

### Zum gesetzlichen Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA; zur Parteistellung der Großeltern im Obsorgekonflikt

Ein gesetzliches Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA schließt die Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörde nicht aus, setzt aber voraus, dass das Heimatrecht selbst Eingriffe gestattet; im Obsorgekonflikt zwischen den Eltern haben die Großeltern keine Parteistellung

Da die (französische) Mj ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat (vgl RIS-Justiz RS0074198) und die zuständigen Behörden jeweils nach ihrem innerstaatl Recht zu entscheiden haben, ist grundsätzlich österr Recht anzuwenden. Allerdings ist nach Art 3 MSA ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatl Recht des Staates, dem der Mj an-

gehört, kraft Gesetzes besteht, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Nach dem hier maßgeblichen frz Recht üben die Eltern die elterliche Sorge auch für ein nicht ehelich geborenes Kind gemeinsam aus. Allerdings kam die elterliche Sorge für die Mj bis zur ProvisorialE der Mutter allein zu. Dabei handelte es sich um ein Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA.

104

FamZ März/2007

Dieses Gewaltverhältnis schließt die Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörde nicht aus, setzt aber voraus, dass das Heimatrecht selbst Eingriffe gestattet (2 Ob 117/00w mwN). Dies ist hier der Fall (Art 373-2-1 Abs 1 Code civil idF des G Nr 2002-305 v 4. 3. 2002). Zulässigkeit und Umfang des Eingriffs in ein Gewaltverhältnis sind nicht nach österr, sondern nach dem Heimatrecht des Kindes zu beurteilen (RIS-Justiz RS0074276).

Das RekG hat sich in seiner Begründung zwar auf den Grundsatz der Berücksichtigung des Kindeswohls und die Erziehungskontinuität berufen und auch ausgeführt, die Behauptung einer mangelhaften Betreuung der Minderjährigen durch den Vater habe sich nicht beweisen lassen. Es hat allerdings übersehen, dass es diese Aussagen praktisch ohne irgendein Tatsachensubstrat getätigt hat: Einziges Erhebungsergebnis im vorliegenden Verfahren ist der Bericht des Jugendwohlfahrtsträgers. Die Eltern der Mj wurden nur vom Erstgericht einvernommen. Damit konnte das Rekursgericht auch keine Entscheidungsgrundlagen aus etwaigen persönlichen Eindrücken der Beteiligten gewinnen. Zum Gesundheitszustand und den Betreuungsnotwendigkeiten der Mj fehlen Feststellungen zur bisher geübten und zur künftig geplanten Gestaltung der Betreuung. Den Ausführungen des RekG, eine Betreuung in den USA widerspreche – offensichtlich jedenfalls – dem Kindeswohl, entbehrt es somit an jeglichem Tatsachensubstrat.

An sich kann ein vom RekG verneinter Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens (hier: kein kinderpsychologischer SV) keinen Revisionsrekursgrund bilden (RIS-Justiz RS0050037); auch die Prüfung, ob zur Gewinnung der erforderlichen Feststellungen noch weitere Beweise notwendig sind, ist an sich ein Akt der Beweiswürdigung und damit vom OGH nicht überprüfbar (RIS-Justiz RS0043414). Diese Grundsätze gelten aber nicht, wenn sie den Interessen des Pflegebefohlenen, insb seinem Wohl, widersprechen (1 Ob 2292/96g = EFSlg 82.863; 9 Ob 71/01h ua); jedenfalls in Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren (4 Ob 135/05i).

Tatsächliche Entscheidungsgrundlagen lassen sich aus den weitwendigen Schriftsätzen schwerlich gewinnen. Die Stellungnahme des Jugendwohlfahrtsträgers ist – zumindest bislang – praktisch inhaltsleer. Damit erscheint aber die Beiziehung eines kinderpsycholog SV durchaus not-

wendig, um entsprechende Feststellungen treffen zu können, die eine sachgerechte und das Wohl der Minderjährigen befördernde Obsorgeentscheidung zulassen.

Dass die Mutter dem Auftrag des ErstG, binnen vier Wochen zum Obsorgeübertragungsantrag des Vaters Stellung zu nehmen und einen Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 10 ZustG namhaft zu machen, nicht fristgerecht nachgekommen ist, kann nicht rechtfertigen, sich (allenfalls) über das Kindeswohl hinwegzusetzen.

Damit waren die angefochtenen E aufzuheben. Das ErstG hat bislang keine Beweise aufgenommen; dies lässt es als zweckmäßig erscheinen, dem ErstG und nicht dem RekG die Verfahrensergänzung aufzutragen (vgl § 57 Z 5 AußStrG). Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass den Großeltern der Mj – entgegen der vom RekG vertretenen Auffassung – Parteistellung in diesem Obsorgeverfahren nicht zukommt. In Hinblick auf die Vorrangstellung des anderen Elternteils kommt den Großeltern keine eigene Verfahrensstellung zu; sie könnten lediglich angehört werden. Erst wenn sich herausstellen sollte, dass beide Elternteile nicht imstande sind, die Obsorge zum Wohl des Kindes auszuüben, also eine dritte Person (dann aber vorrangig die Großeltern) damit betraut werden müsste, käme eine Parteienstellung der Großeltern in Betracht. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Sollten die Ausführungen des RekG zur Kindeswohlgefährdung dahin zu verstehen sein, dass der Mutter – und zwar gerade als Frau und Mutter – insofern der Vorwurf gemacht wird, dass sie sich nicht um die Mj gekümmert habe und nach wie vor nicht bereit sei, ihre eigene Lebensgestaltung den Bedürfnissen ihres behinderten Kindes anzupassen, sondern ihre berufliche Karriere vorangetrieben habe, entspräche dies einer überholten patriarchalischen Einstellung. Es gibt nach heute herrschendem gesellschaftspolitischen Konsens keinen „Vorrang“ des Mannes und Vaters mehr, Karriere zu machen, bzw der Frau und Mutter, sich um ein (noch dazu behindertes) Kind zu kümmern. Gerade dies praktizieren die Eltern im vorliegenden Fall ja auch. Im Übrigen wäre diese Auffassung auch rechtlich verfehlt. Eine Obsorgeentscheidung kann niemals Belohnung oder Bestrafung für ein Verhalten der Eltern sein; maßgeblich ist stets das Kindeswohl.



## 6 Ob 178/06d – eine internationale Obsorgekonstellation

### I. Zum Verhältnis des österreichischen und französischen Obsorgerechts

Nach der Modernisierung und Reform des französischen Familienrechts durch das Gesetz Nr 2002-305 vom 4. 3. 2002 kommt nunmehr beiden Elternteilen eines unehelichen Kindes gemäß Art 372 Code Civil die Obsorge (ex lege) zu. Die faktische Trennung der Eltern ändert daran nichts. Insbesondere dann, wenn ein Elternteil seinen Wohnsitz ändert und keine Einstimmigkeit über die Obsorge herrscht, kann der Familienrichter im Interesse des Kindes eine Obsorgeentscheidung fällen und diese einem Elternteil „anvertrauen“ (Art 373-2-1 Code Civil).

Wie ist nun zu verfahren, wenn österreichische Behörden über Obsorgeverhältnisse eines minderjährigen französischen Kindes zu entscheiden haben?

Die Abgrenzungsproblematik zwischen Jurisdiktion und maßgeblichem Sachrecht im Rahmen des § 25 IPRG wird in der Praxis dadurch relativiert, dass die Vorschrift bei gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat des Haager Minderjährigen-Schutzabkommens (MSA) verdrängt wird (vgl. *Verschraegen/Schwimann in Rummel*, ABGB II<sup>3</sup>, § 27 IPRG Rz 11).

Das MSA gilt sowohl in Österreich als auch in Frankreich. Gemäß Art 1 MSA sind die Behörden des Aufenthaltsstaates zuständig; korrespondierend ist grundsätzlich innerstaatliches österreichisches Recht anzuwenden. Nach Art 3 MSA sind aber Gewalt- = Obsorgeverhältnisse nach dem Regime des Heimatrechts zu beurteilen, daher nach französischem Recht. Auch die Zulässigkeit und der Umfang des Eingriffs in Gewaltverhältnisse sind nicht nach österreichischem, sondern nach (hier: französischem) Heimatrecht des Kindes zu beurteilen. Entscheidend sind das Wohl des Kindes und gemäß Art 373-2-11 Code Civil die bisherige Praxis und sogar das „Gefühl“ des Kindes sowie die „Möglichkeiten“ der Eltern. Im französischen Recht werden interessanterweise materielle und prozessuale Aspekte vermischt; so verweist das französische materielle Recht auf die Notwendigkeit der Einholung von Expertisen

(familienpsychologischen Gutachten) und sonstiger Informationen und Ermittlungen. Gemäß OGH entspreche das französische Obsorgerecht hier (exakt) der österreichischen Rechtslage (§§ 176, 178a ABGB).

### II. Parteistellung der Großeltern

Interessant sind die Ausführungen des OGH, dass die Großeltern keine obligate Parteienstellung im Obsorgeverfahren haben. Dies sei entgegen der Ansicht des Rekursgerichtes nicht der Fall. Vielmehr hätten in einem Verfahren, in dem die Frage der Obsorge zwischen den beiden Elternteilen strittig sei, die Großeltern grundsätzlich keine eigene Verfahrensstellung, sondern lediglich ein Anhörungsrecht.

### III. Amtswegigkeitsgrundsatz

Herauszustreichen ist auch, dass der Amtswegigkeitsgrundsatz nach Ansicht des OGH gebiete, ein familienpsychologisches Gutachten einzuholen, auch wenn keine entsprechenden Anträge vorliegen. Hier würde das Kindeswohl schwerer wiegen als prozessuale Erwägungen zur Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens.

### IV. Kindeswohl und „Karriere“ der Mutter

Der OGH fühlt sich veranlasst, zu § 176 ABGB herauszustreichen, dass die Grundhaltung der Kindesmutter, ihre eigene Lebensgestaltung und ihre Karrierewünsche nicht den Bedürfnissen eines behinderten Kindes anzupassen, grundsätzlich nicht relevant sei; maßgeblich sei stets nur das Kindeswohl. Diese Ausführungen des OGH schließen allerdings nicht aus, dass die mangelnde bisherige Beteiligung eines Elternteiles an der Pflege eines behinderten Kindes relevante Einflüsse auf das Kindeswohl haben kann, etwa bei erforderlicher Erziehungskontinuität.

Wolfgang Kiechl

Dr. Wolfgang Kiechl ist Rechtsanwalt in Wien.