

Riedrich Eva

Obsorge: Österreichische Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Sachverhalten

**Diplomarbeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Karl-Franzens-Universität Graz**

Graz, Februar 2010

Betreuer: O. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Jelinek

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde am 25.02.2010 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz als Diplomarbeit eingereicht.

Schrifttum und Veröffentlichungen sind bis zum Jänner 2010 berücksichtigt.

Graz, 25.02.2010

Eva Riedrich

ERKLÄRUNG

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die benützten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, 25.02.2010

Eva Riedrich

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGS- UND ZITIERWEISE	8
I. EINLEITUNG	10
II. BEGRIFFSDEFINITION: OBSORGE BZW. OBSORGEVERFAHREN	12
A. Der österreichische Obsorgebegriff	12
B. Der internationale Obsorgebegriff.....	14
III. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS IN GRENZÜBERSCHREITENDEN OBSORGEFÄLLEN NACH DER BRÜSSEL IIa-VO 2004	17
A. Allgemeines.....	17
1. Räumlich-personeller Anwendungsbereich.....	17
2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	19
3. Verhältnis zu anderen Übereinkommen	19
B. Internationale Zuständigkeit Österreichs.....	20
1. Allgemeine Zuständigkeit (Art 8 Brüssel IIa-VO)	20
a) Der „gewöhnliche Aufenthalt“	20
b) Maßgeblicher Zeitpunkt für den gewöhnlichen Aufenthalt (perpetuatio fori).....	21
2. Aufrechterhaltung der Zuständigkeit des früheren gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes (Art 9 Brüssel IIa-VO)	22
3. Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführung (Art 10 Brüssel IIa-VO) und dessen Rückgabe (Art 11 Brüssel IIa-VO)	24
a) Verhältnis zum HKÜ	24
b) Zuständigkeit nach Art 10 Brüssel IIa-VO	24
c) Rückgabe des Kindes nach Art 11 Brüssel IIa-VO.....	26
4. „Vereinbarung“ über die Zuständigkeit (Art 12 Brüssel IIa-VO).....	29
a) Allgemein	29
b) Annexzuständigkeit nach Abs 1 und 2	30
c) Zuständigkeit wegen „wesentlicher Bindung“ des Kindes zu einem Mitgliedsstaat gemäß Abs 3	31
d) Anerkennung der Zuständigkeit iSd Art 12 Brüssel IIa-VO	32
e) Kindeswohl iSd Art 12 Brüssel IIa-VO	33
f) Art 12 Abs 4 Brüssel IIa-VO.....	34
5. Zuständigkeit aufgrund der Anwesenheit des Kindes (Art 13 Brüssel IIa-VO)	34
a) Anwesenheitszuständigkeit (Abs 1).....	34
6. Restzuständigkeit (Art 14 Brüssel IIa-VO)	36
7. Verweisung an ein Gericht, dass den Fall besser beurteilen kann (forum non conveniens, Art 15 Brüssel IIa-VO)	37

a) Allgemein	37
b) Voraussetzungen.....	37
c) Verfahren	39
8. Einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen (Art 20 Brüssel IIa-VO).....	41
IV. Anerkennung von ausländischen Entscheidungen nach der Brüssel IIa-VO	43
A. Anerkennung gemäß Art 21 Brüssel IIa-VO.....	44
1. Grundsatz der Anerkennung (Abs 1)	44
2. Inzidentanerkennung (Abs 4)	44
3. Anerkennungsfeststellungsverfahren (Abs 3)	45
B. Gründe für die Nichtanerkennung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung (Art 23 Brüssel IIa-VO).....	45
1. Anwendungsbereich	45
2. Anerkennungsversagungsgründe	46
a) ordre public (lit a)	46
b) Rechtliches Gehör des Kindes (lit b)	46
c) Zustellung der verfahrensrechtlichen Entscheidungen (lit c).....	47
d) Rechtliches Gehör der Träger der elterlichen Verantwortung (lit d)	47
e) Unvereinbarkeit mit späterer ergangenen Entscheidung im Anerkennungsstaat (lit e)	48
f) Unvereinbarkeit mit später ergangenen Entscheidung im Aufenthaltsstaat des Kindes (lit f)	48
g) Nichteinhaltung des Verfahrens gemäß Art 56 Brüssel II a-VO (lit g).....	48
3. Nachprüfungsverbot	49
a) Verbot der Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaates (Art 24 Brüssel IIa-VO)	49
b) Verbot der Nachprüfung der Entscheidung in der Sache selbst (Art 26 Brüssel IIa-VO)	49
V. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS IN GRENZÜBERSCHREITENDEN OBSORGEFÄLLEN NACH DEM MINDERJÄHRIGENSCHUTZABKOMMEN 1961 (im weiteren kurz MSA)	50
A. Allgemeines.....	50
1. Räumlicher Anwendungsbereich.....	50
2. Zeitlicher Geltungsbereich.....	50
3. Persönlicher Geltungsbereich	51
a) Minderjährigkeit iSd Art 12 MSA	51
b) Gewöhnlicher Aufenthalt nach dem MSA.....	52
4. Sachlicher Geltungsbereich	52
a) Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens des Minderjährigen	53
b) Gesetzliche Gewaltverhältnisse	53
B. Internationale Zuständigkeit Österreichs.....	54
1. Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörden (Art 1 MSA)	54

2. Einschränkung der Zuständigkeit nach Art 1 MSA durch Art 3, 4 und 5 Abs 3 MSA.....	55
a) Verhältnis des Art 3 zu Art 1 MSA	55
b) Zuständigkeit nach Art 4 MSA.....	57
c) Zuständigkeit nach Art 5 Abs 3 MSA.....	59
3. Sonderzuständigkeiten (Art 8 und 9 MSA)	60
a) Gefährdungszuständigkeit (Art 8 MSA).....	60
b) Eilzuständigkeit (Art 9 MSA).....	61
4. Scheidungszuständigkeit (Art 15 MSA)	63
5. Auftragszuständigkeit (Art 6 MSA)	63
C. Zusammenarbeit zwischen den Behörden (Art 10 und 11 MSA).....	64
1. Meinungsaustausch (Art 10 MSA)	64
2. Benachrichtigungspflicht (Art 11 MSA)	65
VI. Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem MSA	67
A. Anerkennung (Art 7 Satz 1 MSA).....	67
B. Maßnahmen, die eine Vollstreckung erfordern (Art 7 Satz 2 MSA).....	67
VII. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS NACH DEM EUROPÄISCHEM SORGERECHTSABKOMMEN 1980 (im weiteren kurz ESÜ).....	68
A. Geltungsbereich.....	68
1. Räumlicher Geltungsbereich	68
2. Zeitlicher Geltungsbereich.....	68
3. Persönlicher Geltungsbereich	69
4. Sachlicher Geltungsbereich	69
a) „Sorgerechtsentscheidung“ iSd Übereinkommens	69
b) „Unzulässiges Verbringen“ iSd Übereinkommens	70
B. Umgangsrechtregelung (Art 11 ESÜ)	70
C. Zuständigkeitskonzentration und Verfahrenshilfe.....	71
D. Verhältnis zu anderen Übereinkommen	71
VIII. Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen und Wiederherstellung des Sorgerechts.....	73
A. Anerkennung und Vollstreckung (Art 8 ESÜ).....	73
B. Anerkennung und Vollstreckung (Art 9 ESÜ)	74
C. Versagungsgründe für die Anerkennung und Vollstreckung (Art 10 Abs 1 ESÜ)	75
D. Verfahrensaussetzung (Art 10 Abs 2 ESÜ).....	76

IX. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS NACH DEM HAAGER KINDESENTFÜHRUNGSÜBEREINKOMMEN 1980 (im weiteren kurz HKÜ)	77
A. Geltungsbereich des HKÜ.....	77
1. Räumlicher Geltungsbereich	77
2. Zeitlicher Geltungsbereich.....	78
3. Persönlicher Geltungsbereich	78
4. Sachlicher Geltungsbereich	79
a) Sofortige Rückgabe infolge widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens (Art 1 lit a HKÜ)....	79
b) Beachtung von bestehenden Sorgerechten und dem Recht auf persönlichen Verkehr (Art 1 lit b HKÜ)	80
B. Zentrale Behörden	81
C. Verfahren zur Rückgabe von Kindern.....	82
1. Antrag (Art 8 HKÜ)	82
2. Freiwillige Rückgabe (Art 10 HKÜ)	84
3. Gebotene Eile (Art 11 HKÜ).....	84
4. Rückgabeanordnung (Art 12 HKÜ).....	85
a) Rückgabeanordnung innerhalb der Einjahresfrist (Art 12 Abs 1 HKÜ)	85
b) Rückgabe nach Ende der Einjahresfrist (Art 12 Abs 2 HKÜ)	86
c) Aussetzung des Verfahrens bzw Ablehnung des Antrags (Art 12 Abs 3 HKÜ).....	87
5. Rückgabeverweigerungsgründe (Art 13 HKÜ)	87
6. Berücksichtigung fremden Rechts und ausländischer Entscheidungen (Art 14 HKÜ).....	90
7. Bescheinigung der Widerrechtlichkeit (Art 15 HKÜ)	90
8. Verbot einer Sachentscheidung über das Sorgerecht (Art 16 HKÜ)	90
9. Vorliegen einer Sorgerechtsentscheidung im ersuchten Staat (Art 17 HKÜ).....	91
10. Möglichkeit jederzeitiger Anordnung der Rückgabe (Art 18 HKÜ)	91
11. Tragweite der Entscheidung der Rückgabe (Art 19 HKÜ).....	91
12. Menschenrechtsverstoß (Art 20 HKÜ).....	92
D. Recht auf persönlichen Umgang (Art 21 HKÜ).....	92
E. Verhältnis zu anderen Übereinkommen (Art 34 HKÜ).....	93
X. RESÜMEE	95
LITERATURVERZEICHNIS	98
ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS	102

ABKÜRZUNGS- UND ZITIERWEISE

1. Die *Abkürzungen* entstammen den Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen – AZR (hrsg im Auftrag des Österreichischen Juristentages begründet von *Friedl/Loebenstein*, 6. Auflage bearbeitet von *Dax/Hopf* [2008]). Die Zitate entsprechen in der Regel den Vorschlägen des AZR.

2. Folgende weitere Abkürzungen wurden verwendet.

AußStr-BegleitG

Außerstreitbegleitgesetz

Borràs-Bericht

Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, ABI EG 1998, C 221 vom 16.7.1998

ESÜ

Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20.05.1980

EuZPR

Europäisches Zivilprozessrecht

iFamR

Internationales Familienrecht

IntZPR

Internationales Zivilprozessrecht

IntZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
IPR	Internationales Privatrecht
KSÜ	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit , das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz der Kinder vom 19.10.1996
MSA	Haager Übereinkommen vom 05.10.1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, BGBl 1971 II 217
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
Rz	Randzahl, -ziffer

I. EINLEITUNG

Die folgende Arbeit befasst sich mit der Problematik der internationalen Zuständigkeit der österreichischen Behörden in Obsorgestreitigkeiten mit Auslandsbezug. Unter internationaler Zuständigkeit versteht man die Jurisdiktionshoheit eines Staates, also ob die Gerichte eines Staates im Verhältnis zu denen eines anderen Staates Entscheidungsgewalt ausüben dürfen.¹ Das Gesetz (JN bzw ZPO) verwendet nicht den Begriff der internationalen Zuständigkeit, sondern bedient sich des weitläufigeren Begriffes der „inländischen Gerichtsbarkeit“.² Fehlt diese Voraussetzung, ist das Verfahren, in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft, mit Beschluss für nichtig zu erklären und das Gericht hat seine Unzuständigkeit auszusprechen (§ 42 Abs 1 JN).³ Im Gegensatz zum streitigen Verfahren ist, sowie hier im Bereich der Obsorge, im außerstreitigen Verfahren keine Heilungsmöglichkeit für die Unzuständigkeit vorgesehen.⁴

Grundsätzlich gilt, dass Österreich international zuständig ist, wenn es (wie auch in den nachfolgend behandelten Ab- bzw Übereinkommen) das Gesetz ausdrücklich anordnet. Ganz allgemein gilt in Österreich für den Bereich der Obsorge § 110 JN.⁵ Dieser besagt, dass österreichische „inländische Gerichtsbarkeit“ ganz allgemein dann gegeben ist, wenn es sich bei dem Minderjährigen oder Pflegebefohlenen um einen österreichischen Staatsbürger handelt (§ 110 Abs 1 Z 1 JN) oder er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat bzw genügt der schlichte Aufenthalt, wenn es sich um eine dringende Maßnahme handelt (§ 110 Abs 1 Z 2 JN). Ebenfalls kann durch §110 JN internationale Zuständigkeit begründet werden, wenn die Maßnahme Vermögen des Minderjährigen oder Pflegebefohlenen betrifft, das in Österreich gelegen ist (§ 110 Abs 1 Z 3 JN).

Um aber die internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte in grenzüberschreitenden Fällen zu klären genügt es natürlich nicht, einen Blick in die heimische Rechtsordnung zu werfen. Durch die Öffnung der Grenzen der EU und

¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 79.

² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 80.

³ *Mayer in Rechberger*, Komm³ §110 JN Rz 1.

⁴ *Mayr/Fucik*, VerfAußStr neu³ Rz 65.

⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 81.

durch die allgemein stetig zunehmende Multikulturalität, wurde es auch auf europäischer bzw internationaler Ebene unumgänglich Lösungen für die internationale Zuständigkeit im Bereich der elterlichen Obsorge zu finden.

Durch die neue Brüssel IIa-VO⁶ wurde vor allem auf europäischer Ebene eine halbwegs solide Lösung gefunden, wie sich im Folgenden zeigen wird. Diese und weitere wichtige Übereinkommen (HKÜ⁷, ESÜ⁸, MSA⁹) werden im Folgenden genauer betrachtet.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr.1347/2000.

⁷ Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 1990 II 207.

⁸ Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und der Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20.05.1980 (BGBl 322/1985).

⁹ Haager Übereinkommen vom 05.10.1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, BGBl 1971 II 217.

II. BEGRIFFSDEFINITION: OBSORGE BZW. OBSORGEVERFAHREN

Bevor auf das eigentliche Thema eingegangen werden kann, muss zuerst einmal geklärt werden worum es sich eigentlich bei einem „Obsorgeverfahren“ handelt. Der Begriff der „Obsorge“, der in dieser Arbeit sehr häufig verwendet wird, ist nach österreichischem Recht gut abgrenzbar. Nachdem sich die Arbeit jedoch mit grenzüberschreitenden Fällen beschäftigt, muss natürlich auch berücksichtigt werden, was international unter dem Begriff der „Obsorge“ und des „Obsorgeverfahrens“ verstanden wird.

A. Der österreichische Obsorgebegriff

Der Begriff der Obsorge wurde durch das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989 in das ABGB eingeführt und hat den zuvor gebrauchten Begriff der elterlichen Gewalt abgelöst.¹⁰

Grob gesagt befasst sich die Obsorge nach österreichischem Recht mit der Pflege und Erziehung von minderjährigen Kindern, deren Vermögensverwaltung und gesetzlichen Vertretung.

Unter minderjährigen Kindern versteht man nach innerstaatlichem Recht Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres. Gemäß § 172 Abs 1 ABGB erlischt die Obsorge mit Eintritt der Volljährigkeit.

Die Obsorge wird nach österreichischem Recht prinzipiell aber nicht als Recht, sondern vielmehr als Verpflichtung der Eltern oder auch Dritten, wie zB den Großeltern, den sog „Sorgeberechtigten“ oder „Erziehungsberechtigten“, gegenüber einem Minderjährigen angesehen, was sich auch schon aus der gegenseitigen Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern, iSd § 137 Abs 2 ABGB, ergibt.¹¹ Es gilt das Wohlverhaltensgebot, dass sich aus § 146 b ABGB herauslesen lässt.¹²

¹⁰ *Hinteregger*, Familienrecht³, 170.

¹¹ *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 182, 184.

¹² *Hinteregger*, Familienrecht³, 171.

Der Umfang des Obsorgebegriffes soll nun aber noch genauer untersucht werden.

§ 146 ABGB legt die Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Kindes fest. Darunter versteht man die Sorge für das Wohlbefinden und die Entwicklung des Kindes.¹³

Unter diesen Teilbegriff der Obsorge fällt gemäß § 146b ABGB auch das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Dieses Recht kommt demjenigen Elternteil zu, der die vorhin genannte Verpflichtung der Pflege und Erziehung primär innehat.¹⁴

Wird in dieses Recht eingegriffen, so kann der Obsorgeberechtigte einen Gerichtsbeschluss erwirken. Unter das Recht, den Aufenthaltsort zu bestimmen, fallen auch die Rechte, Urlaubsreisen zu unternehmen und die dafür notwendigen Dokumente zu erwerben, sowie ins Ausland zu übersiedeln bzw die Betreuung an Dritte, die sich auch im Ausland befinden können, zu übertragen.¹⁵

Das Recht auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes darf aber nie gegen das Wohl des Kindes ausgeübt werden.¹⁶

Weiters beinhaltet die Pflege und Erziehung auch das Recht auf Namensgebung (§ 139 ABGB), das Recht, die Ausbildung sowie die religiöse Erziehung des Kindes zu bestimmen und das Recht, gewisse medizinische Behandlungen durch Nicht-Einwilligung zu untersagen.¹⁷

Ein anderer Aspekt der Obsorge betrifft die Verwaltung des Vermögens des Kindes. Die Eltern haben „das Vermögen eines minderjährigen Kindes mit der Sorgfalt ordentlicher Eltern zu verwalten“ (§ 149 ABGB).

Der letzte Punkt, der nach unserem innerstaatlichem Recht unter den Begriff der Obsorge fällt, ist die gesetzliche Vertretung des minderjährigen Kindes. Das bedeutet, für das Kind Vertretungshandlungen vorzunehmen und Einwilligungen zu erteilen.¹⁸

¹³ *Hinteregger, Familienrecht*³, 180.

¹⁴ *Beck, Kindschaftsrecht* Rz 191, 192.

¹⁵ *Beck, Kindschaftsrecht* Rz 190-205.

¹⁶ *Beck, Kindschaftsrecht* Rz 194.

¹⁷ *Hinteregger, Familienrecht*³, 180-182.

¹⁸ *Beck, Kindschaftsrecht* Rz 241.

B. Der internationale Obsorgebegriff

Die verschiedenen internationalen Abkommen, die auch für Österreich gelten, verstehen unter dem „Verfahren über die Obsorge“ nicht immer das gleiche oder benutzen zumindest nicht immer den Begriff „Obsorge“.

Die auf europäischer Ebene relevante Brüssel IIa-VO benutzt nicht den Begriff der „Obsorge“ sondern spricht von der sog „elterlichen Verantwortung“. Darunter versteht die Verordnung gemäß Art 2 Z 7 Brüssel IIa-VO „die gesamten Rechte und Pflichten, die einer natürlichen oder juristischen Person durch Entscheidung oder kraft Gesetzes oder durch rechtlich verbindliche Vereinbarung betreffend die Person oder das Vermögen des Kindes übertragen wurden“. In Satz 2 bestimmt Art 2 Z 7 Brüssel IIa-VO, dass diese elterliche Verantwortung insbesondere das Sorge- und Umgangsrecht umfasst. Hierfür findet man wiederum in Z 9 und Z 10 Definitionen. Unter „Sorgerecht“ versteht man die Rechte und Pflichten, die mit der Sorge für die Person eines Kindes verbunden sind, insbesondere das Recht auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes. „Umgangsrecht“ ist insbesondere das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen.

Den Ausdruck der „elterlichen Verantwortung“ benutzt auch das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)¹⁹ vom 19. Oktober 1996. Das KSÜ wird zwar im Weiteren nicht relevant sein, da dieses von Österreich, sowie von einigen anderen Staaten auch, unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert wurde.²⁰ Die Begriffsdefinition kann jedoch für das Verständnis des internationalen Obsorgebegriffs hilfreich sein. Art 1 Abs 2 KSÜ definiert die „elterliche Verantwortung“ als „die elterliche Sorge und jedes entsprechende andere Sorgeverhältnis, das die Rechte, Befugnisse und Pflichten der Eltern, des Vormunds

¹⁹ Haager Übereinkommen vom 19.10.1966 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, die Vollstreckung und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern; (von Österreich unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert).

²⁰ *Klauser/Horn*, *ecolex* 2004, 912.

oder eines anderen gesetzlichen Vertreters in Bezug auf die Person oder das Vermögen des Kindes bestimmt“.

Gemäß Art 5 lit a HKÜ versteht man unter „Sorgerecht“ iSd Übereinkommens „die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen“. In lit b wird der Begriff des „Rechts auf persönlichen Verkehr“ definiert: „das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen“. Die Besonderheit im HKÜ ist, dass jegliche Bestimmungen nur auf Kinder bis zum 16. Lebensjahr angewendet werden (Art 4 HKÜ).

Laut Art 1 lit c ESÜ bedeutet „Sorgerechtsentscheidung“ iSd Übereinkommens „die Entscheidung einer Behörde, soweit sie die Sorge für die Person des Kindes einschließlich des Rechts auf Bestimmung seines Aufenthaltsortes oder des Rechts auf persönlichen Verkehr mit ihm betrifft“. Hier beschränkt sich die Zuständigkeit auf reine Sorgerechtsentscheidungen und Bestimmung des Aufenthaltsortes und lässt Entscheidungen, die sich mit dem Vermögen des Kindes oder mit seiner gesetzlichen Vertretung befassen, außen vor.²¹ Das ESÜ beschränkt wie das HKÜ seine Zuständigkeit auf Kinder bis zum 16. Lebensjahr (Art 1 lit a ESÜ).

Das Minderjährigenschutzabkommen (MSA) definiert den Begriff der Obsorge oder der „elterlichen Verantwortung“ nicht. Es legt nur fest, dass es sich auf verschiedene Maßnahmen zum Schutz von Minderjährigen und deren Vermögen, sowie gesetzliche Gewaltverhältnisse bezieht. Nach MSA ist derjenige minderjährig, der nach dem Recht des Heimatstaates und Staates des gewöhnlichen Aufenthaltsortes als minderjährig gilt.²²

Unter einer solchen „Schutzmaßnahme“ fallen zB jegliche Vorkehrungen im Bereich der elterlichen Obsorge, deren Übertragung, Entziehung oder Einschränkung sowie auch die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters.²³

²¹ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR ESÜ Rz 7.

²² Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.60.

²³ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.76.

Vergleicht man die verschiedenen Abkommen, fällt auf, dass sie oft nicht direkt den Begriff der „Obsorge“ oder des „Obsorgeverfahrens“ benutzen und sich die Normen oft nicht auf den (nach österreichischem Recht) gesamten Bereich der „Obsorge“ beziehen oder über diesen hinausgehen. Es herrscht jedoch, wie in den vorangegangenen Ausführungen erörtert, im Großen und Ganzen Einigkeit darüber was man unter „Obsorge“ bzw „elterlicher Verantwortung“ oder auch unter Sorgerecht bzw „Umgangsrecht“ versteht.

III. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS IN GRENZÜBERSCHREITENDEN OBSORGEFÄLLEN NACH DER BRÜSSEL IIa-VO 2004

A. Allgemeines

Seit dem 01.08.2004 wird die Zuständigkeit und Anerkennung im Bereich des Sorgerechts nunmehr durch die Bestimmungen der Brüssel IIa-VO (auch als EuEheVO bezeichnet) über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung geregelt. Ab 01.03.2005 ersetzt sie die Brüssel II-VO vollständig.²⁴

Die Verordnung übernimmt viele Bestimmungen der Brüssel II-VO, hat aber vor allem im kindschaftsrechtlichen Teil neue Regelungen getroffen. Besonders hervorzuheben ist eine Neuerung im Bereich des Sorgerechts. Die Brüssel IIa-VO ist, im Gegensatz zu ihrem Vorgänger, auf eheliche und uneheliche Kinder gleichermaßen anzuwenden. Für gemeinsame Kinder der Ehegatten bleibt aber eine Annexzuständigkeit erhalten.

Mit Inkrafttreten der neuen VO wird die Brüssel II VO, wie bereits erwähnt, gemäß Art 71 Brüssel IIa-VO aufgehoben.²⁵

1. Räumlich-personeller Anwendungsbereich

Die Verordnung ist bezüglich der elterlichen Verantwortung anwendbar, wenn einer der in Art 8-13 Brüssel IIa-VO Anknüpfungspunkte vorliegt (siehe unten).

Die Verordnung wirkt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme von Dänemark.²⁶ Dänemark ist somit einem Drittstaat gleichgestellt.

Es werden jedoch auch Angehörige von Drittstaaten mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat, sowie Staatsbürger eines Mitgliedsstaates, die aber in einem

²⁴ *Klauser/Horn*, *ecolex* 2004, 910.

²⁵ *Solomon*, *FamRZ* 2004, 1409.

²⁶ Siehe Art 2 Z 3 Brüssel IIa-VO.

Drittstaat leben, von der Verordnung erfasst. Liegt beides nicht vor, kommen die nationalen Vorschriften über die Zuständigkeit zur Anwendung und man kann sich auf die Staatsangehörigkeit einer der Parteien gemäß § 76 Abs 2 Z 1 JN oder die der Kinder gemäß §110 Abs1 Z 1 JN berufen.²⁷

Die Brüssel Ila-VO verdrängt und ergänzt aber nicht nur nationale Zuständigkeitsregelungen, sondern auch völkerrechtliche Normen und Übereinkommen, wie etwa das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (MSA), das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)²⁸ und einige andere.

Es fehlt jedoch weiterhin eine Definition für den persönlichen Anwendungsbereich der VO, also die Definition für den Begriff des „Kindes“. Es ist aber davon auszugehen, dass Brüssel Ila-VO, da es sich typischerweise um ein Eltern-Kind-Verhältnis handelt, nur für minderjährige Kinder Anwendung findet. Hier stellt sich dann die Frage, nach welchen Kriterien ein „minderjähriges Kind“ auszulegen ist. Einerseits kann man aufgrund von internationalen Tendenzen und der Regelung des Haager Kinderschutzabkommens (KSÜ) eine autonome Bestimmung der Altersgrenze auf das vollendete 18. Lebensjahr vornehmen oder, man bezieht sich auf das nationale Recht, das in den nicht von der Brüssel Ila-VO geregelten Bereichen zur Anwendung kommt.²⁹ Beantworten wir die Frage nach nationalem Recht, so ist für Österreich § 21 Abs 2 ABGB die relevante Norm, wonach die Minderjährigkeit ebenfalls mit dem 18. Lebensjahr endet.³⁰

Fraglich ist, ob auf das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ), in Österreich mit BGBl 1980/512 kundgemacht und durch ein Durchführungsgesetz (BGBl 1980/513) ergänzt³¹, das nur Kinder bis zum 16. Lebensjahr erfasst (Art 4 HKÜ), außerhalb seines Wirkungsbereiches Rücksicht genommen werden soll.

²⁷ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 387b.

²⁸ Haager Übereinkommen vom 19.10.1966 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, die Vollstreckung und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern; (von Österreich unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert).

²⁹ *Solomon*, FamRZ 2004, 1410.

³⁰ *Mayr/Czernich*, EuZPR² Rz 312.

³¹ *Mayr/Fucik*, VerfAußStr neu³ Rz 432.

Das gleiche gilt auch für das ESÜ, das auch nur auf Minderjährige bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres Anwendung findet, welche zusätzlich auch noch nach dem Recht des Aufenthaltsstaates, des Heimatstaates oder nach dem Recht des ersuchten Staates noch nicht befähigt sind, den eigenen Aufenthaltsort zu bestimmen (Art 1 lit a ESÜ).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

In Art 1 Abs 1 lit b der Brüssel IIa-VO wird der Anwendungsbereich bezüglich des kindschaftsrechtlichen Teils auf die Zuweisung, Ausübung und Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung festgelegt.

Die Begriffe der „elterlichen Verantwortung“, des „Sorgerechts“ bzw des „Umgangsrechts“ (Art 2 Z 7, 9 und 10 Brüssel IIa-VO) werden bereits in Kapitel I, A erörtert.

Unter dem „Träger der elterlichen Verantwortung“ versteht die Brüssel IIa-VO gemäß Art 2 Z 8 Brüssel IIa-VO jede Person, die die elterliche Verantwortung für ein Kind ausübt. Somit sind auch Personen von der Regelung erfasst, die nicht die Eltern sind, denen jedoch das Sorgerecht zusteht.³²

Wie einleitend erwähnt, unterscheidet die Brüssel IIa-VO anders als ihr Vorgänger, die Brüssel II-VO, nicht zwischen ehelichen und unehelichen Kindern.³³

3. Verhältnis zu anderen Übereinkommen

Das Verhältnis der Brüssel IIa-VO zu anderen Rechtsinstituten wird in den Art 59-63 derselben geregelt. Prinzipiell hat die Verordnung in den Bereichen, die sie regelt, im Verhältnis zwischen den Mitgliedsstaaten Anwendungsvorrang (Art 60ff Brüssel IIa-VO). Verdrängt werden insbesondere das KSÜ, das MSA, das HKÜ und das ESÜ.³⁴

³² *Solomon*, FamRZ 2004, 1410.

³³ *Mayr/Czernich*, EuZPR² Rz 312.

³⁴ *Mayr/Czernich*, EuZPR² Rz 316.

Die formale Abgrenzung erfolgt durch Art 60 lit a und Art 61 Brüssel Ila-VO.

Im Verhältnis zwischen den Mitgliedsstaaten geht die Brüssel Ila-VO der MSA und den anderen genannten Übereinkommen in den von ihr geregelten Bereichen gemäß Art 60 Brüssel Ila-VO vor. In allen anderen Bereichen gelten die jeweiligen Übereinkommen jedoch fort.³⁵

Der Vorrang der Brüssel Ila-VO vor dem KSÜ gemäß Art 61 Brüssel Ila-VO gilt nur, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat hat.³⁶

Das HKÜ wird nach hM gar nicht erst verdrängt, sondern lediglich durch die Bestimmungen der Brüssel Ila-VO (insbesondere Art 11) ergänzt.³⁷ Die Ausübung der Verordnung soll im Einklang mit dem HKÜ erfolgen.³⁸

B. Internationale Zuständigkeit Österreichs

1. Allgemeine Zuständigkeit (Art 8 Brüssel Ila-VO)

a) Der „gewöhnliche Aufenthalt“

Art 8 Abs 1 Brüssel Ila-VO übernimmt das schon in der KSÜ (Art 5) und MSA (Art 2) benutzte Prinzip des gewöhnlichen Aufenthaltes als Anhaltspunkt für Entscheidungen im Bereich der elterlichen Verantwortung gemäß Art 1 Abs 1 lit b Brüssel Ila-VO.³⁹ Die internationale Zuständigkeit liegt bei dem Gericht des Staates, an dem der tatsächliche Schwerpunkt der sozialen Bindungen und der Daseinsmittelpunkt des Kindes liegt. Dies ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen.⁴⁰ Darunter fallen die Einbindung des Kindes in seine Umwelt in familiärer, schulischer und sozialer Hinsicht, sowie ein tatsächlicher oder

³⁵ *Solomon*, FamRZ 2004, 1414.

³⁶ *Rauscher in Rauscher*, EZPR² Band I, Art 8 Brüssel Ila-VO Rz 2.

³⁷ LGZ Wien, 42 R 229/06x, EFSlg 114.674.

³⁸ *Klauser/Horn*, ecolex 2004, 912.

³⁹ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 8 Brüssel Ila-VO Rz 3; *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1411.

⁴⁰ LGZ Wien, 45 R 610/06y, EFSlg 114.845.

beabsichtigter Aufenthalt von mindestens 6 Monaten.⁴¹ Es ist jedoch immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

Dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ iSd Brüssel IIa-VO dürfte die österreichische Definition des „Wohnsitzes“, aus praktischer Sicht gesehen, gemäß §66 Abs 1 JN, am nächsten kommen.⁴²

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit hingegen richtet sich nach nationalem Recht.⁴³

Die Staatsangehörigkeit des Kindes spielt grundsätzlich keine Rolle, kann aber als Bindungsfaktor Berücksichtigung finden.⁴⁴

Fallbeispiel: Anna (A) und Benjamin (B) haben ein gemeinsames Kind Kasimir (K) (10 Jahre). A lebt gemeinsam mit K Österreich, B lebt in Deutschland. K lebt mit A nun schon seit über 6 Monaten in Österreich, geht hier zur Schule und hat auch schon viele Freunde gefunden. B fordert nun eine Entscheidung über das Sorge- bzw Umgangsrecht.

Die österreichischen Gerichte sind zuständig, da K im Zeitpunkt der Antragsstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für den gewöhnlichen Aufenthalt (perpetuatio fori)

Als maßgeblicher Zeitpunkt für den gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsstaat wird in Art 8 Abs 1 Brüssel IIa-VO der Zeitpunkt der Antragsstellung genannt. Hiermit wird ausdrücklich der Grundsatz *perpetuatio fori* statuiert⁴⁵, was bedeutet, dass ein eventueller späterer Umzug des Kindes, also eine Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts, keinen Einfluss auf die Zuständigkeit des Gerichts hat, bei dem das Verfahren bereits anhängig ist.⁴⁶ Der neu begründete Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat würde zwar gemäß Art 8 Brüssel IIa-VO eine neue Zuständigkeit

⁴¹ Simotta, FS Jelinek, 308.

⁴² Mayr/Czernich, EuZPR² Rz 318.

⁴³ Mayr/Czernich, EuZPR² Rz 317.

⁴⁴ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 8 Brüssel IIa-VO Rz 3.

⁴⁵ Solomon, FamRZ 2004, 1411.

⁴⁶ Fucik, Anmerkung zu OGH 3 Ob 213/07f, iFamZ 2008/52.

eröffnen, jedoch steht diesem Verfahren die Rechtsanhängigkeit beim Erstgericht gemäß Art 19 Abs 2 Brüssel IIa-VO entgegen.⁴⁷

Fallbeispiel: Nachdem B den Antrag auf Entscheidung über das Sorge- bzw Umgangsrecht eingereicht hat beschließt A (rechtmäßig) mit K nach Italien zu ihrer Mutter zu ziehen.

Die österreichischen Gerichte bleiben weiterhin zuständig, da K im Zeitpunkt der Antragsstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte. Das gilt auch, wenn in Italien eine neue Zuständigkeit gemäß Art 8 Brüssel IIa-VO begründet wird, da bereits Rechtsanhängigkeit bei einem österreichischen Gericht besteht.

2. Aufrechterhaltung der Zuständigkeit des früheren gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes (Art 9 Brüssel IIa-VO)

Zu unterscheiden vom vorher genannten Fall der *perpetuatio fori* ist der Sonderfall, der in Art 9 Brüssel IIa-VO geregelt ist. Die Zuständigkeit bleibt unter eng gesetzten Voraussetzungen trotz Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts beim Erstgericht. Im Gegensatz zur *perpetuatio fori* bedarf es keiner Anhängigkeit des Verfahrens zum Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels. Hierbei handelt es sich um eine *perpetuatio jurisdictiones*, die dem Gericht des ehemaligen Aufenthaltsortes eine Abänderung einer Entscheidung über das Umgangsrecht erlaubt.⁴⁸

Die Voraussetzungen hierfür sind erstens, dass es sich gemäß Abs 1 um einen rechtmäßigen Umzug des Kindes handelt, ansonsten würde Art 10 Brüssel IIa-VO bezüglich der Kindesentführung zur Anwendung kommen. Und zweitens ist die Anwendung von Art 9 Brüssel IIa-VO ausschließlich auf die Änderung einer vor dem Umzug bereits ergangenen Entscheidung über das Umgangsrecht beschränkt.

Weiters muss der umgangsberechtigte Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin im bisherigen Aufenthaltsstaat haben und diesen auch vor dem Umzug schon gehabt haben.

⁴⁷ Solomon, FamRZ 2004, 1411.

⁴⁸ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 9 Brüssel IIa-VO Rz 1.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so besteht die Zuständigkeit für eine Frist von drei Monaten nach dem Umzug fort.⁴⁹

Fallbeispiel: Nachdem A, nach der Trennung von B, mit K von Deutschland nach Österreich gezogen ist, fordert B schon nach ein paar Tagen eine Abänderung der Umgangsrechtsentscheidung, die schon zuvor in Deutschland gefällt wurde, da sich Bs Lebenssituation verändert hat.

Die deutschen Gerichte bleiben für eine Zeitspanne von 3 Monaten nach dem rechtmäßigen Umzug nach Österreich zuständig.

Zu keiner Perpetuierung der Zuständigkeit kommt es jedoch, wenn der im Herkunftsstaat verbliebene Umgangsberechtigte die Zuständigkeit des Gerichtes des neuen Aufenthaltsorts des Kindes anerkennt, indem er sich auf das Verfahren rügelos einlässt (Art 9 Abs 2 Brüssel IIa-VO).⁵⁰ In der deutschen Fassung der Brüssel IIa-VO wird diese rügelose Einlassung auf das Verfahren unglücklicherweise damit umschrieben, dass der Umgangsberechtigte die Zuständigkeit anerkennt, wenn er diese nicht „anfechtet“. Jedoch reicht das einfache Beteiligen am Verfahren, das im Umzugsstaat eingeleitet wurde, zur Anerkennung bereits aus.⁵¹

Somit hat der zurückbleibende Elternteil die Wahlmöglichkeit, die Änderung des Umgangsrechts in seinem Aufenthaltstaat oder in dem Staat zu beantragen, in den das Kind verzogen ist, indem er sich auf das dortige Verfahren einlässt.⁵²

Fallbeispiel: A beantragt eine Woche nach dem Umzug nach Österreich eine Abänderung der Umgangsrechtsentscheidung, die in Deutschland zuvor ergangen ist. Sie bringt den Antrag bei einem österreichischen Gericht ein. B wird davon benachrichtigt und denkt sich, es wäre ganz praktisch, gleich in Österreich zu verhandeln und lässt sich in das Verfahren in Österreich ein.

B verzichtet somit auf das Recht, die Abänderung in Deutschland durchzuführen und die österreichischen Gerichte sind zuständig.

⁴⁹ Solomon, FamRZ 2004, 1412.

⁵⁰ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 168

⁵¹ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 9 Brüssel IIa-VO Rz 14.

⁵² Solomon, FamRZ 2004, 1412.

3. Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführung (Art 10 Brüssel Ila-VO) und dessen Rückgabe (Art 11 Brüssel Ila-VO)

Die neuen Bestimmungen der Brüssel Ila-VO im Bereich der Kindesentführung sollen die Bestimmungen der HKÜ ergänzen und die Begründung neuer Gerichtsstände im Entführungsstaat verhindern sowie eine Rückführung des Kindes beschleunigen. Diese wird oftmals durch Verweis auf Art 13 Abs 1 lit b HKÜ, ein Rückgabeverweigerungsgrund aufgrund der Gefahr eines drohenden schwerwiegenden körperlichen oder seelischen Schadens des Kindes, verweigert. Diese Möglichkeit wird durch die Bestimmungen der Brüssel Ila-VO weitgehend eingeschränkt.⁵³

a) Verhältnis zum HKÜ

Grundsätzlich räumt Art 60 lit e Brüssel Ila-VO einen Vorrang der Verordnung auch gegenüber dem HKÜ ein.

Nachdem die Brüssel Ila-VO jedoch nur die Zuständigkeit gemäß Art 10 und die Rückgabe gemäß Art 11 regelt, bleibt das HKÜ weitgehend unberührt. Es bleibt weiterhin das HKÜ die wichtigste Rechtsgrundlage, jedoch sind die Modifizierungen durch die Brüssel Ila-VO zu beachten⁵⁴ und als Ergänzungen zum HKÜ anzusehen⁵⁵.

b) Zuständigkeit nach Art 10 Brüssel Ila-VO

Eine Kindesentführung („widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten des Kindes“) iSd Brüssel Ila-VO liegt vor, wenn durch ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes das Sorgerecht einer anderen Person verletzt wird.

Um eine Manipulation der internationalen Zuständigkeit im Sorgerechtsverfahren zu verhindern, sieht Art 10 Brüssel Ila-VO vor, dass die Zuständigkeit beim Gericht des

⁵³ Kaller, FamZ 2006, 178.

⁵⁴ Solomon, FamRZ 2004, 1416.

⁵⁵ LGZ Wien, 42 R 229/06x, EFSIlg 114.674.

Staates, in dem das Kind vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, verbleibt.⁵⁶

Die Zuständigkeit des früheren Aufenthaltsortes endet jedoch, sobald das Kind in einem anderen Mitgliedsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat und entweder jede sorgeberechtigte Person oder Stelle dem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes zugestimmt hat (lit a) oder das Kind sich schon ein Jahr („Zwölfmonatsregel“⁵⁷) im Zufluchtsort aufhält, sich in das neue Umfeld eingelebt hat und die sorgeberechtigte Person oder Stelle, der der Aufenthaltsort bekannt war oder die ihn hätte kennen müssen, kein oder ein erfolgloses Verfahren auf Rückgabe des Kindes, innerhalb eines Jahres ab Kenntnis, betrieben hat (lit b).⁵⁸

Art 10 bezieht sich jedoch nicht auf die Zuständigkeit für die in Art 11 geregelten Rückgabeanträge.⁵⁹

Fallbeispiel: *K besucht B, wie in der Umgangsrechtsregelung, die in Österreich getroffen wurde, vereinbart, in den Sommerferien in Deutschland und soll nach den 6 Wochen, wie vereinbart wieder zu A nach Österreich gebracht werden. Dies passiert jedoch nicht und B hält K in Deutschland widerrechtlich zurück.*

Es handelt sich hier um ein widerrechtliches Zurückhalten iSd Brüssel IIa-VO, weil durch das Zurückhalten das Sorgerecht der A verletzt wird. K hatte, wie wir aus den bisherigen Schilderungen (siehe oben) entnehmen können, seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei A in Österreich. Somit sind die österreichischen Gerichte zuständig, bis K in Deutschland seinen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt hat und A dem Zurückhalten zugestimmt hat oder bis K sich mindestens ein Jahr in Deutschland aufgehalten hat und A, die davon wusste, keinen Antrag auf Rückführung gestellt hat bzw diesen wieder zurückgezogen hat oder eine Entscheidung ergangen ist, die sich gegen die Rückführung von K ausspricht.

⁵⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 170.

⁵⁷ *Pensendorfer*, Anmerkung zu LGZ Wien, 44 R 362/07x, iFamZ 2008, 99.

⁵⁸ *Solomon*, FamRZ 2004, 1417.

⁵⁹ *Rauscher in Rauscher*, EZPR² Band I, Art 10 Brüssel IIa-VO Rz 8.

c) Rückgabe des Kindes nach Art 11 Brüssel IIa-VO

Sachlicher Anwendungsbereich (Abs 1):

Die ergänzenden Bestimmungen des Art 11 Brüssel IIa-VO gelten nur für widerrechtliche Verbringung eines Kindes von einem in einen anderen Mitgliedsstaat.⁶⁰ Somit bleibt das HKÜ, insoweit es sich um eine Verbringung in einen Drittstaat handelt, von der Brüssel IIa-VO unberührt.⁶¹

Persönlicher Anwendungsbereich:

Nachdem, wie anfangs erwähnt, in der Brüssel IIa-VO eine Definition des Begriffes „Kind“ fehlt, ist fraglich, ob Art 11 nunmehr auf alle Kinder bis zum 18. Lebensjahr anzuwenden ist oder nur auf Kinder iSd HKÜ, also bis zum 16. Lebensjahr. In Art 10 stellt sich die Frage nicht wirklich, da sich dieser an Art 7 KSÜ orientiert und dieses Übereinkommen wie gemeinschaftsautonom üblich, die Altersgrenze bei 18 Jahren festsetzt. Art 11 hingegen stützt sich auf das Verfahren des Art 12 HKÜ und damit scheint es logischer, die Bestimmungen nur auf Minderjährige bis zum 16. Lebensjahr anzuwenden.⁶²

Anhörung des Kindes (Abs 2):

Im HKÜ ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs des Kindes nicht festgehalten, sondern überlässt das dem *lex fori*. Anders die Brüssel IIa-VO, die trotz des ohnehin schon in Art 8 EMRK festgelegtem autonomen Anhörungsgebots, die Anhörung des Kindes, sobald gemäß Art 12 HKÜ verfahren wird, fordert. Dies gilt insofern, als Alter oder der Reifegrad dies nicht unangebracht erscheinen lassen.⁶³

⁶⁰ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO Rz 5.

⁶¹ Solomon, FamRZ 2004, 1417.

⁶² Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO Rz 4; Kaller, FamZ 2006, 178.

⁶³ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO Rz 6.

Die Anhörung kann auch durch Sachverständige oder Mitarbeiter des Jugendwohlfahrtsträgers erfolgen.⁶⁴

Fallbeispiel: Nachdem in unserem Fallbeispiel die Brüssel Ila-VO sehr wohl Beachtung findet, da Österreich wie auch Deutschland Mitgliedsstaaten sind, für die die VO gilt, ist K, der 10 Jahre alt ist, bei einem Rückgabeverfahren nach dem HKÜ auf jeden Fall anzuhören.

Gebotene Eile und zügigstes Verfahren nach nationalem Recht (Abs 3):

Art 11 Abs 3 soll ein zügiges Verfahren garantieren. Einerseits hat sich das Gericht mit „gebotener Eile“ um den Rückgabeantrag zu kümmern und andererseits hat es dazu das „zügigste Verfahren des nationalen Rechts“ zu wählen. In Österreich wurde aufgrund seiner Flexibilität das Außerstreitverfahren gewählt (§ 5 Abs 3 BG BGBl 1988/512 idF AußStr-BegleitG).⁶⁵

Art 11 Abs 3 Satz 1 Brüssel Ila-VO wird durch Abs 2 konkretisiert, in dem der Gesetzgeber vorsieht, dass das Gericht spätestens sechs Wochen nach Befassung mit dem Auftrag, also ab Eingang des Antrags, eine Anordnung zu erlassen hat. Bei Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen kann die Frist jedoch überschritten werden.⁶⁶

Rückgabeverweigerung (Abs 4 und 5):

Art 11 Abs 4 Brüssel Ila-VO beschränkt den schon genannten Rückgabeverweigerungsgrund des Art 13 lit b HKÜ. Die Rückgabe soll nur dann verweigert werden können, wenn nachgewiesen wird, dass im ursprünglichen Aufenthaltsstaat keine angemessenen Vorkehrungen getroffen wurden, die den Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr gewährleisten.⁶⁷ Solche Vorkehrungen können insbesondere gerichtliche Maßnahmen zB in Form einer einstweiligen

⁶⁴ Kaller, FamZ 2006, 178.

⁶⁵ Kaller, FamZ 2006, 178.

⁶⁶ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel Ila-VO Rz 7.

⁶⁷ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel Ila-VO Rz 11.

Verfügung, Maßnahmen zur Verhinderung einer Gegenentführung, Räumung der gemeinsamen Wohnung oder die behördliche Unterbringung des Kindes nach seiner Rückkehr sein.⁶⁸

Oftmals liegt die Gefährdung jedoch schon in der Trennung von der entführenden Person. Hier soll der Schwerpunkt der Vorkehrungen vor allem darin liegen, den Kontakt zu allen Sorge- bzw Umgangsberechtigten (wieder-)herzustellen.⁶⁹ In diesem Bereich wird oftmals, vor allem in den common-law-Staaten, auf sog „undertakings“, also Versprechungen des Antragsstellers gegenüber dem Gericht, zurückgegriffen. Jedoch ist eine Sanktionierung bei Nichterfüllung aufgrund der grenzüberschreitenden Sachverhalte oft problematisch.⁷⁰

Eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Gerichte und Behörden ist unumgänglich, um effektive Vorkehrungen iSd Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO zu treffen.

Weiters kann die Rückgabe nur dann verweigert werden, wenn dem Antragssteller die Möglichkeit, im Verfahren gehört zu werden, eingeräumt wurde (Abs 5).⁷¹

Verfahren bei Rückgabeverweigerung (Abs 6-8):

Für den Fall, dass das Gericht des Zufluchtsstaates die Rückgabe auf Grundlage des Art 13 HKÜ verweigert, sind Art 11 Abs 6-8 Brüssel IIa-VO anwendbar.

Gemäß Abs 6 hat das Gericht, das die Rückgabe verweigert hat, die darüber gefällte Entscheidung und entsprechende Unterlagen innerhalb von einem Monat, ab Datum der Entscheidung, an das Gericht des Herkunftsstaates zu übermitteln.⁷² Die Zustellung unter den Mitgliedsstaaten hat iSd EUZVO⁷³ zu erfolgen.⁷⁴

⁶⁸ Kaller, FamZ 2006, 178, 179f .

⁶⁹ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO Rz 12.

⁷⁰ Schulz, FamRZ 2003, 1351, 1353.

⁷¹ Kaller, FamZ 2006, 180.

⁷² Solomon, FamRZ 2004, 1417.

⁷³ Europäische Zustellverordnung (EG) 2000/1348 des Rates v 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen mit den Mitgliedsstaaten ABI L 2000/160, 37.

⁷⁴ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO, Rz 22.

Das Gericht des Herkunftsstaates hat die Parteien innerhalb von drei Monaten ab Zustellung der Entscheidung aufzufordern, einen Antrag auf Obsorgeentscheidung zu stellen (Abs 7). Kommen sie der Aufforderung nach, wird das Obsorgeverfahren eingeleitet. Ergibt dieses, dass das Kind weiterhin im Herkunftsstaat leben soll, wird, ungeachtet der Entscheidung des Zufluchtsstaates, die Rückführung angeordnet. Diese Entscheidung ist gemäß Art 42 Abs 1 Brüssel IIa-VO unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten vollstreckbar (Abs 8).⁷⁵

Wird kein Antrag gemäß Art 11 Abs 7 Brüssel IIa-VO gestellt, so schließt das Gericht den Fall ab (Abs 7 Satz 2)⁷⁶ und das Kind verbleibt, bei unveränderter Sorgrechtslage, faktisch in dem Staat, in den es entführt wurde.⁷⁷

4. „Vereinbarung“ über die Zuständigkeit (Art 12 Brüssel IIa-VO)

a) Allgemein

Unter diesem Artikel verbergen sich zwei verschiedene Tatbestände, die eine internationale Zuständigkeit begründen können. Einerseits handelt es sich um die Annexzuständigkeit (Abs 1 und 2), die im Vergleich zur Brüssel II-VO nur leicht verändert wurde. Andererseits hat der Gesetzgeber eine neue Regelung in Abs 3 geschaffen. Dieser bezieht sich auf die „wesentliche Bindung des Kindes“ zu einem Gerichtsstaat.⁷⁸

Der Grund dafür, dass der Art 12 Brüssel IIa-VO unter der Überschrift „Vereinbarung über die Zuständigkeit“ geführt wird, liegt darin, dass eine Zuständigkeit nach den oben genannten Fällen nur dann vorliegt, wenn die Parteien des Verfahrens diese anerkennen.⁷⁹

Weiters muss die Zuständigkeit mit dem Kindeswohl in Einklang stehen.

⁷⁵ Kaller, FamZ 2006, 180f.

⁷⁶ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 11 Brüssel IIa-VO, Rz 23.

⁷⁷ Schulz, FamRZ 2003, 1353.

⁷⁸ Solomon, FamRZ 2004, 1412.

⁷⁹ Solomon, FamRZ 2004, 1412.

b) Annexzuständigkeit nach Abs 1 und 2

Unter gewissen Umständen ist ein Gericht eines Mitgliedsstaates, das nach Art 3 Brüssel IIa-VO über eine Ehesache zu entscheiden hat, auch für die mit dieser Ehesache in Zusammenhang stehenden Anträge bezüglich der elterlichen Verantwortung zuständig. Diese Annexzuständigkeit liegt vor, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Gerichtstaat, jedoch in einem anderen Mitgliedsstaat hat. Hätte das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsstaat, so würde sowieso eine Zuständigkeit nach Art 8 der Verordnung vorliegen.⁸⁰

Zusätzlich muss zumindest einer der Ehegatten die elterliche Verantwortung für das Kind haben und die Zuständigkeit anerkannt werden sowie mit dem Kindeswohl in Einklang stehen.⁸¹

Fallbeispiel: *Angenommen, die Eltern von K waren zu dem Zeitpunkt als sie in Deutschland gemeinsam lebten, verheiratet. Sie trennen sich jedoch und wollen sich scheiden lassen. A geht mit K nach Österreich. Für das Scheidungsverfahren bleiben jedoch gemäß Art 3 Abs 1 lit a Satz 2 Brüssel IIa-VO die deutschen Gerichte zuständig.*

Nun wird gemäß Art 12 Abs 1 Brüssel IIa-VO eine Annexzuständigkeit für das Verfahren über die elterliche Verantwortung begründet. Die deutschen Gerichte sind jedoch nur dann auch für die Sorge- bzw Umgangsrechtsentscheidung zuständig, wenn einer der beiden die elterliche Verantwortung innehat (in unserem Fall ist das A) und A und B der Zuständigkeit zustimmen und das Ganze im Einklang mit dem Wohl des K vereinbar ist.

Art 12 Brüssel IIa-VO regelt allerdings nur die internationale Zuständigkeit. Ob im Endeffekt dasselbe Gericht oder dieselbe Stelle über die Sache entscheidet, ergibt sich aus nationalem Recht.

Der österreichische Gesetzgeber sieht allerdings keine annexe Zuständigkeit für dem Eheverfahren nachfolgende Entscheidungen bezüglich der Obsorge vor.⁸²

⁸⁰ *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁷ Rz 171.

⁸¹ *Solomon, FamRZ* 2004, 1412.

⁸² *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁷ Rz 173.

Die Zuständigkeit nach Art 12 Abs 1 Brüssel IIa-VO endet grundsätzlich, wenn auch das Eheauflösungsverfahren nicht mehr anhängig ist (Abs 2). Es wird auf die Rechtskraft der Ehesachenentscheidung, gleich wie diese lautet, abgestellt.⁸³ Weiters endet die Zuständigkeit, wenn gemäß Abs 2 lit c das Verfahren aus sonstigen Gründen beendet wurde, wie zB Tod oder Antragsrücknahme.⁸⁴ Ist jedoch ein Verfahren über die elterliche Verantwortung zum Zeitpunkt der Beendigung des Eheverfahrens schon anhängig, so kann dieses im zuständigen Mitgliedsstaat zu Ende geführt werden.⁸⁵

c) Zuständigkeit wegen „wesentlicher Bindung“ des Kindes zu einem Mitgliedsstaat gemäß Abs 3

Wird die Zuständigkeit von den Parteien anerkannt und steht sie im Einklang mit dem Kindeswohl, so kann sie auch durch die „wesentliche Bindung“ des Kindes an einen Mitgliedsstaat begründet werden.⁸⁶

Voraussetzung ist wiederum, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Gerichtsstaat hat, da ansonsten Art 8 Brüssel IIa-VO zur Anwendung käme.

Von einer wesentlichen Bindung des Kindes zu einem Mitgliedsstaat geht man insbesondere aus, wenn ein Träger der elterlichen Verantwortung in dem betreffenden Mitgliedsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw wenn das Kind die Staatsbürgerschaft dieses Mitgliedstaates besitzt.⁸⁷ In der Praxis müssen diese Anknüpfungspunkte nicht unbedingt eine „wesentliche Bindung“ des Kindes zu diesem Staat bedeuten, aber es handelt sich, da die Parteien auch hier die Zuständigkeit zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichtes ausdrücklich oder auf andere Weise anerkennen müssen und auch das Kindeswohl bedacht werden muss, um eine Art zusätzlichen Filter.⁸⁸

⁸³ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 12 Brüssel IIa-VO Rz 19.

⁸⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 12 Brüssel IIa-VO Rz 22.

⁸⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 173.

⁸⁶ *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1412.

⁸⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 175; Art 12 Abs 3 lit a Brüssel IIa-VO.

⁸⁸ *Solomon*, FamRZ 2004, 1412f; Art 12 Abs 3 lit f Brüssel IIa-VO.

Fallbeispiel: *Wir sind wieder bei unserem Ausgangsfall A und B (unverheiratet) haben ein gemeinsames Kind K. A und B trennen sich und A zieht mit K (rechtmäßig) nach Österreich. Nun soll über das Sorge- bzw Umgangsrecht entschieden werden. Es ist weder in Deutschland noch in Österreich ein Verfahren darüber anhängig. K ist deutscher Staatsbürger und fühlt sich mit Deutschland sehr verbunden, da B noch immer dort wohnhaft ist und K diesen und auch andere Verwandte dort des Öfteren besucht. B ist sowieso damit einverstanden und auch A hat bis jetzt gute Erfahrungen mit den Gerichten in Deutschland gemacht und weiß, dass sich auch K dort wohl fühlt und stimmt der Zuständigkeit der deutschen Gerichte bei Antragsstellung zu.*

Es liegen keine offensichtlichen Gründe, wie etwa große Distanzen, somit lange Anreisestrecken, oder sprachliche Schwierigkeiten, vor, weshalb die Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegen das Kindeswohl (siehe unten unter Punkt e) widersprechen sollte. Somit werden aufgrund der wesentlichen Bindung des K zu Deutschland und der Zustimmung der Parteien des Verfahrens die deutschen Gerichte für die Entscheidung über die elterliche Verantwortung zuständig.

d) Anerkennung der Zuständigkeit iSd Art 12 Brüssel IIa-VO

Der Begriff der Anerkennung wurde in der neuen Brüssel IIa-VO präzisiert. Sie fordert eine ausdrückliche oder auf eine andere Weise eindeutige Anerkennung der Zuständigkeit durch die Verfahrensparteien und auch teils durch Dritte, wie etwa Träger der elterlichen Verantwortung, wenn dies nicht die Ehegatten sind (Abs1). Diese Anerkennung kann in der rügelosen Einlassung in das Verfahren liegen. Das zuständige Gericht hat jedoch sorgfältig zu prüfen, ob das Verhalten der Parteien tatsächlich auf ein Einverständnis über die Zuständigkeit schließen lässt.⁸⁹

Die Anerkennung kann auch auf einer vorprozessualen Vereinbarung zwischen den Ehegatten bzw Parteien beruhen. Logisch erscheint dies, wenn man bedenkt, dass Art 12 eine Anerkennung der Zuständigkeit bereits zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts fordert.⁹⁰

⁸⁹ Solomon, FamRZ 2004, 1413.

⁹⁰ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 12 Brüssel IIa-VO Rz 13.

Die „Anerkennung der Zuständigkeit zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts“, wie sie in Art 12 gefordert wird, wird praktisch, außer im oben genannten Fall, aber einige Probleme nach sich ziehen. Gemäß Art 16 ist unter Anrufung des Gerichtes der Zeitpunkt der Einreichung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei Gericht zu verstehen. Folglich hat sich zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich nur die antragstellende Partei geäußert⁹¹ und der Antrag müsste mit Zwischenentscheidung abgewiesen werden⁹².

Somit ist in der Praxis von der präzisen Auslegung des Art 12 Abstand zu nehmen und auf eine spätere Anerkennung, etwa bei der ersten Tagsatzung, abzustellen.⁹³

e) Kindeswohl iSd Art 12 Brüssel IIa-VO

Die Voraussetzung, dass die Zuständigkeit mit dem Wohl des Kindes in Einklang stehen muss, erscheint ebenfalls einigermaßen problematisch. Diesem wird hauptsächlich dadurch genüge getan, dass die Eltern bzw die Träger der elterlichen Verantwortung der Zuständigkeit zustimmen müssen, also hoffentlich zum Wohl des Kindes, was nicht immer der Wille des Kindes sein muss, handeln. Dabei sollen ein dem Kinderwohl entsprechendes Verfahren und die Vermeidung eines *forum non conveniens*, also, dass ein anderes Gericht nicht besser geeignet wäre, erreicht werden.⁹⁴

Eine Zuständigkeit könnte nicht im Einklang mit dem Wohl des Kindes sein, wenn dieses zB keinen Bezug zum Gerichtstaat hat, der Sprache nicht mächtig ist bzw eine dem Kind zu lange Anreise in den Gerichtstaat nicht zumutbar ist. Weiters stellt sich natürlich die Frage, ob das Gericht die notwendigen Ermittlungen für eine kindeswohlgerichte Entscheidung durchführen kann und ob nicht ein Verfahren im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat weniger belastend für das Kind wäre.⁹⁵

⁹¹ *Solomon*, FamRZ 2004, 1413.

⁹² *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 12 Brüssel IIa-VO Rz 15.

⁹³ *Solomon*, FamRZ 2004, 1413.

⁹⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 12 Brüssel IIa-VO Rz 16.

⁹⁵ *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 243.

f) Art 12 Abs 4 Brüssel Ila-VO

Im Abs 4 wird ein weiterer Sonderfall behandelt. Er besagt, dass davon auszugehen ist, dass die Zuständigkeit des Art 12 dann im Einklang mit dem Kindeswohl steht, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hat, der nicht Vertragspartei des KSÜ ist, und sich ein Verfahren im betreffenden Drittstaat als unmöglich erweist. Man kann also sagen, dass ein Untätigwerden der Behörden der Kindeswohlgemäßheit iSd Art 12 widerspricht.⁹⁶

Fraglich hingegen ist, ob die Zuständigkeit gemäß Abs 4 nur dann „insbesondere“, wie in der deutschen Fassung formuliert, im Einklang mit dem Kindeswohl steht, wenn das Verfahren im Drittstaat nicht möglich ist, oder ob ansonsten die übliche Interessensabwägung bezüglich Kinder in einem Drittstaat durchgeführt werden soll. Die englische Fassung, „in particular“, und auch die französische, „notamment jusque“, würden hingegen wieder andere Auslegungen zulassen.⁹⁷

5. Zuständigkeit aufgrund der Anwesenheit des Kindes (Art 13 Brüssel Ila-VO)

a) Anwesenheitszuständigkeit (Abs 1)

In Art 13 Brüssel Ila-VO ist eine weitere Auffangregel verankert. Kann der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes nicht festgestellt werden und liegt auch sonst keine Zuständigkeit gemäß Art 8-12 Brüssel Ila-VO vor, so kann die Zuständigkeit des Aufenthaltsstaates durch die bloße Anwesenheit des Kindes begründet werden.⁹⁸

Diese in Abs 1 begründete subsidiäre Zuständigkeit hat Art 6 KSÜ zum Vorbild⁹⁹, jedoch mit kleinen Abweichungen. Denn Art 13 Brüssel Ila-VO ist nicht nur subsidiär zu Art 8 Brüssel Ila-VO sondern auch zur Annexzuständigkeit des Art 12 Brüssel Ila-

⁹⁶ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 12 Brüssel Ila-VO Rz 17.

⁹⁷ Coester-Waltjen, FamRZ 2005, 243.

⁹⁸ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 176.

⁹⁹ Solomon, FamRZ 2004, 1413.

VO.¹⁰⁰ Für das Gericht des Staates, in dem das Kind seinen schlichten Aufenthalt hat, dürfte es jedoch erst dann möglich sein eine Zuständigkeit nach Art 12 auszuschließen, wenn überprüft wurde, ob nicht schon ein Eheauflösungsverfahren in dem Staat anhängig ist und die Eltern erstmal zu einer Stellungnahme aufgefordert werden. Die Überprüfung, ob eine Zuständigkeit nach Art 12 Abs 3 Brüssel Ila-VO besteht, ist praktisch schwieriger und oft stoßen die Gerichte hier an ihre Grenzen.¹⁰¹

Diese komplizierte Regelung vereitelt den eigentlich gewollten Zweck des Art 13 Brüssel Ila-VO, nämlich schnell bei Kindeswohlgefährdendem Untätigsein von Behörden eingreifen zu können. Es wird hier wohl eher auf Eilmaßnahmen gemäß Art 20 Brüssel Ila-VO zurückgegriffen werden.¹⁰²

Die spätere Anrufung eines Gerichts nach Art 12 lässt jedoch die Zuständigkeit nach Art 13 unberührt, da auch hier Art 19 Brüssel Ila-VO Anwendung findet, wonach das erstangerufene Gericht bis zur endgültigen Klärung der Zuständigkeit zuständig bleibt und das später angerufene Gericht bis zu diesem Zeitpunkt von Amts wegen aussetzt.¹⁰³

Fallbeispiel: *Es kann nicht festgestellt werden ob K seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland oder Österreich hat, weil er immer wieder hin- und hergereist bzw gezogen ist.*

Somit hat er keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet und Art 8 Brüssel Ila-VO kommt nicht in Frage. Auch Art 9-12 lassen sich ausschließen. Zurzeit hält sich K aber in Österreich auf und somit sind aufgrund seiner bloßen Anwesenheit die österreichischen Gerichte iSd Art 13 Abs 1 Brüssel Ila-VO zuständig.

b) Flüchtlinge und Vertriebene (Abs 2)

Der Abs 2 des Art 13 Brüssel Ila-VO legt fest, dass die Zuständigkeit gemäß Abs 1 auch auf Kinder, die Flüchtlinge oder durch Unruhen aus ihrem Land Vertriebene sind, anwendbar ist.

¹⁰⁰ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 1.

¹⁰¹ Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 5.

¹⁰² Rauscher in Rauscher, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 5.

¹⁰³ Coester-Waltjen, FamRZ 2005, 244.

Der Flüchtlingsbegriff soll nach der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁰⁴ ausgelegt werden.¹⁰⁵

Der Begriff des Vertriebenen bereitet größere Schwierigkeiten. Unklar ist, ob auf das Land der Staatsangehörigkeit oder auf das des gewöhnlichen Aufenthalts abgestellt wird. Kommt Art 13 Abs 2 noch immer zur Anwendung, wenn durch den Vertriebenen oder Flüchtling bereits ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat begründet wurde?¹⁰⁶

6. Restzuständigkeit (Art 14 Brüssel Ila-VO)

Art 14 Brüssel Ila-VO sieht eine Restzuständigkeit der Mitgliedsstaaten vor, für den Fall, dass die Art 8-13 Brüssel II-VO über die elterliche Verantwortung keine Anwendung finden. Wird so in keinem Mitgliedsstaat eine Zuständigkeit begründet, kommen die nationalen Zuständigkeitsregeln zur Anwendung.

Wie schon erwähnt gilt auch hier der Grundsatz der Subsidiarität. Das bedeutet, dass Art 14 Brüssel Ila-VO nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt weder in einem Mitgliedsstaat der EU, noch einem Mitgliedsstaat des MSA bzw KSÜ hat, noch Art 12 oder 13 Brüssel Ila-VO angewendet werden können.¹⁰⁷ Hier ergeben sich bezüglich Art 12 dieselben Anwendungsprobleme wie für die Zuständigkeit nach Art 13 der Verordnung.¹⁰⁸

Als Restzuständigkeit gemäß österreichischem Recht kommen Art 4 MSA sowie § 110 Abs Z 1 und Z 3 JN, deren Anknüpfungspunkte die österreichische Staatsbürgerschaft und im Inland befindliches Vermögen sind, in Frage.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 30.01.1951, BGBl. Nr 55/1955.

¹⁰⁵ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 9.

¹⁰⁶ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 9.

¹⁰⁷ *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 244.

¹⁰⁸ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 13 Brüssel Ila-VO Rz 1ff, Art 14 Rz 5; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 244.

¹⁰⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 177.

7. Verweisung an ein Gericht, dass den Fall besser beurteilen kann (forum non conveniens, Art 15 Brüssel IIa-VO)

a) Allgemein

Art 15 Brüssel IIa-VO beruht auf dem anglo-amerikanischen Rechtsgedanken des *forum non conveniens*. Dieser für den europäischen Rechtsraum relativ neue Ansatz bedeutet, dass ein Gericht eine ihm zustehende Zuständigkeitsbefugnis nicht ausüben muss, wenn der Rechtsstreit, auf den sich die Zuständigkeit bezieht, besser von einem anderen Gericht entschieden werden sollte. Das zuerst zuständige Gericht stellt ein *forum non conveniens* dar.¹¹⁰

Auf nationaler Ebene kennen wir mit § 111 JN eine ähnliche (allerdings örtliche) Zuständigkeitsübertragung, vor allem dann, wenn das Kind seinen Lebensmittelpunkt in einen anderen Gerichtsprengel verlegt hat. Die Übertragung der Zuständigkeit kann auf Antrag oder von Amts wegen erfolgen und auch hier wird wie in Art 15 Brüssel IIa-VO eine Zustimmung, also eine Übernahme der Zuständigkeit gefordert.¹¹¹ Da es sich allerdings nur um eine örtliche Zuständigkeitsverschiebung handelt und die Entscheidungsbefugnis nicht, wie bei Art 15 Brüssel IIa-VO, auf ein ausländisches Gericht übergeht, sind die Voraussetzungen für die Perpetuierung nicht ganz so streng.¹¹²

b) Voraussetzungen

Diese Form der Zuständigkeitsverschiebung ist aber nur eine „Ausnahmeregelung“ und an viele und strenge Voraussetzungen geknüpft.

¹¹⁰ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 178.

¹¹¹ Nademleinsky/Neumayr, iFamZ 2007, 321.

¹¹² Nademleinsky/Neumayr, iFamZ 2007, 322.

Erste materielle Voraussetzung ist, dass das Gericht international zuständig ist. Es muss nicht unbedingt nach der Verordnung zuständig sein, es kann sich die Zuständigkeit auch gemäß Art 14 Brüssel IIa-VO aus dem *lex fori* ergeben.¹¹³

Ist das Gericht nicht zuständig, so hat es nicht nach Art 15 Brüssel IIa-VO vorzugehen, sondern hat sich ganz normal gemäß Art 17 Brüssel IIa-VO für unzuständig zu erklären.¹¹⁴

Zweite Voraussetzung ist, dass das Gericht eines anderen Mitgliedsstaates den Fall, wenn auch nur teilweise, besser beurteilen kann. Die Abwägung erfolgt durch Einschätzung des zuerst angerufenen Gerichtes.

Weiters ist die Verweisung an eine besondere Bindung des Kindes an das zu verweisende Gericht geknüpft. Gemäß Art 15 Abs 3 Brüssel IIa-VO liegt eine solche wesentliche Bindung vor, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Anrufung des erstzuständigen Gerichts im Mitgliedstaat des anderen Gerichts begründet hat (lit a) oder diesen bereits vorher schon hatte (lit b) oder wenn das Kind die Staatsangehörigkeit des Mitgliedsstaates besitzt (lit c), wobei aber auf die Qualität der Bindung zum Heimatstaat abzustellen ist¹¹⁵, oder ein Träger der elterlichen Verantwortung in diesem seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit d). Eine weitere Möglichkeit ist, dass es sich bei der Rechtssache um eine Maßnahme zum Schutz des Kindes im Zusammenhang mit der Verwaltung oder Erhaltung seines Vermögens oder Verfügung über dieses handelt und dieses Vermögen sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaates befindet (lit e).

Auch die Verweisung gemäß Art 15 Brüssel IIa-VO muss dem Kindeswohl entsprechen (Abs 1 Satz 1). Dies bezieht sich auf die verfahrensrechtlichen Aspekte des Verfahrens sowie auf die Berücksichtigung bei der wesentlichen Bindung des Kindes.¹¹⁶

Die Verweisung darf nur in Ausnahmefällen erfolgen.¹¹⁷ Die Gerichte sollen diese neue Befugnis also nur zurückhaltend gebrauchen. Es muss eine gründliche

¹¹³ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 4.

¹¹⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 4; *Solomon*, FamRZ 2004, 1414.

¹¹⁵ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 7.

¹¹⁶ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 15 Brüssel IIa-VO Rz 7.

¹¹⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 179.

Gesamtbeurteilung des Sachverhalts erfolgen und die für die Verweisung sprechenden Punkte müssen deutlich überwiegen.¹¹⁸

Fallbeispiel: *Wir übernehmen unseren Beispielfall in der Ursprungskonstellation. A und B haben ein gemeinsames Kind K. A ist gemeinsam nach der Trennung von B mit K nach Österreich gezogen, B lebt weiterhin in Deutschland. Nun steht eine Sorge- bzw Umgangsrechtsentscheidung an. K hat in Österreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet und die österreichischen Gerichte wären gemäß Art 8 Brüssel IIa-VO zuständig, da K im Zeitpunkt der Antragsstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte. Wir nehmen jetzt an, dass es sich bei der Streitigkeit um das Sorgerecht für K um einen sehr komplizierten Fall handelt, mit dem sich die deutschen Gerichte zuvor schon des Öfteren beschäftigt haben.*

Das österreichische Gericht kann, als *forum non conveniens*, die Zuständigkeit an das deutsche Gericht abgeben, wenn es meint, das deutsche Gericht könnte den Fall besser beurteilen (Art 15 Abs 2 Brüssel IIa-VO). Es sind auch die anderen Voraussetzungen des Art 15 Brüssel IIa-VO erfüllt. Das österreichische Gericht ist gemäß Art 8 Brüssel IIa-VO international zuständig (Art 15 Abs 1 Brüssel IIa-VO), K hat zu Deutschland eine besondere Bindung (hier etwa die deutsche Staatsbürgerschaft oder auch die Tatsache, dass K zuvor seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte) (Art 15 Abs 3 Brüssel IIa-VO), die Verweisung dürfte somit auch dem Kindeswohl entsprechen (Art 15 Abs 1 Satz 1 und 5 Brüssel IIa-VO) und wir nehmen an, dass es sich hier um einen Ausnahmefall handelt (Art 15 Abs 1 Brüssel IIa-VO). Wird das notwendige Verfahren (siehe unten) eingehalten, so wird das deutsche Gericht zuständig. Das österreichische Gericht muss sich gemäß Art 17 Brüssel IIa-VO für unzuständig erklären.

c) Verfahren

Für die Verfahrenseinleitung gibt es zwei Möglichkeiten. Einerseits kann das Gericht das Verfahren aussetzen und die Parteien gemäß Art 15 Abs 1 lit a Brüssel IIa-VO auffordern, beim Gericht eines anderen Mitgliedsstaates einen Antrag innerhalb einer

¹¹⁸ Solomon, FamRZ 2004, 1414.

gewissen Frist, die im Gesetz nicht näher definiert ist, (Art 15 Abs 4) zu stellen.¹¹⁹ Kommen die Parteien der Aufforderung nicht nach, bleibt das zuerst angerufene Gericht weiterhin gemäß Art 8-14 Brüssel Ila-VO zuständig.

Die zweite Alternative ist, dass das Gericht sich direkt an das Gericht eines anderen Mitgliedsstaates wendet und dieses auffordert, sich gemäß Art 15 Abs 5 Brüssel Ila-VO innerhalb von sechs Wochen für zuständig zu erklären. Ansonsten bleibt das erst angerufene Gericht gemäß Art 8-14 Brüssel Ila-VO zuständig.

Hier wird deutlich, dass das nach Ansicht des Erstgerichts „besser geeignete Gericht“ diese Einschätzung teilen muss und eine einseitige verbindliche Verweisung nicht möglich ist. Auch das Gericht des anderen Mitgliedsstaates kann die Zuständigkeit nicht einfach so an sich ziehen. Vielmehr muss es gemäß Art 15 Abs 2 lit c Brüssel Ila-VO einen Antrag stellen, dem das Erstgericht zuzustimmen hat.¹²⁰

Der Antrag auf Verweisung kann von einer Partei, dem ursprünglichen Gericht oder von dem Gericht des Mitgliedsstaates gestellt werden, zu dem das Kind eine besondere Bindung gemäß Art 15 Abs 3 Brüssel Ila-VO hat. Wird der Antrag aber nicht von einer Partei gestellt, so muss zumindest eine der Parteien der Verweisung zustimmen.

Kommt es zu einer Überweisung der Zuständigkeit iSd Abs 5 dieses Artikels, also nimmt das Gericht des anderen Mitgliedsstaates die Zuständigkeit (ganz oder teils) an, so hat sich das zuerst angerufene Gericht gemäß Art 17 Brüssel Ila-VO¹²¹ für (ganz oder teils) unzuständig zu erklären und dies in Beschlussform auszusprechen¹²².

Eine Weiterverweisung durch das iSd Art 15 Brüssel Ila-Vo angerufene Gericht ist nicht vorgesehen. Ist es der Meinung, dies sei erforderlich, so hat es sich an das Erstgericht zu wenden.¹²³

¹¹⁹ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I ², Art 15 Brüssel Ila-VO Rz 9.

¹²⁰ *Solomon*, FamRZ 2004, 1414.

¹²¹ LGZ Wien, 42 R 29/06k, EFSlg 114.849.

¹²² *Nademleinsky/Neumayr*, iFamZ 2007, 320, 323.

¹²³ *Solomon*, FamRZ 2004, 1409, 1414.

Die Effizienz einer solchen Verweisung nach Art 15 Brüssel IIa-VO hängt vor allem von der Zusammenarbeit unter den Gerichten ab.¹²⁴ Abs 6 unterstreicht dies, indem er eine direkte Zusammenarbeit der Gerichte oder Kooperation durch die Zentralen Behörden (Art 53 Brüssel IIa-VO) vorschreibt.

8. Einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen (Art 20 Brüssel IIa-VO)

Im Abschnitt 3 der Verordnung wird unter dem Titel „Gemeinsame Bestimmungen“ eine weitere „Zuständigkeit“ festgelegt. Art 20 Brüssel IIa-VO ermöglicht es einem nicht zuständigen Gericht in dringenden Fällen einstweilige Maßnahmen bzw Schutzmaßnahmen zu treffen. Allerdings nur, wenn an sich die Gerichte eines anderen Mitgliedsstaates zuständig wären. Ansonsten würde das MSA (bzw KSÜ), an das sich die Regelung anlehnt, greifen. Die Maßnahmen können Personen oder Vermögen betreffen, die sich im Mitgliedsstaat befinden, sind aber nur einstweilig und haben, nicht wie im KSÜ, endgültigen Charakter.

Unter dem Begriff „einstweilige Maßnahme“ versteht man eine Maßnahme, die dem Antragssteller vorläufigen Rechtsschutz gewähren soll. Der Begriff ist somit nach nationalem Recht weit auslegbar. Es muss sich jedoch um Maßnahmen im Zusammenhang mit Ehe- oder Kindschaftssachen handeln.¹²⁵

Die einstweiligen Maßnahmen iSd Brüssel IIa-VO dürfen allerdings nur in „dringenden Fällen“ getroffen werden. Diese Dringlichkeit ist nicht weiter definiert und muss sich nicht aus der Natur der Maßnahme ergeben, jedoch gilt eine gewisse Eilbedürftigkeit als zusätzliches Tatbestandsmerkmal, das erfüllt werden muss.¹²⁶

Art 20 Brüssel IIa-VO berührt grundsätzlich nicht die Zuständigkeit der Gerichte, die nach Art 3ff Brüssel IIa-VO zuständig wären. Das mit der Hauptsache befasste Gericht genießt eine Vorrangstellung, es hat jedoch prinzipiell, wenn ein anderes Gericht bereits einstweilige Maßnahmen gesetzt hat, das Verfahren nach Art 19

¹²⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 15 Brüssel IIa-VO, Rz 21.

¹²⁵ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 20 Brüssel IIa-VO, Rz4, 6.

¹²⁶ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 20 Brüssel IIa-VO Rz 12.

Brüssel IIa-VO auszusetzen. Die einstweilige Maßnahme tritt außer Kraft, sobald das für die Hauptsache zuständige Gericht eine Maßnahme getroffen hat.¹²⁷

Fraglich ist, ob die Vorkehrungen iSd Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO, die als Voraussetzung für die Rückführung getroffen werden sollen, auch Maßnahmen iSd Art 20 darstellen, da das Kind sich zu diesem Zeitpunkt ja noch nicht in dem Mitgliedsstaat befindet, in dem die Maßnahmen getroffen werden.¹²⁸

¹²⁷ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 20 Brüssel IIa-VO Rz 19ff.

¹²⁸ *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 246.

IV. Anerkennung von ausländischen Entscheidungen nach der Brüssel IIa-VO

Die neue Brüssel IIa-VO regelt aber nicht nur die Zuständigkeit im Bereich der Obsorge, sondern auch die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen.

Grundsätzlich erfolgt die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen in Österreich durch Stellung eines Zwischenantrags auf Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nach § 236 Abs 3 ZPO. Diese Anerkennung erfolgt in Urteilsform und wirkt, im Gegensatz zur inzidenten Anerkennung (näheres unten in Abs IV A 2) über den konkreten Rechtsstreit hinaus.¹²⁹

Die Vorschriften über die Vollstreckung und Anerkennung von Entscheidungen des AußerStrG (§§ 112-115 AußerStrG) kommen aufgrund des in § 116 AußerStrG normierten Vorrangs des Völker- bzw Gemeinschaftsrechts nicht zur Anwendung.¹³⁰

Die Brüssel IIa-VO regelt die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in zwei Teilen. Einerseits, in Kapitel II Abschnitt 1-3, die gemeinsamen Bestimmungen für Ehesachen sowie Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung, und andererseits, im Abschnitt 4 desselben Kapitels, verfahrenserleichternde Bestimmungen für die Vollstreckung kindschaftsrechtlicher Entscheidungen.¹³¹

¹²⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 563.

¹³⁰ *Fucik/Kloiber*, AußerStrG, 377f.

¹³¹ *Solomon*, FamRZ 2004, 1418.

A. Anerkennung gemäß Art 21 Brüssel Ila-VO

1. Grundsatz der Anerkennung (Abs 1)

Gemäß Art 21 Abs 1 Brüssel Ila-VO werden die in einem Mitgliedsstaat ergangenen Entscheidungen automatisch, ohne besonderes Verfahren, anerkannt.¹³² Die Anerkennung gilt als Grundsatz, die Nichtanerkennung der Entscheidung als Ausnahme.¹³³ Diese Anerkennung bedeutet eine Erstreckung der Wirkung im Anerkennungsstaat, wie sie der Entscheidung im Ursprungsstaat zugekommen wäre. Dies umfasst die materielle Rechtskraftwirkung, die Gestaltungswirkung und eventuell auch Tatbestandswirkung und soweit die Entscheidung eine Vollstreckung fordern, Vollstreckbarkeitswirkung.¹³⁴

Die Anerkennung muss im Mitgliedsstaat automatisch erfolgen, und bedarf keines besonderen anerkennenden Aktes.

2. Inzidentanerkennung (Abs 4)

Hängt in einem Rechtsstreit bei einem Gericht eines Mitgliedsstaates die Entscheidung von einer ausländischen Entscheidung ab, ist dies also als Vorfrage zu klären, so kann dieses Gericht gemäß Art 21 Abs 4 Brüssel Ila-VO inzident über die Anerkennung entscheiden. Einer solchen Vorfragenentscheidung kommt jedoch keine weitere Bindungswirkung zu.¹³⁵

Nach österreichischem Recht kann, wenn dies eine Vorfrage bildet, die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung als Zwischenantrag beantragt werden (§ 236 Abs 3 ZPO). Diese Anerkennung würde jedoch in Form des Zwischenantrages, im

¹³² siehe Erwägungsgrund 21, 23.

¹³³ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 21 Brüssel Ila-VO Rz 8.

¹³⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 21 Brüssel Ila-VO Rz 9.

¹³⁵ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 21 Brüssel Ila-VO Rz 13; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 563.

Gegensatz zur inzidenten Anerkennung, über den Rechtsstreit hinaus Wirkung entfalten und widerspricht somit der Brüssel IIa-VO. In ihrem Wirkungsbereich genießt die VO aber Vorrang, da es sich um sekundäres Gemeinschaftsrecht handelt, und § 236 Abs 3 ZPO gilt nicht. Ein auf § 236 Abs 3 ZPO gestützter Antrag kommt hingegen dann in Frage, wenn die Anerkennung nur als Vorfrage beurteilt wurde und nicht im Spruch des Urteils erscheint.¹³⁶

3. Anerkennungsfeststellungsverfahren (Abs 3)

In Art 21 Abs 3 Brüssel IIa-VO ist für die Parteien, die daran ein Interesse haben, im Zweifelsfall ein fakultatives Verfahren über die Anerkennung oder Nichtanerkennung vorgesehen¹³⁷, und zwar unabhängig vom nationalen Verfahrensrecht.

Die antragsberechtigten Parteien müssen aber nicht Partei des Ausgangsverfahrens sein, sondern es genügt, dass sie ein besonderes rechtliches Interesse an der Feststellung haben.¹³⁸

Das dafür örtlich zuständige Gericht wird gemäß Art 21 Abs 3 Satz 2 Brüssel IIa-VO durch *lex fori* bestimmt. Nach österreichischem Recht bestimmt sich dieses nach §§ 109a iVm 109 JN.

B. Gründe für die Nichtanerkennung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung (Art 23 Brüssel IIa-VO)

1. Anwendungsbereich

Die Bestimmung gilt für die Anerkennung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung. Ob diese selbstständig oder annex zu einer Ehesache entschieden wurde ist irrelevant.¹³⁹

¹³⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 563.

¹³⁷ *Mayr/Czernich*, EuZPR² Rz 332.

¹³⁸ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 21 Brüssel IIa-VO Rz 23.

2. Anerkennungsversagungsgründe

a) *ordre public* (lit a)

Der erste Grund für die Versagung der Anerkennung ist, wenn diese gegen die öffentliche Ordnung des Mitgliedsstaates, in dem sie beantragt wurde, offensichtlich widerspricht, wobei das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist.

Das Kindeswohl steht aber nicht als weiterer Anerkennungsversagungsgrund neben dem *ordre public*-Vorbehalt, sondern ist nur als ein Kriterium in der *ordre public*-Prüfung anzusehen.¹⁴⁰

b) *Rechtliches Gehör des Kindes* (lit b)

Weiters kann die Anerkennung verweigert werden, wenn die anzuerkennende Entscheidung ergangen ist, ohne dass das Kind die Möglichkeit hatte, sich zur Sache zu äußern, ihm also kein rechtliches Gehör zuteil wurde und damit gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze des Mitgliedsstaates, in dem die Anerkennung erfolgen soll, verletzt werden. Ausgenommen davon sind dringende Fälle.

In Anlehnung an Art 12 des UN-Kinderrechtsübereinkommens vom 20.11.1989 (BGBl 1992 II 122) wird somit die Anhörung des Kindes als autonome Grundregel angenommen, wovon nur die Dringlichkeit eine Ausnahme darstellt.¹⁴¹

Sieht etwa das Recht des Staates, in dem die Entscheidung anerkannt werden soll, eine strengere Regelung bezüglich der Anhörung von Kindern vor (zB schon ab dem 10. Lebensjahr) als das Recht des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist (zB Anhörung des Kindes erst ab dem 14. Lebensjahr vorgeschrieben), so kann die Anerkennung versagt werden, da gegen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz des Mitgliedsstaates verstoßen wurde.¹⁴²

¹³⁹ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 1.

¹⁴⁰ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 2.

¹⁴¹ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 5.

¹⁴² *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 248.

Die Anhörung des Kindes stellt zwar eine wichtige Rolle in der Brüssel IIa-VO dar, soll jedoch die nationalen verfahrensrechtlichen Regelungen diesbezüglich nicht abändern.¹⁴³

c) Zustellung der verfahrensrechtlichen Entscheidungen (lit c)

Die Anerkennung der Entscheidung kann auch dann verweigert werden, wenn der „betreffenden Person“, die sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht rechtzeitig und in einer Weise zugestellt wurde, dass sie sich verteidigen konnte, es sei denn, es wird festgestellt, dass diese Person mit der Entscheidung eindeutig einverstanden ist.

Der Begriff der „betreffenden Person“ ist ein wenig schwierig. Es handelt sich weder nur um den formell, noch um den materiell Verfahrensbeteiligten. Praktisch werden die beiden Elternteile damit gemeint sein.¹⁴⁴

Dass diese Person „eindeutig mit der Entscheidung einverstanden ist“, erfordert Handlungen, die auf das Einverständnis schließen lassen bzw die Mitwirkung an der Umsetzung der getroffenen Regelung bezüglich der elterlichen Verantwortung.¹⁴⁵

d) Rechtliches Gehör der Träger der elterlichen Verantwortung (lit d)

Art 23 der Brüssel IIa-VO schützt nicht nur das rechtliche Gehör des Kindes, sondern auch das jeder Personen, in dessen elterliche Verantwortung die Entscheidung eingreift. Der Betroffene muss sein Recht auf Gehör jedoch selbst geltend machen.¹⁴⁶

¹⁴³ Siehe Erwägungsgrund 19.

¹⁴⁴ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 8.

¹⁴⁵ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 9.

¹⁴⁶ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 10.

e) Unvereinbarkeit mit späterer ergangenen Entscheidung im Anerkennungsstaat (lit e)

Ist die anzuerkennende Entscheidung mit einer später ergangenen Entscheidung unvereinbar, so kann die Anerkennung versagt werden. Die Entscheidung muss nicht die gleichen Parteien, Beteiligten oder unmittelbar die elterliche Verantwortung betreffen. Eine später gefällte Abstammungsentscheidung kann jedoch zB einer zuvor gefällten Obsorgeentscheidung die Grundlage entziehen.¹⁴⁷

Es handelt sich hier um des sog Posterioritätsprinzip.

f) Unvereinbarkeit mit später ergangenen Entscheidung im Aufenthaltsstaat des Kindes (lit f)

Litera f weitet das Posterioritätsprinzip auf den Mitgliedsstaat oder Drittstaat, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, aus. Auch hier kann die Anerkennung verweigert werden, wenn die später ergangene Entscheidung über die elterliche Verantwortung unvereinbar mit der anzuerkennenden Entscheidung ist. Die Entscheidung muss natürlich anerkennungsfähig sein.

g) Nichteinhaltung des Verfahrens gemäß Art 56 Brüssel II a-VO (lit g)

Eine Neuerung durch die Brüssel IIa-VO im Bereich der Zusammenarbeit der zentralen Behörden bei Verfahren betreffend der elterlichen Verantwortung, stellt lit g dar. Die Anerkennung kann versagt werden, wenn das Verfahren über die Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie oder einem Heim in einem anderen Mitgliedsstaat gemäß Art 56 Brüssel IIa-VO nicht eingehalten wird.

¹⁴⁷ *Rauscher in Rauscher*, EZPR Band I², Art 23 Brüssel IIa-VO Rz 12.

3. Nachprüfungsverbot

a) *Verbot der Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaates (Art 24 Brüssel IIa-VO)*

Gemäß Art 24 Brüssel IIa-VO ist es untersagt, die Zuständigkeit des Gerichts, das die Entscheidung ursprünglich getroffen hat, zu überprüfen (Satz 1). Dies gilt auch für die Prüfung der Vereinbarkeit mit *ordre public*. Es dürfen auch die Zuständigkeitsregeln der Art 3-14 Brüssel IIa-VO nicht überprüft werden (Satz 2).

Fraglich ist, ob somit vom Gesetzgeber beabsichtigt wurde, dass Art 15 sehr wohl vom Anerkennungsstaat überprüft werden kann, soweit es um den *ordre public*-Vorbehalt des Art 23 lit a Brüssel IIa-VO geht.¹⁴⁸

b) *Verbot der Nachprüfung der Entscheidung in der Sache selbst (Art 26 Brüssel IIa-VO)*

Logischweise darf die Entscheidung auch in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden.

¹⁴⁸ Solomon, FamRZ 2004, 1418.

V. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS IN GRENZÜBERSCHREITENDEN OBSORGEFÄLLEN NACH DEM MINDERJÄHRIGENSCHUTZABKOMMEN 1961 (im weiteren kurz MSA)

A. Allgemeines

Beim MSA handelt es sich wie bei der Brüssel IIa-VO um ein Zuständigkeitsübereinkommen. Es befasst sich mit allen Maßnahmen, die auf den Schutz von Minderjährigen und ihres Vermögens abzielen.¹⁴⁹ Hierbei stellt das Übereinkommen vor allem auf die Nähe zum Aufenthaltsstaat, also den gewöhnlichen Aufenthalt, ab. Um die Anwendung des Übereinkommens zu vereinfachen, hat man sich auf die Anwendung von *lex fori* geeinigt.¹⁵⁰

1. Räumlicher Anwendungsbereich

Das MSA gilt für Österreich gegenüber Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden (samt Niederländischen Antillen und Aruba), Portugal, Polen, der Schweiz, Spanien und der Türkei.¹⁵¹

2. Zeitlicher Geltungsbereich

Gemäß Art 17 Abs 1 MSA ist das Übereinkommen nur auf Maßnahmen anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten der MSA getroffen worden sind. Es ist jedoch fraglich, ob sich das „Inkrafttreten“ auf den Staat, der die Schutzmaßnahme

¹⁴⁹ Fuchs, AußStrVerf Rz 200.

¹⁵⁰ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.52.

¹⁵¹ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.55;

<http://www.iss.ger.de/materialien/gesetzestexte/vertragsstaaten-msa-1> (Stand 08.10.2009).

getroffen hat oder auf den Staat der nun die Maßnahme anerkennen soll, bezieht.¹⁵² Klarer ist die Formulierung in Art 17 Abs 2 MSA: Gewaltverhältnisse, die nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige angehört, kraft Gesetzes bestehen, sind vom Inkrafttreten des Übereinkommens an anzuerkennen. Es wird einfach auf bereits nach Heimatrecht des Minderjährigen bestehenden ex-lege-Verhältnisse abgestellt¹⁵³.

3. Persönlicher Geltungsbereich

Nach Art 13 Abs 1 MSA ist das Übereinkommen auf alle Minderjährigen anzuwenden, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten haben. Hier ist es notwendig, die Begriffe „Minderjähriger“ und „gewöhnlichen Aufenthalt“ näher zu betrachten.

a) Minderjährigkeit iSd Art 12 MSA

Vorerst muss man sich fragen, was das MSA unter dem Begriff der „Minderjährigkeit“ versteht. Art 12 MSA definiert denjenigen als „Minderjährigen“, der sowohl nach seinem Heimatrecht, als auch nach dem Recht des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, als minderjährig gilt. So soll sichergestellt werden, dass tatsächlich Schutzbedürftigkeit vorliegt.

Das Übereinkommen findet auch keine Anwendung auf frühzeitig für volljährig erklärte Minderjährige sowie auf Volljährige, die aus irgendeinem Grund entmündigt wurden und so zumindest nach österreichischem innerstaatlichem Recht einem Minderjährigen gleichgestellt wären.¹⁵⁴

¹⁵² Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.56.

¹⁵³ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.57f.

¹⁵⁴ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.60f.

b) Gewöhnlicher Aufenthalt nach dem MSA

Des Weiteren ist der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“, der in der MSA nicht weiter definiert ist, zu klären. Es handelt sich hierbei, wie schon zuvor beim „gewöhnlichen Aufenthaltsort“ im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO, nach hM um den Ort, an dem der tatsächliche Lebensmittelpunkt, also der Schwerpunkt der sozialen Bindungen der betreffenden Person liegen. Ein vorübergehender Aufenthalt oder die Lage des Vermögens in einem Vertragsstaat reichen hierfür nicht aus.¹⁵⁵ Auch der Wohnsitz der Eltern ist für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Minderjährigen prinzipiell unbeachtlich¹⁵⁶ (ausgenommen eventuell bei Neugeborenen).

Einen wichtigen Anhaltspunkt hierfür kann die Aufenthaltsdauer bilden, jedoch kann dieser dem Alter des Kindes und dem Einzelfall entsprechend stark variieren. Es wird ein Richtwert von sechs Monaten angenommen.¹⁵⁷ Weitere Kriterien sind, wie schon oben beim gewöhnlichen Aufenthalt gemäß der Brüssel IIa-VO gefordert, die Einbindung des Kindes in seine Umwelt unter familiärem, schulischem und sozialem Aspekt, sowie das Erlernen der Sprache des Aufenthaltsortes.¹⁵⁸

4. Sachlicher Geltungsbereich

Das MSA ist in seinem sachlichen Anwendungsbereich auf Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens des Minderjährigen sowie auf gesetzliche Gewaltverhältnisse beschränkt.¹⁵⁹

¹⁵⁵ *Schwimman*, JBL 1976, 235.

¹⁵⁶ *Luther*, FamRZ 1973, 408.

¹⁵⁷ *Schütz*, RZ 2005, 234; *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR, Rz 5.65; OGH 19.12.1989, 2Ob609/89, EF-Slg 60.652 f.

¹⁵⁸ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR, Rz 5.66.

¹⁵⁹ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR, Rz 5.74.

a) Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens des Minderjährigen

Unter dem Begriff der „Schutzmaßnahmen“, der im Gesetzestext des MSA nicht näher definiert ist, versteht man hauptsächlich Entscheidungen, die die Obsorge, das Besuchsrecht, aber auch das Vermögen und die gesetzliche Vertretung, etwa Bestellung eines Vormundes oder Sachwalters¹⁶⁰, von Minderjährigen betreffen.¹⁶¹ Solche Schutzmaßnahmen können staatliche Akte öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein. Sie müssen zum Schutz vor spezifischen Gefahren der Minderjährigkeit erforderlich sein und einen Regelungs- und Gestaltungscharakter besitzen.¹⁶²

Nicht unter den Begriff der „Schutzmaßnahmen“ gemäß Art 1 MSA fallen deklaratorische Maßnahmen, die zur reinen Feststellung von gesetzlichen Rechtsfolgen dienen, wie zB Obsorgedekrete nach §107 Abs1 Z 1 AußStrG¹⁶³.

Ebenfalls nicht vom MSA erfasst, sind diejenigen Rechtsbereiche, die bereits durch selbstständige multilaterale Übereinkommen geregelt werden wie zB Unterhaltsforderungen, die durch das Haager Unterhaltsstatutübereinkommen, oder auch Adoptionsbewilligungen, die durch das Haager Adoptionsübereinkommen erfasst werden.¹⁶⁴

b) Gesetzliche Gewaltverhältnisse

„Gesetzliche Gewaltverhältnisse“, die nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige angehört, bestehen, sind in allen anderen Vertragsstaaten anzuerkennen. Sie betreffen den Schutz von Minderjährigen genauso, wie die oben genannten Schutzmaßnahmen und wurden deswegen ebenfalls in das Übereinkommen aufgenommen.¹⁶⁵ Auf eine weitere Definition des Begriffs der „gesetzlichen Gewaltverhältnisse“ verzichtet das MSA. Der Unterschied zu den Schutzmaßnahmen ist, dass sie ex-lege, also ohne notwendigen behördlichen Akt,

¹⁶⁰ Schütz, RZ 2005, 234.

¹⁶¹ Fuchs, AußStrVerf Rz 200.

¹⁶² Schwimman, JBL 1976, 239; OGH 08.05.2008, 6 Ob 30/08t, EF-Z 2008/95.

¹⁶³ OGH 08.05.2008, 6 Ob 30/08t, EF-Z 2008/95.

¹⁶⁴ Schütz, RZ 2005, 234; Schwimman, JBL 1976, 240.

¹⁶⁵ Kropholler, IPR⁶, 395.

entstehen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Schutzverhältnisse, die aus der „elterlichen Gewalt“ entspringen, wie die elterliche Obsorge, Vormundschaften oder Pflegschaften.¹⁶⁶

Die Gewaltverhältnisse müssen aus den Sachnormen des Heimatrechts des Minderjährigen hervorgehen.¹⁶⁷

Diese Gewaltverhältnisse sind, wie oben erwähnt, in allen Mitgliedsstaaten „anzuerkennen“. Diese Anerkennung ist viel weniger eine „Pflicht zur Anerkennung“, sondern als eine unmittelbare automatische Wirksamkeit und Geltung in den Mitgliedstaaten zu verstehen.¹⁶⁸

B. Internationale Zuständigkeit Österreichs

1. Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörden (Art 1 MSA)

Die primäre Zuständigkeit zur Anordnung von Schutzmaßnahmen bezüglich der Person oder des Vermögens des Minderjährigen liegt gemäß Art 1 MSA am Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts. Hiermit soll gewährleistet werden, dass die räumlich nächstgelegene Behörde zuständig ist, da diese die familiären und sozialen Verhältnisse des Minderjährigen am besten ermitteln, somit eine geeignete Schutzmaßnahme treffen und diese aufgrund der räumlichen Nähe auch am besten überwachen kann.¹⁶⁹

Die Behörden des Aufenthaltsortes sind aber nur dann zuständig, wenn nicht Art 3, 4 oder 5 Abs 3 MSA Anwendung finden.

Es handelt sich hierbei nicht nur um eine Berechtigung, die Zuständigkeit auszuüben, sondern um eine Verpflichtung.¹⁷⁰

¹⁶⁶ *Schwimman*, JBL 1976, 237.

¹⁶⁷ *Schwimman*, JBL 1976, 237.

¹⁶⁸ *Schwimman*, JBL 1976, 238; *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.74.

¹⁶⁸ *Schütz*, RZ 2005, 234.

¹⁶⁹ *Kropholler*, IPR⁶, 394; *Luther*, FamRZ 1973, 408.

¹⁷⁰ *Schwimman*, JBL 1976, 242.

Fallbeispiel: A und B streiten heftig um das Sorgerecht für unser Beispielkind K. Für K, der zwischen den Fronten steht, soll deswegen ein Kollisionskurator bestellt werden.

Die österreichischen Behörden können oder vielmehr müssen, auch wenn K deutscher Staatsbürger ist, gemäß Art 1 MSA diese Schutzmaßnahme, also die Bestellung des Kollisionskurators, ergreifen, da K seinen gewöhnlichen Aufenthalt hier hat.

2. Einschränkung der Zuständigkeit nach Art 1 MSA durch Art 3, 4 und 5 Abs 3 MSA

a) Verhältnis des Art 3 zu Art 1 MSA

Art 3 MSA schreibt vor, dass ein nach dem Heimatrecht des Kindes kraft Gesetzes bestehendes Gewaltverhältnis in allen Vertragsstaaten anzuerkennen ist.

Das Verhältnis der Artikel 1 und 3 MSA zueinander ist eine der praktisch häufigsten Schwierigkeiten in der Anwendung des MSA. Da es sich bei Art 3 MSA eigentlich nicht um eine Zuständigkeitsregelung wie in Art 1 MSA handelt, sondern um eine materiell-rechtliche Kollisionsnorm, entsteht zwischen den beiden Artikeln ein unklares Verhältnis, so dass sich auch die Lehre hier nicht einig ist und verschiedene Theorien entwickelt hat.¹⁷¹ Das Haager Kinderschutzübereinkommen aus dem Jahre 1996 (KSÜ) enthält diese Bestimmung zu Recht nicht mehr.¹⁷²

Fallbeispiel: Zwischen A und B wurde in Deutschland eine Regelung über das Sorge- und Umgangsrecht in Bezug auf ihr gemeinsames Kind K geschlossen. Dieses gesetzliche Gewaltverhältnis ist in Österreich sowie allen anderen Vertragsstaaten des MSA anzuerkennen.

¹⁷¹ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz, 5.88; OGH 08.05.2008, 6 Ob 30/08t, EF-Z 2008/95.

¹⁷² Kropholler in Staudinger, BGB 2003 Rz 161.

Schrankentheorie:

Früher war die Lehre und Rechtssprechung der Ansicht, dass bei Vorliegen eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses iSd Art 3 MSA die Zuständigkeit nach Art 1 MSA entfalle, also einen Schranken darstelle, außer es würde eine Gefährdungszuständigkeit iSd Art 8 MSA vorliegen.¹⁷³

Es dürfen jedoch nach dieser Ansicht Schutzmaßnahmen gesetzt werden um das ex-lege-Gewaltverhältnis zu unterstützen oder zu ergänzen¹⁷⁴, die Maßnahmen dürfen in dieses aber nicht eingreifen¹⁷⁵. Es besteht Uneinigkeit, einerseits Ausschluss, andererseits jedoch Bejahung der Zuständigkeit. Genau deswegen wird an dieser Auffassung, die vor allem von *Kropholler*¹⁷⁶ vertreten wurde¹⁷⁷, auch heftig Kritik geübt. *Sturm* kritisiert dies als „Zuständigkeit trotz Unzuständigkeit“.¹⁷⁸

Anerkennungstheorie:

Die in Österreich und Deutschland weiter verbreitete Ansicht der sog Anerkennungstheorie sieht die Zuständigkeit des Art 1 MSA durch ein Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA nicht verdrängt. Vielmehr darf ein Gewaltverhältnis des Heimatstaates des Minderjährigen nicht nur nicht ignoriert, sondern muss anerkannt werden.¹⁷⁹ Solange das ex-lege-Gewaltverhältnis nicht ignoriert oder ohne gesetzliche Grundlage aufgehoben wird, sind nach dieser Theorie nicht nur unterstützende oder ergänzende Maßnahmen möglich, sondern es kann auch in das Gewaltverhältnis eingegriffen werden.¹⁸⁰

¹⁷³ *Kropholler*, MSA², 70.

¹⁷⁴ *Kropholler*, MSA², 70.

¹⁷⁵ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.89.

¹⁷⁶ *Kropholler*, MSA², 72ff.

¹⁷⁷ Auch *Kropholler* hat nun diese Ansicht aufgegeben (siehe *Kropholler* in *Staudinger*, BGB 2003 Rz 163).

¹⁷⁸ *Sturm*, NJW 1975, 2124; *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.89.

¹⁷⁹ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.90; *Kropholler*, MSA², 71.

¹⁸⁰ *Kropholler*, MSA², 71.

Heimatrechtstheorie:

Die Heimatrechtstheorie ist die in Österreich und Deutschland am häufigsten vertretene Meinung in Lehre und Rechtsprechung. Sie bildet einen Mittelweg zwischen den ersten beiden bereits genannten Theorien. Sie akzeptiert die Zuständigkeit nach Art 1 MSA entweder dann, wenn kein ex-lege-Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA vorliegt oder ein solches zwar vorliegt, jedoch das Heimatrecht selbst auch Eingriffe in das Gewaltverhältnis zulässt und somit eine „regelungsfähige Lücke“ besteht, innerhalb dieser die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes tätig werden dürfen. Sieht das Heimatrecht solche Lücken nicht vor, müssen sich Schutzmaßnahmen auf Art 8 oder 9 MSA berufen können.¹⁸¹

Lässt das Heimatrecht Eingriffe, also Maßnahmen nach Art 1 MSA, in das Gewaltverhältnis aufgrund oben genannter „Lücken“ zu, so ist innerhalb dieser „regelungsfähigen Lücken“ nach *lex fori*, wie grundsätzlich in im Bereich des MSA, zu entscheiden.¹⁸²

Schwimann hingegen meint, dass die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes beim Setzen einer Schutzmaßnahme, die in ein Gewaltverhältnis iSd Art 3 MSA eingreift, immer das Heimatrecht des Minderjährigen anzuwenden haben.¹⁸³

b) Zuständigkeit nach Art 4 MSA

Art 4 Abs 1 MSA besagt, dass die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, Maßnahmen zum Schutz des Vermögens oder der Person des Minderjährigen nach innerstaatlichem Recht treffen können, wenn sie der Auffassung sind es sei für das Wohl des Minderjährigen erforderlich und nachdem sie die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Minderjährigen unterrichtet haben. Dieses sog „Evokationsrecht“¹⁸⁴ der Heimatbehörden gilt aber nur für Heimatstaaten, die auch Vertragstaaten sind (Art 13 Abs 2 MSA).¹⁸⁵ Es handelt sich hier um ein

¹⁸¹ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.91; *Schwimman*, JBL 1976, 243.

¹⁸² *Schurig*, FamRZ 1975, 463.

¹⁸³ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.92; *Schwimman*, JBL 1976, 245.

¹⁸⁴ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.93; *Schütz*, RZ 2005, 234.

¹⁸⁵ *Schwimman*, JBL 1976, 241; *Kropholler*, IPR⁶, 394.

Evokationsrecht, weil von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes erlassene Schutzmaßnahmen einer Anordnung nach Art 4 Abs 1 MSA nicht im Weg stehen (Art 4 Abs 4 MSA:“ Die nach den Absätzen 1 bis 3 getroffenen Maßnahmen treten an die Stelle von Maßnahmen, welche die Behörden des Staates getroffen haben, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“), außer das Kriterium der Erforderlichkeit könnte danach nicht mehr erfüllt werden.¹⁸⁶ Ob eine Maßnahme dennoch erforderlich ist, richtet sich nach dem Einzelfall vor allem unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl, das zB dann nicht gewahrt ist, wenn der Aufenthaltsstaat pflichtwidriger Weise untätig bleibt¹⁸⁷ oder etwa der Heimatstaat größere Sachnähe¹⁸⁸ besitzt.

Art 4 Abs 1 MSA verlangt auch, dass die Behörden des Aufenthaltstaates verständigt werden, bevor die Heimatbehörde die Maßnahme ergreift. Die Verständigung erfolgt üblicherweise auf dem unmittelbaren Behördenweg, wobei der Behörde des Aufenthaltsstaates eine angemessene Frist zur Stellungnahme einzuräumen ist.¹⁸⁹

Liegt im Aufenthaltsstaat bereits eine Schutzmaßnahme vor, so ist Art 10 MSA zu berücksichtigen.¹⁹⁰ Dieser besagt, dass die Behörden des anderen Vertragsstaates nach Möglichkeit Maßnahmen erst dann treffen sollen, nachdem sie einen Meinungsaustausch mit den Behörden der anderen Vertragsstaaten gepflogen haben, wenn Entscheidungen eines anderen Vertragsstaates noch wirksam sind. Dieser Meinungsaustausch ist, wie aus dem Wortlaut des Gesetzestextes „nach Möglichkeit“ hervorgeht, nicht obligatorisch. Eine Verletzung der Anzeigepflicht hingegen kann dazu führen, dass die Maßnahmen nicht anerkannt werden müssen¹⁹¹, bzw die automatische Verdrängung der älteren Maßnahme ausbleibt.¹⁹²

Die Schutzmaßnahme kann jedoch durch nachträgliche Verständigung ihre volle Wirkung entfalten.¹⁹³

Für die Durchführung solcher Maßnahmen sind gemäß Art 4 Abs 3 MSA die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, zuständig, gleichgültig, wo

¹⁸⁶ *Schwimman*, JBL 1976, 241.

¹⁸⁷ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.94.

¹⁸⁸ *Kropholler*, MSA², 82.

¹⁸⁹ *Kropholler*, MSA², 84.

¹⁹⁰ *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.95.

¹⁹¹ *Kropholler*, MSA², 85.

¹⁹² *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.96.

¹⁹³ *Schwimman*, JBL 1976, 242.

diese Maßnahmen durchzuführen sind.¹⁹⁴ Sie können aber gemäß Art 6 Abs 1 MSA die Durchführung der getroffenen Maßnahmen, in Einverständnis mit den Behörden des Aufenthaltsstaates, an diese delegieren.¹⁹⁵

Fallbeispiel: *Angenommen Österreich unterlässt es, anders als im Fallbeispiel zu Art 1 MSA, einen Kollisionskurator zu bestellen.*

Deutschland hat nun aufgrund des Evokationsrechts des Art 4 Abs 1 MSA die Möglichkeit, nach deutschem Recht eine erforderliche Maßnahme zu treffen, insofern Deutschland die österreichischen Behörden verständigt. Hat Österreich schon eine Maßnahme erlassen, so hat Deutschland vor Setzung einer Maßnahme mit den österreichischen Behörden einen Meinungs austausch durchzuführen. Deutschland kann die Setzung der Maßnahme mit Einverständnis der österreichischen Behörden an Österreich delegieren (Art 6 Abs 1 MSA).

c) Zuständigkeit nach Art 5 Abs 3 MSA

Anders als bei Maßnahmen, die von der Aufenthaltsbehörde getroffen wurden, die bei einem Aufenthaltswechsel nur solange gültig sind, bis der neue Aufenthaltsstaat neue Maßnahmen setzt (Art 5 Abs 1 MSA), bleiben Schutzmaßnahmen, die nach Recht des Staates getroffen wurden, dem der Minderjährige angehört, bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Vertragsstaat aufrecht (Art 5 Abs 3 MSA). Es bedarf keiner Verständigung oder sonstiger Kommunikation zwischen den Behörden, da dies in den Bestimmungen des MSA nicht vorgesehen ist.¹⁹⁶ Dies gilt sowohl für Maßnahmen die aufgrund von Art 4 MSA als auch für jene, die aufgrund von Art 1 MSA getroffen wurden.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Kropholler, MSA², 86.

¹⁹⁵ Schwimman, JBL 1976, 242.

¹⁹⁶ Schwimman, JBL 1976, 242.

¹⁹⁷ Kropholler, MSA², 87.

3. Sonderzuständigkeiten (Art 8 und 9 MSA)

a) Gefährdungszuständigkeit (Art 8 MSA)

Nach Art 8 MSA schließen Art 3, 4 und 5 Abs 3 MSA nicht aus, dass die Behörden des Aufenthaltstaates des Minderjährigen Maßnahmen zum Schutz des Minderjährigen treffen, soweit seine Person oder sein Vermögen „ernstlich gefährdet“ sind. Diese Durchbrechung der Schranke der Art 3, 4 und 5 Abs 3 MSA ist notwendig, da die Behörden des Aufenthaltstaates in der Regel die Gefährdung des Minderjährigen besser erkennen und beseitigen können.

Die Maßnahmen, die gemäß Art 8 MSA aufgrund einer Gefährdung getroffen werden, können nicht nur vorübergehenden, sondern auch endgültigen Charakter haben. Beispielsweise, wenn es um die Zuweisung der elterlichen Obsorge geht.¹⁹⁸ Mit der sog Gefährdungszuständigkeit ist jedoch vorsichtig umzugehen, da sie gemäß Art 8 Abs 2 MSA von den anderen Vertragsstaaten nicht anerkannt werden muss.¹⁹⁹ Wenn sich die Maßnahmen hingegen genauso gut auf Art 1, 4 oder 9 MSA zurückführen lassen, so kann von einer Anerkennungspflicht ausgegangen werden.²⁰⁰

Die Zuständigkeit nach Art 8 MSA ist nur dann gegeben, wenn eine „ernstliche Gefährdung“ des Minderjährigen oder seines Vermögens vorliegt. Das MSA enthält jedoch keine Definition dieses Begriffs. Nach *Schwimman* ist eine „Gefährdungssituation“ erforderlich und die Gefährdung muss „ernstlich“, also außergewöhnlich und gegenwärtig sein.²⁰¹ Die Ansprüche an eine solche „Gefährdung“ sollen aber nicht zu hoch gesteckt werden, um den Sinn des Abkommens, nämlich den Schutz der Minderjährigen, nicht zu vereiteln. Eine einfache Gefährdung genügt. Das „ernstlich“ ist eher an den Richter gerichtet und

¹⁹⁸ *Kropholler*, MSA², 88.

¹⁹⁹ *Luther*, FamRZ 1973, 410; *Kropholler*, MSA², 88.

²⁰⁰ *Kropholler* in *Staudinger*, BGB 2003 Rz 480.

²⁰¹ *Schwimman*, JBL 1976, 245.

soll bewirken, dass diese die Zuständigkeit nach Art 8 MSA nicht leichtfertig bejahen.²⁰²

Praktisch relevant ist Art 8 MSA in Fällen von Kindesentführung, wenn hier weder HKÜ noch Brüssel IIa-VO zur Anwendung kommen, sowie bei Lebensgefahr oder zB Vernachlässigung des Minderjährigen.²⁰³

Fallbeispiel: Angenommen unsere Beispielfamilie A, B und K gehören der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas an. K erleidet in Österreich, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, einen schweren Autounfall und schwebt in Lebensgefahr. Er wird in ein österreichisches Krankenhaus eingeliefert. A verweigert, aufgrund ihres Glaubens, die Zustimmung für die Durchführung einer Bluttransfusion bei K.

Es besteht eine über den normalen Grad hinausgehende Gefährdung des Wohls des Minderjährigen, es handelt sich also um eine „ernstliche Gefährdung“. Die österreichischen Behörden haben nun eine Maßnahme gemäß Art 8 MSA zu setzen, in diesem Fall die Zustimmung zur möglicherweise lebensrettenden Bluttransfusion zu ersetzen. (Art 20 Brüssel IIa-VO findet hier keine Anwendung, da der Vorrang der VO vor dem MSA nur im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO gilt, und die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung nicht darunter fällt.)

b) Eilzuständigkeit (Art 9 MSA)

Art 9 MSA bestimmt, dass die Behörden des Staates, in dem sich der Minderjährige, wenn auch nur vorübergehend²⁰⁴, aufhält oder in dem Vermögen des Minderjährigen gelegen ist, in dringenden Fällen Schutzmaßnahmen zu treffen haben. Es handelt sich hierbei nicht nur um eine fakultative Zuständigkeit, sondern um eine Verpflichtung.

Das wichtigste Kriterium, das Art 9 MSA fordert, ist die „Dringlichkeit“. Dieses ist gegeben, wenn die Umstände des Einzelfalls ein dringendes, rechtzeitiges Eingreifen

²⁰² Ahrens, FamRZ 1976, 306.

²⁰³ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.101.

²⁰⁴ Es handelt sich hier um den „schlichten“ Aufenthalt, so Ahrens, FamRZ 1976, 306; Schwimman, JBL 1976, 246; Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.103;

erfordern und dieses durch Art 1 MSA, also durch Maßnahmen des primär zuständigen Aufenthaltsortes, nicht erfüllt und gewährleistet werden kann.²⁰⁵

Auch wenn der Staat des schlichten Aufenthaltes des Minderjährigen hier zuständig ist, so muss der Minderjährige doch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat haben, da ansonsten das Abkommen gemäß Art 13 Abs 1 MSA keine Anwendung finden würde. Es können aber auch der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts und der Heimatstaat eingreifen, indem sie, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, ihre Maßnahmen auf Art 9 MSA stützen.²⁰⁶

Als Eilmaßnahmen iSd Art 9 MSA kommen zB die Bestellung eines Pflegers oder Prozessvertreters, die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, eine Beschränkung des Besuchsrechts eines Elternteils, die Zustimmung zu einer Operation, eine Zustimmung zur Kündigung oder sonstige Eingriffe in die elterliche Gewalt in Betracht.²⁰⁷

Eilmaßnahmen gemäß Art 9 MSA haben meist nur provisorischen Charakter²⁰⁸ und somit keine endgültige Wirkung. Sie treten, sobald einschlägige Maßnahmen der nach dem Abkommen eigentlich zuständigen Behörde (also der Heimatstaat gemäß Art 4 MSA, der Aufenthaltsstaat gemäß Art 1 MSA) getroffen wurden (Art 9 Abs 2 MSA)²⁰⁹, ipso iure außer Kraft²¹⁰.

Hat die Maßnahme nach Art 9 MSA endgültigen Charakter, so ist sie in allen Vertragsstaaten anzuerkennen.

Betreffen die Eilmaßnahmen das Vermögen des Minderjährigen, so kann der Staat des schlichten Aufenthaltes nur Maßnahmen treffen, die das tatsächlich auf seinem Hoheitsgebiet gelegene Vermögen betreffen.²¹¹

Fallbeispiel: *Angenommen der Autounfall des K ereignet sich in Deutschland während eines Kurzurlaubs bei B. K hatte also nur vorübergehenden, schlichten Aufenthalt in Deutschland.*

²⁰⁵ Luther, FamRZ 1973, 410; Kropholler, MSA², 90.

²⁰⁶ Kropholler, MSA², 90f.

²⁰⁷ Kropholler, MSA², 92; Luther, FamRZ 1973, 410.

²⁰⁸ Luther, FamRZ 1973, 410.

²⁰⁹ Schwimman, JBL 1976, 246.

²¹⁰ Kropholler, MSA², 92.

²¹¹ Kropholler, MSA², 91.

Die deutschen Behörden müssen nun die Zustimmung aufgrund des Art 9 MSA ersetzen, wenn B die Bluttransfusion verweigert. In diesem Fall ist das Kriterium der Dringlichkeit auf jeden Fall erfüllt, da dem Minderjährigen Lebensgefahr droht.

4. Scheidungszuständigkeit (Art 15 MSA)

Der Staat, in dem ein Verfahren über die „Nichtigerklärung, Auflösung oder Lockerung des Ehebandes“ zwischen den Eltern eines Minderjährigen anhängig ist, kann sich die Zuständigkeit bezüglich Maßnahmen zum Schutz dieses Minderjährigen vorbehalten.

Jedoch müssen die anderen Vertragsstaaten gemäß Art 2 MSA diese Maßnahmen nicht anerkennen.

Mit Art 15 MSA wurde hauptsächlich ein Kompromiss für jene Staaten getroffen, die in ihrem innerstaatlichen Recht eine konnexe Zuständigkeit für Ehescheidungsangelegenheiten und der Obsorge der Kinder vorsehen, was, wie bereits oben erwähnt, in Österreich nicht der Fall ist. So bleibt diesen ihre Zuständigkeit erhalten, jedoch werden die anderen Vertragsstaaten nicht gezwungen, diese anzuerkennen.²¹²

5. Auftragszuständigkeit (Art 6 MSA)

Art 6 MSA ermächtigt die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, ihre Zuständigkeit zur Durchführung von Schutzmaßnahmen auf die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates oder des Staates, indem sich Vermögen des Minderjährigen befindet, mit deren Einverständnis zu übertragen.

Es geht hierbei nicht darum, wer die Schutzmaßnahme erlässt, sondern wer sie durchführt. Diese Durchführungsmaßnahmen können der Behörde des Aufenthaltstaates aber nicht aufgezwungen werden, sondern diese muss damit einverstanden sein, es muss also gegenseitiges Einvernehmen²¹³ vorliegen. Die Kontaktaufnahme kann durch unmittelbaren Behördenkontakt oder auf

²¹² *Sturm*, NJW 1975, 2123; *Kropholler*, MSA², 92f.

²¹³ *Luther*, FamRZ 1973, 410.

diplomatischem Weg erfolgen.²¹⁴ Hierbei ist die Kommunikation zwischen den Behörden sehr wichtig (näheres dazu unten: Art 10 MSA).

Diese Möglichkeit zur Übertragung der Zuständigkeit der Durchführungsmaßnahmen kommt auch den Behörden des Aufenthaltstaates des Minderjährigen zu, und zwar gegenüber den Behörden des Staates, in dem ein Vermögen des Minderjährigen gelegen ist (Art 6 Abs 2 MSA).

C. Zusammenarbeit zwischen den Behörden (Art 10 und 11 MSA)

Um die Durchsetzung des MSA zu garantieren, war es aufgrund der vielen konkurrierenden Zuständigkeiten wichtig, die Behördenkoordination zwischen den Vertragsstaaten zu fördern und diese auch schriftlich im Abkommen (siehe in Art 4 Abs 1, Art 5 Abs 2 MSA die sog Verständigungspflicht, sowie in Art 10 und 11 MSA) festzuhalten.²¹⁵

1. Meinungsaustausch (Art 10 MSA)

Art 10 MSA sieht vor, dass zur Förderung und Sicherung der Betreuung des Minderjährigen die Vertragsstaaten nach Möglichkeit erst dann Maßnahmen treffen, nachdem sie mit den Behörden des Vertragsstaates, deren Entscheidungen noch wirksam sind, Meinungsaustausch betrieben haben.

Wie die Formulierung „nach Möglichkeit“ deutlich macht, handelt es sich bei Art 10 MSA nicht um eine Verpflichtung, dieser Artikel ist jedoch wegweisend für das gesamte MSA. Vor allem das Evokationsrecht (Art 4 Abs 1 MSA) könnte ohne diese Kommunikation der Behörden nicht richtig ausgeübt werden.²¹⁶

Wie Art 10 MSA ausdrücklich erwähnt, ist dieser Meinungsaustausch nur für Behörden der Vertragsstaaten untereinander gedacht, wie oben erwähnt, vor allem in den Fällen in denen der Heimatstaat oder der Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes

²¹⁴ Kropholler, MSA², 96.

²¹⁵ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.132.

²¹⁶ Kropholler, MSA², 97.

gemäß Art 4 bzw 5 MSA eine Schutzmaßnahme vornehmen will, aber bereits eine Schutzmaßnahme gemäß Art 1 MSA wirksam ist. Der Meinungs austausch wäre prinzipiell auch in den Fällen von Eil- und Gefährdungszuständigkeit (Art 8 bzw 9 MSA) wünschenswert, dieser wird jedoch aufgrund der Dringlichkeit kaum möglich sein und dem Sinn der Vorschriften, das Kindeswohl zu bewahren, abträglich.²¹⁷

Unter „Meinungs austausch“ versteht man mehr als nur eine bloße Benachrichtigung. Vielmehr muss auch die Stellungnahme der Gegenseite abgewartet werden, damit die Behörden genug Zeit haben, die genauen Lebensumstände des Minderjährigen zu erforschen und somit effektive Maßnahmen getroffen werden können.²¹⁸

2. Benachrichtigungspflicht (Art 11 MSA)

Unmittelbar nach Anordnung einer Maßnahme hat die agierende Behörde die Behörde des Heimatstaates und gegebenenfalls die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts des Minderjährigen über diese zu benachrichtigen. Die zuständigen mitteilenden und empfangenden Behörden (Art 11 Abs 2 MSA) sind unmittelbar erreichbar und im Anhang des Abkommens festgehalten.²¹⁹ Für Österreich sind die Gerichte und Bezirksverwaltungsbehörden (Jugendämter), bei denen ein Verfahren nach dem Übereinkommen anhängig ist, zuständig. Ist ein Verfahren im Inland nicht anhängig oder ein solches der ausländischen Behörde nicht bekannt, so wird für den Empfang einer aus dem Ausland eingehenden Mitteilung das Bundesministerium für Justiz namhaft gemacht.²²⁰ Natürlich können sich die Behörden auch des diplomatischen oder konsularischen Weges bedienen, dieser ist jedoch umständlicher und es kann zu unerwünschten Verzögerungen kommen.²²¹

Was für Folgen das Unterbleiben einer solchen Benachrichtigung hat, lässt das MSA vollkommen offen.²²² Grundsätzlich bleibt die Unterlassung der Mitteilungspflicht

²¹⁷ Kropholler, MSA², 99; Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.134.

²¹⁸ Kropholler, MSA², 99; Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.134.

²¹⁹ Schwimman, JBL 1976, 246.

²²⁰ BGBl 446/1975

²²¹ Kropholler, MSA², 101.

²²² Schwimman, JBL 1976, 246.

sanktionslos²²³ und es entfällt auf der anderen Seite auch nicht die Verpflichtung der Anerkennung der Maßnahme²²⁴ (Art 7 MSA).

²²³ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.137.

²²⁴ *Kropholler*, MSA², 101.

VI. Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem MSA

Das Abkommen legt prinzipiell eine Anerkennungspflicht fest (Art 7 Satz 1 MSA) die allerdings durch Art 7 Satz 2 MSA, wenn eine Vollstreckung erforderlich ist, eingeschränkt wird.

A. Anerkennung (Art 7 Satz 1 MSA)

Unter Maßnahmen, die nach Art 7 Satz 1 MSA anerkannt werden sollen, versteht man solche, welche die in den „vorstehenden Artikeln zuständigen Behörden getroffen haben“. Also Maßnahmen wie etwa Art 1, 4, 6 oder 9 MSA²²⁵, die im Rahmen des MSA von den zuständigen Behörden angeordnet worden sind.²²⁶ Keine Anerkennungspflicht besteht bei der Gefährdungszuständigkeit iSd Art 8 MSA und bei der Scheidungszuständigkeit iSd Art 15 MSA (Art 8 Abs 2 und 15 Abs 2 MSA). Liegen die Voraussetzungen für die Anerkennung vor, so werden ältere Maßnahmen, die nach dem Abkommen getroffen und nach Art 7 MSA anerkannt wurden, automatisch ersetzt.²²⁷

B. Maßnahmen, die eine Vollstreckung erfordern (Art 7 Satz 2 MSA)

Erfordert die Maßnahme noch eine Vollstreckungshandlung in einem anderen Staat, also nicht in dem, wo sie getroffen wurde, so richtet sich ihre Anerkennung und Vollstreckung nach dem Recht des Staates, in dem sie vollstreckt werden soll oder nach zwischenstaatlichen Abkommen.

²²⁵ Auch wenn es sich hier nicht um einen „vorstehenden Artikel“ handelt.

²²⁶ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.145.

²²⁷ *Kropholler*, MSA², 104f.

VII. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS NACH DEM EUROPÄISCHEM SORGERECHTSABKOMMEN 1980 (im weiteren kurz ESÜ)

A. Geltungsbereich

1. Räumlicher Geltungsbereich

Zu den Vertragstaaten des ESÜ zählen, neben Österreich Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Lettland, Lichtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Moldau, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, Ukraine, das Vereinigte Königreich (samt Anguilla, Bermudas, Falklandinseln, Insel Man, Kaimaninseln, Montserrat, Vogtei Jersey) und Zypern.²²⁸ Die Staaten haben teilweise Vorbehalte erklärt, Österreich nicht.

2. Zeitlicher Geltungsbereich

Das Übereinkommen findet auf alle Sorgerechtsentscheidungen Anwendung, die nach Inkrafttreten im Inland von inländischen Behörden anerkannt und vollstreckt werden sollen. Ob das Abkommen schon bei Ergehen der Entscheidung in Kraft war, ist irrelevant.²²⁹

²²⁸http://www.bundesjustizamt.de/nn_258946/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaatenliste,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Vertragsstaatenliste.pdf (Stand 21.01.2010).

²²⁹ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.184.

3. Persönlicher Geltungsbereich

Das Übereinkommen ist auf Kinder anzuwenden. Kinder sind laut Art 1 lit a ESÜ Personen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und nach dem Recht des Aufenthaltsstaates, des Heimatstaates oder nach dem Recht des ersuchten Staates noch nicht befähigt sind, den eigenen Aufenthaltsort zu bestimmen. Die Staatsangehörigkeit spielt keine Rolle.

4. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich laut Art 7 ESÜ auf die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen einschließlich Besuchsrechtsregelungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind.²³⁰ Grundsatz ist also, dass jede in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidung in jedem anderen Vertragsstaat anerkannt wird und vollstreckbar ist, wenn sie im Ursprungsstaat vollstreckbar und das ESÜ anwendbar ist. Wie oft fälschlich angenommen, umfasst das ESÜ nicht nur Entführungsfälle, sondern auch andere Sorgerechtsentscheidungen.²³¹

a) „Sorgerechtsentscheidung“ iSd Übereinkommens

Gemäß Art 1 lit c ESÜ versteht man iSd Übereinkommens unter „Sorgerechtsentscheidung“ die Entscheidung einer Behörde, soweit sie die Sorge für die Person des Kindes, einschließlich des Rechts auf Bestimmung des Aufenthaltes dieser oder des Rechts auf persönlichen Verkehr mit ihr, betrifft.

In der Auslegung des Begriffs „Sorge um die Person des Kindes“ haben die Behörden in ihrer Beurteilung ein wenig Spielraum. Als Richtlinie kann man allerdings sagen, dass man von Entscheidungen spricht, welche die Sorge um die Person des

²³⁰ Schütz, RZ 2005, 235.

²³¹ Mansel, NJW 1990, 2177.

Kindes betreffen, wenn es sich um körperliche, medizinische, sittliche und geistige Fürsorge (zB um die Schulwahl oder die Ausbildung des Kindes) handelt.²³²

b) „Unzulässiges Verbringen“ iSd Übereinkommens

Unter „unzulässigem Verbringen“ versteht das ESÜ das Verbringen eines Kindes in einen anderen Staat, wenn dadurch eine Sorgerechtsentscheidung, die in einem Vertragsstaat ergangen ist und in diesem vollstreckbar ist, verletzt wird (Art 1 lit d ESÜ). Das ESÜ versteht aber unter unzulässigem Verbringen auch den Fall, dass das Kind am Ende einer Besuchszeit oder eines anderen vorübergehenden Aufenthaltes in einem anderen Staat, als der indem das Sorgerecht normalerweise ausgeübt wird, nicht zurückgebracht wird (Art 1 lit d Abs i ESÜ). Einen weiteren Fall des unzulässigen Verbringens stellt Art 1 lit d Abs ii ESÜ dar. Hier handelt es sich um den Fall, dass das Verbringen nachträglich iSd Art 12 ESÜ für widerrechtlich erklärt wird, wenn im Zeitpunkt des Verbringens noch keine vollstreckbare Sorgerechtsentscheidung vorgelegen ist.²³³

B. Umgangsrechtregelung (Art 11 ESÜ)

Art 11 Abs 1 ESÜ legt fest, dass Entscheidungen über den persönlichen Verkehr (sog Umgangsrecht- oder Besuchsrechtsentscheidungen), gleichgültig ob für sich getroffen oder Teil einer Sorgerechtsentscheidung, unter den gleichen Bedingungen wie andere Sorgerechtsentscheidungen anzuerkennen und zu vollstrecken sind.

Hierbei ist wichtig zu erwähnen, dass es den Behörden des ersuchten Staates möglich ist, Bedingungen für die Ausübung des Umgangsrechts festzulegen, vor allem, wenn die Parteien, also die Eltern²³⁴, gewisse Verpflichtungen eingegangen

²³² Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.188.

²³³ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.188; Mansel, NJW 1990, 2178.

²³⁴ So Limbrock, FamRZ 1999, 1633 (mit Verweis auf den erläuternden Bericht des Europarates zum europäischen Sorgerechtsübereinkommen).

sind (Art 11 Abs 2 ESÜ). Zusätzlich sind auch die örtlichen Umstände, wie etwa die Termine für die Schulferien vor Ort, zu berücksichtigen.²³⁵

C. Zuständigkeitskonzentration und Verfahrenshilfe

Durch Art XII des AußerStrBeglG ist die Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführungen (hier „unzulässiges Verbringen von Kindern“) neu geregelt worden. Für diese Fälle ist nun der Gerichtshof erster Instanz des jeweiligen Sprengels zuständig, für den Sprengel LGZ Wien das Bezirksgericht Innere Stadt. Diese Maßnahme soll zu einer besseren Verfahrenskonzentration führen und zugleich profitiert man von den Erfahrungswerten der Behörden, die im Bereich der Materie Kindesentführung des Öfteren hantieren.²³⁶ Über die Anerkennung und Vollstreckung solcher Entscheidungen ist im Außerstreitverfahren zu entscheiden.²³⁷ Für alle Fälle, die nicht in den Bereich des unzulässigen Verbringens des Kindes fallen, bleiben weiterhin die Bezirksgerichte zuständig.²³⁸

Die Verfahrenshilfe wird dem Antragssteller automatisch bewilligt und es wird ihm von Anfang an ein Anwalt zur Seite gestellt.²³⁹

D. Verhältnis zu anderen Übereinkommen

Überschneidet sich das ESÜ mit dem HKÜ im Anwendungsbereich, so gilt hier gemäß Art 34 Satz 2 HKÜ iVm Art 19 ESÜ das Günstigkeitsprinzip.²⁴⁰ Dh, dass in Fällen der Kindesentführung dem Antragssteller eine Wahlmöglichkeit für die, für ihn günstigere Variante, eingeräumt wird.²⁴¹

Im Verhältnis zur Brüssel IIa-VO genießt diese, wie bereits oben besprochen, gegenüber dem ESÜ in ihrem Anwendungsbereich Anwendungsvorrang (Art 60 lit d

²³⁵ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.209.

²³⁶ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR ESÜ Rz 36.

²³⁷ Schütz, RZ 2005, 235.

²³⁸ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR ESÜ Rz 36.

²³⁹ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR ESÜ Rz 36.

²⁴⁰ Fuchs, AußerStrVerf Rz 199; Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D110.

²⁴¹ Fuchs, AußerStrVerf Rz 199.

Brüssel IIa-VO). Eine Anerkennung oder Vollstreckung nach dem ESÜ kommt infolge dessen nur in Betracht, wenn die anzuerkennende oder zu vollstreckende Sorgerechtsentscheidung in einem Vertragsstaat des ESÜ gefällt worden ist, der nicht Mitgliedsstaat der Brüssel IIa-VO ist.

Fallbeispiel: *Angenommen die Sorgerechtsentscheidung über unser Beispielkind K wäre in Dänemark ergangen. A, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, beantragt nun in Österreich die Vollstreckung der Entscheidung.*

A kann einen Antrag an die zuständige zentrale Behörde richten und sich auf das ESÜ berufen. Die Entscheidung wird in Österreich anerkannt und ist wie in Dänemark vollstreckbar (Art 7 ESÜ).

Das Verhältnis des ESÜ zum MSA wird im Text des ESÜ nicht wirklich klar dargestellt.²⁴² Jedoch kommt dem ESÜ im Verhältnis zum MSA eine wichtige Lückenschließungsfunktion zu, da die Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht nicht in den Regelungsgegenstand des MSA fällt.²⁴³

²⁴² Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.214.

²⁴³ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.181, 5.214.

VIII. Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen und Wiederherstellung des Sorgerechts

Wie bereits oben erwähnt, sind gemäß Art 7 ESÜ alle in einem Vertragsstaat ergangenen Sorgerechtsentscheidungen in jedem anderen Vertragsstaat anzuerkennen und vollstreckbar, wenn sie im Ursprungsstaat vollstreckbar sind und das ESÜ anwendbar ist. Die einzelnen Fälle werden nun genauer beleuchtet.

A. Anerkennung und Vollstreckung (Art 8 ESÜ)

Art 8 ESÜ verlangt, dass die zentrale Behörde des ersuchten Staates im Fall eines unzulässigen Verbringens eines Kindes umgehend die Wiederherstellung des Sorgerechts zu veranlassen hat (Art 8 Abs 1 ESÜ). Dies ist jedoch an folgende Voraussetzungen geknüpft: Einerseits muss das Kind eine besonders enge Bindung zum Entscheidungsstaat haben²⁴⁴ was laut Art 8 Abs 1 lit a ESÜ bedeutet, dass zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens oder zum Zeitpunkt der widerrechtlichen Verbringung, wenn dieser früher war, das Kind und seine Eltern Staatsangehörige des Entscheidungsstaates sein mussten und zumindest das Kind dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Kumulativ verlangt Art 8 Abs 1 lit b ESÜ auch, dass der Antrag auf Wiederherstellung des Sorgerechts rechtzeitig innerhalb von 6 Monaten nach unzulässigem Verbringen bei der zuständigen zentralen Behörde eingebracht wird.

Wie für das unzulässige Verbringen gilt dies auch für den Fall der Nichtrückgabe des Kindes nach Ablauf des Besuchsrechts oder nach einem rechtmäßigen vorübergehenden Aufenthalt in einem anderen Staat. Allerdings wird hier auf das Kriterium der engen Bindung zum Entscheidungsstaat (Art 8 Abs 1 lit a ESÜ) verzichtet (Art 8 Abs 3 ESÜ).

²⁴⁴ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.193.

B. Anerkennung und Vollstreckung (Art 9 ESÜ)

Ist in anderen als in Art 8 ESÜ genannten Fällen eines unzulässigen Verbringens, wenn also das geforderte Naheverhältnis fehlt²⁴⁵, innerhalb von 6 Monaten nach dem Verbringen ein Antrag bei der zentralen Behörde gestellt worden, so können Anerkennung und Vollstreckung nur aufgrund der in Art 9 Abs 1 lit a-c ESÜ genannten Gründen versagt werden.

Art 9 Abs 1 lit a ESÜ besagt, dass eine Entscheidung dann nicht anerkannt und vollstreckt werden muss, wenn diese in Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters ergangen ist oder dem Beklagten das einleitende oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht oder nicht rechtzeitig, so dass er sich hätte verteidigen können, zugestellt wurde. Dass die Nichtzustellung zu einem Versagungsgrund wird, setzt selbstverständlich voraus, dass der Beklagte seinen Aufenthaltsort nicht verheimlicht hat.

Weiters kann die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden, wenn die Entscheidung in Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters ergangen ist und die Zuständigkeit der Behörde sich weder aufgrund des gewöhnlichen Aufenthaltes des Beklagten (Art 9 Abs 1 lit b i ESÜ) noch des gewöhnlichen Aufenthaltes der Eltern des Kindes, sofern wenigstens einer der beiden seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort hat (Art 9 Abs 1 lit b ii ESÜ), noch aufgrund des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes (Art 9 Abs 1 lit b iii ESÜ) begründet. Art 9 Abs 1 lit b ESÜ zielt, wie man sieht, auf ein fehlendes Naheverhältnis zwischen der entscheidenden Behörde und den Verfahrensparteien ab.²⁴⁶

Art 9 Abs 1 lit c ESÜ stimmt einer Versagung dann zu, wenn bereits im ersuchten Staat vor Verbringen des Kindes eine Sorgerechtsentscheidung vollstreckbar wurde, außer das Kind hat während des Jahres vor seinem Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt im ersuchten Staat gehabt. Es handelt sich hierbei um den Grundsatz der Unvereinbarkeit der Entscheidung mit einer früheren Entscheidung des ersuchten Staates, der vor allem das sog „forum shopping“ vermeiden soll.²⁴⁷ Der Begriff des

²⁴⁵ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.196.

²⁴⁶ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.199.

²⁴⁷ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.200.

„forum shoppings“ stammt aus dem US-amerikanischen Sprachgebrauch und bedeutet, dass jemand einen Gerichtsstand zu seinem Vorteil schafft.²⁴⁸

C. Versagungsgründe für die Anerkennung und Vollstreckung (Art 10 Abs 1 ESÜ)

In anderen als in Art 8 und 9 ESÜ genannten Fällen, also nicht im Bereich des widerrechtlichen Verbringens des Kindes, sondern sozusagen im Bereich der „normalen“ Sorgerechtsentscheidungen, einschließlich Besuchsrechtsentscheidungen²⁴⁹, kennt Art 10 ESÜ Gründe für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung.

Den ersten Versagungsgrund stellt die offensichtliche Unvereinbarkeit der Entscheidung mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts des ersuchten Staates, also ein *ordre-public*-Verstoß, dar (lit a).

Zweitens können Anerkennung und Vollstreckung versagt werden, wenn sich die Verhältnisse so geändert haben, nicht in einer Verbringung des Kindes, dass die ursprüngliche Entscheidung offensichtlich nicht mehr Kindeswohlkonform ist (lit b). Eine solche Veränderung der Verhältnisse kann durch bloßen Zeitablauf oder das Vorliegen neuer Tatsachen entstehen.²⁵⁰

Weiters kann gemäß lit c die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden, wenn das Kind zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens im Ursprungsstaat Angehöriger des ersuchten Staates war oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und eine solche Beziehung zum Ursprungsstaat nicht besteht (i) oder das Kind Angehöriger beider Staaten ist, aber seinen gewöhnlichen Aufenthalt im ersuchten Staat hatte (ii).

Der letzte Versagungsgrund des Art 10 ESÜ beschäftigt sich (wie vorher Art 9 Abs 1 lit c ESÜ) mit der Unvereinbarkeit einer vorherigen Entscheidung die entweder im ersuchten Staat ergangen oder eine im ersuchten Staat vollstreckbare Entscheidung eines Drittstaates ist. Jedoch setzt Art 10 Abs 1 lit c ESÜ voraus, dass diese

²⁴⁸ Patzina in MünchKommZPO § 12 Rz 103.

²⁴⁹ Schütz, RZ 2005, 235.

²⁵⁰ Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.203.

Entscheidung ergangen ist, bevor das Verfahren über die Anerkennung und Vollstreckung beantragt wurde und die Versagung muss dem Kindeswohl entsprechen.

D. Verfahrensaussetzung (Art 10 Abs 2 ESÜ)

In den oben genannten Fällen des Art 10 Abs 1 ESÜ kann das Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung gemäß Art 10 Abs 2 ESÜ ausgesetzt werden, wenn entweder gegen die ursprüngliche Entscheidung ein ordentliches Rechtsmittel eingereicht wurde (lit a) oder wenn im ersuchten Staat ein Verfahren über das Sorgerecht anhängig ist und dieses Verfahren vor Einleitung des Verfahrens im Ursprungsstaat eingeleitet worden ist (lit b) oder eine andere Entscheidung über das Sorgerecht Gegenstand eines Verfahrens auf Vollstreckung oder eines anderen Verfahrens auf Anerkennung der Entscheidung ist (lit c).

Die Aussetzung des Verfahrens ist zeitlich zu befristen bzw bei sehr langer Verfahrensdauer aufzuheben.²⁵¹

²⁵¹ *Mansel*, NJW 1990, 2178.

IX. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT ÖSTERREICHS NACH DEM HAAGER KINDESENTFÜHRUNGSÜBEREINKOMMEN 1980 (im weiteren kurz HKÜ)

Das HKÜ ist nicht wie das zuvor behandelte ESÜ ein Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen, sondern ein Abkommen über internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, die bezwecken soll, dass bei einer Kindesentführung eine sofortige Rückführung bewirkt wird, um die ursprünglichen tatsächlichen Verhältnisse wiederherzustellen. Es wird nicht über das Sorgerecht an sich entschieden (Art 19 HKÜ), sondern es wird einer bereits bestehenden Sorgerechtsentscheidung zu Wirksamkeit verholfen.²⁵²

A. Geltungsbereich des HKÜ

1. Räumlicher Geltungsbereich²⁵³

Neben Österreich sind folgende Staaten Mitglieder des HKÜ:

Europa: Albanien, Armenien, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Israel, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Republik Moldau, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Polen, Portugal, Rumänien, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei, Ukraine, Ungarn, Usbekistan, Weißrussland und Zypern.

Asien: Hong Kong, Macau, Sri Lanka, Thailand, Turkmenistan, Usbekistan zu den Mitgliedern des HKÜ.

Afrika: Burkina Faso, Mauritius, Seychellen, Südafrika und Zimbabwe.

²⁵² Anzinger in Burgstaller, IntZVR Rz 5.153; Mansel, NJW 1990, 2176.

²⁵³ http://www.bundesjustizamt.de/nn_258946/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaatenliste,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Vertragsstaatenliste.pdf, Stand 21.01.2010;

Südamerika: Argentinien, Brasilien, Chile, Ecuador, Kolumbien, Paraguay, Peru, Uruguay und Venezuela.

Nordamerika: Bahamas, Belize, Costa Rica, Dominikanische Republik, El Salvador, Guatemala, Honduras, Kanada, Mexiko, Nicaragua, Panama, Saint Kitts and Nevis, Trinidad und Tobago und die USA.

Australien/Ozeanien: Australien, Fidschi und Neuseeland.

2. Zeitlicher Geltungsbereich

Gemäß Art 35 HKÜ ist das Übereinkommen zeitlich gesehen nur auf solche Entführungsfälle anzuwenden, die sich nach dem Inkrafttreten des HKÜ in den Staaten ereignet haben.

3. Persönlicher Geltungsbereich

Das HKÜ findet auf jedes Kind Anwendung, das unmittelbar vor einer Verletzung des Sorgerechts oder des Rechts auf persönlichen Verkehr seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatte. Sobald das Kind aber das 16. Lebensjahr vollendet hat, ist das Übereinkommen nicht mehr anwendbar.

Das HKÜ kennt also zwei Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit. Erstes Kriterium (Art 4 Abs 1 HKÜ) ist der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat unmittelbar vor Sorgerechtsverletzung. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist hier wie bei der Brüssel IIa-VO oder dem MSA iSd tatsächlichen Mittelpunktes der Lebensführung, dem sog Daseinsschwerpunkt des Kindes zu verstehen und auszulegen. Die grundsätzliche Mindestdauer zur Erlangung des gewöhnlichen Aufenthaltes beträgt auch hier sechs Monate, wobei auch beim HKÜ die Grenze wiederum von Fall zu Fall variieren kann.²⁵⁴

Zweites Kriterium (Art 4 Abs 2 HKÜ) ist, wie bereits oben erwähnt, das Alter. Das HKÜ ist nur auf Kinder bis zum 16. Lebensjahr anwendbar. Erreicht das Kind dieses Alter, wenn das Verfahren bereits anhängig ist, so ist dieses einzustellen.²⁵⁵

²⁵⁴ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D35.

²⁵⁵ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D36; *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.157.

4. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich wird durch Art 1, 3 und 5 HKÜ abgegrenzt.²⁵⁶

a) Sofortige Rückgabe infolge widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens (Art 1 lit a HKÜ)

Als Ziel des Übereinkommens wird in Art 1 lit a HKÜ die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder genannt. Es ist zuerst zu klären was man unter widerrechtlichem Verbringen bzw widerrechtlichem Zurückhalten iSd Übereinkommens versteht.

Von einem „widerrechtlichem Verbringen“ eines Kindes in einen Vertragsstaat geht man aus, wenn es in einem anderen Vertragsstaat unmittelbar davor seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und von dort, unter Verletzung eines Sorgerechts, über die Grenze verbracht wird.

Unter „widerrechtlichem Zurückhalten“ versteht man, wenn das Kind sich gewöhnlich in einem anderen Vertragsstaat aufhält und von dort zunächst auf Grund legitimer Umstände, wie zB einem Besuchsrecht oder einem vorübergehenden Aufenthalt, in einen anderen Vertragsstaat gelangt ist, dann jedoch die Zeit des legitimen Aufenthalts überschritten wurde bzw eine neue Sorgerechtsentscheidung ergangen ist.²⁵⁷

Gemäß Art 3 HKÜ gilt das Verbringen des Kindes als widerrechtlich wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen: Erstens muss durch das Verbringen ein Sorgerecht verletzt werden, dass einer Behörde, einer Person oder einer sonstigen Stelle des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Kindes unmittelbar vor dem Verbringen zusteht (Art 3 lit a HKÜ). Zweitens muss dieses Recht zum Zeitpunkt des Verbringens bzw Zurückhaltens tatsächlich vor dem Verbringen ausgeübt worden sein oder es wäre ausgeübt worden, hätte das Verbringen bzw Zurückhalten nicht stattgefunden (Art 3 lit b HKÜ).

²⁵⁶ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.157.

²⁵⁷ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D23.

Als maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen des Sorgerechts nach dem anzuwendenden Sachrecht des jeweiligen Staates gilt der Zeitpunkt unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes.²⁵⁸

An das tatsächliche Ausüben des Sorgerechts, wobei es sich hier um ein alleiniges oder auch ein geteiltes Sorgerecht handeln kann, sind nicht allzu hohe Ansprüche zu stellen. Eine Rückführungsanordnung hat jedoch nicht zu ergehen, wenn es sich nicht um „widerrechtliches“ Verbringen handelt, da tatsächlich kein Sorgerecht ausgeübt wurde, also nicht einmal Besuchsrechte in Anspruch genommen wurden und eventuell nur telefonischer Kontakt bestanden hat.²⁵⁹

Eine „Sorgerechtsverletzung“ iSd HKÜ liegt vor, wenn durch das widerrechtliche Verbringen (Art 3 HKÜ) in das Sorgerecht eines anderen eingriffen und dies verletzt wird. Ob das Sorgerecht verletzt wird, ist analog zur Widerrechtlichkeit nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat.²⁶⁰ Es handelt sich hier laut Bericht von *Perez-Vera* um eine Gesamtverweisung in das Recht des letzten Aufenthaltsstaates.²⁶¹

b) Beachtung von bestehenden Sorgerechten und dem Recht auf persönlichen Verkehr (Art 1 lit b HKÜ)

Art 1 lit b HKÜ will sicherstellen, dass bestehende Sorge- und Umgangsrechte in den anderen Vertragstaaten tatsächlich Beachtung finden. Diese Regelung stellt hauptsächlich eine präventive Maßnahme dar, da durch die Beachtung der Sorgerechtsregelungen die Fälle des widerrechtlichen Verbringens (wie in lit a) vermieden werden sollen.²⁶²

²⁵⁸ *Pirring* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D31; OGH 12.02.1997, 7Ob35/97s.

²⁵⁹ *Nehls*, FPR 2001, 225; OLG Zweibrücken 10.11.1999, 6 UF 100/99, FamRZ 2000, 1607.

²⁶⁰ *Mansel*, NJW 1990, 2177.

²⁶¹ Dazu mehr in *Perez-Vera*, Bericht Rz 65ff.

²⁶² *Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.161; OGH 11.05.2005, 3Ob89/05t

B. Zentrale Behörden

Zur Erreichung der Ziele des HKÜ ist es unerlässlich, dass die Behörden innerhalb der Vertragsstaaten und natürlich auch innerstaatlich eng zusammenarbeiten. Jeder Vertragsstaat bestimmt eine zentrale Behörde, die die Aufgaben, die ihr durch das HKÜ übertragen werden, wahrnimmt (Art 6 Abs 1 HKÜ).

Art 6 Abs 2 HKÜ eröffnet die Möglichkeit für Bundesstaaten, Staaten die verschiedene Rechtssysteme haben oder die aus autonomen Gebietskörperschaften bestehen, mehrere zentrale Behörden einzurichten.

In Österreich ist die gemäß Art 6 HKÜ zuständige zentrale Behörde das Bundesministerium für Justiz (§ 1 Durchführungsgesetz zum HKÜ, BGBl 1988/513).²⁶³ Innerhalb des Ministeriums übernimmt die Abteilung für das internationale Familienrecht die Zuständigkeit.²⁶⁴

Art 7 Abs 1 HKÜ statuiert die Verpflichtung zur Zusammenarbeit, welche zur Verwirklichung der Ziele des HKÜ führen soll, insbesondere zu einer sofortigen Rückgabe von widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindern und die Durchführung des Umgangsrechts. Die zentralen Behörden verkehren unmittelbar miteinander.²⁶⁵

Der Absatz 2 des Art 7 HKÜ zählt einige grundlegende Aufgaben der zentralen Behörde auf.

Darunter fällt unter anderem die Ausforschung des Aufenthaltsortes des verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes (lit a), was in Österreich durch die Einschaltung des BM für Inneres, das wiederum vom Interpol- und Schengensystem Gebrauch machen kann, umgesetzt wird.²⁶⁶ Eine weitere Aufgabe der zentralen Behörden ist es, vorläufige Maßnahmen zur Abwehr weiterer Gefahren für das Kind oder der betroffenen Partei zu treffen (lit b). Dadurch soll zum Beispiel eine Weiterentführung durch einen Sorgeberechtigten verhindert werden.²⁶⁷ Lit c zählt zu den Aufgaben der zentralen Behörden, auch eine freiwillige Rückgabe sicherzustellen und eine gütliche Einigung zu bewirken, wobei Österreich es den jeweiligen Gerichten überlässt, eine

²⁶³ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR HKÜ Rz 10.

²⁶⁴ Mosser, *juridikum* 2006, 159.

²⁶⁵ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D43.

²⁶⁶ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR HKÜ Rz 11.

²⁶⁷ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D46.

gütliche, also außergerichtliche Einigung, zu erwirken.²⁶⁸ In lit d fordert das HKÜ einen zweckdienlichen Austausch über die soziale Lage des Kindes, in lit e die Erteilung allgemeiner Auskünfte durch die zentralen Behörden an die anderen zentralen Behörden über das eigene materielle und Verfahrensrecht²⁶⁹ in Zusammenhang mit der Anwendung des Übereinkommens. Aufgabe der zentralen Behörde ist es auch, ein gerichtliches oder behördliches Verfahren einzuleiten oder die Einleitung eines solchen zu erleichtern, um die Rückgabe des Kindes zu erwirken, sowie gegebenenfalls die Durchführung der wirksamen Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr zu gewährleisten (lit f). Soweit erforderlich, haben die zentralen Behörden die Bewilligung von Verfahrenshilfe, einschließlich der Beigebung eines Rechtsanwaltes, zu veranlassen oder zu erleichtern, auch wenn der Prozess nach HKÜ grundsätzlich kostenlos ist (Art 26 Abs 2 HKÜ)²⁷⁰ (lit g). Weiters haben sie durch notwendige und geeignete behördliche Vorkehrungen die sichere Rückgabe des Kindes zu gewährleisten (lit h), wobei es auch um die Organisation einer solchen freiwilligen Rückgabe geht. Beispielsweise eine Begleitung des Kindes zum Abreiseort oder zur Grenze bzw auch Maßnahmen, die sicherstellen, dass eine Rückgabe nicht vereitelt wird.²⁷¹ Die letzte in Art 7 HKÜ genannte Aufgabe ist, einander über die Wirkungsweise und Hindernisse in der Anwendung des Übereinkommens zu berichten, sowie die Hindernisse, die der Anwendung im Wege stehen, so gut wie möglich zu beseitigen (lit i).

C. Verfahren zur Rückgabe von Kindern

1. Antrag (Art 8 HKÜ)

Macht eine Person, Behörde oder sonstige Stelle geltend, ein Kind sei unter Verletzung des Sorgerechts verbracht oder zurückgehalten worden, so kann sie sich entweder an die für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zuständige zentrale

²⁶⁸ Schütz in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR HKÜ Rz 11.

²⁶⁹ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D49.

²⁷⁰ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D51.

²⁷¹ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D52.

Behörde oder an die zentrale Behörde eines anderen Vertragsstaats wenden, um mit deren Unterstützung die Rückgabe des Kindes sicherzustellen (Art 8 HKÜ).

In Österreich ist ein solcher Antrag an das BM für Justiz zu stellen.

Es ist empfehlenswert, dafür das von der Haager Konferenz ausgearbeitete Musterformblatt zu verwenden.²⁷² Nachdem dies allerdings nur empfohlen wird und nicht verpflichtend ist, war es notwendig einen gewissen Mindestinhalt, im Folgenden erörtert, festzuhalten.²⁷³

Der Antrag muss a) Angaben über die Identität des Antragstellers, des Kindes und der Person, die das Kind angeblich verbracht oder zurückgehalten hat, b) das Geburtsdatum des Kindes, soweit es festgestellt werden kann, c) die Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe des Kindes geltend macht, d) alle verfügbaren Angaben über den Aufenthaltsort des Kindes und die Identität der Person, bei der sich das Kind vermutlich befindet, enthalten.

Weiters kann der Antrag ergänzt werden und es können ihm e) eine beglaubigte Ausfertigung einer für die Sache erheblichen Entscheidung oder Vereinbarung, f) eine Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über die einschlägigen Rechtsvorschriften des betreffenden Staates (sie muss von der zentralen Behörde oder einer sonstigen zuständigen Behörde des Staates, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, oder von einer dazu befugten Person ausgehen), oder g) jedes sonstige für die Sache erhebliche Schriftstück als Beilage angehängt werden (Art 8 lit a –g HKÜ).

Wird bei einer zentralen Behörde, die nicht zuständig ist, ein Antrag nach Art 8 eingebracht, und hat die Behörde die Vermutung, dass sich das Kind in einem anderen Vertragsstaat aufhält, so ist der Antrag unmittelbar und unverzüglich an die zentrale Behörde dieses Staates zu übermitteln (Art 9 Abs 1 HKÜ).

Weiters unterrichtet die unzuständige zentrale Behörde die ersuchende zentrale Behörde oder gegebenenfalls den Antragsteller davon (Art 9 Abs 2 HKÜ).

²⁷² *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D59, D121.

²⁷³ *Perez-Vera*, Bericht Rz 100.

2. Freiwillige Rückgabe (Art 10 HKÜ)

Art 10 HKÜ betont noch einmal (sowie schon in Art 7 Abs 2 lit c HKÜ bezüglich der Aufgaben der zentralen Behörden), dass die zentralen Behörden des Staates, in dem sich das Kind aufhält, geeignete Maßnahmen veranlasst oder trifft, um eine freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken. Hier kommt eine Mediation²⁷⁴ oder eine andersartige außergerichtliche Einigung in Frage.

3. Gebotene Eile (Art 11 HKÜ)

Im Verfahren auf Rückgabe des Kindes haben die Gerichte oder Behörden des jeweiligen Vertragsstaates mit gebotener Eile vorzugehen (Abs 1).

Trifft die Behörde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Antragseingang eine Entscheidung, so kann der Antragsteller oder die zentrale Behörde des ersuchten Staates von sich aus oder auf Begehren der zentralen Behörde des ersuchenden Staates eine Begründung für die Verzögerung verlangen. Hat die zentrale Behörde des ersuchten Staates die Antwort erhalten, so übermittelt sie diese der zentralen Behörde des ersuchenden Staates oder gegebenenfalls dem Antragsteller (Abs 2).

Die Bestimmung enthält zwei wesentliche Verpflichtungen der zentralen Behörden, die das Ziel des Übereinkommens, ein rasches Wiederherstellen des ursprünglichen Zustands zu erreichen, unterstreichen. Einerseits müssen die Behörden das nach ihrem Recht schnellste Verfahren anwenden, andererseits soll aufgezeigt werden, dass der Rückgabeantrag, wenn irgend möglich, vorrangig zu behandeln ist.²⁷⁵

Der zweite Satz des Art 11 HKÜ legt eine Sechswochenfrist fest, die jedoch nicht verbindlich ist. Es wird aber deutlich, dass man sich auf ein sehr einfaches Verfahren

²⁷⁴ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D61.

²⁷⁵ *Perez-Vera*, Bericht Rz 104.

beschränkt, ohne zB Sachverständigengutachten (außer eventuell im Fall des Art 13 Abs 1 lit b HKÜ) oder gröbere Vertiefungen in fremde Rechtsordnungen.²⁷⁶

4. Rückgabeeanordnung (Art 12 HKÜ)

a) Rückgabeeanordnung innerhalb der Einjahresfrist (Art 12 Abs 1 HKÜ)

Wird ein Kind iSd Art 3 HKÜ unrechtmäßig verbracht, so ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde, des Staates, in dem sich das Kind befindet, bei Antragseingang die sofortige Rückgabe des Kindes an, sofern der Antrag innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach dem Verbringen oder dem widerrechtlichen Zurückhalten des Kindes eingebracht wurde. Das widerrechtliche Verbringen beginnt mit Übertretung der Staatsgrenze, das widerrechtliche Zurückhalten mit Ablauf des rechtmäßigen Umgangsrechts, auch wenn die Absicht, das Kind nicht zurückzugeben, schon vorher vorhanden war²⁷⁷ oder ab dem Zeitpunkt, indem eine Verlängerung des Verbleibens eines Kindes an einem anderem Ort verweigert wird²⁷⁸.

Der Zeitpunkt, indem die Jahresfrist endet, ist mit dem Eingang des Antrags bei Gericht festgelegt. Es wird nicht auf den Entscheidungszeitpunkt abgestellt, um eventuelle Benachteiligungen der Parteien durch verzögerten Behördenverkehr zu verhindern.²⁷⁹

Fallbeispiel: *Wir kommen wieder auf das Ausgangsbeispiel von vorhin zurück. A und B haben gemeinsam ein Kind K. A lebt nach der Trennung von B mit K in Österreich. B hat beim Rechtsstreit in Österreich eine Umgangsrechtsentscheidung erwirkt, laut der er K unter anderem auch ein Monat in den Sommerferien bei sich, also in Deutschland, haben bzw mit ihm verreisen darf. B beschließt, mit K den ganzen Juli lang bei seinen Verwandten in Kroatien zu verbringen. Er kehrt jedoch*

²⁷⁶ Pirrung in Staudinger, BGB 2009 Rz D62.

²⁷⁷ Pirrung in Staudinger, BGB 2009 Rz D64.

²⁷⁸ Perez-Vera, Bericht Rz 108.

²⁷⁹ Perez-Vera, Bericht Rz 108.

nicht wie vereinbart Ende Juli mit K zu A nach Österreich zurück. A ist sofort klar, dass B nicht vor hat, zurückzukehren und bringt beim BM für Justiz einen Antrag auf Rückgabe ihres Kindes K ein.

Österreich ist in diesem Fall zuständig, da K vor seinem Verbringen nach Kroatien seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte. Der Antrag der A ist berechtigt, da es sich um ein widerrechtliches Verbringen iSd Art 3 HKÜ handelt. A wird in ihrem Sorgerecht, der Definition des Art 5 HKÜ entsprechend, verletzt und hat dieses auch tatsächlich vor dem widerrechtlichen Zurückhalten von K ausgeübt. Weiters fällt K, 10 Jahre alt, auch wegen seines Alters in den Anwendungsbereich des HKÜ. Natürlich kann hier das HKÜ nur zur Anwendung kommen, weil Kroatien ebenfalls Mitgliedsstaat des Übereinkommens ist.

Da für K keine Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens besteht oder das Kind durch die Rückführung zu A in eine sonstige unzumutbare Lage gebracht wird, noch K sich gegen die Rückgabe wehrt, kommen keine Rückgabeablehnungsgründe des Art 13 HKÜ (genaueres dazu unten) zu tragen.

Die österreichische zentrale Behörde hat somit den Antrag der A unverzüglich an die zentrale Behörde des Verbringungsstaates, also Kroatien, zu übermitteln. Die Rückgabe ist anzuordnen.

b) Rückgabe nach Ende der Einjahresfrist (Art 12 Abs 2 HKÜ)

Geht der Antrag zur Rückgabe des Kindes erst nach Ablauf der einjährigen Frist beim zuständigen Gericht ein, so kann dieses die Rückgabe trotzdem anweisen, wenn nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat. Wen die Beweislast trifft, lässt das Übereinkommen offen²⁸⁰, jedoch meint *Pirrung*, dass man aufgrund der objektiven Beweislast davon ausgehen kann, dass sie denjenigen trifft, der die Rückgabe verweigert²⁸¹. Auch *Perez-Vera* lastet „logischerweise“ die Beweisführung dem Entführer oder der Person, die die

²⁸⁰ *Perez-Vera*, Bericht Rz 109.

²⁸¹ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D66.

Rückgabe verweigert, an.²⁸² Anders stehen hierzu *Mansel* und *Schütz*, die meinen, die Umstände wären von Amts wegen (im außerstreitigen Verfahren) zu erheben.²⁸³

c) Aussetzung des Verfahrens bzw Ablehnung des Antrags (Art 12 Abs 3 HKÜ)

Besteht die Vermutung bzw sind Feststellungen getroffen worden, dass das Kind in einen anderen als den ersuchten Staat verbracht wurde oder sich nie im ersuchten Staat befand, so kann die Behörde oder das Gericht des ersuchten Staates das Verfahren aussetzen oder den Antrag ablehnen. Die zentrale Behörde kann dann den Antrag gemäß Art 9 HKÜ an die zentrale Behörde des Vertragsstaates, in dem sie den Aufenthalt des Kindes vermutet, weiterleiten und die zentralen Behörden des ersuchenden Staates und gegebenenfalls auch den Antragssteller informieren.²⁸⁴

5. Rückgabeverweigerungsgründe (Art 13 HKÜ)

Ungeachtet des Art 12 HKÜ ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person oder die Behörde, welche die Rückgabe des Kindes verweigert, eine der Gründe des Art 13 Abs 1 lit a oder b nachweist bzw Art 13 Abs 2 HKÜ erfüllt ist. Diese Voraussetzungen sind allerdings äußerst eng auszulegen und erfahren noch zusätzlich durch die neue Brüssel IIa-VO (Art 11 Brüssel IIa-VO, siehe oben) eine enorme Einschränkung.

Erstens muss die Rückgabe des Kindes nicht angeordnet werden, wenn die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zuzustehen, das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (Art 13 Abs 1 lit a HKÜ). Das Einverständnis sollte prinzipiell eindeutig erfolgen,

²⁸² *Perez-Vera*, Bericht Rz 109.

²⁸³ *Schütz* in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR HKÜ Rz 25; *Mansel*, NJW 1990, 2177.

²⁸⁴ *Pirring* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D67.

jedoch hat der OGH auch bereits eine stillschweigende Genehmigung als ausreichend anerkannt.²⁸⁵

Den zweiten Grund, weshalb die Rückgabe verweigert werden kann, liefert Art 13 Abs 1 lit b HKÜ. Dieser besagt, dass die Rückgabe nicht verpflichtend ist, wenn sie mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Ob hier das Kindeswohl gefährdet ist, ist im Einzelfall zu beurteilen, der Rückgabeverweigerungsgrund soll jedoch sehr restriktiv ausgelegt werden, um den Zweck des HKÜ, also eine schnelle Rückführung in den früheren Aufenthaltsstaat und Wiederherstellung des Ausgangszustandes, um dort eine Sorgerechtsentscheidung zu ermöglichen, nicht zu vereiteln.²⁸⁶ Es sind strenge Anforderungen an das Ausmaß der Kindeswohlgefährdung zu stellen und die Vorschrift soll nur für absolute, zwingende Ausnahmen greifen.²⁸⁷ Es muss eine schon ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigung des Kindeswohls vorliegen.²⁸⁸

Als schwerwiegende Gefahr für das Kind gilt vor allem eine ernsthafte und nicht nur hypothetische Gefährdung der geistigen, körperlichen oder auch moralischen Entwicklung des Kindes. Weitere Gründe sind Misshandlung, sexueller Missbrauch, unzureichende Versorgung beim Antragssteller oder auch die Rückkehr in ein Gebiet, in dem kriegerische Handlungen bereits vor sich gehen oder drohen.²⁸⁹

Die Beweislast und die Behauptungslast für das Vorliegen der Rückführungshindernisse liegen hier immer bei der Person, die die Rückgabe verweigert.²⁹⁰

Der Art 13 Abs 1 lit b HKÜ ist immer unter der Einschränkung des Art 11 Brüssel IIa-VO zu betrachten (siehe oben).

²⁸⁵ OGH 20.10.2005, 3Ob210/05m; OGH 01.04.2008, 5 Ob 17/08y, RZ 2008, 287.

²⁸⁶ *Kropholler*, IPR⁶, 402; OGH 30.09.2008, 1 Ob 182/08h, Jusguide 2008/46/6152.

²⁸⁷ *Pirring* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D71.

²⁸⁸ *Kropholler*, IPR⁶, 402.

²⁸⁹ *Pirring* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D71.

²⁹⁰ OGH 30.09.2008, 1 Ob 182/08h, Jusguide 2008/46/6152.

Fallbeispiel: Wir führen unseren Beispielsfall von vorhin fort. B, der sein Kind K nach Kroatien verbracht hat, verweigert die Rückgabe des K, indem er behauptet, dass A ihr gemeinsames Kind vor dem Verbringen immerzu misshandelt hat und B befürchtet, dass dies auch weiterhin der Fall sein wird, wenn K an A, die in Österreich wohnhaft ist, zurückgegeben wird.

Stellen sich die Behauptungen des B als richtig heraus, so kann die Herausgabe des Kindes gemäß Art 13 Abs 1 lit b HKÜ verweigert werden.

Der Fall könnte anders aussehen, wenn B den K nach Italien entführt.

Italien ist Mitglied der EU und somit kommt die Brüssel IIa-VO zur Anwendung. Art 11 Brüssel IIa-VO sieht vor, dass die Rückgabe des Kindes nur dann nach Art 13 Abs 1 lit b HKÜ verweigert werden kann, wenn keine Maßnahmen zum Schutz des Kindes nach seiner Rückkehr getroffen wurden. In unserem Fall käme eine vorübergehende Unterbringung des K in einem Heim oder einer Pflegefamilie oder bei anderen Verwandten als der A in Österreich in Betracht bis die Behörden neu über das Sorgerecht entschieden haben.

Einen weiteren Grund, weshalb die Rückgabe nicht zu erfolgen hat, findet man in Art 13 Abs 2 HKÜ. Das Gericht oder die Behörde kann die Rückgabe dann ablehnen, wenn das Kind sich der Rückgabe widersetzt und die Meinung des Kindes aufgrund von Alter und Reife Berücksichtigung finden sollte. Hierbei ist darauf zu achten, dass das Kind aus freien Stücken entscheidet, also nicht zB vom verbringenden Elternteil beeinflusst wird und dies auch mit Nachdruck geschieht.²⁹¹ Eine Altersgrenze sieht das HKÜ nicht vor, da es sinnvoller erscheint, die Behörden die Situation im Einzelfall beurteilen zu lassen.²⁹²

Gemäß Art 13 Abs 3 HKÜ hat die ersuchte zentrale Behörde den Sozialbericht der zentralen Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bei Erwägung der Umstände zu beachten.

²⁹¹ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D73.

²⁹² *Perez-Vera*, Bericht Rz 30.

6. Berücksichtigung fremden Rechts und ausländischer Entscheidungen (Art 14 HKÜ)

Haben die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates festzustellen, ob ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten im Sinn des Artikels 3 vorliegt, so können sie das im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes geltende Recht und die gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen, gleich ob sie dort förmlich anerkannt sind oder nicht, unmittelbar berücksichtigen. Es bedarf keines besonderen Verfahrens zum Nachweis des Rechts oder zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen (Art 14 HKÜ).

Hierdurch soll das Ziel des HKÜ, ein einfaches und rasches Verfahren zu ermöglichen, erleichtert werden. Besondere Nachweisverfahren über das geltende Recht des anderen Staates, wie zB Sachverständigengutachten, sind nicht notwendig.²⁹³ Auch ausländische Entscheidungen werden ohne weiteres Verfahren berücksichtigt.

7. Bescheinigung der Widerrechtlichkeit (Art 15 HKÜ)

Art 15 des Übereinkommens überlässt es den Behörden, vom Antragssteller eine Bescheinigung über die Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhaltens iSd Art 3 HKÜ zu verlangen. Dies kann sie jedoch nur, wenn eine solche Entscheidung oder Bescheinigung im betreffenden Staat erwirkt werden kann.

8. Verbot einer Sachentscheidung über das Sorgerecht (Art 16 HKÜ)

Sind die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Vertragsstaates, in den das Kind verbracht oder in dem es zurückgehalten wurde, über das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes informiert worden, so dürfen sie ein Sorgerechtsverfahren erst dann einleiten bzw fortsetzen und eine Sachentscheidung

²⁹³ *Pirring* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D77.

treffen, wenn der Antrag nach dem HKÜ rechtskräftig abgewiesen wurde oder wenn innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung kein Antrag gestellt wird.

Die Sachentscheidung darf, wenn eine Rückführung nach dem HKÜ angeordnet wurde, solange nicht erfolgen, wie der Antragsteller den Vollzug der Rückgabe betreibt bzw solange ein Sorgerechtsverfahren im Staat des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes läuft.²⁹⁴

9. Vorliegen einer Sorgerechtsentscheidung im ersuchten Staat (Art 17 HKÜ)

Nur aufgrund einer Entscheidung über das Sorgerecht des ersuchten Staates oder eine in diesem anzuerkennende Entscheidung kann die Rückgabe des Kindes iSd Übereinkommens nicht abgelehnt werden. Die Gerichte oder Behörden können solche Entscheidungen aber berücksichtigen, wenn es sich zB um die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes oder um Feststellung einer der Gründe des Art 13 HKÜ handelt.²⁹⁵

10. Möglichkeit jederzeitiger Anordnung der Rückgabe (Art 18 HKÜ)

Art 18 HKÜ stellt eine Generalklausel dar, die besagt, dass die Gerichte oder Verwaltungsbehörden durch die Bestimmungen dieses Kapitels nicht daran gehindert sind, jederzeit die Rückgabe des Kindes anzuordnen. Es soll Ziel und Zweck des Übereinkommens gewahrt werden und das HKÜ sich nicht selbst im Weg stehen.

11. Tragweite der Entscheidung der Rückgabe (Art 19 HKÜ)

Ganz entscheidend ist, wie Art 19 HKÜ nochmals betont, dass die Entscheidung über die Rückgabe des Kindes keinesfalls als Sorgerechtsentscheidung anzusehen ist. Es

²⁹⁴ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D82.

²⁹⁵ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D83.

soll bloß der frühere rechtmäßige Zustand wiederhergestellt werden²⁹⁶ und somit verhindert werden, dass eine spätere Entscheidung über das Sorgerecht durch die Veränderung der Umstände durch eine Partei beeinflusst werden kann²⁹⁷.

12. Menschenrechtsverstoß (Art 20 HKÜ)

Die Rückgabe des Kindes nach Artikel 12 kann auch dann abgelehnt werden, wenn sie gegen Grundwerte über den Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten des ersuchten Staates verstoßen würde. Dieser *ordre public*-Vorbehalt ist jedoch sehr eng auszulegen. Er bezieht sich aber nicht nur auf die Rechte der Kinder, sondern auch auf die Grundrechte der Eltern, die durch die Rückführung des Kindes nicht verletzt werden dürfen.²⁹⁸

D. Recht auf persönlichen Umgang (Art 21 HKÜ)

Auch ein Antrag auf Durchführung oder wirksame Ausübung des persönlichen Umgangsrechts kann gleich wie ein Antrag auf Rückgabe eines Kindes an die zentrale Behörde eines Vertragstaates gerichtet werden (Art 21 Abs 1 HKÜ).

Bereits in Art 5 HKÜ ist festgelegt, dass das Übereinkommen auch das Recht auf persönlichen Verkehr umfasst, also das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen (Art 5 lit a HKÜ).

Das HKÜ will dadurch hauptsächlich bezwecken, dass durch regelmäßigen und angemessenen Umgang beider Elternteile mit dem Kind ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten präventiv vermieden wird.²⁹⁹

Anträge iSd Art 21 Abs 1 HKÜ können gleich wie die Anträge auf Rückgabe gemäß Art 8 HKÜ eingebracht werden. Unter Durchführung des Umgangsrechts versteht

²⁹⁶ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D85.

²⁹⁷ *Perez-Vera*, Bericht Rz 124.

²⁹⁸ *Pirrung* in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D86.

²⁹⁹ *Limbrock*, FamRZ 1999, 1632.

man die Einleitung eines Verfahrens wegen des Umgangsrechts sowie die Ausübung und Wahrnehmung der Rechte auf persönlichen Verkehr.³⁰⁰

Der Abs 2 und 3 des Art 21 HKÜ legen nur die Verpflichtung der zentralen Behörden (wie auch schon in Art 7 HKÜ) fest, die ungestörte Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr sowie die Erfüllung aller Bedingungen zu fördern, denen die Ausübung des Rechts auf persönlichen Umgang unterliegt bzw alle möglichen Hindernisse aus dem Weg zu räumen (Art 21 Abs 2 HKÜ). Die zentralen Behörden können weiters die Einleitung eines Verfahrens vorbereiten und unterstützen, um die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr zu gewährleisten (Art 21 Abs 3 HKÜ).

E. Verhältnis zu anderen Übereinkommen (Art 34 HKÜ)

Gemäß Art 34 Satz 1 HKÜ genießt das HKÜ Vorrang gegenüber dem MSA. Dies gilt natürlich nur in den Bereichen, in denen sich die Übereinkünfte überschneiden, also nur im Bereich der Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder sowie bei der Durchführung oder wirksamen Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr.³⁰¹ Der Vorrang ist nur dann gegeben, wenn beide Staaten Vertragsparteien beider Übereinkommen sind. Weiters können HKÜ und MSA nur dann kollidieren, wenn das betreffende Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nachdem das HKÜ, im Gegensatz zum MSA, nur auf Minderjährige bis zum 16. Lebensjahr Anwendung findet.

Ansonsten gilt das Günstigkeitsprinzip. Dies bedeutet, dass im Interesse der Rückgabe oder der Durchführung eines Umgangsrechtsverfahrens der Antragsteller sich auf andere internationale Übereinkünfte, insbesondere das ESÜ, oder auch auf innerstaatliche Vorschriften des ersuchten Staates berufen kann.³⁰²

Im Verhältnis zur Brüssel IIa-VO sind sich die Lehre und Rsp³⁰³ einig, dass die Artikel der Brüssel IIa-VO über die Kindesentführung das HKÜ ergänzen und nicht verdrängen sollen, auch wenn Art 60 lit e Brüssel IIa-VO den Vorrang der

³⁰⁰ Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D87.

³⁰¹ Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.178.

³⁰² Pirrung in *Staudinger*, BGB 2009 Rz D110; Anzinger in *Burgstaller*, IntZVR Rz 5.180.

³⁰³ zB LGZ Wien, 17.10.2006, 42 R 229/06x, EFSlg 114.674.

Verordnung vor dem HKÜ normiert. Selbst in den Erwägungsgründen zur Brüssel IIa-VO ist bereits von einer „Ergänzung“ zum HKÜ die Rede.³⁰⁴

³⁰⁴ Siehe Erwägungsgrund 17 zur Brüssel IIa-VO; sowie *Rieck*, NJW 2008, 182.

X. RESÜMEE

Immer mehr Obsorge- und Besuchsrechtsfälle weisen heutzutage einen Auslandsbezug auf. Egal ob es sich um Familien mit verschiedenen Staatsangehörigkeiten handelt oder ob ein Teil im Ausland lebt, es muss im Streitfall die Frage geklärt werden was für ein Staat international zuständig ist.

Durch die neue Brüssel IIa-VO ist ein Zuständigkeitsübereinkommen entstanden, das versucht auf europäischer Ebene eine weitgehend lückenlose und effektive Regelung über die Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Obsorgefällen zu schaffen. Man hat aus Fehlern des Vorgängers, der Brüssel II-VO, gelernt und wichtige Punkte, wie zB die Anwendbarkeit auch auf uneheliche Kinder, das Anhörungsrecht des Kindes oder die wichtigen Ergänzungen im Bereich der Kindesentführung in Angriff genommen. Das hauptsächliche Ziel der Änderungen war es das Kindesinteresse und Kindeswohl zu fördern.

Hierfür unerlässlich war es die Zusammenarbeit durch zentrale Behörden festzulegen und verbindlich vorzuschreiben. Dieses System hat sich schon im Bereich der anderen Übereinkommen, wie zB beim HKÜ oder MSA, bewährt. Ohne diese zentralen Behörden wäre ein rasches, effektives Handeln kaum vorstellbar. Jedoch ist die Zusammenarbeit und Kommunikation der Behörden kein starres System und soll auf keinen Fall den Zweck der Übereinkommen vereiteln. So wird sinnvollerweise in gewissen dringenden Fällen von einer Verständigungspflicht abgesehen.

Wie erwähnt ist es primäres Ziel der Übereinkommen, schnell herauszufiltern welcher Staat zuständig ist, um somit eine schnelle kindeswohlgerechte Lösung zu finden. Jedoch führt die Fülle an Übereinkommen und die sich überschneidenden Materien bei den Rechtsanwendern häufig zu Verwirrungen und Anwendungsproblemen. Dem wird durch den Trend der Zuständigkeitskonzentration versucht entgegenzuwirken. In Österreich zB durch die Begründung von Gerichtsständen für Spezialfälle wie etwa der Gerichtsstand für Kindesentführungsfälle, der durch Art XII des AußerStrBeglG neu geregelt wurde. Somit kommen immer die gleichen Behörden zum Zug, wodurch diese und natürlich auch die betroffenen Parteien aufgrund der erlangten Erfahrungswerte gleichermaßen profitieren.

Die Anwendung der neuen Verordnung soll ebenfalls durch den hilfreichen, aktualisierten „Leitfaden zur Anwendung der neuen Verordnung Brüssel II“ der Kommission in der Fassung vom 01.06.2005³⁰⁵ erleichtert werden.

Auch die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen wird durch die Regelungen in den besprochenen Übereinkünften erleichtert. Der Verzicht auf eine Vollstreckbarkeitserklärung in gewissen Fällen ist ein weiterer Schritt in Richtung des sog Anerkennungsprinzips.

Auch wenn Fortschritte wie die Brüssel Ila-VO sehr zu begrüßen und unentbehrlich sind, ist auch diese VO nicht immer lückenlos und unproblematisch in der Anwendung. Für die Zukunft müssen noch einige Punkte, so wie zB im Bereich des Art 12 Brüssel Ila-VO der sog „Vereinbarung über die Zuständigkeit“ mit seiner Problematik des Zeitpunkts der Anerkennung und die Anwendbarkeit in Zusammenhang mit der Art 13 und 14 Brüssel Ila-VO in der Brüssel Ila-VO neu überdacht und im Falle der Ausarbeitung einer neuen VO berücksichtigt werden.

Weiters wäre es wünschenswert, dass Österreich und auch die anderen zahlreichen Staaten, in denen das MSA noch in Kraft ist, schlussendlich das fortschrittlichere KSÜ ratifizieren. Es käme somit nicht nur auf europäischer Ebene zu positiven Entwicklungen wie zB durch Vorschriften, wie Art 8 und 9 KSÜ, die die Verweisung an ein anderes Gericht das den Fall besser beurteilen kann, dem sog *forum non conveniens*, regeln. Auf europäischer Ebene wurde diese Flexibilität verschaffende Vorschrift in Art 15 Brüssel Ila-VO bereits aufgenommen und mit Ratifizierung des KSÜ wäre die Anwendung auch nicht-europäischen Staaten möglich.

Weiters würde man sich durch die Ratifizierung des KSÜ beispielsweise den Art 3 MSA ersparen, der die problematische Vorschrift zur Anerkennung ausländischer Gewaltverhältnisse regelt und im KSÜ zu Recht keine Beachtung mehr findet.

Auch die Zukunft wird mit Gewissheit weitere Neurungen im Bereich der Zuständigkeit in Obsorgefällen und ganz allgemein im internationalen Kindschafts- und Familienrecht bringen. Es bleibt abzuwarten wie diese Neuerungen aussehen

³⁰⁵ Online abrufbar zB unter: http://euzpr.eu/eudocs/01prozessr/20famr/25brusseliiavo/brusseliiavo-601-kom-leitfaden_050601.pdf

und ob diese dann auf internationaler Ebene wirken oder sich nur auf die Mitgliedsstaaten der EU erstrecken werden.

LITERATURVERZEICHNIS

I. Selbständige Werke und Kommentare

Susanne *Beck*, Kindschaftsrecht, Entscheidungen-Anmerkungen-Lösungsansätze (2009) (*Beck*, Kindschaftsrecht Randzahl)

Alfred *Burgstaller* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht (2000) (*Anzinger* in *Burgstaller*, IntZVR Randzahl).

Alfred *Burgstaller*/Matthias *Neumayr* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht, I: Kapitel 54 Kindschaftssachen (März 2006) (*Bearbeiter* in *Burgstaller/Neumayr*, IntZVR Gesetzestelle Randzahl).

Astrid *Deixler-Hübner*/Thomas *Klicka*, Zivilverfahren: Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁵ (2007) (*Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Randzahl).

Lydia *Fuchs*, Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren (2004) (*Fuchs*, AußStrVerf Randzahl).

Robert *Fucik*/Barbara *Kloiber*, Außerstreitgesetz samt AußerStr-BegleitG, WohnAußerStrBeglG und den übrigen Reformgesetzen, Kurzkomentar (2005) (*Fucik/Kloiber*, AußerStrG, Seite).

Monika *Hinteregger*, Familienrecht³ (2004) (*Hinteregger*, Familienrecht³, Seite)

Jan *Kropholler*, Das Haager Abkommen über den Schutz von Minderjährigen² (1977) (*Kropholler*, MSA², Seite).

Jan *Kropholler*, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts (2006) (*Kropholler*, IPR⁶, Seite).

Peter G. *Mayr*/Dietmar *Czernich*, Das neue europäische Zivilprozessrecht² (2006) (*Mayr/Czernich*, EuZPR² Randzahl).

Peter G. *Mayr*/Robert *Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) (*Mayr/Fucik*, VerfAußStr neu³ Randzahl).

Thomas *Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar² (2006), I: Brüssel I-VO, Brüssel IIa-VO (*Bearbeiter in Rauscher*, EZPR Band I², Gesetzesstelle Randzahl).

Thomas *Rauscher*/Peter *Wax*/Joachim *Wenzel* (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2008) (*Bearbeiter in MünchKommZPO* § Randzahl).

Walter H. *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO – Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt den Einführungsgesetzen³ (2006) (*Bearbeiter in Rechberger*, Komm³ Gesetzesstelle Randzahl).

Walter H. *Rechberger*/Daphne-Ariane *Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷ ((2009) (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Randzahl).

Julius von *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB - Neubearbeitung 2009 (*Bearbeiter in Staudinger*, BGB 2009 Randzahl).

II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

Hans-Jürgen *Ahrens*, Zur „Eingriffszuständigkeit“ im Rahmen des Art 3 Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA), FamRZ 1976, 305.

Dagmar *Coester-Waltjen*, Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung „Brüssel IIa“, FamRZ 2005, 241.

Robert *Fucik*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 213/07f, Perpetuatio fori: Zuständigkeit richtet sich nach gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes im Antragszeitpunkt, iFamZ 2008, 98.

Maria *Kaller*, Zur Kindesentführung in der neuen Brüssel II-VO, FamZ 2006, 178.

Alexander *Klauser/Florian Horn*, Brüssel Ila-Verordnung in Kraft, ecolex 2004, 910.

Limbrock, Das Umgangsrecht im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens und des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens, FamRZ 1999, 1631.

Gerhard *Luther*, Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger: Inhalt, Problem Rechtsprechung, FamRZ 1973, 406.

Heinz-Peter *Mansel*, Neues internationales Sorgerecht, NJW 1990, 2176.

Christian *Mosser*, Internationale Kindesentführung- eine differenzierte Betrachtung, juridikum 2006, 159.

Marco *Nademeinsky/Matthias Neumayr*, Forum conveniens und gerichtliche Zusammenarbeit nach Art 15 EheVO, iFamZ 2007, 320.

Kyra *Nehls*, Neueste Rechtssprechung zum HKÜ, FPR 2001, 222.

Elisa *Perez-Vera*, Erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über zivilrechtliche Aspekte internationaler Kindesentführung (*Perez-Vera*, Bericht Rz).

Ulrich *Pesendorfer*, Anmerkung zu LGZ Wien, 44 R 362/07x, Zuständigkeit für Obsorgefragen in Fällen von Kindesentführung, iFamZ 2008, 99.

Jürgen *Rieck*, Kindesentführung und die Konkurrenz zwischen dem HKÜ und der EheEuGVVO 2003 (Brüssel Ila), NJW 2008, 182.

Andrea *Schulz*, Die Zeichnung des Haager Kinderschutzübereinkommens von 1996 und der Kompromiss zu Brüssel Ila-Verordnung, FamRZ 2003, 1351.

Klaus *Schurig*, Das Dilemma der Anerkennung „gesetzlicher Gewaltverhältnisse“ nach Art 3 des Haager Minderjährigenschutzabkommens, FamRZ 1975, 459.

Werner *Schütz*, Zwischenstaatliche Vereinbarungen, die für Familienrichter bedeutsam sein können, RZ 2005, 234.

Michael *Schwimman*, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen und seine Anwendung in Österreich, JBL 1976, 233.

Daphne-Ariane *Simotta*, Die internationale Zuständigkeit für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, in: Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS Jelinek, 291.

Dennis *Solomon*, „Brüssel IIa“ – Die neuen europäischen Regelungen zum internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung, FamRZ 2004, 1409.

Fritz *Sturm*, Minderjährigenschutz bei Auslandsbezug, NJW 1975, 2121.

III. Gesetzesausgaben

Werner *Doralt* (Hrsg), KODEX Zivilgerichtliches Verfahren²⁸
(Stand 1.9.2009).

Werner *Doralt* (Hrsg), KODEX Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch¹⁴
(Stand 1.10.2009).

IV. Internet Publikationen

<http://www.iss-ger.de/materialien/gesetzestexte/vertragsstaaten-msa-1>
(Stand 08.10.2009).

http://www.bundesjustizamt.de/nn_258946/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaatenliste,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Vertragsstaatenliste.pdf
(Stand 21.01.2010).

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

OGH

19.12.1989	2Ob609/89	EF-Slg 60.652 f
11.05.2005	3Ob89/05t	JBI 2005, 793, 795f
08.05.2008	6Ob/0/08t	EF-Z 2008, 95
12.02.1997	7Ob35/97s	
30.09.2008	1Ob182/08h	JusGuide 2008/46/6152
20.10.2005	3Ob210/05m	
23.10.2007	3 Ob 213/07f	iFamZ 2008/52
01.04.2008	5 Ob 17/08y	RZ 2008, 286f

LGZ Wien

13.03.2006	42 R 29/06k	EFSlg 114.849
04.10.2006	45 R 610/06y	EFSlg 114.845
17.10.2006	42 R 229/06x	EFSlg 114.674

OLG Zweibrücken

10.11.1999	6 UF 100/99	FamRZ 2000, 1607
------------	-------------	------------------