

EFZ

[Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht]

- Aktuelles** 124 **FamRÄG; 2. GeSchG; LPartG**
- Beiträge** 126 **Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht (Teil I)**
Brigitta Lurger
- 134 **Ist fehlende Jungfräulichkeit ein Eheaufhebungsgrund?**
Ulrike Aichhorn
- Rechtsprechung** 136 **Beschränkte Vertretungsmöglichkeit der Eltern bei Annahme von Zahlungen an das minderjährige Kind**
- 140 **Anrechnung von Wohnungsbeschaffungskosten auf Unterhaltsansprüche**
- 144 **Substanzschmälerung seines Vermögens durch den Unterhaltspflichtigen**
- 146 **Der Wettlauf um das Betretungsverbot**
- 156 **Obsorgedekrete im Gefüge des Internationalen Familienrechts**
- Checkliste** 158 **Der internationale Obsorge- und Besuchsrechtsfall**
Marco Nademleinsky

Juli 2008

04

MANZ 

Redaktion

Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

ISSN 1819-1509

Der internationale Obsorge- und Besuchsrechtsfall

Weisen Obsorge- oder Besuchsrechtsstreitigkeiten einen Auslandsbezug auf – sei es, weil ein Familienteil im Ausland lebt, sei es, weil ein Familienteil eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt – müssen Fragen der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts sowie ggfs der Anerkennung ausländischer Entscheidungen geklärt werden. Die folgende Checkliste bietet hierfür einen Überblick.

EF-Z 2008/97

A. Internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte¹⁾

1. Gewöhnlicher Aufenthalt²⁾ des Kindes in Österreich

- ☑ **Grundsatz:** Für eine Entscheidung über das Besuchs- oder Obsorgerecht sind allein ö Gerichte zuständig. Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten sind generell unzuständig. Rechtsgrundlage hierfür ist Art 8 Abs 1 Brüssel IIa-VO.³⁾ Die Staatsangehörigkeit des Kindes spielt keine Rolle.⁴⁾
- ☑ **Ausnahme 1:** Während eines Scheidungsverfahrens in einem anderen EU-Mitgliedstaat können die Eltern im Einvernehmen das Scheidungsgericht auch für den Obsorge- oder Besuchsrechtsstreit zuständig machen (Art 12 Brüssel IIa-VO).
- ☑ **Ausnahme 2:** Ist das Kind rechtmäßig aus einem anderen EU-Mitgliedstaat nach Österreich gezogen und hat hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt erworben,⁵⁾ so verbleibt dennoch die Zuständigkeit für eine (neue) Besuchsregelung für eine Dauer von drei Monaten bei den Gerichten des „Wegzugstaates“. Der Sinn dahinter: Eltern sollen sich schon vor einem Umzug über die Anpassung einer Besuchsregelung einigen, der Besuchsberechtigte dem anderen Elternteil nicht „hinterherlaufen“ müssen.
- ☑ **Sonderfall 1:** Die Zuständigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaatsgerichts wurde bereits in Anspruch genommen, bevor das Kind nach Österreich zog und hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt erwarb: das angerufene ausländische Gericht bleibt weiter zuständig (*perpetuatio fori*). Durch gerichtliche Kooperation kann die Zuständigkeit auf das ö Gericht übertragen werden (Art 15 Brüssel IIa-VO).
- ☑ **Sonderfall 2:** Die Zuständigkeit eines Schweizer oder türkischen Gerichts wurde bereits in Anspruch genommen, bevor das Kind nach Österreich zog und hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt erwarb: zuständig sind grundsätzlich die ö Gerichte (keine *perpetuatio fori* im Anwendungsbereich des MSA).⁶⁾

2. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in einem anderen EU-Mitgliedstaat

- ☑ **Grundsatz:** Zuständig sind allein die Gerichte des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ö Gerichte sind generell unzuständig.
- ☑ **Ausnahme 1:** Während eines Scheidungsverfahrens in Österreich können die Eltern im Einvernehmen die Zuständigkeit des ö Gerichts auch für das Obsorge- oder Besuchsverfahren

vereinbaren; sie können dies auch unabhängig von einem Scheidungsverfahren, wenn das Kind eine besondere Beziehung zu Österreich (etwa ö Staatsangehörigkeit) hat (Art 12 EheVO). Bloße „Einlassung“ reicht nicht bzw ist ausgeschlossen.

- ☑ **Ausnahme 2:** Umgekehrt wie 1., **Sonderfall 1.:** Wurde die Zuständigkeit ö Gerichte bereits in Anspruch genommen, bevor das Kind wegzog, besteht die Zuständigkeit auch nach dem Wegzug weiter. Mittels gerichtlicher Kooperation kann die Zuständigkeit übertragen werden.
- ☑ **Sonderfall:** Ungeachtet der Zuständigkeit der Gerichte eines anderen EU-Mitgliedstaats in der Hauptsache besteht eine Zuständigkeit ö Gerichte für einstweilige Maßnahmen und Schutzmaßnahmen (etwa vorläufige Besuchsregelung oder Besuchsrechtsuntersagung).

3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in der Türkei oder Schweiz

- ☑ **Grundsatz:** Zuständig sind die Gerichte im Aufenthaltsstaat des Kindes (Türkei/Schweiz).
- ☑ **Ausnahme:** Sofern es das Kindeswohl erfordert (strenge Prüfung!), insb weil die Aufenthaltsbehörden untätig bleiben, können die Heimatbehörden – also die ö Gerichte für ö Kinder – die Zuständigkeit an sich ziehen (unter gegenseitiger Behördenverständigung). Maßnahmen der Heimatbehörden gehen dann jenen der Aufenthaltsbehörden vor.

1) Die JN verwendet nach wie vor den Begriff der „inländischen Gerichtsbarkeit“; diese ist neben der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit eine selbständige Prozessvoraussetzung. Völker- bzw EG-Recht verdrängen jedoch die Zuständigkeitsregeln der JN (§ 27 a JN).

2) Maßgebend ist der „Lebensmittelpunkt“, also jener Ort, an dem das Kind sozial integriert ist. Siehe dazu weiterführend *Nademsinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.32 ff mwN.

3) Verordnung (EG) 2201/2003 [auch „EheVO“]. Sie gilt unmittelbar für die alten wie auch für die 10+2 „neuen“ Mitgliedstaaten, nicht jedoch für Dänemark.

4) Außer, das Kind ist Schweizer oder Türke: hier bleibt der Grundsatz im Ergebnis zwar derselbe, er ergibt sich jedoch aus Art 1 Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA); das MSA wird nämlich nur im *Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zueinander* von der Brüssel IIa-VO verdrängt.

5) *Rechtmäßig* ist ein Umzug, wenn keine Kindesentführung vorliegt, im Wesentlichen also das Sorgerecht des anderen Elternteils nicht verletzt wurde. Bei einem rechtmäßigen Umzug erlangt insb ein junges Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt meist sofort im „neuen“ Aufenthaltsstaat, während ein „entführtes“ Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im „Entführungsstaat“ idR frühestens nach einem halben Jahr erlangen kann.

6) Handelt es sich um ein Kind mit „effektiver“ Schweizer oder türkischer Staatsangehörigkeit, können erforderlichenfalls (insb bei Untätigkeit der Aufenthaltsbehörden) auch die Heimatbehörden des Kindes einschreiten. In Österreich bliebe den Gerichten dann eine Gefährdungs- und Eilzuständigkeit.

4. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in einem sonstigen EU-Drittstaat

- ☑ Es greift § 110 JN: Ö Gerichte sind zuständig, wenn das Kind Österreicher ist (oder Vermögen im Inland hat).⁷⁾ Gem § 110 Abs 2 kann von der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens abgesehen werden, wenn das Kindeswohl im Ausland gewahrt wird.
- ☑ Wurde die Zuständigkeit ö Gerichte bereits in Anspruch genommen, bevor das Kind wegzog, bleibt die Zuständigkeit bestehen (§ 29 JN).

B. Anwendbares Recht

1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Österreich

- ☑ *Grundsatz:* Auf die Regelung der Obsorge und des Besuchsrechts findet ö Recht Anwendung.⁸⁾
- ☑ *Regelfall:* Wird mit der Obsorge- oder Besuchsregelung in ein *ex-lege* bestehendes Eltern-Kind-Verhältnis („gesetzliches Gewaltverhältnis“) eingegriffen,⁹⁾ so ist die Regelung nur in dem Umfang zulässig, als das Heimatrecht des Kindes einen vergleichbaren Eingriff gestattet (stRsp, RIS-Justiz RS0074276).¹⁰⁾
- ☑ *Sonderfall:* Für rein iranische Familien beruft der Freundschafts- und Niederlassungsvertrag zwischen der Republik Österreich und dem (Kaiserreich) Iran (BGBl 1966/45) iranisches Recht.

2. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in einem (anderen) MSA-Staat¹¹⁾

- ☑ Ö Gerichte werden idR unzuständig sein. Besteht ausnahmsweise Zuständigkeit ö Gerichte, ist das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes anzuwenden, jedoch ö Recht für ein ö Kind, falls dessen Wohl von den ausländischen Behörden nicht ausreichend gewahrt wird.

3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in einem (MSA-)Drittstaat

- ☑ Befindet sich das Kind nicht in einem MSA-Vertragsstaat und findet das MSA folglich keine Anwendung, so beruft § 24 bzw § 25 Abs 2 IPRG das Personalstatut des Kindes, also sein Heimatrecht. Hat das Kind neben einer fremden Staatsangehörigkeit auch die ö, so ist allein diese maßgebend (§ 9 Abs 1 IPRG). Wird auf eine fremde Rechtsordnung verwiesen, so sind deren Kollisionsnormen auf eine Rück- oder Weiterverweisung hin zu prüfen. Es ist also nicht sogleich das fremde Recht in der Sache anzuwenden.¹²⁾ Gleichwohl wird in vielen Fällen die fremde Rechtsordnung die Verweisung „annehmen“, wenn/weil sie ebenfalls das Personalstatut des Kindes für maßgebend erklärt.

C. Anerkennung und Vollstreckung

1. Entscheidungen aus EU-Mitgliedstaaten

- ☑ Besuchsrechtsentscheidungen werden unmittelbar, ohne Vollstreckbarerklärung, anerkannt und können sofort „voll-

streckt“ werden, wenn hierfür eine Bescheinigung durch den Richter des Ursprungsmitgliedstaat vorliegt (Anhang III Brüssel IIa-VO); sonst bedarf es einer Vollstreckbarerklärung. Eine Abänderung der Entscheidung bleibt freilich möglich (die Zuständigkeit ist dann neu zu bestimmen). Das „Vollstreckungsverfahren“ selbst richtet sich nach der *lex fori*, also § 110 iVm § 79 Abs 2 AußStrG.

- ☑ Obsorgerechtsentscheidungen werden ebenfalls automatisch anerkannt, wobei die Anerkennung nur aus den in Art 23 Brüssel IIa-VO (abschließend) genannten gravierenden Gründen versagt werden kann. Da die Obsorgeentscheidung keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, bedarf sie auch keiner Vollstreckbarerklärung.¹³⁾

2. Entscheidungen aus der Schweiz oder Türkei

- ☑ Besuchs- und Obsorgerechtsentscheidungen aus der Schweiz oder Türkei – falls Gerichte dieser Staaten zuständig waren – werden in Österreich (ipso iure) anerkannt. Ausnahmsweise kann der *ordre public* eine Anerkennung verbieten. Die Vollstreckung, so erforderlich, richtet sich nach ö Recht.¹⁴⁾

3. Entscheidungen aus (EU- und MSA-)Drittstaaten

- ☑ Anerkennung und Vollstreckung richten sich hier nach §§ 112 – 116 AußStrG: die im Ursprungsstaat ergangene Entscheidung bedarf der Anerkennung. Die Anerkennung ist auszusprechen, wenn die Entscheidung im Ursprungsstaat vollstreckbar ist und keine Versagungsgründe (insb *ordre public*-Verstoß, Verletzung des rechtlichen Gehörs) greifen. Staatsvertraglich verbürgte Gegenseitigkeit der Vollstreckung ist (anders als bei Unterhaltsentscheidungen, vgl § 79 Abs 2 EO) nicht erforderlich. Die Anerkennung steht einer neuerlichen Entscheidung freilich nicht entgegen!

Marco Nademleinsky

7) Daher besteht etwa keine Zuständigkeit ö Gerichte für einen Obsorgeantrag des ö und in Österreich lebenden Vaters hinsichtlich seines Kindes mit französischer Staatsangehörigkeit, das mit der Mutter in Tunesien lebt. Aber selbst wenn Zuständigkeit in Österreich aufgrund der Staatsangehörigkeit des Kindes besteht, ist freilich die Sinnhaftigkeit eines Verfahrens in Österreich zu überdenken – denn wird die Entscheidung im Drittstaat anerkannt?

8) Folgt aus Art 2 Abs 1 MSA. Das Kollisionsrecht des MSA gilt für alle mj Kinder in Österreich, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit; das IPRG wird verdrängt.

9) Dies ist eine Vorrage, die nach dem Heimatrecht des Kindes zu beurteilen ist. Sonstige Vorragen, wie etwa nach der Abstammung des Kindes oder der Ehe seiner Eltern, sind nach dem IPRG gesondert anzuknüpfen.

10) Damit mag zwar formal ö Recht Anwendung finden, faktisch ist es aber oft das Heimatrecht des Kindes. Nach mancher Rsp und einem Teil der Lehre soll überhaupt das Heimatrecht zur Anwendung gelangen.

11) Zu den Vertragsstaaten s www.hcch.net

12) Anders die *Sachnorm*verweisung nach dem MSA!

13) Rsp des BGH, aber nicht unstrittig, s *Nademleinsky/Neumayr*, IFR Rz 08.63.

14) Die Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln des MSA sind im Detail nicht leicht zu ergründen. Besserung verspricht das Nachfolgeabkommen zum MSA, das Haager Kinderschutzübereinkommen (noch nicht in Kraft). Die ausführlichste (ö) Kommentierung des MSA findet sich von *Anzinger* in *Burgstaller*, Internationales Zivilverfahrensrecht.