

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Höllwerth, die Hofrätin Dr. Grohmann sowie die Hofräte Mag. Wurzer und Mag. Painsi als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj D\*\*\*\*\*, und B\*\*\*\*\*, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Mutter R\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Andrea Posch, Rechtsanwältin in Wien, wegen Obsorge und Kontaktrecht, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 2. März 2016, GZ 42 R 82/16v-126, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 31. Dezember 2015, GZ 80 Ps 21/15h-117, teilweise abgeändert wurde, den

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

gefasst:

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Minderjährigen, geboren 2005 und 2009, zogen mit ihren Eltern, die in aufrechter Ehe verheiratet sind, im August 2014 von Großbritannien nach Österreich. Der Vater und die Minderjährigen sind britische Staatsangehörige, die Mutter verfügt über die britische und russische Staatsbürgerschaft.

Während einer einwöchigen Abwesenheit der Mutter im Jahr 2015 reiste der Vater mit den Minderjährigen nach Großbritannien. Nach Durchführung eines über Antrag der Mutter eingeleiteten Verfahrens nach dem HKÜ trafen die Minderjährigen begleitet durch den Vater am 25. 6. 2015 in Wien ein. Unmittelbar nach ihrer Ankunft setzte der Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT) eine Maßnahme nach § 211 ABGB. Seitdem befanden sich die Kinder in Fremdunterbringung.

Mit Beschluss vom 18. 6. 2015 (ON 34) entzog das Erstgericht den Eltern die Obsorge vorläufig im Bereich der Aufenthaltsbestimmung und übertrug sie dem KJHT. Die Obsorge im Bereich der Pflege und Erziehung wurde vorläufig dem Vater entzogen und allein der Mutter übertragen, dies mit Ausnahme der Aufenthaltsbestimmung. Den Eltern wurde die Ausreise mit den Minderjährigen aus Österreich vorläufig verboten. Weiters ordnete das Erstgericht die Abnahme der Reisepässe der Minderjährigen an.

Das Rekursgericht gab dem dagegen von der Mutter erhobenen Rekurs mit Beschluss vom 26. 8. 2015 (ON 91) nicht Folge. Jenem des Vaters wurde teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wurde dahin abgeändert, dass der Antrag der Mutter auf Übertragung der

vorläufigen Obsorge für beide Kinder im Bereich der Pflege und Erziehung abgewiesen wurde.

Der Revisionsrekurs der Mutter wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 21. 12. 2015 (ON 122) zurückgewiesen.

Mit Beschluss vom 31. 12. 2015 entzog das **Erstgericht** der Mutter die Obsorge für die beiden Minderjährigen zur Gänze, wies den Antrag des KJHT auf Übertragung der Obsorge im Bereich der Pflege und Erziehung ab, hob das Ausreiseverbot auf, ordnete die Ausfolgung der Reisedokumente der Minderjährigen an den Vater an und wies den Antrag der Mutter auf Regelung ihres Rechts auf persönliche Kontakte mit den Minderjährigen ab. Es erklärte diesen Beschluss gemäß § 44 AußStrG für vorläufig verbindlich und vollstreckbar.

Dieser Entscheidung lagen insbesondere folgende Feststellungen zugrunde:

*„Während der Fremdunterbringung hatten die Kinder regelmäßig Kontakt mit dem Vater. Zur Mutter gab es einen Kontakt im Rahmen der Befundaufnahme durch die Sachverständige. Es fanden einige wenige telefonische Kontakte zur Mutter statt.*

*Beide Elternteile besitzen die Fähigkeit und Bereitschaft, die Minderjährigen zu fördern, beide zeigen Zuwendung zu ihnen und Anliegen für sie.*

*Die Mutter hat Schwierigkeiten, die Situation und die Bedürfnisse der Minderjährigen empathisch wahrzunehmen. Ihre Erziehungsfähigkeit ist dort eingeschränkt, wo es um den Schutz und die Sicherheit der Minderjährigen geht.*

*Der Vater hat Probleme, mit emotionalen Situationen umzugehen, ist damit überfordert und zieht sich*

*aus diesen zurück. Er hat in der Vergangenheit durch die Wiederaufnahme seiner Beziehung zur Mutter das Kindeswohl gefährdet, obwohl er von der Behörde auf diesen Umstand hingewiesen worden ist. Seine emotionale Beziehung zu den Minderjährigen ist gut, er wird von beiden Kindern als Vertrauensperson angesehen. Die Minderjährigen fühlen sich mit dem Vater verbunden und akzeptieren ihn als Erziehungsperson.*

*Die mj D\*\*\*\*\* zeigt sich eindeutig positioniert und beschreibt ein sehr positives Verhältnis zum Vater. Sie zeigt eine eindeutige Ablehnung der Mutter, zumindest ein Leben bei ihr betreffend. Die Einstellung zur Mutter ist verhärtet. Es werden keine positiven Beziehungsaspekte zugelassen, obgleich solche grundsätzlich vorhanden sind.*

*Die mj B\*\*\*\*\* zeigt sich sehr positiv dem Vater zugewandt. Sie beschreibt Angst und bedrohliche Szenen mit der Mutter, empfindet aber Sehnsucht nach ihr. Die wichtigste Bezugsperson für sie ist ihre Schwester.*

*Es ist Wunsch und Wille der Minderjährigen, mit dem Vater möglichst bald nach Großbritannien zurückzukehren. Beide wollen weder bei der Mutter noch in Wien leben. Insbesondere die mj D\*\*\*\*\* formuliert diesen Wunsch sehr eindrücklich, entschieden und durchgehend. Sie verzichtet auf weitere Besuchskontakte zur Mutter und verweigert Anstrengungen, sich in Wien zu integrieren, um dieses Ziel nicht zu gefährden. Die mj B\*\*\*\*\* wäre der Mutter gegenüber aufgeschlossen und bereit sich in Wien zu integrieren, schließt sich allerdings der Meinung ihrer Schwester an.*

*Der Vater beabsichtigt, mit den Minderjährigen nach Großbritannien zurückzukehren. Die Mutter plant zumindest zum jetzigen Zeitpunkt hier zu bleiben.*

*Die Beziehung der Eltern ist derzeit hoch konflikthaft. Es fehlen Kommunikation und Kooperation. Eine gemeinsame Lösungsfindung erscheint in dieser Situation und für diese Elternpersönlichkeiten nicht in absehbarer Zeit erreichbar.*

*Eine alleinige Zuteilung der Obsorge an die Mutter widerspricht dem Kindeswillen und wäre aufgrund der Instabilität und der geringen Empathiefähigkeit der Mutter nicht dem Kindeswohl entsprechend.*

*Eine alleinige Obsorgezuteilung erscheint dem Kindeswohl am ehesten zu entsprechen. Eine Trennung der beiden Minderjährigen widerspricht dem Kindeswohl. Ein weiterer erzwungener Verbleib der Minderjährigen in Österreich bedeutet für sie Gefährdung. Eine Rückkehr der Minderjährigen nach Großbritannien sollte rasch realisiert werden. Erst nach der Rückkehr ist mit einer Entspannung der Haltung der mj D\*\*\*\*\* zur Mutter zu rechnen.*

*Kontakte zur Mutter sollten nach der Rückkehr der Minderjährigen nach Großbritannien zunächst in begleiteter Form durchgeführt werden. Dabei wird Voraussetzung sein, dass die Mutter akzeptiert, dass die Minderjährigen beim Vater in Großbritannien leben. Kontakte über Skype entsprechen erst nach der Rückkehr der Minderjährigen nach Großbritannien dem Kindeswohl.“*

In der rechtlichen Beurteilung verwies das Erstgericht insbesondere auf die massive Kindeswohlgefährdung bei einem weiteren Verbleib der Minderjährigen in Österreich.

Das **Rekursgericht** gab dem Rekurs der Mutter teilweise Folge. Es bestätigte die Übertragung der Obsorge an den Vater sowie die Aufhebung des Ausreiseverbots und änderte die Entscheidung über das Kontaktrecht dahingehend

ab, dass es der Mutter Kontakte mittels Skype (oder einer vergleichbaren Form) im Wege des Internets jeden Samstag von 18:00 Uhr bis 18:30 Uhr mitteleuropäischer Zeit einräumte. Der Vater wurde verpflichtet, der Mutter unverzüglich eine Internetverbindung zu beiden Minderjährigen in der zuvor genannten Form zu ermöglichen. Die Kontaktregelung wurde gemäß § 44 AußStrG für vorläufig verbindlich und vollstreckbar erklärt. Der ordentliche Revisionsrekurs wurde nicht zugelassen.

Das Rekursgericht hielt fest, dass die beiden Minderjährigen am 13. 1. 2016 mit ihrem Vater nach Großbritannien flogen und sich nunmehr dort aufhalten.

In der rechtlichen Beurteilung verwies es zunächst darauf, dass das Erstgericht im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Minderjährigen im Inland gemäß Art 8 Abs 1 Brüssel IIa-VO iVm Art 1 Abs 1 lit b und Art 15 Abs 1 KSÜ zutreffend von der Maßgeblichkeit österreichischen Rechts ausgegangen sei. In seinen Überlegungen zum Wohl der Kinder führte es aus, dass die Frage des zukünftigen Aufenthalts untrennbar damit zusammenhänge, ob es im Interesse und Wohl der beiden Kinder liege, mit ihrem Vater in ihre Heimat nach Großbritannien zurückzukehren. Dem vordringlichen Wunsch und Interesse der Kinder an einer Rückkehr könne nur dann entsprochen werden, wenn sie in Obhut ihres Vaters seien und diesem daher die alleinige Obsorge zukomme. Es sei zudem das Verhältnis und die Bindung beider Kinder zum Vater intakt, was gegenüber der Mutter nicht der Fall sei. Zu den nunmehrigen Lebensumständen des Vaters und der Kinder in Großbritannien seien keine Feststellungen getroffen worden. Es stehe allerdings fest, dass der Vater bereits früher mit den Kindern alleine im Heimatstaat der gesamten Familie gelebt

und zeitweise die alleinige Obsorge und Betreuung der Kinder innegehabt habe. Im Hinblick auf die drohende Gefährdung, jedenfalls aber weiterer Belastung der Kinder bei deren Verbleib in Österreich müsste eine möglichst rasche Entscheidung getroffen werden. Es würde den Kindern in Großbritannien für den Fall einer mangelnden Betreuung durch den Vater unverzüglich der entsprechende behördliche und/oder gerichtliche Schutz zuteil werden. Dies zeige schon die Vorgeschichte, bei der das britische Jugendamt bereits mehrfach mit der familiären Situation befasst worden sei. Persönliche Kontakte – unbegleitet oder begleitet – zur Mutter entsprechen aufgrund der derzeitigen Situation weder dem Interesse noch dem Wohl der Kinder. Eine entsprechende Regelung begleiteter Kontakte, die in Großbritannien stattzufinden hätten, seien aufgrund der Tatsache, dass die beiden Kinder nunmehr in ihrer Heimat lebten, in absehbarer Zeit durch das österreichische Pflugschaftsgericht kaum realisierbar. Regelmäßige Kontakte über das Internet böten aber die Möglichkeit der Anbahnung zukünftiger persönlicher (begleiteter) Kontakte.

Der – nach Freistellung durch den Obersten Gerichtshof nicht beantwortete – **außerordentliche Revisionsrekurs** der **Mutter** ist zulässig und mit seinem Eventualantrag auf Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen auch berechtigt.

1. Die internationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung ist in der Verordnung (EG) 2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und im Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung (Brüssel IIa-VO oder EuEheKindVO) geregelt.

Elterliche Verantwortung umfasst insbesondere das Sorge- und das Umgangs- oder Kontaktrecht (9 Ob 14/15x).

2. Nach Art 8 Brüssel IIA-VO sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ein Aufenthaltswechsel während des Verfahrens entzieht die Zuständigkeit auch für höhere Instanzen grundsätzlich nicht (*Rauscher in Rauscher*, EuZPR-EuIPR<sup>4</sup>, Art 8 Brüssel IIA-VO Rz 9).

3. Im Unterschied zur Brüssel IIA-VO beruht das Zuständigkeitssystem nach dem Haager Übereinkommen vom 19. 10. 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kinderschutzübereinkommen – KSÜ), das in Österreich mit BGBl III 2011/49 am 1. 4. 2011 in Kraft getreten ist, nicht auf dem Grundsatz der *perpetuatio fori* (Art 5 Abs 2 KSÜ; 5 Ob 104/12y).

4. Nach Art 61 lit a Brüssel IIA-VO ist diese Verordnung gegenüber dem KSÜ vorrangig anzuwenden, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat (*Pesendorfer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Art 8 EuEheKindVO Rz 69).

5. Die Kinder hatten zum Zeitpunkt der Antragstellung vor dem Erstgericht ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Das Erstgericht war somit nach Art 8 Abs 1 Brüssel IIA-VO international zuständig. Nach der Aktenlage sind die beiden Minderjährigen seit 13. 1. 2016 mit dem Vater in Großbritannien. Eine (noch zu prüfende) Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder in einen

Mitgliedstaat ändert aufgrund des Anwendungsvorrangs der Brüssel IIa- VO die nach ihrem Art 8 begründete internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte grundsätzlich nicht.

6. Oberster Grundsatz im österreichischen Kindschaftsrecht ist das Wohl des Kindes. Zur Wahrung dieses Grundsatzes hat der Oberste Gerichtshof Entwicklungen, die die bisherigen Tatsachengrundlage wesentlich verändern, ungeachtet des im Rechtsmittelverfahren herrschenden Neuerungsverbots auch dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach der Beschlussfassung erster Instanz eingetreten sind (RIS-Justiz RS0119918 [T2]; RS0106313 [T2]).

7. Die Kinder sind am 13. 1. 2016 mit dem Vater nach Großbritannien zurückgekehrt. Auch die Mutter behauptet in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs nunmehr wieder in Großbritannien zu leben.

8. Das Rekursgericht begründete die Entscheidung über die alleinige Obsorge des Vaters vorwiegend damit, dass die Rückkehr der Kinder mit dem Vater nach Großbritannien in ihrem Interesse sei, während der Verbleib in Österreich das Kindeswohl gefährde. Feststellungen zu den Lebensumständen des Vaters in Großbritannien wurden nicht getroffen. Das Rekursgericht gewährte der Mutter ein Kontaktrecht nur über das Internet, weil die Regelung begleiteter Kontakte zu den wieder in Großbritannien lebenden Kindern durch das österreichische Pflschaftsgericht kaum realisierbar wäre.

9. Wenn die gesamte Familie tatsächlich wieder in Großbritannien lebt und ihr Aufenthaltsort beständig bleibt oder bleiben soll, so ist dies eine wesentliche Änderung jener Sachverhaltsgrundlage, auf der die Entscheidung der

Vorinstanzen aufbaute. Weder droht ein Verbleib in Österreich das Kindeswohl zu gefährden noch beeinträchtigt die Distanz zwischen Großbritannien und Österreich eine Kommunikation und Kooperation zwischen den Eltern und Kontakte der Kinder zur Mutter. Dies rechtfertigt die Aufhebung und die Verweisung der Rechtssache in die erste Instanz. Es wird zunächst zu prüfen sein, ob die Mutter tatsächlich – wie behauptet – ihren Aufenthalt dauernd nach Großbritannien verlegt hat.

9. Die Mutter beantragt in ihrem Revisionsrekurs eine Vorgangsweise nach Art 15 Brüssel IIa-VO. Diese Bestimmung regelt in Ausnahmefällen, sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, die Übertragung der Rechtssache vom zuständigen Gericht eines Staats an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats, das den Fall aufgrund der besonderen Bindung des Kindes zu diesem Staat besser beurteilen kann. Zu jenen Fällen, in denen nach Art 15 Abs 3 Brüssel IIa-VO eine besondere Bindung des Kindes angenommen wird, zählen ua

a) die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in den Mitgliedstaat,

b) der ursprüngliche gewöhnliche Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat

c) die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats oder

d) der gewöhnliche Aufenthalt eines Trägers der elterlichen Verantwortung in diesem Mitgliedstaat.

10. Die Kinder sind britische Staatsangehörige und lebten vor der Übersiedlung nach Österreich im August 2014 in Großbritannien. Entscheidende Bedeutung für eine Verweisung der Rechtssache an ein britisches Gericht nach dem als Ausnahmeregelung restriktiv anzuwendenden (vgl *Rauscher* aaO Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 7 f, *Schäuble* in

*Althammer*, Brüssel IIa-Rom III, Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 1) Art 15 wird im vorliegenden Fall aber der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder sowie ihrer Eltern haben. Die Sachnähe eines Gerichts dieses Mitgliedstaats, dessen Jugendschutzbehörden bereits mit den Angelegenheiten der Familie befasst gewesen waren, könnte dem Wohl der Kinder dienen. Britische Behörden oder Gerichte könnten die aktuellen Lebensumstände der Familie, insbesondere die Regelung von persönlichen Kontakten zur Mutter ohne Beschränkung auf die Kommunikation via Internet leichter beurteilen.

11. Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist unabhängig vom nationalen Recht autonom auszulegen (*Rauscher* aaO Art 8 Brüssel IIa-VO Rz 11; zum KSÜ: 5 Ob 104/12y). Nach der herrschenden Auffassung kommt es für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts nicht auf die Absicht an, dauernd an einem Ort verbleiben zu wollen, sondern darauf, ob jemand tatsächlich einen Ort zum Mittelpunkt seines Lebens, seiner wirtschaftlichen Existenz und seiner sozialen Beziehungen macht. Maßgeblich sind die dauerhaften Beziehungen einer Person zu ihrem Aufenthaltsort, sodass sich der Aufenthalt ausschließlich nach tatsächlichen Umständen bestimmt. Die Dauer des Aufenthalts ist für sich allein kein ausschlaggebender Moment (vgl RIS-Justiz RS0046742). Dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt können auch nach kurzer Zeit begründet werden (RIS-Justiz RS0046742 [T1, T2]). Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes drückt sich in seiner sozialen und familiären Integration aus (*Rauscher* aaO Rz 3).

12. Die Vorgeschichte der Familie, der Wunsch der Kinder nach einer Rückkehr mit dem Vater nach Großbritannien sowie die Weigerung der 2005 geborenen

mj D\*\*\*\*\*, sich in Österreich zu integrieren, legen in Verbindung mit einem nunmehr bereits mehrmonatigen Aufenthalt in Großbritannien eine bereits eingetretene soziale und familiäre Integration im Heimatstaat nahe. Dies gilt vor allem für den Fall, dass die Kinder mit dem Vater an den früheren Wohnort oder in dessen Nähe zurückgekehrt sind und sie wieder ohne längere Phase einer Eingewöhnung an ihr früheres Leben in Großbritannien anknüpfen konnten, während die Zeit in Wien ein bloßes Intermezzo ohne Integration war. Die Mutter soll nach ihren Behauptungen ebenfalls wieder in Großbritannien leben. Sollte das Erstgericht von einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Großbritannien ausgehen, wird es eine Vorgangsweise nach Art 15 Brüssel IIa-VO im Sinn der zu 9 Ob 14/15x dargelegten Kriterien in Betracht zu ziehen haben.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 25. August 2016  
Dr. H r a d i l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: