

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

04
Juli 2012

145 – 192

Beiträge

Gefahren des fremdhändigen Testaments – die Nuncupatio in der Kritik *Christian Rabl* ⌚ 148

Zur Entschädigung des Kollisionskurators
Andreas Tschugguel ⌚ 150

Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis (Teil II)
Reinhard Huter ⌚ 154

EF Kurz gesagt

Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ
Marco Nademleinsky ⌚ 160

Rechtsprechung

Sporadisch anfallende „Männerarbeit“ und ekelhafte Küsse ⌚ 164

Bereitschaft zum Geschlechtsverkehr muss nicht Verzeihung einer Eheverfehlung sein *Johann Höllwerth* ⌚ 164

Auskunftspflicht der Mutter bei Scheinvaterregress
Brigitta Lurger ⌚ 174

Die Ausgeschlossenheit des Notarsubstituten ⌚ 179

Nacherbschaft: Was gehört wem? ⌚ 181

Checkliste

Haftung und Rückersatz gemäß § 24 HeimAufG
Hans Peter Zierl ⌚ 190

EF Kurz gesagt

Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ

EF-Z 2012/98

Ausgangslage

Die 7-jährige L* und die 5-jährige C* sind ehel Kinder, sie besitzen die österr Staatsbürgerschaft und leben bei der Mutter in Wien. Ihre Eltern haben sich vor über einem Jahr getrennt, vor dem BG ist ein Scheidungsverfahren anhängig. Eine Obsorge- oder Aufenthaltsregelung wurde bislang nicht getroffen, doch haben die Eltern im Zuge von Gesprächen zur Erzielung einer einvernehmlichen Scheidung zuletzt Einzelheiten für eine Besuchsrechtsregelung entworfen, in der sie davon ausgingen, dass die Kinder künftig bei der Mutter in Hamburg leben sollten. Nachdem ein für den 7. 10. 2011 angesetzter Scheidungstermin fruchtlos blieb, übersiedelte die Mutter mit den Kindern am 15. 10. 2011 nach Hamburg. Der Vater hatte der Übersiedelung noch eineinhalb Tage zuvor ausdrücklich widersprochen.

Verfahren in Deutschland

Im Rahmen eines vom Vater eingeleiteten Rückführungsverfahrens nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen vom 25. 10. 1980 (BGBl 1988/512, „HKÜ“) wies das AG Hamburg den Antrag auf Rückführung mit der Begründung zurück, der Vater sei mit der Übersiedlung konkludent einverstanden gewesen. Das gegen diese E vom Vater angerufene Hanseatische Oberlandesgericht trug dem Vater mit Beschluss auf, diesem Gericht „eine Entscheidung oder sonstige Bescheinigung des zuständigen Gerichtes bzw der Behörde der Republik Österreich“ vorzulegen,

„aus der sich ergibt, dass das Verbringen der Kinder . . . durch die Mutter nach Hamburg widerrechtlich im Sinn des Art 3 Abs 1 des Übereinkommens“ gewesen ist.

Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ

Gem Art 15 HKÜ können die Gerichte (oder Verwaltungsbehörden) eines Vertragsstaats vom ASt die Vorlage einer Entscheidung oder sonstigen Bescheinigung der Behörden des Staats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verlangen, aus der hervorgeht, dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich iSd Art 3 war, sofern in dem betreffenden Staat eine derartige E oder Bescheinigung erwirkt werden kann. Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ steht damit unter einem Gesetzesvorbehalt. Nur soweit dies im einzelstaatlichen Recht vorgesehen ist, kann sie erwirkt werden. Das HKÜ selbst verpflichtet die Vertragsstaaten nicht, Bescheinigungen über die Widerrechtlichkeit einer Verbringung auszustellen.

Die Möglichkeit, eine Widerrechtlichkeitsbestätigung nach Art 15 HKÜ verlangen zu können, ist va eine Hilfe für das zur E über die Rückführung angerufene Gericht, das an die Bescheinigung nicht gebunden ist.¹⁾ Es darf die Rückführungs-

¹⁾ Vgl *Pérez-Vera*, Report zum HKÜ, Nr 120 („prima facie“). In 1 Ob 167/08 b iFamZ 2009/52 (zust *Pesendorfer*) setzte sich bspw der OGH über eine Widerrechtlichkeitsbescheinigung des Schweizer Justizministeriums hinweg. Umgekehrt akzep-

entscheidung auch nicht von der Vorlage einer Bescheinigung abhängig machen,²⁾ sondern muss aufgrund des in Art 11 HKÜ verankerten Beschleunigungsgebots spätestens sechs Wochen nach Eingang des Rückführungsantrags eine E treffen; andernfalls kann der ASt von der (jew zuständigen) Zentralen Behörde eine Darstellung der Gründe für die Verzögerung verlangen.³⁾

Antrag des Vaters und Entscheidung des Bezirksgerichts

Über Antrag des Vaters bescheinigte das angerufene BG iSd Art 15 HKÜ, dass a) gem § 144 ABGB beiden Eltern die Obsorge für L* und C* zukommt, b) ein zur Ausübung der Pflege und Erziehung berechtigter Elternteil gem § 146b ABGB auch das Recht hat, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, und c) ein Verbringen oder Zurückhalten des Kindes durch einen (mit-)obsorgeberechtigten Elternteil ohne (ausdrückliche oder konkludente) Zustimmung des anderen (sorgeberechtigten) Elternteils widerrechtlich iSd Art 3 Abs 1 HKÜ ist. Hingegen wies das Gericht den Antrag des Vaters, soweit damit über die Darstellung der österr Rechtslage hinausgehende Ausführungen – etwa zur Frage der str Zustimmung zur Übersiedelung ins Ausland – begehrt wurden, zurück.

Als innerstaatliche Rechtsgrundlage für die Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ komme ausschließlich § 107 Abs 1 Z 1 Fall 2 AußStrG (iVm § 109 JN) in Betracht. Danach könne ein Obsorgedekret nur ausgestellt werden, wenn die Obsorgeverteilung zw den Eltern unstr sei.⁴⁾ Auch die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ müsse sich daher auf Aussagen über die gesetzlichen Obsorgeverhältnisse beschränken, während das Beweisverfahren zur Schaffung der Tatsachengrundlagen für die Erlassung einer Rückführungsanordnung durch das zuständige deutsche Gericht zu erfolgen habe. Mangels Rechtsgrundlage im österr Recht müsse sich die Widerrechtlichkeitsbescheinigung daher auf die Darstellung der Rechtslage beschränken.

Stellungnahme

Das BG hat zutr erkannt, dass als innerstaatliche Rechtsgrundlage für die Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ allenfalls die Bestimmung des § 107 Abs 1 Z 1 Fall 2 AußStrG (iVm § 109 JN) in Betracht kommt.⁵⁾ Nach § 107 Abs 1 Z 1 Fall 2 AußStrG ist einer Partei auf Antrag eine Urkunde auszustellen, in der der Umfang der Betrauung mit der Obsorge umschrieben ist („Obsorgedekret“). Diese Bestimmung des 7. Abschnitts des AußStrG ist gem § 111a AußStrG „auf Verfahren nach dem HKÜ“ sinngemäß anzuwenden.

Bereits an dieser Stelle lässt sich aber zweifeln, ob ein Verfahren zur Ausstellung einer Bescheinigung nach Art 15 HKÜ überhaupt ein „Verfahren nach dem HKÜ“ ist, für das kraft Verweisung des § 111a AußStrG die Bestimmungen des 7. Abschnitts des AußStrG gelten (und damit eine Rechtsgrundlage bestünde). Schließlich ist das Verfahren zur Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach der Intention des HKÜ selbst ein fakultativer innerstaatliches Verfahren, das vom Verfahren über die Rückführung des Kindes zu unterscheiden ist. Darüber hinaus dürfte auch der österr Gesetzgeber bei Schaffung des § 111a AußStrG nicht vor Augen gehabt haben, mit der „sinngemäßen Anwendung“ des 7. Abschnitts des AußStrG „auf Verfahren nach dem HKÜ“ die Bestimmung über das „Obsorgedekret“ zu einer verpflichtenden Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15

HKÜ auszubauen.⁶⁾ Folgt man dieser Ansicht, scheidet § 107 Abs 1 Z 1 Fall 2 AußStrG als Rechtsgrundlage für die Ausstellung der Bescheinigung nach Art 15 HKÜ von vornherein aus. Als Konsequenz dessen bestünde keine innerstaatliche Rechtsgrundlage der Gerichte, überhaupt irgendeine Bescheinigung nach Art 15 HKÜ auszustellen; es bliebe bei der Zuständigkeit der Zentralen Behörde (BMJ) zur abstrakten Auskunftserteilung über die österr Rechtslage.

Das BG zieht hingegen § 107 Abs 1 Z 1 Fall 2 AußStrG als Rechtsgrundlage für die Ausstellung der Bescheinigung grds heran, beschränkt die Auskunft aber auf die Darstellung der Rechtslage. Es tut dies unter Berufung auf zwei E des OGH,⁷⁾ wonach die Ausstellung eines Obsorgedikrets voraussetze, dass die Obsorgeverteilung zw den Eltern unstr sei. Folglich könne, so das BG, dann, wenn die Tatsachengrundlagen str sind, auch keine Widerrechtlichkeitsbescheinigung ausgestellt werden. Indes lassen sich die vom BG herangezogenen E auch anders lesen. Der OGH führt darin aus, dass dann, wenn zw den Eltern der Umfang der Obsorge strittig ist, mit der beantragten Ausstellung eines „Obsorgedikrets“ über einen Rechtsschutzantrag entschieden wird, der dahin lautet festzustellen, wer von den Elternteilen – allenfalls in welchem Ausmaß – tatsächlich ex lege mit der Obsorge betraut ist. In diesen Verfahren, so der OGH weiter, sind regelmäßig die das Obsorgeverfahren regelnden Bestimmungen, insb die Anfechtungsmöglichkeiten, zu berücksichtigen. Sofern man diese Ausführungen dahin verstehen darf, dass die Ausstellung eines Obsorgedikrets keine unstr Obsorgeverteilung zw den Eltern voraussetzt, sondern bei str Obsorgeverteilung – unter Wahrung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien – ein Verfahren zur Schaffung der Tatsachengrundlagen durchzuführen ist, wären sich „Obsorgedekret“ und „Widerrechtlichkeitsbescheinigung“ durchaus sehr ähnlich. Folgt man der (wohl unrichtigen) Ansicht, dass die Bestimmung über das „Obsorgedekret“ kraft Verweises des § 111a AußStrG auch für die Bescheinigung nach Art 15 HKÜ gilt, bestünde dann auch eine tragfähige Rechtsgrundlage für die Ausstellung einer „vollen“ Widerrechtlichkeitsbescheinigung.

De lege ferenda hätte die Schaffung (bzw Klarstellung) einer Rechtsgrundlage für die Ausstellung einer Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ durchaus etwas für sich. Insb im Hinblick auf Entführungen innerhalb der EU (außer Dänemark) ist nämlich zu bedenken, dass nach einer negativen Rückführungsentscheidung durch die Gerichte im Entführungsstaat die Zuständigkeit für eine neuerliche und endgültige E über die Rückführung und das Sorgerecht auf die Gerichte des Herkunftsstaats übergeht (Art 11 Abs 8 Brüssel II a-VO).⁸⁾ Im vor-

tierte der OGH in 1 Ob 163/09 s eine Bescheinigung des spanischen Justizministeriums.

2) Pérez-Vera Report zum HKÜ, Nr 120.

3) Auf das Spannungsverhältnis zw Beschleunigungsgebot und dem Verlangen nach Ausstellung einer Bescheinigung gem Art 15 HKÜ hinweisend *Pietsch*, Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, FamRZ 2009, 1730.

4) Das Gericht beruft sich bei dieser Rechtsansicht auf 6 Ob 30/08 t EF-Z 2008/95 = iFamZ 2008/146 (*Fucik*) und 4 Ob 82/10 b EF-Z 2010/155 = iFamZ 2010/232.

5) Die E über die Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung fällt damit in Österreich, wenn überhaupt, in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Dem BMJ als Zentrale Behörde iSd Art 6 HKÜ kommt (bloß) die Aufgabe zu, allgemeine Auskünfte über die Rechtslage zu geben (Art 7 lit e HKÜ).

6) Allerdings geben hierzu weder die Mat zu § 111a AußStrG – AußStrBeglG, BGBl I 2003/112, RV 225 BlgNR 22. GP – noch das BG v 9. 6. 1988 zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 1988/513, Auskunft.

7) Vgl FN 4.

8) Grundlegend EuGH 11. 7. 2008, C-195/08 PPU, *Rinau*; aus der Lit bspw *Kaller-Pröll in Fasching/Konecny*² V/2, Art 11 EuEheKindVO Rz 18 ff (25).

liegenden Fall müsste also das um Ausstellung der Bescheinigung nach Art 15 HKÜ ersuchte BG spätestens nach einer versagten Rückführungsentscheidung durch das Hanseatische Oberlandesgericht⁹⁾ auf Antrag endgültig über die Rückführung bzw das Sorgerecht entscheiden.¹⁰⁾ Bereits im Zuge der Ausstellung der Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 HKÜ eine Aussage darüber treffen zu können, ob die Verbringung

nun widerrechtlich war oder nicht, könnte diesen Prozess im Einzelfall abkürzen.

Marco Nademleinsky

9) Richtig schon nach dem Beschluss in erster Instanz: EuGH 11. 7. 2008, C-195/08 PPU, *Rinau*.

10) Vielleicht war diese Rechtslage auch Hintergrund des Ersuchens um Vorlage einer Bescheinigung nach Art 15 HKÜ durch das Hanseatische Oberlandesgericht?