

Zeitschrift für

EHE- UND EF-Z FAMILIENRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

Jänner 2009

01

1 – 40

Aktuelles

Familienrechtsreformprojekte in der 24. Gesetzgebungsperiode

Katharina Gröger ➔ 4

Beiträge

Zur Legalisierung der bloßen

„Erzeugerschaft“ (Teil I) Georg Aichinger ➔ 5

Die Entlastungsvereinbarung für den Kindesunterhalt im IPR

Marco Nademleinsky ➔ 9

Rechtsprechung

**Entfernungsanspruch der Eltern
gegenüber volljährigem Kind aus der
Ehewohnung** ➔ 12

HIV-Infektion und Eheaufhebung ➔ 17

Rechtsprechungsänderung: Ausgleichszulage kein anrechenbares
Eigeneinkommen ➔ 19

Zufällig stalken? ➔ 26

Serviceteil

Unterhaltsbemessung Edwin Gitschthaler ➔ 38

Die Entlastungsvereinbarung für den Kindesunterhalt im IPR

Zugleich eine Besprechung der E 4 Ob 232/07 g^{*)}

Während ein Verzicht auf den Kindesunterhalt nach österreichischem Rechtsverständnis generell unzulässig ist, können die Eltern gleichwohl im Verhältnis *zueinander* eine Vereinbarung über die Tragung des Kindesunterhalts treffen. Anlässlich einer Scheidung geschieht dies mitunter in Form der „Entlastungsvereinbarung“, in der ein Elternteil dem anderen die Schad- und Klagoshaltung für den Fall zusichert, dass er vom Kind auf Unterhalt in Anspruch genommen wird. Wirtschaftlich wird damit die Unterhaltspflicht auf einen Elternteil allein überbunden.¹⁾ Weist eine solche Vereinbarung einen Auslandsbezug auf, stellen sich ip- bzw izv-rechtliche Fragen nach Gültigkeit und Wirkungen einer solchen Vereinbarung.

Von Marco Nademleinsky

A. Der Anlassfall

Im Anlassfall (4 Ob 232/07 g) hatte sich der OGH mit einer im Ausland (China) geschlossenen und im Inland geltend gemachten Entlastungsvereinbarung auseinanderzusetzen. Er beurteilte Gültigkeit und Wirkungen der Vereinbarung nach chinesischem Recht, weil die Streitparteien der Vereinbarung zur Zeit deren Abschlusses chinesische Staatsbürger gewesen seien. Ob zwischenzeitlich geänderte Umstände zu einer Reduktion des Anspruchs führten, würde sich, aufgrund geänderter Staatsangehörigkeit der Eheleute, nach österr. Recht beurteilen.

Die in der Begründung wenig nachvollziehbare E gibt Anlass, das Problem der „Entlastungsvereinbarung“ im IPR (und IZVR) näher zu betrachten.

B. IPR oder IZVR?

Leitet eine Partei ihren Anspruch aus einer ausländischen E ab, so liegt die Versuchung nahe, über die Be-

EF-Z 2009/4

§§ 8, 18 und 20 IPRG

OGH 8. 4. 2008, 4 Ob 232/07 g

Unterhaltsentlastungsvereinbarung;
Anknüpfung im IPR

^{*)} Siehe EF-Z 2009/39 in diesem Heft.

¹⁾ Die Entlastungsvereinbarung ist bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig, die nach Rsp (s zuletzt etwa 2 Ob 234/07 m) und Lehre (bspw. *Neuhauser* in *Schwimmann*³ § 140 ABGB Rz 4) etwa dann erreicht ist, wenn der verpflichtete Elternteil den dem Kind gebührenden Gesamtunterhalt effektiv nicht mehr aufbringen kann.

rechti gung des Anspruchs nach IZVR – das die Anerkennungsfähigkeit von E regelt – zu entscheiden. Das wäre freilich verfehlt; denn der Anerkennung zugänglich sind nur solche Akte des Gerichts, die *Entscheidungscharakter* haben, zB Bewilligung der Adoption, Scheidung der Ehe etc. Gerichtliche Vergleiche besitzen generell keinen Entscheidungscharakter, denn sie vermögen auch keine materielle Rechtskraft zu entfalten.²⁾ Vielmehr hat das inländische Gericht einen privatrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsbeziehung zu entscheiden, der bislang *noch nicht entschieden* worden ist – es stellt sich also ein IPR-Problem.³⁾ Nach IPR ist daher auch die Frage nach der (Form-)Wirksamkeit der Vereinbarung zu lösen.

C. Falllösung im IPR – Kritik an der Entscheidung

Gem § 1 IPRG sind Sachverhalte mit Auslandsberührung in privatrechtlicher Hinsicht nach der Rechtsordnung zu beurteilen, zu der die stärkste Beziehung besteht; die im IPRG enthaltenen Verweisungsnormen sind Ausdruck dieses Grundsatzes.

Bei der ip-rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts gilt es daher zunächst, die „passende“ Verweisungsnorm zu finden, also den geltend gemachten Anspruch unter die zutreffende Verweisungsnorm zu subsumieren (sog „Qualifikation“). Welche diese ist, verschweigt die Anlassentscheidung zur Gänze. Woraus abgeleitet wird, dass Gültigkeit und Rechtsfolgen der Vereinbarung nach dem gemeinsamen Personalstatut der Streitparteien – einmal zur Zeit der Vereinbarung, dann zur Zeit der Geltendmachung – anzuknüpfen sind, bleibt unklar.⁴⁾

Stellt man die Frage nach der passenden Verweisungsnorm, so lässt sich dem IPRG entnehmen, dass zwischen formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Vereinbarung (Rechtshandlung) zu unterscheiden ist, bevor anschließend nach den Wirkungen der Vereinbarung gefragt werden kann:

D. Die formale Wirksamkeit der Vereinbarung

Nach welchem Recht die (erforderliche) *Form* einer im Ausland vorgenommenen Rechtshandlung zu beurteilen ist, regelt – von Ausnahmenvorschriften abgesehen – § 8 IPRG. Gem § 8 IPRG ist die Form einer Rechtshandlung nach demselben Recht zu beurteilen wie die Rechtshandlung selbst; es genügt jedoch auch die Einhaltung der Ortsform.

Das IPRG sieht mit diesem § 8 eine allgemeine Anknüpfungsregel für die Form von Rechtshandlungen vor.⁵⁾ Zur „Form“ gehört alles, was äußere Erscheinung und äußeren Ablauf eines privatrechtlichen Akts bestimmt. Dazu zählt auch die beurkundende Mitwirkung des Gerichts.⁶⁾

Im Anlassfall kann jedenfalls *wegen Erfüllung der Ortsform* vom formal wirksamen Zustandekommen der Vereinbarung ausgegangen werden. Dass nämlich nach chinesischem (Orts-)Recht noch strengere (oder andere) Förmlichkeiten als die gerichtliche Mitwirkung an der Vereinbarung erforderlich wären – und das chi-

nesische Gericht diese folglich auch missachtete – ist kaum denkbar.⁷⁾

E. Die Qualifikation der Vereinbarung

Eine höchstgerichtliche E zur Frage, wie eine Unterhaltentlastungsvereinbarung anzuknüpfen ist, besteht soweit ersichtlich nicht. In Rsp und L relativ häufig erörtert findet sich die Anknüpfung des „Erstattungsanspruchs“,⁸⁾ der Regressanspruch des unterhaltsvorleistenden Dritten gegen den Unterhaltspflichtigen. Dieser Anspruch folgt, grob gesagt, dem „Recht der getilgten Forderung“. Eine solche Anknüpfung – obwohl aufgrund des bewirkten Gleichlaufs von Unterhaltsrecht und Recht der Entlastungsvereinbarung von gewisser Anziehungskraft – lässt sich auf die Entlastungsvereinbarung wohl deshalb nicht übertragen, weil zur Zeit ihres Zustandekommens noch gar keine Forderung getilgt wurde.

Für den österr Rechtsbereich dürfte allein *Verschraegen*⁹⁾ eine Aussage zur Anknüpfung der Entlastungsvereinbarung zu entnehmen sein, und zwar iZm der Grundsatzfrage nach der korrekten „Kollisionsrechtsquelle“, derer sich zwei grundlegend verschiedene anbieten: zum einen eine *schuldvertragliche Anknüpfung* (nach Art 4 EVÜ) und zum anderen eine eher *familienrechtliche Anknüpfung* nach einer bestmöglich passenden Bestimmung des IPRG. Zunächst zur schuldvertraglichen Anknüpfung.

Das EVÜ stellt für vertragliche Schuldverhältnisse ein (einheitliches) Kollisionsrecht auf, das Vorrang vor dem IPRG genießt (§ 53 Abs 2 IPRG). Nicht in den Anwendungsbereich des EVÜ fallen jedoch vertragliche Schuldverhältnisse betreffend Rechte und Pflichten, die auf einem Familien-, Verwandtschafts- oder eherechtlichen Verhältnis oder auf einer Schwägerschaft beruhen, einschließlich der Unterhaltsver-

2) Vgl *Rechberger* in *Rechberger*³ Vor § 390 ZPO Rz 33. Lediglich für den Fall, dass der verglichene Gegenstand vom Gericht in Entscheidungsform gekleidet wird (wie etwa die einvernehmliche Scheidung), kann *insoweit* der Vergleich dem IZVR-Regime unterfallen. Beachte aber auch die Gleichstellung bestimmter gerichtlicher Vergleiche, Vereinbarungen und öffentlicher Urkunden mit gerichtlichen Entscheidungen durch eine Reihe von ÜbK oder Rechtsakte der EG (zB Art 46 Brüssel 4 a-VO).

3) So schon in aller Klarheit über das Verhältnis IPR – IZVR *Schwimmann* IPR³, 10.

4) Offenbar wurde nach § 18 IPRG zZt der Vereinbarung (vgl so auch 7 Ob 173/00t ZfRV 2002/24) angeknüpft, daher „iVm § 7 IPRG“; tatsächlich wurde jedoch die *Scheidung* geregelt, wofür generell § 20 IPRG einschlägig ist (und aufgrund Unwandelbarkeit des Statuts kein Platz für § 7 IPRG bleibt). Davon abgesehen, gehen beide Bestimmungen von Gesamtnormverweisung aus, was in der E keinerlei Erwähnung findet.

5) Hierzu *Schwimmann*, Die Beurteilung der Form in Zivilrechtsfällen mit Auslandsberührung, NZ 1981, 65.

6) Unterscheide davon – wie gehabt – solche Akte des Gerichts, die *Entscheidungscharakter* haben.

7) Jedenfalls entspricht es (offensichtlich) auch der Rechtspraxis, Vereinbarungen in dieser Weise (vor Gericht) zu schließen. Eine andere Frage ist, wie und mit welcher Wirkung dem österr Gericht die Existenz der chinesischen Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Die Anerkennung als österr öffentliche Urkunde (vgl § 293 ZPO) wird an der (mangelnden) Gegenseitigkeit scheitern und würde ferner dadurch erschwert, dass die Volksrepublik China kein Mitgliedstaat des Haager Beglaubigungsübereinkommens ist. Die Vereinbarung stellt sich somit als reine Privaturkunde dar.

8) Siehe etwa *Kropholler*, IPR⁶ § 47 II. 5; aus der Rsp 4 Ob 516/85 ZfRV 1987, 63 (*Hoyer*).

9) *Verschraegen* in *Rumme*⁶ Art 1 EVÜ Rz 12.

pflichtungen gegenüber einem unehelichen Kind (Art 1 Abs 2 lit b EVÜ). Es fragt sich, inwiefern eine Unterhalts(entlastungs)vereinbarung zwischen Ehegatten unter diesen Ausnahmetatbestand fällt. *Verschraegen* (aaO) dürfte dazu vorsichtig die Ansicht vertreten, solche Vereinbarungen seien nicht von der Ausnahme erfasst, unterlägen also generell dem EVÜ. Dies vermag jedoch weder in der Begründung¹⁰⁾ noch iE¹¹⁾ zu überzeugen.

Ausgangspunkt bei der Suche nach der „passenden“ Kollisionsnorm muss vielmehr die *Funktion* der konkreten Vereinbarung sein. Die Funktion der Entlastungsvereinbarung für den Kindesunterhalt liegt im erweiterten Spielraum der Parteien bei der Gestaltung ihrer Scheidungsvereinbarung; ihr Charakter ist damit (jedenfalls im Anlassfall) spezifisch „scheidungsrechtlicher Natur“. Nur iZm einer Gesamtwürdigung der Scheidungsvereinbarung kann auch beurteilt werden, ob eine darin enthaltene Entlastungsvereinbarung wegen grober Benachteiligung, nämlich Einseitigkeit, sittenwidrig ist. Als „passende“ Anknüpfungsnorm drängt sich damit § 20 Abs 1 IPRG auf, welche Bestimmung generell das auf die Scheidungsvoraussetzungen sowie -wirkungen anwendbare Recht regelt.

F. Anwendung der Kollisionsnorm und Ergebnis

§ 20 Abs 1 IPRG beruft – hier für die Voraussetzungen und Wirkungen der Entlastungsvereinbarung – das zur Zeit der Scheidung für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehegatten (gem § 18 IPRG) maßgebliche Recht. Das nach § 20 Abs 1 IPRG ermittelte Recht kann sich nicht wandeln, sondern ist „starr“; nach ihm beurteilt sich auch, ob der Vereinbarung die Umstandsklausel innewohnt bzw welche nachträglichen Änderungen zu einer Zahlungsreduktion führen können. Ein späterer Statutenwechsel ist unbeachtlich.

Im Anlassfall verweist § 20 Abs 1 IPRG über § 18 Abs 1 IPRG auf chinesisches Recht (gemeinsames Personalstatut der Ehegatten zur Zeit der Scheidung). Bei dieser Verweisung handelt es sich um eine Gesamtverweisung (§ 5 IPRG) auf chinesisches (Kollisions)Recht.

Beruft chinesisches IPR (ebenfalls) das gemeinsame Personalstatut der Eheleute, so wäre die Verweisung angenommen, es würde chinesisches Recht zum Zug gelangen. In der Tat dürfte chinesisches IPR aber in bestimmten Konstellationen auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort der Eheleute abstellen,¹²⁾ dies allenfalls auch in Form einer versteckten Rückverweisung.¹³⁾ Lag der gewöhnliche Aufenthalt der Eheleute zur Zeit der Scheidung – wobei nicht kleinlich auf den genauen Tag der Scheidung abzustellen ist – in Österreich, so käme allenfalls kraft Zurückverweisung österr Recht zur Anwendung.

Die Erhebung des chinesischen Rechts wäre also im Anlassfall um die (vorrangig entscheidende) Frage zu ergänzen, ob bei Scheidung zweier im Ausland lebender Chinesen chinesisches Recht oder das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute zur Anwendung gelangt bzw ob im Fall des Fehlens einer ausdrücklichen Kollisionsnorm chinesische Gerichte aufgrund gegebener Zuständigkeit die *lex fori* zur Anwendung bringen, woraus eine versteckte Rückverweisung auf österr Recht ableitbar wäre. Ferner wären Feststellungen zu treffen, wo die Eheleute zur Zeit der Entlastungsvereinbarung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

10) Zum einen wird unzutreffend postuliert, die Rsp des EuGH zum Anwendungsbereich des EuGVÜ (der EuGVVO) sei auch für das EVÜ heranzuziehen, denn während das Familienrecht aus dem Anwendungsbereich des EVÜ ausdrücklich ausgenommen ist, trifft dies für die EuGVVO nicht zu, wie dessen Art 5 Nr 2 – unter den sogar vertragliche Unterhaltsansprüche subsumiert werden, wenn sie bloß gesetzliche Ansprüche konkretisieren – zeigt. Ferner ist die herangezogene Entscheidung des EuGH (Boogaard/Laumen) als Begründung nicht tragfähig, denn nach ihr fällt eine Entscheidung, sofern sie nicht nur die Verteilung der ehelichen Güter regelt, sondern auch Versorgungscharakter hat, sehr wohl in den Anwendungsbereich des Übk (der EuGVVO).

11) Gem Art 4 Abs 2 käme wohl als Recht der charakteristischen Leistung das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsschuldners zur Anwendung – ein Ergebnis, das angesichts der Wertung des Art 5 Nr 2 EuGVVO (Klägergerichtsstand des Unterhaltsberechtigten) kaum gewollt sein kann.

12) Vgl *Bergmann/Ferid*, 134. Lieferung, 31. 3. 1999, Stand 31. 12. 1991, 42 – alt, aber als Ausgangspunkt für eine zielführende Anfrage (etwa bei der Botschaft) jedenfalls brauchbar.

13) Anwendung eigenen Rechts bei gegebener Zuständigkeit. Vgl *Harro v. Senger*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China (1994) 358, zu Art 147 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China.

→ In Kürze

Selbst eine vor Gericht geschlossene Vereinbarung der Schad- und Klagohaltung für den Kindesunterhalt ist keine gerichtliche Entscheidung und daher der Anerkennung nicht fähig. Voraussetzungen und Folgen ihres Zustandekommens sind vielmehr nach IPRG zu beurteilen. Das EVÜ findet keine Anwendung. Das formal wirksame Zustandekommen der Vereinbarung regelt § 8 IPRG, materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen bestimmen sich nach § 20 Abs 1 IPRG.

→ Zum Thema

Zum Autor:

Dr. Marco Nademleinsky ist nach langjähriger Assistententätigkeit an der Abteilung für Rechtsvergleichung und IPR der Universität Wien nunmehr RAA in Wels.

Kontakt: E-Mail: marco.nademleinsky@kapo.at

Vom selben Autor erschienen:

Wann beginnt die Verjährungsfrist in den Fällen des § 1310 ABGB? EF-Z 2008/29.

