

Zeitschrift für

# EHE- UND FAMILIENRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler  
Constanze Fischer-Czermak  
Johann Höllwerth

Mai 2011

03

81 – 120

## Aktuelles

Die Familiengerichtshilfe nach dem geplanten KindRÄG 2012 ➔ 84

## Beiträge

**Haager Kinderschutzübereinkommen  
in Kraft** Marco Nademleinsky ➔ 85

Die Hinderung eines Elternteils an der Ausübung der Obsorge  
Marie-Theres Volgger ➔ 90

## Rechtsprechung

**Darf der nicht betreuende Elternteil  
wissen, wo sein Kind wohnt?** ➔ 100

Ehestörer – Lenker oder Zulassungsbesitzer? ➔ 101

Unterhaltsbefristung der Scharia verstößt nicht gegen  
inländischen ordre public ➔ 103

Entgeltlicher Verzicht auf Feststellung der wahren Vaterschaft –  
keine wirklich gute Idee ➔ 107

Die Rechtsanwältin als bestrafte Sachwalterin ➔ 112

# Haager Kinderschutz- übereinkommen in Kraft

Am 1. 4. 2011 ist für Österreich das „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“ in Kraft getreten. Der folgende Beitrag stellt das Übereinkommen in seinen wesentlichen Grundzügen vor.

Von Marco Nademleinsky

## A. Kurze Reformgeschichte: vom MSA zum KSÜ

Der internationale Schutz von Kindern, die sich vorübergehend oder dauerhaft außerhalb ihres Heimatstaates befinden, wurde seit 1961 im Haager Minderjährigenschutzabkommen<sup>1)</sup> (im Weiteren: **MSA**) geregelt, das für Österreich im Jahr 1975 in Kraft getreten ist.<sup>2)</sup> Seine Anwendung hat seit jeher Probleme bereitet,<sup>3)</sup> und es verwundert daher nicht, dass es mit einem Ratifikationsstand von nur 13 Staaten<sup>4)</sup> wenig erfolgreich geblieben ist. Verständlich war daher der Wunsch nach einer Modernisierung des MSA, der die Haager Konferenz 1992 dazu veranlasste, eine Spezialkommission zur Revision des Abkommens einzusetzen.<sup>5)</sup> Als Ergebnis der Reformbemühungen wurde auf der 18. Tagung der Haager Konferenz von 35 Staaten das Haager Kinderschutzübereinkommen v 19. 10. 1996 (im Weiteren: **KSÜ**) unterzeichnet. Bis zu seinem Inkrafttreten für Österreich sollte jedoch noch einige Zeit vergehen. Zunächst bedurfte das KSÜ der Ratifikation durch zumindest drei Staaten, um in Kraft zu treten (Art 61 Abs 1 KSÜ), was erst mit 1. 1. 2002 gelang. Zu diesem Zeitpunkt war Österreich bereits Mitglied der EG, wo weitgehend die Brüssel II a-VO<sup>6)</sup> in Geltung stand. Die Brüssel II-VO schuf für die im KSÜ geregelten Angelegenheiten des Schutzes von Kindern eine Außenkompetenz der Gemeinschaft, sodass den Mitgliedstaaten (MS) ein isoliertes Handeln im Verhältnis zu Drittstaaten verwehrt war.<sup>7)</sup> Es bedurfte daher zur Ratifikation des KSÜ einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Rat der EU, die erst 2008 erteilt wurde.<sup>8)</sup> Zugleich forderte der Rat die MS zur Ratifikation des KSÜ bis längstens 5. 6. 2010 auf. Die Mehrzahl der MS kam dieser Aufforderung in der zweiten Jahreshälfte 2010 nach, so auch Österreich.<sup>9)</sup> Insgesamt wurde das KSÜ bereits von mehr als 30 Staaten ratifiziert.<sup>10)</sup>

## B. Verhältnis des KSÜ zu anderen Rechtsinstrumenten

### 1. Verhältnis zum MSA

Das KSÜ ersetzt „im Verhältnis zw den Vertragsstaaten“ das MSA (Art 51 KSÜ). Die einzigen Vertragsstaaten des MSA, die nicht auch das KSÜ ratifiziert haben, sind die Türkei und die zu China gehörende, vormals portugiesische Region Macao. Im Verhältnis zu diesen beiden Ländern ist daher weiter das MSA und nicht das KSÜ anzuwenden. Das MSA wird hier auch nicht von der Brüssel II a-VO verdrängt, denn deren Vorrang besteht nur „im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaa-

EF-Z 2011/56

Haager  
Kinderschutz-  
übereinkommen

internationale  
Zuständigkeit;  
Kollisionsrecht;  
Anerkennung

- 1) Übereinkommen v 5. 10. 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, BGBl 1975/446.
- 2) Dazu *Schwimmann*, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen und seine Anwendung in Österreich, JBl 1976, 233.
- 3) Zu den Schwächen des MSA zählten insb seine mehrdeutigen Regeln, die bevorzugte Stellung der Heimatbehörden und das Fehlen effektiver Regeln der behördlichen Zusammenarbeit; vgl den erl Bericht zum KSÜ von *Lagarde*, abrufbar unter der Webseite der Haager Konferenz, [www.heeh.net](http://www.heeh.net) (im Folgenden kurz Report Lagarde), Report *Lagarde*, Nr 3 ff.
- 4) Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweiz, Spanien, Türkei.
- 5) Dazu insb *Roth/Döring*, Das Haager Abkommen über den Schutz von Kindern, JBl 1999, 758 (759).
- 6) VO (EG) 2000/1347 des Rates, ABIL 2000/160, 19.
- 7) Dazu *Schulz*, Die Zeichnung des Haager Kinderschutz-Übereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel II a-Verordnung, FamRZ 2003, 1351.
- 8) B 2008/431/EG des Rates v 5. 6. 2008, ABIL 2008/151, 36. Hintergrund für die Verzögerung war ein Streit zw dem Vereinigten Königreich und Spanien über die Behandlung von Gibraltar; dazu *Schulz*, Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996: Im Westen nichts Neues, FamRZ 2006, 1310.
- 9) Vgl [www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=70](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70); zum parlamentarischen Geschehen, [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/00867](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/00867). Die Veröffentlichung im BGBl stand bei Drucklegung noch aus. Siehe dazu auch FN 25.
- 10) Zum Ratifikationsstand siehe die Webseite der Haager Konferenz, [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

ten“ (Art 60 lit a Brüssel II a-VO). Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht für Entscheidungen über **türkische Kinder** in Österreich ergeben sich also weiterhin allein aus dem MSA, ebenso beurteilen sich Anerkennung und Vollstreckung türkischer E ausschließlich nach dem MSA.

## 2. Verhältnis zur Brüssel II a-VO

Die **Brüssel II a-VO** verdrängt das KSÜ in den Regeln der internationalen Zuständigkeit, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem MS<sup>11)</sup> hat (Art 52 Abs 2 KSÜ; Art 61 lit a Brüssel II a-VO), sowie immer in den Regeln der Anerkennung und Vollstreckung von E **aus einem anderen MS**, auch wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt zwischenzeitlich in einen EU-Drittstaat verlegt hat, der dem KSÜ angehört (Art 61 lit b Brüssel II a-VO).<sup>12)</sup> Nur E aus einem KSÜ-Vertragsstaat, der nicht MS ist, werden nach dem KSÜ anerkannt und vollstreckt.<sup>13)</sup> Die Anerkennung von E aus einem Staat, der weder MS noch KSÜ-Vertragsstaat ist, beurteilt sich nach §§ 112 bis 116 AußStrG.

Der Unterschied zw dem Anerkennungsregime des KSÜ und jenem der Brüssel II a-VO ist gering (dazu F). Dagegen ist der Unterschied groß, was das **Kollisionsrecht** betrifft, denn die Brüssel II a-VO regelt es gar nicht. Das KSÜ wird also vor allem zur Bestimmung des auf Maßnahmen der elterlichen Verantwortung anwendbaren Rechts von Bedeutung sein.

## 3. Verhältnis zum HKÜ

Das Haager Kindesentführungsübereinkommen<sup>14)</sup> (**HKÜ**) bleibt vom KSÜ unberührt (Art 50 Satz 1 KSÜ). Einer Berufung auf die Bestimmungen des KSÜ zu dem Zweck, die Rückführung zu erwirken oder das Besuchsrecht durchzusetzen, steht jedoch „nichts entgegen“, wie es in Art 50 S 2 KSÜ etwas kryptisch heißt.<sup>15)</sup> Im Verhältnis zw den MS sind die das HKÜ modifizierende Regeln der Brüssel II a-VO (Art 10, 11) weiter zu beachten (Art 60 lit e Brüssel II a-VO).

## 4. Verhältnis zu bilateralen Verträgen

Das KSÜ lässt andere internationale Übereinkünfte, denen die Vertragsstaaten angehören und die Bestimmungen über die im KSÜ geregelten Angelegenheiten enthalten, grundsätzlich unberührt (Art 52 Abs 1 KSÜ). In Betracht kommen der Freundschafts- und Niederlassungsvertrag mit dem Iran,<sup>16)</sup> der Rechtshilfevertrag mit Liechtenstein,<sup>17)</sup> der (völkerrechtlich weiter geltende) Konsularvertrag mit Jugoslawien<sup>18)</sup> oder der Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag mit Tunesien.<sup>19)</sup> Allenfalls wäre eine Auskunft des BMJ einzuholen.

## C. Anwendungsbereich des KSÜ

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Das KSÜ ist auf **Kinder** von ihrer Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres anzuwenden, also unabhängig von einer allenfalls nach dem Heimatrecht früher eintretenden Volljährigkeit. Kinder vor der Geburt (*nasciturus*) und Erwachsene, die in ihrer Geschäftsfä-

higkeit beschränkt sind, werden vom KSÜ nicht erfasst.<sup>20)</sup> Die Staatsangehörigkeit spielt keine Rolle.

### 2. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich des KSÜ ergibt sich nur indirekt aus den einzelnen Bestimmungen selbst.<sup>21)</sup> Die Zuständigkeitsregeln kommen im Wesentlichen zur Anwendung, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hat (Art 5 KSÜ); die kollisionsrechtlichen Regeln sehen zum Teil auch die Anwendung des Rechts eines Nichtvertragsstaats vor (Art 20 KSÜ). Die Anerkennung und Vollstreckung von E ist auf solche aus Vertragsstaaten beschränkt (Kapitel IV KSÜ); auch die behördliche Zusammenarbeit findet nur zw Vertragsstaaten statt (außer im Fall schwerer Gefahr, Art 36 KSÜ).

### 3. Sachlicher Anwendungsbereich

Art 3 KSÜ zählt die vom Übereinkommen erfassten Maßnahmen positiv und beispielhaft auf, Art 4 enthält einen abschließenden Katalog von nicht erfassten Maßnahmen.<sup>22)</sup> Von den praktisch wichtigsten erfassten Maßnahmen sind zu nennen: die Zuweisung sowie die vollständige oder tw Entziehung der Obsorge; das Recht zur Bestimmung des Aufenthalts des Kindes; die Regelung des Besuchsrechts iwS; die Inpflegenahme des Kindes; die Vermögensverwaltung des Kindes einschließlich Fragen der gerichtlichen Genehmigung.<sup>23)</sup> Nicht erfasst sind etwa abstammungsrechtliche Angelegenheiten, Adoption, Namensrecht oder Unterhalt. Keine Rolle spielt, ob eine Maßnahme nach nationalem Recht Teil des öffentlichen oder des privaten Rechts ist, weil diese Unterscheidung dem KSÜ fremd ist.<sup>24)</sup>

### 4. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Regeln des KSÜ über die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht sind ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Übereinkommens anzuwenden, für Österreich also ab dem 1. 4. 2011 (Art 53 Abs 1 KSÜ).<sup>25)</sup> Welche Auswirkungen das Inkrafttreten auf

11) Und zwar iSd Art 2 Z 3 der Brüssel II a-VO, dh, Dänemark zählt als Drittstaat.

12) Die hM wendet teils stillschweigend (bspw *Kaller-Pröll* in *Fasching/Konecny* V/2<sup>2</sup> Art 61 Rz 7 ff, 18 ff), teils auch ausdrücklich (*Rauscher/Rauscher*, EuZPR<sup>2</sup> [2010] Art 60 f Brüssel II a-VO Rz 10) zu Recht Art 61 lit a nicht auf Fragen der Anerkennung und Vollstreckung an, obwohl der Wortlaut dies zuließe.

13) *Rauscher/Rauscher*, EuZPR<sup>2</sup> (2010) Art 60 f Brüssel II a-VO Rz 10.

14) Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung v 25. 10. 1980, BGBl 1988/512.

15) Zu denken ist wohl primär an die Regeln der behördlichen Zusammenarbeit, insb die unmittelbare Zusammenarbeit zw den nationalen Behörden (Art 34 KSÜ), die das HKÜ so nicht vorsieht.

16) BGBl 1966/45.

17) BGBl 1956/213 idF BGBl 1968/99.

18) BGBl 1968/378.

19) BGBl 1980/305.

20) Report *Lagarde*, Nr 11, 15.

21) Report *Lagarde*, Nr 17, 39.

22) Im Zweifel ist eine Maßnahme daher vom KSÜ erfasst, vgl Report *Lagarde*, Nr 26; *Nademeinsky/Neumayr*, IFR 08.13 (Fn 21).

23) Bspw Genehmigung der Klagsführung, vgl 4 Ob 189/06 g.

24) *Nademeinsky/Neumayr*, IFR Rz 08.13.

25) Vorausgesetzt, dass bis dahin das BGBI über die Genehmigung des KSÜ veröffentlicht wurde, andernfalls (so nicht eine Rückwirkungsklausel geschaffen wird) das KSÜ für Österreich gem Art 49 Abs 2 B-VG erst mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag anzuwenden sein wird.

bereits anhängige Verfahren hat, bleibt im KSÜ unregelt und wird sich daher nach nationalem Recht entscheiden.<sup>26)</sup> Für Österreich ist in Fragen der internationalen Zuständigkeit gem § 29 JN, der auch für das Außerstreitverfahren gilt, von einer Perpetuierung auszugehen.<sup>27)</sup> Das auf Maßnahmen anwendbare Recht kann hingegen mit Inkrafttreten des KSÜ auch während des Verfahrens in jedem Stadium umschlagen.<sup>28)</sup> Das gilt auch für die Kollisionsregel des Art 16 KSÜ, wonach das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bestimmt, wer dessen gesetzlicher Obsorgeberechtigter ist (dazu E.3).<sup>29)</sup> Im Hinblick auf bereits abgeschlossene Sachverhalte (insb Vertretungshandlungen) ist allerdings unter Heranziehung von § 7 IPRG (sinngemäß auch Art 19 KSÜ) davon auszugehen, dass ein Statutenwechsel nicht schadet.

Auf die Anerkennung und Vollstreckung von Maßnahmen (Entscheidungen) ist das KSÜ anzuwenden, wenn die Maßnahme getroffen wurde, nachdem das KSÜ bereits für beide beteiligten Staaten (den ersuchenden und den ersuchten) in Kraft getreten ist (Art 53 Abs 2 KSÜ).

## D. Internationale Zuständigkeit

### 1. Grundsatz

Da das KSÜ der Brüssel II a-VO als Vorbild diente, sind die Abweichungen in den Regeln der internationalen Zuständigkeit eher gering. Beide Instrumente sehen im Grundsatz vor, dass die **Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes** international zuständig sind (Art 5 Abs 1 KSÜ; Art 8 Brüssel II a-VO).<sup>30)</sup>

### 2. Unterschiede zur Brüssel II a-VO

Folgende Unterschiede zur Brüssel II a-VO sind aber hervorzuheben:

- Die Brüssel II a-VO folgt dem Grundsatz der **perpetuatio fori**,<sup>31)</sup> das KSÜ (wie das MSA)<sup>32)</sup> nicht (Art 5 Abs 2 KSÜ). Verlegt das Kind also seinen gewöhnlichen Aufenthalt während des Verfahrens in einen anderen MS, bleibt die Zuständigkeit österr Gerichte im Hinblick auf den Vorrang der Brüssel II a-VO (s B.2) erhalten. Bei einem Wegzug des Kindes in einen EU-Drittstaat, der KSÜ-Vertragsstaat ist (bspw Australien), beurteilt sich die *perpetuatio fori* nach dem KSÜ, dh die Zuständigkeit geht auf die dortigen Behörden über.<sup>33)</sup> Zieht das Kind in einen EU-Drittstaat, der auch nicht KSÜ-Vertragsstaat ist (bspw Südafrika), bleibt es bei Art 8 Brüssel II a-VO: Die Zuständigkeit bleibt erhalten.<sup>34)</sup>
- Das KSÜ kennt keine dem Art 9 Brüssel II a-VO vergleichbare Regelung, wonach die Zuständigkeit für einen Besuchsrechtsantrag im Fall eines rechtmäßigen Umzugs in das Ausland für drei Monate bei den Gerichten des Wegzugsstaats bleibt.
- Art 12 Abs 3 Brüssel II a-VO lässt eine Zuständigkeitsvereinbarung zu, wenn das Kind eine wesentliche Beziehung zum MS hat und die Zuständigkeit dem Kindeswohl entspricht. Art 10 KSÜ kennt diese Möglichkeit nicht, sondern sieht lediglich wie Art 12 Abs 1 und 2 Brüssel II a-VO eine Annexzuständigkeit mit dem Scheidungsverfahren vor.

- Art 14 Brüssel II a-VO sieht eine Restzuständigkeit nach nationalem Recht vor, wenn sich aus der VO keine Zuständigkeit eines MS ergibt (was voraussetzt, dass das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der EU hat). Für Österreich gelangt diesfalls § 110 JN zur Anwendung. Das KSÜ enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung, allerdings setzt es voraus, dass das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem KSÜ-Vertragsstaat hat. Hat es den nicht, bleibt nationales Zuständigkeitsrecht maßgeblich.
- Werden bei Gerichten verschiedener Staaten Anträge auf Regelung der elterlichen Verantwortung gestellt,<sup>35)</sup> sieht Art 13 Abs 2 KSÜ vor, dass die Behörden, bei denen zuerst Maßnahmen beantragt wurden, auf ihre (vorrangige) Zuständigkeit verzichten können. Art 19 Brüssel II a-VO erlaubt dies nicht.
- Art 20 Brüssel II a-VO (ähnlich Art 11 KSÜ) ermöglicht den Gerichten, ungeachtet der Zuständigkeit anderer Gerichte in der Hauptsache einstweilige Schutzmaßnahmen zu treffen. Art 12 KSÜ kennt darüber hinaus eine vorläufige Schutzmaßnahme auch in nicht dringlichen Fällen.

### 3. Gemeinsamkeiten mit der Brüssel II a-VO

An Gemeinsamkeiten mit der Brüssel II a-VO sind – neben dem erwähnten Grundsatz der Zuständigkeit der Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes – insb hervorzuheben:

- Die Regelung der Zuständigkeit in Fällen der Kindesentführung (Art 10 Brüssel II a-VO; Art 7 KSÜ). Siehe dazu D.4;
- Die Möglichkeit der Verweisung an ein *forum conveniens* (Art 15 Brüssel II a-VO; Art 8 und 9 KSÜ).

### 4. Zuständigkeit in Fällen der Kindesentführung

Bei einem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten des Kindes („Kindesentführung“) bleiben die Gerichte des Staates, aus dem das Kind entführt wurde, weiterhin für eine Obsorgeentscheidung zuständig (Art 7 Abs 1 KSÜ). Bis zu einer solchen E dürfen die Gerichte im Entführungsstaat<sup>36)</sup> keine Obsorgeentscheidung treffen (Art 7 Abs 2 KSÜ). Eine solche „**Sperrewir-**

26) Vgl Report Lagarde Nr 177.

27) Vgl bspw 5 Ob 114/04 g; 7 Ob 221/05 h; *Rechberger/Mayr*<sup>3)</sup> § 29 JN Rz 2, § 110 JN Rz 1; aA *Traar*, Das Haager Kinderschutzübereinkommen, iFamZ 2011, 45.

28) So auch *Traar*, iFamZ 2011, 45; vgl auch *Schwimann*, JBl 1976, 234; *Rechberger/Kodek*<sup>3)</sup> § 482 Rz 12, § 503 Rz 29; 1 Ob 548/77 EF 30.072; 4 Ob 89/01 v.

29) Nach dem bislang anwendbaren MSA beurteilte sich diese Frage nach dem Recht des Staates, dem das Kind angehört (Art 3 MSA).

30) Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird auch vom KSÜ nicht definiert; abzustellen ist daher wie stets auf den Lebensmittelpunkt, vgl *Nademeinsky/Neumayr*, IFR Rz 01.33 mwN, und EuGH 2. 4. 2009, A, Slg 2009, I-2805.

31) Ergibt sich aus Art 12, 15 Brüssel II a-VO; *Nademeinsky/Neumayr*, IFR Rz 08.30, Fn 65 mwN.

32) Siehe zuletzt 2 Ob 1/10 a.

33) So auch bspw *Andrae*, Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR, IPRax 2006, 82 (85).

34) *Nademeinsky/Neumayr*, IFR Rz 08.31.

35) Insb wenn die Annexzuständigkeit des Scheidungsgerichts in Anspruch genommen wird, der andere Elternteil aber die Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes beansprucht.

36) Der Staat, in den das Kind entführt wurde.

kung“ sieht auch Art 16 HKÜ vor. Danach endet die „Sperrwirkung“ allerdings, sobald die Gerichte im Entführungsstaat die Rückführung verweigern. Demgegenüber verbleibt nach Art 7 Abs 1 bzw 3 KSÜ auch für den Fall der vom Entführungsstaat versagten Rückführung die Zuständigkeit für die Obsorgeentscheidung bei den Gerichten im Ursprungsstaat. Sprechen sie dem bebrauten Elternteil die Obsorge zu, so ist diese E im Entführungsstaat anzuerkennen. Das KSÜ erhöht also auf indirektem Weg den Druck auf den Entführungsstaat, die Rückführung nicht leichtfertig zu versagen. Das KSÜ kennt hingegen keine dem Art 11 Brüssel IIa-VO entsprechende Regel, wonach die Gerichte im Ursprungsstaat auch hinsichtlich der Rückführungsentcheidung „das letzte Wort“ haben.

## E. Anwendbares Recht

### 1. Verhältnis des KSÜ zum MSA und IPRG

Das KSÜ verdrängt in seinem Anwendungsbereich das nationale Kollisionsrecht (§§ 24, 25 Abs 2, § 27 Abs 1 IPRG), das – mit einem Vorbehalt, vgl E.2. – nur noch maßgeblich sein wird, wenn sich das Kind außerhalb eines KSÜ-Vertragsstaats aufhält. Verfahrensrechtliche Fragen und solche im „Graubereich“ von formellem und materiellem Recht, wie sie insb im 10. Abschnitt des AußStrG zur gerichtlichen Aufsicht über das Vermögen Pflegebefohlener geregelt sind, bleiben der *lex fori* überlassen.<sup>37)</sup> Zum Kollisionsrecht des MSA vgl oben B.1.

### 2. Grundsatz des Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht

Dem KSÜ liegt als Grundsatz zugrunde, dass das für die E zuständige Gericht sein **eigenes Recht** anwenden soll (Art 15 Abs 1 KSÜ). Dieser Gleichlauf von Zuständigkeits- und Kollisionsrecht ist jedoch gestört, wenn sich die Zuständigkeit – wie in den meisten Fällen – aus der Brüssel IIa-VO ergibt (vgl oben B.2.). Nach einer Meinung soll die Kollisionsregel des Art 15 Abs 1 KSÜ daher nur zur Anwendung gelangen, wenn das Gericht auch nach dem KSÜ fiktiv zuständig wäre, sonst solle das IPRG gelten.<sup>38)</sup> Andere verstehen Art 15 Abs 1 KSÜ als allgemeine Kollisionsregel, die unabhängig davon anzuwenden ist, ob sich die Zuständigkeit aus der Brüssel IIa-VO oder (fiktiv) dem KSÜ ergibt.<sup>39)</sup> Praktisch relevant wird die Streitfrage in folgendem

**Beispiel:** Deutsche Ehegatten leben mit ihrem Kind in Österreich. Sie lassen sich hier scheiden. Gleichzeitig wird ein Obsorgeverfahren anhängig gemacht. Dann ziehen Mutter und Kind nach Deutschland. Welchem Recht unterliegt die E über die Obsorge?

Zunächst ist die Zuständigkeitsfrage zu beantworten. Gem Art 8 Abs 1 Brüssel IIa-VO sind die Gerichte desjenigen MS zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das sind die österr Gerichte. Nach dem Wegzug des Kindes bleibt diese Zuständigkeit aufrecht (*perpetuatio fori*). Entnimmt man nun das anwendbare Recht Art 15 Abs 1 KSÜ, so gelangt österr Sachrecht zur Anwendung. Das entspricht aber

nicht dem Grundgedanken des KSÜ. Denn nach Art 5 Abs 2 KSÜ wären bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts die Gerichte im Staat des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig (keine *perpetuatio fori*), also dt Gerichte – und diese hätten dt Recht anzuwenden. Dogmatisch richtig und wohl auch sachgerecht (wenn auch „unpraktisch“) ist daher vielmehr, das Kollisionsrecht in diesem Fall dem IPRG zu entnehmen. Gem § 24 IPRG beurteilt sich die Obsorgefrage nach dem Personalstatut des Kindes (dt Recht).<sup>40)</sup>

### 3. Bestimmung der Obsorge kraft Gesetzes

Ausgangspunkt einer Obsorgeentscheidung ist regelmäßig die Frage, wer derzeit mit der Obsorge für das Kind betraut ist. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Es gibt bereits eine behördliche E,<sup>41)</sup> sodass sich allenfalls Fragen der Anerkennung dieser E stellen. Oder es gibt noch keine (anererkennungsfähige) E.<sup>42)</sup> Für diesen Fall ergibt sich die Obsorge unmittelbar aus dem Gesetz. Aus welchem, regelt Art 16 KSÜ. Gem Art 16 Abs KSÜ bestimmt sich die „Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde [...] nach dem **Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalt** des Kindes“. Dazu ein

**Beispiel:** Ein unverheiratetes italienisches Paar mit gewöhnlichem Aufenthalt in Innsbruck bekommt ein Kind. Der Vater anerkennt die Vaterschaft. Gem Art 16 Abs 1 KSÜ bestimmt österr Recht, wer von Gesetzes wegen die Obsorge hat. Folglich ist die Mutter mit der Obsorge alleine betraut (§ 166 ABGB). Die Staatsangehörigkeit der Beteiligten ist unbeachtlich.

Für den Fall eines späteren **Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts** sieht Art 16 Abs 3 KSÜ vor, dass die elterliche Verantwortung nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, fortbesteht. Allerdings bestimmt sich gem Art 16 Abs 4 KSÜ nach einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes die Zuweisung der gesetzlichen Obsorge an eine Person, die die Obsorge noch nicht hatte, nach dem Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts.

**Beispiel (Fortsetzung):** Das Paar zieht mit dem Kind nach Schweden. Die Beziehung zerbricht, Mutter und Kind kehren nach Österreich zurück. Hier stellt sich die Frage, wem die Obsorge für das Kind zukommt.

37) Vgl *Nademeinsky/Neumayr*, IFR Rz 08.91.

38) *Nademeinsky/Neumayr*, IFR 08.89, 08.83 mwN; ebenso *Kaller-Pröll* in *Fasching/Konecny V/2* Art 62 EuEheKindVO Rz 8.

39) So zuletzt *Traar*, iFamZ 2011, 97 f mwN.

40) Im dt Recht muss der Verweis konsequenterweise auf Art 21 EGBGB (und nicht das KSÜ) abzielen, der das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes beruft.

41) Damit ist eine E gemeint, bei der die Behörde in der Sache entschieden hat und nicht bloß formell (etwa durch Registrierung der Vaterschaft) tätig wurde; vgl Report *Lagarde* Nr 98.

42) Sieht ein Vertragsstaat darüber hinaus vor, dass sich die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung aus einer Vereinbarung oder einem einseitigen Rechtsgeschäft ergibt, so richtet sich die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bzw Erklärung nach dem Recht des Staates, in dem das Kind zur Zeit der Vereinbarung bzw Erklärung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art 16 Abs 2 KSÜ).

Zur Lösung ist bei Art 16 Abs 4 KSÜ anzusetzen: Nach dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes nach Schweden hat das schwedische Recht bestimmt, ob eine Person kraft Gesetzes die Obsorge erlangt, die diese noch nicht hatte. Nach schwedischem Recht erlangt ein Vater die Obsorge kraft Gesetzes allein durch Registrierung seiner Vaterschaft.<sup>43)</sup> Da der Vater seine Vaterschaft in Österreich registriert hatte, erlangte er mit dem Umzug des Kindes nach Schweden das Obsorgerecht.<sup>44)</sup> Die Obsorge besteht nach der Rückkehr des Kindes nach Österreich fort (Art 16 Abs 3 KSÜ). Zur Ausübung der Obsorge s E.4.

#### 4. Das auf Maßnahmen anzuwendende Recht

Gem Art 15 Abs 1 KSÜ wenden die Gerichte bei Ausübung ihrer Zuständigkeit auf Maßnahmen der elterlichen Verantwortung ihr **eigenes Recht** an. Nur ausnahmsweise, wenn es der „Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes erfordert“, können die Gerichte das Recht eines anderen Staates anwenden oder berücksichtigen, zu dem der Sachverhalt eine enge Beziehung hat (Art 15 Abs 2 KSÜ). Das kann sogar das Recht eines Nichtvertragsstaats sein (Art 20 KSÜ), wobei wie stets der *ordre public* zu beachten ist (Art 22 KSÜ). Der Report *Lagarde* Nr 89 nennt folgendes

**Beispiel:** Im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, A, sei für die Veräußerung einer Liegenschaft des Kindes keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Die grundbücherliche Durchführung eines solchen nicht gerichtlich genehmigten Vertrags könnte etwa im Land B Schwierigkeiten bereiten. Gem Art 15 Abs 2 KSÜ dürfen die Gerichte in A daher unter sinngemäßer Anwendung des Rechts des Landes B eine dort vorgesehene gerichtliche Genehmigung erteilen.

Haben die Behörden Maßnahmen nach Art 15 Abs 1 KSÜ getroffen – bspw die Obsorge übertragen – und **wechselt der gewöhnliche Aufenthalt** des Kindes in einen anderen Staat, so bestimmt das Recht dieses neuen Staates, unter welchen Bedingungen die getroffenen Maßnahmen „angewendet“ werden, also mit welchen Rechten und Pflichten bspw die an einen Elternteil allein übertragene Obsorge einhergeht. Das ergibt sich aus Art 15 Abs 3 KSÜ.

Das Gegenstück zu Art 15 Abs 3 für Fälle, in denen die Obsorge nicht auf einer gerichtlichen Maßnahme beruht, sondern kraft Gesetzes besteht, ist Art 17 KSÜ. Auch danach bestimmt sich die **Ausübung** der elterlichen Verantwortung nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes; wechselt dieser, so wechselt auch das anwendbare Recht. Im fortgesetzten Beispiel zu P E.3 beurteilt sich die Ausübung der Obsorge nach der Rückkehr des Kindes nach Österreich also nach österr Recht.

#### 5. Kollisionsrecht und Kindesentführung

Nur im Fall einer Sorgerechtsverletzung kann eine Kindesentführung vorliegen. Nach welchem Recht die gesetzliche Obsorge zu beurteilen ist, regelt Art 16 KSÜ (E.3). Allerdings wird das KSÜ vom HKÜ im Verhältnis zw den Vertragsstaaten beider

Übereinkommen verdrängt (Art 50 Satz 1 KSÜ; B.3). Das HKÜ enthält auch eine eigenständige Kollisionsnorm zur Beurteilung der **Obsorgefrage**, nämlich Art 3, wobei diese Norm von einer Gesamtverweisung ausgeht.<sup>45)</sup> Das KSÜ spricht hingegen eine grundsätzliche Sachnormverweisung aus (Art 21 Abs 1 KSÜ). Zur Vermeidung unterschiedlicher Antworten auf die Obsorgefrage sollte wohl einer generellen Anwendung des Art 16 KSÜ der Vorzug gegeben werden.<sup>46)</sup>

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch die Möglichkeit einer **Bescheinigung** nach Art 40 KSÜ erwähnt, in der die Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes auf Antrag bestätigen können, wer Obsorgeberechtigter des Kindes ist und mit welchen Rechten er ausgestattet ist. Art 40 Abs 2 KSÜ stellt ausdrücklich klar, dass diese Bestätigung **deklarativer** Natur ist. Für die vergleichbare Bescheinigung nach Art 15 HKÜ hat dies der OGH bereits ausdrücklich entschieden.<sup>47)</sup> Es kann daher dahingestellt bleiben, ob Art 40 KSÜ vom HKÜ verdrängt wird, was mE nicht der Fall sein dürfte, weil die Bescheinigung nach Art 40 KSÜ iSd Art 50 S 2 KSÜ dazu beiträgt, die Rückkehr des Kindes zu „erwirken“.

#### F. Anerkennung und Vollstreckung

Art 23 Abs 1 KSÜ statuiert – wie Art 21 Brüssel IIa-VO<sup>48)</sup> die automatische wechselseitige Anerkennung von E aus Vertragsstaaten, doch steht es den Parteien offen, eine E über die Anerkennung oder Nichtanerkennung zu beantragen (Art 24 KSÜ). Art 23 Abs 2 KSÜ enthält grosso modo die aus Art 23 Brüssel IIa-VO bekannten Gründe für eine mögliche Verweigerung der Anerkennung. Abweichend vom Anerkennungsregime der Brüssel IIa-VO kann nach dem KSÜ zwar auch die internationale Zuständigkeit der entscheidenden Behörde überprüft werden, allerdings nur in rechtlicher Hinsicht, denn an die Tatsachenfeststellungen, insb zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, sind die Behörden im Anerkennungsstaat gebunden (Art 25 KSÜ). Auch eine materielle Prüfung der E ist unzulässig (Art 27 KSÜ). Das Verfahren der Anerkennung selbst richtet sich so wie auch jenes der Vollstreckung nach nationalem Recht (Art 24 S 2 KSÜ bzw Art 26 Abs 1 KSÜ und Art 28 KSÜ), für Österreich also nach §§ 112 ff AußStrG. Sollte sich der Sachverhalt nachträglich wesentlich ändern, kommt eine neuerliche E in Frage.<sup>49)</sup> →

43) Nachweise bei [ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp)

44) Schwer einzusehen ist, dass diese Rechtsfolge auch eintritt, wenn der Vater nicht nach Schweden zieht, denn das KSÜ stellt allein auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ab.

45) Nachweise bei *Nademleinsky/Neumayr*, IFR Rz 09.05.

46) Die Frage wurde bei der Ausarbeitung des KSÜ offenbar nicht bedacht, was aber darauf zurückzuführen sein kann, dass Art 3 HKÜ womöglich verbreitet nicht – wie in Österreich – als Kollisionsnorm verstanden wird.

47) 1 Ob 167/08 b iFamZ 2009, 50 (*Pesendorfer*) = EF-Z 2009/62 (*Nademleinsky*).

48) Zu deren Vorrang, wenn es um die Anerkennung einer Entscheidung aus einem MS geht, s B.2.

49) Vgl 10 Ob 99/08 v.

## G. Zusammenarbeit der Behörden

Art 29 bis 39 KSÜ regelt das Zusammenspiel der Behörden, das im Wesentlichen über die in jedem Staat

einzurichtende zentrale Behörde (in Österreich das BMJ) abläuft. Auch direkter Kontakt zw den Behörden ist möglich (vgl insb Art 35 KSÜ) und wünschenswert.



### → In Kürze

Das KSÜ ist gegenüber seinem Vorgänger, dem MSA, im Hinblick auf Klarheit und Verständlichkeit und damit auch Rechtssicherheit ein bedeutender Fortschritt. Dennoch werden sich unweigerlich Auslegungsprobleme einstellen. Es ist zu hoffen, dass die Antworten in den beteiligten Vertragsstaaten nicht zu unterschiedlich ausfallen.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Marco Nademleinsky ist Rechtsanwalt, Fachautor und Vortragender an der Universität Wien zum internationalen Familienrecht.

E-Mail: [office@nademleinsky.at](mailto:office@nademleinsky.at)

#### Vom selben Autor erschienen:

*Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007); Kommentierung ua der §§ 97 – 100 AußStrG und der Brüssel II a-VO in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR (2011).