufigen Übertragung der Obsorge an die Mutter auszugehen. Damit verfügt sie über das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Die Rückgabeanordnung des Jugendgerichts Venedig greift in dieses später gewährte Recht ein und ist aus diesem Grund mit der jüngeren vollstreckbaren Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg materiell unvereinbar. Die Vollstreckung der Rückgabeanordnung wäre daher nach dem Wortlaut von Art 47 Abs 2 Satz 2 Brüssel Ila-VO zu verweigern.

5.4. Der Oberste Gerichtshof hat allerdings kürzlich ausgesprochen, dass eine österreichische Rückführungsanordnung nach dem HKÜ auch dann zu vollstrecken ist, wenn ihr eine spätere einstweilige Obsorgeregelung eines anderen österreichischen Gerichts entgegensteht (5 Ob 260/09k). Zur Begründung verwies er auf Art 17 HKÜ, wonach eine Sorgerechtsentscheidung des Zweitstaats für sich allein keinen Grund für die Verweigerung der Rückführung bildet. Läge daher eine österreichische Rückgabeanordnung nach dem HKÜ vor, stünde die Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg deren Vollstreckung nicht entgegen.

5.5. Nach Art 47 Abs 2 Satz 1 Brüssel IIa-VO erfolgt die Vollstreckung einer nach Art 11 Abs 8 Brüssel IIa-VO erlassenen Rückgabeanordnung „unter denselben Bedingungen, die für in diesem Mitgliedstaat ergangene Entscheidungen gelten“. Damit wird eine Gleichstellung der ausländischen mit einer entsprechenden eigenen Entscheidung angeordnet. Art 47 Abs 2 Satz 2 Brüssel IIa-VO, wonach die Vollstreckung unterbleibt, wenn die fremde Entscheidung mit einer später ergangenen vollstreckbaren Entscheidung unvereinbar ist, wird mit „insbesondere“ eingeleitet. Er nennt daher bei systematischer Betrachtung nur ein Beispiel für die in Satz 1 ausgedrückte Regel.

Nun trifft es zwar im Allgemeinen zu, dass in Kindschaftssachen eine vollstreckbare spätere Entscheidung die Vollstreckung einer damit unvereinbaren älteren Entscheidung verhindert. In der hier zu beurteilenden Situation ist das aber, wie oben dargestellt, im nationalen Recht anders: Die Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg stünde der Vollstreckung einer früheren Rückgabeanordnung nach dem HKÜ trotz materieller Unvereinbarkeit nicht entgegen. Das hat nach Auffassung des Senats Folgen für die Anwendung von Art 47 Abs 2 Brüssel IIa-VO. Ist die ausländische Rückgabeanordnung nach dieser Bestimmung einer inländischen Entscheidung gleichgestellt, so kann eine einstweilige Obsorgeregelung eines anderen inländischen Gerichts auch deren Vollstreckung nicht verhindern.

5.6. Dies spricht dagegen, die Vollstreckung der italienischen Rückgabeanordnung unter Hinweis auf die spätere Entscheidung des Bezirksgerichts Judenburg zu verweigern. Der Wortlaut von Art 47 Abs 2 Satz 2 Brüssel IIa-VO weist aber eher in die andere Richtung. Daher wird der EuGH in Frage 4 um eine entsprechende Klarstellung ersucht.

6. Ergibt sich aus der Beantwortung der vorstehenden Fragen, dass die Rückgabeanordnung zu vollstrecken ist, so ist zuletzt zu prüfen, ob die Vollstreckung verweigert werden kann, wenn sich nach der Erlassung der Rückgabeanordnung die Umstände in einer Weise geändert haben, dass die Vollstreckung das Kindeswohl gefährdete.

6.1. Nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens ist davon auszugehen, dass sich die Mutter weigert, mit dem Kind nach Italien zu gehen. Die Vollstreckung müsste daher - entsprechend der diesbezüglichen Anordnung des Jugendgerichts Venedig - dadurch erfolgen, dass das Kind der Mutter abgenommen und dem Vater übergeben wird. Dies hätte nach Art 47 Abs 2 Brüssel IIa-VO unter denselben Bedingungen zu erfolgen, die für die Vollstreckung einer in Österreich ergangenen Entscheidung gelten.

6.2. 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). Eine solche Gefährdung kann sich unter Umständen auch aus dem (inzwischen) längeren Verbleib des Kindes im Zweitstaat ergeben (5 Ob 76/06x). 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 zuletzt etwa 2 Ob 47/09m, 6 Ob 242/09w).

6.3. Im vorliegenden Fall lebte das Kind nach seiner Geburt etwas mehr ein Jahr im gemeinsamen Haushalt der Eltern in Italien. Die Rückgabeanordnung des Jugendgerichts Venedig erfolgte knapp eineinhalb Jahre nach der Entführung. Während dieser Zeit war das Kind (aufgrund des Widerrufs des „Ausreiseverbots“ und der einstweiligen Obsorgeübertragung auf die Mutter) mehr als ein Jahr rechtmäßig in Österreich. Die Beurteilung des Jugendgerichts Venedig, dass eine „Rückgabe“ an den Vater - der das Kind offensichtlich noch nie allein betreut hat - dennoch nicht zu einer schwerwiegenden Gefährdung für die psychische Entwicklung des Kindes führte, ist nach Art 42 Brüssel IIa-VO für die österreichischen Gerichte bindend.

Nach dem (insofern unbestrittenen) Vorbringen der Mutter gab es jedoch seit der Erlassung der Rückgabeanordnung keinen Kontakt zwischen Kind und Vater. Die Beziehung zwischen den beiden ist daher seit etwa neun Monaten vollständig unterbrochen; zuvor war sie knapp eineinhalb Jahre auf Besuchskontakte beschränkt. Insgesamt ist das Kind daher mehr als zwei Drittel seines Lebens vom Vater getrennt. Nach Auffassung des Senats ist es unter diesen besonderen Umständen nicht von vornherein ausgeschlossen, eine schwerwiegende Gefahr für die psychische Entwicklung des Kindes anzunehmen, wenn es der Mutter zwangsweise abgenommen und dem - aus wessen Schuld auch immer - fremd gewordenen Vater übergeben würde. Ob das zutrifft, wäre durch eine Ergänzung des erstgerichtlichen Verfahrens zu prüfen.

Richtig ist zwar, dass die Mutter diese Gefährdung jedenfalls verhindern könnte, indem sie sich mit dem Kind nach

Italien begibt; in diesem Fall bliebe es in ihrer Obsorge. Dazu kann sie aber nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht gezwungen werden (3 Ob 89/05t, 2 Ob 103/09z, 1 Ob 176/09b). Ihr Verhalten mag zwar zu missbilligen sein. Es kann aber nicht dazu führen, dass das Kind der schwerwiegenden Gefahr eines psychischen Schadens ausgesetzt werden darf.

6.4. Die Vollstreckung einer entsprechenden österreichischen Rückführungsanordnung könnte daher unter Umständen unterbleiben. Da Art 47 Brüssel Ila-VO Rückgabeanordnungen des Erststaats Entscheidungen des Zweitstaats (nur) gleichstellt, müsste dasselbe auch für die Vollstreckung der Entscheidung des Jugendgerichts Venedig gelten. Allerdings könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass die Beurteilung der Frage, ob eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, nach System und Zweck der einschlägigen Bestimmungen der Brüssel Ila-VO ebenfalls dem Erststaat (hier also dem Jugendgericht Venedig) obliegt. Denn in Wahrheit geht es dabei nicht um Fragen des Vollzugs im engeren Sinn, sondern um die (möglicherweise) weggefallene inhaltliche Berechtigung des Rückgabebegehrens.

Folgt man der letztgenannten Auffassung, müsste die Mutter einen Antrag an das Jugendgericht Venedig stellen, seine Entscheidung wegen geänderter Umstände aufzuheben. Bis zu dessen Erledigung müsste es zulässig sein, die Vollstreckung der Entscheidung im Zweitstaat auszusetzen.

6.5. Der Wortlaut von Art 47 Abs 2 Satz 1 Brüssel Ila-VO spricht daher - wegen der dort angeordneten Gleichstellung mit eigenen Entscheidungen - eher für eine Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Prüfung einer inzwischen eingetretenen Kindesgefährdung. Systematik und Zweck der Brüssel Ila-VO sprechen demgegenüber eher für jene der italienischen Gerichte. Frage 5 zielt auf eine Klarstellung der diesbezüglichen Rechtslage.

7. Die Dringlichkeit der Sache ist offenkundig. Jede weitere Verfahrensverzögerung beeinträchtigt das Verhältnis zwischen dem Vater und dem Kind und vergrößert daher die Gefahr einer psychischen Beeinträchtigung des Kindes im Fall einer Rückführung. Der EuGH wird daher um Anwendung des Eilverfahrens nach Art 104b seiner Verfahrensordnung ersucht.

8. Bis zur Erledigung der Sache ist das Verfahren über den Revisionsrekurs der Mutter nach § 90a Abs 1 GOG auszusetzen.

## **Schlagworte**

Europarecht, Familienrecht

## **Textnummer**

E93494

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0040OB00058.10Y.0420.000

## **Im RIS seit**

30.04.2010

## **Zuletzt aktualisiert am**

18.10.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)